



ACÓRDÃO Nº 28 /09 – 29.JUN.09 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 13/09

Proc. nº 109/09

CONTRATO DE FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS
SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS
AGÊNCIA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS
ACORDOS QUADRO
ENTIDADE COMPRADORA VOLUNTÁRIA
CONVITE PARA A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS
MODELO DE AVALIAÇÃO
RELATÓRIO DE ANÁLISE DAS PROPOSTAS
FUNDAMENTAÇÃO
AUDIÊNCIA PRÉVIA
NEGOCIAÇÃO DAS PROPOSTAS

SUMÁRIO

- I – O Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), definido no DL nº 37/2007 de 19 de Fevereiro, integra entidades compradoras vinculadas e entidades compradoras voluntárias;
- II – Podem integrar o SNCP, na qualidade de entidades compradoras voluntárias, entidades da administração autónoma e do sector empresarial público, mediante a celebração de contrato de adesão com a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP), entidade criada pelo referido DL nº 37/2007 de 19 de Fevereiro;
- III – Tendo um Município aderido ao SNCP, na qualidade de entidade compradora voluntária, pode adquirir bens ao abrigo dos Acordos



Quadro anexos ao contrato de adesão, o qual inclui, no seu nº6, os acordos quadro relativos aos combustíveis rodoviários;

IV - Não viola o disposto no artigo 259º, nºs 1, als. a) e b) e 2 do Código dos Contratos Públicos (CCP) e os nºs 4 a 7 do Caderno de Encargos, o facto de o convite para a apresentação de propostas ter incluído o pedido de fornecimento ou manutenção do equipamento de leitura e medição dos postos de abastecimento do Município e outros benefícios comerciais;

V – Viola o disposto no artigo 259º, nº2, do CCP, a omissão da indicação do modelo de avaliação das propostas, no convite referido em IV;

VI – A falta de elaboração dos relatórios preliminar e final, de análise das propostas, devidamente fundamentados, e a omissão da realização de audiência prévia dos concorrentes, após a elaboração do relatório preliminar, violam o disposto nos artigos 146º, nº1, 147º e 148º, nº1, do CCP, aplicáveis *ex vi* do artigo 259º, nº3, do mesmo Código;

VII – O facto de o procedimento que antecedeu o contrato celebrado ao abrigo dos Acordos Quadro, supra referidos, não ter incluído uma fase de negociação das propostas apresentadas pelas entidades fornecedoras, viola o disposto nas disposições conjugadas dos artigos 259º, nº3, 149º e 118º, nº2 do CCP, bem como nas cláusulas 1ª e 4ª do “Acordo Quadro ANCP nº2.2, celebrado entre a ANCP e as empresas “Petróleos de Portugal – Petrogal, SA” e “Repsol Portuguesa, SA” ” e, ainda, no artigo 28º, nº3, do Caderno de Encargos integrante do mesmo Acordo Quadro.

VIII – Tendo sido realizada uma negociação prévia, apenas entre o Município e a empresa adjudicatária, e tendo o resultado de tal negociação correspondido às condições contratadas, violado foi o disposto nos artigos 118º, nº2 e 119º a 121º do CCP, aplicáveis *ex vi*



Tribunal de Contas

do artigo 151º do mesmo Código e os princípios da igualdade, da transparência e da concorrência, previstos no artigo 1º, nº4, do referido CCP.

IX – As ilegalidades referidas em VII e VIII, implicando a violação dos princípios da legalidade, da igualdade, da transparência e da concorrência, são susceptíveis de consequenciar a alteração do resultado financeiro do contrato, pelo que preenchem o fundamento de recusa de visto estabelecido no artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Lisboa, 29 de Junho de 2009.

O Juiz Conselheiro

A. M. Santos Soares



ACÓRDÃO N° 28 /09 - 29. JUN. 2009 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 13/09

PROC. N° 109/09

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

I – RELATÓRIO

1. Recorreu a Câmara Municipal de Loures do acórdão n° 72/09, de 3 de Abril de 2009, da Subsecção, da 1ª Secção, deste Tribunal, que recusou o visto ao “**contrato de fornecimento de combustíveis rodoviários a granel, destinados à Frota Municipal**” celebrado entre o **Município de Loures** e a empresa “**Petróleos de Portugal, Petrogal, SA**”, no montante de € 500.000,00 acrescido de IVA.

A decisão recorrida foi proferida ao abrigo do disposto no artigo 44º, n°3, al. c) da Lei n° 98/97 de 26 de Agosto, em virtude de ter considerado que foi violado o disposto nos artigos 146º, 147º e 148º, aplicáveis *ex vi* do artigo 259º, n°3, todos do Código dos Contratos Públicos, e ainda nos artigos 115º, n°2, al. a), 118º a 124º e 259º, n°s 1 e 2, todos do mesmo Código.



Mais considerou a decisão recorrida que as ilegalidades praticadas impediram que o procedimento garantisse o adequado ajustamento da escolha à necessidade pública em causa, bem como a criação de condições de verdadeira concorrência, motivo por que não foi acautelada a adequada utilização da despesa pública envolvida, nem realizado o disposto nos artigos 42º, nº6 e 47º, nº2, da Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto, na redacção dada pela Lei nº 48/2004, de 24 de Agosto e no artigo 4º, nº1, da Lei nº 2/2007, de 15 de Janeiro.

Tais ilegalidades, por sua vez, representaram, segundo a decisão recorrida, um risco sério de alteração da escolha e do resultado financeiro do contrato, merecedor de forte censura e desvalor.

2. Nas suas alegações, a Câmara Municipal de Loures formulou as seguintes conclusões:

- “1. O processo aquisitivo de fornecimento constitui o primeiro procedimento ao abrigo do novo regime legal, o que se traduz em dificuldades acrescidas para os serviços no domínio dos procedimentos.*
- 2. A contemporaneidade entre o processo de adesão do Município ao sistema de compras públicas com o processo de aquisição do fornecimento, prejudicou a familiarização dos serviços com os mesmos, sendo natural algumas dificuldades e a prática de alguns erros por não dominarem inteiramente quer o novo regime de contratação pública quer o regime do Sistema Nacional de Compras Públicas.*
- 3. A urgência na celebração do contrato de fornecimento, conduziu a que o procedimento, e a respectiva adjudicação, tivessem de ser efectuados com a maior brevidade possível, o que explica que não tivesse havido lugar à negociação.*



Tribunal de Contas

4. *A transparência de procedimento resulta no facto de no mesmo terem sido explanados com clareza todos os trâmites e diligências que conduziram à adjudicação.*
5. *Os descontos oferecidos nas duas propostas eram de igual teor sendo tais valores muito dificilmente alterados pelos concorrentes.*
6. *As ilegalidades formais cometidas no procedimento não alteram o resultado financeiro do procedimento.*
7. *Pelo contrário, a recusa de visto causará prejuízo para o interesse público, pois o Município deixará de gozar de desconto no fornecimento de combustíveis até nova adjudicação.*
8. *Nos termos da alínea c) do nº3 do artigo 44º da lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, nos casos em que a ilegalidade praticada não altere ou possa alterar o resultado financeiro respectivo, o Tribunal pode, em decisão fundamentada, conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos, no sentido de suprir ou evitar no futuro a repetição das ilegalidades.*
9. *A Câmara Municipal tomou a devida mostra do teor do douto acórdão recorrido, pelo que os serviços estão já a proceder à devida rectificação dos procedimentos.*
10. *Ao concluir pela recusa de visto e não pela recomendação a que se refere o nº4 do artigo 44º da Lei nº 98/97, na sua actual redacção violou o mesmo preceito.”*

Terminou, pedindo a revogação do acórdão recorrido e a sua substituição por outro que conceda o visto, com a formulação das pertinentes recomendações.





3. O Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de que o recurso merece provimento, “devendo ser concedido o visto ao contrato, ainda que com as devidas recomendações dirigidas à recorrente e incidindo, especificamente, sobre os normativos violados – tendo como objectivo uma efectiva adopção dos procedimentos legalmente correctos e imperativos em futuras contratações, tendo em conta que foi a primeira vez que esta entidade se viu confrontada com novas exigências legais neste domínio.”.

4. Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II – MATÉRIA DE FACTO

Tendo em conta o que consta do acórdão recorrido, considera-se provada a seguinte matéria de facto:

A) Em **6 de Novembro de 2008** teve lugar uma reunião entre representantes do Município de Loures e da empresa *Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A.*, cuja acta consta a fls. 56 dos autos, “*com o objectivo de abordar o interesse entre as partes para dar continuidade ao fornecimento de combustíveis e lubrificantes, destinados à frota do município, tendo sido abordadas as seguintes questões:*

- a. *Eventual adjudicação do fornecimento de gasóleo e gasolina, através de um procedimento ao abrigo do “Acordo Quadro” celebrado entre a empresa Petrogal- Petróleos de Portugal, S.A. e a Agência Nacional de Compras Públicas, pelo período de um ano;*
- b. *Condições comerciais a praticar pela referida empresa para além do estipulado no “Acordo Quadro”.*



- B) Na referida reunião, e de acordo com a respectiva acta, a empresa “Petrogal – Petróleos de Portugal, SA” caso houvesse acordo entre as partes, garantiria os descontos a praticar sobre o preço do combustível e melhoramentos a introduzir no Posto de Abastecimento de Combustíveis, propondo-se, ainda, ir analisar a possibilidade de ceder a cobertura da máquina de lavar viaturas e a substituição da actual cobertura da Nave, feita em placas de fibrocimento, sendo que esta possibilidade poderia ocorrer caso o contrato fosse efectuado por um período de três anos;
- C) Em reunião de **12 de Novembro de 2008**, a Câmara Municipal de Loures deliberou a adesão ao Sistema Nacional de Compras Públicas, na qualidade de entidade compradora voluntária; ¹
- D) Por contrato de adesão, datado de **12 de Novembro de 2008** e subscrito pela Agência Nacional de Compras Públicas, EPE, e pelo Município de Loures, este Município aderiu ao Sistema Nacional de Compras Públicas, na qualidade de entidade compradora voluntária; ²
- E) A cláusula 1.^a desse contrato estabeleceu, no seu n.º 2, que o Município de Loures poderia realizar aquisições de bens e serviços ao abrigo dos Acordos Quadro constantes do anexo ao contrato, o qual incluiu, no seu n.º 6, os Acordos Quadro relativos aos combustíveis rodoviários (aquisição no posto ou a granel); ³
- F) Pela cláusula 2.^a do mesmo contrato, o Município ficou “*adstrito*” ao “*dever*” de “*Negociar, adjudicar a aquisição e celebrar os contratos*”

¹ Vd. acta a fls. 14 dos autos.

² Vd. fls. 14 a 24 dos autos.

³ Vd. fls. 20 e 24.



*com as entidades fornecedoras, nas condições expressas em cada Acordo Quadro”;*⁴

- G)** O contrato ora em apreciação foi efectuado ao abrigo do “*Acordo Quadro ANCP n.º 08.02.02.002- Combustíveis Rodoviários*”, que havia sido celebrado entre a Agência Nacional de Compras Públicas, EPE, e as empresas *Petróleos de Portugal - Petrogal, S.A.* e *Repsol Portuguesa, S.A.*, em **29 de Setembro de 2008**;⁵
- H)** Nas cláusulas 1ª e 4ª deste Acordo Quadro, ficou consignado que os fornecimentos às entidades seguem os termos definidos, além do mais, no Caderno de Encargos deste Acordo;
- I)** O artigo 4º, nº 2, do referido Caderno de Encargos⁶ estipulou que o mesmo Caderno de Encargos faz parte integrante do Acordo Quadro;
- J)** O artigo 7º do mesmo Caderno de Encargos estabeleceu como uma das obrigações da entidade adquirente a celebração dos contratos com as entidades fornecedoras, nas condições expressas no artigo 28º;
- K)** Determinam os nºs 1, 3 e 4 do artigo 28º do Caderno de Encargos:⁷

Artigo 28º

Aquisição de combustíveis rodoviários

1. A aquisição de combustíveis rodoviários pelas entidades adquirentes será efectuada por consulta às entidades forne-

⁴ Vd. fls. 21

⁵ Vd. fls. 52 e segs.

⁶ Vd. fls 27.

⁷ Vd. fls. 37.



cedoras que integram o acordo quadro, para que apresentem as suas propostas, fixando-se um prazo suficiente para o efeito.

2.
3. *A entidade agregadora responsável pela aquisição do produto ou serviço, deverá negociar as propostas apresentadas pelas entidades fornecedoras.*
4. *As entidades adquirentes atribuirão o fornecimento à entidade fornecedora que, após a negociação referida no número anterior, apresente a melhor proposta com base nos critérios de adjudicação previstos no artigo 29.º do presente caderno de encargos.*

L) Refere o artigo 29º do mesmo Caderno de Encargos: ⁸

Artigo 29º

Critérios de adjudicação ao abrigo do acordo quadro

1. A adjudicação é feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta os seguintes factores, por ordem decrescente de importância:

- a)
- b) *Para o Lote 2: ⁹*
 - i. *Preço, com uma ponderação mínima de 80% (oitenta por cento); e*
 - ii. *Níveis de serviço.*

2. Para a avaliação dos níveis de serviço previstos na alínea b) do número anterior, a entidade agregadora poderá valorizar factores como o prazo de entrega, a quantidade

⁸ Vd. fls. 37 e 55.

⁹ O Lote 2 corresponde, no Acordo-Quadro, à aquisição de combustíveis rodoviários a granel – cfr. artigo 3.º, n.º 2, do Caderno de Encargos, a fls. 27.



mínima de encomenda, o montante do seguro incluído, entre outros.

M) O artigo 26º, n.º 3, do Caderno de Encargos, referia ainda que “*Os descontos estabelecidos no acordo quadro correspondem aos descontos mínimos que podem ser praticados pelas entidades fornecedoras, devendo as entidades adquirentes procurar obter condições mais vantajosas junto das entidades fornecedoras.*”

N) A fls. 61 dos autos, consta uma proposta subscrita pelo Vice-Presidente da Câmara Municipal de Loures, numerada como Proposta n.º 774/2008, e datada de **18 de Novembro de 2008**, propondo a adjudicação à Petrogal, ao abrigo do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 26º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e do Acordo Quadro celebrado com a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. ;

O) Em **19 de Novembro de 2008**, a autarquia formalizou os convites para apresentação de propostas à duas empresas signatárias do Acordo Quadro (*Petrogal* e *Repsol*), ¹⁰ propostas que deveriam ser apresentadas até às 11h do dia 24 de Novembro de 2008, “*com vista à eventual satisfação dos seguintes parâmetros comerciais:*

- a. Contrato de fornecimento de gasóleo e gasolina a granel pelo período de um ano, a iniciar em Dezembro de 2008;*
- b. Fornecimento (estimado) de 500.000 (quinhentos mil) litros de gasóleo e 60.000 (sessenta mil) litros de gasolina, durante tal período;*
- c. Prazo de entrega dos referidos combustíveis, contado a partir da solicitação para o efeito;*
- d. Manutenção do equipamento de leitura e medição dos postos de abastecimento do Município;*

¹⁰ Vd. fls. 113.



e. Outros benefícios comerciais.”

A redacção da alínea d), do convite dirigido à *Repsol*, era ligeiramente diferente, referindo:

“... d) *Fornecimento do equipamento de leitura e medição dos postos de abastecimento do Município, dado que os actuais foram fornecidos pela Petrogal e dispõem de software específico...*”.

P) Em **24 de Novembro de 2008** foram apresentadas as propostas das empresas *Petrogal* e *Repsol*; ¹¹

Q) A proposta da *Petrogal* incluiu os descontos já anteriormente acordados e remeteu para os compromissos assumidos na reunião de 6 de Novembro de 2008, quanto aos outros benefícios comerciais;

R) A proposta da *Repsol* incluiu uma modalidade de desconto diferente da avançada pela *Petrogal*, a cedência de uma bomba industrial eléctrica com sistema de gestão de frota e o apoio prestado pelo Laboratório de Controlo de Qualidade da *Repsol*;

S) Em **24 de Novembro de 2008** foi apresentada a Proposta n.º 774/2008, do Vice-Presidente da Câmara Municipal de Loures, referida na alínea N), contendo a proposta de adjudicação à *Petrogal*, a qual veio a ser aprovada em reunião ordinária da Câmara Municipal, havida em **26 de Novembro de 2008**. ¹²

T) A proposta aprovada refere apenas as garantias e condições comerciais apresentadas pela *Petrogal*, sem qualquer referência à proposta da *Repsol*, e conclui:

¹¹ Vd. fls. 115 e segs. e 119 e segs.

¹² Vd. fls 63, 64, 67 e 68.



“... Tenho a honra de propor que a Câmara Municipal delibere aprovar:

- A adjudicação do fornecimento de combustíveis destinados à frota municipal, através do procedimento por ajuste directo, ao abrigo do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e com referência ao n.º de Acordo 08.02.02.002, à empresa Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., face às garantias e condições comerciais previstas no Acordo Quadro celebrado com a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E., e às garantias e condições comerciais adicionais, constantes na acta de reunião em anexo, pelo período de 1 ano, entre 1 de Dezembro de 2008 e 30 de Novembro de 2009...”

U) Tendo este Tribunal solicitado ao Município de Loures que juntasse cópia da acta da reunião em que, após a formalização do convite para apresentação de propostas, se procedeu à negociação com os dois concorrentes, aquela autarquia informou, conforme ofício a fls. 136 do processo:

“... Não houve lugar à negociação com os dois concorrentes, uma vez que a adjudicação repousou na apreciação dos atributos de cada uma das propostas apresentadas, atendendo à urgência de ver satisfeita a necessidade de fornecimento de combustíveis...”

V) Questionado para remeter as actas ou outros documentos donde constassem os factores e subfactores do critério de adjudicação, a respectiva ponderação e a sua aplicação concreta ao caso, o Município respondeu pelo mesmo ofício:

“... Na sequência dos convites para apresentação de propostas dirigidas aos concorrentes Petrogal e Repsol, estes concorrentes apresentaram propostas cujos atributos em matéria de preço final para o Município, considerando os descontos e os bónus nelas referenciados, eram absolutamente idênticas.

Daí que, para consideração da proposta economicamente mais vantajosa e para efeitos de adjudicação, fosse tido em conta o factor “outras condições comerciais”, como factor diferenciador do mérito das propostas apresentadas, parâmetro que fora indicado no convite.



Os documentos onde constam estas informações são os convites à apresentação de propostas, as propostas apresentadas e a acta da reunião com a Petrogal... ”.

W) No ofício a fls. 83, o Município de Loures referiu ainda:

“... atenta a urgência na satisfação da necessidade do Município no fornecimento dos combustíveis, a decisão de adjudicação resultou, tão só, da apreciação das propostas apresentadas pelas duas concorrentes...”.

X) O contrato foi celebrado em 13 de Janeiro de 2009, para vigorar pelo prazo de um ano, com início em 1 de Dezembro de 2008 e termo em 30 de Novembro de 2009.

III – O DIREITO

1. O contrato a que se reporta o presente recurso, e ao qual foi recusado o visto pelo Acórdão recorrido, foi celebrado na sequência da adesão do Município de Loures ao Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), na qualidade de entidade compradora voluntária (alíneas **C**) e **D**) do probatório).

Para apreciar o presente recurso importa, assim, analisar, na parte pertinente, o regime do SNCP, bem como as disposições do Código dos Contratos Públicos, aplicáveis ao caso em apreço, e, ainda, as normas do Caderno de Encargos do concurso público internacional para selecção de fornecedores de combustíveis rodoviários, que faz parte integrante do Acordo Quadro celebrado em 29-9-2008, e referido na alínea **G**) do probatório.

1. 1. O Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP) foi definido no DL nº 37/2007, de 19 de Fevereiro, - diploma através do qual foi criada a Agência



Tribunal de Contas

Nacional de Compras Públicas (ANCP), com a natureza de entidade pública empresarial (artigo 1º, nº1) - e integra *entidades compradoras vinculadas* e *entidades compradoras voluntárias* (artigo 3º, nº1).

Segundo o disposto no artigo 3º, nº2, do citado diploma legal, integram o SNCP, na qualidade de *entidades compradoras vinculadas*, os serviços da administração directa do Estado e os institutos públicos.

Por seu turno, e de acordo com o nº3, do mesmo normativo, podem integrar o SNCP, na qualidade de *entidades compradoras voluntárias*, entidades da administração autónoma e do sector empresarial público, mediante a celebração de contrato de adesão com a ANCP.

O SNCP, por outro lado, e de harmonia com o disposto no artigo 4º, do mesmo DL nº 37/2007, deve orientar-se pelos princípios aí estabelecidos, entre os quais destacaremos os mencionados nas alíneas b), c) e g):

Artigo 4º

Princípios orientadores do SNCP

O SNCP deve orientar-se pelos seguintes princípios:

-
- b) Celebração de acordos quadro ou outros contratos públicos de modo gradual, incremental e faseado por grupos de categorias de obras, bens móveis e serviços;
- c) Igualdade de acesso dos interessados aos procedimentos de formação de acordos quadro ou outros contratos públicos;
-
- g) Promoção da concorrência e da diversidade de fornecedores.

Por sua vez, estipula o artigo 6º, nº1, al. c) dos Estatutos da ANCP, aprovados pelo DL nº 37/2007 de 19 de Fevereiro, que *são atribuições da ANCP, no âmbito do sistema nacional de compras públicas, negociar e celebrar acordos quadro ou outros contratos públicos de obras, de fornecimento ou de serviços destinados às entidades adjudicantes compradoras.*



Tribunal de Contas

2. Como estamos perante um procedimento de formação de um contrato público, iniciado após o dia 29 de Julho de 2008, é aplicável o Código dos Contratos Públicos (CCP), por força do disposto nos artigos 16º, nº1 e 18º, nº1 do DL nº 18/2008, de 29 de Janeiro. ¹³

2. 1. De acordo com o artigo 252º, nº1, al. b), do CCP, - Código a que nos referiremos *infra*, quando citarmos normas sem indicação do respectivo diploma legal - as entidades adjudicantes só podem celebrar acordos quadro com várias entidades, quando neles não estejam totalmente contemplados, ou não estejam suficientemente especificados, os aspectos da execução dos contratos a celebrar, ao seu abrigo, que sejam submetidos, à concorrência, pelo caderno de encargos.

Para a formação de contratos, a efectuar ao abrigo de acordos quadro celebrados na modalidade prevista no referido artigo 252º, nº1, al. b), estabelece o artigo 259º, nº1, que a entidade adjudicante deve dirigir, aos contratantes do acordo quadro, que reúnam as condições necessárias para a execução das prestações objecto desses contratos, um *convite à apresentação de propostas*.

As *propostas*, por sua vez, devem ser circunscritas aos termos do acordo quadro a concretizar, a desenvolver ou a complementar (artigo 259º, nº1, al.a)), ou aos aspectos da execução do contrato a celebrar, submetidos à concorrência pelo caderno de encargos do acordo quadro, para os efeitos do procedimento de formação do contrato a celebrar, ao seu abrigo (artigo 259º, nº1, al. b)).

O *convite*, por seu lado, e nos termos do nº2, do mesmo artigo 259º, deve indicar:

- o prazo e o modo de apresentação das propostas;
- os termos do acordo quadro a concretizar, ou os aspectos da execução do contrato a submeter à concorrência;

¹³ Isto, apesar de a cláusula 10ª do Acordo Quadro celebrado em 29 de Setembro de 2008, referir que, em tudo o que for omissivo, se aplica o regime jurídico constante do DL nº 197/99 de 8 de Junho e demais legislação aplicável. Na verdade, o DL nº 197/99 foi revogado pelo artigo 14º, nº1, al. f) do DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, com excepção dos artigos 16º a 22º e 29º.



- o modelo de avaliação das propostas, com base nos factores, e eventuais subfactores, densificadores do critério de adjudicação, previamente previsto no programa do procedimento de formação do acordo quadro.

2. 2. Ao *procedimento*, é aplicável, por outro lado, e face ao disposto no nº3, do mesmo normativo, o estipulado nos artigos 139º e seguintes, com as necessárias adaptações, disposições estas que incluem regras sobre o *modelo de avaliação das propostas*, regras sobre os *relatórios de análise das propostas* e de *aplicação do critério de adjudicação*, e, ainda, regras sobre as *negociações*.

2. 2. 1. No que se refere às *regras sobre o modelo de avaliação das propostas*, há que ponderar o disposto no artigo 139º, nº1, o qual estabelece que, no caso de o critério de adjudicação adoptado ser o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas deve ser elaborado de acordo com o disposto nos números 2 a 4, do mesmo normativo.¹⁴

2. 2. 2. No que diz respeito às *regras sobre os relatórios de análise das propostas*, importa ter em conta o disposto nos artigos 146º a 148º, devendo destacar-se a circunstância de, após a análise das propostas e a aplicação do

¹⁴ Os nºs 2 a 4 do CCP estabelecem o seguinte:

“2 – A pontuação global de cada proposta, expressa numericamente, corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor ou subfactor elementar, multiplicadas pelos valores dos respectivos coeficientes de valoração.

3 – Para cada factor ou subfactor elementar deve ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor.

4 – Na elaboração do modelo de avaliação das propostas não podem ser utilizados quaisquer dados que dependam, directa ou indirectamente, dos atributos das propostas a apresentar, com excepção dos da proposta a avaliar.”.



Tribunal de Contas

critério de adjudicação, dever o júri elaborar, fundamentadamente, um relatório preliminar, no qual propõe a ordenação - e a exclusão - das propostas.

Uma vez elaborado este relatório preliminar, o júri procede à audiência prévia dos concorrentes, fixando-lhes um prazo não inferior a cinco dias, para se pronunciarem, por escrito (artigos 147º e 123º, nº1).

Após a audiência prévia, e ponderadas as observações dos concorrentes, elabora o júri um relatório fundamentado da avaliação das propostas, com vista à adjudicação (artigo 148º).

2. 2. 3. Quanto à *fase de negociação das propostas*, há que atentar, com as necessárias adaptações, *ex vi* do artigo 259º, nº3, no disposto no artigo 149º, que estabelece que a entidade adjudicante pode adoptar um fase de negociação das propostas, sendo que à negociação e à apresentação das versões finais das propostas, e por força do que dispõe o artigo 151º, se aplica o disposto nos artigos 118º, nº2 e 119º a 121º.

O artigo 118º, nº2, do CCP, estabelece que a negociação deve incidir sobre os atributos das propostas, enquanto que o artigo 119º estipula que os concorrentes, nas sessões de negociação, devem fazer-se representar pelos seus representantes legais ou pelos representantes comuns dos agrupamentos concorrentes, se existirem.

Por seu turno, o artigo 120º refere-se às formalidades a observar com a realização das sessões de negociação, com a elaboração das respectivas actas e com a igualdade de oportunidades de intervenção dos concorrentes nestas sessões.

O artigo 121º, por seu lado, dispõe sobre as versões finais das propostas, estabelecendo que, após dar por terminada a negociação, o júri notifica imediatamente os concorrentes para, em prazo por ele fixado, apresentarem as versões finais integrais das propostas, as quais não podem conter atributos diferentes dos constantes das respectivas versões iniciais, no que respeita aos aspectos da execução do contrato a celebrar.



3. Importa fazer, de seguida, uma excursão pelas *cláusulas do “Acordo Quadro ANCP nº 2.2”* celebrado em 29 de Setembro de 2008, entre a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP) e as empresas “Petróleos de Portugal – Petrogal, SA” e “Repsol Portuguesa, SA” - que estabelece as condições jurídicas, técnicas e económicas da aquisição de combustíveis rodoviários, em postos de abastecimento públicos e a granel, a ser contratada pela ANCP, como entidade gestora do Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), (vide alínea **G**) do probatório) -, pelas *normas do Caderno de Encargos* do concurso público internacional para selecção de fornecedores de combustíveis rodoviários, (doravante designado por CE), - que faz parte integrante do citado Acordo Quadro - e, ainda, pelas *cláusulas do contrato de adesão* do Município de Loures ao Sistema Nacional de Compras Públicas, referido das alíneas **C**) e **D**) do probatório.

3. 1. Nos termos da cláusula 1ª do “Acordo Quadro ANCP nº 2.2”, os outorgantes “Petrogal, SA” e “Repsol Portuguesa, SA” obrigam-se a fornecer às entidades adquirentes, nos termos previstos no Caderno de Encargos, e para o lote 2 do concurso público para selecção de fornecedores de combustíveis rodoviários,¹⁵ os bens e serviços que ali constam.

Por seu lado, a cláusula 4ª do mesmo “Acordo Quadro ANCP nº2.2”, estabelece que as entidades adquirentes celebrarão, com aqueles outorgantes, contratos públicos para o fornecimento de bens e serviços, nos termos definidos na parte aplicável do Caderno de Encargos (CE).

3. 2. O artigo 3º, nº2, do CE estabelece que o acordo quadro engloba os lotes 1 e 2, sendo o **lote 2** – o que interessa focar no caso *sub judice* - relativo à

¹⁵ O lote relativo à aquisição dos combustíveis rodoviários, a granel.



aquisição de combustíveis rodoviários, a granel, designadamente gasolinas, gasóleo e gás de petróleo liquefeito (GPL).

Como se menciona na alínea **L)** do probatório, o artigo 29º, do CE - que se refere aos *critérios de adjudicação ao abrigo do acordo quadro* - estabelece, no seu nº1, que a adjudicação é feita segundo o critério da proposta economicamente mais favorável, e, para o **lote 2**, fixa os seguintes factores:

- a) **Preço**, com uma ponderação mínima de 80%;
- b) **Níveis de serviço**.

Para a avaliação dos *níveis de serviço*, define o nº2, do citado artigo 29º, do CE, que a entidade agregadora poderá valorizar factores como o prazo de entrega, a quantidade mínima de encomenda, o montante do seguro incluído, *entre outros*.¹⁶

No que se refere aos *níveis de serviço*, importa atentar, também, no artigo 24º, do CE, e, designadamente, nos nºs 4 a 7, os quais estipulam o seguinte:

- “4. *Os serviços de carga, transporte e abastecimento no local de entrega deverão cumprir todas as normas de segurança previstas na legislação em vigor.*
5. *A entidade adquirente deve comunicar à entidade fornecedora, o mais rápido possível, qualquer anomalia resultante do abastecimento dos produtos.*
6. *Quando a anomalia é imputável à entidade fornecedora, esta fica obrigada a suportar os custos inerentes à reposição das condições de utilização do(s) veículo(s) ou do posto próprio de abastecimento, anteriores à ocorrência da anomalia.*
7. *Para além dos custos referidos no número anterior, pode ser exigida à entidade fornecedora uma indemnização pelos custos incorridos e prejuízos causados a pessoas, bens ou pela inoperacionalidade do veículo ou do posto de abastecimento.”*

¹⁶ Itálico nosso.



Relativamente ao *procedimento de aquisição de combustíveis rodoviários*, estabelece o artigo 28º, nº1, do CE, que a aquisição será efectuada por consulta às entidades fornecedoras que integram o acordo quadro, para que apresentem as suas propostas, fixando-se um prazo suficiente, para o efeito.

O nº3, deste artigo 28º, estipula, por seu turno, que a entidade agregadora responsável pela aquisição do produto deverá negociar as propostas apresentadas pelas entidades fornecedoras.

Por seu lado, as entidades adquirentes atribuirão o fornecimento à entidade fornecedora que, após a negociação, apresente a melhor proposta com base nos critérios de adjudicação previstos no artigo 29º, do CE.

3. 2. Entre as cláusulas do Contrato de Adesão do Município de Loures ao SNCP, importa aludir à cláusula 1ª, nos termos da qual, e como resulta da matéria factual assente na alínea **E)** do probatório, o Município de Loures pode adquirir bens e serviços ao abrigo dos acordos quadro constantes do anexo ao contrato, onde se incluem, no seu nº6, os acordos quadro relativos aos combustíveis rodoviários.

Por seu lado, a cláusula 2ª, al. b., do mesmo contrato de adesão, estabelece que a entidade aderente (Município de Loures) está adstrita aos mesmos deveres que as entidades vinculadas, no âmbito de cada acordo quadro, nomeadamente o dever de *negociar*, adjudicar a aquisição e celebrar os contratos com as entidades fornecedoras, nas condições expressas em cada acordo quadro (vide alínea **F)** do probatório).



Tribunal de Contas

4. Elencadas as disposições legais e as vinculações jurídicas e regulamentares ¹⁷ que, fundamentalmente, regem o procedimento que antecedeu o contrato celebrado pelo Município de Loures, analisar-se-á, de seguida, o teor da decisão recorrida, tendo em conta o exposto nas alegações do recorrente.

O Acórdão recorrido considerou terem sido praticadas as seguintes ilegalidades, com as consequências adiante apontadas:

- a) *O convite para a apresentação de propostas, incluiu o pedido de fornecimento ou manutenção do equipamento de leitura e medição dos postos de abastecimento do Município e a apresentação de outros benefícios comerciais não especificados.*

Tal situação, segundo a decisão recorrida, configura a violação do disposto no artigo 259º, n.ºs 1 e 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP);

- b) *O convite para a apresentação de propostas não incluiu qualquer modelo de avaliação das propostas, com base nos factores e*

¹⁷ Dividem-se os autores quanto ao fundamento da obrigatoriedade, ou vinculatividade, das cláusulas jurídicas e técnicas do caderno de encargos, a incluir no contrato a celebrar.

Enquanto para uns, ela assenta no seu carácter normativo, (vide M. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, in “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, pág. 139 e segs.), para outros, tal obrigatoriedade funda-se no seu carácter contratual. (Vide, neste sentido MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, in “Concurso Público nos Contratos Administrativos”, pág. 246), que defende que se a adjudicação se efectuar em violação das condições impostas pelo Caderno de Encargos, o que ocorre é uma infracção do regulamento “por violação da cláusula do programa de concurso que obriga à exclusão das propostas que não respeitem o o Caderno de Encargos”.

De todo o modo, qualquer que seja a tese adoptada – a da natureza normativa ou a da natureza contratual – ambas as teses convergem neste ponto: a adjudicação feita a um concorrente, em violação das cláusulas contidas no caderno de encargos, segue o regime da invalidade jurídico-administrativa.



subfactores densificadores do critério de adjudicação, previamente previsto no Caderno de Encargos do acordo quadro.

Esta situação configura, também segundo a decisão recorrida, uma violação do disposto no artigo 259º, nº2, do CCP.

c) A adjudicação foi feita com base nas “outras condições comerciais” propostas, como factor diferenciador do mérito das propostas apresentadas, sendo que essas condições respeitam a aspectos não reconduzíveis ao preço ou aos níveis de serviço.

Esta actuação era, segundo a decisão recorrida, violadora do disposto no artigo 259º, nº2, do CCP e do artigo 29º, do Caderno de Encargos.

d) A adjudicação não foi fundamentada em qualquer relatório de análise de propostas, nem foi efectuada a audiência prévia das empresas que apresentaram as propostas.

Esta actuação é, segundo a decisão recorrida, violadora do disposto nos artigos 146º, 147º e 148, do CCP, aplicáveis por força do artigo 259º, nº3, do mesmo Código.

e) O procedimento realizado não incluiu a negociação das propostas apresentadas pelas entidades fornecedoras, conforme estabelecia o artigo 28º, nº3 do Caderno de Encargos do Acordo Quadro.

Tal situação constitui, segundo a decisão recorrida, uma violação do disposto nos artigos 118º e seguintes do CCP e 28º, nº3, do Caderno de Encargos do acordo quadro.

f) Procedeu-se a uma negociação, prévia ao procedimento, com a empresa que veio a ser a adjudicatária, negociação essa que foi, em vários momentos, assumida como relevante e o seu resultado



Tribunal de Contas

veio a integrar o processo de adjudicação e a corresponder às condições efectivamente contratadas.

Esta situação, segundo a decisão recorrida, violava o disposto nos artigos 115º, nº2, al. a), 118º a 124º do CCP e, frontalmente, o disposto no artigo 120º, nº4, do mesmo Código.

g) A sequência dos actos praticados, designadamente, os referidos nas alíneas A) a C), S), T) e V) do probatório, permite concluir que o Município favoreceu a empresa adjudicatária.

Tal situação, segundo a decisão recorrida, violou o direito dos concorrentes a um tratamento igual e imparcial e princípios de imparcialidade, concorrência, igualdade, legalidade e transparência.

4. 1. Vejamos, então, se se verificam as referidas ilegalidades, e, na afirmativa, quais as consequências jurídicas das mesmas.

4. 1. 1. No que respeita à situação mencionada na antecedente **alínea a)**, ou seja o facto de o convite para a apresentação de propostas ter incluído o pedido de fornecimento ou manutenção do equipamento de leitura e medição dos postos de abastecimento do Município de Loures e a apresentação de outros benefícios comerciais não especificados, dir-se-á o seguinte:

Face ao disposto no artigo 259º, nºs 1, als. a) e b), e 2 do CCP e nos nºs 4 a 7 do artigo 24º, do CE, entendemos que aquele pedido não configura uma violação de lei.

Efectivamente, acontecendo uma anomalia em resultado do abastecimento dos produtos petrolíferos, e sendo esta imputável à entidade fornecedora, isso configurará uma fonte de responsabilidade desta (artigo 24º, nºs 4 a 7 do CE). Assim, nada impede – antes tudo aconselha – a que, cautelarmente, se faça o



Tribunal de Contas

pedido de fornecimento ou manutenção do equipamento de leitura e de medição dos postos de abastecimento.

Com tal pedido, está a dar-se concretização a princípios como o da boa-fé, da transparência e da prossecução do interesse público, que são essenciais na contratação pública e que podem prevenir a conflitualidade neste âmbito.

Estamos, pois, no domínio da execução de contrato a celebrar, e dos aspectos desta, a submeter à concorrência, pelo caderno de encargos (artigo 259º, nº1, al.b)).

No que respeita aos “outros benefícios comerciais não especificados”, também entendemos que não se está perante um caso de violação de lei, designadamente do artigo 259º do CCP.

Na verdade, dispendo o artigo 29º, nº2, do CE, que, para a avaliação dos *níveis de serviço*, - factor do critério de adjudicação - podem ser valorizados vários factores, ¹⁸ nada impede que, para a optimização da satisfação das necessidades colectivas, se faça apelo a “outros benefícios comerciais” que, no âmbito do critério de adjudicação, constituam aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência, que contribuam para a densificação de factores a ter em conta em tal critério.

O artigo 259º do CCP não impede que o convite contenha tal indicação, sendo, ao invés, o seu nº 2, expresso ao dizer que o convite para a apresentação de propostas, deve indicar os termos do acordo quadro a concretizar e os aspectos da execução do contrato a celebrar, submetidos à concorrência pelo caderno de encargos do acordo quadro.

Em caso de igualdade entre as propostas, quanto ao factor “preço”, será o factor “Níveis de serviço” que será decisivo para, em aplicação do critério de adjudicação, ser escolhida a proposta economicamente mais vantajosa.

¹⁸ A expressão “*entre outros*” aí utilizada, logo indica que a enumeração dos factores atendíveis, é meramente exemplificativa.



4. 1. 2. Relativamente à situação referida na antecedente **alínea b)**, ou seja ao facto de o convite para a apresentação das propostas não conter o modelo de avaliação das propostas, com base nos factores e subfactores densificadores do critério de adjudicação, previamente previsto no Caderno de Encargos do acordo quadro, dir-se-á que se está perante uma flagrante ilegalidade.

Na verdade, o artigo 259º, nº2, do CCP é claro ao referir que o convite para a apresentação das propostas deve indicar o modelo de avaliação destas, com base nos factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação previamente previsto no CD do acordo quadro.

Não contendo aquele convite os referidos elementos, violado foi o disposto no artigo 259º, nº2, do CCP.

4. 1. 3. No que respeita à situação referida na antecedente **alínea c)**, ou seja ao facto de a adjudicação ser feita com base nos “outros benefícios comerciais”, remete-se para o que se disse atrás, no ponto 4. 1. 1., ao apreciar a mesma matéria.

Aí deixámos mencionadas as razões pelas quais se entende que essa matéria não é violadora do disposto no artigo 259º do CCP.

4. 1. 4. Quanto à situação aludida na **alínea d)**, ou seja o facto de a adjudicação não ter sido fundamentada em qualquer relatório de análise das propostas, nem ter sido efectuada a audiência prévia dos concorrentes, verificasse, tal como decidiu o acórdão recorrido, a violação do disposto nos artigos 146º a 148º do CCP, aplicáveis *ex vi* do artigo 259º, nº3 do mesmo Código.

Efectivamente, e como resulta da matéria de facto dada por assente nas alíneas **V) e W)** do probatório, não foi elaborado, fundamentadamente, qualquer relatório de análise das propostas (quer o relatório preliminar quer o relatório



Tribunal de Contas

final), nem foi efectuada a audiência prévia dos concorrentes, tal como impõem os artigos 146º, nº1, 147º e 148º, nº1 do mesmo CCP.

Nos relatórios de análise das propostas são efectuadas, de modo fundamentado, a apreciação e valoração destas - com vista à sua ordenação -, através da ponderação dos factores do critério de adjudicação.

O dever de fundamentação dos actos administrativos traduz a externalização das razões ou motivos determinantes da decisão administrativa, tendo, como objectivos essenciais, os de habilitar o destinatário a reagir eficazmente contra a respectiva lesividade e assegurar a transparência e imparcialidade das decisões administrativas.

Como é jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Administrativo (STA), ¹⁹ um acto estará devidamente fundamentado sempre que um destinatário normal possa ficar ciente do sentido dessa mesma decisão, bem como das razões de facto e de direito que a sustentam, permitindo-lhe apreender o itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pela entidade administrativa, bem como optar, conscientemente, entre a aceitação do acto ou o accionamento dos meios legais de impugnação.

Como refere ALLAN R. BEWER-CARLAS ²⁰ a fundamentação consiste na necessária expressão formal dos motivos do acto, tanto os que são de direito c que configuram a base legal, como os motivos de facto que provocam a actuação administrativa. A fundamentação é, portanto, a expressão formal da causa dos actos administrativos, quer dizer, dos fundamentos de facto e de direito dos mesmos.

¹⁹ Vide, entre muitos, os Acórdãos do STA de 30 de Outubro de 1990, in Acórdãos Doutriniais (AD) 351, pág.339; de 11 de Outubro de 1988, in AD 329, pág. 620; de 11 de Maio de 1989 (Pleno), in AD 335, pág.1398; de 12 de Fevereiro de 1987, in AD 317, pág. 581; de 30 de Outubro de 1990, in AD 353, pág. 607; de 7 de Março de 1995, in Proc. nº 30 275; de 26 de Março de 1996, in Proc. nº 34 024 e de 21 de Maio de 2008, in Proc. nº742/07.

Note-se que, no mesmo sentido, decidiu também o Acórdão nº 92/08, de 7 de Julho de 2008, da 1ª Secção do Tribunal de Contas.

²⁰ In “*Principios del procedimiento administrativo*”, pág. 105.



A fundamentação, por seu lado, e de harmonia com o disposto no artigo 125º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), *deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão, neste caso, parte integrante do respectivo acto.*

A falta de fundamentação de um acto administrativo, - ou a sua insuficiente fundamentação ²¹ - como também é jurisprudência consolidada do STA, determina a anulabilidade do acto.

Ora, o artigo 146º, nº1 do CCP estabelece que, após a análise das propostas, e a aplicação do critério de adjudicação constante do programa de concurso, o júri deve elaborar, fundamentadamente, um relatório preliminar, onde deve propor a ordenação das propostas.

De seguida, deve o júri proceder à audiência prévia dos concorrentes, de acordo com o fixado no artigo 147º, atrás mencionado.

Após a audição dos concorrentes, - ou decorrido o prazo para tal audição - e ponderadas as observações formuladas por aqueles, deve o júri, de harmonia com o disposto no artigo 148º, nº1, elaborar um relatório final fundamentado, onde ordena as propostas apresentadas, relatório esse que é enviado ao órgão competente para a decisão de contratar.

Como, no caso vertente, não foi elaborado qualquer relatório fundamentado, nem foi efectuada a audiência prévia supra referida, violados foram os artigos 146º, nº1, 147º e 148º, nº1, todos do CCP.

²¹ Vide o artigo 125º, nº2 do Código do Procedimento Administrativo que dispõe que equivale à *falta de fundamentação* a adopção de fundamentos que, por *obscuridade*, *contradição* ou *insuficiência*, não esclareçam concretamente a motivação do acto.



4. 1. 5. Relativamente à situação mencionada na **alínea e)** do ponto 4., ou seja, o facto de o procedimento realizado não ter incluído a negociação das propostas apresentadas pelas entidades fornecedoras, dir-se-á o seguinte:

Na verdade, e como resulta da matéria factual dada por assente, não ocorreu uma fase de negociação das propostas, com os concorrentes.

Tal omissão ficou a dever-se, segundo refere o recorrente, nas suas alegações de recurso, à urgência na celebração do contrato de fornecimento.

Ora, devendo haver lugar a uma fase de negociação, atento o disposto nas disposições conjugadas dos artigos 259º, nº3, 149º e 118º, nº2, do CCP; das cláusulas 1ª e 4ª do “Acordo Quadro ANCP nº2.2”; do artigo 28º, nº3 do Caderno de Encargos integrante do mesmo “Acordo Quadro”, a omissão atrás mencionada, configura a violação destes normativos.

4. 1. 6. No que se refere à situação mencionada na **alínea f)** do ponto 4., ou seja o facto de se ter procedido a uma negociação prévia com a empresa que veio a ser a adjudicatária, e que tal negociação foi assumida como relevante, tendo o seu resultado correspondido às condições contratadas, há que dizer o seguinte:

Efectivamente, e como consta da alínea **A)** do probatório, ocorreu em 6 de Novembro de 2008, uma reunião entre representantes do Município de Loures e da empresa “Petrogal, SA” onde foram negociados o fornecimento de combustíveis rodoviários ao citado Município, bem como algumas condições comerciais a praticar pela empresa.

O resultado de tal negociação teve tradução nas condições efectivamente contratadas, como se mostra das alíneas **Q), T) e V)** do probatório.



Tribunal de Contas

Ora, como salienta a decisão recorrida, tal negociação não respeitou o disposto nos artigos 118º, nº2, e 119º a 121º do CCP, aplicáveis por força do artigo 151º, do mesmo Código.

É que, para além de ter ocorrido antes da apresentação das propostas, a negociação não decorreu com os dois concorrentes, tendo presentes as suas propostas.

Foram, pois, violados os normativos supra referidos.

4. 1. 7. No que concerne à situação aludida na **alínea g)** do ponto 4., ou seja o facto de a sequência de actos praticados pelo Município de Loures – designadamente os indicados nas alíneas **A) a C), S), T) e V)** do probatório – permitir a conclusão de o Município ter favorecido a empresa adjudicatária, deve dizer-se:

Na verdade, tendo decorrido com a empresa adjudicatária uma fase de negociação prévia ao procedimento, que não respeitou o disposto nos artigos 118º, nº2 e 119º a 121º do CCP, e tendo o resultado dessa negociação tido tradução nas condições que vieram a ser contratualizadas, sendo que, por outro lado, com a outra empresa concorrente, não se verificou a ocorrência de semelhante negociação, seguro é ter a adjudicatária beneficiado de um tratamento mais favorável.

Foram, assim, violados os princípios da igualdade, da transparência e da concorrência previstos no artigo 1º, nº4, do CCP.

5. Vejamos, de seguida as consequências jurídicas da violação dos normativos supra mencionados.

As ilegalidades cometidas poderão ser geradoras de nulidade ou de mera anulabilidade, sendo que o visto apenas poderá ser recusado, na hipótese em



apreço, com fundamento em *nulidade*, atento o disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº98/97 de 26 de Agosto.

Ora, não estamos, seguramente, perante casos de nulidade:

Efectivamente, os vícios atrás mencionados não se encontram previstos no artigo 133º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), dispositivo este que se refere aos actos administrativos feridos de nulidade.

Efectivamente, nem se encontram incluídos no elenco dos actos indicados no nº2 daquele normativo, nem, por outro lado, existe qualquer norma que, para tais vícios, comine expressamente tal forma de invalidade dos actos administrativos (vide o nº1, do mesmo artigo 133º do CPA).

Por outro lado, o acto de adjudicação da empreitada contém todos os seus elementos essenciais, considerando-se como “elementos essenciais” os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torna inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação (vide o nº1, 1ª parte, do citado artigo 133º do CPA).²²

Não sendo as ilegalidades verificadas, geradoras de nulidade, só podem as mesmas conformar mera **anulabilidade**, o que afasta o fundamento de recusa de visto enunciado na alínea a), do nº3, do artigo 44º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

6. Por outro lado, como, no caso vertente, não estão em causa encargos sem cabimento em verba orçamental própria, nem violação directa de norma financeira, afastado está, também, o fundamento de recusa de visto mencionado na alínea b) do citado normativo, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

²² Neste sentido, v. g., os Acórdãos nºs 30/05, de 15-11-2005, 27/07, de 13-2-2007 e 108/07, de 24-7-2007, da 1ª Secção, em subsecção, deste Tribunal.



Tribunal de Contas

7. Importa, então, cuidar de saber se as ilegalidades atrás referidas preenchem o fundamento de recusa de visto indicado na alínea c) do nº3, do citado artigo 44º da Lei nº 98/97.

A resposta a esta questão só pode ser positiva:

7. 1. De acordo com o artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa de visto, a ocorrência de uma ilegalidade que altere ou *possa alterar* o resultado financeiro do contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Ora, as ilegalidades acima apontadas, pondo em causa os princípios da igualdade, da concorrência e da transparência, que devem estar presentes na contratação pública, têm a virtualidade de consequenciar a alteração do resultado financeiro do contrato.

Na verdade, e nomeadamente, os factos dados por assentes nas alíneas **A) a C), S), T) e V)** do probatório, fazem concluir que o Município de Loures teve para com a empresa adjudicatária um tratamento mais favorável que aquele que foi usado para com a outra empresa concorrente.

É, efectivamente, o caso de se ter efectuado uma negociação, prévia ao procedimento, com a empresa adjudicatária, cujo resultado teve tradução nas condições que vieram a ser contratualizadas, situação que não ocorreu com a outra empresa concorrente.

Para além disto, verifica-se que não foi realizada a negociação a que aludem os artigos 259º, nº3, 118º a 121º e 149º do Código dos Contratos Públicos a qual, decerto, poderia redundar na obtenção de condições mais favoráveis que aquelas que vieram a ser contratualizadas pelo Município.



Tribunal de Contas

Ora, esta actuação, é violadora de princípios fundamentais que devem enformar a conduta da Administração, no âmbito da contratação pública, como sejam os já referidos princípios da *igualdade*, da *transparência* e da *concorrência*, previstos no artigo 1º, nº4, do citado Código.

Aliás, tal actuação viola, ainda, os princípios da *legalidade*, da *prosecução do interesse público* e da *imparcialidade* previstos nos artigos 3º e 6º do Código do Procedimento Administrativo e que têm, igualmente, dignidade constitucional (vide o disposto no artigo 266º, nºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa).

Como refere MARIA JOÃO ESTORNINHO,²³ “a razão pela qual a Administração Pública não pode furtar-se à vinculação dos direitos fundamentais é o facto de ser sempre Administração Pública e nunca se transformar em pessoa privada, seja em que circunstâncias for, mesmo quando utiliza forma jurídico-privada. (...) quanto mais frequentes forem as fugas às formas jurídico-públicas, tanto mais necessário se torna ser absolutamente intransigente na afirmação da sua vinculação aos direitos fundamentais, e, nomeadamente, ao princípio da igualdade...”.

É, assim, fortemente censurável a actuação do Município recorrente, uma vez que não acautelou a obtenção da melhor escolha, por parte da Administração, o que afecta, também, o *princípio da racionalidade* da actuação desta.

Citando MARGARIDA OLAZABAL CABRAL,²⁴ diremos que também o princípio da racionalidade na actuação da Administração – e necessariamente o da *prosecução do interesse público* – implica que, na celebração de contratos administrativos, a Administração faça a melhor escolha, o que significa que esta deverá escolher o co-contratante que melhor seja capaz de satisfazer os fins que conduziram à decisão de contratar, sendo que, a escolha do melhor co-

²³ In “*A Fuga para o Direito Privado*”, 1996, pág. 239.

²⁴ In “*O Concurso Público nos Contratos Administrativos*”, 1999, pág. 260.



Tribunal de Contas

contratante, só será possível se a entidade adjudicante conhecer todos os interessados em contratar e puder comparar as suas propostas.

É que é necessário não só assegurar que seja realmente escolhido o melhor, mas também garantir que toda a comunidade acredite que foi feita uma boa escolha, apenas baseada no interesse público e sem interferência de factores estranhos.²⁵

7. 2. É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, com a expressão “*ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro do contrato*”, contida no artigo 44º, nº3, al. c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, o legislador quis significar que basta o simples risco ou perigo de alteração do resultado financeiro do contrato, para se estar perante a existência de um fundamento de recusa de visto.

Ora, no caso vertente, e pelo exposto, estamos perante um forte risco de alteração do resultado financeiro do contrato, resultante das ilegalidades acima apontadas.

Bem andou, pois, a decisão recorrida ao recusar o visto ao contrato, a qual, assim, se confirma.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao recurso e em confirmar a decisão recorrida.

²⁵ Neste sentido se pronuncia, também, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL in ob. e loc. cit., pág. 113.



Tribunal de Contas

São devidos emolumentos (artigos 16º, nº1, al. b) do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 29 de Junho de 2009.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(José L. Pinto Almeida)

(Carlos M. Botelho Moreno)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)