

ACÓRDÃO N.º 09/2012 - 19.jun.2012 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 04/2012

(Processo n.º 1704/2011)

DESCRITORES: Contrato de Prestação de Serviços / Ajuste Direto / Elemento Essencial / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Nulidade / Retroatividade / Adjudicação / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) prevê a adoção do ajuste direto *“na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.”*
2. O início tardio do procedimento concursal imputável à entidade adjudicante não preenche a *“facti species”* da al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP, pelo que se impunha, face ao respectivo valor do contrato, que o mesmo tivesse sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º do CCP.
3. A ausência de concurso, obrigatório no caso *sub judice*, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos dos arts. 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e 283.º, n.º 1 do CCP.
4. A nulidade constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

5. Nos termos do art.º 287.º, n.º 2 do CCP, *“as partes podem atribuir eficácia retroactiva ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada dos efeitos: a) não seja proibida por lei; b) não lese direitos e interesses legalmente produzidos de terceiros; e c) não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à de formação do contrato”*.
6. Em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroactiva aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação.
7. O contrato celebrado com efeitos retroactivos é ilegal, por violar o disposto no n.º 2 do art.º 287.º do CCP, sendo susceptível de alteração do resultado financeiro do contrato, o que constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

Conselheiro Relator: Manuel Mota Botelho



Acórdão N.º 9 /2012, de 19 de junho – 1ª Secção-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 04/2012

(Processo n.º 1704/2011)

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

I – RELATÓRIO

1. Em 14 de fevereiro de 2012 foi proferido o Acórdão n.º 4/2012, da 1.ª Secção deste Tribunal, em Subsecção, que recusou o visto ao “Contrato de prestação de serviços, para manutenção e desenvolvimento de novas aplicações dos sistemas informáticos”, celebrado em 16 de novembro de 2011, entre o Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P. (doravante designado por IFAP), na qualidade de adjudicante, e NLS New Link Solutions – Consultoria e Engenharia, S.A. (doravante designado por NLS), na qualidade de adjudicatária, pelo valor de € 1.657.500,40, acrescido de IVA.



2. Não se conformando com a decisão, o IFAP interpôs recurso para o plenário da 1ª Secção.

3. Tendo formulado as seguintes conclusões:

3.1. O acontecimento imprevisível e não imputável à entidade adjudicante, que determinava o ajuste direto, nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP, reside na demissão do XVIII Governo Constitucional, em 23 de março de 2011, que se manteve em funções como Governo de Gestão até 21 de junho de 2011 e a conseqüente recusa de assinatura da portaria de extensão de encargos pela tutela, transmitido à entidade adjudicante em 21 de abril de 2011.

3.2. Acresce outro acontecimento imprevisível e não imputável à entidade adjudicante: a circunstância de as cativações impostas pela Lei do Orçamento para 2011 ter tornado impossível a utilização das dotações da rubrica competente para a cabimentação do novo concurso público, iniciado em Setembro de 2010, tornando necessário o recurso a alterações orçamentais, e a circunstância de a Direção Geral do Orçamento ter condicionado as autorizações previstas na Portaria nº 4-A/2011, á publicação da Lei de Execução Orçamental, impondo que só em março tivesse sido possível requerer à tutela, que se encontrava em gestão, a autorização para a abertura do novo concurso público.



- 3.3.** *Erra, nos pressupostos de facto, a decisão ora em recurso, que não identificou estes acontecimentos como os factos que objectivamente configuram o “acontecimento imprevisível” e que os mesmos não sendo, “imputável à entidade adjudicante”, preenchem a “facti specis” da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP. Este erro compromete o processo de subsunção dos factos à norma feito pelo Acórdão.*
- 3.4.** *Estando preenchidos os pressupostos da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP, o contrato nº 11/IFAP/059 é válido, não padece de qualquer ilegalidade, e conseqüentemente não pode ser recusado o visto com fundamento na alínea a) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de agosto.*
- 3.5.** *Do mesmo modo, reconhecendo-se não existir qualquer ilegalidade, não é possível recusar o visto com fundamento na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de agosto, dado que a alteração do resultado financeiro, como fundamento da recusa do visto, pressupõe a existência de uma qualquer ilegalidade, nos termos desta norma.*
- 3.6.** *Por fim, a retroactividade conferida pelas partes ao contrato sujeito ao procedimento de ajuste direto, é possível e não configura qualquer violação ao disposto na alínea c) do nº 2 do artigo 287º do CCP, por restrição da concorrência garantida pelo CCP, dado que objecto e sujeitos são perfeitamente determináveis e correspondem, respectivamente, à mesma*



prestação e ao mesmo sujeito do contrato nº 10/IFAP/109, celebrado na sequência de concurso público, o qual não teve quaisquer outros opositores admitidos: donde, não é possível afirmar que a retroactividade que lhe foi atribuída pelas partes, consubstancia uma restrição clara da concorrência garantida pelo CCP.

Termina requerendo que seja revogada a decisão em recurso e conferido o visto ao contrato.

4. Por despacho de 15 de março de 2012 foi o recurso admitido, por se verificar a legitimidade do Recorrente bem como a tempestividade na apresentação do mesmo, nos termos dos artigos 96º, n.º1, e 97º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

5. O Ex.^{mo} Magistrado do Ministério Público, notificado para responder ao recurso interposto nos termos do art.º 99º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, emitiu duto parecer, que aqui se dá por reproduzido, tendo concluído que o recurso não merece provimento.

6. Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.



II - OS FACTOS

No Acórdão recorrido deu-se como assente a seguinte factualidade com relevo para a decisão:

1. O Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P. (doravante também designado por IFAP) remeteu para fiscalização prévia, em 16 de novembro 2011, o contrato de prestação de serviços, para manutenção e desenvolvimento de novas aplicações dos sistemas informáticos, com a NLS New Link Solutions – Consultoria e Engenharia, S.A. (doravante também designado por NLS), pelo valor total de € 1.657.500,40, acrescido de IVA, à taxa legal aplicável.

2. Para além do referido no número anterior, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

a) O contrato referido foi celebrado mediante procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea c), nº 1 do artigo 24º do CCP¹;

b) O contrato foi celebrado em 16 de novembro 2011;

c) A prestação de serviços objeto do contrato produziu efeitos desde 16 de dezembro de 2010 até 31 de dezembro de 2011.

¹ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei nºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei nº 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro.



3. Para a decisão deve ainda considerar-se o que foi alegado pela entidade adjudicante no que respeita aos factos já elencados e a outros suscitados por este Tribunal. Assim:

a) Questionado o IFAP para fundamentar a adoção do ajuste direto, *“...informando quais os acontecimentos imprevisíveis que levaram essa entidade adjudicante a não providenciar atempadamente a realização de um concurso público...”*, vêm dizer², em síntese, que:

i. Em Setembro de 2010 iniciou a preparação de procedimento por concurso público para aquisição dos serviços pelo prazo de três anos³;

ii. Em 28 de janeiro de 2011, foi pedida à DGO confirmação do cabimento orçamental, que foi emitida em 9 de fevereiro;

iii. Em 31 de março de 2011, foi solicitada ao membro do Governo competente autorização de abertura do procedimento, aprovação dos documentos concursais e assinatura da portaria de extensão de encargos;

iv. Em 21 de abril de 2011 foi devolvido o processo referido por a entidade tutelar ter entendido que *“... encontrando-se o Governo em gestão não estão reunidas as condições para a assinatura da portaria de extensão...”*, sugerindo aquela entidade que *“o concurso [fosse] excepcionalmente aberto para um ano”*;

v. Perante aquela decisão, entendeu o IFAP *“proceder a um trabalho exaustivo de reformulação do conceito e das condições em que esta prestação de serviços será efectuada”*;

vi. Em 2 de junho de 2011, não sendo viável *“o interregno da prestação de serviços”* propôs o IFAP à entidade tutelar a contratação por ajuste direto, pelo prazo de um ano, tendo o processo vindo *“devolvido dado que o Governo se encontrava a cessar funções”*;

² Vide fls. 44 e ss. do processo

³ Tal início consubstanciou-se na análise, entre técnicos, do projeto de caderno de encargos e de programa de procedimento, conforme resulta de documento junto ao processo, a fls. 47 e ss. do processo.



Tribunal de Contas

vii. Em 16 de setembro de 2011, com a formação do novo Governo, “... foi possível repropor à tutela (...) a aquisição por ajuste direto e pelo prazo de um ano – entre 16/12/2010 e 31/12/2011 – dos serviços de desenvolvimento aplicacional”;

viii. Em 4 de outubro de 2011, o Secretário de Estado da Agricultura subdelegou “...no CD do IFAP a competência para a autorização da despesa e demais actos do procedimento tendo em vista a contratação proposta”;

ix. Entendeu o IFAP que apenas a NLS “...se encontra de imediato em condições de prestar o serviço em tempo útil de forma eficiente e eficaz, para que não fosse comprometida a missão do IFAP”;

b) Questionado sobre a eficácia retroativa do contrato, o IFAP disse que considera “...estarem preenchidos os requisitos do n.º 2 do art.º 287.º do CCP”;

c) Questionado o IFAP para informar como foi assegurada a prestação de serviços no ano de 2010, respondeu ⁴ que:

i. Em 9 de outubro de 2009, “iniciou procedimento para abertura de concurso”, visando a referida aquisição de serviços. O aviso de abertura desse concurso foi contudo publicado em 28 de janeiro de 2010⁵;

ii. De 4 de janeiro a 15 de março, “considerando os prazos inerentes à tramitação do concurso público”, a prestação de serviço foi assegurada mediante o contrato n.º 10/IFAP/05 no valor de € 340.000,00 celebrado por **ajuste direto, com a NLS**;

iii. De 16 de março a 15 de maio de 2010, a prestação de serviços foi assegurada mediante o contrato n.º 10/IFAP/107 no valor de € 292.400,00 celebrado por **ajuste direto, com a NLS**, uma vez que após a publicação do anúncio do concurso público e a elaboração do seu cronograma se verificou que o procedimento nunca poderia estar concluído antes de 15 de maio;

iv. De 16 de maio a 15 de junho de 2010, a prestação de serviço foi assegurada mediante o contrato n.º 10/IFAP/109, no valor de € 146.200,00, celebrado por **ajuste direto, com a NLS**, uma vez que o cronograma antes feito previa um “procedimento regular”, que não se verificou, dadas as pronúncias em sede de audiência prévia, o que “levou a que o contrato para a aquisição dos serviços

⁴ Vide fls 140 e ss. do processo

⁵ Vide fl. 82 do processo n.º 1495/2010.



Tribunal de Contas

adjudicados no concurso em causa só viesse a ser outorgado com efeitos a 16/06/2010”;

v. De 16 de junho a 15 de dezembro de 2010 a prestação de serviço foi assegurada mediante o contrato nº 10/IFAP/104, no valor de € 929.980,00, **celebrado em 7 de setembro de 2010 com a NLS na sequência de concurso público;**

d) Em matéria dos resultados financeiros obtidos, veio o IFAP declarar que *“não se afirma que da contratação agora submetida à fiscalização prévia resultariam melhores resultados financeiros do que aqueles que resultariam de procedimento concorrencial. O que se afirma é que, não tendo sido possível, pelas razões que melhor constam naquela Informação, abrir concurso público para submeter a aquisição dos serviços à concorrência, como se pretendia, procedeu-se à negociação directa com o fornecedor dos serviços de forma a ser possível reduzir o custo da prestação de serviços relativamente ao preço do anterior contrato que tinha sido celebrado na sequência de procedimento concursal, compensando-se, assim, os eventuais ganhos de um concurso público, com esta redução do preço do contrato.*

E a vantagem financeira invocada resulta da comparação entre o preço do anterior contrato e o celebrado e agora submetido a fiscalização prévia, resultando de tal comparação uma redução de 15,1% no custo anual, dado que a mesma prestação de serviços custou € 1.860.020,00 em 2010 e € 1.580.002,00 em 2011, valores acrescidos de IVA à taxa em vigor”;

e) Em resposta ao pedido formulado para informar de que forma está o IFAP a assegurar a prestação de serviços desde 1 de janeiro de 2012, veio dizer ⁶ que foi dado início a um procedimento de concurso público para a prestação de serviços nos anos de 2012 e 2013. A portaria de extensão de encargos foi publicada, em 30 de janeiro de 2012. Porém, devido a atrasos que o processo teve *“mantem-se em aberto o período entre 01/01/2012 e a data do início do contrato que resultar do procedimento de concurso que está a decorrer”* e *“[d]ado que não é possível suspender o fornecimento dos serviços de desenvolvimento aplicacional, o período em causa será coberto com **um novo procedimento por ajuste directo**”*.

⁶ Vide fls 140 e ss. do processo. Negrito da nossa responsabilidade.



III - O DIREITO

Foram duas as questões tratadas no Acórdão recorrido que fundamentaram a decisão de recusa do visto, uma relacionada com a possibilidade de o contrato poder ter sido formado mediante procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 24º do Código dos Contratos Públicos (CCP) e a outra sobre a possibilidade de o contrato ter eficácia retroativa.

A alínea c) do n.º 1 do artigo 24º do CCP permite a adoção do ajuste direto **“na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”**.

Trata-se de norma idêntica à existente na vigência do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (cfr. artigo 136º, n.º 1, alínea c)) e do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho (cfr. artigo 86º, n.º 1, alínea c)), pelo que há muito que este Tribunal se vem pronunciando sobre o seu teor.

Daí que no Acórdão recorrido se faça referência a vários Acórdãos, avançando que *“são motivos de urgência imperiosa aqueles que impõem à entidade administrativa de uma forma categórica, a que não pode deixar de responder com rapidez. Existem motivos de urgência imperiosa quando, por imposição do interesse público, se deve*



Tribunal de Contas

proceder à aquisição de bens ou serviços com a máxima rapidez sem se realizar, quando a lei o prevê, concurso público (ou outro tipo de procedimento que garanta, de alguma forma, a concorrência). E recorre-se a tal solução, sob pena de, não o fazendo com a máxima rapidez, os danos daí decorrentes causarem ou poderem vir a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação.

Mas não basta que se conclua que o interesse público em fazer a aquisição com a máxima urgência seja superior ao interesse público em a realizar através de procedimento concursal, sendo ainda necessário que essa urgência imperiosa seja resultado de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, e não sejam, em caso algum, a ela imputáveis.

E acontecimentos imprevisíveis são todos aqueles que um decisor normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto. Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis, os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto.

Dito de outro modo: se perante um acontecimento que o decisor público podia e devia prever – acontecimento previsível – este não optar por procedimento concorrencial - como são o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação –, isso significa que ele não procedeu com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, estava obrigado e de que era capaz, tendo, por isso, incorrido em erro sobre os pressupostos do tipo de procedimento adotado.

Pode, contudo, acontecer que haja motivos de urgência imperiosa



resultante de acontecimentos imprevisíveis e que mesmo assim não se encontre legitimada a escolha do procedimento não concursal. Estão nesta situação tais procedimentos fundamentados em circunstâncias que, de algum modo, sejam imputáveis ao decisor público. É o que acontece, por exemplo, quando a impossibilidade de cumprimento dos prazos exigido pelo concurso público se devem a inércia ou a má previsão da entidade adjudicante.

Finalmente, os acontecimentos imprevisíveis só são atendíveis, para efeitos de admissibilidade do recurso ao ajuste direto, se o objecto deste se contiver dentro dos limites do «estritamente necessário» ao fim em vista e não puderem ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos».

Concordamos inteiramente com os contornos da interpretação que é dada ao preceito da alínea c) do n.º 1 do artigo 24º que acabamos de transcrever, e à luz dos mesmos iremos, de seguida, nos pronunciar sobre se a factualidade provada se subsume, como pretende o Recorrente, a tal disposição legal, ou se, pelo contrário, o Acórdão recorrido julgou bem ao afastar a possibilidade de visar o contrato ao abrigo do referido regime legal.

Quanto aos motivos de “urgência imperiosa”, os mesmos foram aceites pelo Tribunal, na medida em que “*não era possível suspender o fornecimento dos serviços de desenvolvimento aplicacional*”.

O mesmo já não aconteceu com os pressupostos de “acontecimento imprevisível” e de “acontecimento imprevisível não imputável, em caso



Tribunal de Contas

algum, à entidade adjudicante”, em que o Acórdão recorrido considerou que a entidade adjudicante: *“sabia de antemão que a prestação de serviços que decorria em 2010 terminava em 15 de dezembro e deveria continuar; sabia que tal prestação era imprescindível; sabia, da experiência resultante do concurso imediatamente anterior, que dar os primeiros passos num concurso no mês de setembro, não permitiria obter resultados a tempo de reiniciar uma prestação de serviços em dezembro do mesmo ano; são dados, muito tardiamente, os primeiros passos em setembro de 2010 (com a ultimação do caderno de encargos e programa de procedimento, certamente muito idênticos ao do concurso imediatamente anterior; só se solicita a confirmação do cabimento orçamental à DGO em final de janeiro de 2011; dada a cabimentação em 9 de fevereiro, aguarda-se pela publicação do decreto de execução orçamental em 1 de março; só se solicita autorização de abertura de concurso e a emissão de portaria de extensão de encargos em 31 de março; perante a recusa de emissão de portaria de extensão de encargos, e não atendendo à sugestão feita pela tutela de realização de concurso para celebração de um contrato para um ano, em 21 de abril, o IFAP decide «proceder a um trabalho exaustivo de reformulação do conceito e das condições em que esta prestação de serviços será efectuada»; e só em 9 de junho decide propor a celebração de contrato mediante ajuste direto; perante a recusa da tutela em autorizar tal autorização, só em 16 de setembro voltam a propô-la; subdelegadas as competências para a prática dos atos relativos a essa celebração em 4 de outubro, só vêm a celebrar um contrato, mediante ajuste direto, em 16 de novembro de 2011; a 45 dias do fim do prazo de mais de um ano previsto para a vigência do*



contrato”.

Estas considerações estão suportadas pela factualidade dada como provada, sendo de salientar que o contrato que precedeu o actual terminava em 15 de dezembro de 2010 (cfr. **facto 3 c) v)**, pelo que era suposto que tivessem sido desencadeados os adequados procedimentos com antecedência para que novo procedimento concursal estivesse ultimado a tempo e horas de vigorar a partir de 16 de dezembro de 2010.

Porém, só em setembro de 2010 se inicia a preparação de procedimento por concurso público para aquisição dos serviços pelo prazo de três anos (cfr. **facto 3 a) i)**, e só em 28 de janeiro de 2011 foi pedida à DGO confirmação do cabimento orçamental (cfr. **facto 3 a) ii)**.

Ora, era de todo previsível, por parte do IFAP, que ao iniciar-se a preparação do procedimento para concurso em setembro não havia condições para o ultimar até 15 de dezembro de 2010, data em que cessava o anterior contrato, sendo certo que as incidências que o Recorrente alega nas suas conclusões (demissão do XVIII Governo Constitucional, em 23 de março de 2011, e as questões de ordem orçamental) são consequência de um tardio início do procedimento concursal imputável ao IFAP, pelo que não podem preencher, como sugere o Recorrente, a “*facti species*” da alínea c) do n.º 1 do artigo 24º do CCP.

Assim sendo, improcede, nesta parte, a alegação do Recorrente.



No que concerne à eficácia retroativa do contrato (celebrado em 16 de novembro de 2011, para vigorar entre 16-12-2010 e 31-12-2011), o Acórdão recorrido invoca o artigo 287º do CCP, salientando que no n.º 2 permite-se que *“as partes podem atribuir eficácia retroactiva ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada dos efeitos: a) Não seja proibida por lei; b) Não lese direitos e interesses legalmente produzidos de terceiros; e c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à de formação do contrato”*.

E, sobre tal temática, relembra o que se disse no Acórdão n.º 14/09 – 31 de março – 1ªS/PL, deste Tribunal, ou seja, que:

“...num processo de contratação pública a adjudicação constitui um acto administrativo que encerra o procedimento de selecção do contratante particular , só ela exprimindo a inequívoca vontade de contratar, vinculando a entidade adjudicante e conferindo ao concorrente preferido a legítima expectativa da celebração do contrato nos termos legais.

Na realidade, antes da adjudicação, que culmina o processo de escolha, não é possível saber, com segurança, que haverá um contrato e que uma dada entidade será a adjudicatária.

Para além disso, num processo concorrencial, assumir que uma determinada entidade poderia iniciar a prestação de serviços antes de ser escolhida ofenderia, além do mais, princípios fundamentais de imparcialidade, concorrência e igualdade e lesaria os direitos e os interesses legalmente protegidos dos restantes concorrentes ao



procedimento de contratação.

Acresce que só no acto de adjudicação se fixa o montante da despesa, se confirma a disponibilidade de verba orçamental para a suportar e se obtém a competente autorização para a sua realização, requisitos financeiros indispensáveis para que se possa assumir o compromisso contratual.

Assim, e nos termos do disposto no invocado artigo 128º, n.º 2, alínea a), do CPA, antes desse acto de adjudicação não é possível dar por verificados pressupostos essenciais do contrato e da realização dos serviços a que ele se destina, como sejam a certeza de que pode haver um contrato, o seu conteúdo, a identificação da entidade que deve prestar os serviços e a autorização para a realização da correspondente despesa.

Deste modo, sem prejuízo da necessária apreciação casuística das circunstâncias próprias de cada situação, em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroactiva aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação”.

Acrescenta-se no Acórdão recorrido que a concreta retroatividade fixada consubstancia uma restrição clara da concorrência garantida pelo disposto no CCP relativamente à formação do contrato, pelo que ocorreu violação direta do disposto no n.º 2 do artigo 287º do CPP.

Considera, por seu lado, o Recorrente que não se verifica restrição da concorrência, dado que objecto e sujeito são perfeitamente



Tribunal de Contas

determináveis e correspondem, respetivamente, à mesma prestação e ao mesmo sujeito do contrato nº 10/IFAP/109, celebrado na sequência de concurso público, o qual não teve quais quer opositores admitidos.

Ora, a questão não se restringe apenas à concorrência, mas também a outra condição imposta pela alínea a) do n.º 2 do artigo 287º, isto é, que **“não seja proibida por lei”**.

Temos que o contrato celebrado com efeitos retroativos traduziu-se numa adjudicação, mediante ajuste direto, e no assumir da correspondente despesa, relativamente a serviços já executados.

Porém, o que determina o CCP, é que a escolha do procedimento e a adjudicação precedam a realização do contrato, iniciando-se o procedimento com a decisão de contratar pelo órgão competente para autorizar a despesa inerente (artigo 36º, n.º 1), seguindo-se a apresentação das peças dos procedimentos (artigo 40º) e, posteriormente, a adjudicação (artigo 73º).

Todas estas fases (pré-contratuais) têm necessariamente que preceder o contrato e a execução dos serviços a prestar, pois não faz sentido (carece de objecto) contratar algo que já se consumou, impondo-se antes contratar algo a realizar.

Daí, é fácil concluir que o contrato celebrado com efeitos retroativos foi



Tribunal de Contas

ilegal, por violar as referidas normas legais, não podendo, assim, beneficiar do regime do n.º 2 do artigo 287º do CCP, em função da alínea a).

Mas, igualmente fica afastada tal possibilidade por via da alínea c), na medida em que o procedimento adotado postergou o princípio da concorrência.

Na verdade, era exigível ao IFAP que, na contingência de ter que efectuar um ajuste direto por urgência imperiosa, tivesse diligenciado, logo que se apercebeu de que não era possível ultimar o procedimento por concurso público, e antes de terminar a vigência do contrato n.º 10/IFAP/104 (cfr. **facto 3 c) v.**), ajustasse o melhor preço com a NLS ou outros operadores a consultar (cfr. artigos 112º, 113º, n.º 1 e 114º, n.º 1, do CCP), garantindo-se, assim, a mínima concorrência.

Não o tendo feito, sujeitou-se ao facto consumado de grande parte dos serviços já estar executados aquando da formalização do contrato, e, por essa via, manifestamente se falseou a concorrência, com a conseqüente impossibilidade de obter-se um melhor preço e, logo, criou-se a susceptibilidade de alteração do resultado financeiro.

Assim, improcede, igualmente na questão do artigo 287º, n.º 2, do CCP, a pretensão do Recorrente, impondo-se manter, na íntegra, o Acórdão recorrido.

Com efeito, afastada que foi a hipótese de o contrato ter sido formado



Tribunal de Contas

mediante procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 24º do CCP, impunha-se, face ao respetivo valor, que tivesse sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 20º do referido Código.

Assim não aconteceu, sendo que a ausência de concurso, obrigatório no caso sub judice, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

Nulidade que pode ser declarada a todo o tempo e origina a nulidade do contrato (artigo 283º, n.º 1, do CCP), e constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC (Lei n.º 98/87, de 26 de agosto, alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro).

Por outro lado, no que toca aos efeitos retroactivos do contrato, verificou-se a violação do disposto no n.º 2 do artigo 287º, num quadro de susceptibilidade de alteração do resultado financeiro, o que constitui igualmente fundamento da recusa do visto, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.



IV - DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, os Juízes da 1ª Secção, em Plenário acordam em:

- a) Julgar improcedente o recurso, mantendo, na íntegra, a decisão de recusa do visto;**
- b) Fixar ao Recorrente emolumentos nos termos do artigo 16º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.**

Lisboa, 19 de junho de 2012

Manuel Mota Botelho (Relator)

Carlos Alberto Morais Antunes

António Santos Carvalho

Fui presente
(O Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)



Tribunal de Contas
