

ACÓRDÃO N.º 04/2012 - 14.fev.2012 - 1ª S/SS

(Processo n.º 1704/2011)

DESCRITORES: Contrato de Prestação de Serviços / Ajuste Direto / Urgência / Circunstância Imprevista / Concurso público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Elemento Essencial / Adjudicação / Nulidade / Recusa de Visto / Eficácia do Contrato / Retroatividade / Restrição de Concorrência / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Responsabilidade Sancionatória

SUMÁRIO:

1. São pressupostos necessários para o recurso ao procedimento por ajuste direto, nos termos da al. c), n.º 1 do art.º 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP):
 - motivos de urgência imperiosa;
 - resultante de acontecimento imprevisíveis pelo dono da obra;
 - não imputáveis, em caso algum, às entidades adjudicantes
2. Nos termos da referida disposição legal, estabelece-se ainda que o recurso ao ajuste direto só é admissível:
 - na medida do estritamente necessário; e
 - quando não possam se cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso público ou para os restantes procedimentos.
3. Os pressupostos referidos nos números anteriores devem verificar-se cumulativamente.
4. Não se verificando, no caso, os pressupostos que a lei fixa para a ativação do procedimento por ajuste direto, motivado por urgência imperiosa, encontra-se violado o disposto na al. c), n.º 1 do art.º 24.º do CCP.
5. Atento o valor do contrato, o procedimento a adotar para a formação do contrato devia ter sido o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º do CCP.

6. A ausência do concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, que determina a respetiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, o que constitui fundamento da recusa de visto, de acordo com o disposto na al. a) do n.º 3 do art.º 44.º, da LOPTC.
7. Nos termos do art.º 287.º, n.º 2 do CCP, *“[a]s partes podem atribuir eficácia retroactiva ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos:*
 - a) *Não seja proibida por lei;*
 - b) *Não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros;*
 - c) *Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à [fase] de formação do contrato”.*
8. No caso em apreço não se vislumbra uma exigência imperiosa de direito público, pelo que a retroactividade fixada está proibida por lei e embora não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros, consubstancia uma restrição clara da concorrência garantida pelo disposto no CCP relativamente à formação do contrato.
9. A violação do n.º 2 do art.º 287.º CCP configura uma situação propiciadora de alteração dos resultados financeiros que se poderiam ter obtido no procedimento de formação do contrato.
10. A celebração tardia do contrato, a eficácia retroactiva que lhe foi atribuída e a sua remessa para fiscalização prévia, com violação dos prazos legalmente fixados, permitiu que a execução do contrato se iniciasse anteriormente à sua celebração e à sua remessa para fiscalização, o que viola o disposto no n.º 2 do art.º 81.º da LOPTC.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



ACÓRDÃO Nº4 /14.FEV.2012/1ª S/SS

Processo nº 1704/2011

I - OS FACTOS

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.
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*

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 n.ºs 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.



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*”;
- 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*”;

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.



- b) Questionado sobre a eficácia retroativa do contrato, o IFAP disse que considera “...estarem preenchidos os requisitos do nº 2 do artº 287º do CCP”;
- c) Questionado o IFAP para informar como foi assegurada a prestação de serviços no ano de 2010, respondeu⁴ 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 nº 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 nº 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 nº 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 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*

⁴ Vide fls 140 e ss. do processo.

⁵ Vide fl. 82 do processo nº 1495/2010.



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 dizer⁶ 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**”.

II – FUNDAMENTAÇÃO

4. Duas questões fundamentais devem ser suscitadas na apreciação do presente processo:
- a) A de saber se o contrato poderia ter sido formado mediante procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea c), nº 1 do artigo 24º do CCP;
 - b) A de saber se o contrato pode ter a eficácia retroativa fixada.

Vejam os.

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



5. Dispõe a alínea c), nº 1 do artigo 24º do CCP que “[q]ualquer que seja o objecto do contrato a celebrar pode adoptar-se o ajuste directo quando (...) [n]a 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”.
6. A referida disposição ao permitir a adoção de ajuste direto, pelas razões materiais nele fixadas, para contratos de qualquer valor, fá-lo de forma claramente restritiva.

Efetivamente, estabelece três pressupostos:

- a) Existirem motivos de urgência imperiosa;
- b) Tal urgência deve resultar de acontecimentos imprevisíveis;
- c) Tais acontecimentos não podem ser imputáveis, em caso algum, à entidade adjudicante.

Nos termos da referida disposição legal estabelece-se ainda que o recurso ao ajuste direto só é admissível:

- d) Na medida do estritamente necessário; e
- e) Quando não possam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos.

Refira-se que os referidos pressupostos devem verificar-se cumulativamente.

8. Relembre-se que esta disposição constava nos seus aspetos essenciais na legislação em vigor antes do CCP⁷.

Como se refere em vasta jurisprudência deste Tribunal ⁸, são motivos de urgência imperiosa aqueles que se impõem à entidade administrativa de uma forma categórica, a que não pode deixar de responder com rapidez.

⁷ Vide a alínea c) do nº 1 do artigo 85º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.

⁸ Vide designadamente os acórdãos nºs 1/04, de 3/2, nº16/06, de 14 de Março, nº 4/05 de 2/2, nº 37/06, de 6/6 e nº 5/07, de 24/4. Vide ainda acórdãos nº 5/2008 - 22.Jan.2008 - 1ª S/SS, nº 7 /2008-1.ªS/PL-8ABR2008, nº 8 /2011 - 12.ABR-1ªS/PL, nº16 /08 - 11 Novembro 2008 - 1ª S/PL, nº 35/2008 - 06.Mar.2008 - 1ª S/SS, nº 45/11 - 07.JUN. 2011/1ª S/SS, nº 8 /2011 - 12.ABR-1ªS/PL.



Existem motivos de urgência imperiosa quando, por imposição do interesse público, se deve 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 concorrencial, sendo ainda necessário que essa urgência imperiosa seja resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, e não sejam, em caso algum, a ela imputáveis.

E acontecimentos imprevisíveis são todos aqueles que um decisor público 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 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 objeto 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

Reanalise-se, pois, o caso *sub judicio*.

9. Perante os factos que acima foram elencados, é admissível considerar-se que houve motivos de urgência imperiosa na celebração contrato, mediante ajuste direto, “[*d*]ado que não é possível suspender o fornecimento dos serviços de desenvolvimento aplicacional”.

Mas não é possível considerar-se que se verificaram os pressupostos de “acontecimento imprevisível” e de “acontecimento imprevisível não imputável, em caso algum, à entidade adjudicante” porque esta:

- a) Sabia de antemão que a prestação de serviços que decorria em 2010 terminava em 15 de dezembro e deveria continuar;
 - b) Sabia que tal prestação era imprescindível;
 - c) Sabia, da experiência resultante do concurso imediatamente anterior⁹, 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.
10. Mais: o desenrolar das ações necessárias à concretização de um concurso público para a formação do contrato é patentemente lento e, perante as dificuldades encontradas, a concretização de alternativas é igualmente lentíssima. Assim:
- a) São dados, muito tardiamente, os primeiros passos em Setembro de 2010 (com a ultimação de caderno de encargos e programa de procedimento, certamente muito idênticos ao do concurso imediatamente anterior);
 - b) Só se solicita a confirmação do cabimento orçamental à DGO em final de Janeiro de 2011;
 - c) Dada a cabimentação em 9 de fevereiro, aguarda-se pela publicação do decreto de execução orçamental em 1 de março; e
 - d) Só se solicita autorização de abertura de concurso e a emissão de portaria de extensão de encargos em 31 de março;

⁹ Vide acima marcos temporais constantes das subalíneas i. e v. da alínea c) do nº 3.



- e) 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*”;
- f) E só em 9 de junho decide propor a celebração de contrato mediante ajuste direto;
- g) Perante a recusa da tutela em autorizar tal celebração, só em 16 de setembro voltam a propô-la;
- h) 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 vigência do contrato!

11. Dir-se-á – embora não se tenha dito - que alguns dos atrasos verificados neste processo de contratação pública são imputáveis a questões de gestão financeira. Ainda que tal seja provável, isso é sintoma de deficiente articulação dos dois planos da gestão e de pouca atenção a possíveis adversidades externas. E tais deficiências são também imputáveis à entidade adjudicante.
12. Dir-se-á também que o IFAP foi surpreendido por acontecimentos imprevisíveis no plano governativo: poderá ser verdade, mas sua capacidade de reação e de adaptação foi lenta.
13. Outro facto aponta para não se poder considerar que estávamos perante acontecimentos imprevisíveis não imputáveis ao IFAP: durante o ano de 2010, por três vezes, se socorreu da celebração de contratos por ajuste direto com o mesmo objeto.

E tal prática, pelo que se vê, vai continuar: no momento em que se decide estão a ser prestados serviços idênticos sem terem qualquer base procedimental ou contratual subjacente, pois “*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*”.

Aliás, de entre muitos outros aspetos relevantes, sublinha-se este: no IFAP parece ser recorrente a aquisição e a prestação de serviços à



margem de procedimentos essenciais e sem qualquer suporte contratual.
Tudo ao arrepio da lei!

14. Assim, se conclui que não se verificaram os pressupostos que a lei fixa para a ativação do procedimento de ajuste direto, motivado por urgência imperiosa.

Ocorreu pois violação direta do disposto na alínea c), nº 1 do artigo 24º do CCP.

Mas deve também considerar-se que a formação do contrato, face ao valor que este apresenta, deveria ter decorrido por concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 20º do CCP. Esta disposição foi assim indiretamente violada.

15. Vejamos agora a segunda questão acima suscitada: a de saber se o contrato, celebrado em 16 de novembro de 2011, pode ter a eficácia retroativa que remonta ao dia 16 de dezembro de 2010, terminando em 31 de dezembro de 2011.

16. Estabelece o artigo 287.º do CCP, em matéria de eficácia do contrato que *“[a] plena eficácia do contrato depende da emissão dos actos de aprovação, de visto, ou de outros actos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de acto administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objecto passível de acto administrativo”*.

E no mesmo artigo, no nº 2, permite-se que *“[a]s partes podem atribuir eficácia retroactiva ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos:*

- a) Não seja proibida por lei;*
- b) Não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e*



c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à [fase¹⁰] de formação do contrato”.

17. Como se sabe a regra geral em direito é a de que os atos e contratos devem dispor para o futuro¹¹, admitindo-se como exceção a sua retroatividade.

Claramente nesse sentido vai a referida disposição do CCP quando diz que pode ser atribuída eficácia retroativa “*quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem*” e ainda desde que certas condições estejam verificadas.

18. Relembre-se o que a propósito desta temática se disse no Acórdão nº 14/09 – 31.MAR -1ªS/PL deste Tribunal:

“(...) 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 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

¹⁰ A palavra “fase” não consta da versão original do CCP, nem de declarações de retificação, nem das versões republicadas do diploma. Mas trata-se certamente de um *lapsus scriptae* ou mesmo de uma mera “gralha”. Em alternativa poderá considerar-se que é a preposição “de”, imediatamente após, que está a mais no texto da lei. De qualquer forma, a solução interpretativa é a mesma.

¹¹ Vide, pela sua relevância na gestão administrativa, por exemplo, os artigos 127º e 128º do CPA. Mas recorde-se o que dispõe a CRP em matéria de retroatividade de leis e em matéria fiscal (vide nº 3 do artigo 18º, e nº 3 do artigo 103º). Vide ainda o artigo 12º do Código Civil.



financeiros indispensáveis para que se possa assumir o compromisso contratual.

Assim, e nos termos do disposto no invocado artigo 128.º, 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”.

19. Ora, para além do que agora se citou, sublinhe-se que, no caso concreto, não se vislumbra uma exigência imperiosa de **direito público**. Reconheceu-se existir urgência imperiosa na aquisição de serviços agora em causa, face aos próprios argumentos produzidos pelo IFAP. Mas tal urgência resultou de uma repetida incapacidade de lançamento oportuno dos procedimentos adequados e não da observância de cominações jurídicas de direito público.

Mas mesmo que se tendesse a reconhecer a existência de tal exigência imperiosa, a concreta retroatividade fixada – face ao que acima se citou – está proibida por lei e embora não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros, consubstancia uma restrição clara da concorrência garantida pelo disposto no CCP relativamente à formação do contrato.

E as razões aduzidas pelo IFAP para ter assim procedido são de uma grande fragilidade quando afirmou simplesmente “*estarem preenchidos os requisitos do n.º 2 do art.º 287.º do CCP*”.

Ocorreu pois violação direta do disposto no n.º 2 do artigo 287.º do CCP.

20. Ora as violações de lei identificadas acima no n.º 14 e no número anterior são relevantes no exercício das competências de fiscalização prévia por este Tribunal.



Não tendo o contrato sido precedido do procedimento concursal legalmente exigível, resulta do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do CCP que o mesmo não podia ter sido celebrado.

A ausência do concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, como tem sido entendimento deste Tribunal.

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do CCP.

Ora existindo um vício gerador de nulidade, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC¹², tem este Tribunal de recusar o visto.

Mesmo que fosse possível considerar que tal nulidade não existe, é patente que a não realização de concurso terá muito provavelmente contribuído para a obtenção de um resultado financeiro diferente. E tal possibilidade é igualmente fundamento de recusa de visto, nos termos da alínea a) do n.º 3 do referido artigo 44º, que estabelece que é fundamento para recusa de visto a *“ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro”*. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz *“[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro”* pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar ou ter resultado uma alteração do resultado financeiro do procedimento.

Acrescente-se ainda que, no caso, não há circunstâncias que possam militar a favor do uso da faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo.

Aliás no sentido do que agora se expôs vai o que o IFAP disse em matéria de alteração do resultado financeiro: *“não se afirma que da contratação agora submetida à fiscalização prévia resultariam*

¹² Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



melhores resultados financeiros do que aqueles que resultariam de procedimento concorrencial”.

Como o IFAP reconhece jamais se saberá se os ganhos obtidos na negociação direta com o adjudicatário não seriam ultrapassados num procedimento concorrencial.

Finalmente, a violação do nº 2 do artigo 287º do CCP configura igualmente um situação propiciadora de alteração dos resultados financeiros que se poderiam ter obtido no procedimento de formação do contrato.

21. Outro aspeto do processo deve ser abordado.

A celebração mais que tardia do contrato *sub judicio* (em 16 de novembro de 2011), a eficácia retroativa que lhe foi atribuída (a partir de 16 de dezembro de 2010) e a sua remessa para fiscalização prévia (também em 16 de novembro de 2011), permitiu que de facto a execução do contrato se iniciasse muito anteriormente à sua celebração e à sua remessa para fiscalização.

Ora, nos termos do nº 2 do artigo 81º da LOPTC, o contrato deve ser submetido a fiscalização prévia no prazo de 20 dias a contar da data do início da produção de efeitos materiais. Como se viu, isso não aconteceu. Violou-se pois, e de forma grosseira aliás, aquela disposição, frustrando-se assim um dos objetivos da lei, quando consagra a sujeição a fiscalização prévia de atos e contratos.

Relembre-se que a violação de lei que agora se indiciou pode constituir infração, punível por multa, por força do disposto na alínea b) do nº 1 e do nº 2 do artigo 66º da LOPTC.

III - DECISÃO

22. Pelos fundamentos indicados, em particular nos nºs 14, 19, 20 e 21, nos termos do disposto nas alíneas a) e c) do nº 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

a) Em recusar o visto ao contrato acima identificado;



Tribunal de Contas

- b) Mandar prosseguir o processo para efetivação de eventuais responsabilidades em matéria de violação de prazos de remessa ao Tribunal de Contas de contrato sujeito a fiscalização prévia.
23. Mais decidem, face aos factos acima identificados na alínea c) do n.º 3, remeter cópia do presente acórdão, para os devidos efeitos, à competente área de responsabilidade da 2ª Secção deste Tribunal.
24. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas¹³.

Lisboa, 14 de fevereiro de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(José Vicente)

¹³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril.



Tribunal de Contas
