



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO Nº 04/2016 – 16.fev. – 1.ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 20/2014-R

PROCESSO N.º 796/2014

RELATOR: CONSELHEIRO JOÃO FIGUEIREDO

DESCRITORES: ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / ATIVIDADE EMPRESARIAL LOCAL / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / COOPERATIVA / NORMA FINANCEIRA / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE / RECUSA DE VISTO

SUMÁRIO:

1. O regime jurídico aplicável às cooperativas detidas maioritariamente pelos municípios, por força do disposto no n.º 3 do art.º 1.º e no n.º 2 do art.º 58.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJAEL), é o que consta do Decreto-Lei n.º 31/84, de 21 de janeiro, e do Código Cooperativo e, sem prejuízo destes, o próprio RJAEL, em especial, o seu Capítulo V, com as remissões que nele se fazem.
2. O Código Cooperativo, substituído pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, prevê no art.º 9.º a aplicação subsidiária do Código das Sociedades Comerciais às cooperativas.
3. Embora a lei comercial seja aplicável às empresas locais, os municípios são pessoas coletivas públicas, subordinadas a regimes de direito público e como tal sujeitas aos princípios que enformam a atividade administrativa pública, nomeadamente os princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência.
4. A intervenção no procedimento de formação do contrato de vereadora - com posição relevante na entidade adjudicante - que era simultaneamente presidente da direção da entidade adjudicatária configura uma inobservância do princípio da imparcialidade.



5. Verificada a violação do princípio da imparcialidade, não pode deixar de concluir-se que a Administração estava inibida de tratar de igual forma todos os potenciais interessados e concorrentes, pelo que se encontra violado o princípio da igualdade. O mesmo se passa relativamente ao princípio da concorrência.
6. Violados os princípios da imparcialidade, igualdade e concorrência, consideram-se igualmente violados os arts. 55.º, al. j) e 70.º, n.º 2, al. g) do CCP.
7. O art.º 55.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) constitui uma concretização dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência que dispõe que não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que (...) tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência.
8. O art.º 70.º, n.º 2, al. g) do mesmo Código refere que “[s]ão excluídas as propostas cuja análise revele (...) [a] existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência.”.
9. A violação dos princípios e regras identificados, a terem sido observados poderiam ter conduzido à obtenção de melhores resultados financeiros, pelo que constituem fundamento de recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
10. A consagração dos princípios da concorrência e da igualdade têm uma finalidade de proteção dos interesses financeiros públicos, A violação direta de normas financeiras constitui fundamento para recusa de visto nos termos da al. b) do n.º 3 do art.º 44 da LOPTC.
11. A violação do princípio da imparcialidade - princípio geral de direito administrativo e de valor reforçado, de observância estrita por parte da entidade adjudicante - convoca a aplicação do disposto no n.º 2 do art.º 284.º do CCP e sua relevância ao abrigo da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.



Acórdão n.º 4/2016 - 16 FEV-1.S/PL

Recurso n.º RO 20/2014-R

Processo n.º 796/2014

Relator: Conselheiro João Figueiredo

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Guimarães (doravante abreviadamente designado por o Município) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1ª Secção, do Acórdão n.º 23/2014 – 23.JUL-1.ªS/SS, que recusou o visto a um contrato de aquisição de serviços celebrado com “A Oficina – Centro de Artes e Mesteres de Guimarães, CIPRL” (doravante abreviadamente designada também por A Oficina), para o desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação no Município de Guimarães, celebrado no dia 26 de março de 2014, pelo montante de € 2.439.000,00.
2. A recusa do visto foi proferida ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, por violação da alínea j) do artigo 55.º e alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP e dos princípios da imparcialidade, concorrência e igualdade, dado que:
 - a) Na deliberação camarária em que se decidiu a abertura do concurso de formação do referido contrato, a aprovação de todos os documentos concursais propostos (programa de concurso, caderno de encargos e seus anexos) e a designação dos membros do júri do procedimento, participou o vereador e já então presidente da entidade



adjudicatária, José Manuel Nogueira Teixeira Bastos, que tinha sido indicado para tal função por deliberação municipal anterior;

- b) A declaração de aceitação do caderno de encargos a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP e a declaração do prazo de início da prestação de serviços apresentadas pela concorrente adjudicatária foram subscritas pelo referido Presidente da Direção da Cooperativa e vereador José Manuel Nogueira Teixeira Bastos.

3. No acórdão recorrido ainda se disse o seguinte:

“A gravidade da violação é, aliás, suficientemente densa para fulminar o procedimento, evitando a tomada de posição sobre outras patologias identificadas no procedimento, nomeadamente as relacionadas com a concreta configuração das peças do procedimento e dos critérios de avaliação adotados, claramente orientados no sentido de limitar a concorrência. Veja-se, a este propósito, a título de exemplo, como se compatibilizaria, para qualquer outro concorrente que não a adjudicatária, a necessidade de recrutamento, seleção e formação de todo o pessoal exigido pelo caderno de encargos, com o prazo de início da execução do contrato, pontuado com o valor máximo quando a proposta fixasse tal prazo em 10 dias.”

“A formulação concreta do caderno de encargos e do modelo de avaliação das propostas, nos termos em que foi efetuada seria, por si, suscetível de limitar ou impedir que outros agentes económicos de apresentarem as suas propostas (como de resto aconteceu). O que evidencia a violação dos princípios da concorrência, da igualdade e da imparcialidade, para além de colocar em causa o interesse público municipal, na vertente económico-financeira, uma vez que, ao não criar condições para que a formação do preço ocorresse em ambiente concorrencial, não se garantiu que a prestação fosse adjudicada ao melhor preço. E daí a suscetibilidade de alteração do resultado financeiro.”

4. Inconformado com a decisão, o Município veio dela interpor recurso, pedindo a revogação da decisão recorrida e a concessão do visto ao contrato, com petição em que se conclui nos seguintes termos:

“I. Tendo em vista a prestação de serviços de desenvolvimento de atividades sociais de interesse público às populações o Município de Guimarães celebrava Protocolos de Colaboração anuais, prática que o Tribunal de Contas recusou por entender que tais protocolos consubstanciavam verdadeiras aquisições de serviços e que, dada a natureza jurídica da Cooperativa A Oficina, tais aquisições de serviços deveriam ser sujeitas à concorrência, nos termos previstos no Código dos Contratos Públicos (CCP).”



II. Daí que o Município, em obediência a tal entendimento, tivesse optado agora pelo Concurso Público, uma vez que se entendeu ser o procedimento que melhor salvaguardava o princípio da concorrência em contraponto com o procedimento por prévia qualificação, tendo respeitado, em todas as fases do concurso os preceitos aplicáveis do CCP, designadamente no que concerne aos procedimentos de abertura, publicações, prazos para apresentação de propostas, análises das propostas pelo júri e adjudicação.

III. Houve apenas uma outra entidade que se registou e procedeu ao descarregamento dos documentos que constituem as peças do concurso, designadamente o respetivo caderno de encargos, nenhuma entidade solicitou quaisquer esclarecimentos ao júri e também mais nenhuma entidade solicitou o exercício da faculdade concedida de visita aos diversos edifícios e equipamentos.

IV. A Cooperativa A Oficina foi a única entidade que se apresentou ao concurso, pelo que se o não tivesse feito o concurso teria ficado deserto.

V. A participação do Vereador José Bastos, que por indicação da Câmara Municipal de Guimarães (CMG) era Presidente da Direção da Cooperativa A Oficina, na votação da deliberação de abertura do concurso, não implica qualquer impedimento legal, seja por aplicação do art. 55º j), seja por referência ao art. 70º, nº 2, g), ambos do CCP.

VI. Aplicando o princípio do primado da substância sobre a forma, resulta evidente que sendo a Cooperativa A Oficina qualificável como concorrente num procedimento em que a entidade adjudicante é o Município de Guimarães (e sobre isso o Tribunal de Contas parece não ter quaisquer dúvidas, atenta a sua anterior jurisprudência), então não faz qualquer sentido limitar a intervenção dum Vereador pelo facto de ali desempenhar funções sociais.

VII. Na verdade, se à Cooperativa A Oficina se aplicam subsidiariamente, como este Tribunal vem considerando (in Tribunal de Contas - Acórdão nº 20/2013, de 9 de julho – 1ª Secção/SS, p. 20), as disposições do Código das Sociedades Comerciais, designadamente as relativas às sociedades anónimas, então facilmente se há de constatar que, por aplicação subsidiária da disposição contida no art. 486º do Código das Sociedades Comerciais, existe aqui uma clara relação de domínio entre o Município e a Cooperativa., na medida em que esta é uma régie-cooperativa constituída ao abrigo do DL nº 31/84, de 21 de janeiro, detida em 84,11% pelo Município de Guimarães, o que por si só é suscetível de integrar os factos que constituem a presunção a que alude o nº 2 do citado preceito legal.

VIII. Se o Município de Guimarães, por deter mais de 4/5 do capital social da Cooperativa A Oficina, exerce uma influência dominante sobre esta, que se há de considerar dependente do primeiro, não tem, nem pode ter, qualquer relevância a participação do Vereador José Bastos na votação da deliberação de abertura do concurso, sendo certo que este era Presidente da Direção por indicação da CMG, indicação feita precisamente através do exercício da influência dominante do Município sobre a Cooperativa.

IX. A situação em apreço não configura uma situação de impedimento, conforme previsto no art.º 55º do Códigos dos Contratos Públicos, uma vez que os



documentos apensos à proposta, concretamente o programa de procedimento e o caderno de encargos, são documentos técnicos, da autoria dos serviços municipais, em cuja preparação os membros do Órgão Executivo, Vereador José Bastos incluído, não tiveram qualquer intervenção.

X. Nada existe, nos autos ou fora deles, que permita ou facilite sequer conclusão diversa, sendo certo este impedimento tem de ser apreciado casuisticamente, devendo o juízo a fazer determinar sempre que a colaboração ou assessoria implicou uma efetiva desigualdade entre concorrentes, conforme melhor doutrina e jurisprudência.

XI. Trata-se duma norma de resultado e não duma "norma de perigo", como refere expressamente Mário Esteves de Oliveira: "devem ponderar-se sempre as circunstâncias e resultados concretos e verosímeis da situação em causa (...).

XII. Mas ainda que se entendesse que se poderia estar perante este impedimento, então o mesmo só deveria funcionar depois de, em sede de audiência prévia, o decisor se convencer de que a situação caía no âmbito da violação dos princípios da concorrência, igualdade e transparência e permitir ao Município demonstrar, sem margem para quaisquer dúvidas, que não só não tinha havido qualquer intervenção enquadrável na previsão do artigo, como os riscos de tal intervenção jamais poderiam falsear a concorrência - cfr. neste sentido Mário Esteves de Oliveira, ob. Cit., pg. 530.

XIII. Analisando da redação do normativo do Tratado de Funcionamento da União Europeia no que respeita à matéria de concorrência (art. 101.º do TFUE), conclui-se que o requisito da "afetação do comércio" tem sido entendido pela doutrina e jurisprudência comunitária como exigindo uma afetação "sensível" e significativa da concorrência, sendo que, no que respeita ao requisito do "objetivo ou efeito" de impedir, restringir ou falsear a concorrência, tem-se entendido que as práticas ou atos que não tenham tido o efeito de falsear a concorrência, mas apenas possam ser suscetíveis de ter tal efeito, deverão ser analisadas casuisticamente por forma a aferir se, no caso concreto, devem ser consideradas como sendo anti-concorrenciais, pelo que, atentas as considerações expostas, nunca os atos aqui em causa poderiam consubstanciar atos falseadores da concorrência.

XIV. No que ao art. 70º, n.º 2, al. g) concerne, o que se verificou de facto foi que apenas uma outra entidade para além da Cooperativa A Oficina descarregou os documentos, não tendo havido qualquer reclamação, impugnação, pedido de esclarecimento, propostas, pelo que se a Cooperativa A Oficina não concorresse, o concurso teria ficado deserto.

XV. Mas este facto torna absolutamente despiciendo e inócuo o "pecado" imputado de que, através do Vereador e Presidente da Direção da Cooperativa, esta teve informação privilegiada, que lhe deu vantagem sobre qualquer putativo concorrente, não sendo pois possível afirmar, como se faz no Acórdão recorrido, que houve alteração do resultado financeiro pretendido pelo contrato.

XVI. Nada existe, nos autos ou fora deles, que autorize a afirmação de que o Vereador José Bastos pudesse ter tido acesso a qualquer outra proposta, uma vez que tal eventualidade é, nas circunstâncias atuais, impossível (nos termos do



funcionamento das plataformas eletrónicas dos procedimentos concursais, que a Câmara Municipal de Guimarães adotou, não é possível, nem sequer aos membros do júri, ter conhecimento das propostas entretanto submetidas, pelo que é liminarmente impossível que um dos concorrentes tenha ou possa ter conhecimento, antes da sua abertura, das propostas apresentadas por outros concorrentes), sendo certo que, repete-se, in casu, nem sequer existiu qualquer outra proposta!

XVII. A decisão recorrida obsta a que o Município siga as atribuições que lhe estão cometidas e, em última análise, o interesse público.

XVIII. A estratégia política de valorização da cidade através da aposta continuada na Cultura (que conduziu, entre outras, à designação de Guimarães como Capital Europeia da Cultura 2012), continua a ser uma prioridade estratégica do Município, sendo certo que se pretende que 2012 configure o início de um processo de transformação e crescimento de um projeto cultural apostado em continuar a alargar públicos para as artes e em transformar a cidade em território de produção, e não apenas de consumo cultural.

XIX. O Centro Cultural Vila Flor e a Plataforma das Artes e da Criatividade desempenham um papel crucial na atração de eventos como conferências, seminários, reuniões ou congressos, que concorrem de modo substancial para a diversificação das atividades económicas sediadas no Concelho e sua viabilidade, reforçando o peso que aqueles eventos já adquiriram na hotelaria, restauração e ofertas turísticas diversas.

XX. O Município não tem quaisquer condições, técnicas, logísticas ou em termos de recursos humanos, para assumir a gestão e programação daqueles equipamentos, pelo que, a não ser viabilizado o contrato resultante do procedimento em apreço, não haverá outra hipótese que não o seu encerramento, tendo como principal consequência que os aludidos equipamentos, centrais na estratégia de intervenção social do Município, cuja construção ascendeu a cerca de 30 milhões de euros co-financiados por fundos europeus, ficarão sem qualquer função, encerrados, deixando de ter condições para corresponder aos objetivos para que foram construídos.

XXI. Todos os equipamentos que constituem o Centro Cultural Vila Flor e a Plataforma das Artes e da Criatividade serão repentinamente privados dos mais elementares atos de gestão que asseguram o seu funcionamento, abertura ao público e manutenção, sem que o Município tenha condições para se substituir à entidade que assume tais obrigações desde 2005 ou encontrar qualquer outra com capacidade para o fazer, e toda a programação cultural objeto do procedimento ficará suspensa, com prejuízos incomensuráveis para a vida cultural da Cidade e para a sua projeção, colocando igualmente em causa a estabilidade das diversas entidades associativas do concelho que desenvolvem produções em parceria com o Centro Cultural Vila Flor e com a Plataforma Artes, sem que, uma vez mais, o Município tenha condições para o assumir diariamente.

XXII. Assim sendo, a decisão ora recorrida obsta a que o Município prossiga as finalidades que lhe são constitucionalmente cometidas, designadamente, a



"prossecação dos interesses próprios das populações respetivas " (n.º 2 do art. 235.º da Constituição da República Portuguesa) e, bem assim, as atribuições que lhe são conferidas atualmente, pela Lei n.º 75/2013 de 12 de setembro, designadamente, nas matérias referidas no art. 23.º, n.º 2, ex vi do art. 2.º.

XXIII. Como tal, a decisão proferida viola o n.º 2 do art. 235.º da Constituição da República Portuguesa, porquanto impede que o Município prossiga as suas atribuições, designadamente no que respeita à alínea h) do n.º 2 do art. 23.º do aludido diploma, que atribui ao Município atribuições no domínio da ação social.

XXIV. A Cooperativa A Oficina tinha em 2013 sessenta e quatro trabalhadores ao seu serviço, tendo despendido um valor de 1.370.175,85 € em remunerações e encargos com pessoal.

XXV. Acresce que a Oficina tem contratos e acordos com terceiros, designadamente fornecedores, que dependem da validade do acordo celebrado com o Município, e que aquela deixará de poder cumprir, levando-a a uma situação de inevitável incumprimento de todas as suas obrigações.

XXVI. A decisão recorrida coloca em crise a gestão e desenvolvimento das atividades afetas, por um lado, ao CENTRO CULTURAL VILA FLOR e, por outro lado, à PLATAFORMA DAS ARTES E DA CRIATIVIDADE, sendo que o valor global de construção do primeiro totaliza 15.735.202,18 € e do segundo, que aloja três grandes áreas programáticas (o Centro Internacional das Artes José de Guimarães (CIAJG), os Ateliers Emergentes e os Laboratórios - Criativos) é de 13.139.048,05 €.

XXVII. Assim, em contenda estão, por um lado, supostas violações dos princípios da imparcialidade, igualdade e concorrência não verificadas, dado o manifesto desinteresse com que o mercado nacional e europeu reagiu a estes procedimentos, sem sequer conhecer as suas peças; e por outro, prejuízos muito concretos e muito substanciais traduzidos no termo do acesso das populações aos apoios sociais atualmente prestados, no encerramento de equipamentos de uso público que implicaram investimentos públicos de milhões de euros, no despedimento de dezenas de funcionários da cooperativa e no prejuízo de dezenas de fornecedores que ficam sem possibilidade de serem pagos pelos bens ou serviços fornecidos.

XXVIII. A entrada em vigor do novo quadro legal (Lei n.º 75/2013 impede a celebração de protocolos), a forma como o Tribunal de Contas interpreta estes contratos (aquisição de serviços sujeitos a concurso) e os motivos invocados para recusar o visto ao contrato resultante deste concurso (todos potenciais, na medida em que, na prática, não há UMA entidade que se possa dizer prejudicada) faz com que os verdadeiros e únicos prejudicados sejam os utentes, os funcionários e os fornecedores.

XXIX. Perante a falta de alternativa (inexistência de outros concorrentes), serão estes prejuízos proporcionais aos interesses que este acórdão supostamente pretende proteger?

XXX. Enfim, não se afigura à recorrente que a decisão proferida tenha analisado com justeza as normas legais aplicáveis e, ademais, que tenha ponderado todos os interesses em causa, designadamente o interesse público subjacente às



atividades aqui em causa, tendo violado, portanto, o n.º 2 do art. 235.º da Constituição da República Portuguesa), o art. 23º n.º 2, ex vi do art. 2º da Lei n.º 75/2013 de 12 de setembro, os arts 55º e 70º, n.º 2, al. g) do CCP.”

4. O Ministério Público emitiu parecer no sentido da improcedência de recurso.

Nele se diz nomeadamente:

“É indubitável que o vereador José Bastos, titular da Câmara Municipal de Guimarães, tinha interesse no procedimento concursal, como representante da Cooperativa Oficina, que integrava o universo de potenciais concorrentes. Estaria assim impedida de intervir no ato de aprovação das peças concursais (artigo 44º do Código do Procedimento Administrativo). Tal ato estava ferido de vício gerador de anulabilidade (artigo 51º do CPA), pelo que o ato de adjudicação e posterior contrato são, conseqüentemente, inválidos e anuláveis ex vi artigo 283º do Código dos Contratos Públicos.

A circunstância de o Município de Guimarães exercer uma influência dominante na Cooperativa exigia uma acrescida e mais intensa cautela na estrita observância do princípio da imparcialidade administrativa, tanto mais que à luz da alínea j) do artigo 55º do CCP se deveria extrair, por maioria de razão, o entendimento de que quem aprova as peças do procedimento se encontra comprovadamente numa posição mais favorável para determinar o conteúdo de tais peças do que aqueles que prestam assessoria ou apoio técnico na sua preparação e elaboração daquelas.”

“Na tese do recorrente, o resultado do procedimento da formação do contrato seria inevitavelmente o mesmo, independentemente da intervenção do vereador José Bastos, aplicando-se o princípio do primado da substância sobre a forma, na medida em que houve apenas uma única candidatura no procedimento concursal.

Todavia, tal conclusão está assente numa falácia, porquanto a existência de uma única candidatura era inevitável face ao conteúdo e termos do Caderno de Encargos e do Programa do Concurso. O modelo de avaliação das propostas, aprovado com a intervenção da representante da Cooperativa Oficina, colocava esta Cooperativa numa “vantagem competitiva” (veja-se a pontuação da proposta que indicasse um prazo de 10 dias para o início da prestação do serviço) em relação a potenciais concorrentes, o que, como se refere no ponto 51 do douto acórdão, põe em causa de forma clara o núcleo central dos princípios da contratação pública.”

“Contrariamente ao alegado no ponto 5 do Requerimento do Recurso, a exoneração operada pela deliberação camarária de 1 de agosto de 2014 não pode ter efeitos de sanção dos vícios procedimentais, atento o disposto nos artigos 127.º e 128.º do CPA.”

5. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.



II – FUNDAMENTAÇÃO

6. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto referida na decisão recorrida e que diretamente a suportou. Dá-se pois por assente tal matéria.
7. Contudo, na petição de recurso veio acrescentar-se um novo facto que deve ser tido em conta: por deliberação de 1 de agosto de 2014, o então Presidente da Direção da Cooperativa foi exonerado, sendo substituído por pessoa sem qualquer relação com o Executivo Municipal. Assente isto, passe-se à apreciação do que está em causa.
8. Face a muito do que foi argumentado pela recorrente, importa dizer que não está em causa que o Município, com o lançamento do procedimento e com a celebração do contrato, tenha prosseguido interesses públicos ou que as necessidades que pretende satisfazer tenham a maior relevância pública. O regime jurídico que enquadra a sua atuação permite suportar a sua iniciativa. Mas, como se sabe, a obediência à lei, na Administração Pública, não se prende somente com a definição das finalidades, mas também com o modo como estas são prosseguidas.
9. Acrescente-se que as decisões deste Tribunal em sede de fiscalização prévia se destinam a avaliar a conformidade legal de atos e contratos e o seu adequado enquadramento orçamental – *“cabimento em verba orçamental própria”* na expressão da lei – e naturalmente não se erguem com qualquer motivação de *“[colocar] em crise a gestão e desenvolvimento das atividades”* ou criar situações em que *“os verdadeiros e únicos prejudicados [são] os utentes, os funcionários e os fornecedores”*. Pelo contrário: como bem se sabe, e sempre que a lei o permite, tem este Tribunal usado bastamente a faculdade de conceder o visto, ainda que com recomendações destinadas à prevenção do



cometimento posterior das ilegalidades verificadas. E nas decisões que, por força da lei, este Tribunal deve tomar não pode ser acolhido o argumento de idêntica natureza de que “*a não ser viabilizado o contrato resultante do procedimento em apreço, não haverá outra hipótese que não o seu encerramento*” de equipamentos.

10. Para melhor compreensão do que está em causa na presente decisão, importa também descrever o contexto em que surge o presente contrato e o seu procedimento de formação. Relembre-se que, anteriormente, o Município procedeu a uma adjudicação direta à Oficina, com apelo ao regime da contratação *in house*. O contrato que a concretizou não colheu contudo decisão favorável em sede de fiscalização prévia, por não se reunirem os pressupostos daquele regime, tendo o Tribunal considerado que a aquisição de serviços deveria ser concretizada por solução de natureza concorrencial. É na sequência dessas decisões – como aliás o recorrente expressamente reconhece – que o Município decide lançar um procedimento concursal e se forma o presente contrato. Está bem de ver que o concurso de que dependeria a formação do contrato haveria de ser um verdadeiro concurso, com observância de todos os princípios e regras legais aplicáveis e que não ocorressem factos e circunstâncias que permitissem o erguer de suspeições sobre a efetiva realização de um verdadeiro procedimento concursal, com observância, designadamente, dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência.
11. Ora é precisamente isso que está em causa no presente processo. Face à factualidade apurada, e tendo em conta toda a argumentação expendida na decisão recorrida, na petição de recurso e no parecer do Ministério Público, a questão que importa dilucidar é sobretudo a de saber se a participação na deliberação que procedeu à abertura do concurso de formação do contrato, aprovou os documentos respetivos e designou o júri, de vereador que era



simultaneamente o presidente da direção da entidade adjudicatária, e que nesta qualidade subscreveu declarações exigidas por lei no âmbito da proposta apresentada, atentou, ou não, contra os princípios da imparcialidade, concorrência e igualdade, e violou, ou não, as acima citadas disposições do CCP. E se tais violações ocorreram, importa avaliar o impacto que delas resulta sobre o procedimento e sobre o contrato que ele formou.

12. Em rigor, deve ainda dizer-se que o princípio cuja observância em primeira linha pode estar em causa é o da imparcialidade. E verificada, ou não, a sua inobservância, então se poderá precipitar a análise e juízo sobre a violação dos demais princípios fundamentais dos regimes da contratação pública.

13. Perante a decisão recorrida que militou no sentido de ter ocorrido evidente violação do princípio da imparcialidade, veio o Município esgrimir um novo argumento de natureza jurídica, assim explicitado:

- a) O Tribunal de Contas entende que às cooperativas em que os municípios têm posição dominante é aplicável a lei comercial;
- b) A Oficina é *“uma régie-cooperativa constituída ao abrigo do DL n° 31/84, de 21 de janeiro, detida em 84,11% pelo Município de Guimarães”*;
- c) Logo, a lei comercial é aplicável à Oficina;
- d) Ora, *“por aplicação subsidiária da disposição contida no art. 486° do Código das Sociedades Comerciais, existe aqui uma clara relação de domínio entre o Município e a Cooperativa”*;
- e) Perante tal influência dominante, *“não tem, nem pode ter, qualquer relevância a participação do Vereador (...) na votação da deliberação de abertura do concurso, sendo certo que esta era Presidente da Direção [da Oficina] por indicação da [Câmara Municipal], indicação feita precisamente através do exercício da influência dominante do Município sobre a Cooperativa”*;



Tribunal de Contas

f) “[N]ão faz qualquer sentido limitar a intervenção dum Vereador pelo facto de (...) desempenhar funções sociais [na cooperativa]”.

14. Isto é: como, face à lei comercial aplicável, existe, no entender do recorrente, uma relação de domínio entre o Município e A Oficina, e assim é natural que esta seja dirigida por um membro da Câmara Municipal, e também é natural que a mesma vereadora participe nos procedimentos em que venha a participar a cooperativa que dirige. Não se coloca pois qualquer questão relativa à observância do dever de imparcialidade.
15. Com todo o respeito, deve dizer-se que o argumento assim produzido se traduz verdadeiramente naquilo que em lógica se designa por falácia formal, capaz de embaraçar um raciocinador mais incauto. A seguinte: se entre duas sociedades comerciais existe uma relação dominante; se entre tais sociedades, a dominante designa membros dos órgãos sociais da dominada, e não se suscitam questões de imparcialidade; se entre o Município e A Oficina há uma relação de domínio, à luz da lei comercial também; então é natural que o Município, sendo dominante, designe membros dos órgãos sociais de A Oficina de entre os membros da sua Câmara Municipal, e que não se suscitem questões de imparcialidade.
16. A falácia desenvolve-se a dois níveis: na invocação *tout court* da lei comercial; e em ignorar-se que estamos nos domínios das relações empreendidas por uma entidade pública e no âmbito da contratação pública.
17. Sobre o regime jurídico aplicável às cooperativas detidas maioritariamente pelos municípios efetivamente já se pronunciou este Tribunal: designadamente no citado Acórdão n.º 20/2013-09/07/2013-1.ªSecção/SS, mas também no Acórdão n.º 5/2014-22.ABR-1.ªS/PL, e no Acórdão n.º 8/2014-20.MAI-1.ªS/PL. Em síntese deles resulta o seguinte: o regime jurídico aplicável



àquelas cooperativas, por força do disposto no n.º 3 do artigo 1.º e no n.º 2 do artigo 58.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local (RJAEL), é o que consta do Decreto-Lei n.º 31/84, de 21 de janeiro, e do Código Cooperativo e, sem prejuízo destes, o próprio RJAEL, em especial, o seu Capítulo V, com as remissões que nele se fazem. E por força do disposto no artigo 9.º do Código Cooperativo era subsidiariamente aplicável o disposto no Código das Sociedades Comerciais. O Código Cooperativo foi entretanto substituído pela Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto, que prevê igualmente que *“[p]ara colmatar as lacunas do presente Código, que não o possam ser pelo recurso à legislação complementar aplicável aos diversos ramos do sector cooperativo, pode recorrer -se, na medida em que se não desrespeitem os princípios cooperativos, ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente aos preceitos aplicáveis às sociedades anónimas”*.

- 18.** Às cooperativas em causa aplica-se pois o regime das sociedades comerciais, mas só subsidiariamente. Antes da sua aplicação há pois que escrutinar o que se dispõe no regime especial das cooperativas e no RJAEL, e só existindo nestes ausência de disciplina se poderá socorrer ao que se dispõe naquele.
- 19.** Por outro lado, pese embora também o RJAEL mandar aplicar a lei comercial às empresas locais (vide o que se dispõe no seu artigo 21.º), é impensável aplicar aos próprios municípios o disposto na lei comercial. Os municípios são autarquias locais, pessoas coletivas públicas, subordinadas a regimes de direito público. E como tal estão sujeitas à observância dos princípios fundamentais que enformam a atividade administrativa pública. E de entre eles o princípio da imparcialidade. Portanto não é aceitável reconduzir as questões que se suscitam neste processo à disciplina da lei comercial e exclusivamente nesta perscrutar as soluções.



20. Como se sabe, as manifestações do princípio da imparcialidade na lei são inúmeras. Logo o artigo 266.º da Constituição estabelece:

“Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.

21. Sobre tal disposição constitucional veja-se o que designadamente dizem Jorge Miranda e Rui Medeiros¹:

*“O princípio da imparcialidade é um **princípio procedimental**. Constitui, em conjunto com o princípio da audiência dos interessados e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, a base nuclear da ideia de **justo procedimento (processo equitativo)**. O princípio postula que a Administração trate todas as partes envolvidas no procedimento de forma equitativa. São fundamentalmente duas as consequências do princípio da imparcialidade: **garantias de imparcialidade no procedimento** - incompatibilidades, impedimentos e suspeições - e **garantias de imparcialidade na própria decisão**, ou seja, de **ponderação** de todos os interesses envolvidos e de utilização de critérios objetivamente válidos - através do dever de fundamentação expressa da decisão.*

Assim, o princípio da imparcialidade impõe, de um lado, à Administração Pública, na prossecução dos específicos interesses públicos legalmente definidos, um tratamento equitativo de todas as partes envolvidas, impedindo os seus órgãos ou agentes de favorecer amigos e/ou prejudicar inimigos, bem como proibindo-os de intervir em procedimentos onde se pode suspeitar que tenham comportamentos de favorecimento ou de prejuízo, concretamente procedimentos onde possam ter interesses pessoais ou familiares (garantias de imparcialidade do procedimento); de outro, o princípio impõe à Administração Pública que pondere todos os interesses envolvidos na decisão, não deixando interesses por analisar, impondo ainda, nessa ponderação, a utilização de critérios objetivamente válidos, de tudo dando completo esclarecimento através da fundamentação expressa da decisão. O uso de critérios objetivamente válidos na decisão faz coincidir, nesta parte, o princípio da imparcialidade com o princípio da igualdade.”

22. E o artigo 6.º e agora o 9.º do CPA estabelecia e estabelece o princípio da imparcialidade nos seguintes termos:

“No exercício da sua atividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação.”

¹ In *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora: 2007, anotação ao artigo 266.º.



“A Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção”.

23. E, como auxiliar interpretativo, refira-se que o mesmo código diz agora no n.º 10 do seu preâmbulo:

“A ideia subjacente (...) é a de que, independentemente de se estar fora de casos de presunção legal inilidível de parcialidade, será de todo o modo preciso, à luz das circunstâncias de cada caso, assegurar a credibilidade da decisão administrativa. Cabe ao legislador, não apenas neutralizar e reprimir situações mais ou menos declaradas de parcialidade subjetiva, mas também assegurar um clima na preparação e tomada das decisões que não favoreça a dúvida sobre a respetiva seriedade. Por isso, em vez de «suspeição», passa a falar-se da «razoabilidade de dúvida séria sobre a imparcialidade da atuação do órgão». O juízo não respeita tanto às condições subjetivas do agente, mas, mais, aos requisitos objetivos de confiança por parte da opinião pública”.

24. E o artigo 44.º n.º 1 alínea a) do CPA em vigor à data dos factos e os artigos 73.º, n.ºs 1 e 2, e 76.º, n.º 4, do novo código dizem:

“Nenhum titular de órgão ou agente da Administração Pública pode intervir em procedimento administrativo ou em ato ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública (...) [q]uando nele tenha interesse, por si, como representante ou como gestor de negócios de outra pessoa;

“Os titulares de órgãos da Administração Pública e respetivos agentes, bem como quaisquer outras entidades que, independentemente da sua natureza, se encontrem no exercício de poderes públicos devem pedir dispensa de intervir no procedimento ou em ato ou contrato de direito público ou privado da Administração Pública quando ocorra circunstância pela qual se possa com razoabilidade duvidar seriamente da imparcialidade da sua conduta ou decisão.”

“Com fundamento semelhante, pode qualquer interessado na relação jurídica procedimental deduzir suspeição quanto a titulares de órgãos da Administração Pública, respetivos agentes ou outras entidades no exercício de poderes públicos que intervenham no procedimento, ato ou contrato.”

“A falta ou decisão negativa sobre a dedução da suspeição não prejudica a invocação da anulabilidade dos atos praticados ou dos contratos celebrados, quando do conjunto das circunstâncias do caso concreto resulte a razoabilidade de dúvida séria sobre a imparcialidade da atuação do órgão, revelada na direção do procedimento, na prática de atos preparatórios relevantes para o sentido da decisão ou na própria tomada da decisão.”



25. E como contributo interpretativo para o que agora está em causa, relembre-se igualmente que a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), no n.º 5 do seu artigo 73.º - que reproduz *ipsis verbis* o que se dizia no estatuto disciplinar vigente à data dos factos - define o dever de imparcialidade assim:

“O dever de imparcialidade consiste em desempenhar as funções com equidistância relativamente aos interesses com que seja confrontado, sem discriminar positiva ou negativamente qualquer deles, na perspetiva do respeito pela igualdade dos cidadãos”.

26. E no Estatuto dos Eleitos Locais, aprovado pela Lei n.º 29/87, de 30 de junho, (com alterações posteriores, sendo as últimas as constantes da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro), no artigo 4º, alínea a), subalínea iii) e alínea b), subalíneas iii) e iv), diz-se que são deveres dos eleitos locais:

“Em matéria de legalidade e direitos dos cidadãos (...) [a]tuar com justiça e imparcialidade”

“Em matéria de prossecução do interesse público (...) [n]ão patrocinar interesses particulares, próprios ou de terceiros, de qualquer natureza, (...) no exercício das suas funções, (...) [e não] intervir em processo administrativo, ato ou contrato de direito público ou privado nem participar na apresentação, discussão ou votação de assuntos em que tenha interesse ou intervenção (...)”.

27. Ora, como pode “[considerar-se] com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção”, e “desempenhar as funções com equidistância relativamente aos interesses com que seja confrontado, sem discriminar positiva ou negativamente qualquer deles, na perspetiva do respeito pela igualdade dos cidadãos”, e cumprir o dever de “[não] intervir em processo administrativo, ato ou contrato de direito público ou privado nem participar na apresentação, discussão ou votação de assuntos em que tenha interesse ou intervenção (...)”, quando se é vereador numa Câmara Municipal



e nela se participa em deliberação relativa ao procedimento de formação de um contrato e se é simultaneamente responsável máximo de entidade interessada em concorrer, concorrente efetiva e posterior adjudicatária? Não pode.

28. A jurisprudência financeira já entendeu as normas que consagram a imparcialidade como normas de perigo, pelo que, em sintonia com acórdãos dos tribunais administrativos, *“dispensa a existência de provas concretas bem como o respetivo ónus de alegação, bastando-se com a existência de um mero risco de uma atuação parcial independentemente de demonstração efetiva, em ordem à ocorrência de violação do princípio da imparcialidade”*². Efetivamente no Acórdão n.º 75/2009, de 15 de abril, 1ª S/SS, deste Tribunal, já se disse:

“O princípio da imparcialidade constitui uma importante forma de garantir preventivamente, a imparcialidade da Administração. As garantias legais de imparcialidade funcionam como garantias da imagem e do bom nome da Administração conjurando, através de proibições, situações de perigo, em que, além da tentação que se oferece ao agente, pode germinar a suspeita pública relativamente à falta de isenção dos órgãos administrativos. A proteção legal do bem jurídico imparcialidade alarga-se, assim, demarcando uma zona envolvente que se julga adequada a prevenir a lesão. Na verdade, o valor ou interesse jurídico tutelado como a transparência de procedimentos é um mero risco ou perigo de quebra do dever de imparcialidade, independentemente de ter produzido, em concreto, uma real e efetiva atuação imparcial, ou seja, independentemente de se ter produzido um efetivo dano. Tal como refere o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, in Processo n.º 00111/04, de 3.NOV.2005, ocorre violação do princípio constitucional da imparcialidade (art.º 266.º, n.º 2 da CRP), gerador de vício autónomo de violação de lei, sempre que sejam levados a cabo procedimentos que contenham o risco de consubstanciarem atuações parciais, independentemente da demonstração efetiva de ter ocorrido uma atuação destinada a favorecer algum interessado em concurso, com prejuízo de outros.”

² In Acórdão do TCA Norte, de 16 de novembro de 2006, no Processo 00545/05.6BECBR.



29. Como se disse também no Acórdão do STA de 9/10/2008, no processo n.º 0781/08 ³:

“O que sobretudo importa sublinhar é que todas estas questões relacionadas com a parcialidade põem-se, desde logo, ao nível do seu perigo ou risco – pelo que se prendem com a respetiva prevenção. Por isso é que a imparcialidade constitui uma garantia, ou seja, as coisas devem processar-se de modo a afastar, na medida do possível, as hipóteses de favorecimento; e, se assim não suceder, imediatamente surgirá uma ofensa ao princípio da imparcialidade, já que a mera possibilidade abstrata de os trâmites seguidos permitirem uma conduta parcial é motivo bastante para inquinar as subseqüentes pronúncias administrativas.”

30. No mesmo sentido milita relevante doutrina. Assim, diz Mário Esteves de Oliveira⁴:

“Um ponto importante a salientar é que, funcionando como garante da imagem, do rigor e do bom nome da Administração adjudicante (que não basta ser séria, mas deve também parecer séria), a imparcialidade administrativa pede em algumas situações que se delimite um círculo adequado de situações de perigo que sejam objetivamente capazes de pôr em xeque esses valores, é dizer, que sejam objetivamente capazes de fundar uma suspeita pública relativamente à falta de isenção da Administração. Por outras palavras, há casos em que a imparcialidade funciona como uma norma de perigo (de "garantia preventiva") e não como norma de resultado, sendo então suficiente, para sustentar o juízo de ilegalidade, a existência de uma situação donde resulte o "mero risco de uma atuação parcial", dispensando-se assim a demonstração da existência de uma concreta parcialidade. Na nossa jurisprudência, isso tem sido afirmado, por exemplo, no caso de se apresentar a concurso (ou a outro procedimento adjudicatório) uma empresa que colaborou com a entidade adjudicante na preparação dos documentos do procedimento, em especial, do caderno de encargos-lê (ou de ela se fazer acompanhar por alguém que o fez) - situação que também poderia ser enquadrada (...), no princípio da igualdade (ou no da concorrência)”.

31. Como é evidente, a intervenção no procedimento de formação do contrato de vereador – com posição relevantíssima na entidade adjudicante – que era simultaneamente presidente da direção da entidade adjudicatária – tendo assim

³ Consultado em 2 de novembro de 2015 em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/3c9ba1bd052aa2ab802574e200394692?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1

⁴ Com Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, p. 226.



também posição relevantíssima nesta – configura uma inobservância incontestável do princípio da imparcialidade.

32. Tendo-se assim concluído, deve igualmente reconhecer-se a violação do princípio da igualdade. Dado que foi verificada aquela primeira violação – do princípio da imparcialidade - com aqueles concretos pressupostos de facto, não pode deixar de concluir-se que a Administração estava inibida de tratar de igual forma todos os potenciais interessados e concorrentes. À partida uma interessada e concorrente teve uma vantagem acrescida por antemão conhecer e poder condicionar as decisões e documentos fundamentais do procedimento concursal. Ora, “[n]as suas relações com os particulares, a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da igualdade, não podendo privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever ninguém”.

33. O mesmo se passou relativamente ao princípio da concorrência. Como diz Miguel Nogueira de Brito ⁵:

“[N]o âmbito da contratação pública o princípio da concorrência [manifesta-se] sobretudo nas relações entre a entidade adjudicante e os concorrentes ou candidatos, o que aliás se revela de modo especial no sistema instituído pelo Código.(...) Assim, revela-se inteiramente acertado sustentar que a concorrência, em sede de contratação pública, é um resultado que se obtém através da concretização dos princípios da igualdade e das liberdades comunitárias, enquanto regras que vinculam os Estados nas suas relações com os particulares. Seja como for, parece também acertado sustentar que o princípio da concorrência se exprime também, de forma significativa, através deveres dirigidos aos concorrentes, enquanto dos princípios da igualdade e da imparcialidade, por exemplo, se retiram sobretudo deveres dirigidos às entidades adjudicantes.(...) Já no plano procedimental, o princípio da concorrência surge em estreita conexão com o princípio da proporcionalidade, ao exigir que a entidade adjudicante não defina os requisitos de acesso ao procedimento em termos excessivamente restritivos de acesso ao mercado em causa. Em última análise, o princípio da concorrência consiste na ideia de acesso público de todos os interessados aos procedimentos da contratação. Por outras palavras, está em

⁵ In “Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concursais” consultado em 2 de fevereiro de 2016 em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1024-2234.pdf>



causa a ideia de que o universo concorrencial não é definido pela entidade adjudicante, antes se verificando uma apresentação pública de propostas (no concurso público) ou de candidaturas (no concurso limitado, no procedimento de negociação e no diálogo concorrencial).

34. E como diz Rodrigo Esteves de Oliveira⁶:

“É de facto no respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios: é a ela (concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respetivas potencialidades que se baseia o seu lançamento. E se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, isso há de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico.

Com a existência de um procedimento dirigido à concorrência assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses que lhes estão cometidos, os entes públicos o façam da forma publicamente mais vantajosa possível. E, quanto mais pessoas se apresentarem perante a entidade adjudicante, como eventuais futuros contratantes, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no mercado administrativo, melhor: maior será o leque de ofertas contra tu ais - e o leque de escolha da entidade adjudicante - e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas.

É esta uma das razões por que os procedimentos concursais foram legalmente erigidos no principal modus negociandi do mercado administrativo. Chamar a concorrência, interpelar o provocar o mercado, pressupõe, portanto, considerar os candidatos ou concorrentes como opositores em condições de igualdade, permitindo-se-lhes que compitam entre si e que sejam medidos (as suas candidaturas ou as suas propostas) sempre e apenas pelo seu mérito.”

35. Foram pois violados os princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência, que são basilares da atividade administrativa e da contratação pública. Tais violações, no caso concreto, relacionam-se com outra matéria detetada no acórdão recorrido. Este, como acima se viu, considerou que também tinham sido violados os artigos 55.º alínea j) e 70.º, n.º 2 alínea g) do CCP. E a recorrente tem, naturalmente, entendimento contrário.

36. Ora, o artigo 55.º do CCP constitui uma concretização dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência ao dispor que “[n]ão podem

⁶ In “Os princípios Gerais da Contratação Pública”, in “Estudos de Contratação Pública – P”, organização de Pedro Gonçalves, Coimbra Editora



ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que (...) [t]enham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência.”

37. E a alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do mesmo código refere que “[s]ão excluídas as propostas cuja análise revele (...) [a] existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência.”

38. Argumentou o recorrente no sentido de que com a participação do vereador – também presidente da Oficina - na deliberação agora sobretudo em causa a invocação daquelas disposições legais não se justifica, pois

“A situação em apreço não configura uma situação de impedimento, conforme previsto no art.º 55º do Códigos dos Contratos Públicos, uma vez que os documentos apensos à proposta, concretamente o programa de procedimento e o caderno de encargos, são documentos técnicos, da autoria dos serviços municipais, em cuja preparação os membros do Órgão Executivo, Vereador José Bastos incluído, não tiveram qualquer intervenção.”

“ Nada existe, nos autos ou fora deles, que permita ou facilite sequer conclusão diversa, sendo certo este impedimento tem de ser apreciado casuisticamente, devendo o júízo a fazer determinar sempre que a colaboração ou assessoria implicou uma efetiva desigualdade entre concorrentes, conforme melhor doutrina e jurisprudência.”

39. Ora tal argumentação é inaceitável: milita no sentido de ser mais relevante a atividade preparatória que a decisória na atividade administrativa. Isto é: veio-se defender que mais importante que decidir sobre os documentos – o que significa estabilizá-los e conferir-lhes a natureza que legalmente está prevista de transmissores da vontade pública – é prepará-los, pese embora tal preparação possa não ser conclusiva e ser meramente preparatória da decisão.



Mais: tal argumentação milita no sentido da desresponsabilização de quem decide.

40. E vir expressamente defender – o que aliás não é novo – que as colaborações e assessorias são admissíveis, sendo sempre necessária uma concreta demonstração de que por via delas resultou uma efetiva desigualdade é abrir a porta a uma observância aligeirada de princípios e regras que se devem considerar intocáveis e à interpretação pantanosa de muitas realidades.
41. Outra argumentação foi apresentada no recurso militando que nenhum daqueles princípios e regras foram violados:

“Houve apenas uma outra entidade que se registou e procedeu ao descarregamento dos documentos que constituem as peças do concurso, designadamente o respetivo caderno de encargos, nenhuma entidade solicitou quaisquer esclarecimentos ao júri e também mais nenhuma entidade solicitou o exercício da faculdade concedida de visita aos diversos edifícios e equipamentos”.

“A Cooperativa Oficina foi a única entidade que se apresentou ao concurso”.

“[O] que se verificou de facto foi que apenas uma outra entidade para além da Cooperativa Oficina descarregou os documentos (...)”.

42. Tais argumentos não colhem, precisamente porque sendo visível o desrespeito dos princípios e regras antes referidos, o universo concorrencial criado foi potencial ou realmente afetado.
43. Importa ainda lembrar as sintéticas referências feitas, na primeira instância, e acima transcritas no n.º 3, a *“outras patologias identificadas no procedimento (...) claramente orientados no sentido de limitar a concorrência”* tendo-se assinalado também que *“[a] formulação concreta do caderno de encargos e do modelo de avaliação das propostas (...) seria, por si, suscetível de limitar ou impedir que outros agentes económicos de apresentarem as suas propostas (como de resto aconteceu)”*. Referiu-se então que se colocou então também *“em causa o interesse público municipal, na vertente económico-financeira,*



uma vez que, ao não criar condições para que a formação do preço ocorresse em ambiente concorrencial, não se garantiu que a prestação fosse adjudicada ao melhor preço”. E daí “a suscetibilidade de alteração do resultado financeiro.”

- 44.** Como acima se viu, registou-se um novo facto: a exoneração do Senhor Vereador das suas funções em A Oficina. Acontece que a deliberação camarária de 1 de agosto de 2014 que concretizou tal exoneração não pode ter efeitos de sanção dos vícios procedimentais anteriormente verificados, atento o disposto nos artigos 127.º e 128.º do CPA aplicável.
- 45.** Importa pois concluir. Fica pois completamente demonstrada a violação dos princípios e regras acima identificados que, a terem sido observados poderiam ter conduzido ao surgimento de outros interessados, de outras propostas e de outros resultados financeiros.
- 46.** A suscetibilidade de obtenção de outros – e melhores - resultados financeiros, no caso de não se terem verificado as ilegalidades, é fundamento de recusa de visto nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 47.** No âmbito da contratação pública, a consagração do princípio da concorrência – como aliás o da igualdade – tem claramente também uma finalidade de proteção dos interesses financeiros públicos. Estão tais princípios claramente afirmados no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.
- 48.** Ora a violação direta de normas financeiras constitui também fundamento para recusa de visto nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 49.** Finalmente a violação do princípio da imparcialidade – princípio geral de direito administrativo, consagrado na Constituição, e “*de valor reforçado, de*



Tribunal de Contas

*observância estrita por parte da entidade adjudicante (ou do júri)*⁷ – convoca a aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 284.º do CCP e sua relevância ao abrigo da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos e os constantes na decisão recorrida, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa de visto ao contrato.

São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do n.º 1 do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 16 de fevereiro de 2016

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

Estive presente

O Procurador-Geral-Adjunto,

(José Vicente de Almeida)

⁷ In Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, “*Concursos e outros procedimentos de contratação pública*”, Almedina, 2011, pg. 225