

Secção: 1.^a S/SS
Data: 22/05/2018
Processo: 715/2018

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

TRANSITADO EM JULGADO EM 11-06-2018

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

I – RELATÓRIO:

1. A «SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde» (doravante SPMS), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, por ofício datado de 19/3/2018, um «Contrato para Aquisição de Serviços de Manutenção de Licenciamento Microsoft», celebrado entre essa entidade e «ITEN Solutions – Sistemas de Informação, S.A.», pelo valor de 3.252.032,52 €, sem indicação da data da sua celebração, e para vigorar desde o «dia útil seguinte à data da sua assinatura» e «até 31 de dezembro de 2017».

2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido à «SPMS, E.P.E.» para prestação de esclarecimentos sobre várias questões, designadamente as seguintes: relação do atual contrato com contrato anterior de objeto idêntico ou sobreponível, recusado pelo Acórdão n.º 13/2017, de 7/11, desta 1.^a Secção, em Subsecção; execução desse contrato recusado; verificação dos pressupostos da celebração do presente contrato por ajuste direto; data da outorga do presente contrato e razão da sua omissão no articulado.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:



3. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

- a) O presente contrato apresenta «Considerandos» iniciais de que consta que: a entidade adjudicante promoveu o contrato em apreço por «ajuste direto ao abrigo das alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)»; por «Deliberação do Conselho de Administração da SPMS, EPE, de 08 de fevereiro de 2018 (...) foi aprovada a adjudicação ao 2.º Outorgante»; e por «Deliberação do Conselho de Administração da SPMS, EPE, de 23 de fevereiro de 2018 foi aprovada a minuta do presente contrato»;
- b) O presente contrato não menciona a data da sua outorga e contém uma cláusula segunda, sob a epígrafe «Prazo de vigência do contrato», cujo proémio apresenta o seguinte teor: «O contrato tem início no dia útil seguinte à data da sua assinatura e vigora até 31 de dezembro de 2017»;
- c) O presente contrato foi remetido a este Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, em 19/3/2018;
- d) No âmbito do Processo n.º 2991/2017, submeteu a entidade adjudicante a fiscalização prévia deste Tribunal um contrato assim caracterizado: «Aquisição de licenciamento de software e serviços conexos, ao abrigo do Acordo-Quadro da Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, IP (AQ ESPAP LS-2015) para os lotes 13, 16, 23, 42, 49, 56, 61 e 68, celebrado em 09.08.2017, entre aquela entidade e “ITEN Solutions – Sistemas de Informação, S.A.”, pelo preço de € 10 014 010,54, acrescido de IVA à taxa legal aplicável, e pelo prazo de 24 meses a contar do visto prévio»;
- e) Nesse contrato estabelecia-se uma repartição anual de encargos e compromissos, sendo que para o ano de 2017 se previa uma despesa orçada em 3.252.032,52 €;
- f) Esse contrato foi objeto de recusa do respetivo visto, através do Acórdão n.º 13/2017, de 7/11, desta 1.ª Secção, em Subsecção, por se entender verificada nulidade do contrato e respetivo compromisso, bem como violação direta de



normas financeiras, o que se considerou preencher os fundamentos de recusa previstos nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas;

- g) Indagada a entidade adjudicante sobre a relação do presente contrato com o contrato anteriormente recusado, pronunciou-se essa entidade, no essencial, nos seguintes termos:

«(...) a respeito da relação existente entre o atual contrato e o que foi recusado através do Acórdão n.º 13/2017, informa-se que o objeto é igual, porquanto, nos termos constantes da informação n.º 1522/DCPI-UA/2017, de 19 de dezembro de 2017, que autorizou o início de procedimento (com a referência 20170513), o escopo do contrato agora sujeito ao visto prévio do duto Tribunal é garantir que seja assegurada a continuidade do serviço»;

- h) Sobre a eventual execução do contrato recusado, declarou a entidade adjudicante que tal contrato «não teve qualquer execução»;

- i) Solicitados esclarecimentos à SPMS sobre o recurso ao ajuste direto, pronunciou-se essa entidade, no essencial, nos seguintes termos:

«Atento o Acórdão n.º 13/2017-07.NOV-1.ª S/SS, a SPMS, EPE, procurou de imediato conformar legalmente o processo atenta a criticidade e imprescindibilidade do mesmo para o Serviço Nacional de Saúde e Ministério da Saúde, elaborando o Projeto de Resolução do Conselho de Ministros para efeitos de autorização da assunção de encargos plurianuais, que foi enviada ao Gabinete de Sua Excelência o Sr. Ministro da Saúde (...)

(...) Desde a data de 30/09/2017 que ocorreu o terminus do contrato que assegurava estes serviços a todo o Serviço Nacional de Saúde (...)

(...) Os serviços em apreço não podem ser interrompidos, porquanto poderá ficar em causa a segurança dos dados, provocando a vulnerabilidade dos sistemas (...)

*(...) Considerando os factos elencados, foi proposto o recurso ao procedimento pré-contratual de ajuste direto, ao abrigo das alíneas *c)* e *f)* do*



n.º 1 do art.º 24.º do Código dos Contratos Públicos, sendo assim autorizada a realização da despesa e a promoção desse procedimento para a celebração do contrato em apreço, ao abrigo de um duplo fundamento material (...).

(...) O Acórdão mencionado transitou em julgado em 27/11/2017. Pese embora todos os esforços efetuados pela SPMS, não ocorreu a publicação que autorizaria a SPMS a contrair os referidos encargos plurianuais.

Pelo que, salvo melhor opinião, e atento os factos supra expostos, era de todo imprevisível para a entidade adjudicante ver-se confrontada com o fato de não poder proceder à contratação dos serviços atempadamente.

(...) O contrato em apreço visou assegurar a prestação de serviços entre 01 de outubro de 2017 até 31 de dezembro de 2017, sendo que constitui fundamento da eficácia retroativa o n.º 2 do artigo 287.º do CCP.

(...) O preenchimento da sua previsão normativa [da alínea f) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP] no caso concreto é manifesto, atenta a importância estratégica dos serviços de manutenção de licenciamento Microsoft, os quais constituem, um instrumento de política de saúde, que permite ampliar e melhorar a acessibilidade aos serviços de saúde e racionalizar a utilização dos recursos existentes materiais e humanos, bem como a eficácia e eficiência do setor público da saúde.

(...) Atento o exposto, deve, pois, dar-se por verificado, no caso em concreto, o fundamento previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP (o qual por si só seria suficiente para assegurar a correção da escolha do procedimento e a validade do mesmo, como acima referido).»

- j) E sobre a questão da omissão da data da outorga do presente contrato, afirmou a entidade adjudicante, no essencial, o seguinte:

«A minuta do contrato foi aprovada por Deliberação do Conselho de Administração da SPMS, EPE, no dia 24/02/2018, através da informação n.º 282/DCPI/2018, de 23/02/2018 (...) [naquela primeira data vem referido “2013”, o que constitui óbvio lapso de escrita, que ora se corrige]



O contrato foi outorgado em 09/03/2018, apenas por mero lapso a data não consta no contrato.»

– DE DIREITO:

4. Estando assentes os elementos de facto supra descritos, cumpre, com base neles, apreciar as questões que o contrato em presença suscita.

A) Da relevância do Acórdão n.º 13/2017-07.NOV-1.ªS/SS no presente processo:

5. Como questões preliminares, será de avaliar a relação entre o contrato ora em apreço e o contrato objeto do Acórdão desta 1.ª Secção, em Subsecção, sob o n.º 13/2017, de 7/11, e de aferir da relevância dessa anterior apreciação para o juízo decisório a formular neste processo.

6. Uma primeira análise permite verificar identidade quanto às partes contratantes e quanto ao objeto nos dois contratos em confronto, embora haja diferenças quanto aos valores e prazos respetivos. Porém, surge como evidente que o presente contrato se pretende referir ao período de vigência que esse anterior contrato recusado fazia reportar ao ano de 2017: conforme se alcança do teor daquele aresto e dos esclarecimentos ora prestados pela entidade adjudicante, pretendia-se que aquele contrato iniciasse a sua vigência em 1/10/2017 (ainda que sem prejuízo do visto prévio), de modo a prosseguir com a execução de contrato precedente que cessara a sua vigência em 30/9/2017 e pretende-se que o presente contrato vigore precisamente entre 1/10/2017 e 31/12/2017, sendo certo que o valor do contrato atual corresponde exatamente ao valor que no contrato recusado se previa como encargo para o ano de 2017, ou seja, a quantia de 3.252.032,52 €.

7. Estamos, pois, perante um notório sucedâneo, para o ano de 2017, do contrato anteriormente recusado. Aliás, essa evidência não é contestada pela entidade adjudicante, que claramente assume que «o objeto é igual» nos dois contratos (cfr. alínea g) da *factualidade provada* supra). No entanto, não ocorre aqui *exceção de caso julgado* (diferentemente do verificado na Decisão n.º 173/2018, de 27/2, da 1.ª Secção deste



Tribunal), na medida em que não se está perante o mesmo contrato: há dois contratos formalmente diversos, com procedimentos prévios diferenciados, e com prazos e valores não coincidentes de pleno, já que apenas parcialmente sobrepostos. Acresce que os fundamentos materiais da recusa operada pelo citado Acórdão n.º 13/2017 não se repetem para o presente contrato, já que a entidade adjudicante procurou suprir os vícios naquele detetados. Nada obsta, por isso, à apreciação autonomamente considerada do contrato em presença. Contudo, como se verá, outras objeções à concessão de visto, e fundadas noutros argumentos, se colocam perante o contrato ora *sub judicio*.

B) Do recurso ao ajuste direto e da conformação da relação contratual em apreço:

8. Para melhor equacionar as questões suscitadas pelo presente contrato, importa enunciar os dados de facto mais relevantes (e extraídos da *factualidade provada supra*):

- inscreveu-se em cláusula contratual que a vigência do contrato se iniciaria em «dia útil seguinte à data da sua assinatura» e para vigorar «até 31 de dezembro de 2017»;
- não se indica no contrato a data da sua outorga (mas afirmou-se posteriormente que essa outorga ocorreu em 9/3/2018, alegando que se tratou de «mero lapso»);
- o contrato foi objeto de adjudicação aprovada por deliberação do Conselho de Administração (CA) da SPMS datada de 8/2/2018;
- a minuta do contrato foi objeto de aprovação por deliberação do CA da SPMS datada de 23/2/2018 (segundo o texto do contrato) ou de 24/2/2018 (segundo o teor de informação enviada pela SPMS a este Tribunal, em resposta a pedido de esclarecimentos);
- pretende-se, afinal, que o contrato produza os seus efeitos entre 1/10/2017 e 31/12/2017;
- e os respetivos efeitos produziram-se de facto, na medida em que os serviços a que respeita o contrato (e que vinham sendo prestados até 30/9/2017, ao abrigo de anterior contrato) não foram «interrompidos» (depois dessa data), para não ser posta em causa a «segurança dos dados» e para evitar a «vulnerabilidade dos sistemas».

9. Perante estes dados, afigura-se evidente a contradição nos termos ínsita no presente contrato. Como é que um contrato assinado em 9/3/2018, para iniciar a sua vigência em «dia útil seguinte à data da sua assinatura» (ou seja, na 2.ª feira subsequente, *i.e.* em 12/3/2018) pode «vigora[r] até 31 de dezembro de 2017»? Como é que um contrato



que se pretende que produza efeitos entre 1/10/2017 e 31/12/2017 pode ter por base um procedimento pré-contratual cujos atos essenciais, como a adjudicação ou a aprovação da minuta, ocorreram já depois do período a que respeitará a sua execução?

10. A simples enunciação das incongruências detetadas permitem inferir que se pretenderia com o presente contrato conferir *a posteriori* vestes de legalidade a uma efetiva execução *material* (ainda que não *financeira*, tanto quanto declara a entidade fiscalizada) do contrato anteriormente objeto de recusa de visto – o que sugere que a omissão da data da outorga do contrato ora em apreço não terá sido propriamente lapso, mas apenas meio de minorar o impacto negativo da eficácia retroativa pretendida. Além disso, procurou-se inserir o presente contrato num alegado contexto procedimental de ajuste direto, fundado em situações de urgência imperiosa e imprevisibilidade que se reconduzem à própria recusa de visto deste Tribunal, como se uma decisão judicial de não-concessão de visto de um contrato pudesse legitimar o recurso ao ajuste direto de um contrato substitutivo daquele. Deparamo-nos, pois, com uma situação em que se pretende a produção de efeitos integralmente retroativos de um contrato, reportados a um período anterior à sua própria adjudicação e mediante a adoção de um procedimento cujos atos essenciais decorreram já depois do período a que a execução contratual se pretende reportar.

11. Estamos, assim, confrontados com um condicionalismo que já foi objeto de apreciação por anterior jurisprudência deste Tribunal, de que constitui exemplo paradigmático o Acórdão n.º 8/2015, de 30/6, desta 1.ª Secção, em Subsecção (acessível in www.tcontas.pt), lavrado a propósito de caso idêntico ao ora em análise. Destaquem-se, em particular, os §§ 31 a 41 desse Acórdão n.º 8/2015, que se acompanham:

«(...)

31. A opção pelo ajuste direto, quando permitida pela lei, não significa pois a opção pela formação de um contrato sem quaisquer regras. Ora o que ocorreu no presente caso aponta no sentido de tais regras não terem sido observadas. Por uma especial razão: é que aquilo que se entendeu designar no caso por “procedimento”, ocorreu já a prestação do serviço estava encetada. Relembre-se que a prestação de serviço que constituiu o objeto do contrato se desenrolaria entre junho e setembro, mas a decisão de contratar foi tomada em 1 de agosto, o



convite foi enviado em 13 de agosto, a decisão de adjudicação tomada em 2 de outubro, estando já ultrapassado o período de vigência do contrato que, aliás, só viria a ser assinado em 30 de dezembro.

32. Vejamos, a título exemplificativo, algumas disposições relativas ao ajuste direto. As seguintes:

a) O artigo 36º do CCP exige que *“[o] procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar”*. Obviamente tal decisão que formula os aspetos essenciais do que se pretende contratar tem de ser tomada antes da prestação se realizar. Ora no caso foi tomada muito depois;

b) O artigo 38º prevê que *“[a] decisão de escolha do procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no (...) Código, deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar”*. Tal decisão fundamentada tem de ser tomada antes da prestação se realizar. No caso foi tomada muito depois;

c) O artigo 40º prevê que *“[as] peças dos procedimentos de formação de contratos [s]ão (...) [no] ajuste direto, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos (...)”*. Tais peças que traduzem todos os aspetos da prestação que no caso se pretendia adquirir deveriam ser aprovadas, naturalmente, antes da prestação se executar. Ora, no caso, a decisão de aprovação foi tomada quando decorria a execução da prestação. O convite foi enviado igualmente nessa fase de execução;

d) Igualmente o artigo 81º prevê que *“[n]os procedimentos de formação de quaisquer contratos, o adjudicatário deve apresentar (...) documentos de habilitação”*. Dado que a prestação foi parcialmente realizada antes do “procedimento” como se poderia dar cumprimento a esta disposição legal? Não podia;

e) O artigo 56º estabelece que *“[a] proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”*. Perante o caso concreto permite-se o comentário: *“a fazê-lo?”*. No caso estava já parcialmente feito;

f) O artigo 57º prevê quais os documentos que a proposta deve integrar. Naturalmente devem a proposta e tais documentos ser apresentados antes da



prestação e como elementos balizadores da prestação. No caso, repete-se, estava a prestação executada;

g) No artigo 73º diz-se que *“[a] adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas”*. Ora, no caso, a adjudicação surge após a prestação estar executada. Não houve verdadeira adjudicação;

h) Finalmente, no artigo 88º prevê-se que *“[n]o caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração”*. Ora, no caso quando a caução foi prestada já a prestação de serviços prevista no procedimento tinha terminado. Para quê então a caução? Caucionando o quê, se quase tudo estava executado? E como se assegurou ou asseguraria antes uma correta execução da prestação?

33. O que agora foi referido aponta decisivamente para uma conclusão: verdadeiramente não ocorreu procedimento de ajuste direto. Não houve observância de quaisquer regras procedimentais. Houve uma mera aquisição direta. Todas as disposições referidas – e outras mais – foram pois violadas. (...)

34. Houve completa inobservância do disposto no CCP na sua Parte II. Ora tal situação só é admitida no CCP para os contratos previstos no seu artigo 5º que obviamente não podia suportar o presente.

35. É perante a avaliação anteriormente feita – de um procedimento aquisitivo urgente sem observância dos fundamentos legalmente fixados e ademais com convite dirigido a uma só entidade – que devemos considerar as questões relativas à retroatividade do procedimento e do contrato.

36. Como se viu, com a adjudicação feita em 2 de outubro e celebrado o contrato em 30 de dezembro de 2014, a prestação de serviços que constitui o objeto contratual decorreu entre 1 de junho e 30 de setembro daquele ano. Isto é: quando se decidiu a adjudicação já a prestação de serviço estava toda executada. O procedimento que é suposto ser o conjunto de atos e formalidades documentalmente suportados para a formação de um contrato, neste caso não foi mais do que a formalização de atos substancialmente praticados antes, mas documentalmente suportados depois. Os argumentos expendidos pela CMG para defender a retroatividade do contrato não colhem, pois apoiam-se na não



execução financeira do contrato, quando também está em causa a sua execução material.

37. Estabelece o artigo 287.º do CCP, em matéria de eficácia do contrato, nomeadamente o seguinte:

“1 - A plena eficácia do contrato depende da emissão dos atos de aprovação, de visto, ou de outros atos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de ato administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objeto passível de ato administrativo.

2 - As partes podem atribuir eficácia retroativa 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 [fase] de formação do contrato”.

38. Como se sabe a regra geral em direito é a de que os atos e contratos devem dispor para o futuro, 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.

39. 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 ato administrativo que encerra o procedimento de seleção 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 ato 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 128.º, n.º 2, alínea a), do CPA, antes desse ato 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 retroativa aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação”.

40. A concreta retroatividade verificada – face ao que acima se citou – está proibida por lei e consubstancia também uma restrição clara da concorrência garantida pelo disposto no CCP relativamente à formação do contrato.

41. Ocorreu pois violação direta do disposto no nº 2 do artigo 287º do CCP. (...)».

12. E, conforme se sustentou nesse aresto, a identificada situação de *inexistência de procedimento* conduz a outras considerações conclusivas, inscritas nos §§ 62 a 65 desse Acórdão n.º 8/2015:

«(...)

62. Contudo, face à avaliação acima feita nos nºs 31 a 34, em que se conclui pela inexistência de qualquer procedimento, não pode deixar de se considerar que a formação do contrato não enferma só de inexistência de fundamentos para a realização de um procedimento de ajuste direto e a



necessidade de se ter promovido um procedimento concursal. É que nem ajuste direto foi feito. Foi feita uma aquisição direta. Houve pois ausência absoluta de formalidades essenciais na formação do contrato. E esta situação enquadra-se claramente no artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo então em vigor, gerando a nulidade do contrato, que é por sua vez fundamento de recusa de visto, ao abrigo da alínea a) do referido n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

63. Todavia, as normas que obrigam à realização de procedimentos de natureza concorrencial têm também como objetivo a proteção de interesses financeiros públicos assumindo a natureza de normas financeiras. E a violação de normas financeiras constitui igualmente fundamento de recusa de visto, previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

64. A violação do n.º 2 do artigo 287º do CCP, acima identificada no n.º 41, configura igualmente um situação propiciadora de alteração dos resultados financeiros que se poderiam ter obtido no procedimento de formação do contrato.

65. As violações de lei identificadas acima no n.º 41 configuram igualmente violação de normas financeiras.

(...)».

13. Ou seja: a situação analisada no aresto em referência determinou a não-concessão de visto, por preenchimento dos *fundamentos de recusa de visto* previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26/8¹).

14. As precedentes considerações expendidas no aresto em referência permitem concluir, para o caso presente, que pouco releva aferir da verificação dos invocados requisitos da celebração de contrato por ajuste direto. Recorde-se que a entidade ora fiscalizada alegava a verificação das condições previstas nas alíneas c) e f) do n.º 1 do art.º 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP: Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1²), na redação anterior ao Decreto-Lei n.º 111-B/2017: «c) Na medida do estritamente necessário

¹ Alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, e 42/2016, de 28/12.

² Alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2/10, pela Lei n.º 3/2010, de 27/4, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14/12, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, e pelos Decretos-Leis n.ºs 149/2012, de 12/7, 214-G/2015, de 2/10, e 111-B/2017, de 31/8.



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»; «f) Nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respetiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir». Ainda que seja desrazoável entender que a anterior decisão judicial de recusa de visto possa constituir «acontecimento imprevisível» (e que, aliás, sempre seria imputável à entidade adjudicante, já que a esta será de assacar não se encontrar o anterior contrato em condições legais conducentes à obtenção do visto) ou que se esteja perante aquisição de serviços em área equiparável a matérias de segurança do Estado, o certo é que se pode afirmar – tal como se concluiu no citado Acórdão n.º 8/2015 – que não se está perante um verdadeiro e próprio *procedimento de ajuste direto*.

15. Com efeito, aquilo que se designou de *procedimento* decorreu já depois do período a que se pretendia reportar a execução do contrato (*i.e.*, entre 1/10/2017 e 31/12/2017): designadamente, a adjudicação ocorre só em 8/2/2018, a aprovação da minuta em 24/2/2018 e a assinatura do contrato em 9/3/2018. Está-se diante de uma *aparência* de procedimento de ajuste direto: há uma *aquisição direta*, com o intuito de atribuir a essa aquisição uma eficácia retroativa vedada por lei. Conforme este Tribunal tem afirmado na jurisprudência supramencionada, não é possível «atribuir eficácia retroativa aos contratos com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação». E dessa circunstância derivam determinadas consequências.

16. Assim, e na linha do que já foi decidido no citado Acórdão n.º 8/2015, deve entender-se que a *omissão de procedimento* supra caracterizada implica dever ter-se por verificada uma situação de «preterição total do procedimento legalmente exigido», prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do atual Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1 (sucédâneo do artigo 133.º do anterior CPA, para que remete a versão originária do n.º 2 do artigo 284.º do CCP). E, nessa base, cumprirá então extrair a consequência da *nulidade* do contrato, *ex vi* do artigo 284.º, n.º 2, 1.ª parte, do CCP – a qual integra o fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC.



17. Contudo, essa *nulidade* ainda se alcança por outra via, como se passa a apreciar. Como vimos, é possível inferir dos vários elementos de facto respeitantes ao presente contrato que se pretendia que o mesmo produzisse efeitos desde 1/10/2017 e até 31/12/2017. E uma vez que se visava salvaguardar efeitos materiais produzidos dentro desse período, ficou por indicar a data da outorga do contrato, ao mesmo tempo que se introduziu uma cláusula relativa ao prazo de execução do contrato («O contrato tem início no dia útil seguinte à data da sua assinatura e vigora até 31 de dezembro de 2017») que, face à omissão daquela data da outorga, carece de completamento quanto ao seu termo inicial. Veio depois a entidade fiscalizada informar que a data de outorga do contrato (em 9/3/2018) foi posterior ao termo final da produção de efeitos pretendida e à que se indicou no contrato como termo da sua vigência.

18. Este quadro factual permite duas leituras consequenciais em alternativa:

1.^a) Considerando apenas o clausulado contratual, e atenta a omissão da data da outorga do contrato, verifica-se existir uma cláusula incompleta quanto ao prazo de execução do contrato – e, nessa medida, seria tal cláusula contrária ao disposto no artigo 96.º, n.º 1, alínea e), do CCP, o qual impõe a inserção no contrato do «prazo de execução» do contrato, sob pena de nulidade;

2.^a) Considerando a data da outorga do contrato indicada pela entidade fiscalizada (9/3/2018), estará então verificada uma situação de impossibilidade objetiva e originária do objeto contratual, já que, sendo termo inicial da vigência do contrato, segundo o clausulado, o «dia útil seguinte à data da sua assinatura» (ou seja, 12/3/2018), haveria a *impossibilidade física* de que o mesmo vigorasse «até 31 de dezembro de 2017» [!] – e, nessa medida, teria sido afrontado o disposto no artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil, segundo o qual «[é] nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível (...)», norma aqui aplicável por força da *recepção material* da lei civil operada pelo CCP, através do disposto no n.º 3 (correspondente ao atual n.º 4) do artigo 280.º deste último Código³.

³ Cfr., sobre este ponto, e com referência particular ao artigo 280.º do Código Civil, ALEXANDRA LEITÃO, Lições de Direito dos Contratos Públicos-Parte Geral, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 210-212.



19. Sendo assim, e seja qual for o enquadramento por que se opte, sempre se alcançará a demonstração da verificação da *nulidade* do presente contrato, com a consequente integração do fundamento de recusa de visto contemplado no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC.

C) Das consequências das desconformidades contratuais verificadas:

20. Como vimos, as incongruências detetadas no contrato em apreço são suscetíveis de produzir a violação das supra identificadas normas determinantes de *nulidade*. No entanto, e tal como também já constatado no supra referenciado Acórdão n.º 8/2015, ocorreu ainda violação, quer do artigo 287.º, n.º 2, do CCP, quer do artigo 156.º, n.º 2, alínea *a*), do CPA (que corresponde ao artigo 128.º, n.º 2, alínea *a*), do anterior CPA, mencionado no transcrito trecho daquele aresto), normas que dispõem sobre eficácia retroativa de contratos e atos administrativos. Conforme ali se sustentou, essa violação consubstancia, por um lado, a ofensa a normas com um alcance de proteção de interesses financeiros públicos, o que permite qualificá-las como *normas financeiras*, e, por outro lado, uma restrição indevida ao normal funcionamento da *concorrência*, princípio basilar da contratação pública, com a consequência de uma inevitável probabilidade séria de afetação do *resultado financeiro* do contrato.

21. Ora, a violação de normas financeiras e a probabilidade de afetação do resultado financeiro do procedimento constituem, sem margem para dúvida, fundamentos de recusa de visto, nos termos das alíneas *b*) e *c*), respetivamente, do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

22. Sendo assim, integram os mencionados *ilícitos os fundamentos de recusa de visto* previstos nas alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC – pelo que deve, no caso presente, ser tal *recusa* decretada.

D) Da produção indevida de efeitos retroativos do contrato:

23. Da matéria apurada resulta ter ocorrido, pelo menos, execução material do presente contrato, associada a uma produção de efeitos retroativos que se afigura contrária ao regime decorrente do disposto no artigo 45.º da LOPTC. Atenta a previsão da



alínea *h*) do n.º 1 do artigo 65.º do mesmo diploma, poderá resultar *responsabilidade financeira sancionatória* da «execução de atos ou contratos (...) que tenham produzido efeitos em violação do artigo 45.º».

24. Nessa conformidade, é de considerar a necessidade de apuramento de eventuais responsabilidades em tal matéria, para cujo efeito se impõe a remessa de cópia da presente decisão ao Departamento de Controlo Concomitante do DECOP, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 65.º, n.º 1, alínea *h*), 2.ª parte, e 45.º da LOPTC.

*

III – DECISÃO:

Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a*), *b*) e *c*), da LOPTC, decide-se recusar o visto ao contrato supra identificado.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas)⁴.

Mais se determina a remessa de cópia da presente decisão ao Departamento de Controlo Concomitante do DECOP, para efeitos de apuramento de factos relevantes sobre eventual responsabilidade financeira, atento o disposto nos artigos 65.º, n.º 1, alínea *h*), 2.ª parte, e 45.º da LOPTC.

Lisboa, 22 de maio de 2018

Os Juízes Conselheiros,

⁴ Alterado pelas Leis n.ºs 139/99, de 28/8, e 3-B/2000, de 4/4.



(Mário Mendes Serrano - Relator)

(Paulo Dá Mesquita)

(Alziro Antunes Cardoso)

Fui presente
A Procuradora-Geral Adjunta,
