



Data: 20/03/2020
Processo: 6/2020

RELATOR: Conselheiro José Manuel Ferreira de
Araújo Barros

SUMÁRIO

1. O contrato de aquisição de serviços em apreço foi celebrado na sequência de ajuste direto, procedimento adotado com fundamento no artigo 24.º, n.º 1, alínea *b*), do Código dos Contratos Públicos (CCP). Anteriormente, havia sido lançado um concurso público com publicidade internacional, tendo a única proposta apresentada sido excluída por razões formais (artigo 146.º, n.º 2, alínea *e*), do CCP) e materiais (artigo 70.º, n.º 2, do CCP).
2. A disposição legal invocada permite a escolha do ajuste direto, qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, quando em anterior concurso público todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento. Tratando-se, porém, de contratos de valor superior aos limiares europeus, só podem ser convidados a apresentar proposta os concorrentes cujas propostas no anterior concurso público tenham sido excluídas apenas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º do CCP (n.º 3 do mesmo artigo 24.º).
3. A proposta anteriormente apresentada pelo concorrente em ambiente concorrencial não respeitou as exigências formais e procedimentais. Assim sendo, não estavam reunidos os pressupostos para que a entidade adjudicante pudesse recorrer ao ajuste direto, com fundamento na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.
4. Atento o valor do contrato, a mesma entidade deveria, face ao disposto no artigo 20.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do CCP, conjugado com o artigo 1.º, n.º 1, alínea *c*), do Regulamento Delegado (UE) 2017/2365 da Comissão, de 18 de dezembro de 2017, ter escolhido o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação, com publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*.



5. A ilegalidade em causa consubstancia a prática de um ato com «preterição total do procedimento legalmente exigido», com a conseqüente cominação de nulidade, conforme ao previsto no artigo 161.º, n.º 2, alínea /), do Código do Procedimento Administrativo.
6. A invalidade do ato acarreta a nulidade do contrato subsequente, por força do n.º 2 do artigo 284.º do CCP.
7. A desconformidade do contrato com as leis em vigor, geradora de nulidade, constitui fundamento de recusa do visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS – AJUSTE DIRETO – CONCURSO PÚBLICO – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA
– NULIDADE – PRETERIÇÃO DE FORMALIDADE ESSENCIAL – PROCEDIMENTO
PRÉ-CONTRATUAL – RECUSA DE VISTO



I – Relatório

1. Foi presente para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas o contrato de *prestação de serviços de promoção do destino Açores no mercado externo emissor do Canadá*, celebrado em 16-12-2019 entre a Região Autónoma dos Açores, através da Secretaria Regional da Energia, Ambiente e Turismo – Direção Regional do Turismo, e a Ideastation - Soluções Informáticas, L.^{da}, no valor de 2 276 875,00 euros¹, e com o prazo de execução de 24 meses.
2. Em sede de devolução jurisdicional do processo, solicitou-se à entidade requerente que prestasse esclarecimentos sobre a legalidade do recurso ao ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea *b*), do Código dos Contratos Públicos² (doravante CCP), face ao disposto no n.º 3 do mesmo artigo e tendo em atenção que, no âmbito do concurso público que precedeu o ajuste direto, a proposta apresentada pelo concorrente não foi excluída apenas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

II – Fundamentação fáctica

3. Com relevo para a decisão, para além do descrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados por documentos constantes do processo:
 - 3.1. Pela Resolução do Conselho do Governo n.º 71/2019, de 3 de junho, foi autorizada a «abertura de concurso público, com publicidade internacional, com vista à celebração de um contrato de aquisição de serviços para promoção turística do destino Açores junto do mercado externo emissor do Canadá, com a duração estimada de vinte e quatro meses e o preço base estimado de €2.550.000,00 (dois milhões, quinhentos e cinquenta mil euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor», sendo delegadas na Secretária Regional da Energia, Ambiente e Turismo, entre outras, as competências para aprovar as peças do procedimento e proceder à adjudicação.
 - 3.2. No artigo 17.º do programa do concurso, exigiu-se, sob pena de exclusão, que todos os documentos carregados na plataforma fossem assinados eletronicamente mediante a utilização de certificados de assinatura eletrónica qualificada, devendo os concorrentes, nos casos em que o certificado digital não permitisse relacionar o assinante com a função

¹ Incluindo os prémios de execução, no montante total de 250 000,00 euros.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com sucessivas alterações legislativas, a última das quais introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (com início de vigência em 1 de janeiro de 2018).

e poder de assinatura, submeter à plataforma um documento eletrónico oficial indicando o poder de representação.

- 3.3. O anúncio do concurso foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, Série S, n.º 142, de 25-07-2019, no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 138, de 22-07-2019, e no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, 2.ª Série, n.º 139, de 22-07-2019.
- 3.4. Foi apresentada proposta pela concorrente Ideastation – Soluções Informáticas, L.^{da}, no valor de 2 276 875,00 euros³.
- 3.5. No relatório preliminar de análise das propostas, o júri do concurso propôs a exclusão da proposta apresentada, com os seguintes fundamentos:
- «por não estar devidamente assinada, nos termos do artigo 57.º, n.º 4 e artigo 146.º, n.º 2, alínea e) do Código dos Contratos Públicos»⁴;
 - «por apresentar um atributo que viola os parâmetros base fixados no caderno de encargos, nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea b) do Código dos Contratos Públicos»; e
 - «por não apresentar atributos, nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea a) do Código dos Contratos Públicos».
- 3.6. Em sede de audiência prévia, a concorrente não se pronunciou.
- 3.7. Em 30-09-2019, o júri do concurso deliberou excluir a única proposta apresentada, com os fundamentos vertidos no relatório preliminar.
- 3.8. Pela Resolução do Conselho do Governo n.º 119/2019, de 21 de outubro, foi autorizada «a contratação, mediante procedimento de ajuste direto, com vista à celebração de um contrato de aquisição de serviços para promoção turística do destino Açores junto do mercado externo do Canadá, com a duração estimada de vinte e quatro meses e o preço base estimado de € 2.550.000,00 (dois milhões, quinhentos e cinquenta mil euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor», e delegadas na Secretária Regional da Energia, Ambiente e Turismo, entre outras, as competências para aprovar as peças do procedimento e proceder à adjudicação. Para o efeito, considerou-se que:

³ Incluindo os prémios de execução, no montante total de 250 000,00 euros.

⁴ O júri do concurso concluiu que o concorrente não apresentou na sua proposta, nem submeteu na plataforma eletrónica, nenhum documento que permitisse relacionar o assinante com a pessoa coletiva Ideastation – Soluções Informáticas, L.^{da}.



- «o procedimento autorizado pela Resolução do Conselho do Governo n.º 71/2019, de 3 de junho, resultou em não adjudicação, em virtude do único concorrente que apresentou proposta ter sido excluído»;
- «nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos, pode adotar-se o procedimento de ajuste direto quando em anterior concurso público todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento».

- 3.9. Em 28-10-2019, a Secretária Regional da Energia, Ambiente e Turismo aprovou as peças do procedimento e autorizou a realização de convite à Ideastation – Soluções Informáticas, L.^{da}, invocando, para o efeito, o n.º 3 do artigo 24.º do CCP.
- 3.10. O caderno de encargos aprovado não sofreu alterações relativamente ao que anteriormente havia sido submetido à concorrência.
- 3.11. Em 05-11-2019, a Ideastation – Soluções Informáticas, L.^{da}, foi convidada a apresentar proposta.
- 3.12. Na mesma data, apresentou a sua proposta, no valor de 2 276 875,00 euros⁵.
- 3.13. Em 22-11-2019, a Secretária Regional da Energia, Ambiente e Turismo adjudicou o fornecimento e aprovou a minuta do contrato.
- 3.14. Em resposta ao esclarecimento solicitado, descrito no ponto 2. *supra*, a entidade requerente veio propugnar pela legalidade do recurso ao procedimento por ajuste direto, com fundamento no artigo 24.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, nos seguintes termos:

Como regra geral, o artigo 24.º, n.º 1, alínea *b*) consagra expressamente a possibilidade de celebração de qualquer contrato, por ajuste direto, quando “em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento”.

Ora, esta norma legal tem aplicação direta à presente situação, uma vez que estão preenchidos todos os requisitos.

Sistematicamente, só após essa verificação desta regra/princípio geral - n.º 1 do artigo 24.º do CCP, o intérprete terá de verificar se também está perante a previsão da regra especial do n.º 2 do mesmo artigo, designadamente se “todas as propostas tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º”.

Ora, no concurso público que antecedeu o ajuste direto, a única proposta foi efetivamente excluída com base no artigo 70.º, n.º 2 do CCP, mas também com base no artigo 146.º do Código dos Contratos Públicos.

⁵ Incluindo os prémios de execução, no montante total de 250 000,00 euros.

As regras especiais, consagradas nos n.ºs 2 e 3 do CCP, visam regular a situação particular de todas as propostas excluídas, por base no n.º 2 do artigo 70.º do CCP, ou seja, por violações materiais do caderno de encargos (atributos, termos ou condições, preço base, bloco de legalidade, concorrência).

Tais regimes especiais (n.º 2 e 3 face ao n.º 1 do artigo 24.º) visam garantir, para os contratos de valor superior aos liminares comunitários, que todos os concorrentes que apresentaram propostas que violaram materialmente o caderno de encargos ficam numa situação de igualdade, ou seja, todos são convidados e só aqueles são convidados (n.º 3 do artigo 24.º).

Note-se que nada impede, nos contratos abaixo dos liminares, que a entidade adjudicante convide, por ajuste direto, apenas um dos concorrentes cuja proposta foi excluída, ou até um operador económico, que nem apresentou proposta no concurso público anterior.

Mas, nos contratos de valor superior aos liminares comunitários, o legislador pretendeu assegurar que todos os concorrentes, com o mesmo vício, eram tratados de forma igual, não permitindo que a entidade adjudicante possa optar, livremente, por convidar apenas um concorrente ou até por convidar um outro operador económico, que nem sequer apresentou proposta.

Assim, só se pode interpretar, à luz das finalidades que as normas visam alcançar, que o n.º 2 do artigo 24.º do CCP impõe que a exclusão da(s) proposta(s) seja com fundamento apenas no n.º 2 do artigo 70.º (em coerência com o n.º 3).

Ora, como no contrato em análise, a proposta do adjudicatário não foi apenas excluída com base no artigo 70.º, n.º 2 do CCP, mas também com base no artigo 146.º, não é aplicável a estatuição do n.º 2 do artigo 24.º do CCP. Consequentemente, também não é aplicável o n.º 3, que faz depender a sua estatuição, “no caso previsto no número anterior”.

Uma interpretação em sentido diverso levaria, com o devido respeito, a resultados incongruentes e desprovidos de sentido ou lógica tangível. Senão vejamos:

Imagine-se o caso de três propostas apresentadas, em que duas são excluídas unicamente por violação do artigo 70.º, n.º 2 do CCP e uma outra proposta é excluída por não ter apresentado um documento obrigatório, nos termos do artigo 146.º, n.º 2, alínea d) do CCP.

Nesta situação, não há lugar à aplicação do n.º 2 do artigo 24.º porque nem todas as propostas foram excluídas com base no artigo 70.º, n.º 2; logo a entidade adjudicante poderia efetuar um ajuste direto, sem qualquer limite de valor, com qualquer um dos três concorrentes ou até com um operador económico que não apresentou proposta.

Ora, no caso de três propostas apresentadas, em que duas são excluídas unicamente por violação do artigo 70.º, n.º 2 do CCP e uma outra proposta também é excluída, por violação do artigo 70.º, n.º 2, mas também por não ter apresentado um documento obrigatório, nos termos do artigo 146.º, n.º 2, alínea d) do CCP.

Nesta situação, se se interpretar que o artigo 24.º, n.º 2 não exige que a exclusão de todas as propostas seja com base apenas na violação do artigo 70.º, n.º 2, então a entidade adjudicante poderia efetuar um ajuste direto, até aos liminares comunitários, com qualquer um dos três concorrentes ou até com um operador económico que não apresentou proposta; mas incoerentemente, já não podia efetuar um ajuste direto, de contrato acima liminares comunitários, em absoluto, seja com qualquer um dos concorrentes, seja com qualquer outro operador económico.

Não se entende qual a racionalidade na diferenciação dos tratamentos e na possibilidade, ou não de adoção de ajuste direto, em especial como constata-se que se, simplesmente o concurso tivesse ficado deserto (ou seja, sem nenhuma proposta apresentada), nessa situação a entidade adjudicante era livre de celebrar um ajuste direto, com qualquer valor, com qualquer entidade, nos termos do artigo 24.º, n.º 1 do CCP, numa diferenciação de soluções absolutamente ilógica.

Voltando ao caso concreto, sendo certo que apenas a proposta do adjudicatário foi apresentada no concurso público, com publicidade internacional, que antecedeu ao ajuste

direto, não ocorreu nenhuma violação do princípio da concorrência, nem do princípio da igualdade do tratamento.

Por outro lado, a adjudicação do contrato radica, não só no procedimento pré-contratual de ajuste direto, como também no concurso público com publicidade internacional que o antecedeu, pelo que nunca estaria em causa a preterição total do procedimento legalmente exigido, nos termos e para os efeitos do artigo 161.º, n.º 2, alínea l) do Código do Procedimento Administrativo.

Ademais, também não se demonstra (pelo contrário, face a única proposta apresentada no concurso público) que o resultado financeiro pudesse ser diferente, caso a entidade adjudicante lança-se um novo procedimento de concurso público, com publicidade internacional, face ao curto intervalo de tempo ocorrido. Esta conclusão é reforçada pelo facto da causa de exclusão da proposta, que não ao abrigo do artigo 70.º, n.º 2 do CCP, era facilmente suprimida, no procedimento anterior, pelo convite à apresentação da certidão do registo comercial (ao abrigo do artigo 72.º do CCP); ou seja, em termos práticos a proposta poderia ter sido excluída, apenas com base no artigo 70.º, n.º 2 do CCP.

*

III – Fundamentação jurídica

4. A factualidade relevante do caso pode, resumidamente, expor-se como segue.

Foi celebrado um contrato de aquisição de serviços, na sequência de procedimento por ajuste direto escolhido com fundamento na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP. No âmbito deste procedimento, foi convidado a apresentar proposta o (único) concorrente que, no concurso público com publicidade internacional que precedeu o ajuste direto, viu a sua proposta ser excluída, com fundamento nos artigos 70.º, n.º 2, e 146.º, n.º 2, alínea *e*), do CCP.

5. A questão jurídica que se coloca é a de saber se, nas circunstâncias assinaladas, a entidade adjudicante poderia ter escolhido o procedimento por ajuste direto para a formação do contrato.

6. O aludido artigo 24.º do CCP tem a seguinte redação:

Artigo 24.º

Escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos

1 - Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando:

(...)

b) Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento;

(...)

2 - Quando todas as propostas tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º, a adoção do ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea b) do número anterior só permite a celebração de contratos de valor inferior ao:

- a) Referido na alínea b) do artigo 19.º, no caso de se tratar de um contrato de empreitada de obras públicas;
- b) Referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º, no caso de se tratar de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de um contrato de aquisição de serviços;

3 - No caso previsto no número anterior, a adoção do ajuste direto só permite a celebração de contratos de valor igual ou superior aos referidos nas alíneas do mesmo número, desde que o anúncio do procedimento anterior tenha sido publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* e sejam convidados a apresentar proposta todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas apenas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º.

7. Atento o teor da *b)* do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, não se suscitam dúvidas de que está verificada, no caso, a situação aí descrita: «em anterior concurso público (...) todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento». Porém, como explicita Pedro Costa Gonçalves⁶:

Ao contrário do que se pode deduzir da sua leitura isolada, o artigo 24.º, n.º 1, alínea *b)*, não define os termos finais da possibilidade de adoção do procedimento de ajuste direto que nele se prevê. Na verdade, o facto de todas as propostas terem sido excluídas (e o caderno de encargos não alterado) não autoriza, por si só, a adoção do ajuste direto. Embora não o explicita, e isso só se percebe em função do disposto noutras normas, o artigo 24.º, n.º 1, alínea *b)*, estabelece uma “norma incompleta”: o aplicador só fica em condição de definir o alcance do que nela se estatui após a consideração do disposto em outras normas. Essas outras normas correspondem aos n.ºs 2 e 3 do artigo 24.º.

8. O mesmo autor clarifica que:

Em função destas [n.ºs 2 e 3 do artigo 24.º], devemos distinguir dois regimes de adoção de procedimentos de acesso restrito (ajuste direto ou consulta prévia) no caso de [se] verificar a hipótese prevista na alínea *b)* do n.º 1 (exclusão de todas as propostas): em função de o valor do contrato a adjudicar *(i)* se situar abaixo ou *(ii)* ser igual ou superior aos limiares europeus.

i) Contratos de valor inferior aos limiares europeus

Neste caso – contemplado no n.º 2 do artigo 24.º –, pode adotar-se o ajuste direto, mas apenas “quando todas as propostas tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º”, ou seja, tenham sido excluídas por “razões materiais”, isto é, por se ter considerado que se tratava de “propostas com irregularidades de fundo” (na medida em que envolviam, no seu conteúdo, a violação de limites ou regras substantivas constantes das peças do procedimento, sobretudo do caderno de encargos).

(...)

Por outro lado, uma vez que o CCP apenas autoriza a adoção do procedimento quando *todas as propostas* tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º, parece dever-se concluir que a adoção do ajuste direto (consulta prévia) se encontra vedada noutros cenários, por exemplo, em casos em que todas as propostas foram excluídas, mas apenas algumas delas com esse fundamento e as outras com outros fundamentos (irregularidades formais), bem como os casos em que todas as propostas tenham sido excluídas por irregularidades formais.

⁶ *Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª Edição, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 459 a 462.

(...)

ii) Contratos de valor igual ou superior aos limiares europeus

No mesmo quadro factual (exclusão de todas as propostas apresentadas em anterior concurso ou diálogo concorrencial e não alteração substancial do caderno de encargos), exige-se agora, no caso de contratos de valor igual ou superior aos limiares europeus, em primeiro lugar, que o anúncio do procedimento anterior tenha sido publicado no *JOUE* e, em segundo lugar, que sejam convidados a apresentar proposta todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º.

Agora, o órgão adjudicante está dispensado de “voltar ao mercado”, com um anúncio, para procurar celebrar o contrato que pretende, mas apenas pode pedir nova proposta aos concorrentes que participaram num procedimento anterior. Trata-se, pois, de um procedimento de consulta prévia em que as entidades a convidar se encontram definidas.

(...)

Como vimos, a lei autoriza a adoção de um procedimento de consulta prévia com um universo definido de participantes, que, em termos teóricos, pode ser apenas um (será este um caso de ajuste direto), dois, ou mais: em concreto, o número de participantes no procedimento é determinado pelo número de exclusões de propostas com fundamento no artigo 70.º, n.º 2. Os concorrentes a convidar têm de ter apresentado propostas em conformidade com as exigências formais e procedimentais.

O CCP refere-se, neste caso, a um convite à apresentação de propostas; mas, em rigor, trata-se de um convite à apresentação de “propostas corrigidas”. Todos os concorrentes convidados apresentaram propostas e todas estas foram consideradas irregulares, por desrespeitarem parâmetros vinculativos do caderno de encargos ou exigências legais; agora, se a entidade adjudicante se socorrer desta faculdade, os concorrentes vão poder corrigir os defeitos substantivos de que padeciam as suas propostas⁴⁶¹.

A adoção do procedimento de consulta prévia neste caso, ao contrário do que vimos suceder na hipótese do n.º 2 do artigo 24.º, não depende de *todas as propostas* terem sido excluídas por razões materiais, nos termos do n.º 2 do artigo 70.º. Pode ter havido propostas excluídas por razões formais (*v.g.*, apresentação fora do prazo; falta de documentos). Sucede, porém, que os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas por fundamentos não previstos no n.º 2 do artigo 70.º não podem ser convidados. Pelo contrário, os que viram as suas propostas excluídas com fundamentos ali previstos têm o direito a ser convidados, na hipótese de a entidade adjudicante usar da faculdade que lhe concede o artigo 24.º, n.º 1, alínea *b*), em conjugação, com o n.º 3.

⁴⁶¹ Cf. Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, *cit.*, p.1089.

9. Sobre a mesma matéria, refere Pedro Fernández Sánchez⁷:

(...) a leitura conjugada dos n.ºs 3 e 4 do artigo 24.º do CCP permite identificar quais os limites fixados à liberdade da entidade adjudicante para seleccionar os operadores económicos que devem ser convidados a apresentar proposta.

Esses limites são diferentes consoante o prévio concurso ou diálogo concorrencial tenha sido dotado de publicidade meramente nacional ou também internacional:

a) Quando o anúncio do anterior concurso ou diálogo concorrencial tenha sido apenas publicado no *Diário da República*, a entidade adjudicante pode escolher livremente os operadores económicos a quem pretende convidar (n.º 2 do artigo 24.º);

b) Pelo contrário, quando o anúncio do anterior procedimento tenha também sido publicado no *JOUE*, a entidade adjudicante depara-se com os seguintes dois cenários possíveis (n.º 3 do artigo 24.º):

⁷ *Direito da Contratação Pública*, Volume I, AAFDL Editora, Lisboa, 2020, pp. 419 e 420.

i) Caso (pelo menos) alguma das propostas tenham sido excluídas apenas por *razões materiais* (causas de exclusão previstas no n.º 2 do artigo 70.º, não nas alíneas a) a n) do n.º 2 do artigo 146.º), a entidade adjudicante é obrigada a convidar todos os autores dessas propostas – mas apenas esses, isto é, não podem então ser convidados os autores de propostas excluídas por razões formais;

ii) Caso *todas* as propostas apresentadas tenham tido alguma causa de exclusão de natureza *formal* (isto é, pelo menos em parte, tenham sido excluídas por razões indicadas nas alíneas a) a n) do n.º 2 do artigo 146.º, e não no n.º 2 do artigo 70.º), então a entidade adjudicante está simplesmente proibida de recorrer ao ajuste directo ou à consulta prévia, precisando de dar início a um novo procedimento com anúncio.

10. Como resulta da matéria de facto:

- O anúncio do concurso público que precedeu a escolha do ajuste direto foi publicado no *JOUE*⁸;
- No âmbito daquele concurso público, foi apresentada uma única proposta;
- A proposta apresentada foi excluída *por razões materiais* (artigo 70.º, n.º 2, do CCP) e *por razões formais* (artigo 146.º, n.º 2, alínea *e*), do CCP).

11. Da leitura conjugada das referidas disposições legais (artigo 24.º, n.ºs 1, alínea *b*), 2 e 3, do CCP), resulta claro que, tendo a proposta sido excluída (também) por razões formais, a entidade adjudicante estava impedida de recorrer ao ajuste direto com convite àquele (ou qualquer outro) operador, precisando, no dizer de Pedro Fernández Sánchez, «de dar início a um novo procedimento com anúncio».

12. No exercício do contraditório, a entidade requerente confirmou que «[n]o concurso público que antecedeu o ajuste direto, a única proposta foi efetivamente excluída com base no artigo 70.º, n.º 2 do CCP, mas também com base no artigo 146.º do CCP», sustentando que, não tendo a proposta sido excluída apenas por razões materiais, não estavam reunidos os pressupostos fixados no n.º 2 do artigo 24.º do CCP nem, conseqüentemente, os fixados no n.º 3 do mesmo artigo, valendo, então, o artigo 24.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP, por si só. O mesmo é dizer que, na sua perspetiva, não tendo o caderno de encargos sofrido alterações, o único requisito exigido seria o de que em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tivessem sido excluídas (independentemente da causa).

⁸ Em 2019, o limiar europeu para a aquisição dos serviços em causa (promoção turística do destino Açores junto do mercado externo do Canadá) fixava-se em 221 000,00 euros (*cf.* artigo 1.º, n.º 1, alínea *c*), do Regulamento Delegado (UE) 2017/2365 da Comissão, de 18 de dezembro de 2017). A partir de 1 de janeiro de 2020, o limiar foi reduzido para 214 000,00 euros (*cf.* artigo 1.º, n.º 1, alínea *c*), do Regulamento Delegado (UE) 2019/1828 da Comissão, de 30 de outubro de 2019).

13. Como defende a doutrina, «o facto de todas as propostas terem sido excluídas (e o caderno de encargos não alterado) não autoriza, por si só, a adoção do ajuste direto». Terá necessariamente de ser feita uma leitura conjugada da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP com os n.ºs 2 ou 3 do mesmo artigo (consoante o valor do contrato ultrapasse ou não os limiares europeus).
14. Em função desta leitura conjugada, não pode deixar de se concluir que não seria *in casu* possível o ajuste direto dado que, no âmbito do concurso público que antecedeu o ajuste direto, a concorrente Ideastation – Soluções Informáticas, L.da, não apresentou a sua proposta em conformidade com as exigências formais e procedimentais.
15. A este propósito, merece destaque o alegado em contraditório, no sentido de que a «causa de exclusão da proposta, que não ao abrigo do artigo 70.º, n.º 2 do CCP, era facilmente suprimida, no procedimento anterior, pelo convite à apresentação da certidão do registo comercial (ao abrigo do artigo 72.º do CCP)», resultando em «termos práticos [que] a proposta poderia ter sido excluída, apenas com base no artigo 70.º, n.º 2 do CCP».
- Com efeito, em face do estatuído no n.º 3 do artigo 72.º do CCP, a irregularidade em causa – não estarem demonstrados os poderes de quem assinou a proposta – era suscetível de ser suprida e o júri do concurso deveria ter solicitado ao concorrente esse suprimento. Não foi, porém, isso que aconteceu⁹, tendo-se o concorrente conformado com a exclusão da sua proposta.
16. Neste contexto, não estando reunidos os pressupostos de que dependia o recurso ao ajuste direto, a entidade adjudicante deveria, atento o valor do contrato, ter escolhido o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação, com publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do CCP, conjugado com o artigo 1.º, n.º 1, alínea *c*), do Regulamento Delegado (UE) 2017/2365 da Comissão, de 18 de dezembro de 2017.
17. A ilegalidade em causa consubstancia a prática de um ato com «preterição total do procedimento legalmente exigido», com a conseqüente cominação de nulidade, conforme ao previsto no artigo 161.º, n.º 2, alínea *l*), do Código do Procedimento Administrativo.

⁹ No contexto apresentado, compreende-se a inércia do júri, uma vez que a proposta não poderia “ser salva”, ainda que suprida a irregularidade enunciada.



18. A invalidade do ato acarreta a nulidade do contrato subsequente, por força do n.º 2 do artigo 284.º do CCP.
19. A desconformidade do contrato com as leis em vigor, geradora de nulidade, constitui fundamento de recusa do visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas¹⁰ (LOPTC).

III – Decisão

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, recusar o visto ao contrato em referência, nos termos da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 139/99, de 28 de agosto, e 3-B/2000, de 4 de abril).

Após as notificações, divulgue-se na Internet.

¹⁰ 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 (que a republicou), 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro, 2/2012, de 6 de janeiro, 20/2015, de 9 de março (que a republicou), e 42/2016, de 28 de dezembro.

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 20 de março de 2020.

O Juiz Conselheiro



(Araújo Barros)

Os Assessores



(Fernando Flor de Lima)



(João José Cordeiro de Medeiros)