

## SUMÁRIO

1. O procedimento administrativo que precede o exercício de ação de efetivação de responsabilidade financeira pelo Ministério Público (MP) pode ser uma auditoria levada a cabo por entidade qualificada como órgão de controlo interno (OCI) ou uma auditoria da 1.<sup>a</sup> ou da 2.<sup>a</sup> Secções do Tribunal de Contas (TdC).
2. As entidades reguladoras estão abrangidas pelo «regime de jurisdição e controlo financeiro do TdC» o que compreende a sujeição a auditorias financeiras realizadas por OCI suscetíveis de operar como procedimento administrativo prévio de ação de efetivação de responsabilidade financeira.
3. A decisão sobre o concreto OCI que devia ter conduzido a auditoria integra a «reserva de administração», pelo que, a decisão consensual de dois OCI no sentido de que o encargo para uma concreta auditoria competia a um desses organismos não pode ser reapreciada pelo Tribunal para efeitos de julgamento de exceção dilatória no contexto de processo de efetivação de responsabilidade financeira.
4. Na medida em que a recusa do membro do Governo não foi suscitada pelos demandados durante o procedimento administrativo, a falta desse impulso sem que se verifique o conhecimento superveniente de facto relevante para aquele efeito obsta a que no quadro julgamento de exceções dilatórias do processo de efetivação de responsabilidade financeira o Tribunal possa apreciar a eventual omissão do dever administrativo de conhecer a suspeição do membro do Governo.
5. O processo de efetivação de responsabilidade financeira apresenta natureza jurisdicional e integra-se num sistema em que o julgamento depende do exercício prévio de ação por entidade autónoma do órgão julgador e são reconhecidos aos demandados relativamente àquele requerimento inicial (que opera como *acusação*) os direitos de contestação por escrito e de participação na audiência de julgamento no âmbito da qual podem ser apresentadas provas e alegações sobre todas as questões de facto e de direito consideradas pertinentes pelos sujeitos

- processuais (audiência obrigatória quando o demandado não se conforma com o pedido do demandante e pretende um conflito dialético sobre os pressupostos de procedência da ação).
6. Sendo o objeto do processo delimitado por uma ação intentada pelo MP que enquanto instituição autónoma representada no TdC pelo Procurador-Geral da República em termos de demanda exerce uma competência legal própria deve concluir-se que na medida em que um Tribunal independente vai julgar aquela ação estão devidamente salvaguardados os direitos constitucionais ao contraditório e à tutela jurisdicional efetiva protegidos, respetivamente, pelos artigos 32.º, n.º 10, e 20.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição da República Portuguesa.
  7. A violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública apenas preenche os elementos objetivos da infração prevista na primeira parte da alínea I) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC quando: (a) É sancionável como nulidade; ou (b) apresenta *aptidão* ou perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.
  8. A referida aptidão de impacto financeiro envolve um juízo sobre *alteração potencial do resultado financeiro* sustentado na conexão entre o(s) desvalor(es) consubstanciado(s) na violação de normas e princípios legais sobre contratação com o resultado envolvido no procedimento, não sendo necessário para o preenchimento do ilícito um concreto dano resultante de relação causal entre o específico vício e um prejuízo financeiro ou a prova de um perigo concreto desse prejuízo.
  9. Os três Demandados devem ser absolvidos quanto a todos os ilícitos que lhes foram imputados pelo MP (dezanove infrações a cada um dos dois primeiros e quinze infrações ao terceiro), julgando-se, em consequência, os pedidos formulados pelo MP totalmente improcedentes.

## I. RELATÓRIO

- 1 O Ministério Público (MP) requereu perante a 3.<sup>a</sup> Secção do Tribunal de Contas (TdC) «o julgamento, mediante processo de responsabilidades financeiras» de (1.<sup>o</sup> Demandado ou D1); (2.<sup>a</sup> Demandada ou D2) e (3.<sup>o</sup> Demandado ou D3).
- 2 O exercício da ação pelo MP foi precedido:
  - 2.1 Da auditoria n.º NUI/AU/AF 000003/20.9AF da Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAMAOT), a qual teve origem no envio, em 30-1-2019, pela Inspeção-Geral de Finanças (IGF) de participação da Empresa Geral de Fomento apresentada na IGF e em várias outras entidades públicas visando «a atuação da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR)».
  - 2.2 Na IGAMAOT foi elaborada a informação n.º I/01510/AF/19 na qual se propôs «a realização de uma ação de controlo à ERSAR com incidência nos mecanismos de contratação pública desencadeados e executados por esta entidade no biénio 2017-2018», sobre a qual recaiu parecer concordante do Sr. Inspetor-Geral da IGAMAOT, determinando que essa proposta de auditoria e a sua integração no Plano de Atividades (PA) da IGAMAOT para 2020 fosse colocada à consideração do Ministro do Ambiente e da Transição Energética do XXI Governo Constitucional, o qual determinou a realização da auditoria em maio de 2019 tendo essa ação sido integrada no Plano de Ações IGAMAOT para 2020 (visando «avaliar, por um lado, a conformidade e legalidade dos procedimentos de contratação pública desencadeados e executados pela ERSAR no biénio 2017/2018, extravasando o período de referência sempre que tal se mostrou necessário, e, por outro, a adequação do sistema de controlo interno implementado para verificação dos referidos procedimentos»).

- 2.3 Na auditoria, a IGAMAOT notificou os ora Demandados para, querendo, exercerem o seu direito de contraditório relativamente a um primeiro relatório de apreciação das suas hipotéticas responsabilidades.
  - 2.4 A auditoria n.º NUI/AU/AF 000003/20.9AF da IGAMAOT culminou em relatório final (n.º 1/044575/AF/20) objeto de decisão do Ministro do Ambiente e da Ação Climática do XXII Governo Constitucional, em 9-11-2020, com vista a remessa à 2.ª Secção do TdC.
  - 2.5 Na 2.ª Secção do TdC, a auditoria do IGAMAOT gerou processo de relatório oriundo de órgão de controlo interno (ROCI) com o n.º 13/2020 tendo sido determinado pelo órgão competente da 2.ª Secção do TdC o respetivo envio ao MP.
- 3 No requerimento inicial (RI), o MP pediu a condenação:
- 3.1 Do 1.º e 2.ª Demandados «como autores de sete infrações financeiras sancionatórias, p. p. pelo artigo 65.º, n.º 1, alíneas b) e l) e n.ºs 2 e 5 da LOPTC, na multa individual e por cada infração de 25 UC (102 € x 25 = 2.550,00 €) e em cúmulo material, 175 UC, a que corresponde o montante de 17.850,00 €»;
  - 3.2 Do 3.º Demandado «como autor de cinco infrações financeiras sancionatórias, previstas nas mesmas disposições legais, na multa individual e por cada infração de 25 UC e em cúmulo material, 125 UC, a que corresponde o montante de 12.750,00 €».
  - 3.3 Tendo indicado como prova o «Processo n.º NUI/AU/AF 000003/20.9AF, do qual constam todos os documentos com relevância para a presente ação, designadamente o Relatório de Auditoria n.º 1/044575/AF/20 e que de outra forma não o poderiam fazer por falta de capacidade técnica elou económico financeira para responder às necessidades de contratação no seu todo».
- 4 O processo jurisdicional compreendeu as seguintes etapas fundamentais:
- 4.1 O 1.º Demandado e a 2.ª Demandada apresentaram contestação comum em alegação articulada com as seguintes conclusões sobre o que entendem dever ser decidido:

«Declarada a nulidade da auditoria da IGAMAOT por violação do disposto no artigo 161.º, n.º 2, alínea b), do CPA e, atendendo que os atos nulos não produzem quaisquer efeitos, deve – em consequência – ser também declarada a nulidade do processo por violação do disposto no artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC e dos direitos fundamentais de defesa dos Demandados, com a inerente respetiva extinção, ou, alternativamente, o requerimento do Exmo. Magistrado do Ministério Público ser julgado totalmente improcedente, por não provado.

Caso assim não se entenda, requer-se, nos termos do disposto no n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC, que a responsabilidade pelas infrações financeiras que sejam julgadas provadas seja relevada porquanto, em face do que se deixou exposto:

- a) As mesmas só poderão ser imputadas aos Demandados a título de negligência;
- b) Não houve antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção das irregularidades dos procedimentos adotados; e
- c) Foi a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno censuraram os Demandados pela sua prática.

Subsidiariamente, caso assim não seja decidido, requer-se a dispensa nos termos estabelecidos no n.º 8 do artigo 65.º da LOPTC, ou, se assim não suceder, a atenuação especial da multa ao abrigo do regime estabelecido no n.º 7 do artigo 65.º da LOPTC.»

- 4.2 O 3.º Demandado apresentou contestação autónoma que culmina nas seguintes pretensões sobre o que entende dever ser decidido:

«Declarada a nulidade da auditoria da IGAMAOT por violação do disposto no artigo 161.º, n.º 2, alínea b), do CPA e, atendendo que os atos nulos não produzem quaisquer efeitos, deve – em consequência – ser também declarada a nulidade do processo por violação do disposto no artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC e dos direitos fundamentais de defesa do Demandado, com a inerente respetiva extinção, ou, alternativamente, o requerimento do Exmo. Magistrado do Ministério Público ser julgado totalmente improcedente, por não provado.

Caso assim não se entenda, requer-se, nos termos do disposto no n.º 9 do artigo 65.º da LOPTC, que a responsabilidade pelas infrações financeiras que sejam julgadas provadas seja relevada porquanto, em face do que se deixou exposto:

- a) As mesmas só poderão ser imputadas ao Demandado a título de negligência;
- b) Não houve antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção das irregularidades dos procedimentos adotados;
- c) Foi a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno censuraram o Demandado pela sua prática.

Subsidiariamente, caso assim não seja decidido, requer-se a dispensa nos termos estabelecidos no n.º 8 do artigo 65.º da LOPTC, ou, se assim não suceder, a atenuação especial da multa ao abrigo do regime estabelecido no n.º 7 do artigo 65.º da LOPTC.»

- 4.3 A primeira das contestações mencionadas foi acompanhada de dois documentos e a segunda de um único (idêntico ao documento n.º 2 da outra contestação).
- 4.4 O MP foi notificado das contestações não tendo reagido.
- 4.5 O 3.º Demandado apresentou requerimento em que prescindiu da única testemunha indicada e pediu a admissão de mais um documento aceite pelo tribunal.
- 4.6 Realizou-se audiência apenas com alegações orais das partes.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 FACTOS PROVADOS

- 5 Tendo por referência a factualidade com relevância para a causa (infra §§ 11 a 17), julgam-se provados os factos que se passam a indicar.

- 5.1 O mandato dos 3 Demandados como membros do Conselho de Administração (CA) da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) teve início no dia 20 de abril de 2015, sendo o 1.º Demandado Presidente e os outros Demandados vogais.
- 5.2 Os Demandados terminaram os respetivos mandatos como membros do CA da ERSAR em datas distintas:
- a) A 2.ª Demandada em 12 de novembro de 2020;
  - b) O 3.º Demandado em 31 de dezembro de 2020;
  - c) O 1.º Demandado em 22 de julho de 2021.
- 5.3 A IGAMAOT levou a cabo a auditoria n.º NUI/AU/AF 000003/20.9AF (cf. supra § 2) à ERSAR que incidiu sobre um conjunto de 38 procedimentos de aquisição levados a cabo pela ERSAR durante os anos de 2017 e 2018.
- 5.4 A lista subsequente compreende a indicação de 38 procedimentos auditados com menção de adjudicatário, montante (sem contabilização do IVA), tipo de procedimento e montante pago pela ERSAR (sem contabilização do IVA):
- 1 504995634 Outsystems - Software em Rede, S.A. 85 490,24 € Ajuste direto 39 182,98 €;
  - 2 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 62 206,72 € Ajuste direto 62 206,72 €;
  - 3 508122996 FUNDEC - Associação para a Formação e o Desenvolvimento em Engenharia Civil e Arquitetura 57 500,00 € Ajuste direto 57 500,00 €;
  - 4 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 57 341,29 € Ajuste direto 57 341,29 €;
  - 5 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 56 968,83 € Ajuste direto 56 963,83 €;
  - 6 501618392 ADENE – Agência para a Energia 30 000,00 € Ajuste direto 30 000,00 €;
  - 7 503731765 APCER - Associação Portuguesa de Certificação 29 947,74 € Ajuste direto 29 947,74 €;
  - 8 215244710 *Interveniente A* 28 224,00 € Ajuste direto 14 112,00 €;
  - 9 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 24 206,74 € Ajuste direto 24 206,74 €;
  - 10 151063540 IATV - Instituto do Ambiente Tecnologia e Vida 19 900,00 € Ajuste direto 9 950,00 €;
  - 11 503342688 Ecovisão - Tecnologias do Meio Ambiente 19 800,00 € Ajuste direto 9 900,00 €;
  - 12 502726890 GFI Portugal - Tecnologias de Informação, S.A. 18 750,00 € Ajuste direto 1 250,00 €;
  - 13 504193279 PricewaterhouseCoopers/AG - Assessoria de Gestão, Lda 17 500,00 € Ajuste direto 17 500,00 €;
  - 14 500697370 Petróleos de Portugal - Petrogal, S.A. 16 884,35 € Ajuste direto 7 943,89 €;
  - 15 508687225 M. Rodrigues & Associados – Sociedade de Advogados, RL 15 750,00 € Ajuste direto 15 750,00 €;
  - 16 513465731 Raizecrowd Serviços de Informação e Tecnologia Unipessoal LDA 12 500,00 € Ajuste direto 12 500,00 €;
  - 17 504279696 About Media - Comunicação, Lda. 10 530,22 € Ajuste direto 10 530,22 €

- 18 508687225 M. Rodrigues & Associados – Sociedade de Advogados, RL 10 440,00 € Ajuste direto 10 440,00 €;
- 19 505853671 Scatti Design, Lda. 10 020,00 € Ajuste direto 10 020,00 €;
- 20 508296102 NBE - Nova Blue Eagle, Lda. 7 455,68 € Ajuste direto 7 455,68 €;
- 21 508296102 NBE - Nova Blue Eagle, Lda. 5 964,94 € Ajuste direto 5 964,94 €;
- 22 504723456 GALP Power, S.A. 58 671,25 € Ajuste direto com convite a várias entidades 25 561,74 €;
- 23 502829257 Capgemini Portugal - Serviços de Consultoria e Informática, S.A. 45 000,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 45 000,00 €;
- 24 512090637 Ambirumo - Projetos, Inovação e Gestão Ambiental, Lda. 32 500,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 32 500,00 €;
- 25 500188629 Willis - Corretores de Seguros, S.A. 29 769,69 € Ajuste direto com convite a várias entidades 29 451,92 €;
- 26 503816027 Eurosondagem - Estudos de Opinião, S.A. 27 400,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 27 400,00 €;
- 27 501559094 Universidade Nova de Lisboa 27 000,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 27 000,00 €;
- 28 512090637 Ambirumo - Projetos, Inovação e Gestão Ambiental, Lda. 25 000,01 € Ajuste direto com convite a várias entidades 25 000,01 €;
- 29 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers & Associados - SROC 17 500,00 € Ajuste direto com convite a várias entidades 17 500,00 €;
- 30 503882887 ROFF - Consultores Independentes S.A. 339 594,00 € Concurso público 173,88 €;
- 31 501559094 Universidade Nova de Lisboa 200 000,00 € Concurso público 105 882,35 €;
- 32 501559094 Universidade Nova de Lisboa 42 000,00 € Concurso público 20 160,00 €;
- 33 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 35 102,07 € Concurso público 35 102,07 €;
- 34 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 32 961,99 € Concurso público 32 961,99 €;
- 35 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 31 907,67 € Concurso público 31 907,67 €;
- 36 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 25 410,00 € Concurso público 25 410,00 €;
- 37 506628752 PwC - PricewaterhouseCoopers 18 388,96 € Concurso público 18 388,96 €;
- 38 508122996 FUNDEC - Associação para a Formação e o Desenvolvimento em Engenharia Civil e Arquitetura 34 500,00 € Consulta prévia 34 500,00 €;
- 39 504839748 SAMSIC PORTUGAL – Facility Services, S.A. 10 856,86 € Consulta prévia 10 856,86 €.
- 5.5 Nos procedimentos por ajuste direto levados a cabo pela ERSAR identificados no § 5.4 sob os números 2, 4, 5 e 9 (PwC - PricewaterhouseCoopers & Associados SROC, Lda.), 8 (*Interveniente A*) e 12 (GFI Portugal - Tecnologias de Informação, S.A.) falta a declaração emitida conforme modelo constante do Anexo II do Código dos Contratos Públicos (CCP).
- 5.6 No procedimento por ajuste direto levado a cabo pela ERSAR identificado no § 5.4 sob o número 7 (Associação Portuguesa de Certificação - APCER) falta certidão do registo criminal dos titulares de órgãos sociais, documento comprovativo da capacidade do

representante legal da APCER para assinatura de contrato e declaração a que se refere o artigo 81.º n.º 1, alínea a), do CCP.

- 5.7 Nos procedimentos por ajuste direto levados a cabo pela ERSAR identificados no § 5.4 sob os números 15 e 18 (M. Rodrigues & Associados - Sociedade de Advogados, RL), 20 e 21 (NBE - Nova Blue Eagle, Lda.) falta documento comprovativo da capacidade do representante legal do adjudicatário e ainda os documentos comprovativos de não estarem nas condições de impedimento constantes no n.º 1, alíneas b) e h) do artigo 55.º do CCP, bem como os certificados de registo criminal e do registo comercial da empresa.
- 5.8 No procedimento por ajuste direto levado a cabo pela ERSAR identificado no § 5.4 sob o número 27 (Universidade Nova de Lisboa) apenas foi apresentada a certidão de "não dívida" à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) e a declaração de "situação contributiva regularizada" ao Instituto de Segurança Social, I. P. (ISS), faltando os demais documentos.
- 5.9 No procedimento por ajuste direto levado a cabo pela ERSAR identificado no § 5.4 sob o número 10 (IATV - Instituto do Ambiente, Tecnologia e Vida), a declaração da "situação contributiva regularizada" da ISS e a certidão de "não dívida da AT" não se encontram temporalmente válidas e a declaração do anexo II do CCP não respeita ao procedimento em causa.
- 5.10 Relativamente aos procedimentos identificados nos §§ 5.5 a 5.9 as deliberações finais foram aprovadas por unanimidade pelos três Demandados enquanto membros do CA da ERSAR com exceção dos procedimentos 15 e 18 que foram apenas aprovadas por maioria formada pelos dois primeiros Demandados pois nesses dois casos o 3.º Demandado votou desfavoravelmente tendo defendido por declaração lavrada em ata que se devia optar por concurso público.
- 5.11 No procedimento por ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 15 (para aquisição de serviços jurídicos e de contencioso à M. Rodrigues & Associados - Sociedade de Advogados, RL):
- a) A aprovação ocorreu por deliberação de 2-10-2017.
  - b) O CA da ERSAR apreciou informação I-001340/2017 de jurista da ERSAR, que merecera a concordância da Diretora Administrativa e Financeira em que, nomeadamente, se refere que «tendo cessado o atual Contrato a sua vigência (contrato celebrado a 13 de dezembro de 2016, pelo período de 6 meses, no valor de € 15 750,00



(quinze mil, setecentos e cinquenta euros, sem IVA incluído), e tendo em consideração a necessidade de se assegurar a continuidade de prestação de serviços de apoio jurídico e de contencioso à ERSAR, importa desencadear o respetivo procedimento com vista à celebração de novo Contrato para prestação de serviços de apoio jurídico e de contencioso à ERSAR» sendo promovida a «autorização do procedimento, por ajuste direto, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com consulta à M. Rodrigues & Associados - Sociedade de Advogados, RL, [...], para aquisição de serviços de apoio jurídico e de contencioso à ERSAR»

c) Na fundamentação do ajuste direto foi invocado o disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do Código dos Contratos Públicos na sua versão originária que, nomeadamente, admitia a escolha do ajuste direto na celebração de contratos de aquisição de serviços de valor inferior a 75.000,00 €.

5.12 No procedimento por ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 18 (para aquisição de serviços jurídicos e de contencioso à M. Rodrigues & Associados - Sociedade de Advogados, RL)

a) A aprovação ocorreu por deliberação do CA de 14-6-2018.

b) Na Informação de jurista do Departamento Administrativo e Financeiro com a concordância do respetivo diretor invoca-se, designadamente, a necessidade de assegurar a continuidade do patrocínio judiciário nos processos judiciais pendentes em que o patrocínio tinha sido atribuído à sociedade de advogados M. Rodrigues & Associados (processos n.º 523/16.OBEBRG no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, Processo n.º 747/16.OBELSB no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, Processo n.º 650/17.6BEBRG no Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga, Processo n.º 1143/18.OBESNT no Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, Processo n.º 283/09.OBECTS no Tribunal Administrativo e Fiscal de Castelo Branco; Processo n.º 714/10.7BEAVR no Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro.); a confiança na qualidade dos serviços prestados e a circunstância de a referida sociedade de advogados ter sido a entidade que apoiou a ERSAR na elaboração dos regulamentos internos previstos na LCER e correspondentes estatutos.

c) A informação refere, tal como no caso do procedimento anterior com o mesmo adjudicatário, que os serviços a realizar compreendem, ainda, assessoria jurídica, elaboração de pareceres, procedimentos de contratação pública, apoio em processos

de impugnação graciosa e patrocínio judiciário em processos em que a ERSAR venha a ser parte.

d) Referindo-se na Informação do Departamento Administrativo e Financeiro como suporte legal para a adjudicação o disposto na subalínea *ii*) da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP na versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

e) Nos dois anos anteriores haviam sido celebrados outros contratos, com idêntico objeto, entre a ERSAR e o mesmo adjudicatário (M. Rodrigues & Associados - Sociedade de Advogados, RL), sempre por via de ajuste diretos, e o respetivo preço acumulado atingia 47.250,00 €.

5.13 Nas deliberações do CA da ERSAR de 2-10-2017 e 14-6-2018 relativas aos procedimentos identificados no § 5.4 sob os números 15 e 18 as propostas formuladas pelo serviço jurídico da ERSAR ao CA foram aprovadas por maioria (com os votos favoráveis de D1 e D2 e o voto de vencido de D3):

a) Tendo o 3.º Demandado declarado para efeitos da ata relativa à deliberação de 2-10-2017 que «votou contra por entender que esta oportunidade deveria ser aproveitada para abrir um concurso público tendo em vista aumentar a transparência e competitividade dos serviços jurídicos prestados à ERSAR», referindo ainda «que para os atuais processos judiciais em curso seria possível prolongar a colaboração do Dr. *Interveniente B* uma vez que o Código dos Contratos Públicos prevê essa possibilidade para processos judiciais».

b) Por seu turno, também na ata relativa à deliberação de 2-10-2017, a 2.ª Demandada deixou consignado que o seu voto «fundamenta-se no facto de ter sido confirmado pelo Departamento Administrativo e Financeiro que a prorrogação estava dentro dos limites legais aplicáveis e que o prestador de serviços estava a acompanhar diversos assuntos, identificados na presente informação, entre os quais se inclui o acompanhamento de processos judiciais de extrema importância para a ERSAR e não ser viável suspender os serviços jurídicos na pendência do concurso público e, ainda, na eventual inconveniência da transferência destes processos para outros prestador de serviços que, necessariamente, careceria de tempo para os conhecer e para neles poder intervir representando juridicamente a ERSAR».

c) No procedimento por ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 18, a proposta do Departamento Administrativo e Financeiro voltou a ser aprovada pela mesma

maioria, tendo os vogais D2 e D3 para efeitos da deliberação de 14-6-2018 remetido para as suas declarações formuladas em 2-10-2017.

- 5.14 Sobre o tema da contabilização de contratos celebrados antes da entrada em vigor Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto para efeitos do novo limite de 20.000 € estabelecido no n.º 2 do artigo 113.º do CCP como teto para ajustes diretos fundamentados no valor celebrados com o mesmo cocontratante, o Instituto dos Mercados Públicos Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC) publicitou na rede eletrónica o que intitulou como «esclarecimento», de 7 de março de 2018, sobre a Orientação Técnica 01/ CC/2018, em que depois de identificação do assunto [«escolha das entidades a convidar nos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia (artigo 113.º do CCP)»] se proclama: «a resposta à questão n.º 8 constante da Orientação Técnica 01/CCP/2018 corresponde ao novo paradigma da Contratação Pública que a última revisão do Código dos Contratos Públicos visa implementar. Todavia, durante este período transitório de 2018 e 2019, sempre que não for possível cumprir a orientação aí vertida, podem não ser contabilizados os contratos celebrados em 2017 e 2016. Reitera-se, no entanto, que todos os serviços, organismos e entidades devem envidar os melhores esforços para cumprir sempre e/ou assim que possível, a orientação em causa.»
- 5.15 No procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 (valores autorizados e pagos: 143.770,69 €), os três Demandados, enquanto membros do CA da ERSAR, autorizaram por deliberação unânime de 16-11-2017 a contratação de serviços ao aprovarem sem alterações a informação n.º I - 001792/2017 que foi apresentada ao CA pelo Departamento Administrativo e Financeiro da ERSAR com parecer escrito favorável da respetiva diretora emitido em 15-11-2017.
- 5.16 A deliberação do CA da ERSAR compreendeu a nomeação do júri, aprovação do programa de concurso (PC) e do Caderno de Encargos (CE), tendo na informação dos serviços jurídicos da ERSAR que veio a ser aprovada por unanimidade pelo CA a opção de abertura do procedimento sido fundamentada com base no «facto de estar em causa a prestação serviços com uma forte componente técnica que requer conhecimento especializado, e para a qual se exige uma ampla autonomia técnica e um elevado grau de responsabilização pelo resultado final dos serviços prestados» a desempenhar por «entidades credíveis e altamente qualificadas no âmbito do Sistema de Gestão da Qualidade, não sendo viável nem desejável que os mesmos sejam realizados diretamente e exclusivamente pelos serviços da ERSAR».

5.17 A cláusula 35.<sup>a</sup> do caderno de encargos, que tem como epígrafe «Requisitos técnicos: constituição de equipas multidisciplinares», estabelece:

«1. Para a execução do Contrato a celebrar no âmbito do presente procedimento, o adjudicatário deverá constituir, por lote, equipas multidisciplinares integradas por elementos com as seguintes funções:

a) 1 (um) Coordenador do projeto, pertencente aos quadros da empresa, que deve ter, no mínimo, experiência de 3 (três) anos na gestão e coordenação de projetos de auditorias nas áreas das águas e resíduos, no âmbito da execução de Contratos que perfaçam um valor igual ou superior ao preço base do presente procedimento;

b) 1 (um) Coordenador das auditorias técnicas que deve ter, no mínimo, experiência de 2 (dois) anos de realização de auditorias nas áreas das águas e resíduos no âmbito da avaliação da qualidade do serviço da ERSAR;

c) 1 (um) Coordenador das auditorias financeiras que deve ter, no mínimo, experiência de 2 (dois) anos de realização de auditorias financeiras;

d) Equipa de auditores na área do ambiente que, independentemente do tipo de relação contratual estabelecida com o candidato, devem ter experiência comprovada na realização de auditorias no âmbito da análise e validação de dados ambientais, com o grau académico mínimo de Licenciado (pré-Bolonha) ou, se aplicável, o regime introduzido pelo acordo de Bolonha, o grau de Mestre, devendo, no mínimo, obedecer a pelo menos um dos seguintes requisitos de capacidade:

i. 5 (cinco) auditorias no âmbito da avaliação da qualidade do serviço da ERSAR realizadas nos últimos 3 (três) anos aos serviços de águas e resíduos;

ii. 10 (de2) auditorias na validação de dados ambientais dos serviços de águas e resíduos.

e) Equipa de auditores financeiros que, independentemente do tipo de relação contratual estabelecida com o candidato, devem ter experiência comprovada na realização de auditorias financeiras, com o grau académico mínimo de licenciado ou, se aplicável, o regime introduzido pelo acordo de Bolonha, o grau de Mestre, em Gestão, Gestão Financeira, ou Contabilidade, devendo no mínimo obedecer a pelo menos um dos seguintes requisitos de capacidade:

i. 10 (de2) auditorias financeiras realizadas nos últimos 3 (três) anos, nos domínios das auditorias a realizar;

ii. 5 (cinco) anos de experiência profissional em auditoria financeira nos sistemas contabilísticos SNC/IAS ou 5 (cinco) anos de experiência profissional em auditoria financeira nos sistemas contabilísticos POCAL;

f) As equipas de auditores técnicos e financeiros devem ser dimensionadas considerando que cada auditor deve realizar no mínimo 3 (três) auditorias e no máximo 10 (dez) auditorias.

2. A definição da equipa do adjudicatário deverá corresponder aos seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica:

a) Os candidatos devem evidenciar experiência de gestão de contratos de realização de auditorias num dos últimos 3 (três) anos e com um valor global igual ou superior ao preço base do presente procedimento;

- b) Os elementos das equipas auditoras propostos e a afetar a execução do Contrato devem ser fluentes em língua portuguesa ou fazer-se acompanhar, nessa execução e sem quaisquer encargos acrescidos para a ERSAR, de tradutor fluente em língua portuguesa;
- c) Os candidatos e as equipas auditoras devem possuir conhecimentos informáticos na ótica do utilizador para interagirem de forma eficaz com o Portal da ERSAR.
3. O adjudicatário devesa apresentar, no mínimo, 2 (dois) auditores suplentes na área do ambiente e 2 (dois) auditores suplentes na área financeira que reúnam os mesmos requisitos relevantes para efeitos do procedimento.
4. O adjudicatário apenas poderá substituir elementos da equipa principal ou suplente inicialmente propostos, por outros que reúnam os requisitos mínimos relevantes para efeitos do procedimento, mediante autorização escrita da ERSAR.
5. Após a assinatura do Contrato a celebrar no âmbito do presente procedimento, todos os auditores deverão frequentar a ação de formação do processo de «*validação de informação reportada a ERSAR pelas entidades gestoras*».
6. A comprovação das qualificações e habilitações dos elementos das equipas multidisciplinares a afetar a execução do Contrato a celebrar no âmbito do presente procedimento deve ter lugar no prazo de 5 (cinco) dias uteis a contar da notificação da decisão de adjudicação (conjuntamente com os documentos de habilitação referidos nos n.ºs 1 e 4 do artigo 81.º do CCP), através da disponibilização à ERSAR dos respetivos certificados simplificados de habilitações literárias e profissionais e de declaração individual de aceitação das funções devidaoneo15e assinada poo cada um dos 5cnicos, de acordo com os modelos incluídos nos Anexos I e I do presente Caderno de Encargos.
7. Se a ERSAR verificar que os meios técnicos (humanos e materiais) utilizados pelo adjudicatário são insuficientes ou inadequados a boa execução dos trabalhos, poderá impor o seu reforço, incluindo a aquisição de meios ou a sua modificação ou substituição, sem acréscimo do preço contratual.
8. A definição da equipa do adjudicatário deverá corresponder ao estipulado na alínea b) do n.º 5 e no n.º 6 da Cláusula Oitava do Programa do Concurso, sem prejuízo, mediante autorização escrita da ERSAR nesse sentido, da substituição dos elementos da equipa inicialmente propostos por outros que reúnam os requisitos mínimos relevantes para efeitos do presente procedimento.»
- 5.18 A "PWC" e a "APCER - Associação Portuguesa de Certificação" desenvolveram a mesma atividade objeto do procedimento em causa nos 3 anos anteriores ao mesmo.
- 5.19 No procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37, que se iniciou em 16-11-2017, o júri do procedimento foi dispensado da condução do mesmo ao abrigo do n.º 4 do artigo 67.º do CCP por deliberação unânime do CA que aprovou em 14-6-2018 a proposta nesse sentido constante da Informação n.º I - 000760/2018 do Departamento Administrativo e Financeiro.

- 5.20 Também no procedimento de ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 29, iniciado antes de 1-1-2018 e em que foi apresentada uma única proposta (PWC – PriceWaterhouseCoopers) ocorreu a dispensa do júri.
- 5.21 No procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob o número 30 (ROFF - Consultores Independentes, S. A.), os três Demandados, enquanto membros do CA da ERSAR, por deliberação datada de 27.04.2018, e conforme despacho exarado sobre a informação n.º I - 000340/2018, autorizaram a contratação de serviços de manutenção aplicacional evolutiva e não evolutiva do Portal da ERSAR.
- 5.22 Para além da aquisição desses serviços, através de tal despacho, os demandados aprovaram as peças procedimentais e autorizaram a assunção de compromissos plurianuais, bem como a submissão da aquisição de serviços para efeitos de obtenção da validação prévia e elegibilidade das despesas por parte da Agência para a Modernização Administrativa, I. P.
- 5.23 O tipo de procedimento escolhido foi o de concurso público ao abrigo da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP, não constando das peças escritas do procedimento a fundamentação da decisão de não contratação por lotes, ao invés do que sucedeu no iniciado com deliberação do CA da ERSAR, datada de 05.11.2018, através de despacho exarado sobre a informação I-001120/2018 em que já foi expressamente fundamentada a não contratação por lotes.
- 5.24 O procedimento em causa reportava-se à aquisição de serviços de manutenção aplicacional corretiva e evolutiva do Portal ERSAR, que abrange, sumariamente, o seguinte: «a) Desenvolvimento aplicacional evolutivo do Portal ERSAR, de acordo com o levantamento de necessidades e respetivos requisitos funcionais/técnicos devidamente identificados na Clausula Vigésima Sétima no Caderno de Encargos do procedimento; b) Manutenção aplicacional corretiva das funcionalidades já existentes no atual portal ERSAR».
- 5.25 Relativamente aos procedimentos por ajuste direto identificados no § 5.4 sob os números 11, 20 e 21 e ao procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37:
- a)* Nos procedimentos identificados no § 5.4 sob os números 20 e 21 não foi efetuada "consulta prévia à decisão de contratar" a outros organismos da Administração Pública, no quadro do mesmo Ministério.

- b) O procedimento de ajuste prévio n.º 20 reporta-se a um software protegido por direitos de propriedade intelectual pelo que não podia ser satisfeito através de recursos próprios ou de outros serviços ou entidades da Administração Pública.
- c) O procedimento de ajuste prévio n.º 21 corresponde a um procedimento cuja decisão de contratar foi adotada em 7 de dezembro de 2016.
- d) O procedimento identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 visou a aquisição de serviços de validação de informação reportada no âmbito da regulação da qualidade de serviço e regulação económica levada a cabo pela ERSAR.
- e) Nesse procedimento identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37, conforme resulta da decisão de contratar, a obrigação de consulta prévia estabelecida no n.º 2 do artigo 50.º da Lei de Orçamento de Estado para 2017 foi considerada cumprida pelos serviços da ERSAR e respetivo CA com fundamento na circunstância de o pedido ter sido formalizado «através do ofício n.º 002140/2017, de 09/03/2017, na sequência da deliberação do Conselho de Administração da ERSAR, datada de 2017.03.08, exarada sobre a Informação I-000359/2017), pela ERSAR, junto das entidades a consultar (a saber: SG [sg@sg.mamb.gov.pt](mailto:sg@sg.mamb.gov.pt)); IGAMAOT ([secdir@igamaot.gov.pt](mailto:secdir@igamaot.gov.pt); DGT ([dirgeral@dgterritoio.pt](mailto:dirgeral@dgterritoio.pt)) APA ([secretariadodg@apambiente.pt](mailto:secretariadodg@apambiente.pt)) ; IHRU ([cd@ihru.pt](mailto:cd@ihru.pt))».
- f) Tendo na referida Informação I-000359/2017, o Técnico subscritor proposto no ponto 6 a autorização nos seguintes termos: «Nesta senda, e tendo esta Entidade Reguladora, a presente data, em perspetiva a abertura, no ano de 2017, de procedimentos cujo objeto contratual é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 50.º da Lei n. 42/2016, de 28 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2017), submete-se a análise e decisão do Conselho de Administração a autorização de submissão do pedido com vista ao cumprimento, desde já, do disposto no n.º 2 do artigo 50º da Lei n. 42/2016, de 28 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2017)».
- g) Em anexo à I-000359/2017 seguiram os formulários referentes aos 5 Lotes para os serviços de auditoria a contratar, ou seja, um procedimento absolutamente idêntico ao do identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37, sendo naqueles formulários, claramente se indica o prazo de execução da prestação de serviços – 120 dias – sem a indicação da data de início e fim.

h) Na decisão de contratar do procedimento identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 refere-se de forma expressa:

«De acordo com o e-mail, datado de 2017.02.08, remetido à ERSAR pela Secretária-Geral do MAMB, na pessoa de Sua Ex.<sup>a</sup> a Secretária-Geral Adjunta, incumbe as entidades referidas no ponto anterior pronunciarem-se, no prazo de 10 (dez) dias de calendário, a contar da data de receção do pedido, sobre a possibilidade de satisfação da aquisição de serviços proposta. Decorrido aquele prazo sem que seja rececionada pronuncia ao pedido, considera-se demonstrada a impossibilidade de satisfação do mesmo por parte das entidades consultadas, nos termos do n.º 2 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, de 3 de março (Decreto-Lei que estabelece as disposições necessárias a execução do Orçamento de Estado para 2017); [...]

Na sequência do referido nos 2 (dois) pontos anteriores, nenhuma das entidades consultadas se pronunciou, no prazo de 10 (dez) dias de calendário, a contar da data de receção do pedido, pelo que considera-se demonstrada a impossibilidade de satisfação da aquisição de serviços proposta por parte das entidades consultadas, nos termos do n.º 2 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, de 3 de março.»

i) No procedimento identificado no § 5.4 sob o número 11, a decisão de contratar teve como suporte a prévia informação da decisão de abertura n.º I-001012/2018 em que se submeteu à consideração superior a contratação nos seguintes termos:

«a) A aprovação e autorização de submissão do pedido, junto das entidades a consultar, acompanhado do formulário devidamente preenchido, o qual segue em anexo, bem como de toda a comunicação necessária e que, eventualmente, venha a ser solicitada posteriormente à ERSAR, com vista ao cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 59.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2018); b) A autorização condicionada à verificação prévia do disposto na alínea anterior, do procedimento pré-contratual de ajuste direto, ao abrigo da alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos».

j) Pelo que, a decisão de contratar adotada no dia 9-8-2018 ficou sujeita à condição suspensiva de cumprimento integral do regime estabelecido no n.º 2 do artigo 59.º da Lei do Orçamento de Estrado para 2018 tendo a produção dos efeitos da decisão de contratar ficado suspensa até que decorressem 10 dias após a submissão da consulta prévia ao abrigo do n.º 2 do artigo 59.º da Lei do Orçamento de Estrado para 2018.



k) O procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21 destinava-se à aquisição dos serviços de manutenção do software *Conduktiv Technologies* consistindo na aquisição do direito de acesso a um serviço de manutenção baseado em serviço de *update* e *upgrade* de produto e em serviço de apoio a clientes, reportando-se à renovação do licenciamento do software em causa, dado que o contrato que se encontrava em vigor iria terminar no dia 31 de dezembro de 2016.

l) No aludido procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21 tendo todos os atos procedimentais até à aceitação da minuta do contrato pelo adjudicatário foram realizados no ano de 2016 (), mas a outorga do contrato veio a ocorrer no dia 20.01.2017.

m) A Portaria n.º 257/2017, de 16 de agosto, entrou em vigor em 17.01.2017 e por essa via o artigo 49.º, n.º 4, da Lei de Orçamento de Estado para 2017 (aprovado pela Lei n.º 42/2016) que foi regulamentado por aquela também iniciou vigência em 17.08.2017.

n) Depois da publicação da Portaria n.º 257/2017 todos os contratos celebrados pela ERSAR durante o ano de 2017 e abrangidos pela norma da Lei do Orçamento regulamentada por foram comunicados nos termos estabelecidos por esse regulamento com a única exceção do contrato celebrado na sequência do procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21.

o) Os Demandados no âmbito das suas competências determinaram o cumprimento pelos serviços da ERSAR do estabelecido nas regras da Lei de Orçamento de Estado para 2017, o que incluía a norma do artigo 49.º, n.º 4, desse diploma e a não comunicação do contrato celebrado na sequência do procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21 decorreu, apenas, de os serviços da ERSAR, o âmbito das suas competências executivas, não o terem processado como abrangido por aquela norma legal, sem que a questão tenha sido expressamente suscitada perante o CA da ERSAR.

5.26 Os Demandados nas deliberações em que aprovaram os procedimentos aderiram ao sentido das informações que lhes foram apresentadas e não identificaram eventuais vícios de legalidade nos procedimentos em causa, apesar de bem saberem que tinham a responsabilidade final pelo cumprimento da legalidade nesses atos.

5.27 Os Demandados agiram livre e conscientemente em todas as deliberações de aprovação de procedimentos acima indicados.

- 5.28 A falta de entrega dos documentos de habilitação referidos nos §§ 5.5 a 5.10 deveu-se, em grande parte, ao modelo de notificação para a entrega dos documentos de habilitação produzido pela ERSAR que solicitava apenas a entrega das certidões comprovativas da situação tributária e contributiva regularizadas.
- 5.29 O problema com a entrega dos documentos de habilitação foi identificado pela ERSAR antes da realização da auditoria da IGAMAOT tendo posteriormente aos procedimentos referidos nos §§ 5.5 a 5.10 e antes daquela auditoria sido determinadas ações de melhoria procedimental, o que compreendeu, nomeadamente, alteração do modelo do ofício de notificação para a entrega dos documentos de habilitação passando a ser solicitados aos adjudicatários todos os documentos de habilitação exigíveis pelo artigo 81.º do CCP.
- 5.30 A identificação de dificuldades em termos de procedimentos de contratação pública também determinou o reforço com mais duas (2) pessoas da equipa do Departamento Administrativo e Financeiro afeta à área de contratação.

## II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

- 6 Tendo por referência a factualidade articulada com relevância para a causa, para além das alegações factuais incompatíveis com matéria julgada provada na parte II.1 e de temas que não apresentavam relevância para o julgamento da causa, não se consideram provados os seguintes factos:
- 6.1 Nos procedimentos referidos nos §§ 5.5 a 5.10 os adjudicatários não satisfiam os requisitos suscetíveis de ser provados pelos documentos aí mencionados.
- 6.2 A «real motivação» do 1.º Demandado e da 2.ª Demandada na adoção e fundamentação dos procedimentos referidos nos §§ 5.11 a 5.14 fosse, ao invés dos motivos invocados nas informações do Departamento Administrativo e Financeiro, «assegurar a continuidade dos serviços da sociedade adjudicatária apesar da mudança ocorrida na lei».
- 6.3 Os três Demandados não atuaram com o cuidado e a diligência que as situações requeriam e de que eram capazes, nas funções por si desempenhadas, atentas as informações, os conhecimentos e as competências de que dispunham.

## II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 7 O julgamento sobre a matéria de facto suportou-se em factos admitidos por todos os sujeitos processuais e na valoração de provas pré-constituídas admitidas no processo jurisdicional (as que acompanharam o requerimento inicial do MP e as que foram juntas pelos Demandados, cf. §§ 4.3 e 4.5) tendo presente o quadro normativo conformador da repartição de funções entre sujeitos processuais (cf. §§ 11 a 17), as regras e princípios de Direito Probatório (nomeadamente o de aquisição processual, reconhecido no artigo 413.º do CPC, como instrumental do princípio da verdade material) impondo-se destacar que:
- 7.1 Não foi suscitado qualquer incidente de falsidade quanto às provas pré-constituídas admitidas no processo.
- 7.2 O julgamento sobre a matéria de facto compreendeu uma apreciação global da prova dos temas relevantes, em conjugação com uma análise atomizada de cada específico facto controvertido, atenta, ainda, a decomposição de pontos de facto específicos em conexão com os elementos de prova determinantes para o julgamento do tribunal sobre factos provados (§ 8) e não provados (§ 9).
- 8 Quanto à matéria de facto provada resulta de inferências a partir de prova documental incontroversa sendo os elementos probatórios congruentes entre si e as *regras da experiência* (designadamente sobre o funcionamento de entidades administrativas).
- 9 Relativamente à matéria de facto indicada no § 6, apreciada criticamente toda a prova constatou-se ausência de prova sobre as preposições que aí constam tendo, ainda, sido valorada prova em sentido contrário ao teor das referidas asserções, devendo destacar-se que:
- 9.1 Relativamente à imputação formulada pelo MP e constante do § 6.2 a mesma resultou de uma extrapolação do Demandante sem qualquer suporte em provas estando, aliás, relacionada com um equívoco jurídico da alegação do Demandante na parte em que pressupôs que a um dos procedimentos em causa se aplicava o CCP revisto em 2017 quando, afinal, a versão do CCP aplicável era a anterior (cf. infra §§ 103 a 114).
- 9.2 Quanto ao facto referido no § 6.3, além de ausência de qualquer prova no sentido de que os Demandados incumpriram deveres de cuidado que sobre eles recaíam de assegurar que os serviços da ERSAR instruísem os procedimentos contratuais de acordo com a legalidade ou que qualquer um dos membros do CA na análise das propostas dos serviços jurídicos tivesse atuado sem zelo ou cautela exigíveis, impõe-se realçar que:
- a) O Demandante omitiu quaisquer asserções factuais sobre etapas procedimentais em que ocorreram imputados vícios (a par de equívocos da alegação do RI sobre as

etapas procedimentais que apresentavam relação factual com supostas condutas irregulares ou ilegais);

b) A alegação do MP é também omissiva sobre a repartição de funções no âmbito do CA da ERSAR quanto a alguns dos atos e procedimentos em que teriam ocorrido supostas irregularidades;

c) Parte significativa das alegações do MP sobre supostas ilegalidades partem de pressupostos erróneos ao nível da interpretação e aplicação das leis relevantes existindo, ao invés, suporte jurídico para a defesa da conformidade com a lei dos procedimentos adotados pelos Demandados e censurado pelo Demandante (cf. infra §§ 91 a 163);

d) A articulação do princípio do contraditório com a teoria geral da infração impõe que em termos de ilícito subjetivo exista um patamar mínimo de alegação ao nível do elemento intelectual em articulação com os elementos objetivos do ilícito o que não foi satisfeito na fórmula adotada na segunda parte do ponto VI do RI de uma amálgama difusa de crítica genérica à conduta dos Demandados.

## **II.4 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

### **II.4.1 Sistematização da análise jurídica**

10 As principais questões jurídicas suscitadas no presente caso vão ser analisadas em três partes:

- 10.1 Objeto do processo, poderes de cognição do tribunal e julgamento no caso concreto;
- 10.2 Conhecimento da defesa por exceção deduzida pelos Demandados;
- 10.3 Julgamento das infrações financeiras sancionatórias imputadas pelo Demandante aos Demandados.

### **II.4.2 Objeto do processo, poderes de cognição do tribunal e julgamento jurídico no caso concreto**

11 O objeto do processo é delimitado por uma ação intentada pelo MP, no exercício de uma competência legal própria (artigo 89.º, n.º 1, al. a), da LOPTC), na sequência de procedimentos administrativos prévios (nos termos do complexo normativo constituído pelos artigos 12.º, n.º 2, al. b), 29.º, n.º 6, 57.º, n.º 2, e 58.º, n.º 3, da LOPTC).

12 O exercício da ação de efetivação de responsabilidade financeira pelo MP apresenta-se enquadrado pela autonomia da instituição e respetiva magistratura, bem como pela destrição

estrutural entre procedimento de recolha de indícios com vista a eventual exercício da ação e processo jurisdicional perante o tribunal.

- 13 Os factos que constituem o objeto da ação são introduzidos pelo MP em face de um juízo próprio sobre a respetiva indiciação e articulação quanto aos pressupostos e fundamentos da ação, sem prejuízo da independência do tribunal de julgamento na formulação da narrativa unitária em face dos temas de prova introduzidos pelas partes e também do poder jurisdicional relativamente a factos instrumentais.
- 14 No processo de efetivação de responsabilidades financeiras, o tribunal de julgamento não pode proferir despacho de aperfeiçoamento, tendo apenas em função dos momentos processuais as seguintes alternativas no plano decisório:
  - 14.1 Primeiro, de natureza dicotómica, entre indeferimento liminar (por ineptidão) e decisão de citação dos Demandados (artigo 91.º, n.º 1, da LOPTC);
  - 14.2 Depois, julgamento sobre a procedência da concreta ação exercida pelo MP (que pode compreender variantes em função dos pedidos formulados, entre a total procedência e a completa improcedência).
- 15 Julgamento de ações de responsabilidade financeira instauradas pelo MP em que o ónus de alegação recai exclusivamente sobre o autor e titular da ação, não sendo partilhado com o organismo que desenvolveu a auditoria, o tribunal de julgamento ou os Demandados — cf. artigo 91.º, n.º 1, al. b), da LOPTC conjugado com o disposto nos artigos 5.º, n.º 1, e 552.º, n.º 1, al. d), do CPC.
- 16 Enquadramento sistemático-teleológico que delimita o âmbito do julgamento aos temas de prova necessários para a concreta ação e não envolve decisões sobre matérias estranhas ao respetivo âmbito jurisdicional, quer se reportem à reparação judicial de matéria decidida em procedimentos administrativos, quer compreendam apreciações sobre a economia, eficiência e eficácia de atividades gestionárias em aspetos que não se apresentem nucleares para o julgamento dos pedidos formulados.
- 17 No processo de efetivação de responsabilidade financeiras vigora, ainda, o princípio do pedido enquanto elemento conformador do poder decisório do tribunal, na medida em que:
  - 17.1 O requerimento inicial deve compreender o pedido sobre os «montantes que o Demandado deve ser condenado a repor, bem como o montante concreto da multa a aplicar» (artigo 91.º, n.º 1, al. c), da LOPTC);

- 17.2 A revogação pela Lei n.º 20/2015, de 9 de março, da versão originária do n.º 1 do artigo 94.º da LOPTC (que estabelecia que «o juiz não está vinculado ao montante indicado no requerimento, podendo condenar em maior ou menor quantia»), no sentido da vinculação do tribunal ao *teto* do(s) pedido(s) do demandante.
- 18 Delimitado o objeto do processo pelo pedido e alegação da matéria factual essencial para a sustentação daquele, «o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito» (artigo 5.º, n.º 3, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC).
- 19 Independentemente das teses em confronto e respetiva argumentação, o tribunal em sede de interpretação e aplicação do Direito aprecia as questões essenciais à luz do que entende ser imposto pela metodologia, princípios e normas jurídicas relevantes.

#### **II.4.3 Conhecimento da defesa por exceção deduzida pelos Demandados**

##### **II.4.3.1 O pedido de declaração de nulidade do processo formulado pelos Demandados**

- 20 Os Demandados requereram que fosse declarada a nulidade da auditoria da IGAMAOT (artigos 9.º a 53.º da contestação de D1 e D2 e artigos 38.º a 81.º da contestação de D3) e, como consequência, «declarada a nulidade do processo por violação do disposto no artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC».
- 21 A posição dos Demandados foi sustentada nas seguintes ideias centrais:
- 21.1 A IGAMAOT «não poderia ter realizado – como fez – qualquer auditoria “sobre os processos de aquisição” da ERSAR, uma vez que esta não é uma entidade dependente do ministério com atribuições na área do ambiente» «pelo que a IGAMAOT não é nem pode ser considerado seu órgão de controlo interno»;
- 21.2 Se «a IGAMAOT dispusesse das competências que invocou para “fiscalizar” a ERSAR, estariam criadas as condições para que a independência da ERSAR como entidade reguladora fosse meramente aparente»;
- 21.3 A «determinação pelo Ministro do Ambiente e da Ação Climática de uma auditoria constitui, de forma evidente, uma forma inadmissível e manifestamente ilegítima de ingerência e coação do poder político sobre a ERSAR enquanto entidade administrativa independente»;

- 21.4 A «auditoria da IGAMAOT padece de vício de incompetência absoluta», circunstância geradora de nulidade prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea *b*), do Código do Procedimento Administrativo, concluindo que, por força do artigo 162.º, n.º 1, do CPA não se pode «“aproveitar”, para efeitos da efetivação da responsabilidade financeira requerida pelo Ministério Público, a instrução realizada pela IGAMAOT», «sob pena de violar o segmento do artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC».
- 21.5 Defende-se, ainda, que para poder ser instaurada ação pelo MP deveria o TdC «realizado a sua própria ação de controlo à ERSAR, no âmbito da qual deve assegurar o respeito pelo seguinte comando constante no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa».
- 21.6 Concluindo «pela inconstitucionalidade do presente processo de responsabilidade financeira sancionatória, uma vez que assenta numa auditoria em que não foi assegurado ao Demandado o exercício do seu direito de defesa perante a entidade legalmente competente nos termos do artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC».

#### **II.4.3.2 Eventual nulidade do processo jurisdicional**

- 22 Os Demandados requereram que em consequência da alegada nulidade da auditoria da IGAMAOT fosse «declarada a nulidade do processo por violação do disposto no artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC», preceito relativo ao procedimento que precede o exercício da demanda.
- 23 O exercício da ação de efetivação de responsabilidades financeiras pelo MP tem de ser obrigatoriamente precedido de procedimentos administrativos prévios nos termos do complexo normativo constituído pelos artigos 12.º, n.º 2, al. *b*), 29.º, n.º 6, 57.º, n.º 2, e 58.º, n.º 3, da LOPTC — como se destacou supra nos §§ 11 a 19.
- 24 Sem embargo, o processo jurisdicional regulado no plano processual pela LOPTC e CPC apenas se inicia com a ação instaurada pelo MP no exercício de uma competência própria dessa entidade relativa à a propositura dessa categoria de ação jurisdicional (atento o disposto nos artigos 89.º e seguintes da LOPTC).
- 25 A circunstância de os processos de efetivação de responsabilidades financeiras apenas se iniciarem com o exercício da ação pelo demandante corresponde a uma diferença estrutural relativamente aos processos penais em sentido formal os quais se iniciam com o procedimento subsequente à notícia do crime num contexto em que as fases jurisdicionais (de instrução e julgamento) são apenas eventuais desenvolvimentos de um processo aberto pelo MP no

exercício de competências procedimentais própria (essa entidade ao dirigir a fase de inquérito processual penal atua sob a veste de autoridade judiciária).

- 26 No ambiente processual penal, os atos de investigação na fase procedimental prévia dirigida pelo MP antes da decisão sobre o exercício da ação devem ser qualificados como atos processuais sendo, conseqüentemente, abrangidos pelo regime de invalidades processuais e os respetivos vícios podem atingir, por via de uma estrita relação causal, atos das fases jurisdicionais, atento o estatuído no artigo 123.º, n.º 1, do Código de Processo Penal (CPP) sobre invalidades derivadas («as nulidades tornam inválido o ato em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afetar»), na medida em que a «abertura» do processo formal precede o exercício da ação penal.
- 27 Relativamente ao processo jurisdicional de efetivação de responsabilidades financeiras existe uma separação estrutural entre os procedimentos administrativos anteriores à propositura da ação (quer sejam dirigidos por entidade responsável por auditoria quer pelo MP), o que implica uma autonomia entre as nulidades dos procedimentos administrativos e as do processo jurisdicional, embora algumas daquelas possam e devam ser conhecidas pelo tribunal no quadro dos seus poderes jurisdicionais — como se sublinha no Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL e n.º 39/2019-8.OUT-1.ªS/PL as causas de eventual nulidade de procedimento administrativo que se afigurem relevantes para o julgamento de questões jurídico-práticas abrangidas por concretas competências jurisdicionais próprias da 1.ª ou da 3.ª Secção do TdC devem ser conhecidas pelo concreto órgão jurisdicional do TdC.
- 28 O regime das nulidades do processo de efetivação de responsabilidades financeiras está, no essencial, regulado na Secção VII do Capítulo I do Título I do Livro II (artigos 186.º a 202.º) do CPC, supletivamente aplicável por força do artigo 80.º da LOPTC.
- 29 Em abstrato, o primeiro ato processual suscetível de ser tingido pelo vício da nulidade processual é o requerimento inicial do Demandante (artigos 89.º, n.º 1 e 90.º, n.º 1, da LOPTC), tendo por referência o artigo 186.º do CPC que estabelece ser «nulo todo o processo quando for» inepto aquele articulado (artigo 186.º, n.º 1, do CPC).
- 30 Ineptidão do requerimento inicial que pode ter uma de três causas: «a) Quando falte ou seja ininteligível a indicação do pedido ou da causa de pedir; b) Quando o pedido esteja em contradição com a causa de pedir; c) Quando se cumulem causas de pedir ou pedidos substancialmente incompatíveis» (artigo 186.º, n.º 2, do CPC).



- 31 No caso *sub judice* não se verifica a ineptidão do requerimento inicial do MP a qual, aliás, não foi invocada por nenhum dos Demandados tendo por referência as categorias previstas no artigo 186.º, n.º 2, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.
- 32 Nos processos jurisdicionais de efetivação de responsabilidades financeiras requeridos pelo MP, os momentos diretamente regulados pela LOPTC relativos à prolação de decisões pelo Tribunal sobre admissão da ação em primeira instância são apenas dois:
- 32.1 Primeiro, uma decisão de natureza dicotómica, entre duas alternativas, indeferimento liminar (por ineptidão) ou decisão de prosseguimento do processo, ao abrigo do artigo 91.º, n.º 1, da LOPTC;
- 32.2 Depois da audiência, o julgamento por sentença sobre a procedência da ação deduzida pelo MP, o qual pode compreender, entre os extremos da total procedência e da completa improcedência, matizes variadas em função dos pedidos formulados e exceções deduzidas no quadro do artigo 94.º da LOPTC.
- 33 Como princípio, as questões de fundo que não envolvem ineptidão do requerimento inicial do MP apenas devem ser julgadas no quadro da sentença, exceto quando ao abrigo do complexo normativo constituído pelos artigos 91.º, n.º 1, 92.º, n.ºs 2 e 4, 93.º, n.º 1, 94.º, n.º 1, e 96.º, n.º 3, da LOPTC se entende que no momento de prolação do despacho de marcação da audiência de julgamento é possível ao Tribunal, sem necessidade de julgamento relativo a matéria de facto controvertida, conhecer exceções suscetíveis de determinar a não realização do julgamento quanto a algum dos demandados ou quanto à totalidade de algum dos pedidos do demandante.
- 34 De tal decorre que não existe nenhum ato processual afetado pelo vício de nulidade suscetível de atingir o processo no seu todo, o que implica a improcedência da exceção dilatória suscitada pelos Demandados (embora estes sujeitos processuais não tenham enquadrado no plano processual o alegado vício de nulidade de todo o processo, o mesmo, caso se verificasse, apenas poderia ser qualificado como exceção dilatória prevista no artigo 577.º, alínea *b*), do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC).

#### **II.4.3.3 Conhecimento de eventual exceção dilatória inominada decorrente de alegada nulidade da auditoria que precedeu a propositura de ação pelo Ministério Público**

- 35 Como se referiu acima, tendo por ponto de partida a alegada nulidade da auditoria da IGAMAOT os Demandados requereram que fosse «declarada a nulidade do processo» suscitando objeções à legalidade dos procedimentos anteriores à ação (atento o artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC) o que

impõe a apreciação de eventual exceção dilatória de conhecimento oficioso em sede jurisdicional.

- 36 O julgamento em primeira instância incumbe a um tribunal independente em formação singular no quadro de ação jurisdicional que, em regra, terá de ser instaurada pelo MP<sup>1</sup>.
- 37 Como já se demonstrou, o vício de procedimento administrativo alegado pelos Demandados caso se tivesse verificado não seria suscetível de ser enquadrado como invalidade de um ato do processo de efetivação de responsabilidades financeiras (§§ 22 a 34).
- 38 O processo de efetivação de responsabilidades financeiras integra a reserva constitucional do TdC, atento o estabelecido no artigo 214.º, n.º 1, alínea c), da Constituição da República Portuguesa (CRP), sendo matéria da competência legal exclusiva da 3.ª Secção do TdC, órgão que no exercício das suas competências jurisdicionais é independente de todos os que levam a cabo procedimentos administrativos prévios a ação jurisdicional.
- 39 A norma do artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC quando se reporta a «relatórios das ações de controlo» do TdC ou «relatórios dos órgãos de controlo interno» tem natureza imperativa e constitui condição objetiva de procedibilidade da ação de efetivação de responsabilidades financeiras.
- 40 Condição de procedibilidade que deve ser enquadrada como exceção dilatória inominada, na medida em que a lei impõe que a ação jurisdicional seja obrigatoriamente precedida por relatório enquadrável numa das duas tipologias referidas no artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC, enquanto procedimento prévio de obtenção de prova indiciária sobre eventual infração financeira.
- 41 Em abstrato, a omissão de procedimentos administrativos prévios à ação instaurada pelo MP se for enquadrada como exceção dilatória é suscetível de obstar a conhecimento do mérito da ação determinando a absolvição de instância do(s) demandado(s) — artigo 576.º, n.º 2, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.
- 42 Pelo que, a ação instaurada pelo MP que não for precedida de um relatório de ação de controlo do TdC ou de um relatório de órgão de controlo interno (OCI) sobre a indiciação de infração financeira apresenta-se tingida pela falta de uma condição objetiva de procedibilidade suscetível de determinar a absolvição de instância, a qual, enquanto exceção dilatória inominada, deve ser

---

<sup>1</sup> Quando o MP decide não exercer a competência própria de instauração de ação de efetivação de responsabilidade financeira, a ação pode ser subsidiariamente proposta por órgãos de direção, superintendência ou tutela sobre os visados, relativamente aos relatórios das ações de controlo da 1.ª ou 2.ª Secção do TdC ou pelos OCI responsáveis pelos relatórios referidos na alínea b) do n.º 2 do artigo 12.º da LOPTC, ao abrigo das disposições conjugadas do artigo 89.º, n.º 2, da LOPTC, em conjugação com as alíneas b) e c) do n.º 1 do mesmo preceito. Contudo, no presente caso tendo a ação sido instaurada pelo MP essa possibilidade subsidiária apresenta-se como irrelevante para apreciação das questões jurídicas suscitadas.

oficiosamente conhecida pelo tribunal ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 576.º, n.º 2, e 578.º do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

- 43 As questões sobre o procedimento administrativo que se colocam com relevância, à luz do direito ordinário, para o julgamento de eventual exceção dilatória no caso *sub judice* são as seguintes:
- 43.1 As entidades reguladoras podem ser sujeitas a relatórios de OCI enquadrados nos artigos 12.º, n.º 1, alínea *b*), e 58.º, n.º 3, da LOPTC?
- 43.2 Na afirmativa, a ERSAR tem um estatuto específico distinto das outras entidades reguladoras que obste a que possa ser sujeita a auditorias de OCI ao abrigo dos artigos 12.º, n.º 1, alínea *b*), e 58.º, n.º 3, da LOPTC?
- 43.3 A IGAMAOT pode ser qualificada como OCI para efeitos dos artigos 12.º, n.º 1, alínea *b*), e 58.º, n.º 3, da LOPTC?
- 43.4 Se a IGAMAOT for qualificada como OCI, o TdC tem competência para no quadro de conhecimento de eventual exceção dilatória no âmbito de processo de efetivação de responsabilidades decidir que o concreto OCI competente para o relatório de auditoria deveria ser um que se considerou incompetente em vez do OCI que assumiu a competência para o procedimento administrativo?
- 43.5 O membro de Governo responsável pela área abrangida pela competência reguladora da ERSAR estava sujeito a impedimento determinante da nulidade da sua intervenção em procedimento relativo a auditoria de OCI sobre a ERSAR?
- 43.6 O TdC pode conhecer da nulidade adveniente da verificação de causa de suspeição do membro de Governo interveniente no relatório de OCI, apesar da recusa não ter sido suscitada durante o procedimento administrativo pela entidade auditada ou pelas pessoas indiciadas por infrações financeiras nessa auditoria?
- 44 Num plano global, o procedimento administrativo que precede o exercício da ação pelo MP pode ser uma auditoria levada a cabo por entidade qualificada como OCI (nos termos dos artigos 12.º, n.º 2, al. *b*), e 57.º, n.º 2, da LOPTC) ou uma auditoria da 1.ª ou da 2.ª Secção do TdC (artigo 57.º, n.º 1, da LOPTC).
- 45 A ERSAR é uma entidade administrativa independente com funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência respeitantes a atividades económicas dos setores privado, público, cooperativo e social, i.e. deve ser qualificada como entidade reguladora atento o disposto no artigo 1.º, n.º 1, dos Estatutos das ERSAR (EERSAR) aprovados pela Lei n.º 10/2014, de 6 de

março<sup>2</sup>, e no artigo 1.º, n.º 1, da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER) aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto<sup>3</sup>.

- 46 A primeira questão que se suscita no caso *sub judice* é a de saber se as entidades reguladoras podem ser visadas em auditorias financeiras desenvolvidas por OCI ou se, alternativamente, apenas podem ser sujeitas a auditorias levadas a cabo pela 1.ª ou 2.ª Secções do TdC.
- 47 As auditorias indagatórias de eventuais infrações financeiras, tendo por referência a terminologia legal, enquadram-se «num sistema de controlo, tanto nacional como comunitário, em cuja estrutura e funcionamento têm lugar de relevo os órgãos e departamentos de controlo interno, em particular as inspeções e auditorias dos ministérios e serviços autónomos», estando os OCI sujeitos a «um especial dever de colaboração» com o TdC o qual compreende, designadamente, «o envio dos relatórios das suas ações, por decisão do ministro ou do órgão competente para os apreciar, sempre que contenham matéria de interesse para a ação do Tribunal, concretizando as situações geradoras de eventuais responsabilidades» (artigos 11.º, n.º 3, 12.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*), da LOPTC).
- 48 O sistema de controlo interno da administração financeira do Estado (SCI) foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 166/98, de 25 de junho, estabelecendo que o SCI se encontra «colocado na dependência do Governo e em especial articulação com o Ministério das Finanças», sendo integrado pelas «inspeções-gerais, a Direção-Geral do Orçamento, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social e os órgãos e serviços de inspeção, auditoria ou fiscalização que tenham como função o exercício do controlo interno» (artigos 1.º e 3.º).
- 49 Existindo um Conselho Coordenador do SCI (artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 166/98) presidido pela Inspeção-Geral de Finanças (IGF), que também é um OCI, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea *c*), da Lei Orgânica da IGF (LOIGF) aprovada pelo Decreto-Lei n.º 96/2012, de 23 de abril.
- 50 Em termos gerais, as entidades reguladoras estão sujeitas ao «regime de jurisdição e controlo financeiro do TdC» sendo a respetiva responsabilidade financeira «efetivada pelo TdC, nos termos da respetiva legislação» (artigos 5.º, n.º 3, alínea *d*), e 46.º, n.º 2, da LQER).
- 51 Regime geral que também refere a sujeição «ao exercício do controlo financeiro e orçamental pelas entidades legalmente competentes» (artigo 21.º, n.º 2, alínea *f*), da LQER) o que corresponde a um reenvio (sem qualquer ressalva) para o regime normativo sobre a suscetibilidade de controlo financeiro por OCI «legalmente competente».

---

<sup>2</sup> Alterado pela Lei n.º 75-B/2020.

<sup>3</sup> Regime objeto de alterações aprovadas pela Lei n.º 12/2017, Lei n.º 71/2018 e Lei n.º 75-B/2020.

- 52 O regime que estabelece que as entidades reguladoras estão sujeitas ao «controlo financeiro e orçamental» das «entidades legalmente competentes» articula-se com as regras legais sobre OCI da LOPTC e com o estatuto próprio da IGF que «tem por missão assegurar o controlo estratégico da administração financeira do Estado, compreendendo o controlo da legalidade e a auditoria financeira e de gestão, bem como a avaliação de serviços e organismos, atividades e programas, e também a de prestar apoio técnico especializado, abrangendo todas as entidades do setor público administrativo, incluindo autarquias locais, entidades equiparadas e demais formas de organização territorial autárquica, e empresarial, bem como dos setores privado e cooperativo, neste caso quando sejam sujeitos de relações financeiras ou tributárias com o Estado ou com a União Europeia ou quando se mostre indispensável ao controlo indireto de quaisquer entidades abrangidas pela sua ação» (artigo 2.º, n.º 1, da LOIGF).
- 53 Desta forma, as entidades reguladoras, apesar do estatuto de entidades administrativas independentes, estão vinculadas ao cumprimento de regras financeiras imperativas e sujeitas em termos gerais à possibilidade de auditorias financeiras por via de OCI integrado no SCI, em particular à ação da IGF caso não exista regra especial que atribua a competência de OCI a uma entidade com funções inspetivas limitada a matérias específicas abrangentes da atividade da concreta entidade reguladora.
- 54 Pelo que, em termos gerais, as entidades reguladoras não são excluídas da suscetibilidade de auditorias financeiras levadas a cabo por OCI, podendo eventuais infrações financeiras ocorridas no âmbito da sua atividade ser indagadas e objeto de juízos de indicição por OCI para efeitos dos artigos 11.º, n.º 3, 12.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*), e 58.º, n.º 3, da LOPTC.
- 55 Por seu turno, a ERSAR encontra-se «adstrita ao ministério com atribuições na área do ambiente» (artigo 1.º, n.º 1, dos EERSAR) e, por confronto com as outras entidades reguladoras, não beneficia de nenhuma prerrogativa especial que a isente de «controlo financeiro e orçamental pelas entidades legalmente competentes», designadamente ações de OCI ao abrigo dos artigos 11.º, n.º 3, 12.º, n.º 1 e n.º 2, al. *b*), e 57.º, n.º 2, da LOPTC.
- 56 Consequentemente, a ERSAR como entidade reguladora está sujeita às duas tipologias de auditorias financeiras previstas no artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC:
- 56.1 Relatórios de ações de controlo da 1.ª ou 2.ª Secções do TdC elaborados fora do processo de verificação externa de contas; e
- 56.2 Relatórios de OCI previstos nos artigos 12.º, n.º 2, alínea *b*), e 57.º, n.º 2, da LOPTC.

- 57 A terceira questão de direito ordinário relevante reporta-se à qualificação da IGAMAOT como OCI, a qual merece resposta afirmativa pois a IGAMAOT é uma inspeção-geral com autonomia administrativa nos termos da respetiva Lei Orgânica (LOIGAMAOT) aprovada pelo Decreto-Lei n.º 23/2012, de 1 de fevereiro<sup>74</sup>, integra o SCI e deve ser qualificada como OCI.
- 58 Já a questão de saber qual o OCI competente para a concreta auditoria (se a IGF ou a IGAMAOT) constitui matéria que integra a «reserva de administração», atento, nomeadamente, o disposto no artigo 40.º, n.º 1, do CPA não sendo a decisão administrativa sobre o OCI competente (em que os órgãos potencialmente competentes. IGF e IGAMAOT, concluíram de forma unânime que um deles seria o competente, cf. supra § 2.1) suscetível de ser sindicada pelo órgão jurisdicional.
- 59 Os Demandados destacam que «conforme foi assumido pela IGAMAOT esta agiu em decorrência de ordens emanadas por despacho do Ministro do Ambiente e da Ação Climática» e a ideia de que, na sua perspetiva, «a determinação pelo Ministro do Ambiente e da Ação Climática de uma auditoria constitui, de forma evidente, uma forma inadmissível e manifestamente ilegítima de ingerência e coação do poder político sobre a ERSAR enquanto entidade administrativa independente».
- 60 Embora sem concretizar de forma inequívoca o eventual enquadramento desse problema processual, os Demandados defendem que a intervenção do concreto membro do Governo que aprovou a realização da auditoria e determinou o envio do respetivo relatório para a 2.ª Secção do TdC colide com valores e regras da ordem jurídica.
- 61 Neste ponto, tendo-se clarificado acima que o sistema normativo não isenta a ERSAR enquanto entidade reguladora de ser sujeita a auditorias financeiras levadas a cabo por inspeções-gerais que são OCI na dependência do Governo, o problema jurídico potencialmente relevante para o caso concreto apenas poderia decorrer de uma eventual conduta desviante do concreto titular do poder administrativo.
- 62 Tema que convoca o problema das garantias de imparcialidade da administração e envolve as temáticas incompatibilidades e os impedimentos as quais não se devem confundir plano técnico-jurídico, as incompatibilidades assentam em motivos abstratos e genéricos não se reportando a conflitos casuísticos como aqueles a que dizem respeito os impedimentos (por via

---

<sup>74</sup> Objeto de alterações introduzidas pelos Decreto-Lei n.º 153/2015, Decreto-Lei n.º 108/2018 e Decreto-Lei n.º 87/2020.

de colisão de deveres funcionais), em princípio, a incompatibilidade é permanente enquanto o impedimento é incidental.

- 63 Já o conhecimento de eventual motivo de recusa do ministro, ao abrigo do artigo 73.º, n.º 2, do CPA, teria de ser suscitado pelo interessado antes da decisão administrativa sobre o encaminhamento da auditoria para o TdC e o conhecimento jurisdicional de nulidades derivadas que afetassem atos procedimentais dependeria da alegação e prova sobre concretas decisões que tivessem rejeitado o conhecimento de causas de suspeição em violação dos princípios da imparcialidade e igualdade.
- 64 No caso concreto não foram alegados factos que implicassem uma incompatibilidade legal ou um impedimento por parte de qualquer um dos intervenientes e a componente de conflitualidade existente apenas poderia gerar uma eventual causa de suspeição, contudo, não tendo sido alegado que um motivo de recusa tenha sido suscitado e incorretamente apreciado, nem que houvesse factos relevantes nesse domínio desconhecidos pelos interessados à data do procedimento administrativo no presente processo (e em face da factualidade alegada e provada) o tribunal não está em condições de proferir uma decisão sobre o eventual impedimento do ministro interveniente.
- 65 Concluindo a análise de eventual exceção dilatória à luz do direito ordinário:
- 65.1 A ERSAR enquanto entidade reguladora está sujeita a auditoria financeira por OCI ao abrigo dos artigos 11.º, n.º 3, 12.º, n.º 1 e n.º 2, al. *b*), e 57.º, n.º 2, da LOPTC, tendo, ainda presente o disposto nos artigos 5.º, n.º 3, alínea *d*), 21.º, n.º 2, alínea *f*), e 46.º, n.º 2, da LQER.
- 65.2 A IGAMAOT é um OCI para efeitos do disposto nos artigos 11.º, n.º 3, 12.º, n.º 1 e n.º 2, al. *b*), 57.º, n.º 2, e 58.º, n.º 3, da LOPTC.
- 65.3 A questão de saber se o OCI que devia ter conduzido a auditoria deveria ter sido a IGF ou a IGAMAOT integra a «reserva de administração», atento o artigo 40.º, n.º 1, do CPA, não podendo ser apreciada pelo Tribunal para efeitos de julgamento de exceção dilatória do processo de efetivação de responsabilidade financeira a decisão consensual desses OCI no sentido de atribui o encargo ao IGAMAOT.
- 65.4 Tendo a ação de efetivação de responsabilidades financeiras deduzida pelo MP sido instaurada na sequência do envio ao MP de relatório de OCI em que foram indagadas as eventuais infrações objeto da ação e tendo aí sido facultada aos Demandados a possibilidade de exercício de contraditório antes da propositura da ação, a condição de

procedibilidade estabelecida no n.º 3 do artigo 58.º da LOPTC foi satisfeita, não estando o procedimento administrativo tingido por mácula de nulidade suscetível de ser conhecida pelo Tribunal no quadro de processo de efetivação de responsabilidade financeira.

65.5 O membro do Governo que aprovou a realização da auditoria e determinou o envio do respetivo relatório à 2.ª Secção do TdC não se encontrava afetado por impedimento identificado nos autos e taxativamente previsto na lei.

65.6 Na medida em que a recusa do membro do Governo não foi suscitada pelos Demandados ou pela ERSAR durante o procedimento administrativo (nomeadamente, quando lhes foi concedido a possibilidade de exercício de contraditório no procedimento), a falta desse impulso obsta a que para efeitos de julgamento de exceção dilatória do processo de efetivação de responsabilidade financeira o Tribunal possa apreciar a eventual omissão do dever administrativo de conhecer a suspeição do membro do Governo.

#### **II.4.3.4 Conhecimento de eventual exceção dilatória inominada decorrente da violação do direito constitucional dos Demandados ao contraditório relativamente à acusação**

66 Os Demandados alegam, por fim, a «inconstitucionalidade do presente processo de responsabilidade financeira sancionatória» «por violação do artigo 32.º, n.º 10, da CRP, o qual espelha os dois princípios estruturantes da nossa Lei Fundamental, a saber: dignidade da pessoa humana e Estado de Direito democrático» por considerarem que estará *assente* «numa auditoria em que não foi assegurado ao Demandado o exercício do seu direito de defesa perante a entidade legalmente competente nos termos do artigo 58.º, n.º 3, da LOPTC».

67 A fiscalização concreta da constitucionalidade pelos tribunais opera no quadro de um sistema de controlo difuso cujo objeto são normas concretamente aplicadas nas específicas decisões judiciais.

68 A norma constitucional invocada pelos Demandados (artigo 32.º, n.º 10, da CRP) impõe que em «quaisquer processos sancionatórios» sejam «assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa».

69 Como já se explanou, o presente processo de efetivação de responsabilidade apresenta natureza jurisdicional (ao invés do que sucede com outros processos sancionatórios como os contraordenacionais em que apenas existe direito de impugnação judicial de decisão administrativa) e sustenta-se num sistema em que o julgamento depende do exercício prévio de ação por entidade autónoma do órgão julgador, sendo reconhecidos aos demandados



relativamente àquele requerimento inicial (que opera como *acusação*) o direito de contestação por escrito complementado pelos direitos de participação na obrigatória audiência de julgamento no âmbito da qual podem apresentar provas e alegações sobre todas as questões de facto e de direito que considerem pertinentes (cf. supra §§ 11 a 19 e §§ 36 a 42).

- 70 No que releva para o caso concreto, o complexo normativo constituído pelos artigos 89.º a 94.º da LOPTC assegura em conformidade com a Constituição os direitos de defesa (impostos pelo artigo 32.º, n.º 10, da CRP) e à tutela jurisdicional efetiva (protegida pelo art. 20.º, n.ºs 1 e 4, da CRP) tendo como pano de fundo a reserva do TdC quanto a efetivação de responsabilidades financeiras (atento o artigo 214.º, n.º 1, c), da CRP), não devendo quanto a essas matérias ser declarada na presente sede qualquer inconstitucionalidade.
- 71 O objeto do processo foi delimitado por uma ação intentada pelo MP instituição autónoma representada pelo Procurador-Geral da República no TdC (artigo 8.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Ministério Público) que em termos de demanda exerce uma competência legal própria (artigo 89.º, n.º 1, al. a), da LOPTC), existindo uma destrição estrutural entre procedimento de recolha de indícios com vista a eventual exercício da ação e processo jurisdicional perante o tribunal e o MP enquanto autor e titular da ação tem ónus de alegação o qual não é partilhado com o organismo que desenvolveu a auditoria, o tribunal de julgamento ou os Demandados — cf. artigo 91.º, n.º 1, al. b), da LOPTC conjugado com o disposto nos artigos 5.º, n.º 1, e 552.º, n.º 1, al. d), do CPC.
- 72 O contraditório do demandado em sede de processo jurisdicional opera relativamente à ação proposta pelo MP que é o responsável nos planos ético e jurídico por esse exercício e respetiva sustentação, pelo que se impõe concluir que na medida em que um tribunal independente do demandante vai julgar a ação estão salvaguardados os direitos constitucionais à defesa em contraditório e à tutela jurisdicional efetiva protegidos, respetivamente, pelos artigos 32.º, n.º 10, e 20.º, n.ºs 1 e 4, da CRP.

#### **II.4.4 Julgamento das infrações financeiras sancionatórias imputadas pelo Demandante aos Demandados**

##### **II.4.4.1 Elementos objetivos da infração financeira sancionatória relativa à violação de normas sobre contratação pública**

- 73 O MP pede:

- 73.1 A condenação do 1.º Demandado e da 2.ª Demandada «como autores de sete infrações financeiras sancionatórias, p. p. pelo artigo 65.º, n.º 1, alíneas b) e l) e n.ºs 2 e 5 da LOPTC, na multa individual e por cada infração de 25 UC (102 € x 25 = 2.550,00 €) e em cúmulo material, 175 UC, a que corresponde o montante de 17.850,00 €».
- 73.2 A condenação do 3.º Demandado «como autor de cinco infrações financeiras sancionatórias, previstas nas mesmas disposições legais, na multa individual e por cada infração de 25 UC e em cúmulo material, 125 UC, a que corresponde o montante de 12.750,00 €».
- 74 A alegação jurídica do MP tem como epicentro o enquadramento dos factos essenciais constantes do RI como hipotéticas violações de determinadas regras legais sobre contratação pública em conjugação com a primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, onde se estabelece que a «violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública» constitui infração financeira sancionatória.
- 75 Como se analisará à frente como maior detalhe em fase de apreciação especificada de infrações imputadas, esse é o ilícito base da generalidade das pretensões condenatórias do MP sendo relevante o enquadramento dogmático dos elementos necessários para efeitos de imputação objetiva, em particular para avaliar se para esse efeito se exige:
- 75.1 Apenas um desvalor de ação enquanto ilícito de perigo abstrato que seria automaticamente preenchido com a mera ocorrência de uma qualquer ilegalidade em procedimento de formação de contrato público;
- 75.2 Um desvalor de resultado enquanto um ilícito de dano cuja consumação depende da relação causal entre uma ilegalidade e um efetivo prejuízo financeiro;
- 75.3 A comprovação de um perigo concreto de impacto financeiro causado pela específica e casuística ilegalidade por ação ou omissão; ou,
- 75.4 A violação (por ação ou omissão) da concreta norma sobre contratação pública presente aptidão (perigo abstrato-concreto) de efeito financeiro.
- 76 As infrações financeiras sancionatórias relativas à contratação pública devem ser compreendidas numa interpretação sistemático-teleológica da jurisdição própria do TdC de controlo de legalidade financeira em que se apresenta central o regime sobre as ilegalidades suscetíveis de determinarem recusa de visto em sede de fiscalização prévia pelo TdC.

- 77 Sendo o processo de fiscalização prévia teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades nesse quadro tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC onde se estabelece que:
- 77.1 A nulidade do contrato (designadamente pela articulação de regras sobre contratos públicos e procedimento administrativo) e a violação direta de normas financeiras (que a consumir-se pode determinar infrações previstas em outras alíneas do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC) são fundamentos automáticos e absolutos de recusa de visto, atento o disposto nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 e no n.º 4 (este *a contrario sensu*) do artigo 44.º da LOPTC;
- 77.2 As *meras* ilegalidades decorrentes de violação de normas sobre contratação pública que não sejam sancionadas com nulidade para poderem constituir fundamento de recusa de visto dependem do preenchimento de uma exigência adicional, *alteração potencial do resultado financeiro*, que tendo por referência as categorias conceptuais dos direitos sancionatórios não compreende o dano como elemento do tipo, nem, em contraponto se preenche automaticamente com a violação da norma legal enquanto ilícito de perigo abstrato.
- 78 As violações de normas e princípios legais sobre a contratação pública para serem qualificadas como ilegalidades previstas na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC exigem a verificação de um juízo no sentido de que *podem alterar o resultado financeiro* do procedimento — sobre os cânones de ponderação nesta matéria, *v.g.* Acórdãos n.º 13/2018-10.JUL-1.ªS/PL e n.º 17/2021-29.JUN-1.ªS/SS.
- 79 Juízo sobre *alteração potencial do resultado financeiro* que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual relativo à conexão entre o(s) desvalor(es) consubstanciado(s) na violação de normas e princípios legais sobre contratação com o resultado financeiro envolvido no procedimento, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a umnexo causal entre o específico vício e um resultado, mas exige uma compreensão do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.
- 80 Isto é, para valorar a aptidão da ilegalidade relativa à contratação pública se repercutir no resultado financeiro deve ser ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa nas decisões de adjudicação e de celebração do contrato, não sendo exigível a demonstração de umnexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.

- 81 Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quanto à conexão entre a prática de um ato administrativo e custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea c) do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada<sup>¼</sup>) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela) se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma *aptidão* ou de um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.
- 82 Em síntese, para o aplicador em sede de fiscalização prévia do TdC a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?
- 83 Segundo jurisprudência pacífica do TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando, por exemplo, no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
- 84 Este é o quadro compreensivo que se impõe na valoração global dos ilícitos imputados e que permite a conformação dos elementos objetivos da infração prevista na primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC em face dos limites constitucionais impostos pelo princípio da proporcionalidade.
- 85 Isto é, a violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública apenas preenche os elementos objetivos da infração prevista na primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC quando:
- 85.1 É sancionável como nulidade (um desvalor de resultado valorado pelo ordenamento jurídico como especialmente grave e integrador de um perigo integrador do ilícito de infração financeira sancionatória objeto da presente análise); ou
- 85.2 Apresenta uma *aptidão* ou um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro (o risco que constitui o desvalor de resultado tutelado pelo tipo e que tem de ser comprovado para efeitos do respetivo preenchimento).

---

<sup>¼</sup> Cf. Acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.ªS/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.ªS/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ªS/SS.

- 86 A interpretação minimalista segundo a qual o ilícito previsto primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC seria preenchido com a mera prática de uma ilegalidade no procedimento de formação de contrato ao abranger ilegalidades que caso fossem conhecidas pelo TdC em sede de fiscalização prévia não poderiam ser fundamento de recusa de visto compreenderia uma incongruência sistemático-teleológica e seria uma via incompatível com o princípio da proporcionalidade em matéria de direito sancionatório.
- 87 A exigência de *aptidão* ou de um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro (nos casos que não são sancionados em termos procedimentais como nulidade) também se afigura uma interpretação hermenêuticamente sustentada no plano histórico-teleológico e em sintonia com a *ratio* da introdução da infração prevista na primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC pelo artigo 1.º da Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro.
- 88 O contexto económico-financeiro português que esteve na base do impulso legislativo e aprovação da Lei n.º 61/2011 era marcado pela solicitação, por parte do XVIII Governo Constitucional na XI Legislatura, da concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal de acordo com programa de auxílio financeiro estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», acordado, em maio de 2011, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional, o qual, embora estabelecido durante a XI Legislatura, veio a ser sobretudo executado no âmbito da XII Legislatura, iniciada em 20 de junho de 2011, e concluído ainda durante essa legislatura, em 30 de junho de 2014.
- 89 Como se destacou no preâmbulo da Proposta de Lei n.º 17/XII, a Lei n.º 61/2011 teve na sua origem a circunstância de o Estado Português no aludido Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF) ter assumido compromissos no sentido de que iria:
- 89.1 «Assegurar auditorias *ex-ante* relativamente à contratação pública por entidades nacionais competentes, enquanto meio para evitar e combater a prática de adjudicações ilegais e de aumentar a transparência»; e
- 89.2 «Adotar medidas no sentido de efetivar a responsabilidade financeira pelo incumprimento de normas de contratação pública».
- 90 Em síntese, o programa legislativo repercutido num conjunto de medidas sobre fiscalização prévia do TdC em articulação com a nova infração financeira sancionatória de *violação de normas relativas à contratação pública* tem na base um diagnóstico sobre a necessidade de prevenir e reprimir patologias suscetíveis de produzir impacto financeiro.

#### II.4.4.2 Apreciação discriminada das específicas infrações imputadas pelo Demandante aos Demandados

##### II.4.4.2.1 As nove infrações imputadas pelo Demandante com base na factualidade constante dos §§ 5.5 a 5.10

91 Tendo por referência a factualidade referida nos §§ 5.5 a 5.10, o MP alegou que foi violado «o disposto no n.º 1 do artigo 81.º, 86.º e 91.º do CCP» que esses «factos constituem a prática de infrações financeiras sancionatórias, previstas no n.º 1, alíneas b) e l) do artigo 65.º da LOPTC» e «são responsáveis os três demandados [...] que enquanto membros do CA da ERSAR, intervieram nos processos de aquisição aqui em causa, autorizando os procedimentos e as adjudicações dos mencionados serviços (valores autorizados s/IVA: 370.728,03€ e valores pagos s/IVA: 306.353,95€)», ressaltando apenas «quanto às irregularidades detetadas nos procedimentos 15 e 18» o 3.º Demandado «na medida em que votou desfavoravelmente as deliberações assinaladas como ilegais», concluindo o Demandante que «cada um dos demandados» deve ser punido por «uma infração financeira sancionatória, na forma continuada».

92 Desta forma, o MP imputa neste segmento:

92.1 Ao D1 a prática de nove infrações sancionatórias;

92.2 À D2 a prática de nove infrações sancionatórias;

92.3 Ao D3 a prática de sete infrações sancionatórias.

93 Começando pelo núcleo da imputação do MP, entende-se que o enquadramento da conduta de qualquer um dos Demandados em termos que permitam a imputação objetiva do ilícito previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC é inadmissível pelos seguintes motivos:

93.1 A norma do artigo 77.º do CCP estabelece que a apresentação dos documentos de habilitação referidos nos §§ 5.5 a 5.10 deve ocorrer na sequência da notificação do ato de adjudicação e antes da assinatura do contrato.

93.2 Consequentemente, no plano jurídico, as ilegalidades procedimentais imputadas pelo MP em conexão com os §§ 5.5 a 5.10 reportam-se a condutas comissivas por ação (outorga do contrato) que seriam indevidas por omissões na comprovação de determinados requisitos legais dos cocontratantes (comprovações que deviam preceder as assinaturas dos contratos).

- 93.3 Os factos alegados pelo Demandante sobre a intervenção (por ação ou omissão) dos Demandados no processo causal que culminou nas alegadas violações de normas sobre contratação reportam-se exclusivamente a um momento do procedimento de formação do contrato (a adjudicação) anterior àquele em que deve ocorrer a verificação dos requisitos que alegadamente não teriam sido comprovados antes da celebração dos contratos em causa (os quais, no plano jurídico, apenas condicionam as outorgas do contratos e não interferem com a legalidade das adjudicações).
- 93.4 Relativamente às adjudicações, o momento sobre o qual o Demandante faz incidir a sua censura de ilegalidade em termos de conduta dos Demandados (daí que exclua a responsabilidade do 3.º Demandado quanto a dois dos ilícitos, pela circunstância de ter votado vencido), o RI é completamente omissivo sobre factos suscetíveis de legitimarem decisão alternativa à adjudicação que foi aprovada pelos Demandados (não tendo, designadamente, sido alegados quaisquer factos subsumíveis ao n.º 1 do artigo 79.º do CCP).
- 93.5 O RI é omissivo sobre quaisquer factos relativos à repartição de funções ao nível do CA da ERSAR quanto à verificação direta dos documentos exigidos pelo artigo 81.º, n.º 1 do CCP ou direção dos serviços responsáveis por essa tarefa, não tendo sido alegado nenhum facto que permita concluir que essa seria uma função da responsabilidade conjunta dos três Demandados ou de algum deles.
- 93.6 A factualidade relativa ao período que mediou entre a adjudicação e a outorga dos contratos constitui o núcleo do procedimento causal de solicitação e verificação da suficiência dos documentos juntos pelos adjudicatários.
- 93.7 Os factos constantes do RI não permitem a associação de nenhum dos Demandados à falta de entrega de documentos antes da outorga do contrato, nem a um défice na verificação pela ERSAR da junção dos documentos legalmente exigidos antes da outorga dos contratos.
- 93.8 A alegação e prova desses factos são condições cumulativamente necessárias para a procedência da ação.
- 93.9 No regime processual sobre infrações financeiras os factos essenciais têm de ser alegados pelo Demandante e o Tribunal não pode suprir omissões de factos essenciais no momento da sentença sob pena de violação do princípio do contraditório (cf. supra §§ 11 a 19 e §§ 66 a 72).

- 94 As razões indicadas impunham, por si sós, a improcedência da ação nesta parte por inviabilidade da imputação objetiva a qualquer um dos Demandados dos ilícitos indicados pelo MP.
- 95 Acresce que a omissão de factos essenciais para a imputação objetiva do ilícito implica, ainda, a falta de factos essenciais para qualificar a conduta de qualquer um dos Demandados quanto aos aludidos ilícitos como fruto de negligência (que tem de ser sempre individual).
- 96 Com efeito, a responsabilidade por infração financeira sancionatória não apresenta no regime legal dimensão exclusivamente objetiva, i.e., a condenação como agente de um ilícito financeiro depende de a conduta ter ocorrido com dolo ou negligência, tendo, no caso *sub judice*, a conduta dos demandados sido enquadrada na imputação do MP como negligente.
- 97 As normas do n.º 4 do artigo 67.º da LOPTC e do artigo 15.º do Código Penal (CP) preveem duas formas de negligência, a consciente, em que o agente prevê a realização da infração confiando que este se não realizará, e a inconsciente, em que o agente não prevê a realização do ilícito tendo possibilidade de o fazer.
- 98 No caso presente, a questão cingia-se à eventualidade de negligência inconsciente, pois não foi alegado nem provado que os demandados teriam previsto que ocorresse a violação das regras legais indicadas pelo MP como desrespeitadas por quaisquer atos ou omissões dos serviços da ERSAR.
- 99 A falta da indicação de momentos ou etapas do procedimento que permitam a imputação objetiva do resultado e identificar responsáveis subjetivos pelas concretas falhas na verificação de documento depois da adjudicação e na emissão da luz verde para a outorga dos contratos (sem estarem comprovados determinados requisitos legais) implica a omissão de factos essenciais para formar um juízo sobre a violação de deveres de cuidado por parte de cada um dos Demandados quanto a essa matéria.
- 100 No Estado de direito a imputação de negligência não poderia ser suportada numa presunção de culpa, tanto mais que não existe objeto factual, quer em termos de atividade relativa aos procedimentos específicos, quer em termos de direção dos serviços quanto ao desenvolvimento das tarefas em matéria de verificação de documentos necessários para outorga de contratos públicos.
- 101 Por último, relativamente ao ilícito previsto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC («violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos»), os factos alegados no RI não suportam o preenchimento dos elementos objetivos da infração imputada na medida em



que no RI não constam factos que consubstanciem a violação por qualquer um dos Demandados de normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos.

102 Em conclusão, a ação do MP nesta parte é totalmente improcedente, devendo:

102.1 O D1 ser absolvido da prática de nove infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP;

102.2 A D2 ser absolvida da prática de nove infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP;

102.3 O D3 ser absolvido da prática de sete infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP.

#### **II.4.4.2.2 As duas infrações imputadas pelo Demandante com base na factualidade constante dos §§ 5.11 a 5.14**

103 Relativamente à factualidade referida nos §§ 5.11 a 5.14, o MP alegou, nomeadamente, que em dois procedimentos ocorreu «violação do n.º 2 do artigo 113.º e n.º 4 do artigo 1.º, ambos do CCP» e que as mesmas se traduziram «na assunção, autorização e realização» de *despesas públicas ilegais* (nos montantes de 10.440,00 € e 26.190,00 €), factualidade, segundo o Demandante, «prevista pelo artigo 65.º, n.º 1, alíneas b) e l) da LOPTC», tendo, ainda, considerado que a «responsabilidade direta pela prática das citadas ilegalidades recai sobre os membros do CA da ERSAR [...] que aprovaram as deliberações ilegais em apreço», pelo que, imputa aos D1 e D2 duas infrações financeiras em concurso efetivo.

104 Tendo presente a factualidade provada e não provada (neste caso em particular o § 6.2), ao nível dos elementos objetivos das infrações imputadas importa em primeira linha avaliar da suposta ilegalidade do procedimento adotado.

105 Plano em que se impõe começar por constatar que no caso do procedimento de ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 15 (§ 5.11) a deliberação do CA da ERSAR ocorreu em 2-10-2017, pelo que era aplicável ao procedimento a versão do CCP anterior ao Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, atento o estabelecido no artigo 12.º, n.º 1, desse diploma no sentido de que o novo regime «só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor, bem como aos contratos que resultem desses

procedimentos» prescrevendo-se no artigo 13.º que o ato legislativo entrava em vigor a 1 de janeiro de 2018.

106 Desta forma, no caso do procedimento de ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 15 (§ 5.11) as imputadas violações do CCP na versão do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 derivam de um erro do Demandante em termos de aplicação da lei no tempo.

107 Questão de aplicação da lei no tempo que também é relevante para o enquadramento do dissídio ocorrido no âmbito do CA da ERSAR sobre a tipologia de procedimento a adotar nos casos indicados nos §§ 5.11 e 5.12: a divergência não foi o resultado de um conflito sobre a conformidade de uma interpretação do CCP na versão revista pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, mas de entendimentos distintos sobre a melhor via (das legalmente admissíveis) para a prossecução do interesse público (no caso do procedimento de ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 15 o procedimento foi idêntico ao de vários outros contratos anteriormente celebrados com o mesmo adjudicatário e a sua legalidade não foi questionada, nem pelo D3, nem pelo MP).

108 Passando ao procedimento de ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 18 (§ 5.12) a situação não se enquadrava no preceito legal indicado na Informação do Departamento Administrativo e Financeiro (subálnea ii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP), mas, tendo presentes os argumentos apresentados na referida informação, no caso concreto a adoção do ajuste direto com suporte em critérios materiais era admissível ao abrigo do artigo 27.º, n.º 1, alínea b), do CCP («a natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, nos termos do disposto no artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida»).

109 Por outro lado, em termos de aplicação da lei no tempo do novo limite legal de 20.000,00 € para ajustes diretos com fundamento no valor a uma mesma entidade (atento o disposto no artigo 113.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 20.º, n.º 1, alínea d), do CCP) seguindo a interpretação mais adequada à luz dos elementos sistemático-teleológico e histórico-teleológico apenas se devem contabilizar ajustes diretos adjudicados em procedimentos a que se aplicasse o CCP na versão revista pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, ou seja, apenas se deveriam contabilizar adjudicações realizadas nos dois anos anteriores ao novo ajuste direto que tivessem ocorrido em procedimento iniciados depois de 31-12-2017 pois o teto introduzido pelo artigo 113.º, n.º 2,

do CCP integra-se num complexo normativo global apenas aplicável aos procedimentos iniciados depois de 1-1-2018.

110 Em síntese, no caso concreto o ajuste direto ao concreto cocontratante embora não pudesse ser suportado na subalínea *ii*) da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP era admissível por duas vias alternativas:

110.1 Artigo 27.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP;

110.2 Artigo 20.º, n.º 1, alínea *d*), do CCP.

111 Desta forma, o recurso ao ajuste direto no procedimento identificado no § 5.4 também não foi tingido por qualquer ilegalidade.

112 Acrescente-se que, ainda que fosse outra a interpretação do referido regime legal sobre contratação pública a decisão dos Demandados D1 e D2 de aprovarem a proposta sustentada na Informação do Departamento Administrativo e Financeiro nunca poderia ser configurada como uma violação do dever de cuidado de controlo da legalidade imposto a esses Demandados, na medida em que:

112.1 Existia doutrina a suportar o entendimento jurídico pressuposto na informação;

112.2 O Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC) que, embora não tenha qualquer autoridade de fixação doutrinária, influencia as entidades públicas, tinha considerado como conforme a legalidade tal procedimento, pelo menos, à luz do critério do valor — pois o IMPIC ao afirmar que «durante este período transitório de 2018 e 2019 [...] podem não ser contabilizados os contratos celebrados em 2017 e 2016», cf. § 5.14, suscita perante os destinatários a confiança de que a conduta que o IMPIC afirma poder ser adotada não viola a estatuição do artigo 113.º, n.º 2, do CCP.

113 Pelo que, ainda que se considerasse preenchido o ilícito em termos de elementos objetivos sempre se teria de concluir pela inadmissibilidade da imputação subjetiva a qualquer um dos Demandados (cf. §§ 95 a 99).

114 Em face do exposto, relativamente aos factos mencionados nos §§ 5.11 a 5.13 a ação proposta pelo Demandante também deve ser julgada totalmente improcedente e, consequentemente:

114.1 O D1 ser absolvido da prática de duas infrações sancionatórias em concurso efetivo;

114.2 A D2 ser absolvida da prática de duas infrações sancionatórias em concurso efetivo.

#### II.4.4.2.3 A infração imputada pelo MP com base na factualidade constante nos §§ 5.15 a 5.18

- 115 Tendo por referência a factualidade referida nos §§ 5.15 a 5.18, o MP alegou que a cláusula 35.<sup>a</sup>, n.º 1, alínea *b*), do caderno de encargos (transcrita no § 5.17) ao referir que a constituição de equipas multidisciplinares afetas ao projeto devia compreender um coordenador técnico com um mínimo de experiência de 2 anos de realização de auditorias nas áreas das águas e resíduos no âmbito da qualidade do serviço da ERSAR estaria a impor «uma especificação técnica suscetível de limitar o universo dos potenciais concorrentes» pois a dita «especificação técnica» «favorece» «as empresas PWC e APCER, em virtude dos respetivos históricos de serviços prestados à ERSAR».
- 116 Tendo por referência esse pressuposto, o Demandante considerou que «foi, assim, violado o disposto no artigo 49.º do CCP» e que «tal violação consubstancia a prática de uma infração financeira sancionatória, nos termos do n.º 1, alíneas *b*) e *l*), do artigo 65.º da LOPTC» a qual segundo o MP teria sido cometida pelos três Demandados.
- 117 Na apreciação das questões de legalidade que estão na base da imputação pelo MP da referida infração sancionatória importa ter presente que ao caso *sub judice* se aplicava o regime do CCP anterior à revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, atento o estabelecido nos artigos 12.º, n.º 1, e 13.º desse diploma (*supra* § 105) e o facto constante do § 5.15 .
- 118 O pressuposto jurídico de base da tese do Demandante é o de que a cláusula 35.<sup>a</sup>, n.º 1, alínea *b*), do CE do procedimento se reportava a uma «especificação técnica».
- 119 Esse pressuposto constitui o resultado de um equívoco conceptual que afeta a alegação jurídica do MP no RI, pois, ao invés do que pretende o Demandante, a cláusula 35.<sup>a</sup>, n.º 1, alínea *b*), do CE reporta-se a uma exigência sobre a execução do contrato o que implica que não possa ser enquadrada como «especificação técnica», pois para ser assim qualificada teria de ser reportar ao objeto do contrato — como há muito se encontra estabelecido no Direito da União Europeia (UE), nomeadamente, no que estava em vigor à data do procedimento e era expressamente mencionado pela norma legal nacional: anexo VI da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, e no anexo XXI da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março.
- 120 Dessa forma, o referido requisito na cláusula 35.<sup>a</sup>, n.º 1, alínea *b*), do CE não era suscetível de violar o regime estabelecido no artigo 49.º do CCP que se reporta apenas a especificações técnicas, ou seja, matéria distinta da que foi objeto da cláusula.

- 121 O referido erro de enquadramento atinge de forma fatal toda a tese do Demandante e implica, por si só, a improcedência da ação do MP nesta parte.
- 122 Por outro lado, a cláusula em causa foi legitimamente estabelecida ao abrigo do n.º 4 do artigo 42.º na versão (anterior à revisão de 2011) do CCP aplicável ao concreto procedimento.
- 123 E corresponde a uma solução que se apresenta conforme os valores do Direito da UE em matéria de contratação pública, designadamente, no sentido de que a verificação da aptidão dos concorrentes e a adjudicação devem, por regra, constituir operações distintas e sujeitas a normas próprias e diferenciadas.
- 124 Acrescente-se que quanto à suscetibilidade de exigências sobre equipas técnicas no momento da adjudicação existe um cânone europeu exigente em sede de critérios admissíveis revelado nas normas e jurisprudência europeias, podendo referir-se nesse domínio os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia *Lianakis*, de 24-1-2008 (C-532/06), e *Ambisig*, de 26-3-2015 (C-601/13) que se reportam a fatores e subfactores de adjudicação que, volta a destacar-se, não são matéria regulada na cláusula 35.ª, n.º 1, alínea *b*), do CE.
- 125 Contexto normativo em que se admite que mesmo nos fatores de avaliação das propostas (os quais não são objeto da cláusula) se possa ter em consideração a organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato quando a qualidade do pessoal empregue tenha um *impacto significativo no nível de execução do contrato*, sendo legítimo no caso de serviços como os que foram objeto do procedimento impor requisitos quanto às equipas técnicas desde que os mesmos respeitem os princípios e regras sobre a concorrência decorrentes do complexo normativo constituído pelos artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e os princípios da proporcionalidade e da necessidade nessa sede.
- 126 Importa, ainda, ter presente que o conteúdo da cláusula 35.ª, n.º 1, alínea *b*), do CE não permite concluir que o requisito (que não é uma especificação técnica) restringe o universo de visados a entidades que já prestaram serviço de auditoria à ERSAR, pois reporta-se a membros de equipas técnicas que prestaram o serviço e não a entidades, para além de não compreender condicionantes quanto aos tipos de vínculos contratuais com o adjudicatário, e, abranger profissionais que tenham experiência de realização de auditorias na gestão de serviços de águas e resíduos regulados ainda que o serviço tenha sido prestado a uma das múltiplas entidades sujeitas aos poderes reguladores da ERSAR (não se restringindo a serviços prestados diretamente à ERSAR).

127 Por outro lado, o suporte factual invocado pelo MP neste segmento (cf. § 5.15), além de se reportar a entidades e não a profissionais de equipas técnicas, compreende a afirmação de um facto positivo irrelevante para o juízo inferencial pretendido pelo Demandante, com efeito, a circunstância de as duas empresas indicadas terem prestado serviço à ERSAR nos três anos anteriores nada diz sobre o universo de empresas que prestaram esse tipo de serviços nessa área e período temporal à ERSAR, sendo omissa sobre as empresas que tinham experiência de realização de auditorias a entidades reguladas pela ERSAR e não legitima qualquer juízo sobre o universo de profissionais que estiveram integrados em equipas que prestaram esses serviços, i.e., constituiria extrapolação indevida por ausência de suporte nos próprios factos alegados pelo Demandante afirmar que as duas empresas indicadas seriam as únicas em condições de apresentar técnicos que satisfizessem o requisito referido.

128 Impõe-se, por fim, destacar que para além de ser inadmissível a imputação objetiva dos ilícitos indicados pelo MP, a versão jurídica do Demandante e a parca indicação de factos nunca permitiria a imputação subjetiva do ilícito a nenhum dos três Demandados (cf. §§ 95 a 99).

129 Em conclusão, a ação do MP nesta parte é totalmente improcedente, devendo:

129.1 O D1 ser absolvido da prática da infração sancionatória imputada;

129.2 A D2 ser absolvida da prática da infração sancionatória imputada;

129.3 O D3 ser absolvido da prática da infração sancionatória imputada.

#### **II.4.4.2.4 As duas infrações imputadas pelo MP com base na factualidade constante dos §§ 5.19 e 5.20**

130 Tendo por referência a factualidade referida nos §§ 5.15 a 5.18, o MP alegou que o n.º 4 do artigo 67.º do CCP na versão revista pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 não se aplicava aos dois procedimentos em causa, atento o disposto no n.º 1 do artigo 12.º e no artigo 13.º do referido Decreto-Lei n.º 111-B/2017, e com esse fundamento defendeu que os três Demandados devem ser punidos por «uma infração financeira sancionatória na forma continuada» «prevista nas alíneas b) e l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC» na medida em «que constituíam o CA da ERSAR e aprovaram as deliberações ilegais em apreço, assim incorrendo cada um destes decisores na prática das duas aludidas infrações financeiras».

131 Neste segmento, o MP tem razão sobre a aplicação no tempo da versão do CCP revista pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, atento o disposto no n.º 1 do artigo 12.º e no artigo 13.º desse diploma (cf. §§ 105, 117 e 130), pois embora n.º 4 do artigo 67.º do CCP na versão revista que já se

encontrava em vigor (desde 1-1-2018) admitisse a dispensa do júri, a norma não se aplicava aos dois concretos procedimentos iniciados antes de 1-1-2018.

- 132 Relativamente ao procedimento de concurso público identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 (§ 5.19) na decisão de dispensa do júri em prol da simplificação e celeridade procedimental o CA da ERSAR foi induzido por proposta do Departamento Administrativo e Financeiro.
- 133 Contudo, a aludida conduta constitui uma mera irregularidade sem qualquer aptidão para ter impacto financeiro, pelo que o ato sendo ilegal (por sufragar a proposta dos serviços de conduta não coberta pela versão do CCP aplicável ao concreto procedimento) não preenche os elementos objetivos da infração prevista na primeira parte da alínea I) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC (cf. supra §§ 74 a 90).
- 134 Ausência de potencial impacto financeiro que determinou que a dispensa de júri passasse a ser admitida no n.º 4 do artigo 67.º do CCP na versão que entrou em vigor em 1-1-2018.
- 135 Relativamente ao procedimento de ajuste direto identificado no § 5.4 sob o número 29 (§ 5.20), embora na defesa em sede administrativa perante a IGAMAOT a ERSAR tenha invocado erroneamente o n.º 4 do artigo 67.º do CCP (que não era aplicável a esse procedimento iniciado antes de 1-1-2018), no caso concreto a dispensa de júri já era admitida pela versão do CCP aplicável pois o n.º 1 do artigo 67.º não impunha o recurso a júri «no caso de ajuste direto em que tenha sido apresentada uma única proposta», i.e., nesse procedimento não ocorreu qualquer ilegalidade (ao invés do que foi alegado pelo Demandante).
- 136 Acresce que não existe fundamento em nenhum dos dois casos para defender a comprovação de negligência dos Demandados relativamente aos elementos típicos das infrações imputadas pelo MP (cf. §§ 95 a 99).
- 137 Em conclusão, a ação do MP nesta parte é totalmente improcedente, devendo:
- 137.1 O D1 ser absolvido da prática de duas infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP;
  - 137.2 A D2 ser absolvida da prática de duas infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP;
  - 137.3 O D3 ser absolvido da prática de duas infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP.

#### II.4.4.2.5 A infração imputada pelo MP com base na factualidade constante dos §§ 5.21 a 5.24

138 Relativamente à factualidade constante dos §§ 5.21 a 5.24, a tese do MP é a seguinte:

138.1 Não foi «respeitado o disposto no artigo 46.º-A, n.º 2 do CCP, que visa incrementar a concorrência — daí a necessidade de fundamentação da sua não utilização — por via da participação de micro, pequenas e médias empresas no procedimentos de contratação pública e que de outra forma não o poderiam fazer por falta de capacidade técnica e/ou económico financeira para responder às necessidades de contratação no seu todo»;

138.2 «Esta omissão contende com os princípios estruturantes do regime da contratação pública, designadamente os princípios da concorrência e da igualdade - cf. n.º 4 do artigo 1.º do CCP»;

138.3 «Por conseguinte a despesa pública autorizada e paga no montante de 339.594,00 € — cf. deliberação dos demandados de 30.08.2018, e conforme despacho exarado sobre a informação n.º I-001040/2018 — é ilegal, por violação dos normativos citados nos números anteriores, o que constitui, estes decisores, ora demandados, na prática de uma infração financeira prevista no artigo 65.º, n.º 1, alíneas b) e l), n.ºs 2 a 5 da LOPTC».

139 O artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP na versão revista em 2017 e aplicável ao concreto procedimento prescreve:

«Na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135 000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500 000, a decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada, constituindo fundamento, designadamente, as seguintes situações:

a) Quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incindíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante;

b) Quando, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante.»

140 Tendo por referência a matéria de facto provada constata-se que a norma do artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP foi violada na medida em que num procedimento em que a decisão de não contratação por lotes devia ter sido fundamentada esse dever de específica motivação escrita foi incumprido nas informações e propostas do Departamento Administrativo e Financeiro não tendo a omissão sido suprida pelo CA da ERSAR.



- 141 Sem embargo, a decisão de não contratação por lotes foi em termos materiais conforme o disposto na norma do artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP pois as prestações a abranger pelo objeto do contrato eram funcionalmente incidíveis atenta a conexão dos serviços de engenharia informática objeto de contratação (análise, desenho e desenvolvimento).
- 142 Tal implica que a tese do MP, no sentido de que os princípios da concorrência e da igualdade previstos no n.º 4 do artigo 1.º do CCP teriam sido violados, se apresente infundada pois foi adotado um procedimento concorrencial (concurso público) e a contratação por lotes no caso concreto teria sido errada nos planos da correção jurídica de defesa do interesse público.
- 143 Desta forma subsiste como uma única irregularidade a omissão da obrigatória de fundamentação expressa nas peças do procedimento de uma decisão que foi juridicamente correta, obrigatoriedade de motivação escrita que tinha sido introduzida por alteração legislativa cuja vigência se tinha iniciado há menos de 5 meses e que já veio a ser cumprida em procedimento posterior da ERSAR realizado no mesmo ano civil de 2018 (§§ 5.21 e 5.23).
- 144 O referido vício meramente formal de falta de fundamentação escrita nas peças do procedimento de uma decisão proferida em conformidade com a lei não apresenta aptidão de impacto financeiro, pelo que não preenche os elementos objetivos necessários para o preenchimento da infração prevista na primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC (cf. supra §§ 74 a 90).
- 145 Daí que sendo uma omissão meramente formal e que ocorreu de forma muito frequente em múltiplas entidades públicas após a entrada em vigor da revisão do CCP aprovada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 nunca a mesma tenha sido fundamento de recusa de visto em processo de fiscalização prévia (como se pode constatar pela consulta dos acórdãos de recusa de visto da 1.ª Secção do TdC).
- 146 Acresce que não existe motivo para considerar que a não reparação pelo CA da ERSAR da falha instrumental do Departamento Administrativo e Financeiro relativa à omissão de fundamentos escritos da não contratação por lotes nas peças do procedimento seja fruto de uma violação de dever de cuidado de todos os Demandados (cf. §§ 95 a 99).
- 147 Em conclusão, a ação do MP nesta parte é totalmente improcedente, devendo:
- 147.1 O D1 ser absolvido da prática da infração sancionatória;
  - 147.2 A D2 ser absolvida da prática da infração sancionatória;
  - 147.3 O D3 ser absolvido da prática da infração sancionatória.

#### II.4.4.2.6 As quatro infrações imputadas pelo MP com base na factualidade constante do § 5.25

148 Quanto aos vários atos alegadamente em falta em quatro procedimentos de contratação que se encontram mencionados no § 5.25, o MP defendeu que «não foram respeitadas as obrigações impostas pelas Leis Orçamentais em vigor ao tempo» e que as «apontadas ilegalidades, configuram a prática das infrações financeiras sancionatórias previstas no n.º 1, alínea b) do artigo 65.º da LOPTC, por violação do princípio da legalidade na assunção, autorização e pagamento de despesas públicas», justificando a imputação de responsabilidade financeira sancionatória aos três Demandados pela circunstância de «na qualidade de membros do CA da ERSAR» terem *autorizado* «as referidas aquisições de serviços [...] sem observância dos apontados procedimentos legais imperativos».

149 Termina a alegação do Demandante neste segmento com a seguinte conclusão: «cometeu, assim, cada um dos demandados uma infração financeira sancionatória (na forma continuada) que se traduziu numa despesa pública ilegal, por todos autorizada, prevista na norma citada»

150 As omissões imputadas pelo MP, em larga medida por remissão para a prova documental, corresponderiam a atos que não foram praticados e, segundo o Demandante, deviam ter sido realizados, os quais, na medida em que se reportam a quatro procedimentos, consubstanciariam quatro ilícitos que o MP para efeitos de punição integrou numa suposta continuação infracional.

151 O primeiro ponto que importa destacar reporta-se ao ilícito base da tese jurídica do Demandante não se encontrar previsto na alínea b) (como defende o MP) mas na primeira parte da alínea l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC pois os deveres de prática dos atos alegadamente omitidos (embora constem de preceitos inseridos, ao nível da sistemática formal, em leis do orçamento de Estado) têm como fonte em todos os casos «normas legais relativas à contratação pública» ainda que de vigência temporária durante determinado ano orçamental.

152 A alegação do MP sobre as quatro principais ilegalidades por omissão indicadas no RI é tingida por problemas em termos de interpretação e aplicação das normas legais invocadas que se passam a indicar:

152.1 Entende o Demandante que no Procedimento de ajuste direto identificado no § 5.4 sob o n.º 20 foi violado, por omissão, o imposto pelo n.º 2 do artigo 59.º da Lei de Orçamento de Estado para 2018 (LOE 2018) aprovada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

a) A referida norma estabelece que a «decisão de contratar a aquisição de serviços cujo objeto sejam estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria ou outros trabalhos

especializados, incluindo a renovação de eventuais contratos em vigor, ao setor privado, apenas pode ser tomada pelo dirigente máximo do serviço com competência para contratar, em situações excecionais devidamente fundamentadas, e desde que devidamente demonstrada a impossibilidade de satisfação das necessidades por via dos recursos próprios da entidade contratante ou de outros serviços, organismos ou entidades da Administração Pública, com atribuições no âmbito da matéria em questão

b) Tendo presente o que consta da matéria de facto aprovada (cf. § 5.25.b)) é manifesto que o procedimento em causa não se reporta à aquisição de «estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria ou outros trabalhos especializados» subsumíveis ao disposto no n.º 2 do artigo 59.º da LOE 2018.

152.2 Quanto ao procedimento identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 a alegação do MP é no sentido de que foi omitida «consulta prévia» imposta pelo n.º 2 do artigo 50.º da LOE para 2017, aprovado pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro.

a) O preceito legal em causa estabelece que a «decisão de contratar a aquisição de serviços cujo objeto sejam estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria ou outros trabalhos especializados, incluindo a renovação de eventuais contratos em vigor, apenas pode ser tomada pelo dirigente máximo do serviço com competência para contratar, em situações excecionais devidamente fundamentadas, e desde que devidamente demonstrada a impossibilidade de satisfação das necessidades por via dos recursos próprios da entidade contratante ou de outros serviços, organismos ou entidades da Administração Pública, no quadro do mesmo ministério ou de serviços partilhados de que beneficie o serviço com competência para contratar».

b) A alegada omissão indevida não se verificou pois a consulta prévia tinha sido realizada para um procedimento com o mesmo objeto contratual e a resposta negativa obtida nesse quadro integrou a fundamentação da decisão de contratar do procedimento identificado no § 5.4 sob os números 33, 34, 35, 36 e 37 (cf. §§ 5.25.e) a 5.25.h)), consequentemente, a não repetição da consulta fundou-se na proibição da prática de atos inúteis que constitui um corolário do princípio da boa administração.

152.3 Relativamente ao procedimento identificado no § 5.4 sob o número 11, o MP alega que a consulta prévia exigida pelo n.º 2 do artigo 59.º da LOE 2018 foi realizada a 13.08.2018 e a decisão de contratar ocorrera 9.08.2018, para defender que pela alegada circunstância de a consulta ter sido posterior à decisão de contratar teria ocorrido violação daquela norma,

mas, uma vez mais, a alegação do Demandante colide com a realidade factual (cf. §§ 5.25.i) e 5.25.j)) e com o regime estabelecido pelos artigos 149.º, n.º 1, e 157.º do CPA.

- 152.4 Relativamente ao procedimento de ajuste prévio identificado no § 5.4 sob o n.º 21, também defendeu o Demandante que foi violado por omissão o n.º 2 do artigo 59.º da LOE 2018, contudo, a norma não se aplicava àquele procedimento atenta a data da decisão de contratar (cf. § 5.25.c) e, por outro lado, a Lei do Orçamento de Estado para 2016 aprovada pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, não continha disposição equivalente.
- 153 No referido procedimento identificado no § 5.4 sob o número 21, contudo, ocorreu uma efetiva irregularidade derivado de uma omissão comunicativa por parte dos serviços da ERSAR na medida em que não foi «dado cumprimento ao disposto no n.º 4 do artigo 49.º» da LOE 2017, mas também neste caso se apresenta infundada a alegação do MP no sentido de que os Demandados teriam praticado uma infração financeira sancionatória «por violação do princípio da legalidade na assunção, autorização e pagamento de despesas públicas», já que a autorização da despesa e a outorga do contrato ocorreram num momento em que a obrigação de comunicação ainda não estava em vigor.
- 154 Com efeito, o n.º 4 do artigo 49.º da LOE 2017 estabelece que a «celebração ou renovação do contrato de aquisição de serviços é obrigatoriamente comunicada, no prazo de 30 dias contados da assinatura do contrato, ao membro do Governo responsável pela área das finanças, em termos a fixar por Portaria deste».
- 155 Desta forma, a obrigação comunicativa não condiciona nenhuma decisão do procedimento de formação do contrato ou de autorização da despesa sendo posterior ao procedimento de formação do contrato.
- 156 O n.º 4 do artigo 49.º da LOE 2017 era aplicável a procedimentos que, como o identificado no § 5.4 sob o número 11, se desenvolveram se iniciaram em 2016 mas a outorga do contrato já teve lugar no ano orçamental de 2017.
- 157 Sem embargo, na data em que foi outorgado o contrato (20-1-2017) o artigo 49.º, n.º 4, da LOE 2017 ainda não estava em vigor por ainda não ter sido publicado o necessário regulamento administrativo o que apenas veio a ter lugar com o início de vigência, em 17-8-2017, da Portaria n.º 257/2017, decorrido mais de meio ano depois sobre a assinatura do contrato.
- 158 Pelo que no caso concreto a comunicação visava apenas um mero registo superveniente à despesa sendo totalmente infundada a alegação de que a omissão teve qualquer relação causal com a despesa validamente ordenada e, uma vez mais, a imputação do MP reporta-se a uma

irregularidade sem qualquer aptidão para efeitos financeiros (§§ 74 a 90) não se encontrando preenchido qualquer infração financeira sancionatória.

159 Em conclusão, a ação do MP nesta parte é totalmente improcedente, devendo:

159.1 O D1 ser absolvido da prática de quatro infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP;

159.2 A D2 ser absolvida da prática de quatro infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP;

159.3 O D3 ser absolvido da prática de quatro infrações sancionatórias que lhe foram imputadas pelo MP.

#### **II.4.4.3 Conclusões sobre as várias infrações que o Ministério Público alegou terem sido praticadas pelos três Demandados e sobre os pedidos de condenação formulados pelo Demandante**

160 O MP alegou que:

160.1 O Primeiro Demandado praticou dezanove infrações financeiras sancionatórias;

160.2 A Segunda Demandada praticou dezanove infrações financeiras sancionatórias;

160.3 O Terceiro Demandado praticou quinze infrações financeiras sancionatórias

161 O MP pediu a condenação em cúmulo material:

161.1 Do Primeiro Demandado em sete multas relativas a quatro infrações singulares e três infrações continuadas;

161.2 Da Segunda Demandada em sete multas relativas a quatro infrações singulares e três infrações continuadas;

161.3 Do Terceiro Demandado em cinco multas relativas a duas infrações singulares e três infrações continuadas

162 A análise empreendida sobre o mérito da ação do MP impõe duas conclusões:

162.1 Os três Demandados devem ser absolvidos quanto a todos os ilícitos que lhes foram imputados pelo MP;

162.2 Os pedidos formulados pelo MP contra cada um dos três Demandados devem ser julgados totalmente improcedentes.

### III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- 1) Julgar improcedente a «nulidade do processo» invocada pelos Demandados D1, D2 e D3.
- 2) Declarar a inexistência de exceção dilatória que obste ao julgamento do mérito da ação proposta pelo Ministério Público.
- 3) Absolver D1 relativamente às dezanove (19) infrações financeiras sancionatórias que lhe foram imputadas pelo Ministério Público.
- 4) Absolver D2 relativamente às dezanove (19) infrações financeiras sancionatórias que lhe foram imputadas pelo Ministério Público.
- 5) Absolver D3 relativamente às quinze (15) infrações financeiras sancionatórias que lhe foram imputadas pelo Ministério Público.
- 6) Julgar totalmente improcedente a ação do Ministério Público deduzida contra D1 em que se pediu a condenação desse Demandado em sete multas.
- 7) Julgar totalmente improcedente a ação do Ministério Público deduzida contra D2 em que se pediu a condenação dessa Demandada em sete multas.
- 8) Julgar totalmente improcedente a ação do Ministério Público deduzida contra D3 em que se pediu a condenação desse Demandado em cinco multas.
- 9) Declarar que não há lugar a emolumentos atento o disposto nos artigos 14.º, n.ºs 1 e 2 (*a contrario sensu*), e 20.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas.

\*

- Registe e notifique.

- Após abra conclusão. DN.

Lisboa, 7 de outubro de 2022

O Juiz Conselheiro,

---

(Paulo Dá Mesquita)