

ACÓRDÃO N.º 26/2011 - 13.Set.2011 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 25/2011

(Processo n.º 215/2011)

DESCRITORES: Acordo Quadro / Sistema Nacional de Compras Públicas / Contrato de Aquisição de Serviços / Contrato de Fornecimento / Ensino Superior Politécnico / Instituto Público / Entidade Compradora Vinculada / Nulidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Nos termos da al. a) do n.º 1 do art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP) tem por objeto *"conceber, definir, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, à simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à proteção do ambiente."*
2. De acordo com o disposto no art.º 3.º, n.º 1 do mesmo diploma legal, o Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), além da ANCP e das unidades ministeriais de compras (UMC), integra entidades compradoras vinculadas e voluntárias.
3. Integram o SNCP, na qualidade de entidades compradoras vinculadas, os serviços da administração direta do Estado e os institutos públicos.
4. A prestação de serviços relativa a refeições confeccionadas integra-se no domínio da contratação centralizada pela ANCP, nos termos do disposto na Portaria n.º 420/2009, de 20 de abril.
5. No domínio da contratação centralizada, o Instituto Politécnico de Setúbal (IPS) deve ser considerado instituto público de regime especial e, como tal, deve se considerado entidade vinculada do SNCP.

6. Sendo a contratação centralizada de serviços de fornecimento de refeições confeccionadas, através da ANCP, obrigatória para as entidades compradoras vinculadas, por força do disposto no art.º 5.º, n.ºs 1, 3 e 4 do Decreto-Lei n.º 37/2007, não deveria o IPS ter celebrado o contrato ora submetido a fiscalização prévia. Deveria, sim, ter efetuado a respetiva contratação, nos termos do acordo quadro celebrado pela ANCP.
7. O contrato celebrado em violação do disposto no n.º 4 do art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, é nulo de harmonia com o estabelecido no n.º 6 do mesmo artigo, o que constitui fundamento para a recusa de visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Conselheiro Relator: João Figueiredo



ACÓRDÃO Nº 26 / 13. SET.2011 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 25/2011

(Processo nº 215/2011)

I – RELATÓRIO

1. O Instituto Politécnico de Setúbal (doravante também designado por IPS), notificado do Acórdão nº 30/2011, de 3/5/2011 — 1ª. S/SS, que recusou o visto ao contrato relativo ao fornecimento de refeições confeccionadas nas unidades alimentares dos seus Serviços de Ação Social, celebrado em 09.02.2011, com a empresa “GERTAL – Companhia Geral de Alimentação, S.A.”, pelo valor de € 285 650,00, acrescido de IVA à taxa legal aplicável, do mesmo veio interpor recurso.
2. O acórdão recorrido procedeu à recusa de visto, com base na alínea a) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC¹, explicitando os seguintes fundamentos: “(...) porque o Instituto Politécnico de Setúbal, na condição de entidade compradora vinculada, não adquiriu o fornecimento de refeições confeccionadas mediante a Agência Nacional de Compras Públicas, comungando, assim, dos acordos quadro e procedimentos de contratação da aquisição celebrados e conduzidos por esta última”, ocorreu a violação do disposto nos artigos 3.º, n.º 2 e 5.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, pelo que, nos termos do artigo 5º nº 6 do mesmo diploma legal, está ferido de nulidade.
3. O IPS, na sua petição, requer que se dê provimento ao recurso e se revogue a decisão recorrida, apresentando as seguintes conclusões:

“1 - As instituições do ensino superior público, nas quais se inclui o Instituto Politécnico de Setúbal, integram a administração autónoma e não a administração indirecta do Estado.

2 - Nos termos do disposto no artigo 199º, alínea d), da C.R.P., compete ao Governo exercer a tutela sobre a administração autónoma.

3 - O regime de autonomia estende-se actualmente à generalidade das instituições de ensino superior, cujo regime jurídico está estabelecido na Lei 62/2007, de 10 de Setembro.

*4 - Logo no artigo 1º desta Lei se refere que nela se estabelece, além do mais, a regulação da **tutela** e fiscalização pública do Estado sobre as instituições de ensino superior, no quadro da sua autonomia.*

*5 – Refere-se no artigo 11º, n.º. 4, da lei 62/2007, que a autonomia das instituições não preclui **a tutela** governamental, nos termos da Lei.*

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, e 3-B/2010, de 28 de abril.



6 - A tutela é reservada à administração autónoma, não sendo, por isso, por acaso que quer no artigo 1º quer no artigo 14º da Lei 62/2007 se refere aos poderes da tutela do Estado.

7 - Embora não o expresse explicitamente, a Lei 62/2007, pressupõe, toda ela que actualmente as instituições de ensino superior público integram a administração autónoma.

8 - Aliás, a 2ª Série do Diário da República, compreende a Parte E Entidades na qual se publicam, entre outros, os actos provenientes de entidades administrativas independentes e **administração autónoma**, na qual se publicam, entre outros, os actos provenientes de entidades independentes, **de estabelecimentos de ensino superior** e de associações públicas.

9 - O legislador não teve, pois, dúvidas em enquadrar nas publicações no Diário da República, as instituições do ensino superior na administração autónoma.

10 - Também desde a publicação do D.L. 37/2007, e muito em especial, depois da Lei 62/2007, era esse o entendimento generalizado e pacífico nas instituições de ensino superior público e do próprio Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.

11 - Daí que por Despacho nº 9984/2008, de 4 de Abril, o respectivo Ministro estabeleceu que **“as instituições do ensino superior podem, também, aderir à plataforma transaccional, nos termos do artigo 3º do D.L. 37/2007 ...”**

12 — Assim, fazendo parte integrante da administração autónoma do Estado, o Instituto Politécnico de Setúbal, bem como as restantes instituições do ensino superior, não estão vinculadas ao SNCP, nem à ANCP (V. artigo 3º, no 3, do D.L. 37/2007).

13 - Acresce que, a Lei 62/2007, de 10 de Setembro, que aprovou o Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, determina que a lei quadro dos institutos públicos vale como direito subsidiário naquilo que não for incompatível com as disposições daquele regime (V. artigo 9º, nº 2).

14 - Mais refere que, como legislação especial, a Lei 62/2007, não é afectada por leis de carácter geral, salvo disposição expressa em contrário (V. artigo 9º, no 6).

15 - Temos, assim, que contrariamente ao que resulta do douto Acórdão, a Lei 3/2004 só é aplicável ao Instituto Politécnico de Setúbal, e às restantes instituições de ensino superior público, quando houver disposição expressa nesse sentido e não o contrário.

16 - Não basta, pois, considerar o Instituto Politécnico de Setúbal como instituto público e daí concluir pela aplicabilidade do artigo 3º do D.L. 37/2007.

17 - Dos artigos 76º e 199º, alínea d), da C.R.P. e artigos 1º, 9º, nºs 2 e 6, 11º, nº 4, 85º, 92º, nº 1, alínea e), e 111º da Lei 62/2007, e, bem assim, o entendimento generalizado e pacífico nas instituições de ensino superior e da respectiva tutela, resulta que o Instituto Politécnico de Setúbal e as demais instituições de ensino superior são entidades voluntárias e não vinculadas ao SNCP.

18 - Assim, ao abrir o referido concurso público com publicação no Jornal Oficial da União Europeia e, na sequência do mesmo, ao contratar com a empresa Gertal, S.A., o Instituto Politécnico de Setúbal não violou o Decreto-Lei nº 37/2007, antes cumpriu de acordo com as normas que lhe são aplicáveis, designadamente as referidas no número anterior deste recurso.



19 - Dessa forma, o Instituto Politécnico de Setúbal assegurou uma maior eficiência no emprego dos seus meios e recursos, conforme obriga o artigo 92º, nº 1, alínea e), da Lei 62/2007.

20 - E bem gerir, todos o sabem, pelo menos no caso das instituições de ensino superior público, é contratar mediante concurso público com publicação no Jornal Oficial da União Europeia e não mediante a financeiramente desastrosa intervenção da ANCP.

21 - Com a intermediação obrigatória da ANCP resultarão elevadíssimos prejuízos para estas entidades.

22 - No presente caso, cada refeição custará 1,97 € e por via da ANCP tal custo será sempre superior.

23 - Bastará recordar que o custo máximo previsto para este tipo de refeições com a mesma Gertal, S.A., por via da ANCP, é de 4,37 €.

24 - Bastou que o concurso fosse internacional, aberto, por isso, a muitíssimo mais empresas, para que o custo caísse para 1,97 €, exactamente com a mesma empresa que integra o grupo da ANCP, e no qual estão incluídos custos como manutenção de equipamentos e reposições de palamenta, acções que recaem no adjudicatário.

25 - Acresce ainda que a impossibilidade de serem incluídas alterações substantivas aos cadernos de encargos acarretará custos indirectos acrescidos cuja quantificação significará inequivocamente um aumento substancial do valor da refeição.

26 - O contrato tal como está, sem intervenção da ANCP, evita um prejuízo ao erário público que se estima em não menos de 73.950,00 € por ano de vigência do contrato, se atendermos como referência o preço máximo estipulado em sede de Acordo Quadro pela entidade com o mais baixo preço.

27 - Nestes termos, porque o contrato em causa não violou o D.L. 37/2007, nem qualquer outra norma legal, devia ter sido concedido Visto e não recusado.

28 - Por erro de interpretação, o douto Acórdão recorrido violou os artigos 199º, alínea d), da C.R.P., artigos 1º, 9º, nºs 2 e 6, 11º, nº 4, 85º, 92º, nº 1, alínea e), e 111º da Lei 62/2007 e artigo 3º, nº 3, do D.L. 37/2007.”

4. O Ministério Público pronunciou-se pela improcedência do recurso, em bem fundamentado parecer.
5. Foram colhidos os vistos legais.

II – FUNDAMENTAÇÃO

6. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto elencada na decisão recorrida. Dá-se pois por assente tal matéria.

Estabelecida a matéria de facto, passe-se às questões de direito.

7. A questão central que se suscita na apreciação do presente recurso é a de saber se o IPS é ou não uma entidade vinculada ao Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP).



Relembre-se que o IPS, nos aspetos essenciais da sua argumentação, defende que se enquadra na administração autónoma e, em consequência, não é uma entidade vinculada ao SNCP e, portanto, poderá só integrá-lo como entidade compradora voluntária. Daí que considere poder ter celebrado o contrato em causa, com o procedimento de formação específico que lançou, não estando ferido de qualquer vício.

Vejam os pois essa questão e outras que dela são resultantes.

II.A – A contratação centralizada, o Sistema Nacional de Compras Públicas, as entidades a este vinculadas e a contratação do fornecimento de refeições

8. O CCP consagra nos títulos V (Acordos Quadro) e VI (Centrais de Compras) da Parte II, dedicada à disciplina de formação de contratos públicos, mecanismos procedimentais e instrumentos contratuais de contratação centralizada, visando a agregação da procura pública e a standardização das compras públicas, com objetivos de obtenção de economias de escala, de racionalização económica das práticas aquisitivas das Administrações Públicas, de racionalização da despesa e eficácia operacional, mas igualmente de promoção da concorrência.
9. Como que antecipando a entrada em vigor do CCP, mas na sequência de uma tendência que se veio formulando e estabilizando desde a década de 80 do século passado, o Decreto-Lei nº 37/2007, de 19 de fevereiro, no quadro da reforma das estruturas administrativas do Estado que então se desencadeou, criou a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP) e instituiu o SNCP.

Nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 1º deste diploma legal, a ANCP tem por objeto *“conceber, definir, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, à simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à protecção do ambiente.”*

O nº 1 do artigo 3º do mesmo diploma estabelece que *“[o] sistema nacional de compras públicas (SNCP), além da ANCP e das unidades ministeriais de compras (UMC), integra entidades compradoras vinculadas e entidades compradoras voluntárias”*.

E de harmonia com o nº 2, do mesmo artigo 3º, *“[i]ntegram o SNCP, na qualidade de entidades compradoras vinculadas, os serviços da administração directa do Estado e os institutos públicos”*.

De acordo com o nº 3, do mesmo artigo, *“[p]odem integrar o SNCP, na qualidade de entidades compradoras voluntárias, entidades da administração autónoma e do sector empresarial público, mediante a celebração de contrato de adesão com a ANCP”*.

10. Assim, na definição do âmbito subjetivo de aplicação do diploma – e, portanto, na fixação do âmbito do SNCP – o legislador adotou uma disciplina aparentemente



Tribunal de Contas

simples: considerou como entidades vinculadas ao SNCP as que se integram na Administração Pública estadual, direta e indireta. E criou a categoria de entidades voluntárias, na qual faz integrar as entidades da administração autónoma e dos sectores públicos empresariais.

Como se sabe, esta categorização só aparentemente é linear e isenta de dificuldades na sua aplicação.

Efetivamente, se a Administração direta do Estado constitui uma realidade com clara caracterização, de que resulta uma fácil determinação das entidades que a integram – e que integram, portanto, a categoria das entidades vinculadas ao SNCP - já a situação é diferente no que respeita à administração estadual indireta (os institutos públicos), à administração autónoma e mesmo aos sectores públicos empresariais. E tal situação, resultante de regimes gerais que lhes são aplicáveis, é particularmente complexa, dado o regime de específicas entidades a que a lei atribui características e capacidades que as tornam entidades mistas, com disciplina que, em certos aspetos, as aproximam dos institutos públicos, noutros das entidades da administração autónoma e, mesmo noutros, das entidades empresariais.

Como abaixo veremos, é o que se passa, no presente processo, com o IPS.

11. Atente-se ainda que, nos termos do nº 1 do artigo 5º do diploma legal que estamos a analisar, “[a] contratação de bens e serviços pelas entidades compradoras é efectuada preferencialmente de forma centralizada pela ANCP ou pelas UMC”. E no nº 3, estipula-se ainda que “[a] intervenção da ANCP e das UMC é repartida segundo categorias de obras, bens e serviços, a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças e por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do sector, respectivamente”.

A portaria a que alude este nº 3 – e que releva para o presente caso – é a Portaria nº 420/2009 de 20 de abril, a qual veio rever e substituir a Portaria nº 772/2008 de 6 de agosto².

Ora, de acordo com o nº 1 do seu artigo 1º, a Portaria nº 420/2009, de 20 de abril, procede à definição das categorias de bens e serviços cujos acordos quadro e procedimentos de aquisição são celebrados e conduzidos pela ANCP, sendo que as categorias destes bens e serviços são os que constam da lista anexa à mesma portaria.

Assim, e para o que interessa ao caso *sub judicio*, deve dizer-se que a lista anexa à portaria contém a indicação – como categoria de bens e serviços cujos acordos quadro e procedimentos aquisitivos são celebrados pela ANCP – das “Refeições confeccionadas”, as quais, no que concerne aos códigos do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV), pertencem ao Grupo 55500000-5: Serviços de cantinas e de fornecimento de refeições (*catering*) e à Classe 55520000-1: Serviços de fornecimento de refeições (*catering*).

² Atualmente vigora a Portaria nº 103/2011 de 14 de março, a qual substitui a lista anexa às Portarias nºs 772/2008, de 6 de agosto e 420/2009, de 20 de abril.



12. Tendo-se visto que a prestação de serviços relativa a refeições confeccionadas se integra no domínio da contratação centralizada pela ANCP, voltemos ainda ao Decreto-Lei nº 37/2007, de 19 de fevereiro, para explicitar o regime que dele resulta para a contratação das entidades vinculadas ao SNCP.

No nº 4, do seu artigo 5º, este diploma legal estipula que “[a] contratação centralizada de bens e serviços (...) é obrigatória para as entidades compradoras vinculadas, sendo-lhes proibida a adopção de procedimentos tendentes à contratação directa de bens móveis e de serviços” mencionados na portaria atrás indicada, “salvo autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças”. Diga-se desde já, que no presente caso, tal autorização não foi solicitada.

A consequência legal decorrente da contratação efetuada em violação do disposto no nº 4, do artigo 5º, do citado Decreto-Lei nº 37/2007 é, de acordo com o nº 6 do mesmo artigo, a nulidade dos contratos, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, civil e financeira que ao caso couber, nos termos gerais de direito.

13. Na sequência do que vem de dizer-se, relativamente à disciplina do Decreto-Lei nº 37/2007 de 19 de Fevereiro, importa aludir ao facto de, no Diário da República, 2ª série, de 13 de agosto de 2010, ter sido publicado o Aviso nº 16199/2010, de 4 de agosto de 2010, da ANCP.

Com este Aviso, deu a ANCP conta, publicamente, de que celebrou em 28 de julho de 2010 o acordo quadro relativo ao fornecimento de refeições confeccionadas, na sequência da realização do “Concurso limitado por prévia qualificação para a celebração de acordo quadro para o fornecimento de refeições confeccionadas”, cujo anúncio de adjudicação foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) nº 2010/S 148-228136, de 3 de agosto de 2010.

Mais deu conta, no citado Aviso, de que “com a entrada em vigor, no dia 28 de Julho de 2010, do acordo quadro mencionado, passou a ser vedado a todos os serviços da administração directa do Estado e a todos os institutos públicos – que constituem entidades compradoras vinculadas enquadradas no nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 37/2007 – a adopção de procedimentos tendentes à contratação, fora do âmbito do mesmo, de bens e serviços abrangidos pelo acordo quadro, ressalvando-se, apenas, os casos de autorização expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças”.

14. Em conclusão: a contratação do fornecimento de refeições deve ser feita, pelas entidades vinculadas do SNCP, através daquele acordo quadro. Os contratos por elas celebrados com aquele objeto e fora do âmbito do acordo estão feridos de nulidade.



II.B – A natureza jurídica do IPS e o regime jurídico a que se subordina

15. O IPS é um instituto politécnico criado pelo Decreto-Lei nº 513-T/79, de 23 de dezembro e, como tal, uma instituição de ensino superior.

A Lei nº 62/2007, de 10 de setembro, *“estabelece o regime jurídico das instituições de ensino superior, regulando designadamente a sua constituição, atribuições e organização, o funcionamento e competência dos seus órgãos e, ainda, a tutela e fiscalização pública do Estado sobre as mesmas, no quadro da sua autonomia”* (vide o nº 1 do seu artigo 1º).

E a alínea a) do nº 1 do artigo 4º estabelece que, compreendendo o sistema do ensino superior, o ensino superior público e o ensino superior privado, aquele é *“composto pelas instituições pertencentes ao Estado e pelas fundações por ele instituídas”* nos termos daquela lei.

Ora, o IPS não sendo uma fundação instituída pelo Estado, é pois uma instituição pertencente ao Estado.

16. Nos termos do artigo 5º, nº 1, alínea b), deste diploma legal, as instituições do ensino superior integram as instituições de ensino politécnico, as quais compreendem os institutos politécnicos e outras instituições de ensino politécnico.

Como se já disse, e o nome também o diz, o IPS é um instituto politécnico.

De acordo com o disposto no artigo 9º, nº 1, da mesma lei, *“[a]s instituições de ensino superior públicas são pessoas colectivas de direito público, podendo, porém, revestir também a forma de fundações públicas com regime de direito privado”*.

O IPS é pois uma pessoa coletiva de direito público, e seguindo o que diz a lei, pertencente ao Estado.

17. Em conformidade com o nº 2, deste artigo 9º, as instituições de ensino superior públicas estão sujeitas, em tudo o que não contrariar esta Lei nº 62/2007 e demais leis especiais, *“ao regime aplicável às pessoas coletivas de direito público de natureza administrativa, designadamente à lei quadro dos institutos públicos, que vale como direito subsidiário naquilo que não for incompatível com as disposições da”* dita Lei nº 62/2007.

E, nos termos do nº 6 da mesma disposição legal, previne-se o intérprete de que, como legislação especial, aquela lei não é afetada por leis de carácter geral, salvo disposição expressa em contrário.

É patente que o pensamento legislativo, claramente expresso na letra da lei, vai no sentido de **subordinar as instituições de ensino superior, onde se inclui o IPS, ao disposto nas suas leis especiais – em particular, e no que agora interessa, a Lei nº 62/2007 - prevendo a aplicação de regimes gerais, designadamente a Lei Quadro dos Institutos Públicos, somente de forma subsidiária e sempre que, de tal aplicação, não resulte afetação das soluções consagradas naquelas leis especiais, salvo se houver expressa disposição em contrário.**

Diga-se ainda que a aplicação do entendimento referido no parágrafo anterior deve ser objeto de particular cuidado no caso das instituições de ensino superior que revistam a



forma de fundações públicas com regime de direito privado. Efetivamente, tal cuidado resulta claramente do inciso constante do referido nº 2 do artigo 9º que ressalva o disposto no capítulo VI do título III que constitui a disciplina de enquadramento destas instituições. E tal cuidado deve mesmo conduzir a que aquele entendimento não pode ser seguido nesses casos das fundações públicas.

Contudo, não se aprofunda esta questão por não interessar ao presente processo: o IPS não reveste a forma de fundação pública.

18. Mas, nesta matéria, deve acrescentar-se ainda o seguinte:

- a) Se se concorda com as conclusões 13ª, 14ª e 16ª da petição de recurso;
- b) Não se concorda com a conclusão 15ª da mesma petição quando diz: *“Temos, assim, que contrariamente ao que resulta do douto Acórdão, a Lei 3/2004 só é aplicável ao Instituto Politécnico de Setúbal, e às restantes instituições de ensino superior público, quando houver disposição expressa nesse sentido e não o contrário”*.

De facto, diremos antes: seguindo rigorosamente os termos da Lei nº 62/2007, a Lei nº 3/2004 (Lei Quadro dos Institutos Públicos³) é aplicável subsidiariamente ao Instituto Politécnico de Setúbal, e às restantes instituições de ensino superior público que não revistam a forma de fundações, em tudo o que não for incompatível com as disposições daquela lei especial, e no caso de daquela lei geral ou de outras leis de carácter geral resultarem soluções que afetem a aplicação da lei especial (se houver a referida incompatibilidade, portanto) tais soluções só são aplicadas se houver disposição expressa nesse sentido.

19. Aqui chegados, sabemos que o **IPS é uma pessoa coletiva de direito público, pertencente ao Estado, sujeito ao disposto na sua lei especial e, subsidiariamente, ao regime aplicável às pessoas coletivas de direito público de natureza administrativa, designadamente à Lei Quadro dos Institutos Públicos, desde que não haja incompatibilidade ou afetação das soluções consagradas naquela lei especial.**

Sendo uma pessoa coletiva de direito público, face à extrema variedade que esta espécie pode assumir, não pode o intérprete deixar de perguntar: que tipo de pessoa coletiva de direito público?

A esta pergunta, a lei especial não responde, pelo que temos de apelar, nos termos daquela mesma lei, ao direito subsidiário.

Vejam os pois a Lei Quadro dos Institutos Públicos. Ora, esta estabelece no seu artigo 48º uma categoria de institutos públicos que “[g]ozam de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade (...)” e, naquela categoria, integra “[a]s (...) escolas de ensino superior politécnico”.

Verifica-se, pois, que **o IPS é um instituto público de regime especial**. E resulta desta disposição uma norma com igual orientação, embora complementar, das

³ A Lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro foi objeto das alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 51/2005, de 30 de agosto, pelos DL nºs 200/2006, de 25 de outubro e 105/2001, de 3 de abril (que a republicou) e pela Lei nº64-A/2008, de 31 de dezembro.



anteriormente visitadas no regime das instituições do ensino superior: o regime especial destes institutos derroga o regime comum dos institutos públicos, na estrita medida necessária à sua especificidade.

II.C – O IPS e a contratação centralizada

20. Face ao regime da contratação pública centralizada e do SNCP, recorde-se que, sendo um instituto público, ainda que de regime especial, o IPS deveria ser considerado uma entidade vinculada. Mas será que a especialidade do seu regime, que resulta da sua lei especial e, subsidiariamente, da Lei Quadro dos Institutos Públicos, confirma essa orientação ou, antes, afasta-a, aproximando o IPS da administração autónoma e, portanto, do universo das entidades voluntárias do SNCP? Importa indagar.

Vejamos pois que soluções resultam da legislação especial aplicável ao IPS que possam ter impacto em matéria de contratação pública, muito especialmente em matéria de contratação pública centralizada.

E, nessa indagação, deve atender-se também especialmente à argumentação produzida na petição de recurso.

21. Diz-se na petição de recurso que “[l]ogo no artigo 1º desta Lei se refere que nela se estabelece, além do mais, a regulação da tutela e fiscalização pública do Estado sobre as instituições de ensino superior, no quadro da sua autonomia” e “[r]efere-se no artigo 11º, nº. 4, da lei 62/2007, que a autonomia das instituições não preclude a tutela governamental, nos termos da Lei” e ainda que “[a] tutela é reservada à administração autónoma, não sendo, por isso, por acaso que quer no artigo 1º quer no artigo 14º da Lei 62/2007 se refere aos poderes da tutela do Estado”.
22. Ora, resulta efetivamente do artigo 1º da Lei nº 62/2007, de 10 de setembro - e igualmente do artigo 150º e seguintes - que os institutos politécnicos estão sujeitos “a tutela e fiscalização pública do Estado”.

E, como se relembra na petição, o artigo 11º, nº. 5⁴, da mesma Lei nº 62/2007, prevê que “a autonomia das instituições de ensino superior não preclude a tutela ou fiscalização governamental”.

E se é aceitável a afirmação feita pelo recorrente de que “[e]mbora não o expresse explicitamente, a Lei 62/2007, pressupõe, toda ela que actualmente as instituições de ensino superior público integram a administração autónoma” contudo, na concreta caracterização da natureza dos institutos politécnicos, há que atender-se a todo o sistema normativo que lhes é aplicável: designadamente a Lei Quadro dos Institutos Públicos, por força da sua própria lei especial.

23. Ao contrário do que é afirmado pelo recorrente, nas suas conclusões, a tutela não é reservada à administração autónoma.

Relembre-se que a Lei Quadro dos Institutos Públicos prevê a tutela destes serviços. Pese embora tal tutela tenha um conteúdo diferente⁵, não significa necessariamente

⁴ Na petição de recurso remete-se para o nº 4 do artigo. Mas é claramente um “*lapsus scriptae*”.



Tribunal de Contas

que os institutos politécnicos, por essa via, não são administração indireta, mas autónoma. Sendo institutos públicos de regime especial, têm, por força da sua lei especial, uma tutela com conteúdo diferente. São, por isso também, institutos de regime especial.

24. Deve contudo reconhecer-se que neste concreto domínio do tipo de tutela exercida, pese embora os institutos politécnicos sejam institutos públicos (embora de regime especial), os poderes tutelares consagrados na lei especial aproximam-se dos de uma tutela de pura legalidade⁶, própria da administração autónoma, do que de uma tutela de legalidade e mérito, mais própria da administração indireta geral.

No mesmo sentido vai o facto de sobre aquelas entidades do ensino superior não se exercerem poderes de superintendência.

Mas o mais que poderemos afirmar com segurança é que os institutos politécnicos são institutos públicos – assim os qualifica a Lei Quadro dos Institutos Públicos (logo são administração indireta) - sujeitos a uma tutela com conteúdo especial, consagrada na sua lei especial: são institutos públicos de regime especial de que resulta uma tutela especial.

25. Neste domínio – o da caracterização dos institutos politécnicos como entidades da administração indireta ou autónoma, em função do tipo de tutela e outros poderes de controlo que sobre eles são exercidos – é verdade que os elementos normativos militam a favor de uma aproximação dos institutos politécnicos à administração autónoma.

Mas a concreta determinação do conteúdo da tutela exercida e o facto de nesse domínio haver aproximação ao regime das administrações autónomas é determinante para a identificação do regime de contratação pública centralizada a que os institutos politécnicos estão sujeitos? Não parece ser determinante.

Há pois que atender a outros aspetos que em concreto devem ser considerados para se determinar se os institutos politécnicos, em matéria de contratação pública centralizada, devem ser considerados administração indireta ou autónoma.

E devemos continuar a dar atenção ao que é alegado pelo recorrente.

26. Segundo o disposto no artigo 11º, nº 1, da Lei nº 62/2007, de 10 de setembro, “*as instituições de ensino superior públicas gozam de autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural, administrativa, financeira, patrimonial e disciplinar face ao Estado, com a diferenciação adequada à sua natureza*”.

Assim, resulta desta norma, para o que agora importa, e ainda dos artigos 108º e seguintes, que o IPS goza de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.

⁵ Vide o artigo 41º e seguintes da Lei Quadro dos Institutos Públicos. Deve ainda afirmar-se que os institutos públicos de regime geral para além de estarem sujeitos a tutela, estão igualmente sujeitos a superintendência governamental.

⁶ Para determinar que tipo de tutela é exercida sobre os institutos politécnicos – matéria que não se justifica aprofundar neste acórdão – deveria ainda atender-se ao disposto nos artigos 31º, 54º, 55º, 69º nº 3 e 150º e seguintes da mesma Lei nº 62/2007. Em tais preceitos, é pelo menos duvidoso que se possa considerar que estamos perante uma tutela de estrita legalidade.



Tribunal de Contas

Ora, a generalidade dos institutos públicos goza desse tipo de autonomias face ao Estado e, mesmo assim, foi intenção do legislador integrá-los no universo das entidades vinculadas do SNCP.

É verdade que a autonomia administrativa, financeira e patrimonial destas instituições tem um recorte específico consagrado nesta lei especial, no seu capítulo V. E é verdade igualmente que tal especificidade se ampliou noutras disposições legais de carácter especial⁷.

Mas não se perca de vista o essencial: na lei especial nada se diz em matéria de contratação centralizada, vinculada ou voluntária. Não parece pois que a consagração daquelas autonomias, feita na lei especial, constitua uma especificidade que derroque as normas de regimes gerais, relativas à vinculação dos institutos públicos ao SNCP. Ou dito de outro modo: o regime aplicável à generalidade dos institutos públicos, em matéria de contratação centralizada, naquilo que se viu até agora, não parece pôr em causa a aplicação da lei especial por que se rege o IPS.

Pergunte-se ainda: será que o entendimento, que agora se deu às autonomias administrativa, financeira e patrimonial, põe em causa a “*autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural*” que a lei especial também expressamente consagra para as instituições de ensino superior? O legislador nada diz expressamente nesse sentido: defender tal posição (a de que as autonomias estatutária, pedagógica, científica e cultural conduzem a um entendimento específico das autonomias administrativa, financeira e patrimonial que as afastaria, no domínio da contratação centralizada, dos demais institutos públicos) não tem na letra da lei qualquer apoio.

Assim, o argumento possível de que a “*autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural*” e o perfil específico da “*autonomia administrativa, financeira, e patrimonial*” conduziria a considerar-se que os institutos públicos são administração autónoma para efeitos da aplicação do regime jurídico da contratação centralizada não é aceitável.

27. De harmonia com o artigo 76º, da Lei nº 62/2007, de 10 de setembro, as instituições de ensino superior dispõem de órgãos de governo próprio.

Ora, a existência de órgãos de governo próprio é uma característica específica destas instituições que, consagrando um regime de autogoverno, as aproxima também do universo das administrações autónomas. Mas também aqui se pergunta: a consagração de um modelo de autogoverno, por si só, arrasta a não aplicação das normas de regimes gerais em matéria de contratação centralizada? Para defender tal posição teria de se demonstrar que aquela aplicação põe em causa a aplicação da lei especial. Ora, o autogoverno destas instituições em nada é beliscado pelo recurso aos instrumentos vinculados de contratação centralizada.

28. Argumenta-se que o presidente do instituto politécnico, nos termos do artigo 85º da referida Lei nº 62/2007 “*é o órgão superior de governo*” e que, nos termos do artigo 92º, nº1, alínea e), compete-lhe “*orientar e superintender na gestão administrativa e*

⁷ Vide designadamente, como é invocado pelo recorrente, o Decreto de Execução Orçamental para 2011, no que respeita à entrega dos saldos na Tesouraria do Estado.



financeira da instituição, assegurando a eficiência no emprego dos seus meios e recursos”.

Ora, por si esta disposição em nada se afasta do que genericamente é consagrado para os institutos públicos (e, aliás, para qualquer responsável máximo de serviço público).

Assim, ao contrário do que foi defendido, destas disposições legais nada parece resultar de que, na ausência de normas especiais em matéria de contratação centralizada, a aplicação de regimes gerais ponha em causa a prevalência do regime especial.

29. Invocou-se ainda que a publicitação dos atos relativos aos estabelecimentos do ensino superior é feita, no Diário da República, na Parte E, onde se inserem os atos das administrações autónomas.

Tal argumento não é, em nada, decisivo. Por um lado, porque há verdadeiras administrações autónomas que não vêm os seus atos ali inseridos: caso das autarquias locais. Por outro lado, porque se considera haver efetivamente estabelecimentos do ensino superior que se inserem no âmbito das administrações autónomas: caso dos que assumem a forma de fundações públicas, com regime de direito privado.

Mas finalmente, porque tratando-se da questão de clarificação do regime de contratação pública centralizada aplicável aos institutos politécnicos, nada dizendo a lei especial sobre a matéria, devendo então apelar-se ao regime geral, não se vê que relevância pode ter o regime de publicitação dos seus atos para tal clarificação.

30. Do que foi dito, importa tirar conclusões sobre se o IPS deve ser integrado no universo das entidades vinculadas do SNCP, ou se deve ser qualificado como entidade voluntária em matéria de contratação centralizada.

Ora, do exposto resulta que há domínios do regime especial dos institutos politécnicos que os remetem para o universo dos institutos públicos e, outros, para o das administrações autónomas.

O IPS é verdadeiramente uma instituição com um regime misto.

A questão tem de ser, como se viu, esclarecida em concreto.

Assim: estamos no domínio da contratação pública centralizada e particularmente da contratação do fornecimento de refeições.

Não resulta da lei especial por que o IPS se rege, qualquer orientação normativa expressa sobre a matéria.

Temos pois de nos socorrer da lei geral, como regime subsidiário, nos termos dos n.ºs 2 e 6 do artigo 9.º da Lei n.º 62/2007, e com o entendimento acima explicitado no n.º 17.

Da lei geral resulta que o IPS deve ser considerado como instituto público de regime especial.

Os aspetos que foram invocados para afirmar a especificidade do regime do IPS, defendendo que se insere no universo das administrações autónomas, como se viu, ou não são fundamento para se tirar tal conclusão, neste processo (caso do tipo de poderes de controlo, da autonomia administrativa, financeira e patrimonial, dos



poderes do presidente e do regime de publicação dos seus atos no Diário da República) ou só longinquamente se prendem com a contratação centralizada (caso da autonomia estatutária, pedagógica, científica e cultural e do autogoverno).

Em conclusão:

- Seguindo os critérios da Lei Quadro dos Institutos Públicos, no seu n.º 1 do artigo 48.º, tratando-se de matéria que diz respeito à gestão administrativa, financeira e patrimonial, o IPS deve ser considerado como instituto público, e nada do seu regime especial justifica a derrogação do regime aplicável, em matéria de contratação centralizada, aos institutos públicos em geral;
- Seguindo os critérios da Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro, nos n.ºs 2 e 6 do seu artigo 9.º, na medida em que esta lei nada estabelece em matéria de contratação centralizada, a aplicação do regime geral dos institutos públicos nesta matéria em nada afeta as soluções consagradas na legislação especial das instituições do ensino superior.

Assim, neste domínio da contratação centralizada, **o IPS deve ser pois considerado instituto público de regime especial e, como tal, e porque as suas especificidades não exigem solução diferente, deve ser considerado entidade vinculada do SNCP.**

Subscreve-se pois o entendimento do acórdão recorrido nesta questão que é a central também para a presente decisão.

31. Para fundamentar o não recurso ao acordo quadro, foi ainda alegado pelo IPS que o preço por eles obtido é mais favorável que o que resulta daquele.

Tal argumento não colhe: o que importa é saber se o IPS é ou não entidade vinculada. Sendo entidade vinculada, como se demonstrou, deve socorrer-se dele. E, como se sabe, a negociação em concreto das soluções contratuais não estão fechadas com a celebração do acordo quadro.

II.D – Conclusões em matéria de fiscalização prévia

32. Face ao exposto, concordando-se no essencial com a decisão recorrida, temos ainda de concluir que, sendo a contratação centralizada de serviços de fornecimento de refeições confeccionadas, através da ANCP, obrigatória para as entidades compradoras vinculadas, por força do disposto no artigo 5.º, n.ºs 1, 3 e 4 do citado Decreto-Lei n.º 37/2007, não deveria o IPS ter celebrado o contrato que ora submeteu a fiscalização prévia deste Tribunal. Ao invés, deveria o mesmo instituto ter efetuado a contratação do serviço de fornecimento de refeições confeccionadas, nos termos do acordo quadro celebrado pela ANCP e publicitado pelo Aviso acima referido.

Como o contrato, remetido para fiscalização prévia, foi celebrado em violação do disposto no n.º 4, do artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 37/2007, é o mesmo nulo, de harmonia com o estabelecido no n.º 6, do mesmo artigo.

33. Enquadra-se, pois, tal violação no disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.



III – DECISÃO

34. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em julgar improcedente o recurso e em manter o acórdão recorrido.
35. Mais se decide enviar cópia da presente decisão ao Senhor Ministro de Estado e das Finanças e à ANCP para que sejam ponderadas as alegações apresentadas de que os preços fixados nos acordos quadro são mais elevados que os obtidos em concursos públicos promovidos pelas entidades públicas contratantes e as afirmações de que *“bem gerir, todos o sabem, pelo menos no caso das instituições de ensino superior público, é contratar mediante concurso público com publicação no Jornal Oficial da União Europeia e não mediante a financeiramente desastrosa intervenção da ANCP”* e de que *“[c]om a intermediação obrigatória da ANCP resultarão elevadíssimos prejuízos para estas entidades”*.
36. São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do nº1 e do nº 2 do artigo 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁸.

Lisboa, 13 de setembro de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Manuel Mota Botelho)

(Carlos Alberto Morais Antunes)

O Procurador-Geral Adjunto,

(Jorge Leal)

⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de abril.



Tribunal de Contas
