



ACÓRDÃO N.º 15/14.OUT.2014 – 1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 17/2013

(Processo n.º 1061/2013)

I – RELATÓRIO

1. A Guarda Nacional Republicana interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 23/2013, de 30 de setembro, que recusou o visto ao contrato relativo à aquisição de câmaras térmicas portáteis de visão noturna, celebrado entre a GNR e a empresa SDT-Eletrónica, S.A., pelo valor de € 364.098,08, acrescido do valor do IVA à taxa legal aplicável.
2. A recusa de visto fundamentou-se fundamentalmente nas seguintes considerações:

“A SDT, SA e a Sointel tiveram conhecimento mútuo das suas propostas, quer por via da intervenção pessoal do mesmo representante na assinatura das propostas, quer pela afirmação de que uma das empresas participaria em parte na proposta da outra, através da assistência técnica. Sublinhe-se que esta situação foi constatada pela entidade adjudicante, num primeiro momento.

Assim sendo é claro que existem concretamente provas materiais de terem ocorrido práticas suscetíveis de falsear a concorrência, uma vez que aqueles concorrentes se apresentaram de forma concertada no concurso público, com conhecimento mútuo do conteúdo das respetivas propostas.

Assim sendo, a proposta da empresa SDT, Lda. deveria ter sido excluída, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, e, por isso não deveria ter sido efetuada a adjudicação nos termos da alínea b) do artigo 79.º do CCP”.

3. Considerou a decisão recorrida que tendo havido inobservância do princípio da concorrência e sido desrespeitadas aquelas disposições legais, as ilegalidades se enquadravam no fundamento para recusa de visto consagrado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro).
4. A GNR recorre da referida decisão argumentando essencialmente nos seguintes termos:

Apesar da factualidade exposta demonstrar a existência de aspetos comuns na estrutura jurídica das empresas (SDT, SA e Sointel), daí o facto das propostas de ambas terem sido



assinadas pela mesma pessoa, discordamos, salvo o devido respeito, que tal constitua uma prática suscetível de falsear a concorrência.

A jurisprudência do STA tem sido exigente na aferição que faz nesta matéria, (...) [e] diz-nos que (...) “não se pode imputar qualquer violação do princípio da concorrência ao simples facto de [a um concurso] terem concorrido duas empresas em relação de domínio ou de grupo, pois que a lei não estabelece qualquer presunção, nesse âmbito, resultante da sua situação de coligação, antes exigindo a existência de indícios da violação desse princípio, que têm de ser fortes, tenha de resultar de circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas”. (...) “Impõe-se, assim, concluir que o direito comunitário não permite a exclusão dos concorrentes que se apresentem separadamente num mesmo concurso pelo simples facto de entre eles existir uma relação de domínio entre eles, antes exigindo que seja permitido demonstrar que não houve qualquer concertação na apresentação das suas propostas, pelo que, vigorando esse direito na nossa ordem jurídica e tendo primazia em relação ao direito interno (art.º 8.º da CRP (...), sempre se teria, perante uma interpretação possível, como é, no mínimo, aquela que consagramos, de dar prevalência a essa interpretação. Na verdade, é entendimento jurisprudencial uniforme que, quando uma lei permitir mais que uma interpretação, sendo uma conforme e outra desconforme com a CRP ou o direito comunitário, deve optar-se por aquela que seja conforme”.

“Constatamos assim que, pese embora a ligação que possa existir entre as empresas, e por via disso poderem conhecer mutuamente o teor das respetivas propostas, não é suficiente para a jurisprudência concluir que existe violação do princípio da concorrência”.

“Por conseguinte, neste contexto argumentativo, projetando-o sobre a decisão recorrida, entendemos não estar suficientemente demonstrado que a “SDT-Eletrónica, S.A.” incorreu numa prática suscetível de falsear as regras da concorrência, logo não existe motivo para a exclusão da sua proposta ao abrigo da alínea g), n.º 2, do art.º 70.º do CCP.”

5. O Ministério Público emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso. Nele se diz nomeadamente:

“Na verdade, no caso vertente, resulta inequivocamente das circunstâncias concretas da atuação das sociedades SDT, SA e Sointel, Lda., que as propostas por elas apresentadas, para além de serem subscritas pela mesma pessoa, revelam claramente uma concertação estreita, diríamos mesmo estrutural. Na verdade, no plano do governo das sociedades, como resulta do facto 10 do duto acórdão recorrido, a sociedade Sointel, Lda. tem como sócios gerentes a SDT SA e Bertrand Helly Bernard Bouet, que por seu turno é Presidente do CA da SDT,SA. A esta união pessoal, no plano do governo societário, correspondeu, no caso concreto, não só a subscrição pela mesma pessoa das propostas das sociedades em causa, como também, em bom rigor, uma repartição das prestações negociais, uma verdadeira divisão de trabalho apresentada pelas sociedades concorrentes, na medida em que, na sua proposta a Sointel, Lda. propunha que a assistência técnica ao equipamento a fornecer fosse prestada pela SDT, SA.

Estamos, pois, manifestamente em presença de factos concretos que configuram uma prática suscetível de falsear a concorrência”

6. Foram colhidos os vistos legais.



II – FUNDAMENTAÇÃO

a. Os factos

7. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto referida na decisão recorrida.
8. Dá-se pois por assente tal matéria, recuperando-se a seguir a que é mais relevante para ponderar o que está em causa neste recurso.
9. No programa do concurso público de formação do contrato, estabeleceu-se que os membros de um agrupamento concorrente não podiam ser concorrentes no mesmo procedimento, nem integrar outro agrupamento concorrente.
10. Das seis propostas concorrentes apenas uma ficou admitida a concurso: a da empresa SDT, Eletrónica, SA.
11. Em sede de audiência prévia pronunciou-se a empresa Elbit, Lda., excluída do concurso, no sentido de que a proposta admitida se encontrava assinada pela mesma pessoa que, também, assinava a proposta de outra empresa concorrente, a Sointel, Lda., contrariando a referida disposição do Programa de Concurso. Concretamente as propostas das empresas Sointel, Lda. e SDT– Eletrónica, SA, eram assinadas por Bertrand Hely Bernard Bouet, sócio gerente da Sointel, Lda. e Presidente do Conselho de Administração da SDT, SA. O Conselho de Administração da SDT – Eletrónica, SA era constituído por Bertrand Hely Bernard Bouet, Hely Henri Jean Bouet e Raul Manuel Ferreira Pascoal Lobato. A SOINTEL Lda. tinha como sócio gerentes a SDT Investimentos – Sociedade Gestora de Participações, SA e Bertrand Hely Bernard Bouet. Na proposta apresentada pela empresa Sointel, Lda. propunha-se ainda que a assistência técnica ao equipamento a fornecer fosse prestada pela empresa SDT– Eletrónica,SA.
12. O júri, atendendo ao disposto no artigo 53.º do CCP (Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, e posteriormente alterado, sendo a última alteração a do Decreto-Lei nº 149/2012, de 12 de julho), não acolheu aquele argumento na medida em que, tendo as duas empresas apresentado propostas distintas elas não concorreram como agrupamento e não se verificou o impedimento do n.º 2 do artigo 5.º do programa do concurso.
13. Assim, da matéria de facto resultam os seguintes aspectos essenciais:
 - a) As propostas apresentadas por dois concorrentes – um veio a ser o adjudicatário – tinham como subscritor uma mesma pessoa;



- b) Essa pessoa era membro do Conselho de Administração de uma concorrente – a SDT-Eletrónica, SA – e gerente da outra – a SOINTEL Lda.;
- c) Um desses dois concorrentes – a SOINTEL Lda. – tinha também como gerente um representante da SDT Investimentos – Sociedade Gestora de Participações, SA;
- d) Uma das propostas – a da SOINTEL Lda. – previa a intervenção da outra concorrente – a SDT-Eletrónica, SA – na prestação do serviço.

b. O direito

Avaliação à luz da lei da contratação pública

14. Como se viu, o acórdão recorrido considerou que ocorreram práticas suscetíveis de falsear a concorrência, uma vez que dois concorrentes se apresentaram de forma concertada no concurso público, com conhecimento mútuo do conteúdo das respetivas propostas. Assim, a proposta adjudicatária deveria ter sido excluída, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.
15. Efetivamente, o contrato em causa foi precedido de um acordo entre duas empresas que se apresentaram no procedimento pré-contratual que precedeu a celebração do contrato, tendo cada uma das empresas posições cruzadas no capital social da outra, havendo titulares dos órgãos sociais comuns, e, sendo ambas as propostas de cada uma das empresas subscrita pelo mesmo titular dos órgãos sociais de ambas as empresas, aparecendo uma das empresas na proposta da outra como prestadora de serviço à outra para assegurar a proposta contratual da outra, o que falseou de forma significativa a concorrência.
16. A petição de recurso veio defender que não se pode invocar qualquer violação do princípio da concorrência pelo simples facto de a um concurso terem concorrido duas empresas em relação de domínio ou de grupo, pois que a lei não estabelece qualquer presunção, nesse âmbito, resultante da sua situação de coligação, antes exigindo a existência de indícios da violação desse princípio, que têm de ser fortes, tenha de resultar de circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas. E invocou que o direito comunitário não permite a exclusão dos concorrentes que se apresentem separadamente num mesmo concurso pelo simples facto de entre eles existir uma relação de domínio entre eles, antes exigindo que seja permitido demonstrar que não houve qualquer concertação na apresentação das suas propostas.
17. Antes da apreciação do que aqui está em causa – é admissível a admissão a concurso de duas propostas que apresentam os elementos caracterizadores que foram destacados acima nos factos relevantes? – afirme-se que o Direito e as categorias



Tribunal de Contas

jurídicas enquadram, qualificam e disciplinam a realidade. Mas não podem ser usados para disfarçá-la. Seria trair a Verdade. E a aplicação do Direito tem de se nortear por princípios de verdade.

18. Dispõe o artigo 53º do CCP:

“É concorrente a entidade, a pessoa singular ou colectiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta”.

19. Estabelece ainda a alínea g) do n.º 2 do artigo 70º do mesmo código:

“São excluídas as propostas cuja análise revele (...) [a] existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência”.

20. E como se referiu, seguindo o disposto no n.º 2 do artigo 54º do CCP, dispunha o n.º 2 do artigo 5.º do Programa de Concurso (PC), sob a epígrafe “Agrupamentos”:

“Os membros de um agrupamento concorrente não podem ser concorrentes no mesmo procedimento, nem integrar outro agrupamento concorrente”.

21. Sublinhe-se que no transcrito artigo 53º do CCP, na definição de “concorrente” a lei apela à noção de “entidade, pessoa singular ou colectiva”. E fá-lo porque há, no sistema jurídico, uma clara orientação de que os concorrentes podem subsumir-se a uma pluralidade de situações jurídicas para se apresentarem como proponentes ao fornecimento de bens ou à realização de prestações no âmbito dos mercados públicos: como pessoas singulares ou colectivas, como consórcios ou agrupamentos. Desde que tais concorrentes cumpram outras exigências legais e concursais em matéria de regras de participação, podem pois assumir diferentes formas. Com a adoção de tão genérica noção, pretende-se pois não levantar obstáculos ao surgimento do maior número de propostas, assim melhor se salvaguardando os interesses públicos e estimulando a concorrência, em obediência ao princípio do “favor participationis”. Contudo, com tal genérica noção permite-se até ao intérprete perscrutar se, em concreto, dois ou mais concorrentes constituem de facto duas ou mais entidades, ou, ao contrário, apesar de concorrerem em separado, deverem ser considerados substancialmente uma só entidade.

22. Em tributo ao princípio da concorrência, insere-se pois tal solução redacional, numa lógica de desenvolvimento de uma oferta diversificada e competitiva de soluções. Diziam já em 1998 Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira (in “Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa”, p.101):

“Chamar a concorrência, lançar um concurso, pressupõe (...) considerar os concorrentes como opositores uns dos outros, permitindo-se-lhes que efectivamente compitam ou



concorram entre si, que sejam medidos (eles ou as suas propostas) sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis”.

23. E em 2011, diziam os mesmos autores (in “Concursos e outros procedimentos de contratação pública”, p.186), referindo-se a uma das facetas do princípio da concorrência:

*“[A contratação pública] realiza-se pública ou abertamente no mercado, através dele, dirigindo-se à concorrência aí existente, para que o maior e melhor número de pessoas ou empresas se interessem pela celebração do contrato em causa e, para tanto, concorram ou licitem **umas contra as outras**, oferecendo as contrapartidas necessárias para superar as que presumivelmente os seus opositores serão capazes de oferecer”.*

24. Mas a consagração e acolhimento do princípio da concorrência, se tem esta vertente positiva e quantitativa, promotora do maior número de agentes económicos interessados em participar nos mercados públicos, tem também uma vertente negativa e qualitativa, na medida em que impõe que sejam observados princípios de equilibrada, leal e sã concorrência. Pretende-se pois o máximo de concorrência, mas equilibrada, leal e sã.

25. Esta segunda faceta do princípio da concorrência, deve ser interpretada à luz da CRP que estabelece no seu artigo 81º que:

“Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social (...) assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

26. Como refere Manuel Afonso Vaz em anotação a esta disposição (in “Constituição Portuguesa Anotada”, de Jorge de Miranda e Rui Medeiros, 2006), a CRP assume assim “o princípio da concorrência como valor objectivo ou constelação de valores objetivos de ordem constitucional”.

27. No quadro desta orientação, o nº 2 do artigo 54º do CCP e n.º 2 do artigo 5.º do PC, acima transcrito, estabelecem que os concorrentes que sejam membros de agrupamento estão impedidos de apresentar propostas em duas qualidades diferentes: quer em agrupamentos diferentes, quer em agrupamento e individualmente. Aqui se vê uma concretização da leal e sã concorrência e o afloramento de uma regra que lhe está naturalmente ínsita: a de que um mesmo concorrente não se pode apresentar, duas ou mais vezes, no mesmo procedimento sob duas ou mais formas ou “roupagens” jurídicas.

28. Assim, e na sequência do que acima se afirmou no nº 17, se dá relevância à realidade material em detrimento da forma, visando evitar que, através de um jogo de formas, as empresas possam obter certas vantagens no mercado em que concorrem que, de



Tribunal de Contas

outra forma, não obteriam. É a tutela do interesse público que justifica esta solução legal.

29. Ora, resulta de factos indesmentíveis e indesmentidos que duas propostas, no procedimento de formação do presente contrato, foram assinadas pela mesma pessoa. E tal pessoa tinha responsabilidades máximas nas estruturas de direção de ambas as sociedades concorrentes. E desses factos só se pode concluir que quem apresentou uma proposta conhecia a outra. E, portanto, cada concorrente conhecia a proposta da outra. Que mais é preciso demonstrar para concluir neste sentido?
30. Que mais é preciso argumentar para, no seguimento dos autores acima referidos, se poder afirmar que no caso, no que a estas concorrentes respeita, não há *“opositores uns dos outros”* nem as concorrentes *“concorrem ou licitam umas contra as outras, oferecendo as contrapartidas necessárias para superar as que presumivelmente os seus opositores serão capazes de oferecer”*?
31. E se é verdade que em rigor não se verifica o previsto no nº 2 do artigo 54º do CCP, e no n.º 2 do artigo 5.º do PC, é porém indiscutível que uma das propostas – a da SOINTEL Lda. – previa a intervenção da outra concorrente – a SDT-Eletrónica, SA – na prestação do serviço.
32. Atendendo à argumentação da petição de recurso, que indícios mais fortes que estes são necessários para se afirmar que há desrespeito do princípio da concorrência? Que outra circunstância concreta da atuação das empresas no procedimento concursal é preciso descobrir para concluir que há violação daquele princípio? Que mais aspetos é preciso descortinar na análise das propostas apresentadas, para se concluir que não houve entre elas concorrência, nem leal, nem sã?
33. Reconhecer que neste caso houve respeito pelo princípio da concorrência só seria possível desconsiderando completamente o ato de assinatura – afirmando-se pois que assinar um documento nada significa – ou acreditar no melhor dos mundos *“panglossianos”* da concorrência em que os concorrentes são e lealmente concorrem consigo próprios.
34. É pois preciso atender com cuidado à jurisprudência invocada e também lembrar o Acórdão do STA de 1 de Junho de 2006, no Processo nº 01126/05, onde se afirma que

“Tendo duas empresas concorrentes a um concurso público de concessão e exploração como único sócio e gerente a mesma pessoa, entre elas não pode haver concorrência, pelo que se impõe a respetiva exclusão do concurso”.



35. Ocorreu pois violação do disposto na alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, como foi referido na decisão da primeira instância.

36. E igualmente foi violado o n.º 4 do artigo 1º do CCP, que consagra o princípio da concorrência como princípio especialmente aplicável à contratação pública.

Avaliação à luz da lei da concorrência

37. Contudo, a matéria pode ainda ser avaliada à luz do disposto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência), que no n.º 1 do seu artigo 9º diz:

“São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”.

38. A referida disposição – mas, porventura, também o que se dispõe nos artigos 10º a 12º da mesma lei - permitiria à entidade adjudicante uma adequada densificação do previsto na alínea g) do n.º 2 do artigo 70º do CCP.

39. Nessa medida, os conceitos operacionais e os efeitos jurídicos constantes do artigo 9º da Lei n.º 19/2012, de 18 de maio, são relevantes e são obrigatoriamente cognoscíveis pelos júris de procedimento e pelos restantes órgãos administrativos intervenientes no procedimento administrativo pré-contratual, sempre que tal se torne necessário para fundamentar uma decisão de exclusão ou de admissão de propostas contratuais, com fundamento em viciação significativa das regras da concorrência, por parte de empresas subscritoras de propostas.

40. Ou seja sempre na estrita medida em que seja necessário para concluir pela existência de situações suscetíveis de impedir ou falsear a concorrência no procedimento em causa, mas sempre no respeito das atribuições das autoridades da concorrência e do prosseguimento das suas missões que têm um sentido e alcance bastante mais amplo. E sempre que sejam relevantes para decidir sobre a exclusão ou a admissão de propostas viciadas de práticas ou de acordos suscetíveis de afetar de forma significativa a concorrência e a igualdade dos concorrentes e afetar a validade substantiva dos contratos públicos celebrados tendo por base propostas viciadas nos termos enunciados.

41. Relembre-se finalmente que o n.º 2 do referido artigo 9º determina que os acordos e as decisões que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência são nulos.



Consequências em sede de fiscalização prévia

42. Importa avaliar agora as violações de lei identificadas na dimensão do seu impacto no exercício das competências de fiscalização prévia deste Tribunal.
43. Como se viu, foi admitida uma proposta que deveria ter sido excluída ao abrigo da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP. Caso tivesse sido excluída – não se violando assim esta disposição legal – não poderia ocorrer adjudicação alguma por força da alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP e deveria ter-se repetido o procedimento para a formação do contrato. Ora, caso se tivesse cumprido a lei, o resultado financeiro do procedimento poderia ter sido diferente. É pois sobre esta dimensão de efetiva ou potencial alteração de resultados financeiros que a jurisdição financeira deve zelar, independentemente do *iter* que os atos e contratos venham a percorrer noutras ordens jurídicas, e das consequências que nelas se verificar, nomeadamente em matéria da sua validade.
44. Tal situação é precisamente a prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, quando aí se refere “*ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro*”. Sublinhe-se que para efeitos desta norma, quando aí se prevê “[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro”, significa que basta que ocorra a possibilidade de que das ilegalidades constatadas possa ter resultado a alteração do resultado financeiro do procedimento, para haver fundamento para a recusa de visto. Ora, no presente caso, há ou houve efetivamente essa possibilidade.
45. Tendo presente o acordo entre as empresas já referidas, consubstanciada nas propostas por ambas apresentadas, e os atos do júri e do órgão competente da entidade adjudicante, que decidiram e confirmaram a admissão de propostas alicerçadas no referido acordo entre ambas empresas que se integrava na previsão do artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP, e no disposto no n.º 1 e 2 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como os atos do órgão administrativo que adjudicou uma dessas propostas, aprovou a minuta do contrato e o próprio contrato posteriormente celebrado, estão feridos de nulidade (neste sentido, vide Nuno Cunha Rodrigues, «A nulidade dos contratos públicos, à luz do direito da concorrência» in «Estudos da Contratação Pública-IV, Organização de Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, página 212 e seguintes; e João Moreira «Cartelização - A exclusão de propostas suscetíveis de alterar a concorrência» in Estudos da Contratação Pública III, Organização de Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2010, página 201 e seguintes).
46. Também o artigo 280.º do Código Civil determina que são nulos os negócios jurídicos contrários à lei e o artigo 283.º do CCP prevê que os contratos são nulos se a nulidade



Tribunal de Contas

do ato procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo.

47. Também o artigo 133º do CPA reconhece que são nulos os atos para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.
48. Ora, a nulidade constitui igualmente fundamento para a recusa de visto por força do disposto na alínea a) do nº 3 do mesmo artigo 44º.
49. Pelo que se entende dever manter a decisão de recusa de visto ao contrato tomada na decisão recorrida.

III – DECISÃO

50. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em julgar improcedente o recurso e manter a recusa de visto ao contrato, nos termos das alíneas a) e c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC.
51. Ainda decidem fixar emolumentos nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (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).

Lisboa, 14 de outubro de 2014

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(João Francisco Aveiro Pereira)

Voto a decisão e o fundamento de recusa de visto da nulidade. Vencido quanto ao resultado financeiro nos termos da declaração anexa
(Ernesto Luís Laurentino da Cunha)

Estive presente

O Procurador-Geral-Adjunto,
(José Vicente Almeida)



Declaração de voto

Recurso Ordinário nº 17/2013 (Processo nº 1061/2013)

1. Voto a decisão e a fundamentação de recusa de visto alicerçada em nulidade, nos termos enunciados no nº 45º e 46º do Acórdão que merece a minha inteira adesão.
2. Voto parcialmente vencido, quanto a fundamentação da alegada existência de ilegalidades que se traduzam em alteração do resultado financeiro, nos termos do artigo 44º, nº 3 alínea c) da LOPTC.
3. Com efeito, não são invocados, a meu ver, fundamentos técnicos, económicos que permitam concluir, com plena autonomia relativamente aos critérios, valores e desvalores do direito administrativo e do direito da contratação pública.
4. Fundamentos esses que deveriam ser devidamente alicerçados numa análise económica comparativa e prospetiva de todo o universo das propostas admitidas, e em especial das viciadas de impedirem ou falsearem de forma significativa a concorrência no procedimento pré-contratual que permitam seguir iter cognoscitivo do Tribunal e concluir, se e em que termos, a admissão dessas propostas e a decisão de adjudicação que recaiu sobre uma delas, teve impactos ou era suscetível de ter impactos nos resultados financeiros do contrato, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c) da LOPTC.
5. Numa palavra não foi feita nenhuma análise financeira das propostas e do contrato que permita sustentar e fundamentar o juízo sobre a dimensão e extensão da alegada alteração de resultado financeiro do contrato ou até mesmo da sua possibilidade.
6. Com efeito é minha convicção que o Tribunal de Contas, para concluir pela existência de ilegalidades que alterem o resultado financeiro, deve recorrer, a partir da análise das peças do concurso e do respetivo clausulado, e com recurso a métodos de análise previsional e a modelos econométricos mais ou menos sofisticados dos contratos e das propostas apresentadas, designadamente quanto ao seu equilíbrio financeiro e dos resultados económicos e financeiros esperados com a sua execução a partir do universo das



Tribunal de Contas

propostas admitidas no procedimento das respetivas cláusulas jurídicas, técnicas e económica.

7. Só assim será possível concluir, com um mínimo de segurança, de certeza e de plausibilidade qual o verdadeiro impacto financeiro eventualmente desfavorável para a entidade adjudicante decorrente das ilegalidades verificadas e apuradas, ainda que não sejam geradoras de nulidade ou não resultem de violação direta de normas financeiras e mesmo que sendo geradoras de mera anulabilidade, tenha decorrido o prazo de sanção das ilegalidades administrativas subjacentes.
8. A fundamentação deve nestes casos ser exigente e ser completamente autónoma das valorações do direito administrativo.
9. E não deve permitir fazer entrar pela janela o que foi afastado pela Lei n.º 98/97 de 28 de Agosto, sem adequada fundamentação jurídico-financeira, as ilegalidades administrativas geradoras de mera anulabilidade que deixaram de constituir fundamento da recusa de vista com a entrada em vigor da LOPTC independente da ponderação e avaliação do resultado financeiro.
10. Para efeito, o Tribunal de Contas, deve fazer uma *interpretação atualista e objetivista e teleológica* do artigo 44º n.º 3, alínea c) da LOPTC, à luz de critérios jurídicos e extrajurídicos predominantemente financeiros e económicos, relevantes para julgar a legalidade ou ilegalidade financeira dos factos constitutivos de despesa pública, e as ilegalidades que configurem ou sejam suscetíveis de configurar alteração dos resultados financeiros dos contratos sujeitos a seu julgamento, tendo em linha de conta a natureza do Tribunal de Contas como de tribunal financeiro com as competências constitucional e legalmente definidas, e tendo igualmente em conta a unidade do sistema jurídico, designadamente:
 - 10.1. As alterações legislativas significativas na área jurídico-financeira dos setores públicos e das administrações públicas supervenientes à entrada em vigor da LOPTC e verificadas designadamente nos seguintes domínios:



- O direito financeiro público e em especial o direito do enquadramento, da programação e da execução orçamental, na ótica de objetivos, de resultados e de avaliação previsional dos factos constitutivos de despesa com indicadores de economia, eficácia e eficiência fixados pelas autoridades orçamentais competentes;
 - O direito europeu da consolidação orçamental;
 - Os sistemas de contabilidade nos setores públicos, incluindo a contabilidade digráfica, patrimonial e de acréscimo, a contabilidade analítica e de custos, e a intersecção entre a contabilidade nacional, a contabilidade orçamental e de compromissos, e a contabilidade de acréscimo;
 - As normas e métodos de auditoria financeira e de conformidade e de resultados adotados pela INTOSAI e de auditoria previsional;
 - Os métodos e modelos econométricos de análise económica dos contratos e das respetivas propostas contratuais, de acordo com os recentes desenvolvimentos da teoria económica dos contratos e da sua análise econométrica.
- 10.2. As alterações legislativas significativas na área jurídico-administrativa, designadamente o CPA, CCP e CPTA, e na doutrina e literatura especializada mais recentes nessas matérias e muito especialmente na área do processo judicial administrativo a saber:
- 10.2.1. Processo de anulação urgente de atos administrativos inseridos em procedimento pré-contratuais;
 - 10.2.2. E processo de anulação ou de declaração de nulidade de contratos públicos ou administrativos, ambos previstos designadamente no CPTA e no direito europeu dos contratos públicos designadamente na *Diretiva Recursos*, supervenientes à entrada em vigor da LOPTC.
 - 10.2.3. E a sanção ou a consolidação de atos administrativos ilegais ou de contratos administrativos ou públicos inválidos, uma vez decorridos os prazos legais para sua impugnação judicial, sem que sejam impugnados judicialmente nos tribunais administrativos, nos termos do CPTA.



Tribunal de Contas

11. O cerne da questão das ilegalidades suscetíveis de alterar o resultado financeiro, nos termos do artigo 43º, alínea c) da LOPTC radica noutra bem mais complexa que é de saber se as ilegalidades que se traduzam na alteração do resultado financeiro do contrato, ou na sua possibilidade que sejam sanáveis na Ordem Jurídica, por serem meramente anuláveis e ter entretanto decorrido o prazo de impugnação judicial nos tribunais administrativos, podem constituir fundamento de recusa de visto, para além do decurso do prazo de sanção na Ordem Jurídica, sem qualquer limite de prazo.
12. Propendo para este último entendimento, na medida em que esteja em causa uma valoração jurídico-financeira autónoma, com fundamento em critérios jurídico-financeiros autónomos e próprios do direito financeiro público ou do direito da consolidação orçamental.
13. Sendo para o efeito exigível essa valoração jurídica pelo Tribunal de Contas, mesmo que em sede de fiscalização prévia, seja alicerçada em critérios extrajurídicos próprios:
- 13.1. Da ciência das finanças, designadamente os decorrentes da avaliação previsional da conformidade dos factos constitutivos de despesa indicadores de economia, eficácia e de eficiência fixados pelas autoridades orçamentais competentes, de acordo com:
- os métodos de avaliação do *New Public Management*;
 - os sistemas de avaliação previsional de orçamentação por programas, por objetivos ou por atividades;
 - os métodos de avaliação dos sistemas contabilidade orçamental e de compromissos, digráfica, patrimonial e de acréscimo, de contabilidade analítica e de custos constantes de leis de enquadramento orçamental ou de sistemas contabilísticos aprovados pelas autoridades competentes para as diferentes entidades contabilísticas sujeitas à jurisdição do Tribunal e à fiscalização prévia destes, integrem ou não, os perímetros das administrações públicas.
- 13.2. Da ciência económica, da economia pública e da análise econométrica previsional das propostas contratuais, de acordo com os recentes desenvolvimentos da teoria



Tribunal de Contas

económica dos contratos e de acordo com as teorias e métodos de avaliação de propostas dos contratos.

13.3. Por forma a permitir ao Tribunal concluir em que termos e condições as ilegalidades apuradas alteraram ou são suscetíveis de apurar o resultado financeiro do contrato.

14. O que não foi feito no caso «sub júdice».

15. Termos em que não acompanho a fundamentação constante do nº 44 do Acórdão.

Lisboa, 14 de outubro de 2014.

O Juiz Adjunto

Conselheiro Ernesto Luis Rosa Laurentino da Cunha