



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 17/2014 - 1.ª SECÇÃO/PL
RECURSO ORDINÁRIO N.º 8/2014 – 1.ª SECÇÃO/PL
Processo de fiscalização prévia n.º 1829/2013 – 1ª Secção

I – RELATÓRIO

A Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, ex-Direcção Geral dos Serviços Prisionais (DGSP), adiante designada por DGRSP (ainda que referindo-se à DGSP), recorre da sentença do Tribunal de Contas (TdC), concretizada no Acórdão n.º 4/2014, de 28 janeiro, 1S/SS, que recusou o visto ao contrato de “Aquisição de serviços de saúde em meio prisional”, celebrado a 5 de Dezembro de 2013, com início retroativo a 1 de Agosto de 2013, entre o Estado Português, através da DGRSP, e a I. A. Patrício – Prestação de Serviços de Saúde, Lda. (IAP), no montante máximo de € 1.537.306,51, com efeitos de 1 de Agosto de 2013 a 31 de Dezembro de 2013, cujos documentos se encontram no Processo de fiscalização prévia (PFP) n.º 1829/2013 -1.ª Secção/UAT II, apenso aos autos do presente recurso.

O contrato em causa está sujeito a fiscalização prévia porque respeita a serviços de colocação e fornecimento de pessoal de serviços de saúde, incluídos na categoria 22, da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) n.º 213/2008, com a referência CPV 79625000-1.

O recurso foi interposto com legitimidade, em forma e em tempo, pela DGRSP, nos termos dos artigos 96.º e 97.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações posteriores (LOPTC), e por respeitar a matéria recorrível foi admitido por despacho judicial, de 20 de março de 2014.

O douto **Acórdão recorrido** recusou o visto ao contrato acima identificado por aplicação do disposto nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, com base nos fundamentos apresentados na síntese final (fls 133 e ss.): “

a) não foram preenchidos os requisitos para a adoção do ajuste direto da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP [Anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro] devendo, por isso, ter decorrido concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 20º do CCP;



Tribunal de Contas

b) o contrato foi precedido de ajuste direto com consulta a uma só entidade (com consulta à que não apresentou preço mais baixo no âmbito do CPI), sendo que alargando o convite a mais concorrentes, nomeadamente aos que participaram no CPI, obter-se-ia com elevada probabilidade um preço contratual inferior;

c) não pode enquadrar-se em nenhum procedimento pré-contratual legalmente prescrito no CCP, nem mesmo no ajuste direto. Tratou-se, em síntese, numa mera 'aquisição direta' de serviços. Ou seja, houve verdadeiramente inobservância do disposto no CCP na sua Parte II;

d) tendo a autorização prévia do Ministro das Finanças prevista no artigo 75.º, n.º 4, da Lei que aprovou o Orçamento do Estado para 2013 sido concedida após o início da execução dos serviços e não previamente, foi violado o referido artigo;

e) quando o compromisso foi emitido já os factos geradores da despesa tinham, na sua maior parte, ocorrido, sendo certo que a inexistência de compromisso válido no momento em que a obrigação de pagamento de despesa surge gera a sua nulidade nos termos do n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro;

f) tendo o início dos serviços ocorrido em data anterior à celebração do contrato e à adjudicação foi violado o disposto do artigo 287.º, n.º 2, do CCP;

g) face à data de início dos serviços objeto do contrato, o seu valor e a data de remessa do contrato a fiscalização prévia, foram violados os artigos 45.º, n.º 4, e 81.º, n.º 2, ambos da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.”

Na petição de **Recurso**, a Recorrente alegou e requereu a anulação da decisão impugnada e a sua substituição por outra que conceda o visto, concluindo assim (fls 29 e ss.):

“1. Pede-se ao douto Tribunal a reponderação da decisão de recusa do visto prévio, pois ao contrato não podem ser assacados quaisquer vícios geradores de nulidade, nos termos das alínea a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, suscetíveis, de recusa de visto.

2. Está demonstrada a verificação cumulativa dos pressupostos da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), pelo que falece de razão, o alegado desrespeito pelos princípios básicos da contratação pública com consagração no n.º 4 do artigo do artigo 1.º do CCP.

3. O procedimento seguido era a única via procedimental a adotar, de forma a assegurar a prestação de cuidados de saúde à população reclusa, sem interrupções, obrigação de ordem constitucional, que impende sobre a DGRSP, de molde a garantir as condições de saúde aos cidadãos privados de liberdade e à guarda do Estado.

4. Conforme explicitado no ofício n.º DSGRFP/8549, de 06/12/2013 e documentação anexa que procedeu à remessa do processo ao Douto Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, bem como, no ofício n.º 10210/DSRFP, de 31/12/2013, em sede de esclarecimentos solicitados, não foi possível que a outorga e execução do contrato emergente do CPI ocorresse até 31/07/2013.

5. Erra, assim, nos pressupostos de facto, a decisão ora em recurso, que não identificou estes acontecimentos como factos que objetivamente configuram o "acontecimento



Tribunal de Contas

imprevisível" e que os mesmos não sendo, "imputável à entidade adjudicante", preenchem a "facti species" da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP. Este erro compromete o processo de subsunção dos factos à norma efetuada pelo Douro Acórdão.

6. Em anterior processo, no processo n.º 1263/2013, igualmente um ajuste direto motivado por urgência imperiosa, para o lapso temporal de 01/11/2012 a 31/07/2013 com a mesma contra parte, o Douro Tribunal concedeu o visto, concordando com a verificação dos pressupostos da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP concluindo, pois, pela verificação dos pressupostos que a lei fixa para a ativação do procedimento de ajuste direto, motivado por urgência imperiosa.

7. Torna-se, pois de difícil compreensão, pela evidente contradição em processos em tudo idênticos, o argumentário aduzido no recurso recorrido de considerar in casu a não verificação cumulativa dos pressupostos da alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º do CCP e noutro processo de igual fundamentação, já considerar preenchidos os respetivos pressupostos, sendo que nesta sede está em causa a conformidade legal e cabimento de atos e contratos em tudo idênticos.

8. Esta DGRSP, por imperativo legal, não podia, em momento algum, permitir a quebra da continuidade desta prestação, sob pena de grave perturbação em meio prisional, apesar de por facto não imputável a esta, não ter sido possível a conclusão do CPI n.º 1/DGSP/2012, no tempo inicialmente previsto.

9. Perante este cenário, por um lado, o atraso que não era expetável e de forma alguma imputável a esta DGRSP na conclusão do CPI até 31/07/2013, e por outro lado, a eminente suspensão numa prestação de cuidados, que, reafirma-se, é um imperativo constitucional, tornou esta via procedimental a única possível, sob pena de rutura do sistema prisional, com as consequências daí decorrentes.

10. Nesta sede está em avaliação o contrato celebrado pela Direção-Geral e o modo e procedimento utilizado na sua formação, pelo que, é incoerente, por contraditório, com o processo n.º 1263/2013, pois a destrição está no momento temporal e no montante, pois a contraparte é a mesma.

11. E mesmo que, por hipótese académica, se entendesse que o contrato aqui em causa deveria ter sido precedido de procedimento concursal, essa falta não seria geradora da nulidade do contrato, à luz do disposto no artigo 283-A do CPP, mas sim de anulabilidade.

12. Ora, não existindo um vício gerador de nulidade, não pode recusar-se o visto nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

13. O artigo 112.º do CCP, admite que a entidade adjudicante proceda ao convite a uma só entidade e foi efetuada à luz da melhor forma de satisfação das necessidades públicas em causa, até porque foi feita ao prestador que já se encontrava a prestar o serviço naqueles estabelecimentos prisionais e adjudicatária de todos os lotes do CPI n.º 1/2012/DGSP, opção que se destinou a garantir a estabilidade do fornecimento.

14. O co-contratante I. A. Patrício - Prestação de Serviços de Saúde, Lda., é a mesma empresa, já anteriormente conhecedora das especificidades do meio prisional, pois foi uma das empresas que ganhou o CPI para a prestação de cuidados de saúde à população reclusa no ano de 2009 e agora a totalidade dos lotes do CPI n.º 1/2012/DGSP, à luz dos



Tribunal de Contas

princípios da concorrência e transparência, que norteiam a contratação pública.

15. Ao mesmo tempo, este procedimento por ajuste direto foi sujeito a uma redução significativa no valor da contraprestação financeira do serviço a prestar, o que por si só é revelador da forma diligente como o interesse público foi protegido, mesmo perante o aumento crescente da população reclusa, garantindo-se a imprescindível continuidade da prestação dos cuidados de saúde.

16. A retroatividade, in casu, não viola o disposto no artigo 287.º n.º 2 do CCP, pois é sustentada fundamentadamente no conceito de "exigências imperiosas de interesse público", não infringe o princípio da concorrência e também não ofende direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros.

17. Não havendo qualquer violação do disposto no n.º 2 do artigo 287.º do CCP não pode a recusa do visto fundamentar-se no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, dado que não há qualquer ilegalidade.

18. O parecer prévio vinculativo à contratação de Sua excelência o Secretário de Estado da Administração Pública, é datado de 15/09/2013, mas com expressa referência ou cominação à data de início da execução contratual, ou seja, com efeitos reportados a 01/08/2013, pelo que observa na íntegra o disposto no artigo 75.º da Lei n.º 64-B/2012, de 31 de dezembro.

19. A DGRSP deu execução material ao contrato celebrado com a IAP, na sequência de procedimento de ajuste direto, por motivos de urgência imperiosa, uma vez preenchidos os pressupostos ali insertos, pelo que o mesmo, a coberto do disposto no n.º 5 do artigo 45.º da LOPTC, é suscetível de produzir efeitos antes do visto ou declaração de conformidade.

20. Foram cumpridos os requisitos relativos a cabimentos e compromissos."

O Digno Magistrado do Ministério Público (MP) emitiu o **Parecer do MP** n.º 12/2014, em 10 de abril de 2014, em que conclui que "o recurso não merece provimento" (fls. 145/146) porque, designadamente (fls 145 e ss.): "(...)

"A situação de urgência alegada no requerimento de recurso carece de base factual quanto ao elemento "acontecimentos imprevisíveis". Na verdade, não podem ser qualificados de "acontecimentos imprevisíveis" aqueles que resultam da normal tramitação legal dos procedimentos concursais pré-contratuais, cujas vicissitudes de ordem processual são, naturalmente, previsíveis para as entidades adjudicantes.

(...) o parecer prévio vinculativo teria de ser obtido em momento anterior à decisão de contratar (artigo 75 n.º4 da Lei n.º 66-B/2012). Estamos na presença de uma formalidade essencial, cuja omissão inquina a decisão de contratar e os demais atos subsequentes. A falta de parecer prévio origina, com efeito, invalidade dos atos, por via do procedimento.

Consequentemente, o contrato celebrado está ferido de nulidade (artigo 75.º n.º 17 da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro."



Tribunal de Contas

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. – DOS FACTOS

A – Os Factos considerados provados no Acórdão recorrido

O Acórdão recorrido dá por provados os seguintes factos (fls 127 e ss.): “

1.A DGRSP celebrou um contrato para aquisição de serviços de saúde diversos em meio prisional, em 5 de dezembro de 2013, com a I.A. Patrício – Prestação de Serviços de Saúde, Lda. no montante máximo de € 1.537.306,51.

2.O procedimento adotado para a formação do contrato foi o ajuste direto ao abrigo da alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º, do Código dos Contratos Públicos;

3.Por despacho de 15 de setembro de 2013, o Secretário de Estado da Administração Pública, para os efeitos exigidos no artigo 75.º, n.º 4, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, emitiu um parecer prévio favorável à contratação.

4.A abertura do procedimento foi autorizada por despacho do Diretor-Geral dos Serviços Prisionais, de 9 de outubro de 2013, ao abrigo de competência delegada pelo Despacho n.º 446/2013, do Secretário de Estado da Administração Patrimonial e Equipamentos do Ministério da Justiça;

5.Por convite, datado de 11 de outubro de 2013, foi convidada a apresentar proposta uma única entidade, concretamente, aquela, a adjudicatária;

6.A adjudicação foi autorizada por despacho do Diretor-Geral dos Serviços Prisionais de 24 de outubro de 2013;

7.A minuta do contrato foi aprovada por despacho do Diretor-Geral dos Serviços Prisionais de 4 de dezembro de 2013;

8.O contrato referido em 1, previa que os serviços seriam prestados desde o dia 1 de agosto de 2013 a 31 de dezembro de 2013, tendo sido efetivamente prestados naquele período compreendido.

9.Foram prestadas as informações de cabimento n.os BW41315270 e BW41303160 e de compromisso n.os BW51318750 e BW51318749 para suporte dos encargos com o presente contrato, todas datadas de 4 de dezembro de 2013.

10.Em 13 de setembro de 2013, o Estado Português, através da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, e a empresa Sucesso 24 Horas, S.A., celebraram um contrato, precedido de ajuste direto também com fundamento no artigo 24.º, n.º 1, al. c), do CCP, com vista à aquisição de serviços de saúde diversos em meio prisional para o período de 1 de novembro de 2012 a 31 de julho de 2013, no valor de € 1.572.044,46 (Processo de fiscalização prévia n.º 1490/2013);

11.Pelo Acórdão n.º 26/2013, de 23 de outubro (não transitado em julgado), o Tribunal, em Subsecção da 1.ª Secção, recusou o visto ao referido contrato;

12.Em 27 de novembro de 2013, na sequência de concurso público internacional, as mesmas partes outorgantes no contrato ora em apreço celebraram um contrato com objeto similar e com vigência inicial de 1 de janeiro de 2014 a 30 de junho de 2014, eventualmente prorrogável até 14 de dezembro de 2014, no montante máximo de €



Tribunal de Contas

3.467.717,26;

13.O processo referente ao contrato mencionado na alínea anterior corre termos neste Tribunal sob o número 1792/2013.”

B – Os Factos Contestados pelo Requerente

A Recorrente contesta o ponto 9 da lista dos factos dados por provados no Acórdão recorrido porque “95º Ao contrário do que afirma o Douto Tribunal a declaração de cabimento BW41303160 no montante global de 1.140.660,96€, data de 01.04.2013 e não de 04.12.2013, conforme anexo2.” (fl. 23)

Além disso, a Recorrente enfatiza factos que constam dos autos mas não da lista de factos provados: “5 Erra, assim, nos pressupostos de facto, a decisão ora em recurso que não identificou como factos que objetivamente configuram o "acontecimento imprevisível" e que os mesmos não sendo, "imputável à entidade adjudicante", preenchem a "facti species" da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP. Este erro compromete o processo de subsunção dos factos à norma efectuada pelo Douto Acórdão” (fl 30).

Listam-se esses factos alegadamente relevantes (fls 28 a 30):

“ (...) 4. Conforme explicitado no ofício n.º DSGRFP/8549, de 06/12/2013 e documentação anexa que procedeu à remessa do processo ao Douto Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, bem como, no ofício n.º 10210/DSRFP, de 31/12/2013, em sede de esclarecimentos solicitados, não foi possível que a outorga e execução do contrato emergente do CPI [CPI n.º 1/2012/DGSP] ocorresse até 31/07/2013. (...)

14. O co-contratante I.A Patrício - Prestação de Serviços de Saúde, Lda., é a mesma empresa, já anteriormente conhecedora das especificidades do meio prisional, pois foi uma das empresas que ganhou o CPI para a prestação de cuidados de saúde à população reclusa no ano de 2009 e agora a totalidade dos lotes do CPI n.º 1/2012/DGSP, à luz dos princípios da concorrência e transparência, que norteiam a contratação pública.(...)”.

C – Factos invocados pela Recorrente e Aceites pelo Tribunal

O Tribunal, nos termos do n.º 2 do artigo 99.º da LOPTC, tomou conhecimento da invocação pela Recorrente de factos relevantes, atrás enunciados, suportados em prova documental constante nos Autos (que inclui em anexo o PFP 1829/2013), que estão omissos nos Factos Provados do Acórdão recorrido. Aos novos factos atribuiu-se numeração sequencial seguinte à dos Factos Provados constantes no Acórdão recorrido – 14 a 16.



Tribunal de Contas

Facto Invocado: “Ao contrário do que afirma o Douto Tribunal a declaração de cabimento BW41303160 no montante global de 1.140.660,96€, data de 01.04.2013 e não de 04.12.2013, conforme anexo2.” (fl. 23)”.

O Tribunal, consultada a declaração de cabimento, corrige o ponto 9 da lista dos factos dados por provados do Acórdão recorrido nos seguintes termos:

9. Foram prestadas as informações de cabimento n.ºs BW41303160, de 1 de abril de 2013, e BW41315270, de 4 de dezembro de 2013, e de compromisso n.ºs BW51318750 e BW51318749, ambas de 4 de dezembro de 2013, para suporte dos encargos com o presente contrato.

Factos Invocados: “ (...) 4. Conforme explicitado no ofício n.º DSGRFP/8549, de 06/12/2013 e documentação anexa que procedeu à remessa do processo ao Douto Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, bem como, no ofício n.º 10210/DSRFP, de 31/12/2013, em sede de esclarecimentos solicitados, não foi possível que a outorga e execução do contrato emergente do CPI [CPI n.º 1/2012/DGSP] ocorresse até 31/07/2013.”

14. O Tribunal dá como provados os seguintes factos, relativos ao CPI n.º 1/2012/DGSP – “Aquisição de Serviços de Saúde Diversos em Gestão Integrada para os Estabelecimentos Prisionais”, que estão indicados nos Autos e no PFP 1829/2013 (refira-se a discriminação dos eventos no Memorando que acompanhou o ofício 332/GDG/2013, de 2 de dezembro) e foram reconfirmados pela análise dos documentos existentes nos PFP 1829/2013 e 1792/2013:

- 14.1. O parecer prévio à contratação, previsto no art.º 22 da Lei 55-A/2010, iniciou-se com a sua solicitação ao SEAP, a 29 de junho de 2011, tendo sido emitido a 28 de janeiro de 2012.
- 14.2. No pedido de parecer previa-se que o início de execução do contrato a celebrar fosse 1 de janeiro de 2012.
- 14.3. A RCM n.º 86/2012, de 4 de outubro, publicada no DRE n.º 199/2012, de 15 de outubro, que autoriza a decisão de contratar, a abertura de concurso público internacional mediante publicação no JOUE, a realização da despesa, estimada em € 8 039 093,92 e delega na Ministra da Justiça, com a faculdade de subdelegação, a competência para a prática de todos os atos do procedimento.
- 14.4. A publicação do anúncio do procedimento foi feita no DRE (2.ª Série) n.º 221/2012, de 12 de novembro, e no JOUE, de 12 de dezembro de 2012.
- 14.5. No caderno de encargos previa-se que o início de execução do contrato fosse 1 de abril de 2013 (cfr. cláusula 2).
- 14.6. O relatório final do CPI, datado de 26 de março de 2013, propõe a adjudicação à IAP (43 lotes) e à Belassistil (4 lotes) e prevê que o início da execução do contrato



Tribunal de Contas

seja 1 de maio de 2013 (cfr. acta n.º 5 do júri)

- 14.7. A declaração de cabimento BW41303160 foi emitida em 1 de abril de 2013 (cfr. fl (CPF 1829/2013 fl. 323) .
- 14.8. Em 15 de maio de 2013, o SEAPEMJ autoriza a adjudicação e delega no Director Geral da DGRSP a subsequente tramitação processual e a representação na outorga do contrato.
- 14.9. O concorrente Sucesso 24 contesta a exclusão da sua proposta e a adjudicação decidida pelo SEAPEMJ, de 15 de maio, através de recurso hierárquico à Ministra da Justiça, que o rejeita em 27 de agosto de 2013,
- 14.10. O mesmo concorrente intenta ação administrativa especial junto do TCAS (P 1600/13.4 BELSB), com vista à anulação do ato administrativo de adjudicação integrado no procedimento pré – contratual que antecedeu.
- 14.11. Em 31 de julho de 2013 é decidida, a final, a caducidade da adjudicação à Belassistil por não apresentação de documentos de habilitação e feita nova adjudicação ao concorrente seguinte - IAP.
- 14.12. Em 9 de outubro de 2013, foi aprovada a minuta do contrato cuja outorga foi inviabilizada pela impossibilidade de emissão de compromisso, relativo ao período 1 de janeiro a 14 de dezembro de 2014, devido à redução do plafond orçamental previsto para 2014.
- 14.13. Na minuta previa-se que o início de execução do contrato fosse 1 de novembro de 2013.
- 14.14. Em 15 de novembro de 2013, foi aprovada nova minuta do contrato para execução entre 1 de janeiro a 30 de junho de 2014, com possibilidade de prorrogação, condicionado à existência de dotação orçamental para o período de 1 de julho a 14 de dezembro de 2014.
- 14.15. Em 17 de novembro de 2013 é assinado o contrato com a IAP, com início de vigência a 1 de janeiro de 2014, que se conhece oficiosamente ter sido visado pelo TdC em sessão diária de visto 28 de janeiro de 2014.

Facto Invocado: "14. O co-contratante I.A Patrício - Prestação de Serviços de Saúde, Lda., é a mesma empresa, ... que ganhou... a totalidade dos lotes do CPI n.º 1/2012/DGSP".

15. O Tribunal dá como facto provado que a empresa IAP foi a empresa vencedora do CPI n.º 1/2012/DGSP e com a qual a DGRSP assinou, em 17 de novembro de 2013, o contrato para prestação de serviços de saúde de todos os 47 lotes a concurso.



Tribunal de Contas

II.2 – DO DIREITO

Das alegações apresentadas pela Recorrente a questão central invocada é a que se prende com a reapreciação do preenchimento dos pressupostos para o recurso ao procedimento de contratação por ajuste direto por razões materiais, designadamente a urgência imperiosa prevista na alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º do CCP.

O art.º 24.º do CCP, sobre a escolha do ajuste directo para formação de contratos, dispõe, no seu n.º 1, que *“Qualquer que seja o objecto do contrato a celebrar, pode adoptar-se o ajuste directo quando: c) na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”*.

Existem motivos de urgência imperiosa quando, *“por imposição do interesse público, se deve proceder à aquisição de bens ou serviços com a máxima rapidez sem se realizar, quando a lei o prevê, concurso público (ou outro tipo de procedimento que garanta, de alguma forma, a concorrência). E recorre-se a tal solução, sob pena de, não o fazendo com a máxima rapidez, os danos daí decorrentes causarem ou poderem vir a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação”* (Cfr. Acórdão n.º 4/12, de 14 de fevereiro, 1ª S/SS).

A resposta *in casu* à questão anterior constitui um *prius lógico* que condiciona a apreciação de aspetos relevantes para a decisão do presente recurso, designadamente:

- os motivos subjacentes ao convite efetuado a uma só empresa, e mais concretamente à empresa escolhida em concreto, mediante ajuste direto, e por que motivo a escolha terá recaído sobre ela (artigo 112º do CCP);
- a data em que foi solicitado ao órgão legalmente competente o parecer prévio vinculativo e a data em que o parecer favorável foi emitido (n.º 4 do artigo 75.º da LOE 2013 - Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro);
- a eficácia retroativa do contrato e dos atos administrativos de adjudicação do procedimento de ajuste direto (n.º 2 do artigo 287.º do CCP);
- as datas da emissão das declarações de compromisso e de cabimento prévio (LCPA - Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro);



Tribunal de Contas

-a execução material do contrato antes do visto ou declaração de conformidade (n.º 5 do artigo 45.º da LOPTC).

A resposta a estas questões depende de se concluir ter-se estado, ou não, perante o risco objetivo de uma lesão ou ofensa dum interesse público relevante exigindo atuação imediata cuja satisfação só poderia fazer-se com preterição ou sacrifício das regras jurídicas procedimentais requeridas em condições normais (cfr. por todos, Freitas do Amaral & M. G. Garcia, “O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo - Parecer” in Revista da Ordem dos Advogados, II, 1999, 449-517).

“Aliás, é por ser assim que os prazos associados às fases de tramitação dos diversos procedimentos pré-contratuais, consagrados no CCP, não são adequados a reagir contra situações em que se verifique a urgência imperiosa da prestação. Esta não se coaduna com a morosidade típica dos demais procedimentos pré-contratuais, que, a serem lançados, não estariam certamente concluídos no período considerado necessário para fazer face à urgência imperiosa.” (cfr. Paula Fernandes, “O Ajuste Directo”, Tese de Mestrado, U.C.P, 2012, pg. 26)

Carecem de apreciação as seguintes questões do douto Acórdão recorrido:

- i. Interesse público relevante na assistência médica ininterrupta aos reclusos.
- ii. Ocorrência de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante e por circunstâncias que não lhe são imputáveis que subjaz ao recurso ao procedimento de contratação por ajuste direto por urgência imperiosa.
- iii. Contratação por ajuste direto como medida estritamente necessária para atender à urgência imperiosa porque não havia alternativa concursal.
- iv. Preenchimento dos pressupostos para o recurso ao procedimento de contratação por ajuste direto por razões materiais pelas alíneas c) ou alínea f) do n.º 1, do artigo 24.º do CCP.
- v. Admissão do convite a uma só empresa no ajuste direto (artigo 112º do CCP).
- vi. Emissão de parecer prévio vinculativo emitido em momento posterior à execução material do contrato e com cláusula de eficácia retroativa (n.º 4 do artigo 75.º da LOE 2013).



Tribunal de Contas

- vii. Preenchimento dos pressupostos da eficácia retroativa do contrato e do procedimento (n.º 2 do artigo 287.º do CCP).
- viii. Informação de cabimento e de compromisso em data posterior ao início da execução material do contrato (n.º 3 do artigo 5.º da LCPA).
- ix. Preenchimento dos pressupostos do n.º 5 do artigo 45.º da LOPTC para a execução material do contrato antes do visto ou declaração de conformidade.

i) Interesse público da assistência médica ininterrupta aos reclusos

A assistência médica aos reclusos é um direito humano reconhecido internacionalmente (cfr. § 22 a 26 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos aprovadas na Resolução 663 C, de 31 de Julho de 1957, e na Resolução 2076, de 13 de Maio de 1977, do Conselho Económico e Social das Nações Unidas; ponto 9 da Resolução 45/111 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de Dezembro de 1990; artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no artigo 5.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem na interpretação jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem). A Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê, para todos (incluindo os reclusos, cfr. n.º 5 do artigo 30.º), a proteção na saúde (cfr. n.º 1 do artigo 64.º), fixando-a como tarefa fundamental do Estado (alínea d) do artigo 9.º), que este assume nos n.ºs 1 e 2 da base I do capítulo 1.º da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto.

Constam nos Autos dados sobre a saúde da população reclusa que sustentam, em concreto, os graves efeitos lesivos duma hipotética interrupção da prestação de serviços de saúde à população ao meio prisional não só em termos da saúde e da vida dos reclusos mas também como facto gerador de grande instabilidade emocional e da ocorrência de motins.

Conclui-se que a prestação de cuidados de saúde em meio prisional é de interesse público fundamental e a exigência da sua não interrupção deriva de ser: “uma necessidade permanente, que deve ser objecto de uma sistemática monitorização, por forma a evitar situações de carência médica e medicamentosa” (Parecer do MP a Fl. 145).

A garantia do acesso ininterrupto dos reclusos a cuidados de saúde incumbe à DGSRP (cfr. n.º 1 do artigo 32.º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da



Tribunal de Contas

Liberdade, em anexo da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro, e n.º 1 do artigo 247.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, em anexo do Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de Abril, conjugados com a alínea g) do artigo 3.º do decreto-lei n.º 215/2012, de 28 de setembro (LO_DGRSP)).

Sendo o recluso um utente do Serviço Nacional de Saúde (SNS), universal e geral (cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da CRP), resta saber, se em 2013, tal prestação não era, exclusivamente, sua obrigação.

A esta questão responde a RCM n.º 86/2012, de 15 de outubro, que autoriza o CPI n.º 1/DGSP/2012: *“Tendo em conta que o processo de transferência da responsabilidade do Ministério da Justiça para o Ministério da Saúde pela prestação dos cuidados de saúde aos reclusos está em desenvolvimento e que a prestação de serviços de saúde à população prisional não pode sofrer interrupções, impõe-se que, até à conclusão do processo de transferência, a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) garanta, mediante a contratação externa, a prestação daqueles cuidados.(...)nos termos do Código dos Contratos Públicos(..) para os Estabelecimentos Prisionais (EP), por 47 lotes, para o período de 2012 a 2014 [devendo] ... o caderno de encargos prever que a ... DGRSP pode, a qualquer momento, resolver o contrato, sempre que os serviços contratados sejam assegurados por entidades do Serviço Nacional de Saúde, não havendo lugar a qualquer indemnização por parte daquela”*.

É assim claro e inequívoco que, em 2013, a DGRSP estava legalmente obrigada a assegurar, com recurso à contratação externa necessária, a prestação ininterrupta de serviços de saúde aos reclusos, que constituía um interesse público fundamental.

ii) Ocorrência de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante e por circunstâncias que não lhe são imputáveis que subjaz ao recurso ao procedimento de contratação por ajuste direto por urgência imperiosa.

A Recorrente invoca a necessidade da contratação por ajuste direto, por urgência imperiosa, porque acontecimentos imprevisíveis não permitiram iniciar a execução do contrato emergente do CPI n.º 1/2012/DGSP, com idêntico objeto, em 1 de Agosto de 2013, conforme fixado na última previsão efetuada.



Tribunal de Contas

Importa pois averiguar se os factos invocados (Factos provados 14) eram, ou não, imprevisíveis pela entidade adjudicante e por circunstâncias que, em caso algum, lhe seriam imputáveis e sobre as quais não dispunha de controlo efetivo quanto à sua ocorrência (cfr. alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º do CCP).

A jurisprudência do TdC tem pacificamente afirmado que *“Acontecimentos imprevisíveis são pois todos aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto”* (Cfr. Acórdão n.º37/06, 6 de junho, 1ªS-PL).

A apreciação da imprevisibilidade dum acontecimento passado por um juízo de prognose objetiva póstuma, a que apela esta definição, refere-se ao contexto de incerteza em que é tomada uma decisão. Este conceito da teoria da decisão não se confunde com a previsão jurídica, i.e. representação normativa duma situação, designadamente para sua regulação. Assim, uma situação prevista no CCP indica que a sua ocorrência é possível, em abstrato, mas nada diz quanto à sua previsibilidade, em concreto, para efeitos de tomada de decisão.

Esta definição de “acontecimento imprevisível” tem por referência não um decisor omnisciente mas um “decisor público normal”, que é um decisor financeiro prudente e avisado dotado de grau mediano de inteligência, cultura, educação e preparação profissional exigíveis para o exercício do cargo público em que está investido.

Um decisor que tem de ser definido por forma a ser concretizado e a sua ação contextualizada.

Por isso não nos revemos na afirmação do Acórdão recorrido *“...em rigor a entidade pública contratante neste processo é o Estado e não a DGRSP. E é o Estado que surge no procedimento de formação e de celebração do contrato representado ora por responsáveis administrativos, ora por responsáveis políticos – embora estes em regra também no exercício da função administrativa – conforme as respectivas competências”* (PFP 1490/2013). Com esta interpretação abrangente do Estado são desconsiderados, porque considerados previsíveis, todos os incidentes descritos na tramitação (p.ex. impugnação judicial), já *“que não podem ser qualificados de “acontecimentos imprevisíveis” aqueles que resultam da normal tramitação legal dos procedimentos pré-contratuais, cujas vicissitudes são, naturalmente, previsíveis para as entidades adjudicantes”* (Fl 145, Parecer do MP).



Tribunal de Contas

Mas se assim fosse, dizemos, só poderiam ser qualificados como “acontecimentos imprevisíveis” os eventos externos que, além de não estarem previstos no CCP, dramaticamente se impusessem ao Estado, o que se traduziria numa uniformização dos pressupostos de estado de urgência com os de estado de necessidade substantivo.

Entendemos que carece de sentido que o decisor num procedimento de contratação complexo seja o representante virtual das múltiplas decisões da pessoa coletiva Estado, que é um ente compósito integrando múltiplos órgãos em inter-relações verticais e horizontais e nem sempre hierárquicas ou de superintendência ou de tutela.

A complexidade organizacional do Estado e os processos decisórios relevantes em sede pré-contratual configuram muitas vezes factos previstos legalmente, e portanto representados como possíveis, mas que são imprevisíveis num raciocínio prospetivo, porque, para o decisor normal, são inexistentes ou desconhecidos elementos essenciais para determinar a probabilidade da sua ocorrência, o seu desenvolvimento e a sua duração.

Refira-se, por exemplo, os pareceres e autorizações prévias horizontais, p.e. do Ministério das Finanças, quando não estejam vinculados à obrigação da sua emissão em prazos curtos sob pena de deferimento tácito, ou quando, apesar deste limiar temporal, praticam sucessivas devoluções e pedidos de esclarecimento que provocam o alongamento temporal indeterminado dos processos de decisão administrativa e financeira com o risco de prolação não tempestiva, pronta, oportuna e eficaz de atos administrativos necessários à celebração tempestiva de contratos públicos e com elevados riscos para os decisores públicos e custos de contexto para os operadores económicos interessados. Por exemplo, o período de tempo decorrido entre o pedido e a emissão do parecer prévio do SEAP no CPI nº 1/DGSP/2012 (parecer previsto na tramitação pré-contratual), que totalizou 7 meses, não era de todo previsível para um decisor normal!

Por isso, a doutrina, atenta a este problema e ciente da alínea a) do artigo 2.º do CCP, tem defendido que *“para alguns efeitos, deve considerar-se [como entidade adjudicante] estruturas que não têm personalidade jurídica Assim, se o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras ... pretender adquirir determinados bens ou serviços, é ele – pelo menos para alguns efeitos ...- e não o Estado, nem sequer aquele Ministério, a entidade adjudicante”* (M. Esteves de Oliveira & R. Esteves de Oliveira, “Concursos e Outros Procedimentos de



Tribunal de Contas

Contratação Pública”, Almedina, 2011, pg. 51) e que o “órgão contratante” *“nos procedimentos simples, de uma só entidade adjudicante, se trata do órgão que pondera se ela tem necessidade da (ou conveniência) na contratação de um determinado bem ou utilidade e recursos financeiros para efeito, para, depois, constatando estarem preenchidos os pressupostos legais dessa necessidade ou conveniência, decidir que se celebre (procure celebrar) o contrato correspondente...”* (Idem, pg. 404).

A descrição diacrónica dos eventos que marcaram o desenvolvimento do CPI nº 1/DGSP/2012 (Facto Provado 14) mostra que as razões subjacentes ao arrastar do respetivo procedimento pré-contratual radicam em eventos previstos na tramitação processual mas de ocorrência, duração ou efeitos concretos imprevisíveis para um decisor normal.

À medida que os incidentes foram ocorrendo, o Ministério da Justiça e a DGRSP foram refazendo as previsões de conclusão desse CPI e do início da execução do contrato emergente (1 de janeiro de 2012, 1 de junho de 2012 ... 1 de agosto de 2013) com o conseqüente reflexo nos termos dos contratos por ajuste direto, sempre ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, que se foram sucedendo à medida que tais previsões foram claudicando. Estes contratos foram visados pelo TdC (p.e. PFP 1263/2013), com exceção dos últimos (p.e. o PFP 1490/2013 com acórdão transitado n.º 6/2014, de 29 de Abril).

Com interesse para o contrato em apreciação, refira-se a impugnação do despacho de adjudicação do CPI nº 1/DGSP/2012, proferido pelo SEAPEMJ, em 15 de maio de 2013. Não fora este acontecimento, da iniciativa da Sucesso24, e o contrato emergente desse concurso público internacional iniciaria a sua execução em 1 de Agosto de 2013, tornando desnecessário o recurso a novo contrato por ajuste direto. Tal acontecimento não pode deixar de ser qualificado como acontecimento imprevisível para a entidade adjudicante (mesmo que se considere a pessoa coletiva Estado) e por circunstâncias que não lhe são imputáveis, como aliás defende a jurisprudência administrativa - *“O pedido de suspensão de eficácia de um acto administrativo inserido no procedimento pré-contratual, ou o pedido de suspensão do próprio procedimento, constitui uma situação imprevista para a entidade administrativa adjudicante e a ela não é imputável”* (Acórdão 02613/07, de 21 de junho, do Tribunal Central Administrativo do Sul).



Tribunal de Contas

A seguir ocorreu a necessidade de nova adjudicação para 4 lotes do CPI nº 1/DGSP/2012 por caducidade da que tinha sido efetuada à Belassistil que não apresentou os documentos de habilitação necessários. Tratando-se duma empresa que já tinha prestado serviços de saúde em meio prisional este acontecimento era imprevisível.

Depois, na sequência da comunicação de redução do orçamento da DGRSP para 2014, houve necessidade de reformular o prazo de vigência do contrato emergente do CPI nº 1/DGSP/2012 por impossibilidade da DGRSP assumir o compromisso orçamental para uma parte do período previsto.

Ora o douto Acórdão recorrido desfoca-se da apreciação dos acontecimentos concretos ocorridos após o despacho de adjudicação do CPI nº 1/DGSP/2012, em 15 de maio de 2013, talvez por se ter suportado em excesso na argumentação do Acórdão 26/23, outubro de 2013, 1.ª S/SS, proferido noutro processo (PFP 1490/2013), sobre objeto similar mas em circunstâncias factuais e temporais distintas, para concluir genericamente, no ponto III.I que “não se pode invocar que as circunstâncias que *conduziram à situação de inexistência de resposta com enquadramento contratual conforme à lei não eram imputáveis à entidade adjudicante. Eram-no claramente: tal situação deveu-se à falta de iniciativa do Estado no momento oportuno*”, para concluir que “*não se verificam os pressupostos da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP*”.

Não se concorda, de todo, com esta afirmação do douto Acórdão recorrido sobre acontecimentos, ainda que previstos no CCP, cuja ocorrência um avisado e prudente decisor público – um decisor público normal - não poderia prever uma vez que decorrem de impulsos de agentes externos e de circunstâncias fora da sua capacidade de controlo mas que se lhe impõem pela exigência de reajustamento da sua conduta às novas circunstâncias.

Conclui-se pois que há factos posteriores à adjudicação do CPI nº 1/DGSP/2012, em 15 de maio de 2013, nomeadamente a impugnação e a caducidade de adjudicação, que constituíram acontecimentos imprevisíveis não causados pela entidade adjudicante, nem a ela imputáveis, que provocaram a necessidade de proceder, como solução de recurso, à contratação por ajuste direto.



Tribunal de Contas

iii) Contratação por ajuste direto como medida estritamente necessária para atender à urgência imperiosa porque não havia alternativa concursal.

Nas circunstâncias concretas atrás referidas e tendo presente o imperativo da não interrupção da prestação de serviços de saúde à população prisional, descartamos as alternativas de formação de contratos indicadas no Acórdão recorrido, porque “*o concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP*”, cujas fases pré-contratuais estão descritas nos artigos 130 a 154 e 162 a 192 do CCP, e que incluem a publicação obrigatória no JOUE, não permitiriam a celeridade procedimental que se impunha para a satisfação ininterrupta, tempestiva e oportuna das necessidades coletivas a prover e do ponderoso interesse público que lhe estava subjacente.

Acresce que tais concursos públicos teriam de incluir uma segunda cláusula de caducidade automática, agora pela vigência iminente do contrato emergente do CPI n.º 1/DGSP/2012, o que, à partida, elevaria o risco do concurso ficar deserto.

Assim, tendo em conta os acontecimentos imprevisíveis ocorridos a partir da adjudicação do CPI, n.º 1/DGSP/2012, em 15 de maio de 2013, e as alternativas procedimentais existentes, o ajuste direto era a única opção a considerar e os seus termos, designadamente a sua duração condicionada (pela cláusula 3.ª que estipula a sua caducidade automática com a entrada em vigor do contrato emergente do CPI n.º 1/DGSP/2012), foram os estritamente necessários para assegurar a satisfação de necessidades coletivas indeclináveis das populações alvo e prosseguir os interesse públicos imperativos e fundamentais que lhes estavam subjacentes.

iv) Preenchimento dos pressupostos para o recurso ao procedimento de contratação por ajuste direto por razões materiais pelas alíneas c) ou alínea f) do n.º 1, do artigo 24.º do CCP.

Nos pontos anteriores, concluiu-se pela satisfação cumulativa de todos os pressupostos da alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º do CCP. Recapitulando: a prestação de serviços de saúde à população prisional é uma necessidade permanente de interesse público; ocorreram acontecimentos imprevisíveis, designadamente a impugnação do despacho de adjudicação proferido do SEAPEMJ, de 15 de maio de 2013, que impediram a outorga e entrada em



Tribunal de Contas

execução do contrato emergente do CPI n.º 1/DGSP/2012 até 1 de agosto de 2013; a necessidade de contratação por ajuste direto por critérios materiais como única opção pré-contratual viável; os termos do ajuste direto foram os estritamente indispensáveis adequados e proporcionais à urgência das necessidades coletivas a prover e aos ponderosos interesse públicos que lhes estavam subjacentes.

Mas mesmo que não se verificassem os pressupostos da alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º do CCP, a imperatividade da prestação de cuidados de saúde à população prisional, que é um interesse público essencial do Estado, no quadro dos direitos humanos, permite o recurso à contratação por ajuste direto pela parte final, da alínea f), do n.º 1, do artigo 24.º do CCP. Para Mário Esteves Oliveira & Rodrigo Esteves de Oliveira (op.cit., pg. 756) “*desde que estejam em causa interesses cuja cura está atribuída ao Estado ... correspondentes nomeadamente à protecção de valores com interesse constitucional que lhe tenham sido legalmente confiados e que estejam ameaçados em algum seu aspecto (qualitativa ou quantitativamente) fulcral pela demora das modalidades mais formalizadas e garantísticas, o recurso àquele procedimento [ajuste directo] é admitido ao abrigo da alínea f) deste mesmo art. 24/1*”.

Embora a DGRSP tenha enquadrado a contratação pela alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, o TdC não está sujeito à qualificação jurídica feita pela Recorrente e pode enquadrar os factos também na alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, ambos respeitantes ao ajuste direto por critérios materiais, aproveitando os atos produzidos.

Conclui-se assim pela verificação dos pressupostos para a contratação por ajuste direto por critérios materiais ao abrigo das alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

Torna-se assim desnecessário analisar a questão, levantada subsidiariamente pela Recorrente, do desvalor jurídico dum hipotético contrato por procedimento concursal inadequado, à luz do disposto no artigo 283-A do CPP.

v) Admissão do convite a uma só empresa no ajuste direto (artigo 112º do CCP).

O carácter excecional do procedimento de ajuste direto justifica que o CCP admita o convite a uma única entidade (artigo 112.º do CCP).



Tribunal de Contas

Dadas as circunstâncias concretas descritas, a celeridade processual justifica, por si só, que apenas uma entidade fosse convidada para evitar fatores de risco na conclusão atempada do procedimento de ajuste direto.

Mas outra e mais importante razão, apresenta-se: o princípio da boa-fé contratual só permitiria que o convite fosse feito à AIP, empresa vencedora a final dos lotes do CPI nº 1/DGSP/2012 (primeiro de 43 lotes e posteriormente dos restantes 4 por caducidade da adjudicação feita à Belassistil), concurso em que o único critério foi o preço mais baixo e onde foi concretizada a concorrência.

Atuar de modo diverso, convidando outras empresas, após a adjudicação do CPI nº 1/DGSP/2012 (ainda que impugnada), seria também temerário pela elevada probabilidade de acionamento do Estado na obrigação de indemnizar a empresa adjudicatária do CPI com a consequente eventualidade de ação de responsabilidade financeira reintegratória dos responsáveis pela decisão, nos termos do n.º 5 do artigo 59.º da LOPTC.

Termos em que não se pode concordar com o ponto III.II do duto Acórdão recorrido, segundo o qual *“O interesse público impunha um mínimo de concorrência, que no caso e nesta medida também não foi salvaguardado. A violação de princípios básicos da contratação pública, nomeadamente o princípio da concorrência expressamente consagrado no nº 4 do artigo 1º do CCP, impõe um juízo jurídico desfavorável, porque ilegal. E nessa medida o procedimento utilizado colide também com o regime jurídico estabelecido no CCP.”*

Conclui-se que o ajuste direto com convite a uma única entidade (a IAP) é conforme ao artigo 112º do CCP e obedeceu ao princípio da boa fé contratual.

vi) Emissão de parecer prévio vinculativo se emitido em momento posterior à execução material do contrato e com cláusula de eficácia retroativa (artigo 75.º, n.º 4, da LOE 2013).

Em abstrato, a celebração dum contrato de serviços, em 2013, pela DGRSP, requeria parecer prévio vinculativo do membro do Governo responsável pela área das finanças, cfr. previsto no n.º 4 do artigo 75.º da LOE 2013, por estarem satisfeitos os requisitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 75.º da LOE 2013 conjugado com o n.º 3 da Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de fevereiro, atualizada (LVCR). Este parecer vinculativo, cuja falta é cominada com a



Tribunal de Contas

nulidade do contrato (cfr. n.º 17 do artigo 75.º da LOE 2013), destina-se a confirmar o cumprimento dos requisitos do n.º 4 do artigo 35.º da LVCR (relativo aos contratos de tarefa e de avença com pessoas singulares), da cabimentação orçamental e da aplicação da redução remuneratória prevista no artigo 27.º da LOE 2013 (cfr. n.º 5 do artigo 75.º da LOE 2013). O artigo 3.º da Portaria n.º 16/2013, de 17 de janeiro, que regulamenta a concessão do parecer, estabelece que o pedido para a sua emissão dever ser anterior à decisão de contratar e o artigo 4.º permite o parecer genérico favorável a conceder por despacho dos governantes responsáveis pelas áreas das finanças e da administração pública.

Contudo, na contratação em apreciação esse parecer estava dispensado pelo n.º 4 da Portaria conjunta, do Secretário de Estado do Orçamento (SEO) e do SEAPEMJ, n.º 470/2013, de 10 de julho, que é posterior à Portaria n.º 16/2013. No preâmbulo deste diploma, com efeitos retroativos a 1 de novembro de 2012, diz-se que “enquanto não tiver lugar o início da execução dos contratos emergentes deste procedimento [*CPI n.º 1/2012/DGSP*], o que se estima ocorra em 1 de agosto de 2013, se tornou imprescindível a manutenção da prestação de cuidados de saúde à prestação reclusa” pelo que, no n.º 1, autoriza a repartição de encargos para os contratos de aquisição de serviços de saúde a celebrar, para o período intercalar de 1 de novembro de 2012 a 31 de julho de 2103 [que era a data prevista para a conclusão do *CPI n.º 1/2012/DGSP*], e no n.º 4, dispensa-os da “emissão do parecer prévio vinculativo previsto no n.º 4 do artigo 75.º da Lei n.º 66-B/2012”. Tendo em conta que 31 de julho de 2103 era uma data indicativa, o adiamento da conclusão do *CPI n.º 1/2012/DGSP* implica a ampliação automática do período de aplicação da portaria que, assim, abrange a contratação em apreciação.

Apesar disso, a DGRSP entendeu solicitar, em 3 de setembro de 2013 (PFP 1829/2013 fl. 89; fl. 62), a emissão do parecer. O despacho do SEAP n.º 2679/2013, em 15 de setembro de 2013, que emite o Parecer favorável (com efeitos retroativos a 1 de agosto de 2013), é anterior ao convite formal à IAP, em 1 de outubro de 2013, e à outorga do contrato, em 5 de dezembro de 2013 (com eficácia retroativa a 1 de agosto de 2013).

O Acórdão recorrido entende que “*tal parecer prévio, que mais não é de que uma autorização, tem, por força da letra da lei, de ser prévia ao facto gerador da despesa, i.e. ao início da prestação dos serviços, sob pena de nulidade do contrato subjacente... Ora no caso dos autos a obrigação constitui-se em 1 de agosto e nessa*



Tribunal de Contas

data não havia qualquer parecer prévio. (...) Tendo o parecer sido concedido após o início da execução dos serviços e não previamente, foi violado o disposto no artigo 75.º, n.º 4, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, sendo, por isso nulo o contrato, conforme dispõe o artigo 75º n.º 17, citado.”

Contudo, o carácter excecional do procedimento de ajuste direto por critérios materiais, ao abrigo das alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, pode, em razão das circunstâncias do caso concreto, secundarizar certas exigências legais e procedimentais, designadamente o momento da emissão do parecer, desde que tais circunstâncias sejam conhecidas e consideradas pelo membro do governo competente, e a emissão seja prévia à celebração do contrato.

Foi o que sucedeu, sendo esta excecionalidade expressa na informação 2607/DRJE/2013, de 11 de setembro, onde foi exarado pelo SEAP o parecer favorável.

Assim, o juízo da tempestividade do parecer tem que ter em conta a unidade do sistema jurídico quanto ao tratamento procedimental em situações excecionais onde, designadamente, é permitida a assunção do compromisso após a realização da despesa (cfr. n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 127/2012).

A falta da emissão de parecer prévio e o desvalor jurídico que lhe está associado (nulidade) só se verifica no caso extremo de ele não ser obtido e os contratos serem celebrados sem que haja pronúncia expressa pelo membro do Governo competente para a sua emissão. É este o sentido do n.º 4 do artigo 75.º da LOE 2013, a sua *ratio*.

A atribuição de efeitos retroativos a 1 de Agosto de 2013 é uma questão jurídica autónoma que não se pode confundir com a falta da emissão de parecer.

Se o membro do governo competente emite parecer favorável, com efeitos retroativos por circunstâncias excecionais que considera atendíveis, não se pode fulminar de inexistência a disposição de retroatividade equiparando a situação por ela abrangida com a de falta de parecer favorável. É patente que que o SEAP ao fazer retroagir os seus efeitos a 1 de agosto de 2013 pretendeu declarar que as condições do n.º 5 do artigo 75.º da LOE 2013 estavam satisfeitas a partir dessa data.

Conclui-se que o procedimento satisfaz os requisitos do artigo 75.º da LOE 2013.



Tribunal de Contas

vii) Preenchimento dos pressupostos da eficácia retroativa do contrato e do procedimento (n.º 2 do artigo 287.º do CCP).

O contrato em apreciação, celebrado em 5 de dezembro de 2013, tem uma cláusula de efeito retroativo a 1 de Agosto de 2013, início da execução material, e que era a data prevista para o início da execução do contrato emergente do CPI n.º 1/DGSP/2012.

Nos termos do n.º 2 do artigo 287.º do CCP, as partes podem atribuir efeito retroativo a um contrato quando exigências imperiosas de interesse público o justifiquem e desde que a produção antecipada de efeitos: a) não seja proibida por lei; não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e c) não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no CCP.

O TdC tem sido muito exigente na apreciação das cláusulas de retroatividade porque *“Na realidade, antes da adjudicação, que culmina o processo de escolha, não é possível saber, com segurança, que haverá um contrato e que uma dada entidade será a adjudicatária. Para além disso, num processo concorrencial, assumir que uma determinada entidade poderia iniciar a prestação de serviços antes de ser escolhida ofenderia, além do mais, princípios fundamentais de imparcialidade, concorrência e igualdade e lesaria os direitos e interesses legalmente protegidos dos restantes concorrentes ao procedimento de contratação. Acresce que só no acto de adjudicação se fixa o montante da despesa, se confirma a disponibilidade de verba orçamental para a suportar e se obtém a competente autorização para a sua realização, requisitos financeiros indispensáveis para que se possa assumir o compromisso contratual.”* (Cfr. Acórdão n.º 14/09, de 31 de março, 1S-Pl).

Revemo-nos nesta exigência. Contudo, há que atender o circunstancialismo excecional do caso concreto em apreciação que, tendo já sido apresentado de forma detalhada, agora se sintetiza na apreciação dos pressupostos do n.º 2 do artigo 287.º do CCP.

Existe interesse público relevante na prestação ininterrupta de serviços de saúde à população reclusa por razões humanitárias, de saúde pública e de segurança interna ao meio prisional.

Os acontecimentos imprevisíveis ocorridos após a adjudicação no CPI n.º 1/DGSP/2012 implicando adiamentos sucessivos ao início de execução do contrato emergente respetivo



Tribunal de Contas

justificam que o serviço tivesse sido prestado desde 1 de agosto, para garantir a não interrupção da prestação, embora a cobertura contratual só tivesse ocorrido com a cláusula de eficácia retroativa no contrato outorgado em 5 de dezembro de 2013.

Esta retroatividade não era proibida por lei e não foram lesados interesses de terceiros nem violado o princípio da concorrência porque este último contrato foi celebrado com a única empresa (IAP) que podia ser convidada atendendo aos princípios da concorrência e da boa-fé - a empresa adjudicada no CPI n.º 1/DGSP/2012.

Foram, pois, satisfeitos todos os requisitos do n.º 2 do artigo 287.º do CCP.

Supletivamente, refira-se que, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 95.º do CCP, a redução do contrato a escrito podia ser dispensada pelo órgão competente para a decisão de contratar quando por motivos de urgência imperiosa, como foi o caso, fosse necessário dar imediata execução ao contrato. Daí que, *a minori ad maius* infere-se que é admissível uma cláusula de eficácia retroativa num contrato escrito porquanto teria sido possível um contrato não escrito.

Conclui-se pela admissibilidade da cláusula de efeito retroativo a 1 de agosto de 2013 no contrato de ajuste direto celebrado em 5 de dezembro de 2013, cfr. previsto no n.º 2 do artigo 287.º do CCP.

viii) Informação de cabimento e de compromisso em data posterior ao início da execução material do contrato (n.º 3 do artigo 5.º da LPCA).

A LPCA determina que, em situações normais, ”a autorização para a assunção de um compromisso é sempre precedida pela verificação da conformidade legal da despesa, nos presentes termos e nos demais exigidos por lei” (cfr. n.º 5 do artigo 5.º) sendo os compromissos definidos com “*as obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições. Os compromissos consideram-se assumidos quando é executada uma ação formal pela entidade, como sejam a emissão de ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, ou a assinatura de um contrato, acordo ou protocolo...*” (alínea a) do artigo 3.º). Mas, em situações de urgência imperiosa ou de interesse público excecional, o regime aplicável é o previsto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, que



Tribunal de Contas

regulamenta a LCPA, designadamente no seu n.º 2: “*Nas situações em que estejam em causa o excecional interesse público ou a preservação da vida humana, a assunção do compromisso é efetuada no prazo de 10 dias após a realização da despesa*”.

Qual a data da realização da despesa? Entendemos ser a da receção da fatura pela leitura conjugada do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 127/2012 (“*despesas urgentes e inadiáveis, ... cujo valor, não exceda o montante de € 5000 por mês*”) com o n.º 1 do artigo 128.º do CCP, respeitante à tramitação do regime simplificado do ajuste direto, que lhe é aplicável (“*a adjudicação pode ser feita ... diretamente sobre uma fatura ou um documento equivalente apresentado pela entidade convidada*”).

Para o contrato celebrado, em 5 de dezembro de 2013, no valor de €1.537.306,51, com efeitos retroativos a 1 de agosto de 2013, foram prestadas as informações de cabimento n.ºs BW41303160, de 1 de abril de 2013, no valor de €1.140.660,96, e BW41315270, de 4 de dezembro de 2013, de €396.645,55, para acobertar os meses os meses de agosto a outubro e de novembro a dezembro, respetivamente. As informações de compromisso n.ºs BW51318750 e BW51318749, são de 4 de dezembro de 2013. Salienta-se, no procedimento em apreciação, que o ato formal (celebração do contrato) é de 5 de dezembro e, nesta data, a DGRSP tinha afetos os recursos financeiros necessários.

O Acórdão recorrido considera que “*pese embora o contrato tenha sido formalmente celebrado em 05 de dezembro de 2013, é óbvio que uma ordem, um pedido ou uma proposta foi transmitida à adjudicatária antes dessa data. Ou seja, quando o compromisso foi emitido já os factos geradores da despesa tinham, na sua maior parte, ocorrido. A inexistência de compromisso válido no momento em que surge a obrigação de pagamento de despesa gera a sua nulidade, nos termos do n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro*”.

A interpretação do n.º 3 do artigo 5.º da LCPA em conjugação com o n.º 1 do artigo 45.º da LEO, seguida pelo Acórdão recorrido, não se apresenta adequada à situação de excecional interesse público, como é o caso, onde a assunção do compromisso pode ser efetuada até 10 dias após a realização da despesa, cfr. n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 127/2012.

Conclui-se pelo cumprimento das disposições da LCPA e da LEO relativas à informação de cabimento e de compromisso da despesa.



Tribunal de Contas

ix) Preenchimento dos pressupostos do n.º 5 do artigo 45.º da LOPTC para a execução material do contrato antes do visto ou declaração de conformidade.

O n.º 5 do artigo 45.º da LOPTC permite a produção de efeitos antes do visto aos contratos de valor superior a € 950 000 celebrados na sequência de procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

Tendo-se concluído que o contrato em causa preencheu os requisitos da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, nos termos do qual decorreu o procedimento pré-contratual, pode produzir efeitos antes do visto do TC conforme previsão do n.º 5 do artigo 45.º da LOPTC.



Tribunal de Contas

III – DECISÃO

Pelo exposto, julga-se o recurso procedente e concede-se visto ao contrato.

Não são devidos emolumentos pela Recorrente nos termos do n.º 1 do art.º 17.º do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio (RJETC).

Pela concessão de visto são devidos emolumentos a cargo da empresa I. A. Patrício – Prestação de Serviços de Saúde, Lda, conforme o n.º 2 do art.º 6º, pelo montante previsto na al. b) do n.º 1 do art.º 5.º ex vi n.º 3 do art.º 17.º, todos do RJETC.

Registe e notifique.

Lisboa, 21 de Outubro de 2014

Os Juízes Conselheiros

João Manuel Macedo Ferreira Dias (Relator por vencimento)

Ernesto Luís Rosa Laurentino da Cunha

João Aveiro Pereira (junto voto de vencido)

Estive presente
José Vicente Almeida



Tribunal de Contas

Recurso ordinário n.º 8/2014, proc.º de fiscalização prévia n.º 1829/2013 – 1.ª secção

DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto vencido pelas razões expostas no projecto de acórdão que apresentei e também pelo seguinte:

Os factos invocados pela recorrente e que o acórdão vencedor dá como provados, se alguma relevância têm é apenas a de reforçarem as já comprovadas morosidade e inoperância da adjudicante Estado-DGRSP no lançamento e na tramitação do concurso internacional.

A doutrina em que o acórdão vencedor se apoia, segundo a qual, para alguns efeitos, devem considerar-se entidades adjudicantes as estruturas sem personalidade jurídica, mas com autonomia administrativa e financeira, não se ajusta à situação dos autos, uma vez que quem abre o concurso e quem contrata é a pessoa colectiva Estado, para aprovisionar os seus serviços. De contrário teríamos duas entidades adjudicantes ou a substituição do adjudicante Estado por um seu serviço não personalizado. Além de que a referida doutrina, imprópria para efeitos de visto prévio, tem em conta apenas «procedimentos simples” e não concursos públicos para aquisição de bens ou serviços da envergadura do que aqui está em causa.

Os factos posteriores à adjudicação no concurso público internacional, como o exercício do direito de impugnação e a caducidade da adjudicação, são vicissitudes inerentes ao *iter* concursal e, como tal, previsíveis, havendo que contar sempre com o seu surgimento ao longo do processo. Por outro lado, a previsibilidade que conta não é apenas a inicial, é também aquela que desde o princípio se vai tornando manifesta pelo arrastamento ineficiente e moroso do concurso, devido à inépcia da adjudicante.



Tribunal de Contas

Acresce que, por força do disposto no art.º 8.º, n.º 3, do código civil, nas decisões que proferir o julgador deve ter em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito.

Ora, decidindo ao arrepio de uma jurisprudência já consolidada neste Tribunal, o acórdão que agora faz vencimento, salvo o devido respeito, ignora por completo este comando legal. E se fizer carreira, um tal precedente levará a que o Tribunal de Contas nunca mais possa recusar, sem descrédito, o visto em casos análogos, ou seja, em situações em que a própria adjudicante cria as condições que a impedem de cumprir os prazos e depois, como no caso presente, prevalece-se da sua própria ineficácia para lançar mão de aquisições ou ajustes directos, sem respeito pela legalidade.

Lisboa, 21-10-2014

O Juiz Conselheiro

João Aveiro Pereira