



Secção: 1.ª S/PL

Data: 17/11/2020

Recurso Ordinário: 5/2020

Processo: 60/2020

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

TRANSITADO EM JULGADO EM 3/12/2020

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção:

I – RELATÓRIO:

1. O Município de Guimarães (MdG) interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 11/2020, de 18/2, desta 1.ª Secção, em Subsecção, que *recusou o visto*, ao abrigo das alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)*¹, a um “*contrato de fornecimento de refeições intermédias em refeitórios escolares*”, celebrado em 18/12/2019, entre essa entidade e «UNISELF – Sociedade de Restaurantes Públicos e Privados, S.A.», pelo valor de 1.114.597,60 € (acrescido de IVA), para vigorar pelo prazo de dois anos (de janeiro a julho e de setembro a dezembro de 2020 e de 2021).

2. O recorrente formulou alegações que culminam com as seguintes conclusões:

- «1. Pelas razões expostas acima a decisão de recusa do visto ao contrato de “*Fornecimento de Refeições Intermédias em Refeitórios Escolares*”, celebrado entre a Câmara Municipal de Guimarães e a empresa Uniself –

¹ Lei n.º 98/97, de 26/8, alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, 42/2016, de 28/12, 2/2020, de 31/3, e 27-A/2020, de 24/7.



Sociedade de Restaurantes Públicos e Privados, S.A., celebrado na sequência de ajuste direto, a manter-se, colocará a referida Câmara Municipal numa situação prática de impossibilidade de satisfazer as necessidades alimentares das escolas do concelho, o que afeta especialmente as crianças mais carenciadas, sendo manifestamente mal fundada, pelo que deve ser revogada, no provimento do presente recurso.

2. Pese embora a circunstância de o Tribunal de Contas dever decidir de acordo com critérios estritos de legalidade e cabimento orçamental, mesmo quando tenha de o fazer em prejuízo do que seria exigível em termos de avaliação do mérito da gestão e oportunidade dos negócios, exige-se que as condições concretas do caso sejam ponderadas, mesmo quando o Tribunal tenha de exercer uma função coadjuvante, que também é sua, no suprimento quer da instrução do processo quer da insuficiência do patrocínio.
3. O acórdão recorrido, argumentando com o facto de em 30 de Outubro de 2018 o Tribunal de Contas ter considerado conforme um contrato celebrado entre as mesmas partes visando o objeto de refeições escolares principais, considerou inadmissível o procedimento de ajuste direto agora efetuado, para o fornecimento de refeições intermédias (pequenos almoços, lanches e reforço alimentar), por entender, erradamente, que essa necessidade devia ter já sido considerada aquando do lançamento do concurso público que deu origem ao contrato julgado conforme anteriormente – o que era, e é, impossível.
4. Com efeito, na data em que foi lançado o concurso público 15/17, referente ao contrato anteriormente celebrado entre as mesmas partes e relativo às refeições principais (2017) o Projeto Educativo Municipal previa apenas o apoio no âmbito do horário e para as crianças da educação pré-escolar, pelo que o contrato nunca poderia abranger o fornecimento de refeições intermédias, nem sequer aos alunos do 1.º ciclo do ensino básico, como se explicou.



5. De resto, para daquele modo decidir, o acórdão recorrido considerou que *“a única questão que importa apreciar na perspetiva do direito, relaciona-se com a verificação ou não de fundamentos que sustentem o procedimento de ajuste direto, assente em critérios materiais, tendo por base o artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii), do CCP, conforme invocado pelo Município de Guimarães”* e, considerando que o procedimento de ajuste direto foi erradamente fundamentado nesse normativo, que não podia aplicar-se, escusou-se, mas não podia fazê-lo, a aplicar a norma jurídica que julgasse adequada – no caso o artigo 27.º do CCP, cujos pressupostos devia ter considerado verificados, por força da função de julgar, à qual é ínsito o conhecimento do direito, conforme os factos invocados, independentemente de qualquer errada sugestão de aplicação da lei.
6. Ora, à partida e mesmo sem qualquer outra explicação, estava seguramente provado que a necessidade de fornecimento de refeições intermédias apenas se tornou efetiva e operante a partir do ano de 2018, quando a Câmara Municipal decidiu alargar o âmbito do Projeto Educativo aos alunos do 1.º ciclo, pelo que era impossível considerar este alargamento do âmbito ao concurso anterior.
7. Devia ter-se considerado comprovado que o fornecimento de refeições intermédias aos alunos do 1.º ciclo não era uma necessidade ocasional, pontual ou esporádica, mas sim permanente porque resultava do Projeto Educativo referido e devia ter-se considerado esclarecido que não podia ser considerada no anterior contrato, bem como que não havia que considerar a questão dos direitos exclusivos, incorretamente configurada pelo Município.
8. Tendo o acórdão recorrido considerado que a invocação da lei pelo recorrente era incorreta, e ainda assim que o que estava em equação era *“a permanência de duas empresas distintas em simultâneo nos refeitórios escolares”*, o que demonstra que apreendeu a situação de facto a



considerar, não podia deixar de entender, e decidir em conformidade, os argumentos utilizados pelo recorrente, segundo os quais:

- a) a enorme extensão geográfica do concelho, e a dificuldade de comunicação entre a sede do concelho e as freguesias, especialmente em horas de ponta, impunha como necessária consequência a conclusão de que era impossível em tempo útil garantir o fornecimento das refeições se estas fossem ministradas por empresas distintas, para mais sendo apenas um o espaço disponível em cada escola para o serviço de cozinha, por absoluta impossibilidade de ocupação simultânea do mesmo espaço físico por equipas de trabalho diferentes e de empresas distintas;
- b) as condições técnicas do sistema HACCP relativo a higienização dos espaços, em obediência ao previsto nos Regulamentos CE 852/2004 e 178/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril e 28 de janeiro, respetivamente, impõem requisitos de espaço que de outro modo seriam incumpríveis, na medida em que não é consentida a sobreposição de entidades no mesmo espaço;
- c) as práticas preconizadas pelo *Codex Alimentarius* CA/RCP39, aplicáveis às zonas de utilização coletiva, exigem que sejam cumpridas rigorosas regras de higiene e segurança alimentar, por forma a ser possível sempre responsabilizar por qualquer mal-estar associado a ingestão de alimentos a entidade causadora desse mal-estar, o que é impossível quando o fornecimento de alimentos seja feito no mesmo dia e a curtas horas de distância, mas por entidades distintas;
- d) considerando os factos invocados (dispersão das escolas e dificuldade de acesso, cozinhas únicas, exigências de higiene e segurança alimentar, cumprimento de horários de fornecimento das refeições, sem prejuízo do funcionamento da escola a tempo inteiro, conforme previsto no Projeto Municipal de Educação e é exigido pelo Ministério da Educação), só a entrega a uma só entidade da responsabilidade de



- fornecer todas as refeições consumidas por cada uma das escolas pode responder às exigências sociais e técnicas que são impostas ao Município;
- e) no que respeita a explicações de natureza financeira, a recorrente referiu que o recurso ao *catering* autónomo para o fornecimento de pequeno almoço, lanche e reforço alimentar implicaria um aumento do custo unitário de cada uma das refeições, porque o serviço teria de ser transportado de e para as escolas, e um constrangimento ao cumprimento dos horários estabelecidos, dada a dispersão geográfica dos estabelecimentos de ensino;
- f) ainda no mesmo âmbito, a recorrente referiu que no ajuste direto 58/19, o transporte de refeições abrangia apenas 3 escolas num universo de 52, pelo que, mesmo que uma outra empresa diferente da contratada propusesse o mesmo preço que esta, haveria sempre um agravamento de despesa da ordem dos 12.374,88 euros, o que constituiria uma péssima prática de gestão, o que, a não se entender suficiente, deveria ter, e ainda pode, dado lugar a esclarecimentos complementares.

Nestes termos e nos melhores de direito, no que for aplicado em consequência de insuficiência do patrocínio, deve o presente recurso ser julgado provado e procedente, revogando-se o acórdão recorrido, com a consequência de, com ou sem utilização do mecanismo posto à disposição do Tribunal no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, ser concedido o visto que foi denegado.»

3. O Ministério Público emitiu parecer, nos termos do n.º 1 do artigo 99.º da LOPTC, no sentido da integral improcedência do recurso, com argumentação coincidente com a expendida no acórdão recorrido, sem que tenham sido suscitadas «questões novas» ao abrigo do n.º 3 do artigo 99.º da LOPTC (e para os efeitos indicados no artigo 100.º, n.º 2, do mesmo diploma). Respondendo à alegação do recorrente de que a situação de facto



ocorrida se enquadraria na previsão do artigo 27.º do CCP (e que, segundo o recorrente, a instância *a quo* deveria ter considerado), sustentou o Ministério Público que, podendo ser plausível apenas a invocação da específica situação descrita na alínea *a*) do n.º 1 desse artigo 27.º, ainda assim não ocorreria a verificação *cumulativa* (tal como exigido por esse preceito) de todos os pressupostos da sua aplicação (subalíneas *i*) a *iv*)), faltando pelo menos o último deles, concretamente a indicação no anúncio ou no programa do concurso da possibilidade de adoção de ajuste direto – sendo que nesse programa apenas se previu o ajuste direto «*para o fornecimento de refeições a estabelecimentos de ensino não constantes deste concurso*», e não para os *mesmos* estabelecimentos contemplados no concurso, como sucedeu no ajuste direto em apreço.

4. Em conformidade com o Código de Processo Civil (CPC), supletivamente aplicável ao presente recurso nos termos do artigo 80.º da LOPTC, é pelas conclusões das alegações de recurso que se define o seu objeto e se delimita o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (cfr. artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do CPC), sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (cfr. artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC). Saliente-se, ainda, que o tribunal *ad quem* apenas está obrigado a resolver as *questões* que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações (e suas conclusões) de recurso, além de que não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada, tudo conforme resulta do disposto nos artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC.

5. Do teor dessas conclusões das alegações de recurso resulta que a matéria a decidir se resume a apreciar da *legalidade* da celebração do contrato em apreço por via da adoção de um procedimento de *ajuste direto*, à luz, quer da previsão da alínea *e*), subalínea *iii*), do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)², invocada pela entidade

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1, por sua vez alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2/10, pela Lei n.º 3/2010, de 27/4, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14/12, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, e pelos Decretos-Leis n.ºs 149/2012, de 12/7, 214-G/2015, de 2/10, 111-B/2017, de 31/8, 33/2018, de 15/5, e 170/2019, de 4/12. Este último diploma viu a sua vigência ser feita cessar pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19/3, que determinou a reprivatização das normas revogadas por aquele diploma.

fiscalizada no âmbito do procedimento de ajuste direto em causa, quer de outras previsões normativas que possam ser eventualmente consideradas, aferindo da verificação das respetivas condições de aplicação. Complementarmente, será de ponderar o suscitado (pelo recorrente) tópico da possibilidade de concessão de visto com recomendação, ao abrigo do regime previsto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

6. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

*

II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:

7. A instância *a quo* considerou provados os seguintes factos, que se passam a reproduzir:

«a) Em 30.10.2018, foi declarado conforme, por este Tribunal (Processo n.º 3086/2018), ao abrigo do artigo 83.º, n.º 1, da LOPTC, um contrato celebrado, na sequência de concurso público com publicidade internacional, entre as mesmas partes, tendo por objeto o fornecimento de refeições (almoços e lanches) em refeitórios escolares, pelo preço contratual de 5.972.357,64 € (acrescido de IVA), para vigorar no triénio 2019/2021, contrato que se encontra em vigor;

b) Do referido contrato fazem parte as seguintes componentes:

REFEIÇÃO	Nº DE REFEIÇÕES	PREÇO UNITÁRIO	SUBTOTAL
Refeitórios com serviço de almoço – confeção local	1.135.000	1,44€	1.634.400,00€
Refeitórios com serviço de lanche – confeção local	214.468	1,11€	238.059,48€



Refeitórios com serviço de almoço transportado	51.200	2,21€	113.152,00€
Refeitórios com serviço de lanche transportado	4.620	1,12€	5.174,40€
Preço total / ano			1.990.785,88€

- c) Por deliberação, de 17.10.2019, a Câmara Municipal de Guimarães autorizou a abertura de um procedimento de ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii), do Código dos Contratos Públicos (CCP), para fornecimento de refeições intermédias (pequenos-almoços, lanches e reforço alimentar) em refeitórios escolares, com o preço base de 1.114.597,60€ (acrescido de IVA a 13%);
- d) Da respetiva deliberação, e da proposta que a suporta, não consta qualquer fundamento que justifique a presente necessidade, nem qualquer razão justificativa de mesma não ter sido considerada aquando do lançamento do concurso público internacional para fornecimento de refeições escolares (almoços e lanches), ainda em vigor, referido na precedente alínea a);
- e) O único convite foi dirigido à sociedade “UNISELF – Sociedade De Restaurantes Públicos e Privados, S.A.”, a mesma empresa a quem foi adjudicado o contrato mencionado na antecedente alínea a);
- f) A referida empresa apresentou a sua proposta, em 24.10.2019, com o preço total de 1.114.597,60€, assim decomposto:

REFEIÇÃO	Nº DE REFEIÇÕES	PREÇO UNITÁRIO	SUBTOTAL
Refeitórios com pequeno-almoço – confeção local	358.672	1,25€	448.340,00€
Refeitórios com serviço de lanche – confeção local	364.704	1,25€	455.880,00€
Refeitórios com serviço de reforço alimentar – confeção local	514.112	0,33€	169.656,96€



Refeitórios com pequeno-almoço transportado	7.424	1,26€	9.354,24€
Refeitórios com serviço de lanche transportado	17.632	1,26€	22.216,32€
Refeitórios com serviço de reforço alimentar transportado	26.912	0,34€	9.150,08€
TOTAL DA PROPOSTA			1.114.597,60€

- g) A decisão de adjudicação foi tomada por deliberação do executivo municipal de Guimarães, em 09.12.2019, a qual aprovou igualmente a minuta do contrato e procedeu a nomeação do gestor do contrato;
- h) O contrato em questão, celebrado em 18.12.2019, foi submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, em 10.01.2020;
- i) Em 17.01.2020, o contrato foi devolvido ao MdG para esclarecimento de dúvidas, tendo o município, respondido, em 29.01.2020, o seguinte:

Questão 1:

“Tendo presente a disposição legal invocada para o recurso ao procedimento de ajuste direto ao abrigo da subalínea iii) da alínea e) do artigo 24.º do CCP, na atual redação, fundamente e comprove documentalmente que a realização dos serviços objeto do contrato só pode ser assegurada pela empresa adjudicatária, esclarecendo quais os direitos exclusivos que se pretende proteger”.

Resposta:

“O objeto do contrato a que se refere o ajuste direto n.º 58/19 é o fornecimento de refeições intermédias, designadamente pequeno-almoço, lanche e reforço alimentar e destina-se às crianças e alunos que frequentam as atividades de animação e apoio à família da educação pré-escolar e componente de apoio à família do 1.º ciclo, ou seja, os mesmos utilizadores do serviço de refeições almoço a que se refere o concurso público n.º 15/17, a vigorar no triénio 2019/2021. Por essa razão, e dado que a preparação das refeições intermédias tem de ser realizada no mesmo espaço e com recurso aos mesmos



equipamentos que a do almoço, havendo inclusivamente períodos do dia em que estão a decorrer simultaneamente, entendeu-se que por razões técnicas e funcionais não seria exequível a coexistência de elementos de duas empresas de restauração distintas. Do exposto resulta que tivesse sido adotado o procedimento de ajuste direto ao abrigo da subalínea iii) da alínea e) do artigo 24.º do CCP para a aquisição daqueles serviços. Acresce ainda que, pelas mesmas razões, o término do contrato em apreço coincide com o do concurso público supra mencionado.”

Questão 2:

“Na sequência do ponto anterior, justifique que a decisão de contratar seja omissa à fundamentação da escolha do procedimento pré-contratual adotado”.

Resposta:

“Em nosso entendimento a resposta a esta questão deverá ser solicitada ao Departamento Financeiro.

Refira-se, contudo, que na informação técnica da Divisão Educação para a aquisição dos serviços a que diz respeito o ajuste direto n.º 58/19, foi justificado, nos termos do ponto anterior, a escolha do procedimento a adotar.”

Questão 3:

“Atendendo ao fundamento legal invocado para a escolha do procedimento, justifique a possibilidade de cessão da posição contratual e de subcontratação, ainda que sujeita a autorização da entidade adjudicante, estipulada na cláusula 3.ª e 7.ª do caderno de encargos”.

Resposta:

“Conforme consta do ponto 1 do título contratual, o Caderno de Encargos que serviu de base ao procedimento constitui documento que fica a fazer parte integrante do contrato. Na cláusula 3.ª do Caderno de Encargos consta o prazo de execução dos serviços – e, designadamente, os prazos para apresentação das várias fases em que o serviço se desenvolve. Embora crendo que a fórmula utilizada (remissão para documento integrante do contrato) é correta,



naturalmente que o prazo de execução será feito constar do contrato, por título adicional, se esse Tribunal de Contas assim o entender necessário.”

Questão 4:

“Considerando que das peças do procedimento não se encontra devidamente demonstrado e fundamentado o preço base, remeta para o efeito a respetiva documentação demonstrativa com base em critérios objetivos, face ao disposto no artigo 47.º, n.º 3, do CCP, na atual redação”.

Resposta:

“O preço base do procedimento resulta do produto da previsão de refeições a fornecer no biénio 2020/2021 e os preços unitários resultantes de procedimento concursal anterior com idêntico objeto, designadamente o ajuste direto n.º 47/19, respeitante ao período de setembro a dezembro de 2019, e visado pelo Tribunal de Contas a 8 de novembro de 2019.

Em anexo, documento demonstrativo dos valores em causa.”

Questão 5:

“Esclareça e fundamente a necessidade de fixação do preço ou do custo anormalmente baixo inferior a 50%, previsto no ponto 3.2, alínea d), do convite, indicando quais os critérios objetivos que presidiram a essa fixação, designadamente os preços médios obtidos na consulta preliminar ao mercado, se tiver existido.”

Resposta:

“Esta questão deverá ser objeto de resposta pelo Departamento Financeiro, dado que a elaboração do Convite está sob a sua responsabilidade.”

Questão 6:

“Tendo em conta o valor contratual e considerando que o contrato tem início em janeiro de 2020, justifique o alcance de tal menção, face ao disposto no n.º 4 do artigo 45.º da LOPTC, na nova redação dada pela Lei n.º 20/2015, de 9 de



março, implicando a sua violação eventual infração financeira nos termos do artigo 65.º, n.º 1, alínea h), da mesma Lei.”

Resposta:

“O procedimento concursal em apreço teve início a 6 de setembro de 2019, pelo que tratando-se de um ajuste direto com consulta a um único fornecedor, e pese embora pelo valor contratual estivesse sujeito a visto do Tribunal de Contas, expectava-se que estivesse concluído a tempo de produzir efeitos em janeiro de 2020.

Contudo, e dado que tal não sucedeu, a Câmara Municipal viu-se forçada a suspender temporariamente o fornecimento de refeições intermédias, com grave prejuízo para as comunidades educativas envolvidas e comprometendo o pleno funcionamento da escola a tempo inteiro preconizada pelo Ministério de Educação.

Sob ponto de vista social, esta situação revela-se ainda mais gravosa, sobretudo para os agregados familiares mais desfavorecidos, criando situações de desigualdade entre crianças e alunos matriculados no mesmo estabelecimento escolar, mas em diferentes níveis de ensino. A este respeito, importa referir que, em matéria de refeições intermédias, e até conclusão do processo em apreço, apenas está a ser assegurado o fornecimento de lanches às crianças da educação pré-escolar, previstas no âmbito do concurso público n.º 15/17, processo esse visado em devido tempo pelo Tribunal de Contas.”

- j) O MdG foi alvo, em anteriores processos de fiscalização prévia, de duas recusas de visto, com fundamento no recurso ilegal ao ajuste direto com base em critérios materiais, nos seguintes processos:
- i. Processo n.º 798/2014, que deu origem ao Acórdão n.º 25/2014–23.JUL-1.ª S/SS, em que se recorreu ao ajuste direto com fundamento no artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP;



- ii. Processo n.º 459/2015, que deu origem ao Acórdão n.º 8/2015–30.JUN-1.ª S/SS, em que se realizou uma aquisição direta, sem a observância de qualquer regra procedimental.»

– DE DIREITO:

A) Do conteúdo da decisão recorrida:

8. Comece-se por recuperar o essencial da fundamentação da decisão recorrida, para melhor enquadrar a essencial questão suscitada no recurso em apreço. Recorde-se que no presente processo (e recurso) está em causa um contrato celebrado pelo MdG, por *ajuste direto*, de fornecimento de refeições escolares intermédias (pequenos-almoços, lanches e reforço alimentar), destinadas a estabelecimentos escolares do respetivo concelho, e para vigorar em paralelo com um outro contrato de fornecimento de refeições escolares (almoços e lanches), anteriormente celebrado com a mesma cocontratante, na sequência de concurso público.

9. Perante a falta de demonstração de qualquer fundamento factual para que a necessidade do subsequente fornecimento não tivesse sido considerada logo nesse anterior concurso público (como ficou vertido no ponto de facto sob a alínea *d*) da *factualidade provada*), bem como perante a invocação pela entidade fiscalizada de fundamento jurídico sem um mínimo de sustentabilidade (suposta existência de *direitos exclusivos* a proteger, alegadamente enquadráveis na previsão do artigo 24.º, n.º 1, alínea *e*), subalínea *iii*), do CCP, mas sem que a cocontratante detenha qualquer *exclusividade* em matéria de alimentação), entendeu a instância *a quo* que inexistiria suporte bastante para a adoção de um procedimento aquisitivo não concorrencial, relativamente ao referido fornecimento de refeições intermédias, cuja necessidade teria sido artificialmente gerada pelo adjudicante. Já na pendência do presente processo de fiscalização prévia ainda veio a entidade fiscalizada, em sede de prestação de esclarecimentos, invocar “*razões técnicas e funcionais*” para o recurso ao ajuste direto (designadamente, por alegada inexistência de coexistência de duas empresas de restauração distintas no mesmo espaço físico) – o que sugeria uma



referência à situação contemplada na subalínea *ii*) da mencionada alínea *e*) (que alude à impossibilidade de haver *concorrência por motivos técnicos*), mas que a entidade fiscalizada também não logrou demonstrar ocorrer, por a aludida coexistência de empresas poder constituir uma dificuldade, mas não uma impossibilidade. Consequentemente, e por se ter adotado o ajuste direto com base em fundamentos materiais que não se verificam, entendeu a instância *a quo* que foi omitido o procedimento legalmente devido (um concurso público ou limitado por prévia qualificação com publicidade internacional, dado o montante financeiro envolvido), o que configura uma situação de «*preterição total do procedimento legalmente exigido*», com a decorrente cominação de *nulidade*, conforme previsto no artigo 161.º, n.º 2, alínea *l*), do Código do Procedimento Administrativo (CPA)³, sendo tal *nulidade* integrante do fundamento de *recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC. E mais se considerou que essa adoção do *procedimento de ajuste direto* em vez de um novo procedimento concursal aberto implicou uma clara violação do *princípio da concorrência*, com a consequente suscetibilidade de *alteração do resultado financeiro do contrato*, o que constitui *ilegalidade* integrante do fundamento de *recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC.

10. E de tudo se inferiu, a final, a formulação da decisão de *recusa de visto* ora sob impugnação. A essa solução se opõe então a entidade recorrente, sustentando tese contrária a tal *juízo* de recusa de visto. Vejamos, pois, em que termos.

B) Do âmbito da impugnação deduzida:

11. Comece-se por retomar a afirmação já *supra* produzida, no sentido de que são as *conclusões das alegações de recurso* que *delimitam* o objeto do recurso e o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem*. Esta asserção é absolutamente *axiomática* para efeitos da perceção dos limites a que se encontra confinada a apreciação jurisdicional de um qualquer recurso. O que vimos de sublinhar tem especial relevo na interpretação do âmbito da *pretensão recursória* que o ora recorrente pretende submeter a este Tribunal de recurso.

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1.



12. Como se evidencia das alegações do presente recurso (em particular, das suas *conclusões* supratranscritas), pretendeu o recorrente suscitar junto desta instância *ad quem* a consideração de uma determinada *envolvência fáctica* do caso dos autos que não foi devidamente apresentada perante a instância *a quo*, nem – como se verá – se mostra aqui enunciada pela forma processualmente adequada a poder ser apreciada em sede de recurso. Alegou-se agora, no plano factual, e em síntese, que a necessidade de fornecimento de refeições escolares intermédias apenas ocorreu depois do lançamento do anterior concurso público (devido a um superveniente alargamento de projeto educativo municipal) e que as condições concretas das escolas abrangidas, em termos de distância, espaço físico, horários, etc., imporiam a prestação de todos os fornecimentos de alimentação por uma única entidade. Porém, ainda que tal matéria factual pudesse ter sido colhida para efeitos de elaboração da *factualidade provada* pela instância *a quo*, o certo é que sempre faltaria a formulação, perante esta instância *ad quem*, de uma efetiva *impugnação da matéria de facto*, em ordem a obter a inscrição naquela *factualidade provada* dos novos elementos ora levados às alegações de recurso. Com efeito, se se atentar nas *conclusões* das respetivas alegações (e igualmente no *corpo* dessas alegações, ainda que aquilo que aí consta, e sublinhe-se mais uma vez, não pudesse relevar para efeitos de inserção no *objeto do recurso*), não se vislumbra nelas qualquer formulação textual e minimamente consistente no sentido da dedução de uma tal *impugnação da matéria de facto*. E sem qualquer alteração da *factualidade provada*, como decorrência da procedência de uma verdadeira e própria *impugnação* dirigida à *matéria de facto*, não pode deixar a instância *ad quem* de considerar tão-só o acervo factual apurado pela instância *a quo*, apenas lhe cabendo declarar que se mantém integralmente a decisão de facto, tal como foi proferida no julgamento efetuado em 1.ª instância, em conformidade com o disposto no artigo 663.º, n.º 6, do CPC (*ex vi* do artigo 80.º da LOPTC).

13. De todo o modo, e ainda que se pretendesse *extrapolar* dessa referência a elementos factuais *divergentes* da factualidade declarada como provada na decisão recorrida uma qualquer *manifestação operante* de uma *intenção impugnatória* quanto à *matéria de facto*, importa aqui ter presente todo um lastro argumentativo desenvolvido pela jurisprudência deste Tribunal quanto às condicionantes legais da *reapreciação da matéria de facto* em sede de *recurso*, e em particular no que tange às decisões proferidas



em sede de processos respeitantes à fiscalização prévia – para tanto seguindo, de muito perto, o que já se expendeu em arestos como os Acórdãos n.ºs 3/2018 e 43/2019 desta 1.ª Secção, em Plenário, de 20/3 e de 5/11, respetivamente, ambos relatados pelo ora relator.

14. Em primeiro lugar, há que ter em conta aquilo que constitui um *traço essencial e estruturante* do sistema de recursos, no quadro do regime processual civil português – e que se nos afigura estar igualmente *pressuposto* no regime específico da LOPTC. Trata-se de sublinhar que os recursos, no sistema processual português, têm uma finalidade de *reapreciação* pela instância superior de matéria ponderada na decisão recorrida, e não de apreciação de todas e quaisquer questões que os recorrentes entendam submeter-lhe, mesmo que não colocadas perante o tribunal recorrido⁴. Como sublinham LEBRE DE FREITAS *et alii*, «os recursos ordinários são, entre nós, recursos de reponderação e não de reexame», pelo que aos tribunais de recurso cabe «controlar a correção da decisão proferida pelo tribunal recorrido, face aos elementos averiguados por este último», ou seja, «não [lhes] cabe conhecer de questões novas (o chamado “ius novorum”), mas apenas reapreciar a decisão do tribunal a quo, com vista a confirmá-la ou revogá-la»⁵, apenas sendo ressalvadas, como também assinalam os citados autores, questões novas que sejam de conhecimento oficioso, como questões de inconstitucionalidade ou de caducidade em matéria excluída da disponibilidade das partes, designadamente se suscitadas em alegações de recurso⁶. Isto significa que, em regra, sobre questão não apreciada pela instância *a quo* (por não verificada ou não suscitada perante esta) também não se pode pronunciar o tribunal de recurso.

15. Num outro plano, há que destacar que, por força da aplicabilidade supletiva do CPC, estabelecida no artigo 80.º da LOPTC, releva todo o regime processual civil sobre a *impugnação da matéria de facto*, bem como o sentido global da extensa *jurisprudência cível* produzida sobre a temática em apreço, que vem sendo genericamente acolhido por este Tribunal de Contas. Nesse quadro, reveste particular importância o entendimento de que a

⁴ Sobre esta matéria, e ainda na vigência do anterior CPC (não substancialmente alterado pelo novo CPC neste domínio), cfr. LEBRE DE FREITAS *et alii*, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 7-8; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 395; e, por todos, os Acórdãos RG de 3/11/2003, Proc. n.º 1573/03-1, RE de 27/11/2003, Proc. n.º 1640/03-3, e RL de 25/6/2008, Proc. n.º 3668/08-4, todos acessíveis in www.dgsi.pt.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.



suscitação da *reapreciação da matéria de facto* por iniciativa do recorrente deve obedecer, como condição da ocorrência de uma verdadeira e própria *impugnação da matéria de facto*, à verificação de dois pressupostos essenciais: por um lado, e tendo em conta o que já se afirmou *supra* acerca de as *conclusões das alegações de recurso* serem determinantes para a delimitação do objeto do recurso e para o âmbito de intervenção da instância de recurso, deve necessariamente ser levada a essas *conclusões* a formulação daquela pretensão na forma adequada; por outro lado, deve essa formulação integrar um pleno cumprimento dos ónus impostos ao recorrente pelo artigo 640.º do CPC (também aqui, como nas subsequentes referências ao CPC, *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC).

16. Apelando igualmente aqui a considerações desenvolvidas no seio da doutrina e jurisprudência civilistas (atendíveis, como vimos, devido à supletividade do CPC nesta sede), é de sublinhar, quanto a este último ponto, que constitui opinião predominantemente aceite ser necessária uma indicação especificada dos pontos de facto a alterar, em que sentido e com que particular fundamento, com referência a concretos meios probatórios, devendo estabelecer-se uma correlação entre cada um desses factos e os respetivos elementos probatórios relevantes (cfr. LEBRE DE FREITAS *et alii*⁷, em anotação ao artigo 685.º-B do anterior CPC, com correspondência, sem diferenças significativas nessa parte, no artigo 640.º do atual CPC). Por sua vez, o incumprimento dos ónus impostos pelo artigo 640.º do CPC tem como inelutável consequência a rejeição do recurso, no segmento respeitante à impugnação da matéria de facto, ao abrigo do proémio do n.º 1 desse artigo 640.º, e sem possibilidade de despacho de aperfeiçoamento (neste sentido, em anotações ao artigo 685.º-B do anterior CPC, LEBRE DE FREITAS *et alii*⁸ e ABRANTES GERALDES⁹, que manteve essa posição à luz do atual artigo 640.º¹⁰) – mas sem prejuízo do prosseguimento do recurso quanto a outros fundamentos alegados pelo recorrente, já no âmbito da impugnação de direito.

⁷ *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 61-64.

⁸ *Ob. cit.*, pp. 61-62.

⁹ *Recursos em Processo Civil – Novo Regime*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 138.

¹⁰ *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 127-128 (e, igualmente, na 5.ª edição, de 2018, a p.167).



17. No caso do presente recurso, atentas as expostas considerações e o teor das conclusões das respetivas alegações, e como já se adiantou *supra*, afigura-se notório que a entidade recorrente em momento algum expressou uma efetiva pretensão de *impugnação da matéria de facto*. Como vimos, não basta uma mera afirmação de *dissentimento* (ainda que *implícita*) quanto à *factualidade provada*, sendo necessária a *formalização* de um verdadeiro e próprio recurso quanto à *matéria de facto*, com um adequado *cumprimento* dos *ónus* impostos pelo artigo 640.º, n.º 1, do CPC. Ora, isso não sucedeu: em parte alguma das conclusões das alegações (e nem mesmo no respetivo *corpo*) declarou a entidade recorrente, em concreto, que factos deveriam deixar de ser dados como provados, nem que factos deveriam passar a ser dados como provados, assim como não estabeleceu uma correlação entre cada um desses factos e específicos meios probatórios relevantes.

18. Nessa medida, somos levados a concluir que não foi formulada, no presente recurso, qualquer *impugnação da matéria de facto* – e ainda que como tal relevasse uma implícita divergência quanto à *factualidade provada*, sempre faltaria um cumprimento minimamente satisfatório dos *ónus* impostos pelo artigo 640.º, n.º 1, do CPC, com a inelutável consequência da rejeição do recurso, quanto a esse segmento, sem oportunidade de reparação. Em conformidade, mantém-se integralmente a *decisão de facto*, tal como foi proferida no julgamento efetuado em 1.ª instância (e para a qual se remete, nos termos do artigo 663.º, n.º 6, do CPC), ficando o objeto do presente recurso confinado exclusivamente ao plano da *impugnação de direito*, a ser apreciado a partir da intocada *factualidade* dada como assente pela instância recorrida.

19. Em todo o caso, diga-se que mesmo que a *factualidade* trazida pelo recorrente ao presente recurso pudesse, de algum modo, ser considerada no seu âmbito – como parece admitir o Ministério Público na sua *resposta* às alegações de recurso –, sempre se depararia essa invocação com a impossibilidade de preenchimento integral das condições exigidas pelo artigo 27.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP para eventual fundamentação nesse preceito da adoção do ajuste direto, como bem demonstrou o Ministério Público na mesma ocasião, e infra se explicitará melhor, não se alcançando por aí base bastante para reconhecer a conformidade legal do ajuste direto adotado. E, como também já se evidenciou noutros arestos deste Tribunal, designadamente no citado Acórdão n.º 43/2019,



deve igualmente improceder pretensão de *alteração da factualidade provada* que se mostre irrelevante para a decisão de direito – o que permitirá ao tribunal hipotizar a admissibilidade formal dessa pretensão e ponderar sobre a *relevância* para a decisão de direito da *factualidade* que se pretende alterar, segundo um *critério de relevância aferido segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito* (de acordo com a fórmula, ainda pertinente e atual, adotada no n.º 1 do artigo 511.º do anterior CPC), após o que poderá rejeitar a inserção de *factualidade* sem *relevância* para o objeto do processo, por manifesta *inutilidade* de tal inserção. E também por essa via se extrairia a *improcedência* de uma eventual pretensão do recorrente de *alteração da factualidade provada* – que já vimos não ter sido expressamente formulada e, ainda que o tivesse sido, não poder ser admitida por inadequação formal.

C) Da verificação de (i)legalidade do procedimento de ajuste direto:

20. Posto isto, confirmamos, perante a factualidade declarada provada em 1.ª instância, a conformidade legal do procedimento de ajuste direto adotado. Para tanto importa equacionar a viabilidade de aplicação ao caso concreto da previsão inicialmente invocada pela entidade fiscalizada (a do artigo 24.º, n.º 1, alínea *e*), subalínea *iii*), do CCP), bem como da invocada em segunda linha já no decurso do presente processo de fiscalização prévia (a do artigo 24.º, n.º 1, alínea *e*), subalínea *ii*), do CCP), e ainda, e finalmente, da previsão invocada já no subsequente recurso, ora em apreço (a do artigo 27.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP, que o recorrente concretiza, por transcrição, apenas no *corpo* das suas alegações de recurso).

21. Quanto à primeira hipótese, estava em causa a possibilidade de *ajuste direto* com fundamento na circunstância de «[a]s prestações que constituem o objeto do contrato só po[dere]m ser confiadas a determinada entidade», por ser «necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual» (subalínea *iii*) da alínea *e*). No plano doutrinário, é de salientar a explicitação de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA no sentido de que tal norma se refere a casos em que «em virtude de um exclusivo legal, dado por lei ou, com base nela, por ato ou contrato administrativo anterior [...], se reserve para uma entidade o exercício ou produção, em determinado espaço



territorial, de uma certa atividade ou bem publicamente atribuíveis» ou em que «*em virtude da titularidade de direitos de propriedade industrial ou intelectual [...], só uma entidade está legalmente habilitada a realizar nesse espaço geográfico uma prestação que caia no âmbito do direito exclusivo, de origem legal, ou com tutela legal*»¹¹. Afigura-se ser notório que, no caso presente, não concorrem quaisquer das condições legal e doutrinariamente estabelecidas em relação à norma em análise. A empresa de restauração contratada não disporá seguramente de direitos exclusivos ou de exclusividade jurídica quanto à confeção de alimentos especificamente considerada. Concorde-se, pois, com a apreciação negativa a esse propósito sustentada, e com consistente apoio doutrinário e jurisprudencial, na decisão recorrida. Aliás, a própria entidade fiscalizada, já no contexto do presente recurso, reconheceu a impropriedade da invocação por si anteriormente formulada, ao fundamentar em *direitos exclusivos* a legalidade da adoção de ajuste direto.

22. Quanto à segunda hipótese, estava em causa a possibilidade de *ajuste direto* com fundamento na circunstância de «*[a]s prestações que constituem o objeto do contrato só po[dere]m ser confiadas a determinada entidade*», por inexistir concorrência devido a «*motivos técnicos*» (subalínea *ii*) da alínea *e*). Neste caso, e segundo aqueles mesmos autores, suscita-se aí a questão de «*só haver nesse espaço uma empresa com a expertise ou o know how necessário para a execução da obra ou serviço em causa*»¹². Também aqui se revela notório que o serviço em apreço não requer um particular domínio técnico só ao alcance da empresa contratada. Mais uma vez se concorda, pois, com o juízo negativo plasmado na decisão recorrida, quanto a uma eventual aplicação da hipótese legal em referência.

23. Coloca-se ainda uma outra alternativa de enquadramento legal, fundada no artigo 27.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP, e suscitada pela entidade fiscalizada já em sede de recurso, com base em argumentos de ordem factual que apenas nessa sede traz à apreciação deste Tribunal, em condições que já vimos serem insuscetíveis de determinar uma qualquer alteração da *factualidade provada* e que se apresentam sob a forma de

¹¹ In *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2016, reimpressão da edição de 2011, p. 759.

¹² *Idem*, p. 758.



imputação à instância *a quo* de uma deliberada renúncia à aplicação do direito adequado ao caso concreto, numa significativa desconsideração dos deveres de cooperação e de correção que se impõem aos sujeitos processuais^{13 14}. É certo que, em matéria de aplicação do direito vale o princípio *iura novit curia* (acolhido no artigo 5.º, n.º 3, do CPC: «*O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito*»), mas também é verdade que, no que se refere aos processos de fiscalização prévia deste Tribunal, cabe à entidade fiscalizada trazer ao processo pelos meios formalmente adequados os factos a que o direito deva aplicar-se, impendendo sobre aquela importantes ónus respeitantes à alegação e prova do preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, sem que se imponha qualquer indagação oficiosa de meios de prova¹⁵.

¹³ Cfr. artigos 7.º e 9.º do CPC.

¹⁴ Como bem evidenciam algumas afirmações, entre outras de igual jaez, constantes das alegações de recurso: acerca da invocação da aplicabilidade desse artigo 27.º do CCP, escreve-se que «[...] na análise de qualquer que seja a situação jurídica que careça de pronúncia, o princípio alfa é bem conhecer os factos, uma vez que, embora surpreendentemente outra pareça ser a opinião do acórdão recorrido, só os factos são essenciais, não o direito que lhes deve ser aplicado, porque a aplicação desse é da competência funcional de quem tem de julgar»; a propósito da referência a duas anteriores situações de recusa de visto por recurso ilegal ao ajuste direto (vertidas no ponto de facto sob a alínea j) da *factualidade provada*), que sustentam a determinação de prosseguimento do processo para apuramento de eventual responsabilidade financeira, declara-se que «[...] essas recusas de visto foram a seu tempo julgadas e apreciadas e como tais constituem caso julgado, o que significa apenas que não podem discutir-se mais» e que «[...] importa, e por ora apenas isso, consignar que se trata de dois acórdãos referentes a ajustes diretos de serviços culturais [...], cuja ligação com refeições familiares escolares só podem obviamente ser fruto de imaginação do intérprete», assim desqualificando a obrigação legal do tribunal *a quo* de verificar a existência de indícios da prática de infrações financeiras e dar-lhes o devido seguimento, sem que tal dependa de qualquer identidade factual entre as situações de ilegalidade (neste caso, quanto a ajustes diretos) verificadas ou da não consolidação de anteriores situações relevantes, como decorre da previsão das alíneas j) e l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, mencionadas na decisão recorrida; e, em reforço da imputação de uma suposta recusa da instância *a quo* de aplicar o artigo 27.º do CCP, diz-se na conclusão 5.ª daquelas alegações de recurso que «[...] o acórdão recorrido [...] escusou-se, mas não podia fazê-lo, a aplicar a norma jurídica que julgasse adequada – no caso o artigo 27.º do CCP, cujos pressupostos devia ter considerado verificados, por força da função de julgar, à qual é ínsito o conhecimento do direito, conforme os factos invocados, independentemente de qualquer errada sugestão de aplicação da lei».

¹⁵ Sobre este tópico, cfr., com muito interesse, a formulação constante de vários acórdãos desta 1.ª Secção do Tribunal de Contas, de que constitui exemplo o recente Acórdão n.º 40/2020, de 19/10, proferido em Subsecção: «[...] A entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8, as instruções constantes da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto pelo artigo



a) Pretenderia o recorrente, por essa via, promover a apreciação por este Tribunal da possibilidade de verificação do fundamento de ajuste direto previsto no artigo 27.º, n.º 1, alínea a), do CCP, segundo o qual «*pode adotar-se o ajuste direto quando [...] se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares que tenham sido objeto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante com o mesmo adjudicatário, desde que, de forma cumulativa: i) Esses serviços estejam em conformidade com um projeto base comum; ii) Aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público, de concurso limitado por prévia qualificação, de procedimento de negociação, de diálogo concorrencial ou de parceria para a inovação; iii) O anúncio do procedimento tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de o somatório do valor estimado do contrato e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido, consoante os casos, nas alíneas b) ou c) do n.º 3 do artigo 474.º; e iv) A possibilidade de adoção do ajuste direto tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso*». É concebível, *in casu*, que os «*novos serviços*» abrangidos pelo contrato celebrado por ajuste direto «*consistam na repetição de serviços similares*» aos do prévio contrato celebrado na sequência de concurso público. Porém, não pode deixar de se ter em conta que, a ser considerada matéria de facto eventualmente suscetível de configurar a hipótese prevista nessa normação, haveria, pelo menos, e como vimos ser assinalado pelo Ministério Público, que descartar a ocorrência de um dos requisitos cumulativos enunciados, concretamente o indicado na citada subalínea *iv*), o qual exige que a possibilidade de adoção de ajuste direto seja indicada no anúncio ou no programa desse anterior concurso público. Com efeito, e como já supra se deixou mencionado, o programa de tal concurso apenas previu o ajuste direto «*para o fornecimento de refeições a estabelecimentos de ensino não constantes deste concurso*» – pelo que o facto de o presente contrato (decorrente de ajuste direto) abranger os *mesmos*

81.º, n.º 1, da LOPTC. [...] Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC), ex vi artigo 80.º da LOPTC – complexo normativo interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia [...]».



estabelecimentos contemplados no anterior contrato conexo (decorrente de concurso público) implica que aquele foi celebrado fora do circunstancialismo em que seria permitida a adoção de ajuste direto, ao abrigo da citada alínea *a*) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

b) Independentemente da questão da aplicação desse preceito, deve ainda ter-se presente que o recorrente desenvolveu genericamente argumentação no sentido de uma *impossibilidade prática* de o presente contrato ser celebrado com qualquer outra entidade que não o adjudicatário do prévio contrato conexo, referindo uma série de condições que obstariam à «*permanência de duas empresas distintas em simultâneo nos refeitórios escolares*» – e que imporiam o ajuste direto com o adjudicatário desse anterior contrato. Trata-se de uma alegação que parece sugerir a existência de um requisito geral do artigo 24.º, n.º 1, alínea *e*), do CCP, que permitiria fundamentar o ajuste direto mesmo fora das concretas situações previstas nas subseqüentes subalíneas dessa alínea *e*). Contudo, nem a enunciação destas se afigura ser exemplificativa, nem a situação concreta verificada no presente caso parece configurar hipótese de apenas uma única entidade se encontrar habilitada a realizar o serviço contratado. Como os já supracitados autores referem, não são admitidas, como fundamento do recurso ao ajuste direto, «*razões económicas, financeiras, operacionais ou logísticas*»¹⁶. Nessa mesma linha argumentativa, aliás, se havia já posicionado a decisão recorrida, que também neste ponto merece concordância.

24. Alcança-se, assim, o juízo de que carece de fundamento legal bastante a adoção de ajuste direto para a celebração do contrato ora em apreço. Nessa medida, é de conceder a nossa plena adesão às considerações expendidas pela instância *a quo*, na sustentação da verificação da *ilegalidade* – e que ora se reitera ocorrer – do recurso ao *procedimento de ajuste direto*, por parte da entidade fiscalizada, sendo de formular, como na decisão recorrida, duas *conclusões*:

a) que essa adoção do *procedimento de ajuste direto* em vez de um novo procedimento concursal aberto se traduziu na «*preterição total do procedimento legalmente exigido*», com a conseqüente cominação de *nulidade*, conforme previsto no

¹⁶ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 757.



artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do CPA, sendo tal *nulidade* integrante do fundamento de *recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC; e,

b) que essa adoção do *procedimento de ajuste direto* em vez de um novo procedimento concursal aberto implicou uma clara violação do *princípio da concorrência*, com a conseqüente suscetibilidade de *alteração do resultado financeiro do contrato*, o que constitui *ilegalidade* integrante do fundamento de *recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

D) Das conseqüências decorrentes da ilegalidade verificada:

25. Com essa dupla fundamentação alcançou a decisão recorrida a formulação do juízo de *recusa de visto* ora sob impugnação. E, retomando o nosso juízo de concordância com a argumentação expendida na decisão recorrida, já anteriormente formulado, afigura-se plenamente procedente esse enquadramento formulado na decisão recorrida.

26. Com efeito, considera-se verificada *ilegalidade* de dupla incidência.

a) Por um lado, ocorreu um incumprimento das exigências formais do procedimento pré-contratual que aqui se imporia (*procedimento concursal aberto*, no quadro do disposto na alínea a) do artigo 19.º do CCP, em vez de *ajuste direto*), o que consubstancia a «*preterição total do procedimento legalmente exigido*», com a conseqüente cominação de *nulidade*, conforme previsto no artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do CPA. Dessa *invalidade* deriva, por sua vez, a *nulidade* do próprio contrato em apreço, a qual se alcança seja por via da aplicação do n.º 1 do artigo 283.º do CCP (este com a epígrafe «*Invalidade conseqüente de atos procedimentais inválidos*», e aquele com o seguinte teor: «*Os contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo*»), seja por via da aplicação do n.º 2 do artigo 284.º do CCP (cujo proémio reza, nomeadamente, que «*[o]s contratos são nulos quando se verifique algum dos fundamentos previstos [...] no artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo*»).

b) Por outro lado, verificou-se um recurso indevido ao *procedimento de ajuste direto*, por não estar preenchido qualquer dos possíveis pressupostos dessa adoção (designadamente, os constantes do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP), omitindo assim a adoção de procedimento que respeitasse integralmente os princípios gerais da contratação pública, com especial relevância para o fundamental *princípio da concorrência*. Ora, como tem este Tribunal reconhecido por diversas vezes (v., por todos, o Acórdão n.º 16/2011, de 12/7, desta 1.ª Secção, em Plenário¹⁷), tal violação do *princípio da concorrência* encerra a probabilidade de afetação do respetivo *resultado financeiro* dos contratos em apreço. Conforme se consignou naquele aresto, um procedimento concorrencial constitui, em princípio, «o melhor modo de garantir a proteção dos interesses financeiros públicos, já que é, em concorrência, que se formam as propostas mais competitivas e em que a entidade adjudicante pode escolher aquela que, técnica e financeiramente, melhor e mais eficientemente satisfaça o fim por ela pretendido» – e daí se inferiu que «a inobservância de princípios basilares da contratação pública constitui ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato».

27. Perante esse enquadramento, impõe-se concluir pela integração, quer do *fundamento de recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC, quer do *fundamento de recusa de visto* inscrito na alínea c) do mesmo n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Quanto a este último, importa ainda salientar que, como este Tribunal tem afirmado em diferentes ocasiões, basta «o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro do contrato», para se poder considerar verificado o mencionado *fundamento de recusa de visto* (cfr., por todos, o Acórdão n.º 23/2011, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 14/7¹⁸).

28. Sendo assim, forçoso é concluir que não poderia ser outra a decisão proferida pela instância *a quo*: estavam verificados *ilícitos* integradores dos *fundamentos de recusa de visto* inscritos nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, pelo que teria tal *recusa* de ser decretada. E, por este prisma, não se vislumbra fundamento bastante para conceder provimento ao presente recurso.

¹⁷ Acessível em www.tcontas.pt.

¹⁸ Acessível em www.tcontas.pt.



29. Este juízo de adesão aos fundamentos da decisão recorrida apenas deverá ainda ser confrontado com a questão tópica complementar suscitada pelo recorrente – e que passamos a apreciar.

E) Da alegada possibilidade de concessão de visto com recomendação:

30. Invoca, porém, o recorrente uma possibilidade de concessão de visto com recomendação (cfr. parte final das conclusões das alegações de recurso).

31. Recorde-se que os *processos de fiscalização prévia* deste Tribunal culminam, por regra, com *decisão judicial* de um de três tipos: *concessão de visto*; *recusa de visto*; ou *concessão de visto com recomendações*¹⁹. Ora, enquanto a *recusa de visto* é lavrada tendo por fundamento a «*desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor*» (corpo do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC) enquanto determinante de *nulidade, violação direta de normas financeiras e ilegalidade* geradora de eventual alteração de resultado financeiro (artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)*, *b)* e *c)*, respetivamente, do mesmo diploma), a *concessão de visto com recomendação* tem sempre como pressuposto *ilegalidade* enquadrável nessa alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º, que seja considerada sem relevância bastante para determinar decisão de *recusa*, sendo então formulada essa *recomendação* «*no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades*», em conformidade com o disposto no n.º 4 desse mesmo artigo 44.º

32. Daqui resulta que a verificação dos *ilícitos* previstos nas alíneas *a)* e/ou *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC inviabiliza a concessão de visto com formulação de *recomendação*: estando esta exclusivamente estabelecida, no subsequente n.º 4, para eventual suprimento da *ilegalidade* prevista na alínea *c)* do n.º 3 desse artigo 44.º, é óbvio, por interpretação *a contrario* de tal norma, que a *recomendação* está proscrita quando ocorra, simultaneamente, um qualquer dos *ilícitos* contemplados nessas alíneas *a)* e *b)*.

¹⁹ Sobre a caracterização, pressupostos e natureza destes diferentes tipos de *decisões*, v., por todos, o Acórdão n.º 12/2018, de 20/6, desta 1.ª Secção, em Plenário, igualmente acessível em www.tcontas.pt.



33. No caso presente, como vimos, ocorre a *nulidade* fundante de *recusa de visto* prevista no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a)*, da LOPTC. E, nessa medida, fica absolutamente vedada qualquer possibilidade de atender à *pretensão subsidiária* formulada pelo recorrente, no sentido da concessão de *visto com recomendação*.

F) Conclusão:

34. Resta, pois, reiterar o já formulado juízo de adesão à orientação acolhida pela instância *a quo*, assim improcedendo integralmente o presente recurso.

*

III – DECISÃO:

Pelo exposto, decide-se julgar improcedente o presente recurso, mantendo a decisão de recusa de visto ao contrato *supra* identificado, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *c)*, da LOPTC.

Emolumentos pelo recorrente, nos termos do artigo 16.º, n.ºs 1, alínea *b)*, e 2, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas)²⁰.

Lisboa, 17 de novembro de 2020

Os Juízes Conselheiros,

²⁰ Alterado pelas Leis n.ºs 139/99, de 28/8, e 3-B/2000, de 4/4.



(Mário Mendes Serrano - Relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(António Francisco Martins)