



ACÓRDÃO N.º 110/2008 - 22.Set.2008 - 1ªS/SS

(Processo n.º 811/2008)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Concurso Público / Contrato de Fornecimento / Critério de Adjudicação / Entidade Pública Empresarial / Fase do Concurso / Princípio da Boa Fé / Princípio da Concorrência / Princípio da Igualdade / Princípio da Imparcialidade / Princípio da Publicidade / Princípio da Transparência / Prorrogação do Prazo / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Em matéria de aquisições, a entidade adjudicante, entidade pública empresarial (EPE), sem natureza industrial ou comercial, está sujeita à disciplina do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, nomeadamente, à disciplina fixada no seu Capítulo XIII, por se incluir na extensão de âmbito de aplicação do referido diploma, por força do disposto no n.º 1 do seu art.º 3.º.
2. A inclusão de uma fase de negociações no âmbito de um concurso público e a forma, em concreto, como decorreu violam os princípios constantes dos arts. 7.º a 11.º, 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e o disposto no n.º 1 do art.º 78.º e nos arts. 80.º, n.ºs 3 e 4 e 83.º, 84.º e 132 e seguintes, em especial no art.º 143.º, do mesmo diploma legal.
3. O critério de adjudicação deve ser definido previamente à abertura do procedimento e dado a conhecer a todos os interessados a partir



da data daquela abertura (cfr. art.º 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).

4. A densificação, pela Comissão de Avaliação das Propostas, em data muito posterior à do acto público, do critério “Apreciação Técnica da Proposta”, fixando subcritérios de avaliação, pontuações e ponderações a atribuir viola os princípios da transparência, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade e da boa fé (cfr. arts. 8.º a 11.º e 12.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho) e, ainda, o disposto no n.º 1 do art.º 94.º do referido diploma legal.
5. A decisão de prorrogação do prazo de apresentação de propostas deve ser publicitada a todos os eventuais interessados, pelos meios julgados mais convenientes, e não apenas comunicada aos concorrentes, sob pena de violação dos princípios da transparência, da publicidade e da concorrência e do disposto no art.º 45.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
6. As ilegalidades constatadas alteraram, de facto ou potencialmente, os resultados financeiros do procedimento, pelo que constituem fundamento da recusa de visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com a nova redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Não transitado em julgado

ACORDÃO N° 110 /2008 – 22 SET-1ªS/SS

Processo n° 811/2008

I – OS FACTOS

1. O Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E., (doravante designado por IPO), remeteu para fiscalização prévia o contrato de fornecimento e de instalação de um sistema de informação hospitalar, celebrado em 19 de Junho de 2008 com a empresa “CONSISTE, Gestão de Projectos, Obras, Tecnologias de Informação, Equipamentos e Serviços, Lda.”, no valor de 1.153.018,00 €, acrescido do valor de IVA, à taxa legal em vigor.
2. Para além dos factos referidos no número anterior, relevam para a decisão os seguintes, que se dão como assentes:
 - a) Por deliberação do Conselho de Administração do IPO, de 7 de Fevereiro de 2007, foi autorizada a abertura de um concurso público, com publicitação internacional, para o fornecimento e instalação de um Sistema de Informação Hospitalar (SIH);
 - b) O concurso foi publicitado no JOUE em 16.02.07 (anúncio remetido em 14.02.07), no DR de 29.03.07 (anúncio remetido em 15/02/07) e nos jornais de grande circulação “Jornal de Notícias” em 16.02.07 e “Público” em 16.02.07;



Tribunal de Contas

- c) O prazo inicial para a apresentação das propostas foi de 52 dias (até 9 de Abril de 2007);
- d) Posteriormente, face ao elevado número de entidades interessadas em apresentar proposta e os pedidos de esclarecimentos apresentados o júri decidiu prorrogar o prazo de apresentação das propostas até 23 de Abril de 2007;
- e) A prorrogação consta do documento relativo aos esclarecimentos enviado pelo IPO aos concorrentes e integrado a fls. 211 e ss dos autos. A prorrogação do prazo não foi objecto de outro tipo de publicitação;
- f) Nos termos do ponto 1.2 do Caderno de Encargos foram fixados os seguintes critérios de adjudicação (fls 52 dos autos):
- Componente Económica – 40%
 - Preço Global do Sistema - 30%
 - Preço do Contrato Anual de Assistência Técnica-10%
 - Componente de Qualidade – 60%
 - Apreciação Técnica da Proposta (CAP) – 40%
 - Prazo de Implementação do projecto – 10%
 - Duração da Garantia – 10%
- g) Refere-se no mesmo ponto do Caderno de Encargos, que o referido critério “Apreciação Técnica da Proposta”, seria objecto de pontuação atribuída pela Comissão de Avaliação das Propostas, numa escala de 1 a 10 pontos;
- h) O acto público teve lugar em 24 de Abril de 2007, logo que terminou o prazo referido acima na alínea d);



- i) Apresentaram propostas oito empresas;
- j) Em 25 de Maio de 2007 (note-se, desde já, que esta data é muito posterior à do acto público referida na alínea h)), a Comissão de Avaliação das Propostas determinou como iria efectuar a apreciação técnica das propostas (veja-se acta a fls. 349 dos autos), fixando os subcritérios de avaliação, as pontuações e as ponderações a atribuir e a metodologia a seguir através da avaliação das propostas documentais apresentadas pelos concorrentes, a sua apresentação presencial, em sessões nas instalações do IPO, disponibilização de aplicativos com possibilidade de teste simulado e realização de workshop;
- k) Em 26 de Outubro de 2007, a Comissão de Avaliação das Propostas deu conhecimento das conclusões da avaliação técnica. A adjudicatária ficou posicionada, neste item, em 6º lugar, com a pontuação de 7,05 (fls. 353 dos autos);
- l) No ponto 14 do Programa de Concurso refere-se que, em fase posterior à avaliação das propostas, o IPO se “reserva o direito de encetar um processo final de negociação com os concorrentes melhor posicionados”;
- m) Em 3 de Dezembro de 2007 são remetidos os convites para a realização das sessões de negociação (fls. 358 e ss);
- n) As sessões de negociação decorreram nos dias 10 e 11 de Dezembro de 2007;
- o) As sessões de negociação decorreram, em separado, com cada um dos concorrentes (vide documento a fls 359 onde se refere “reunião individual” e



documento a fls 467 e ss. onde se indica o “...facto de cada um dos concorrentes saber exactamente do processo de reuniões e negociações simultâneo, em dias sucessivos que decorriam com os demais”);

- p) O júri não elaborou actas das sessões de negociações ocorridas com os concorrentes (fls. 452 e ss.);
- q) Decorridas as sessões de negociação os concorrentes apresentaram adendas às propostas apresentadas (fls 368 e ss);
- r) O relatório final do Júri data de 11 de Janeiro de 2008. Efectuada a apreciação técnica das propostas e depois de submetidas a negociação os restantes elementos do critério de adjudicação (preço global, preço anual da assistência técnica, prazo de implementação do projecto, duração da garantia), o júri elaborou um mapa final com as pontuações atribuídas aos concorrentes de onde resulta que o classificado em primeiro lugar foi a empresa CONSISTE, à qual foi proposta a adjudicação (fls. 457 dos autos);
- s) Em sede de audiência prévia foram apresentadas alegações pela concorrente INDRA, pondo em causa o procedimento, por inobservância dos princípios da contratação pública. Tais alegações foram apreciadas por vogal do Conselho de Administração do IPO que as refutou através do ofício 93/CA de 05/03/08 (vide documentos a fls. 417 e 422 dos autos);
- t) O despacho de adjudicação foi proferido em 06.03.08 à CONSISTE (fls. 426).

II – AVALIAÇÃO DOS FACTOS PERANTE O DIREITO APLICÁVEL



3. Os factos referidos nos números anteriores suscitam duas grandes questões em matéria de aplicação do direito:
- a) Determinação do direito aplicável ao procedimento para formação do contrato;
 - b) Avaliação, perante o direito aplicável, do procedimento seguido na formação de contrato.

São estas as questões que a seguir se abordarão.

4. Vejamos pois, primeiramente, qual o direito a que se deve subordinar a presente aquisição. Refira-se, desde já, que nos documentos concursais (Programa do Concurso e Cadernos de Encargos) estranhamente nada se diz sobre esta matéria. Mas são relevantes e sintomáticos os factos já elencados nas alíneas a) e b) do número anterior: decisão de abertura de concurso público e sua publicitação nacional e internacional com a publicação dos correspondentes anúncios.

Contudo, na sequência da devolução do processo pelos Serviços de Apoio a este Tribunal, veio o IPO esclarecer o seu pensamento dizendo:

“Quanto à aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, entendemos que a mesma deixou de se verificar com o atingimento do prazo limite de que o Estado Português dispunha para proceder à transposição da Directiva n.º 2004/18/CE para o direito interno, com que a Directiva passou a aplicar-se directamente”.

5. Registe-se, pois, que a entidade adjudicante considera que a formação do contrato se subordina ao disposto na Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, doravante designada por Directiva. Aceitando-se, por ora, tal posição não pode deixar de se relembrar o disposto no artigo 28.º da Directiva:



“Para celebrarem os seus contratos públicos, as entidades adjudicantes aplicam os processos nacionais, adaptados para os efeitos da presente directiva.

Devem celebrar esses contratos recorrendo a concursos públicos ou limitados”.

6. E não pode deixar de verificar-se que a Directiva muito pouco ou quase nada dispõe em matéria de disciplina dos concursos e sua tramitação.
7. Assim, à data em que foi desencadeado o procedimento, se se admitir, como faz a entidade adjudicante, que este se deve (ou devia) subordinar à Directiva, por aplicação desta se deveria ter seguido os procedimentos fixados no Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho (doravante designado por DL), adaptados à luz daquela.
8. E não se diga que os “processos nacionais” a que se refere a Directiva seriam outros que não os do DL porque o IPO, dada a sua natureza de entidade pública empresarial (EPE), estaria excluído do âmbito de aplicação deste diploma.
De facto, o IPO sendo uma EPE, mas não tendo natureza industrial ou comercial, integra-se no objecto de aplicação do DL por força do disposto no nº 1 do seu artigo 3º, em interpretação que dele resulta e que saiu reforçada com a Directiva e a sua não transposição para a ordem jurídica nacional até 31 de Janeiro de 2006.
9. Nesse sentido se pronunciou este Tribunal: veja-se o Acórdão nº 6/2007 – 07 Mai.2007 -1ª S/PL (recurso interposto por SAUDAÇOR, Sociedade Gestora de Recursos e Equipamentos de Saúde dos Açores, SA).



De tal acórdão para o qual se remete, devem ser reproduzidos os seguintes trechos aplicáveis à matéria em apreciação, e que claramente fundamentam a inclusão do IPO no âmbito de aplicação do DL.

Diz o acórdão:

“As entidades susceptíveis de cair no âmbito de aplicação do artº 3º necessariamente não são as que já caem no âmbito de aplicação do artº 2º. Estar fora do âmbito do artº 2º não parece que sirva de argumento para reforçar o entendimento de não cair no domínio de aplicação do artº 3º. Não cair no âmbito do artº 2º é, antes, a 1ª condição para poder cair no âmbito do artº 3º.”

E continua:

“O DL 197/99 (Regime da realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços e da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços), para o que ora interessa, nos termos do artº 2º, aplica-se às seguintes entidades:

“b) organismos públicos dotados de personalidade jurídica, com ou sem autonomia financeira, que não revistam natureza, forma e designação de empresa pública”.

A interpretação actualista desta norma, emitida quando estava em vigor o anterior estatuto das empresas públicas (DL 260/76, 08ABR), tem de tomar em consideração a evolução legislativa ulterior à sua aprovação, nomeadamente, o DL 558/99, 17DEZ, que, como consta do seu preâmbulo, por constatar a inadequação do DL 260/76 e porque ao mesmo só já estava sujeito um grupo muito reduzido de empresas, procede “à redefinição do conceito de empresa pública, aproximando-o daquele que lhe é fornecido no direito comunitário, opção que implica um significativo aumento do universo das empresas abrangidas”.

Continua ainda o acórdão:

“Na lógica da absoluta correlação que a Recorrente estabelece entre a parte final da al. b) do artº 2º e o nº 1 do artº 3º, as entidades do sector empresarial do Estado estariam



necessariamente excluídas da aplicação do DL 197/99, quer a aplicação mais ampla (artº 2º, b)), quer a mais restrita (artº 3º, 1).

A vinculação à letra da lei, que a Recorrente invoca em favor de tal correlação, só poderia afirmar-se como impeditiva de interpretação diversa (artº 9º, 2 do Código Civil), se o nº 1 do artº 3º sujeitasse às disposições do capítulo XIII as pessoas colectivas sem natureza, forma e designação de empresa pública.

Aí, sim, poderia dizer-se que o artº 3º estava a excluir do seu âmbito precisamente as entidades que o artº 2º igualmente excluira por força da 2ª parte da al. b).

É certo que, por referência à parte final da al. b) do artº 2º, o inciso “sem natureza empresarial”, presente no artº 3º, introduz um forte elemento de ambiguidade. Mas desde que o pensamento legislativo tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, o intérprete não está impedido, antes deve sentir-se desafiado a surpreendê-lo.

A inclusão no nº 1 do artº 3º das pessoas colectivas “sem natureza empresarial” significa, por interpretação a contrario, que ficam dele excluídas as pessoas colectivas com natureza empresarial, conceito que não é necessariamente coincidente com pessoas que revistam “natureza, forma e designação de empresa pública”.

“O inciso “sem natureza empresarial” corresponderia, ao inciso “sem carácter comercial ou industrial”.

E ainda:

“Não parece fazer sentido é interpretar o nº1 do artº 3º como dirigido às pessoas colectivas não empresariais, no sentido da al. b) do artº 2º, pois que esta norma a essas manda aplicar sem restrições o DL 197/99.

Em suma, parece que não é pelo facto de uma entidade ser de qualificar como empresa pública ou entidade pública empresarial que necessariamente escapa ao âmbito de aplicação do artº 3º.

*O que esta norma parece acolher é que no sector empresarial público há uma **distinção a fazer conforme as entidades que nele***



se integrem tenham ou não natureza empresarial, aquelas subtraídas, estas sujeitas ao capítulo XIII do DL 197/99.

O que nos remete para a questão, abstracta, de elucidar o que se entende por pessoa colectiva sem natureza empresarial, para os fins do nº1 do artº 3º, do DL 197/99.”

Acrescenta o acórdão:

*“Questões que, surgindo no âmbito do nº 1 do artº 3º do DL 197/99, norma que, manifestamente, se reporta ao conceito de **organismo de direito público** presente na al. b) do artº 1º da Directiva 92/50/CEE, não podem ser desligadas da concretização que a esse conceito vem sendo dada, nomeadamente, pela jurisprudência comunitária.*

*Como se disse, a Directiva dos contratos públicos de serviços aplica-se, além de a outras entidades públicas, aos “**organismos de direito público**”, com personalidade jurídica e “sem carácter industrial ou comercial”, verificados os demais requisitos que a Directiva enuncia na referida al. b) e de que igualmente curam as al. a) e b) do nº 1 do artº 3º do DL 197/99.”*

*“A jurisprudência comunitária vem reiterando que, à luz do duplo objectivo de abertura à concorrência e de transparência, prosseguido pelas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, **o conceito de organismo de direito público deve ser entendido em sentido amplo e deve ser objecto de uma interpretação funcional.**”*

E acrescenta ainda:

“Como se escreve no Acórdão de 15/05/03, Comissão contra o Reino de Espanha, C-214/00, “para resolver a questão da qualificação eventual como organismos de direito público de diversas entidades de direito privado, o Tribunal de Justiça se limitou, seguindo uma jurisprudência constante, a verificar unicamente se estas entidades reuniam as 3 condições cumulativas enunciadas no artº 1º, al. b), segundo parágrafo, das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, considerando que o modo de constituição da entidade em causa era indiferente”.

E mais se escreve que “o efeito útil das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, como da Directiva 89/665(...) não ficaria plenamente



salvaguardado se a aplicação destas Directivas a uma entidade que preenchesse os 3 requisitos já referidos pudesse ser afastada pelo mero facto de a sua forma e o seu regime jurídico serem, nos termos do direito nacional a que estivesse sujeita, de direito privado”.

E daí que o Acórdão não reconheça aos Estados membros o poder de excluírem “as sociedades comerciais sob controlo público” do âmbito de aplicação dessas Directivas, conclusão, que, acrescenta-se, “não é infirmada pela falta de referência expressa, nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 à categoria específica de empresas públicas (...)”.

E conclui o acórdão:

“Relativamente à questão de concretizar o significado do inciso “sem carácter industrial ou comercial”, a jurisprudência comunitária (...), vem indicando deverem analisar-se todos os elementos de facto e de direito atinentes à criação do organismo e às condições em que o mesmo exerce a sua actividade, depondo, nomeadamente, a favor do carácter industrial ou comercial, uma concorrência desenvolvida (Acórdão TJ, de 27/02/03, Procº C-373/00), a oferta de bens e serviços em condições normais de mercado, o fim lucrativo a título principal, a assunção dos riscos associados à actividade, o não financiamento público desta (Acórdão TJ, de 22/05/03, Procº C-18/01).

A entender-se, porém, que o DL 197/99 quis excluir do seu âmbito as entidades pertencentes ao sector público empresarial, isso significa, à luz do que se deixou dito, que houve uma inadequada transposição da Directiva 92/50 e que, tendo ela sido revogada pela Directiva 2004/18/CE, com efeitos a partir de 31 de Janeiro de 2006, data até à qual esta deveria ter sido transposta (artºs 82º e 80º), o que o nosso legislador ainda não fez, face ao vazio do direito interno e mantendo a nova Directiva a noção, que da anterior constava, de organismos de direito público, para o fim de definir o que sejam as entidades adjudicantes, sendo tal noção, clara e precisa, completa, juridicamente perfeita e incondicionada, por força do efeito directo da norma comunitária - o nº 9 do artº 1º da nova Directiva”.

10. No mesmo sentido se concluirá, se se apelar ao disposto no artigo 13º do Decreto-Lei nº 233/ 2005, de 29 de Dezembro. Também por essa via se



fundamenta a aplicação da Directiva, face aos concretos montantes envolvidos nas aquisições sob apreciação, e é igualmente necessária a aplicação do DL.

11. Fica pois dilucidada a questão acima suscitada na alínea a) do nº 3, pois:
 - a) O IPO, em matéria de aquisições, está sujeito à disciplina do DL, por se incluir na “Extensão de âmbito de aplicação” do diploma fixada no nº 1 do seu artigo 3º;
 - b) As aquisições realizadas pelo IPO subordinam-se à disciplina fixada no Capítulo XIII do DL;
 - c) O concreto procedimento para a formação do presente contrato deve (devia) orientar-se pelo disposto no referido Capítulo XIII, face ao seu valor e aos montantes consagrados nos seus artigos 190º e 191º e, por força destas mesmas disposições legais, obedecer aos regimes fixados nos anteriores capítulos do mesmo diploma legal.

E não se argumente de novo com o facto de a Directiva não ter sido transposta no tempo adequado: esse argumento já acima se afrontou. O que importaria era fazer a aplicação da disciplina do DL em consonância com as orientações normativas da Directiva.

12. Aliás, para além do IPO no presente processo ter vindo explicitar que o procedimento se subordina (subordinou) ao disposto na Directiva, deve sublinhar-se que no anúncio publicado no JOVE se apresenta como “**organismo de direito público**”, como que anunciando a explicitação agora feita e a interpretação que agora se fez em matéria de aplicação do DL.
13. Esclarecida esta primeira questão, afronte-se agora a segunda acima referida na alínea b) do nº 3. A avaliação, perante o direito aplicável agora determinado, do



concreto procedimento seguido na formação do presente contrato, deve incidir nos seguintes aspectos:

- a) A inclusão no procedimento de uma fase de negociações com os concorrentes e a forma como decorreu (vide alíneas l) a q) do probatório constante acima no n.º 2);
 - b) A fixação dos critérios de apreciação técnica das propostas (vide acima alíneas f) a j) do n.º 2);
 - c) A prorrogação do prazo para apresentação das propostas e sua publicitação (vide acima alíneas d) e e) do n.º 2).
14. Quanto à introdução de uma fase de negociações no procedimento de formação do contrato, a questão fundamental diz respeito à sua admissibilidade. Ora, face ao disposto no DL – cuja aplicação foi demonstrada – em matéria de procedimentos por negociação, este não poderia ser adoptado no caso concreto, porque não se enquadra em nenhuma das previsões normativas dos números 3 e 4 do artigo 80º e dos artigos 83º e 84º. Sublinhe-se, aliás, o facto de o procedimento por negociação poder ser utilizado **na sequência de concurso** ou procedimento (vide alínea a) do artigo 83º e alíneas b), c), d) e e) do artigo 84º) ou **em alternativa ao concurso** (vide alíneas b) e c) do artigo 83º e a) do artigo 84º e ainda os números 3 e 4 do artigo 80º) e nunca **no âmbito de concurso público**, como no caso concreto ocorreu.
15. Mas se, porventura, face ao disposto no DL, se defenda que seria possível, no caso concreto, a activação de tal procedimento, o que é um facto é que em nada a denominada fase das negociações obedeceu ao disposto nos artigos 132º e seguintes do DL.



16. E se, porventura, ainda se defendesse – como o fez o IPO – a aplicação da Directiva e não do DL, a avaliação que, no nº 14, se fez no sentido da inadmissibilidade da fase de negociação neste procedimento, mantinha inteira validade. De facto, o disposto nos artigos 20º, 28º, 30º e 31º da Directiva – que, em geral, seguem disciplina idêntica às disposições do DL – não permitiam a adopção de tal procedimento ou fase.

17. Há pois, violação da Lei na tramitação do procedimento por ser inadmissível, face ao direito aplicável, a realização de uma fase de negociações no âmbito de um concurso (vide o nº 1 do artigo 78º, números 3 e 4 do artigo 80º e artigos 83º e 84º do DL). E há assim, igualmente, a violação do princípio da legalidade consagrado no nº 1 do artigo 7º do DL.

18. E não se defenda – como também o fez o IPO, a folhas 453 - a admissibilidade das negociações face à relevância que assumem no novo Código dos Contratos Públicos. Em primeiro lugar, porque este não se aplica ao procedimento em causa. E porque, se porventura, mais uma vez, se aplicasse, não admitiria a realização de negociações no caso concreto (veja-se, designadamente, a alínea b) do nº 3 do artigo 5º, a alínea h) do nº 1 do artigo 20º, aos artigos 29º e 149º e o nº 2 do artigo 162º).

19. Mas se, por absurdo, se admitisse tal fase, a forma como decorreu viola princípios fundamentais da contratação pública em dois aspectos:
 - a) O anúncio que foi feito;
 - b) A forma como foram realizadas as sessões de negociação e a não redução a acta do que nelas se passou.



20. O princípio da estabilidade consagrado no artigo 14.º do D.L. exige que os documentos que servem de base ao procedimento devem manter-se inalterados. E dele se retira naturalmente que as disposições de tais documentos devem ser formuladas por forma a que os interessados e concorrentes saibam, de antemão, quais as regras procedimentais a observar. Sem prejuízo, naturalmente, de excepções que a própria lei permita. E o n.º 2 do artigo 13.º do DL que estabelece o princípio da boa fé dispõe que os documentos “devem conter disposições claras e precisas”.

Ora, como acima se provou na alínea l) do n.º 2, no programa do concurso a entidade adjudicante “reservou-se o direito de encetar um processo final de negociações”. Sendo a fase de negociações tão importante no concreto procedimento em apreciação, tal formulação introduz um elemento de instabilidade grave na tramitação prevista, susceptível de afectar a vontade de interessados em concorrer e a boa fé que deve imperar no procedimento. Aliás, na disciplina do DL – que, como já se viu, não foi seguida – em matéria de procedimentos por negociação, ou há, ou não há anúncio previamente publicado. Não há contudo a solução de “possibilidade de haver negociação”. Discorda-se pois da afirmação feita pelo IPO a fls. 453 que a negociação foi “claramente enunciada aos concorrentes” e considera-se que a solução adoptada viola os referidos princípios da estabilidade e da boa fé e ainda os da legalidade, da transparência e da publicidade (artigos 7.º e 8.º do DL).

21. Como acima se indicou nas alíneas n) a p) do probatório constante do n.º 2, foram realizadas sessões em separado com os diferentes concorrentes e delas não foram elaboradas actas. Face ao disposto no DL e a admitir-se a possibilidade de realização de negociações, teria que se seguir o disposto no artigo 143.º: uma única sessão de negociações com a participação de todos os concorrentes, dela devendo lavrar-se acta. Ora, nada disto aconteceu.



Mas mesmo se se aceitasse a aplicação da Directiva na conformação deste procedimento e esta o admitisse com negociações – o que como já se viu não acontece – poderiam realizar-se sessões em separado, mas em condições tais que ficasse garantida a igualdade de tratamento de todos os proponentes (vide o n.º 3 do artigo 30.º da Directiva). Ora, a redução a escrito, em acta, do ocorrido nas sessões é condição fundamental para tal garantia existir.

Veja-se a propósito as disposições que, no novo Código dos Contratos Públicos, nesta matéria se estabelece, determinando sempre a elaboração de actas e permitindo o acesso a elas, a partir de certo momento do procedimento.

Só com actas ficariam observados o princípio da transparência, da publicidade, da igualdade e da concorrência consagrados no DL.

Não as tendo feito, foram tais princípios gravemente violados.

22. Em conclusão: com a inclusão de uma fase de negociações e face à forma, em concreto, como decorreu, foram violados os princípios constantes dos artigos 7º a 11º e 13º e 14º do DL e o disposto no nº 1 do artigo 78º (na medida em que, tendo-se escolhido o procedimento “concurso público” nele se introduziu um procedimento “por negociação” numa solução que aquela disposição legal não admite) e, consequentemente, nos números 3 e 4 do artigo 80.º e nos artigos 83.º, 84.º e 132 e ss., em especial no artigo 143.º, do mesmo diploma legal. Com tais ilegalidades alterou-se ou pode ter-se alterado o resultado financeiro do contrato.
23. Abordemos agora a questão referida acima na alínea b) do nº 12 e que assenta nos factos descritos nas alíneas f) a j) do probatório: a fixação dos critérios de apreciação técnica das propostas.



Relembre-se o que dispõe o nº 1 do artigo 8º do DL: “o critério de adjudicação deve ser definido previamente à abertura do procedimento e dado a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura”.

Esteve bem, pois, o IPO ao estabelecer no Caderno de Encargos os critérios de adjudicação. E é admissível que, em certas condições, esses critérios de adjudicação sejam desenvolvidos e densificados em momento posterior (veja-se o disposto no nº 1 do artigo 94º do DL). Contudo, no caso presente, tal operação realizou-se em momento muito posterior ao da abertura das propostas. Sublinhe-se o facto de o critério que foi objecto de tal operação ser indubitavelmente o mais relevante, traduzindo-se essa relevância, naturalmente, no seu peso percentual. Com tal actuação, pôs-se igualmente em causa a observância dos já referidos princípios da transparência, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade e da boa fé (traduzindo-se na violação dos artigos 8º a 11º e 12º do DL). E violou-se ainda o disposto no nº 1 do artigo 94º do DL. Com tais ilegalidades alterou-se ou pode ter-se alterado o resultado financeiro do contrato.

24. Finalmente, e no que à avaliação do procedimento diz respeito (vide acima alínea b) do nº 3), enfrente-se um último aspecto: o referido acima na alínea c) do nº 12.

Como se demonstrou nas alíneas d) e e) do probatório, o júri decidiu prorrogar o prazo de apresentação de propostas, face ao número de interessados e pedidos de esclarecimentos.

Tal decisão foi comunicada aos concorrentes no documento em que se prestaram os esclarecimentos. Sendo correcto tal procedimento, não é contudo suficiente. Estabelece o artigo 45º do DL, no seu número 4, que a prorrogação deve ser publicitada “pelos meios julgados mais convenientes” e não só comunicada a quem, por qualquer forma, “veio ao processo”. Visa-se com tal disposição alargar



o conhecimento da prorrogação do prazo a todos os eventuais interessados. Não o fazendo não se cumpriu o disposto na referida disposição legal e não se garantiu a observância dos já referidos princípios da transparência, da publicidade e da concorrência. Com tais ilegalidades alterou-se ou pode ter-se alterado o resultado financeiro do contrato.

III – APLICAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA

25. Determinado o direito aplicável e feita a avaliação dos factos à sua luz importa tirar as devidas consequências no exercício das competências de fiscalização prévia

26. Impõe-se saber se se verifica algum dos fundamentos previstos nas alíneas a) a c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com a nova redacção dada pela Lei n.º 48/06, de 29 de Agosto, e, no caso de se verificar o fundamento previsto na alínea c), se é caso de se “*conceder visto e fazer recomendações (...) no sentido de suprir no futuro tais ilegalidades*”.

27. As ilegalidades constatadas (vide acima os números 17 e 22 a 24) são geradoras de anulabilidade (vide art.º 135.º do CPA).

28. E como acima se demonstrou, as ilegalidades detectadas alteraram, de facto ou potencialmente, os resultados financeiros do procedimento. Tais situações enquadram-se pois no disposto na alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei acima referida, quando aí se diz “*Ilegalidade que... possa alterar o respectivo resultado financeiro*”: pretende-se pois significar que **basta o simples perigo**



ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

29. Ora estamos perante um procedimento e, a final, de um contrato, em que a intensidade de violações da lei, que põem ou podem pôr em causa os resultados financeiros do contrato – destaque-se a inobservância sistemática das normas relativas aos procedimentos e sua tramitação, a consagração ilegal de uma fase de negociações, a não redução a escrito do que se passou nas respectivas sessões, e a fixação de subcritérios de adjudicação no mais relevante dos critérios, em momento posterior ao conhecimento das propostas - não permitem fazer uso do disposto no nº4 do artigo 44º do referido diploma legal.

IV – DECISÃO

30. Termos em que se decide recusar o visto ao contrato.
31. São devidos emolumentos nos termos do n.º 3 do art.º 5.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 22 de Setembro de 2008

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo – Relator)



Tribunal de Contas

(Helena Abreu Lopes)

(Helena Ferreira Lopes)

Fui presente

(Procurador-Geral Adjunto)