



Mantido pelo Acórdão nº 36/11, de 13/12/11,
proferido no recurso nº 20/11

ACÓRDÃO Nº 24/11 - 11.ABR. 2011/1ª S/SS

Proc. nº 390/2011

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

I – RELATÓRIO

Os **Serviços de Acção Social do Instituto Politécnico do Porto (SAS do Porto)** remeteram, para efeitos de fiscalização prévia, o “Contrato de prestação de serviços de fornecimento de refeições e exploração de bares nos Estabelecimentos de Ensino Superior do Instituto Politécnico do Porto”, celebrado, em 3 de Janeiro de 2011, com a empresa “**SOLNAVE – Restaurantes e Alimentação, SA**”, pelo valor de € 70.690,72 acrescido de IVA e que tem por objecto o fornecimento de refeições relativo ao lote 3, correspondente à Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão.

II – MATÉRIA DE FACTO



Tribunal de Contas

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

- A)** Em 2008, foi aberto um concurso público internacional para o fornecimento de refeições e a concessão da exploração de bares nos Estabelecimentos de Ensino Superior do Instituto Politécnico do Porto;
- B)** A adjudicação do fornecimento de refeições e exploração de bares foi efectuada por lotes, em conformidade com o artigo 5º do Programa de Concurso (PC), sendo que, relativamente ao lote 3 (correspondente à Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão), a adjudicação abrangia apenas serviços de refeitório, de harmonia com o nº3, do citado artigo 5º do PC;
- C)** O critério de adjudicação foi o do preço mais baixo;
- D)** No que se refere ao prazo do fornecimento de refeições e da concessão da exploração de bares, o caderno de encargos do procedimento referido na alínea **A)**, previa no seu artigo 6º, nº1, que o mesmo decorria entre 1 de Janeiro de 2009 e 31 de Dezembro de 2009, sem prejuízo de renovação por sucessivos períodos de um ano, até ao máximo de três.
- E)** No âmbito do concurso internacional mencionado na alínea **A)**, os Serviços de Acção Social do Instituto Politécnico do Porto celebraram, em 29-12-2008, um contrato com a empresa “SOLNAVE – Restaurantes e Alimentação, SA.”, no valor de 76.115,69 €, tendo em vista o fornecimento de refeições relativo ao lote 3, correspondente à Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão (ESEIG);
- F)** No âmbito do citado concurso público internacional, e além do contrato referido na alínea anterior, foi também celebrado um contrato de fornecimento de refeições confeccionadas e de exploração de bares em vários Estabelecimentos de Ensino Superior do Instituto



Tribunal de Contas

Politécnico do Porto, - correspondentes a diversos outros lotes - pelo valor de 544.626,10 €;

- G)** O contrato referido na alínea **E)** era válido por um ano, com início em 1 de Janeiro de 2009, e não foi submetido a fiscalização prévia dado que o seu valor era inferior ao limite fixado na lei para a submissão à fiscalização deste Tribunal;
- H)** Em 29 de Dezembro de 2009, foi efectuada uma renovação do contrato mencionado na alínea **E)**, para o ano de 2010, o que foi operado através de um instrumento contratual com o valor de 76.115,69 € e que, também, não foi submetido a fiscalização prévia, pelo motivo indicado na alínea anterior;
- H)** Por despacho de 22 de Dezembro de 2010, o Presidente do Instituto Politécnico do Porto (IP do Porto), na sequência do concurso público referido na alínea **A)**, adjudicou à empresa “SOLNAVE – Restaurantes e Alimentação, SA” o fornecimento de refeições a prestar na Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão, pelo prazo de doze meses, com início em 1 de Janeiro de 2011 e termo em 31 de Dezembro do mesmo ano, tendo, pelo mesmo acto, autorizado a respectiva despesa;
- I)** O fornecimento referido na alínea anterior constitui o objecto do contrato mencionado em **I** – **RELATÓRIO**, que ora é submetido a fiscalização prévia, e tem em vista a segunda renovação, - por mais um ano - do instrumento contratual indicado na alínea **E)**;

III – O DIREITO

1. O presente contrato vem submetido a fiscalização prévia deste Tribunal atento o disposto no artigo 152º da Lei nº 55-A/2010 de 31 de Dezembro.





Tribunal de Contas

Suscita-se, neste processo, a questão da *legalidade da celebração do presente contrato*, face ao disposto no DL n° 37/2007 de 19 de Fevereiro, *maxime* tendo em conta o disposto nos artigos 3°, n°2 e 5°, n°s 1, 3, 4 e 6 deste diploma legal.

Vejam, então, em que termos se coloca esta questão:

2. Como resulta da matéria de facto dada por assente, em 2008 foi realizado um concurso público internacional tendo em vista o fornecimento de refeições e exploração de bares nos Estabelecimentos de Ensino Superior do Instituto Politécnico do Porto (IP do Porto), concurso que decorreu no âmbito do DL n° 197/99, de 8 de Junho. ¹

O critério de adjudicação foi o do preço mais baixo, tendo a adjudicação sido efectuada por lotes, correspondentes aos refeitórios de vários estabelecimentos de Ensino Superior do IP do Porto.

O contrato, ora submetido a fiscalização prévia, respeita ao lote 3, (correspondente à Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão), indicado na alínea **E**) do probatório, e representa a segunda renovação do contrato outorgado na decorrência do citado concurso público internacional, tendo sido celebrado ao abrigo do disposto no artigo 86°, n°1, alínea g), deste DL n° 197/99.

Efectivamente, permite este normativo a utilização do procedimento por ajuste directo, independentemente do valor, quando se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares confiados ao prestador de serviços a quem foi adjudicado um contrato anterior pela mesma entidade,

¹ Diploma que veio a ser revogado, parcialmente, pelo DL n° 18/2008 de 29 de Janeiro (diploma que aprovou o Código dos Contratos Públicos) e que, na parte que ainda conservava a vigência, veio a ser revogado pelo DL n° 40/2011 de 22 de Março.



Tribunal de Contas

desde que, cumulativamente, se verifiquem as circunstâncias mencionadas nas subalíneas i), ii) e iii) da citada alínea g), do nº1, do dito artigo 86º, a saber:

- Que os serviços estejam em conformidade com o projecto que foi objecto de um primeiro contrato, celebrado na sequência de concurso público, ou concurso limitado por prévia qualificação;
- Que não tenham decorrido mais de três anos sobre a data da celebração do contrato inicial;
- Que a possibilidade de se recorrer a este procedimento tenha sido indicada aquando da abertura do concurso para o primeiro contrato e o custo estimado dos serviços subsequentes tenha sido tomado em consideração, pela entidade adjudicante, para efeitos da escolha do procedimento inicialmente adoptado.

Trata-se, afinal, de pressupostos semelhantes aos que estão actualmente previstos nas subalíneas da alínea a), do nº1, do artigo 27º, do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Face ao que consta dos autos, e mostrando-se verificados os pressupostos atrás enunciados, obstáculo não haveria, deste ponto de vista, para a celebração do contrato aqui em causa.

Relativamente à legalidade da contratação aqui em causa, há, porém, que ter em conta o disposto no DL nº 37/2007 de 19 de Fevereiro, o que, de seguida, trataremos.

3. De acordo com o preâmbulo do DL nº 37/2007 de 19 de Fevereiro, o programa do XVII Governo Constitucional preconizava um processo reformador da Administração Pública.

Em consonância com esse objectivo reformador – e ainda de acordo com o mesmo preâmbulo - pela Resolução do Conselho de Ministros nº 39/2006 de 30 de Março de 2006, publicada no *Diário da República*, 1ª série, de 21 de Abril de 2006, foi aprovado o Programa de Reestruturação da Administração





Tribunal de Contas

Central do Estado (PRACE), no âmbito do qual, e no que respeita ao Ministério das Finanças e da Administração Pública, uma das orientações foi a consagração de uma solução de natureza empresarial, com vista à organização das compras públicas e à gestão do parque de veículos do Estado, numa lógica de partilha interadministrativa de serviços comuns.

Nessa conformidade, o DL n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro, não pretendendo proceder à transposição da Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março – como se diz no preâmbulo atrás referido – veio criar a Agência Nacional de Compras Públicas, EPE (ANCP).

Por outro lado, e tanto quanto se colhe do preâmbulo do DL n.º 37/2007, o propósito essencial deste diploma legal foi o de instituir um modelo organizacional integrado e coerente, com flexibilidade de actuação, que fosse um passo para a modernização da actividade administrativa e da gestão dos recursos disponíveis, em que se esperava que os resultados da actividade da ANCP pudessem vir a evidenciar volumes significativos de poupança anual.

De acordo com o artigo 1.º, n.º2, do citado DL n.º 37/2007 a ANCP tem por objecto, além do mais, conceber, definir, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, bem como assegurar, de forma centralizada, a aquisição ou locação, em qualquer das suas modalidades, a afectação, a assistência, o abate e a alienação dos veículos que compõem o parque de veículos do Estado.

No Capítulo II, do mesmo diploma legal, sob a epígrafe de “Sistema nacional de compras públicas”, o artigo 3.º, n.º1, estabelece que o sistema nacional de compras públicas (SNCP), além da ANCP e das unidades ministeriais de compras (UMC), integra *entidades compradoras vinculadas e entidades compradoras voluntárias*.



Tribunal de Contas

De harmonia com o nº2, do mesmo artigo 3º, integram o SNCP, na qualidade de *entidades compradoras vinculadas*, os serviços da administração directa do Estado e os institutos públicos,

Por seu lado, e de acordo com o nº3, do mesmo normativo, podem integrar o SNCP, na qualidade de *entidades compradoras voluntárias*, entidades da administração autónoma e do sector empresarial público, mediante a celebração de contrato de adesão com a ANCP.

No que se refere à contratação centralizada de bens e serviços, o artigo 5º do DL nº 37/2007 de 19 de Fevereiro, estabelece, no seu nº1, que a sua contratação, pelas entidades compradoras, é efectuada preferencialmente de forma centralizada pela ANCP ou pelas UMC.

O nº3, do mesmo normativo, estipula, por seu lado, que a intervenção da ANCP e das UMC é repartida segundo categorias de obras, bens e serviços, a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças e por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do sector, respectivamente.

A Portaria a que alude este nº3 – no que para o caso importa tratar – é a Portaria nº 420/2009 de 20 de Abril, a qual veio rever e substituir a Portaria nº 772/2008 de 6 de Agosto.²

Ora, de acordo com o seu artigo 1º, nº1, a Portaria nº 420/2009 de 20 de Abril procede à definição das categorias de bens e serviços cujos acordos quadro e procedimentos de aquisição são celebrados e conduzidos pela ANCP, sendo que as categorias destes bens e serviços são os que constam da lista anexa à mesma Portaria.

Assim, e para o que nos interessa focar aqui, deve dizer-se que a lista anexa à Portaria nº 420/2009 contém a indicação – como categoria de bens e

² Actualmente vigora a Portaria nº 103/2011 de 14 de Março, a qual substitui a lista anexa às Portarias nºs 772/2008 de 6 de Agosto e 420/2009 de 20 de Abril.



Tribunal de Contas

serviços cujos acordos quadro e procedimentos aquisitivos são celebrados pela ANCP – das “*Refeições confeccionadas*”, as quais, no que concerne aos códigos do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV), pertencem ao Grupo 55500000-5: Serviços de cantinas e de fornecimento de refeições (*catering*) e à Classe 55520000-1: Serviços de fornecimento de refeições (*catering*).

O n.º4, do artigo 5.º, do DL n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro estipula, por seu turno, que a contratação centralizada de bens e serviços é *obrigatória* para as entidades compradoras vinculadas, sendo-lhes *proibida* a adopção de procedimentos tendentes à contratação directa de bens móveis e de serviços abrangidos pela pelas categorias mencionadas na Portaria atrás indicada, salvo autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, o que, no caso presente, não ocorreu.

A consequência legal decorrente da contratação efectuada em violação do disposto no n.º4, do artigo 5.º, do citado DL n.º 37/2007 é, de acordo com o n.º6, do mesmo normativo, a **nulidade** dos contratos, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, civil e financeira que ao caso couber, nos termos gerais de direito.

3. 1. Na sequência do que vem de dizer-se, relativamente à disciplina do DL n.º 37/2007 de 19 de Fevereiro, importa aludir ao facto de, no *Diário da República*, 2.ª série, de 13-08-2010, ter sido publicado o *Aviso n.º 16199/2010*, de 04-08-2010, da ANCP.

Com este Aviso, deu a ANCP conta, publicamente, de que celebrou, em 28-07-2010, o acordo quadro relativo ao fornecimento de refeições confeccionadas na sequência da realização do “Concurso limitado por prévia qualificação para a celebração de acordo quadro para o fornecimento de refeições confeccionadas”, cujo anúncio de adjudicação foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)* n.º 2010/S 148-228136, de 3 de Agosto de 2010.





Mais deu conta, no citado Aviso, de que, “com a entrada em vigor, em 28-07-2010, do mencionado acordo quadro, passou a ser vedado a todos os serviços da administração directa do Estado e a todos os institutos públicos – que constituem entidades compradoras vinculadas enquadradas no nº2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 37/2007 – a adopção de procedimentos tendentes à contratação, fora do âmbito do mesmo, de bens e serviços abrangidos pelo acordo quadro, ressalvando-se, apenas, os casos de autorização expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças”.

4. Analisaremos, de seguida, a natureza jurídica do Instituto Politécnico do Porto (IP do Porto), para verificar se o mesmo estava ou não sujeito à disciplina jurídica prevista no artigo 5º do DL nº 37/2007 de 19 de Fevereiro.

A *Lei nº 62/2007, de 10 de Setembro* estabelece o regime jurídico das instituições de ensino superior, regulando designadamente a sua constituição, atribuições, organização, funcionamento e competências dos seus órgãos (artigo 1º, nº1).

Nos termos do artigo 5º, nº1, alínea b), deste diploma legal, as instituições de ensino superior integram as instituições de ensino politécnico, as quais compreendem os *institutos politécnicos* e outras instituições de ensino politécnico.

De acordo com o disposto no artigo 9º, nº1, da *Lei nº 62/2007*, as instituições de ensino superior públicas são *peçoas colectivas de direito público*, podendo, porém, revestir também a forma de fundações públicas com regime de direito privado.

Por outro lado, e de harmonia com o artigo 76º, do mesmo diploma, dispõem de órgãos de governo próprio.

Em conformidade com o nº2, deste artigo 9º, as instituições de ensino superior públicas estão sujeitas, em tudo o que não contrariar a *Lei nº 62/2007* e demais leis especiais, ao regime aplicável às peçoas colectivas de direito



Tribunal de Contas

público de natureza administrativa, designadamente à lei quadro dos institutos públicos, que vale como direito subsidiário naquilo que não for incompatível com as disposições da dita Lei nº 62/2007.

Por outra banda, segundo o disposto no artigo 11º, nº1, da mesma Lei nº 62/2007 de 10 de Setembro, as instituições de ensino superior públicas gozam de autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural, *administrativa*, *financeira*, *patrimonial* e disciplinar face ao Estado, com a diferenciação adequada à sua natureza.

No âmbito da autonomia patrimonial, dispõe o artigo 109º, nºs 2 e 3, do citado diploma legal, que constitui património de cada instituição de ensino superior pública, o conjunto dos bens e direitos que lhe tenham sido transmitidos pelo Estado ou por outras entidades públicas ou privadas, designadamente os imóveis adquiridos ou construídos por cada instituição de ensino superior pública e os imóveis do domínio privado do Estado que tenham sido transferidos para o seu património.

No que toca à competência do presidente do instituto politécnico, importa salientar que, nos termos do artigo 92º, nº1, alínea e) da referida Lei, compete-lhe dirigir e representar o instituto, incumbindo-lhe, designadamente, orientar e superintender na gestão administrativa e financeira da instituição, assegurando a eficiência no emprego dos seus meios e recursos.

Além do que se disse acima, deve acrescentar-se que, de acordo com o seu artigo 9º, nº6, a Lei nº 62/2007, como legislação especial, não é afectada por leis de carácter geral, salvo disposição expressa em contrário.

Da resenha legislativa efectuada, podemos concluir que os institutos politécnicos – e designadamente o IP do Porto – são pessoas colectivas de direito público, dotadas de órgãos e património próprio.

Porque estes institutos têm, assim, as características e a natureza de institutos públicos, importa fazer uma breve incursão pela legislação atinente aos institutos públicos.





5. Os princípios e as normas por que se regem os institutos públicos constam da Lei quadro dos institutos públicos, aprovada pela Lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro.³

Como vimos atrás, o IP do Porto tem a natureza de instituto público, pelo que, nos termos desta Lei nº3/2004, integra a administração indirecta do Estado.

A fim de, adiante, se indagar da sujeição, ou não, do IP do Porto ao regime do DL nº 37/2007 de 19 de Fevereiro, importa aludir ao disposto no artigo 48º da Lei nº 3/2004, de 15 de Janeiro e, mais propriamente, à alínea a), do seu nº1.

É a seguinte a redacção deste dispositivo:

Artigo 48º

Institutos de regime especial

1 – Gozam de regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade, os seguintes tipos de institutos públicos:

- a) As universidades e escolas de ensino superior politécnico.
-

Verifica-se, pois, que, em face das disposições legais supra referidas, o IP do Porto é um *instituto público de regime especial*, tal como as universidades.

6. É altura de enfrentar e obter solução para a questão fundamental que se levanta no presente caso.

³ A Lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro foi objecto das alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 51/2005 de 30 de Agosto, pelos DL nºs 200/2006 de 25 de Outubro e 105/2001, de 3 de Abril (que a republicou) e pela Lei nº64-A/2008 de 31 de Dezembro.



Tribunal de Contas

Como se disse, os institutos públicos integram o Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), na qualidade de *entidades compradoras vinculadas*.

Por outro lado, o Instituto Politécnico do Porto é, como se viu, um instituto público que goza de regime especial, com derrogação do regime comum, na estrita medida necessária à sua especificidade.

Pergunta-se, então, se o IP do Porto é uma entidade compradora vinculada, ou se, gozando de regime especial, na estrita medida da sua especificidade, não constitui uma entidade compradora vinculada, mas, ao invés, uma entidade compradora voluntária.

6. 2. Adiantando, desde já, a solução para o caso *sub judice*, devemos dizer que consideramos o IP do Porto uma *entidade compradora vinculada*, e, como tal, integrando o SNCP.

Para chegar a esta solução cumpre referir o seguinte:

Uma vez que tem a natureza jurídica de instituto público, o IP do Porto apenas poderia deixar de constituir uma entidade compradora vinculada, se o regime especial de que goza tal instituto, *ex vi* do artigo 48º, nº1, alínea a) da Lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro - pela sua especificidade, e na estrita medida desta - lhe conferisse uma caracterização especial que lhe retirasse essa qualidade.

Ora, como vimos acima, o escopo essencial do DL nº 37/2007, de 19 de Fevereiro, é o de instituir um modelo organizacional que permita a modernização e a racionalização da actividade administrativa e da gestão dos recursos disponíveis, com vista a obter, anualmente, um volume significativo de poupança de dinheiros públicos, através da actividade da ANCP.



Tribunal de Contas

O regime deste DL nº 37/2007 – e a caracterização do IP do Porto como entidade compradora vinculada, para efeitos deste diploma - não põe em causa a autonomia do Instituto Politécnico do Porto, nomeadamente as suas autonomias administrativa, financeira ou patrimonial.

Além disso, da referida caracterização do IP do Porto, como entidade compradora vinculada, não resulta qualquer interferência nas competências de orientação e gestão administrativa e financeira do seu presidente, até pela circunstância de que, no âmbito dessas competências, também lhe cabe assegurar a eficiência no emprego dos seus meios e recursos (vide a al. e) do nº1, do artigo 92º, da Lei nº 62/2007 de 10 de Setembro).

Nesta conformidade, não se evidenciando qualquer especificidade, no âmbito do regime jurídico das instituições do ensino superior, que justifique a subtracção do IP do Porto, ao regime comum dos institutos públicos, neste particular aspecto da contratação pública, relacionado com a economia de recursos financeiros, temos de concluir que este Instituto deve qualificar-se como entidade compradora vinculada, para efeitos do regime jurídico contido no DL nº 37/2007 de 29 de Fevereiro.

Nesta linha de pensamento, temos ainda de concluir que, sendo a contratação centralizada de serviços de fornecimento de refeições confeccionadas, através da ANCP, obrigatória para as entidades compradoras vinculadas, por força do disposto no artigo 5º, nºs 1, 3 e 4 do citado DL nº 37/2007, não deveria o IP do Porto ter celebrado o contrato que ora submeteu a fiscalização prévia deste Tribunal, e, ao invés, deveria o mesmo Instituto ter efectuado a contratação do serviço de fornecimento de refeições confeccionadas, através de contrato de adesão com a ANCP, no âmbito do acordo quadro celebrado por esta entidade.

Como o contrato, remetido para fiscalização prévia, foi celebrado em violação do disposto no nº4, do artigo 5º, do DL nº 37/2007, é o mesmo **nulo**, de harmonia com o estabelecido no nº6, do mesmo normativo.



Tribunal de Contas

Ora, a desconformidade dos contratos com as leis em vigor, que implique *nullidade*, constitui fundamento de recusa do visto, nos termos do disposto no artigo 44º, nº3, alínea a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, em recusar o visto ao contrato em apreço.

São devidos emolumentos (artigo 5º, nº3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 11 de Abril de 2011.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(João Figueiredo)

(Alberto Fernandes Brás)



Tribunal de Contas

Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)