

ACÓRDÃO N.º 15/2013 - 15.mai. - 1ª S/SS

(Processo n.º 217/2013)

DESCRITORES: Princípio da Concorrência / Contratação Pública / Aquisição de Serviços / Ajuste Direto / Concurso Público / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. O respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.
2. A aquisição de serviços intelectuais, designadamente de serviços jurídicos, subordina-se aos princípios gerais de aplicação dos procedimentos concorrenciais, em função dos valores envolvidos, porque disso não está expressamente excluída no Código dos Contratos Públicos (CCP), para além de que se subordina à aplicação direta dos princípios do direito comunitário e da Constituição, sujeitando-a a uma obrigação geral de concorrência, transparência e publicidade.
3. O recurso ao ajuste direto para a aquisição de serviços jurídicos, de elevado valor, tem de estar inequivocamente justificada, fundamentada e demonstrada, em termos de afastar, em concreto e não em abstracto, a viabilidade de qualquer outra solução concorrencial (cfr. art.º 27.º, n.º 1, al. b) do CCP).
4. A realização de um ajuste direto sem demonstração inequívoca de que a natureza das respetivas prestações contratuais são suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na al. a) do n.º 1 do art.º 74.º do CCP e de que a definição quantitativa de outros atributos é desadequada a essa fixação, tendo em conta os objectivos

da aquisição pretendida, viola o disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 27.º do CCP.

5. Tendo em conta o valor envolvido deveria ter sido desencadeado o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação por força da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º do CCP.
6. A violação da disposição legal mencionada constitui fundamento de recusa do visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Conselheiro Relator: João Figueiredo



ACÓRDÃO Nº 15 /13. 15.Mai.2013/1ª S/SS

Processo nº 217/2013

I – RELATÓRIO

1. A Câmara Municipal de Oeiras (doravante designada também por Câmara Municipal ou CMO) remeteu para fiscalização prévia o contrato de aquisição de serviços de consultadoria jurídica celebrado, em 4 de fevereiro de 2013, entre o Município de Oeiras e Paulo Almeida Associados, Sociedade de Advogados, RL, pelo valor global de € 576.072,00, para o período inicial de um ano, a partir da publicitação da adjudicação no Portal dos Contratos Públicos ¹ podendo renovar-se automaticamente por igual período, até ao máximo de duas renovações ².
2. A CMO foi várias vezes questionada por este Tribunal, visando a melhor instrução do processo, designadamente para que justificasse o recurso ao procedimento de ajuste direto para a formação do contrato.

II – OS FACTOS

3. Além do já referido, relevam para a decisão os seguintes factos e alegações da CMO, evidenciados por documentos constantes do processo:
 - a) A proposta de deliberação n.º 805/2012, de 7 de dezembro de 2012 (fls. 12 a 14), do Presidente da Câmara Municipal de Oeiras, submeteu à apreciação e votação desta a proposta de abertura de um procedimento por ajuste direto, com convite a mais do que uma entidade para a aquisição de serviços de consultadoria jurídica, ao abrigo do critério material previsto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP ³;
 - b) Na indicada proposta deliberativa, foi ainda submetida a aprovação do executivo:
 - i. A fixação do preço base em € 576.072,00, acrescido de IVA à taxa legal em vigor;
 - ii. A aprovação do convite e do caderno de encargos, cujas cláusulas 3.ª n.º 1, 4ª e 7.ª n.º 4 previram respetivamente que:

¹ Vide cláusula 2ª. Consultado o referido Portal verifica-se a publicitação da adjudicação em 14 de fevereiro de 2013. Em consequência, o período inicial do contrato anterior à primeira renovação estende-se até 13 de fevereiro de 2014.

² O preço contratual anual perfaz assim € 192.024,00, conforme previsto na cláusula 3.ª.

³ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei nº 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei nº 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei nº 149/2012, de 12 de julho.



- *“O contrato mantém-se em vigor pelo prazo de 1 ano, renovando-se automaticamente por igual período, caso não seja denunciado por qualquer uma das partes, até 60 dias antes do seu termo, até ao máximo de 2 renovações, e inicia a sua eficácia a partir da data de publicitação da ficha de resultados no Portal dos Contratos Públicos”;*
 - São obrigações principais do prestador do serviço:
 - a. Emitir pareceres jurídicos solicitados pela Câmara Municipal de Oeiras;
 - b. Exercer o patrocínio jurídico em ações em que o Município de Oeiras seja parte;
 - c. Analisar e efetuar contratos, quando os mesmos sejam solicitados;
 - d. Assegurar a presença de dois advogados três dias por semana, no Gabinete de Contencioso e Apoio Jurídico, ficando os mesmos sob coordenação do Diretor do referido gabinete, durante o horário normal de expediente ⁴;
 - *“O preço contratual não poderá ser superior ao preço base que é de € 576.072,00 acrescidos de IVA à taxa legal em vigor, sendo decomposto da seguinte forma:*
 - a. *Para o primeiro ano de contrato, limitado ao montante máximo de € 192.024,00⁵ acrescido de IVA À taxa legal em vigor;*
 - b. *Para a 1.ª eventual renovação do prazo contratual, limitado ao montante máximo de € 192.024,00, acrescido de IVA à taxa legal em vigor;*
 - c. *Para a 2.ª eventual renovação do prazo contratual, limitado ao montante de € 192.024,00, acrescido de IVA à taxa legal em vigor”;*
- c) A indicada necessidade aquisitiva foi despoletada pelo Gabinete de Contencioso e Apoio Jurídico da CMO, tendente a *“assegurar o patrocínio jurídico em ações judiciais em que o Município é parte bem como realizar a emissão de pareceres jurídicos, elaboração de regulamentos e contratos de direito público e privado, em áreas que exigem um Know-How de*

⁴ A fls. 48, o município avança com demais obrigações contratuais:

- a. Assegurar mais de 300 processos de arrendamento social camarário, quer a nível de pré-contencioso e de celebração de acordos de pagamento, quer a nível de execuções para entrega de coisa certa e de quantia certa;
- b. Assegurar as impugnações quanto a taxas de ocupação de domínio público e de passagem;
- c. Assegurar a celebração de acordos com antigos credores da CMO, como seja a PT Prime e PT Comunicações.

⁵ *“O pagamento da prestação de serviços em apreço foi concebida numa base anual, podendo a CMO proceder a pagamentos mensais, conforme o volume mensal de trabalho que o prestador de serviços efetue, emitindo este fatura acompanhada de relatório de diligências”* (fls. 63). Relativamente ao controlo da execução dos serviços foi referido que será efetuado diariamente através do Diretor do Gabinete de Contencioso e Apoio Jurídico e através de relatórios de diligências que o prestador de serviços emitirá numa base mensal (fls. 63).



especialização jurídica nas áreas de Direito Público, Direito Administrativo Geral e Especial ⁶”;

- d) Em reunião de câmara de 12 de setembro de 2012 foi deliberado por unanimidade aprovar o proposto ⁷;
- e) Em reunião de 16 de outubro de 2012, a Assembleia Municipal aprovou por maioria a abertura do procedimento aquisitivo e o seu preço base ⁸ ;
- f) Foram convidadas as seguintes entidades:
 - i. Paulo de Almeida & Associados, RL;
 - ii. Bas – Sociedade de Advogados, RL;
 - iii. Macedo Vitorino & Associados, RL.
- g) O convite foi-lhes endereçado pelo facto de todas elas serem sociedades de média dimensão. Assim se justificou ⁹:

“Pretendia-se não uma pequena sociedade, cujo número de advogados não permitiria abarcar todas as áreas do direito necessárias e, porventura, assegurar o acompanhamento de todos os processos judiciais que irão ser “passados” à contratante; nem tão pouco uma grande sociedade que, no nosso entender, tendem a ver entidades às quais fazem assessoria, como mais um cliente. (...) Pretendia-se acima de tudo o estabelecimento de um relacionamento de confiança com os seus sócios e colaboradores que permitisse o patrocínio cuidado dos assuntos autárquicos, associado a nome na praça.”

“Paralelamente pretendia-se que os sócios das sociedades a convidar tivessem alguma notoriedade no mundo do direito, o que sucede com as sociedades escolhidas, em que os seus sócios têm ligações ao ensino superior.”

“O estabelecimento deste último requisito tinha em mente as negociações com entidades externas, designadamente de contratos e parcerias, questões em que o nome do advogado faz diferença, como é comumente sabido” ;
- h) O critério de adjudicação adotado foi o do mais baixo preço ¹⁰, sendo obrigatória a apresentação de declaração dos concorrentes, na qual se evidenciasse o preço total da proposta;
- i) O mesmo convite previa ¹¹ que “[as] propostas serão objeto de negociação”;
- j) A fase de negociação não foi concretizada, tendo em conta que foi apresentada uma única proposta pelo concorrente Paulo de Almeida & Associados, RL;
- k) Em 16 de novembro de 2012, foi elaborado um projeto de decisão de adjudicação ¹² que refere que a proposta apresentada “(...) cumpre os termos, condições e aspetos da execução do contrato regulado pelo Caderno de Encargos e que os atributos da proposta vão ao encontro do pretendido pela entidade adjudicante”;

⁶ Fls. 12 verso do processo.

⁷ Vide fls. 15 a 17.

⁸ Vide fls. 91.

⁹ Vide fls. 61 do processo.

¹⁰ Vide o seu ponto 13, a fls. 15.

¹¹ Vide o seu ponto 11, a fls. 5.

¹² Vide fls. 20.



Tribunal de Contas

- l) O preço proposto para a execução dos serviços foi de € 576.072,00: igual ao preço base fixado;
- m) A decisão de adjudicação foi tomada por unanimidade em 19 de dezembro de 2012 pela CMO ¹³;
- n) A adjudicatária - Paulo de Almeida e Associados, RL – tem assegurado assessoria jurídica à CMO desde finais de 2009, quer através do patrocínio pontual, quer numa primeira fase (2009/2011) mediante assessoria direta e constante num regime em tudo semelhante ao que agora se contratualiza¹⁴;
- o) Referiu a CMO que “[o] *objecto do contrato em apreço corresponde efectivamente à satisfação de necessidades imprescindíveis e permanentes dos serviços e visa a execução de actividades correntes, bem como necessidades de advogados especializados em áreas específicas do direito*”¹⁵;
- p) Relativamente à escolha do procedimento de ajuste direto para formação do contrato, solicitou-se que a CMO a fundamentasse. Sobre este ponto, o município reconhece que¹⁶:
 - i. As prestações de serviços de assessoria jurídica se reconduzem a prestações contratuais suscetíveis de serem submetidas à concorrência de mercado e o município se encontra vinculado a adotar um dos procedimentos previstos no n.º 1 do artigo 16.º do CCP ¹⁷;
 - ii. Que os procedimentos de concurso público, de concurso limitado por prévia qualificação, de negociação e de diálogo concorrencial tem como característica comum iniciarem-se com um anúncio que se traduz num apelo genérico ao mercado para a apresentação de candidaturas ou de propostas;
 - iii. Contudo, “*o tipo de prestações contratuais aqui em causa – serviços de assessoria jurídica e, em especial, serviços de advocacia – constitui justamente o tipo de atividade económica que se revela pouco consentâneo com um apelo genérico à concorrência de mercado e com uma abertura indiscriminada à livre competição de todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração*”;
 - iv. Citando de novo a referida obra ¹⁸ afirma que tal característica “*acarreta inevitavelmente o risco de o prestador finalmente selecionado pela Entidade Adjudicante não reunir as condições necessárias para merecer a confiança inerente à execução do contrato, impossibilitando, com isso, que a própria relação contratual de prestação de serviços possa ser iniciada*”;
 - v. Refere que o procedimento por concurso público não é adequado para a aquisição de serviços de natureza jurídica tendo em conta que os fatores e

¹³ Vide fls. 18 e 19.

¹⁴ Vide fl. 59.

¹⁵ Vide fl. 40.

¹⁶ Vide fls. 53 e ss. Seleção de trechos da nossa responsabilidade.

¹⁷ Para este efeito cita a obra de João Amaral e Almeida e de Pedro Fernández Sanchez “*A Contratação pública de serviços de assessoria jurídica*”, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol.II, Coimbra Editora, 2010, págs. 376 e 377.

¹⁸ Op. Cit. pág. 399.



subfactores que a entidade adjudicante seleciona para densificar o critério de adjudicação “(...) não podem dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes” (cfr. n.º 1 do artigo 75.º do CCP);

- vi. Cita novamente a referida obra ¹⁹ concluindo que “a escolha do co-contratante assenta na apreciação dos atributos dos proponentes, e não nos atributos das propostas o que constitui uma flagrante contradição com o tipo de atributos que poderiam ser selecionados para a fixação de um critério de adjudicação no âmbito de um procedimento por concurso público”
- vii. Afirma ainda que o município enquanto titular de direitos e interesses legalmente protegidos “só pode delegar a tutela das suas pretensões no prestador de serviços jurídicos em quem possa depositar totalmente a sua confiança; de modo inverso, o advogado só pode exercer de forma plena a defesa das suas pretensões do seu cliente no caso de se sentir plenamente respaldado pela confiança do cliente ²⁰”;
- viii. Novamente utilizando considerações da referida obra ²¹ salienta que “esta característica inerente à prestação de serviços de advocacia – sem a qual, insista-se, a relação entre advogado e o seu cliente não pode sequer subsistir – produz implicações no âmbito do Direito da Contratação Pública. Com efeito, se uma relação contratual já iniciada tem forçosamente de terminar logo que se extinga o vínculo da confiança subjetiva entre o beneficiário e o prestador de serviços, é manifesto que, por maioria de razão, tal relação não pode sequer iniciar-se se, no momento em que se seleciona o operador económico a quem entrega a tutela das suas pretensões jurídicas, o beneficiário dos serviços não deposita nele a sua plena e cabal confiança”;
- ix. Essa confiança é também válida no que se refere a entidades públicas adjudicantes, e não apenas a pessoas particulares, singulares ou coletivas;
- x. Afirma que “(...) a ordem jurídica proíbe a imposição da adoção de um procedimento pré-contratual que possa concluir na seleção de um prestador sobre o qual não recai a plena confiança dos titulares dos órgãos da Entidade Adjudicante competentes para a decisão de contratar”²²;
- xi. Afirma existir uma incompatibilidade entre o regime geral de formação de contratos públicos e a natureza da relação contratual de prestação de serviços jurídicos e que “(...) o regime de contratação pública só oferece um tipo de procedimento pré-contratual que permite a seleção individual, pela Entidade Adjudicante, dos operadores económicos a quem pretende

¹⁹ Op. Cit. a pág. 393.

²⁰ Conclusão que retira do n.º 1 do artigo 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados o qual estabelece que “[a] relação entre o advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca.”

²¹ Op. Cit. pág. 397.

²² Op. Cit. pág. 398.



convidar para estabelecer uma relação contratual: o procedimento de ajuste direto ²³”;

- xii. *“(...) a adoção do ajuste direto que assegura que tal abertura concorrencial não porá em perigo a natureza da relação de confiança inerente à prestação de serviços de assessoria jurídica: isto porque, no âmbito de um ajuste direto, só são convidados os operadores a quem a Entidade Adjudicante efetivamente reconhece qualidade e relativamente aos quais tem pois fundadas razões para confiar na sua intrínseca aptidão para a execução do contrato com o nível de qualidade pretendido. Feita essa delimitação (através do próprio convite) do universo dos concorrentes, nada impedirá depois que seja usado o critério de adjudicação do mais baixo preço ou o critério da proposta economicamente mais vantajosa ainda que densificado por fatores de natureza meramente quantitativa* ²⁴”;
- xiii. *Assim, “[n]este pressuposto, o Município recorreu ao ajuste direto com consulta a três sociedades de advogados, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos, por se tratar de serviços de natureza intelectual, em que a especial qualificação técnico-jurídica e o caráter intuitu personae é determinante na relação contratual a estabelecer* ²⁵”;
- xiv. *Relativamente aos atributos afirma que “[a] definição de atributos de natureza quantitativa era manifestamente desadequada face aos objetivos da aquisição pretendida, já que a prioridade do Município consistiu na obtenção de serviços jurídicos de elevada qualidade e não na obtenção de um qualquer serviço ao mais baixo preço”;*
- xv. *“O objetivo do Município foi o de escolher a sociedade de advogados em função da qualidade intrínseca da prestação. Essa qualidade não pode ser verdadeiramente revelada pelos atributos da proposta, mas apenas deduzida dos atributos do proponente, que geram no Município a confiança dessa qualidade”;*
- xvi. *“Trata-se de matéria de elevado grau de complexidade e de especialização pelo seu estudo, conceção e definição da estratégia processual a desenvolver, propositura de ações, emissão de pareceres e feitura de regulamentos e contratos de direito público e privado, qualidades técnicas pessoais, máxime no seu currículo e na confiança que dele emana para o adquirente dos serviços (Município)”;*
- xvii. *“Entende o Município que o juízo de avaliação da aptidão técnica não pode ser fundamentado em elementos objetivamente mensuráveis, o que constitui uma consequência necessária da prestação de serviços de advocacia se basear numa relação de estrita confiança subjetiva que o beneficiário deposita nas qualidades pessoais do prestador de serviços (caráter intuitu personae);*

²³ Op. Cit. pág. 403.

²⁴ Op. Cit. pág. 408.

²⁵ Vide este e os trechos seguintes a fls. 56 e 57.



- xviii. *“O ajuste direto é o procedimento mais adequado à formação de um contrato de aquisição de serviços jurídicos, visto que qualquer outro tipo de procedimento pré-contratual pode potencialmente conduzir a entidade adjudicante a iniciar uma relação contratual com um prestador em quem não deposita a sua confiança;*
- xix. *“De referir ainda que o recurso ao procedimento de ajuste direto não deixa o interesse público desprovido da adoção de garantias relativas ao cumprimento dos princípios estruturantes da contratação pública, pois o Município seguiu as regras comuns de tramitação pré-contratual constantes dos artigos 36.º a 111.º do CCP e as regras específicas previstas nos artigos 112.º a 127.º do CCP”;*
- xx. *“De todo o modo, sempre se diga que o ajuste direto aqui em causa, foi efetuado mediante convite a três sociedades de advogados, pelo que no entender desta autarquia ficou protegida a salutar concorrência.”*
- q) Tendo-se questionado a CMO sobre por que razão considerou inviabilizado o recurso a um procedimento concorrencial aberto, designadamente o concurso limitado por prévia qualificação, quando aparentemente a escolha do concorrente foi obtida a partir do seu currículo, foram dadas as seguintes explicações ²⁶:
- i. *“(…) só advogados com um currículo sustentado na prática permitirão um rigoroso acompanhamento” para a elaboração de pareceres de profunda importância para o município e ações de complexidade jurídica e valor processual elevado;*
 - ii. *“Qualquer uma das sociedades convidadas obedeceram a esse critério [do currículo]”;*
 - iii. *“No entanto, apesar deste “cuidado curricular”, a escolha do co-contratante não radicou somente nessa maior aptidão técnica”;*
 - iv. *“Desde logo se diga que a Paulo de Almeida e Associados, foi a única entidade, de entre as três convidadas, que apresentou uma proposta viável a nível académico e financeiro. A Paulo de Almeida e Associados foi a única sociedade que, das convidadas a contratar, apresentou proposta, as restantes sociedades de advogados não apresentaram em tempo qualquer proposta”;*
 - v. *“Por outro lado, a apreciação curricular da Paulo de Almeida e Associados foi efetuada através de um critério empírico, pelo facto desta sociedade ter vindo a efetuar assessoria jurídica a este gabinete desde finais de 2009 até à presente data, quer através do patrocínio pontual, quer numa primeira fase (2009/2011) mediante assessoria direta e constante num regime em tudo semelhante ao que agora pretendemos. Esse facto, faz com que tenha um conhecimento da dinâmica interna dos diversos Departamentos da CMO que, aliado à confiança gerada no seu trabalho por parte dos mesmos, nos transmite confiança no trabalho que*

²⁶ Vide fls 59 e ss. Seleção de trechos da nossa responsabilidade.



- possa vir a desenvolver. De facto, a assessoria que prestou foi sempre pautada por um intenso rigor jurídico e humano que constitui uma mais-valia. A pedra de toque deste tipo de contratos tem de ser, no nosso entender, a confiança nos advogados que nos prestem serviços, coisa que a Paulo de Almeida, sempre nos transmitiu inequivocamente”;*
- vi. *“Pelo que, a escolha da co-contratante assentou não só num critério técnico, como também num critério de razoabilidade e confiança, mas acima de tudo porque foi a única que apresentou uma proposta para contratar”;*
- vii. *“O facto de não termos optado por um procedimento com prévia qualificação prende-se com todo o exposto. Para já, o tipo de destinatários de um potencial concurso aberto teria, desde logo, um âmbito de abrangência muito restrito, dadas as especiais características técnicas que procuramos. Depois, a escolha de um prestador de serviços desta área assenta essencialmente nas suas qualidades técnicas pessoais, no seu currículo e na confiança que dele emana para o adquirente de serviços... Ora, dificilmente este município conseguiria objetivar os critérios para uma prévia qualificação que nos permitisse assegurar a confiança técnica pessoal que precisamos para os nossos advogados. Qualquer tipo de análise efetuada ficaria sempre aquém do verdadeiro potencial dos candidatos, até porque este concurso recairia sobre sociedades de advogados que são compostos por diversos técnicos, não nos parecendo viável avaliar o desempenho de todos, de uma forma objetiva, nas diversas áreas de direito e menos ainda o seu caráter pessoal, a confiança subjetiva inerente à contratação de advogados”;*
- viii. *“Acresce que este tipo de procedimento tem um custo elevado em termos de tempo, pois inicia-se com um primeiro momento de obtenção de candidaturas constituídas por documentos destinados à qualificação dos candidatos e, posteriormente, num segundo momento em que os candidatos já qualificados irão apresentar propostas. Ora essa protelação da conclusão do procedimento é totalmente contrária à própria natureza dos contratos de aquisição de prestação de serviços jurídicos, os quais se destinam à obtenção da assessoria necessária à preservação de direitos ou interesses cuja subsistência ou efeito útil podem ficar prejudicados pelo adiamento na conclusão do procedimento pré-contratual. Veja-se o exemplo do patrocínio judiciário, em que é concedido à parte um prazo para a prática do ato processual. Ora, como se viu, [a CMO] tem atualmente a correr cerca de 1000 processos judiciais e apenas 3 advogados nos seus quadros, sendo que um dos quais quase não tem experiência judicial (pois terminou o seu estágio na Ordem dos Advogados o ano passado) e das restantes duas advogadas, apenas uma exerce efetivo patrocínio judiciário. Urge pois a contratação de mais advogados, sob pena de se paralisar os serviços (...), com consequências patrimoniais para a autarquia”;*
- ix. *“Assim, pareceu-nos ser mais coerente escolher um candidato que para além da sua experiência curricular aliasse um desempenho anterior*



positivo e, acima de tudo em quem confiássemos, o que efetivamente, é o caso da Paulo de Almeida e Associados”;

- r) Tendo em conta o argumento da confiança intersubjetiva invocado pela CMO para suportar a formação do contrato por ajuste direto, questionou-se a Câmara Municipal sobre se impõe à sociedade adjudicatária o nome dos advogados que se deslocarão às instalações da autarquia, e em caso positivo que critério é utilizado para esse efeito. Obteve-se, no essencial, a seguinte resposta²⁷:

“Esta autarquia, (...) tem conhecimento dos Advogados que integram a sociedade adjudicatária e do reconhecido mérito do seu trabalho (...). Temos por essencial que o elemento subjetivo da confiança técnico-jurídica é (...) essencial para a contratação de Advogados, logo esta autarquia poderá determinar quais os Advogados que pretende que se desloquem às suas instalações, o que será feito em conjunto com os sócios da Sociedade de Advogados em causa, (...). Na verdade, os sócios da Sociedade de Advogados controlam todo o trabalho que é feito, e estão em permanente articulação com os Advogados que em cada caso se deslocam a esta autarquia, de tal forma que com frequência os próprios sócios se deslocam [à CMO] a fim de apresentarem as suas peças processuais e pareceres, bem como são presença em plúrimas reuniões (...). Ao longo do tempo que tem durado a colaboração com a Sociedade de Advogados em causa, têm-se mantido os Advogados que se deslocam a esta autarquia; e salvo alteração imponderável, deverão continuar a ser os mesmos Advogados a fazer o trabalho e a deslocar-se à autarquia (...). Acresce, que o envolvimento direto dos sócios da Sociedade de Advogados na prestação dos serviços permite à autarquia a perfeita confiança de que está garantida a continuidade na prestação dos serviços, e acima de tudo a qualidade dos mesmos face aos resultados obtidos (...). Temos para nós que a grande vantagem da contratação em causa, se estriba na possibilidade de substituição dos Advogados designados para se deslocarem às N/instalações se estes prestarem um deficiente patrocínio, seja no domínio da parecerística, seja na atividade judicial e pré-judicial. Repare-se que o contrato em causa não é intuito personae, sendo o elemento subjetivo ligado à Paulo de Almeida e Associados, enquanto sociedade de Advogados (...). No presente caso, se ocorrer algum incidente que aconselhe a substituição de um concreto Advogado que trabalhe processos do Município, bastará a substituição desse concreto Advogado, mantendo-se o patrocínio da PA&A (...).”

Mais referiram: *“(...) quando as matérias em causa, quer a nível de pareceres, quer a nível de patrocínio judiciário, extravasarem as competências e conhecimentos dos advogados que semanalmente se deslocarão à CMO, os assuntos serão distribuídos a advogados da equipa da sociedade adjudicatária que sejam mais aptos para esse efeito. (...) [A] escolha do advogado a tratar desses casos que exorbitem o âmbito geral e a sua distribuição é feita semanalmente, em conjunto com os sócios da sociedade adjudicatária (...).”*

- s) Tendo-se ainda questionado a CMO sobre como foi apurado o preço base anual de € 192.024,00, designadamente, se para esse cálculo foi tido em conta um preço unitário, e respetivas quantidades mínimas, para a emissão de pareceres jurídicos, exercício do patrocínio jurídico e demais obrigações contratuais

²⁷ Vide fls. 106 e ss.



previstas na cláusula 4.^a n.º 1 do contrato em apreciação, remetendo, em caso positivo, essa base de cálculo foi dito:

“Com efeito, o preço do contrato sub judicis foi considerado tendo em conta a quantidade de processos com pendência judicial que serão passados à sociedade de advogados a contratar, bem como o número de horas de trabalho a desenvolver para preparação desses mesmos processos, deslocações a tribunal e intervenções neste, elaboração de pareceres e demais assessoria jurídica necessária. (...)

Assim sendo, teve-se em conta, um número de horas de assessoria a esta autarquia não inferior, a 308 mensais, distribuídas não só pelos dois advogados que semanalmente se deslocarão a esta autarquia mas também por outros advogados da sociedade, em especial no que toca a eventuais pareceres sobre peças específicas e/ou patrocínio judiciário. Isto implica, que os advogados adjudicados pela sociedade contratante à autarquia no fundo quase que trabalharão exclusivamente para esta edilidade, ainda que não se encontrem presencialmente no GCAJ a exercer o seu munus funcional.

A fórmula de cálculo teve por base não menos de 308 horas mensais que serão consumidas com os trabalhos a prestar:

192.024,00 €/12 meses = 16.002,00 €

16.002,00 €/308 horas = 51 €/valor média hora.

Ora, como é do conhecimento comum, os advogados em geral cobram um valor hora mínimo nunca inferior a 65€/75€ hora. Pelo que, com a contratação em causa, procurámos baixar este valor por razões de contenção orçamental e de poupança tendo em conta o binómio custos/benefícios.

Por outro lado, estas 308 horas, base mínima, poderão ser distribuídos por todos os advogados que compõem a sociedade adjudicante, que trás os benefícios óbvios já sobejamente expostos nas nossas respostas anteriores.

Sendo que, como em qualquer avença, o número de horas que serviu de base ao cálculo não é fixo, podendo ser inferior, mas também superior ao que na prática venha a ser desenvolvido. E como se disse acima, estima-se que as 308 horas sejam insuficientes para todo o trabalho a desenvolver, o que será outra vantagem para o Município.

As funções levadas a cabo pela sociedade adjudicatária e por ela mensalmente assegurada por via contratual, são as que integram o seu objeto independentemente do número de horas que venham a ser utilizadas. O cálculo supra referenciado, tem carácter meramente indicativo, de acordo com as condições de mercado na contratação de advogados, no que toca a volume de horas versus valor horário, sendo certo no entanto que o valor do contrato em circunstância alguma poderá ser aumentado por constituir um limite perentório da despesa.

Ao escolher a modalidade de avença, a autarquia assegurou a execução do trabalho que necessita, a um preço muito favorável, e sem ter que andar a discutir, mês a mês, quantas horas foram efetivamente consumidas e o mais que implica a especificidade de cada processo ou da parecerística que lhe haja de ser confiada.”



III – O DIREITO

4. Uma só mas importante questão se suscita no presente processo: a de saber se para a formação do contrato poderia ter sido adotado – como foi – o procedimento de ajuste direto.

Tratando-se de saber se para formação do contrato deveria ou não ter sido feito um apelo à concorrência, através de um procedimento aberto e publicitado, a questão deve ser juridicamente enquadrada no direito interno mas também no direito comunitário, havendo já jurisprudência anterior deste Tribunal que sobre tal questão se debruçou ²⁸.

Vejamos pois como o Direito disciplina, nos seus aspetos essenciais, esta matéria.

III.A – O princípio da concorrência

5. O princípio da concorrência é um dos princípios fundamentais da contratação pública, tanto no âmbito nacional como no comunitário.

Tal sucede, aliás, na generalidade dos Estados de Direito, como não podia deixar de ser, já que se apresenta como imprescindível à proteção do princípio fundamental da igualdade, que lhes é inerente, e, simultaneamente, como a melhor forma de proteger os interesses financeiros públicos.

6. Na ordem jurídica portuguesa e, tal como tem sido expresso na doutrina e na jurisprudência, estão constitucionalmente estabelecidos os princípios da igualdade e da concorrência e a obrigação de a Administração Pública os respeitar na sua atuação²⁹, seja em que circunstâncias for, em nome simultaneamente dos valores fundamentais da ordem económica e da prossecução do interesse público.

Estes princípios constitucionais aplicam-se a qualquer atuação da Administração Pública, mesmo que de gestão privada ³⁰ e têm uma especial incidência em matéria de contratação pública.

Nessa linha, o Código dos Contratos Públicos³¹ estabelece, no n.º 4 do seu artigo 1.º, que “[à] contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”.

²⁸ Vide o Acórdão n.º 39/10, de 3 de novembro da 1.ª S/SS cuja argumentação, em partes relevantes, se seguirá na presente decisão.

²⁹ Cfr. artigos 81.º, alínea f), 99.º, alínea a), e 266.º da Constituição.

³⁰ Cfr. artigo 2.º, n.º 5, do Código do Procedimento Administrativo.

³¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, retificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, e pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril.



7. Estes princípios estão também claramente estabelecidos na ordem jurídica comunitária a que nos encontramos vinculados.

Os tratados europeus afirmam um objetivo de integração económica, a realizar através do respeito pelas «liberdades fundamentais» (livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais), de onde deriva a obrigatoriedade de os Estados Membros da União Europeia legislarem e agirem de modo a assegurarem a mais ampla concorrência possível e a prevenirem quaisquer favorecimentos.

Como se referiu, entre outros, nos processos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE) n.ºs *C-458/03, Parking Brixen*, e *C-324/98, Telaustria*, quando uma autoridade pública confia o exercício de uma atividade económica a terceiros, aplica-se o princípio da igualdade de tratamento e as suas expressões específicas, nomeadamente o princípio da não-discriminação, bem como os artigos 43.º e 49.º do Tratado CE³², sobre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. O TJUE afirma ainda que estes princípios implicam uma obrigação de transparência, que consiste em assegurar a todos os potenciais concorrentes um grau de publicidade adequado, que permita abrir o mercado de bens e serviços à concorrência.

Ainda que as diretivas emitidas para a coordenação dos procedimentos nacionais de adjudicação de contratos públicos excluam do seu âmbito algumas áreas da contratação, o TJUE tem sido claro e afirmativo no sentido de que os princípios referidos se aplicam mesmo que não sejam aplicáveis as diretivas relativas aos contratos públicos, uma vez que derivam diretamente dos Tratados³³.

8. Os princípios da igualdade e da concorrência impõem-se, pois, à atividade contratual pública, tanto por via constitucional como por via comunitária.

Ora, o respeito pelos princípios em causa e, em particular, pelo princípio da concorrência, implica que se garanta aos interessados em contratar o mais amplo acesso aos procedimentos, através da transparência e da publicidade adequada.

9. É também esse o modo de garantir a melhor proteção dos interesses financeiros públicos, já que é em concorrência que se formam as propostas competitivas e que a entidade adjudicante pode escolher aquela que melhor e mais eficientemente satisfaça o fim pretendido.

10. Em suma, o respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.

³² Hoje artigos 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

³³ O acórdão de 20 de Maio de 2010, tirado no processo T-258/06, é bastante esclarecedor nessa matéria.



Donde resulta que para a formação de contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados.

III.B – Dos procedimentos de contratação pública

- 11.** As Diretivas europeias de contratação pública (em especial a Diretiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março) e, no plano nacional, o CCP, estabelecem, como se sabe, um conjunto de procedimentos a seguir, consoante as situações, para a formação de contratos públicos.

Em ambos os casos são estabelecidos como regra procedimentos concorrenciais abertos.

No entanto, ambos os diplomas estabelecem também exceções à utilização desses procedimentos concorrenciais abertos, admitindo que há situações em que não se justifica ou não é possível desenvolvê-los.

- 12.** A este respeito importa ter presentes dois aspetos bem clarificados na jurisprudência do TJUE, os quais são também plenamente transponíveis e aplicáveis no plano exclusivamente nacional.

Os seguintes:

- a) As diretivas comunitárias de contratação pública (tal como a Parte II do Código dos Contratos Públicos), procedendo à definição de procedimentos a utilizar na adjudicação de contratos públicos, têm de ser vistos como meros instrumentos de realização dos princípios e objetivos mais amplos referidos nos números anteriores. Donde resulta que, mesmo quando os procedimentos típicos estabelecidos nas diretivas ou na legislação nacional não sejam aplicáveis, a entidade pública está vinculada a adotar práticas de contratação que salvaguardem a concorrência; e
- b) Sempre que a lei estabeleça exceções aos procedimentos concorrenciais mais abertos deve ser-se muito rigoroso e exigente na interpretação e na aplicação dessas exceções, procurando sempre a salvaguarda máxima do princípio da concorrência e admitindo a realização de procedimentos fechados apenas quando não haja alternativa concorrencial possível.

- 13.** O ajuste direto, tal como descrito no artigo 112.º do Código dos Contratos Públicos, e tal como foi aplicado no caso, constitui um procedimento fechado – na medida em que se baseia em convites formulados pela entidade adjudicante – impeditivo de uma ampla concorrência.

Só deve, pois, aceitar-se a sua utilização quando se demonstre inviável qualquer outra solução procedimental que melhor salvaguarde o princípio da concorrência.



III.C – Da aquisição de serviços intelectuais

14. A Diretiva 2004/18/CE reconhece, no seu artigo 30.º, n.º 1, alínea c), que as prestações de carácter intelectual podem ser de molde a impossibilitar a elaboração de especificações com precisão suficiente para permitir a adjudicação do contrato através da seleção da melhor proposta de acordo com as regras que regem os concursos.

Na sequência desse reconhecimento, permite-se que os contratos relativos a esses serviços possam ser precedidos de um procedimento de negociação, mas sempre com publicação de anúncio.

Ou seja, admite-se para casos de serviços intelectuais um procedimento mais flexível, com possibilidade de adaptação das propostas aos requisitos pretendidos, mas não se dispensa, antes se impõe, um procedimento concorrencial aberto.

15. Por sua vez, o artigo 27.º do CCP, prevê na alínea b) do seu n.º 1, que pode ser adotado o ajuste direto quando estejam em causa prestações de natureza intelectual que não permitam a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação e não seja adequada a definição quantitativa de outros atributos.

Mas, o mesmo artigo, no seu n.º 3, estabelece que, nos casos em que estejam em causa contratos de aquisição de serviços abrangidos pelo Anexo II A da diretiva comunitária e de valor superior aos limiares para a sua aplicação, já não poderá ser assim. Nesses casos, e não obstante estarmos perante serviços de natureza intelectual em relação aos quais não é aparentemente possível a definição de especificações e de atributos para aplicação de um critério de adjudicação, está ainda assim proibida a adoção do ajuste direto.

O n.º 4 do mesmo artigo 27.º proíbe também a adoção do ajuste direto quando o serviço intelectual a adquirir, mesmo quando insuscetível de ser especificado e avaliado, consista na elaboração de um plano, de um projeto ou de uma qualquer criação conceptual nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia ou do processamento de dados.

Ou seja, em todos estes casos, e apesar da dificuldade da elaboração das especificações contratuais e da definição qualitativa e quantitativa dos fatores de avaliação das propostas, a entidade adjudicante é forçada a seguir procedimentos de natureza concorrencial e a encontrar a melhor forma de avaliar e selecionar as propostas.



16. Assim, deve concluir-se que a caracterização dos serviços a adquirir como de natureza intelectual e uma eventual impossibilidade ou dificuldade em definir as respetivas especificações e atributos a valorar não autoriza, só por si, a não utilização de procedimentos concorrenciais.

III.D – Da aquisição de serviços jurídicos

17. Vejamos como, em geral, e nos aspectos que interessam para apreciação do caso concreto, se disciplina esta matéria no âmbito do direito comunitário.

Os artigos 52.º e seguintes do Tratado CE³⁴ estabeleceram que a liberalização de serviços no âmbito europeu se faz prioritariamente em determinados tipos de serviços, identificados como os que mais influem nos custos de produção e que mais contribuem para fomentar a circulação de bens.

Nessa linha, a Diretiva n.º 2004/18/CE subdividiu os serviços em duas categorias. Uma, a descrita no anexo II A da Diretiva³⁵, respeita aos serviços a que se aplicam integralmente as disposições da diretiva de modo a permitir “*a plena concretização do potencial de crescimento do comércio transfronteiras*”³⁶.

A outra, a descrita no Anexo II B, engloba os serviços aos quais, durante um período transitório, não se aplica a totalidade das normas da diretiva, ficando, entretanto, sujeitos a controlo, até que seja tomada uma decisão sobre a aplicação integral da diretiva³⁷. Estes serviços são vulgarmente conhecidos como os serviços não prioritários.

18. Mas a não aplicação a esta segunda categoria de serviços da maioria das regras processuais estabelecidas na diretiva – por força do disposto no artigo 21º - não significa a sua não subordinação aos princípios decorrentes dos Tratados.

Conforme se refere no considerando (2) da diretiva e se estabelece claramente no acórdão do TJUE tirado no processo T-258/06, apesar de os procedimentos específicos e rígidos previstos pelas diretivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos se aplicarem unicamente aos contratos por elas integralmente abrangidos, isso não significa que os restantes contratos públicos estejam excluídos do âmbito de aplicação do direito comunitário. É entendimento do Tribunal de Justiça que as obrigações decorrentes do direito primário relativas à igualdade de tratamento e à transparência se

³⁴ 59.º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

³⁵ Continuaremos a referir-nos aos Anexos II A e II B da Directiva n.º 2004/18/CE, por comodidade, embora eles tenham sido substituídos respectivamente pelos Anexos VI e VII do Regulamento (CE) n.º 213/2008, e como tal devam ser entendidos.

³⁶ Cfr. considerandos 18 e 19 da referida Directiva.

³⁷ Idem.



aplicam de pleno direito a contratos excluídos do âmbito das diretivas e, portanto, a contratos relativos a serviços incluídos no Anexo II B ³⁸.

O referido acórdão afirma também inequivocamente que a obrigação de transparência decorrente dos princípios do Tratado CE implica que os referidos contratos sejam precedidos de um procedimento que, ainda que não siga as regras da diretiva, deve envolver necessariamente uma publicitação prévia, que permita a potenciais interessados manifestar o seu interesse na obtenção do contrato.

19. Ora, os serviços jurídicos estão incluídos no Anexo II B da Diretiva 2004/18/CE, aplicando-se-lhes integralmente a jurisprudência acabada de referir.

Assim, deve concluir-se que:

- a) Os contratos de aquisição de serviços jurídicos não estão excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18/CE, mas sim sujeitos a uma aplicação parcial da mesma, transitoriamente;
- b) Essa aplicação parcial não permite que a entidade adjudicante, como regra, adote um procedimento não concorrencial e selecione diretamente os prestadores que pretende convidar para apresentar uma proposta, uma vez que, como já vimos, esse procedimento é, em princípio, proibido pelo direito comunitário primário e pela interpretação que dele é feita pelo TJUE.

20. Por outro lado, não há qualquer fundamento para considerar que o direito comunitário reconhece a inaptidão genérica do regime de contratação pública para a formação de contratos de aquisição de serviços jurídicos.

Desde logo, e como já vimos, a aplicação das obrigações de transparência e publicidade para os serviços incluídos no Anexo II B resulta do direito primário europeu e da jurisprudência do TJCE.

Por outro lado, prevê-se que a aplicação parcial da directiva apenas persista durante um período transitório.

Depois, estabelece-se que, desde já, se eliminem especificações discriminatórias ³⁹, o que só se compreende no quadro de processos concorrenciais.

Pode ainda referir-se que no considerando 47 da directiva se refere a relação dos critérios de adjudicação com honorários de advogados, o que também só se compreende no quadro da aplicação de processos concorrenciais a serviços de advocacia.

Vários sinais existem, assim, de que não se estabelece ou reconhece qualquer incompatibilidade na utilização de procedimentos concorrenciais para a aquisição

³⁸ Cfr. também acórdão no processo C-507/03, *Comissão/Irlanda*.

³⁹ Cfr. artigos 21.º e 23.º da Directiva 2004/18/CE.



de serviços jurídicos, mas **tão só que se reconhecem esses serviços como não prioritários no estabelecimento do mercado interno.**

21. Vejamos agora a disciplina fixada no direito interno aplicável à aquisição de serviços jurídicos.

Estabelecendo já relação com o que acaba de se referir no âmbito do direito comunitário, note-se desde já que o CCP não excluiu os contratos de aquisição de serviços jurídicos do regime de formação dos contratos públicos nele estabelecido, apesar de o ter feito relativamente a outros serviços mencionados no anexo II B da Directiva 2004/18/CE ⁴⁰.

Note-se em seguida que não há nenhuma disposição normativa que declare a aquisição de serviços jurídicos insusceptível de se subordinar a uma escolha concorrencial.

Note-se mesmo que não existe qualquer disposição normativa que expressamente aborde a aquisição de serviços jurídicos.

Note-se finalmente que o legislador foi, num aspeto, mais exigente do que resulta da diretiva comunitária: por força do disposto no artigo 20º, nº 1 alínea b) e nº 2 alínea b) subalínea iii) do CCP, os contratos que tenham por objeto serviços incluídos no Anexo II B da diretiva – em que se incluem os serviços jurídicos – desde que de valor superior a 200 mil euros, devem ser formados mediante concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, com publicação no JOUE.

Assim, a não ser que se aplique em concreto uma das bem delimitadas exceções previstas, a aquisição de serviços jurídicos parece subordinar-se aos princípios gerais de aplicação dos procedimentos concorrenciais, em função dos valores envolvidos, porque disso não está expressamente excluída no Código, para além de que se subordina à aplicação directa dos princípios do direito comunitário e da nossa Constituição, o que a sujeita a uma obrigação geral de concorrência, transparência e publicidade.

22. Por todas as razões acima referidas, a aplicação de uma exceção como a que consta do artigo 27.º, n.º 1, alínea b), do CCP, que foi invocada no caso, permitindo a utilização de ajuste directo para aquisições de serviços intelectuais, e eventualmente jurídicos, de elevado valor, tem de estar inequivocamente justificada, fundamentada e demonstrada, em termos de afastar, em concreto e não em abstracto, a viabilidade de qualquer outra solução concorrencial.

E para contrariar tal conclusão não pode invocar-se que a aquisição de serviços jurídicos não está incluída na previsão do nº 4 do mesmo artigo 27º que estabelece a proibição expressa de recurso ao ajuste direto nos casos em que o *“serviço a adquirir consista na elaboração de um plano, de um projecto ou de uma qualquer*

⁴⁰ Cfr. artigos 5.º, n.º 4, alínea f).



criação conceptual nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitectura, da engenharia ou do processamento de dados”.

23. Como já referimos, deve ser-se muito rigoroso e exigente na interpretação e na aplicação da excepção, procurando sempre a salvaguarda possível do princípio da concorrência.

Essa exigência de rigor deve ser particularmente observada face ao disposto na lei nacional: é que o legislador entendeu formular a possibilidade de adoção do ajuste direto na formação de qualquer contrato de aquisição de serviços, independentemente do seu objecto ou da natureza da entidade adjudicante, na medida em que redigiu a norma amplamente: “(...) *pode adotar-se o ajuste direto quando (...) [a] natureza das respectivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual ou a serviços financeiros indicados na categoria 6 do anexo II-A da Directiva n.º 2004/18/CE (...), não permita (...)*”.

Significa isso que, para efeitos da aplicação do disposto no artigo 27.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, deve demonstrar-se inequivocamente no caso concreto que não é de todo possível a definição de atributos qualitativos das propostas para integrar o critério de adjudicação nem de todo adequada a definição de atributos quantitativos, não bastando apenas afirmá-lo.

III.E – A apreciação do caso concreto

24. A opção pelo ajuste direto estribou-se, no caso, como se viu, no critério material previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

A norma em referência refere que pode adoptar-se o ajuste direto para a aquisição de serviços quando:

- a) A natureza das respectivas prestações não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, e
- b) Desde que a definição quantitativa, no âmbito de um procedimento de concurso, de outros atributos das propostas seja desadequada a essa fixação, tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida.

Devem pois verificar-se estes dois pressupostos para que seja possível a adoção de ajuste direto, no caso de contrato de aquisição de serviços de natureza intelectual. E não basta a sua invocação: é preciso haver demonstração inequívoca da sua existência, dado que, como se viu, se trata de uma excepção à adoção de procedimentos abertos e concorrenciais.



25. Defendeu a CMO de que a opção pelo procedimento de ajuste direto, no caso concreto, é legalmente conforme, estribando-se nos argumentos que constam acima no nº 3.

Analisando-se tais argumentos, conclui-se que eles seguem nos seus aspectos essenciais um raciocínio bastante linear. O seguinte:

- a) A prestação de serviços jurídicos é um tipo de atividade económica pouco consentâneo com um apelo genérico à concorrência de mercado;
- b) O objecto do contrato envolve *“matéria de elevado grau de complexidade e de especialização pelo seu estudo”*, exigindo-se ao prestador do serviço *“qualidades técnicas pessoais, máxime no seu currículo e na confiança que dele emana para o adquirente dos serviços”*;
- c) O elemento essencial no estabelecimento desta relação contratual é pois o da confiança intrínseca na entidade prestadora dos serviços *“por se tratar de serviços de natureza intelectual, em que a especial qualificação técnico-jurídica e o carater intuitu personae é determinante na relação contratual a estabelecer”*;
- d) A confiança que a CMO tem neste concreto prestador de serviços baseia-se na sua capacidade técnica demonstrada por elementos curriculares;
- e) Mas a confiança assenta também na experiência anterior de prestação de serviços: *“a apreciação curricular da Paulo de Almeida e Associados (...) assentou não só num critério técnico, como também num critério de razoabilidade e confiança”*, e *“a escolha do co-contratante não radicou somente nessa maior aptidão técnica”* pois *“foi efetuada através de um critério empírico, pelo facto desta sociedade ter vindo a efetuar assessoria jurídica a este gabinete desde finais de 2009 (...)”*;
- f) Ora, tais características são do próprio prestador dos serviços e não se podem revelar no conteúdo da proposta: *“[o] objetivo do Município foi o de escolher a sociedade de advogados em função da qualidade intrínseca da prestação. Essa qualidade não pode ser verdadeiramente revelada pelos atributos da proposta, mas apenas deduzida dos atributos do proponente, que geram no Município a confiança dessa qualidade”*, *“o que constitui uma flagrante contradição com o tipo de atributos que poderiam ser selecionados para a fixação de um critério de adjudicação no âmbito de um procedimento por concurso público”*;
- g) Não seria pois possível observar o comando constante do n.º 1 do artigo 75.º do CCP, pois os fatores e subfactores que a entidade adjudicante deve selecionar para densificar o critério de adjudicação *“não [podem] dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”*;
- h) E *“[a] definição de atributos de natureza quantitativa era manifestamente desadequada face aos objetivos da aquisição pretendida, já que a prioridade do Município consistiu na obtenção de serviços jurídicos de elevada qualidade e não na obtenção de um qualquer serviço ao mais baixo preço”*;



- i) “[O] regime de contratação pública só oferece um tipo de procedimento pré-contratual que permite a seleção individual, pela Entidade Adjudicante, dos operadores económicos a quem pretende convidar para estabelecer uma relação contratual: o procedimento de ajuste direto;
- j) “[Um] potencial concurso aberto teria, desde logo, um âmbito de abrangência muito restrito, dadas as especiais características técnicas que procuramos” e dificilmente se “conseguiria objetivar os critérios para uma prévia qualificação que nos permitisse assegurar a confiança técnica pessoal” e “qualquer tipo de análise efetuada ficaria sempre aquém do verdadeiro potencial dos candidatos, até porque este concurso recairia sobre sociedades de advogados que são compostos por diversos técnicos” e “este tipo de procedimento tem um custo elevado em termos de tempo”.

26. Os argumentos iniciais de que se trata de uma atividade económica pouco consentânea com um apelo genérico à concorrência de mercado é facilmente contraditado pelo facto de a lei, consagrando exceções várias para a observância dos princípios e regras da contratação pública, não o ter feito expressamente, como já se disse, para este concreto tipo de prestação de serviços. E o facto de o objecto do contrato envolver matéria de elevado grau de complexidade e de especialização, também não é argumento bastante, face ao que a lei expressamente prevê no nº 4 do artigo 27º do CCP, quando afasta o ajuste direto de “qualquer criação conceptual nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitectura, da engenharia ou do processamento de dados” tudo domínios em que é reconhecível elevado grau de complexidade e de especialização.

27. Mas voltemos aos aspectos essenciais e que se prendem com a verificação ou não dos pressupostos fixados na alínea b) do nº 1 do artigo 27º do CCP.

Começamos pelo segundo: foi referido que a definição quantitativa de atributos das propostas seria desadequada, tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida: “a prioridade do Município consistiu na obtenção de serviços jurídicos de elevada qualidade e não na obtenção de um qualquer serviço ao mais baixo preço”.

Admite-se que a prioridade da entidade adjudicante consistisse na obtenção de serviços de elevada qualidade e não na escolha do serviço em função do preço mais baixo, razão pela qual, num procedimento aberto e concorrencial, os critérios de natureza quantitativa não eram, por si só, supostamente adequados à escolha das propostas.

O critério do preço poderia e deveria, pois, não ser o único a relevar. Mas, no entanto, não se compreende que tal critério deva ser necessariamente afastado de uma escolha como aquela que está envolvida na presente contratação.

Note-se que a própria lei manda atender na contratação externa a parâmetros de eficiência, que, pela sua própria natureza, implicam a avaliação de custos. Ademais, o disposto no artigo 42.º, n.º 6, alínea c), da Lei de Enquadramento



Orçamental impõe que nenhuma despesa possa ser autorizada ou paga sem que satisfaça os princípios da economia e da eficiência, pelo que os critérios ligados ao custo dos serviços não podem ser completamente postergados dos processos de escolha e compra dos mesmos.

Uma combinação de requisitos de qualificação técnica do prestador com critérios quantitativos de avaliação da proposta poderia ser adequada.

Note-se ainda um outro aspeto quanto à verificação ou não deste segundo pressuposto que agora se abordou prioritariamente: é que se porventura se verificar o primeiro mas não este – o segundo – poderia a entidade adjudicante lançar mão do procedimento por negociação previsto nos artigos 193º e seguintes, por força do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 29º. E neste procedimento deve seguir-se as regras do concurso limitado por prévia qualificação, com as necessárias adaptações, e sem prejuízo das que são especialmente fixadas.

28. Maior complexidade se suscita na apreciação do primeiro pressuposto: a dificuldade ou inconveniência de estabelecer qualitativamente atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP, na medida em que a pretendida qualidade das prestações só poderia ser deduzida das capacidades técnicas e pessoais do proponente, únicas que poderiam gerar confiança à entidade adjudicante.

Admite-se que nos serviços de natureza intelectual, a avaliação da aptidão técnica do prestador de serviços seja, para o adquirente, a forma mais fiável de prever a qualidade das prestações a adquirir. E que, por isso, a entidade pública prefira avaliar essa aptidão técnica na pessoa do proponente e não através de aspetos da proposta, que poderiam redundar em apreciações meramente formais de documentos sem conteúdo verdadeiramente relevante para a aquisição em causa.

Admite-se também que a avaliação da aptidão técnica do prestador de serviços não pode integrar os elementos de definição do critério da proposta economicamente mais vantajosa, nos termos previstos para o concurso público.

Mas não pode concluir-se daí que a mera perceção subjectiva dessa aptidão técnica seja legalmente reconhecida como critério de escolha e adjudicação.

Em primeiro lugar, a aptidão técnica só é reconhecida como único critério de escolha pelo artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP, e pelo artigo 31.º, n.º 1, alínea b) da Directiva 2004/18/CE. Ora, estes preceitos só o admitem para as situações em que **apenas um operador económico determinado detenha a aptidão necessária para a execução do contrato**, excluindo, portanto, essa possibilidade nos restantes casos.

Ora, não é claramente essa a situação no caso, em que, reconhecidamente, há inúmeras sociedades de advogados a fornecer os serviços.



Em segundo lugar, em inúmeras situações em que a avaliação da aptidão técnica do prestador seria adequada e em que a questão da confiança subjectiva no prestador se podia equacionar, o legislador afastou expressamente a possibilidade de essa avaliação ser feita de forma puramente subjectiva e de fundar uma atribuição directa. Referimo-nos de novo ao caso das criações conceptuais previstas no artigo 27.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos e dos serviços indicados no Anexo II A da directiva.

É verdade que o n.º 1 do artigo 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados estabelece que “[a] relação entre o advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca.”. Mas no caso da aquisição de tais serviços no âmbito da contratação pública, a determinação de tal confiança não pode basear-se numa exclusiva percepção subjectiva: ela deve surgir no contexto de procedimentos que salvaguardem outros valores e interesses.

E, nesse sentido, a lei prevê a possibilidade de incluir nos processos concorrenciais a definição de requisitos de qualificação técnica dos concorrentes, permitindo definir patamares desejáveis de qualidade técnica e afastar os concorrentes que não os satisfaçam. E esses requisitos podem ser aferidos por parâmetros curriculares, referenciados a matérias trabalhadas, respectiva extensão e resultados, como se estabelece no artigo 165º do CCP.

Argumentou-se contra essa possibilidade – a de um concurso limitado por prévia qualificação – referindo-se que

- a) “[U]m potencial concurso aberto teria, desde logo, um âmbito de abrangência muito restrito, dadas as especiais características técnicas que procuramos”: mas tal afirmação carece ser demonstrada;
- b) Dificilmente se “conseguiria objetivar os critérios para uma prévia qualificação que nos permitisse assegurar a confiança técnica pessoal”: admite-se que não seja fácil, mas ver-se-á de seguida que dos documentos do procedimento resultam alguns dados que contribuiriam para uma objectivação;
- c) “[Q]ualquer tipo de análise efetuada ficaria sempre aquém do verdadeiro potencial dos candidatos, até porque este concurso recairia sobre sociedades de advogados que são compostos por diversos técnicos”: a este argumento deve contrapor-se as próprias alegações da CMO no sentido que o que era e é relevante é o potencial qualitativo oferecido pela sociedade, no seu conjunto, sem atender a particulares considerações deste ou daquele membro da sociedade ou de seus colaboradores;
- d) “[E]ste tipo de procedimento tem um custo elevado em termos de tempo”: como bem se compreende este argumento não é aceitável: admite-se urgência certamente, mas tal urgência pode ser caldeada por atempada e adequada programação face às necessidades existentes e previsíveis.

29. Os documentos com que se instruiu o procedimento dão claramente pistas para o que poderia contribuir para a definição das qualificações dos concorrentes. Designadamente:



- a) As áreas de especialização jurídica exigidas;
- b) O nível de experiência;
- c) A dimensão da sociedade de advogados;
- d) O nível de notoriedade no mundo do direito dos sócios das sociedades, designadamente as suas ligações ao ensino superior.

A propósito, não pode deixar de se fazer uma observação: tendo sido decidido realizar um ajuste direto com convite a três entidades, o critério que naturalmente a CMO usou para a seleção desses três concretos convidados constituiria uma boa base de partida para a formulação e densificação do critério de adjudicação em procedimento concorrencial e aberto.

- 30.** E não se diga que para a aquisição de serviços de consultoria jurídica só faz sentido a escolha directa do prestador de serviços, já que qualquer outro tipo de procedimento pré-contratual poderia potencialmente conduzir a entidade adjudicante a iniciar uma relação contratual com um prestador em quem não deposita a sua confiança.

Estamos perante matéria que, como se reconhece no processo, é de natureza corrente: “[o] *objecto do contrato em apreço corresponde efectivamente à satisfação de necessidades imprescindíveis e permanentes dos serviços e visa a execução de actividades correntes, bem como necessidades de advogados especializados em áreas específicas do direito*”.

Corresponde pois a necessidades permanentes dos serviços e que num contexto geral diferente – sem os constrangimentos actualmente existentes no recrutamento de pessoal que são aliás expressamente invocados no processo – passaria pelo recrutamento de juristas e pelo estabelecimento de relações jurídicas de emprego público. Ora, o estabelecimento deste tipo de relações passa necessariamente por procedimentos de natureza concursal.

- 31.** Perante tudo o que foi referido deve retirar-se uma conclusão: não foi feita uma demonstração inequívoca de que os pressupostos fixados na alínea b) do nº1 do artigo 27º do CCP, se verificavam no caso concreto, permitindo-se então a formação do contrato por ajuste direto.

Em suma, considera-se que a impossibilidade de definir e utilizar atributos qualitativos e quantitativos para a escolha da proposta, estando afirmada, não está suficientemente demonstrada em termos de poder conduzir a uma escolha dirigida a um único prestador de serviços.

O principal argumento invocado – a da especial aptidão da adjudicatária para a execução dos serviços de consultoria gerando a referida confiança – é contestável por não se demonstrar que outros prestadores e outras sociedades não teriam aptidão equivalente, gerando os mesmos níveis de confiança.

Tanto mais que não lhes foi dada qualquer oportunidade de o demonstrarem.



32. Algumas observações finais:

- a) Resulta do processo que a razão fundamental para o ajuste direto, baseado no reconhecimento das aptidões da adjudicatária e da confiança existente funda-se especialmente num outro facto: o de esta sociedade “*ter vindo a efetuar assessoria jurídica (...) desde finais de 2009 até à presente data, quer através do patrocínio pontual, quer numa primeira fase (2009/2011) mediante assessoria direta e constante num regime em tudo semelhante ao que agora [se pretende]*”;
- b) Se o principal fundamento para a realização do ajuste direto foi a especial confiança que o adjudicatário inspira à entidade adjudicante, poderia suscitar-se a interrogação sobre como foi admitido proceder a convite a outras duas sociedades de advogados;
- c) E igualmente: se o principal fundamento para a realização do ajuste direto foi a referida confiança exclusiva no adjudicatário, poderia igualmente suscitar-se a interrogação sobre qual o valor efetivo da fixação de períodos de vigência do contrato;
- d) A falta de obtenção ou procura de outras propostas conduziu, por outro lado, à aceitação simples do que foi proposto pela sociedade adjudicatária, sem que tenha ocorrido qualquer negociação para obtenção de melhores condições, nomeadamente financeiras: o preço proposto e o preço aceite é igual ao preço base.

III.F – Conclusões e sua relevância para a fiscalização prévia do contrato

33. Tudo milita portanto a favor de que deveria ter sido desencadeado um procedimento aberto e concorrencial que, dado o valor envolvido – superior a 200 mil euros ⁴¹ - por força da alínea b) do n° 1 do artigo 20° do CCP, deveria ter sido o concurso público ou, face às razões invocadas pela CMO, o concurso limitado por prévia qualificação.

Não se tendo assim procedido, violou-se esta disposição legal.

Caso tal violação da lei não tivesse ocorrido, o resultado financeiro obtido poderia ter sido diferente.

34. Enquadra-se, pois, tal violação no disposto na alínea c) do n° 3 do artigo 44° da LOPTC⁴², quando aí se prevê “*ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro.*” Relembre-se, a propósito, que quando se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro” pretende-se significar

⁴¹ A propósito, vide acima o que se refere no n° 21, relativo ao que se dispõe no artigo 20°, n°1 alínea b) e n° 2 alínea b) subalínea iii). Vide ainda o artigo 17° do CCP.

⁴² Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n° 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n°s 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



Tribunal de Contas

que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração dos resultados financeiros.

III – DECISÃO

35. Assim, com os fundamentos expostos, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes, em plenário da 1.ª Secção, em recusar o visto à minuta do contrato.

36. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁴³.

Lisboa, 15 de maio de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente Gomes de Almeida)

⁴³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/00, de 4 de abril.