

ACÓRDÃO N.º 21/2013 - 18.jul. - 1ª S/SS

(Processo n.º 548/2013)

DESCRITORES: Aquisição de Serviços / Assessoria Económica e Financeira / Renegociação das Condições / Parceria Público-Privada / Sector Rodoviário / Ajuste Direto / Urgência / Contratação Pública / Princípio da Concorrência / Princípio da Igualdade / Princípio da Transparência / Retroatividade / Concurso Público / Elemento Essencial / Nulidade / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. O art.º 24.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos (CCP) permite a adoção de ajuste direto quando (i) existam motivos de urgência imperiosa, (ii) tais motivos resultem de acontecimentos imprevisíveis e (iii) tais acontecimentos não possam ser imputáveis, em caso algum, à entidade adjudicante.
2. Não se verificando os pressupostos da al. c), n.º 1 do art.º 24.º do CCP e face ao valor que o contrato apresenta, deveria ter decorrido concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º do CCP.
3. A ausência de concurso implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA), bem como a nulidade do contrato, nos termos do art. 283.º, n.º 1 do CCP.
4. A nulidade constitui fundamento da recusa de visto nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

5. O ajuste direto com convite a uma só entidade é admissível nos termos do art.º 112.º do CCP. Todavia, a haver fundamento para um ajuste direto, o convite deveria ter sido feito a várias entidades tendo em conta o valor do contrato e sua duração, sob pena de violação dos princípios básicos da contratação pública, nomeadamente, o da concorrência, o da igualdade e o da transparência.
6. O art.º 287.º, n.º 2 do CCP permite a atribuição de eficácia retroativa “quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem”. No caso concreto não se vislumbra uma exigência imperiosa de direito público, pelo que a retroatividade verificada está proibida por lei e consubstancia uma restrição clara da concorrência relativamente à formação do contrato.
7. A não observância dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, consagrados no n.º 4 do art.º 1.º do CCP, e a violação da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º e do art.º 287.º, n.º 2 do CCP configuram também uma situação propiciadora de alteração do resultado financeiro do contrato, susceptível de constituir fundamento de recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Mantido pelo acórdão nº 11/13, de 23/10/13,
proferido no recurso nº 13/13

ACÓRDÃO Nº21 /18.JUL.2013/1ª S/SS

Processo nº 548/2013

I - OS FACTOS

1. A EP - Estradas de Portugal, S.A. (doravante também designada por EP) remeteu, para fiscalização prévia, o contrato para aquisição de serviços de assessoria económica e financeira, celebrado com a KPMG II – Consultores de Negócios, S.A., (doravante também designada por KPMG), em 5 de abril de 2013, pelo valor de € 500.000,00, ao qual acresce o IVA, à taxa legal aplicável.
2. A assessoria referida é prestada à Comissão de Negociação constituída e nomeada pelo Despacho do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos nº 16198-F/2012.
3. A Comissão referida destina-se à renegociação dos contratos referentes às seguintes parcerias público-privadas do setor rodoviário:
 - a) Concessões ex-SCUT, designadamente, do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa da Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve;
 - b) Concessões do Norte e da Grande Lisboa;
 - c) Subconcessões, designadamente as auto-estradas Transmontana, do Baixo Tejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve.
4. Para além do referido nos números anteriores, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:
 - a) O contrato referido foi celebrado mediante procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP ¹;
 - b) Em 3 de dezembro de 2012, por despacho do Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações tinha sido determinado “o *relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes*

¹ 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, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro.



às (...) PPP do sector rodoviário” e “a EP mandatada *“para, com urgência, prestar todo o apoio logístico necessário, podendo, designadamente, contratar consultores externos cuja assessoria técnica (incluindo em matéria de tráfego, económico-financeira e jurídica) seja indispensável para o cumprimento atempado dos objetivos fixados para a renegociação das PPP, designadamente no âmbito das ex-SCUTS”*. Nos termos desse despacho *“o calendário indicativo para o processo de renegociação dos contratos de PPP no sector rodoviário (...) previa a conclusão do mesmo até ao final do 1º trimestre de 2013”*²;

- c) Em 6 de dezembro, por despacho do Secretário de Estado das Finanças, foi *“confirmada” a obrigação da EP constante do despacho de S.E. o Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações*³;
- d) A Comissão de Negociação – à qual devia ser prestado pela EP todo o apoio logístico necessário *“incluindo a contratação dos consultores externos cuja assessoria for julgada indispensável”* – é presidida pelo Presidente da EP⁴;
- e) *“A comissão de negociação foi constituída através do despacho da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos nº 16198-F/2012 (Diário da República, 2ª Série, nº 245, de 19 de Dezembro de 2012)”*⁵. Este despacho foi contudo assinado em 10 de dezembro;
- f) Foi decidido convidar a apresentar proposta uma única entidade: a KPMG;
- g) Foi estabelecido um preço base de 500 mil euros e um valor máximo de taxa horária de 130 euros *“sendo que só serão pagos os serviços efectivamente prestados à taxa horária definida, tendo por limite o preço contratual”*⁶;
- h) O prazo de execução do contrato estabelecido foi de 3 meses a partir da data de adjudicação, devendo caducar ao fim desses três meses ou na data em que fosse atingido o preço contratual, consoante o que ocorresse primeiro. Contudo, previu-se que *“na fase de execução do contrato, a todo o tempo e por razões ligadas à intervenção das instituições [da troika], a EP pode decidir unilateralmente que o contrato só caduca quando for atingido o preço contratual”*⁷;
- i) Em documento datado de 26 de fevereiro refere-se que *“os superiores interesses públicos em presença levaram a Comissão de Negociação a solicitar a colaboração da KPMG (...) ainda antes da sua contratação (...)”*⁸;

² Ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.

³ Idem.

⁴ Vide nº 2, *in fine*, do ofício da EP nº 461, de 2.07.2013 e o despacho do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos nº 16198-F/2012.

⁵ Ofício da EP nº 409, de 27 de maio.

⁶ Cláusula 4ª do caderno de encargos.

⁷ Cláusula 3ª do caderno de encargos.

⁸ Informação nº DC-1008, da Direção de Concessões da EP, de 26 de fevereiro de 2013.



- j) A autorização de lançamento do procedimento foi dada em 27 de fevereiro de 2013, em decisão do Conselho de Administração da EP;
- k) O convite foi enviado em 7 de março de 2013, tendo sido estabelecida como data e hora limites de apresentação da proposta o dia 12 de março e as 15 horas;
- l) Em 12 de março de 2013 procedeu-se à abertura da proposta da KPMG, tendo sido aceite;
- m) A decisão de adjudicação foi tomada em 13 de março de 2013;
- n) O contrato foi celebrado em 5 de abril de 2013, mas produzindo efeitos desde 13 de março ⁹;
- o) O contrato estabelece como sendo seu objecto a “*aquisição de serviços de assessoria económica e financeira à comissão de negociação constituída e nomeada pelo despacho do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos nº 16198-F/2012*”. Nos artigos 9º a 16º do caderno de encargos fixaram-se as obrigações do adjudicatário;
- p) Entre a EP e a KPMG foram antes celebrados vários contratos, não remetidos para fiscalização prévia. Os seguintes:
 - i. Contrato nº 47/2005, celebrado a 28 de janeiro de 2005, para prestação de serviços de consultoria financeira, com uma vigência de 7 meses e 2 semanas, e o valor de € 1.600.550,00 ¹⁰;
 - ii. Contrato nº 128/2010 - "Consultoria Económica e Financeira no Âmbito da Gestão de Contratos de Concessão e Subconcessão", com valor não indicado ¹¹;
 - iii. Contrato nº 94/2011, celebrado a 31 de março de 2011, para a aquisição de serviços de assessoria económica e financeira, com a vigência de 150 dias (a produzir efeitos desde 10 de outubro de 2010), e o valor €120.000,00, sem IVA¹²;
 - iv. Contrato nº 161/2011, celebrado a 21 de julho de 2011, para aquisição de serviços de consultoria económica e financeira, com efeitos a partir da assinatura e duração de 240 dias, permitindo regularizar situações que decorrem desde 1 de março de 2010, e o valor de €100.000,00, sem IVA¹³.

5. Na presente decisão, devem ainda ser tidas em conta as seguintes alegações produzidas pela EP durante a instrução do processo:

⁹ Cláusula 2ª do contrato.

¹⁰ Em anexo ao ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.

¹¹ Referido no ofício da EP nº 461, de 2.07.2013.

¹² Em anexo ao ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.

¹³ Idem.



- a) Questionada a EP sobre os fundamentos que permitiram a formação do contrato mediante ajuste direto, foi referido no essencial o seguinte:
- i. “[A] EP ficou mandatada e habilitada para “com urgência, prestar todo o apoio logístico necessário, podendo, designadamente, contratar consultores externos cuja assessoria técnica (incluindo em matéria de tráfego, económico-financeira e jurídica), seja indispensável para o cumprimento atempado dos objetivos fixados para a renegociação das PPP, designadamente no âmbito das SCUTS”, “[nos] termos dos despachos dos Senhores Secretários de Estado das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, de que foi dado conhecimento à EP através da carta da UTAP que **deu entrada na EP no dia 10 de Janeiro de 2013**”¹⁴;
 - ii. “Essa urgência não era apenas temporal, isto é, não se definia apenas pelo prazo fixado para concluir o processo de renegociação (até ao final do 1º trimestre de 2013), mas resultava também dos interesses públicos em presença, a saber, cumprimento das metas do défice fixadas no âmbito do programa de assistência económica e financeira através da redução dos pagamentos a cargo da EP e/ou Estado, contribuindo, assim, para o saneamento e equilíbrio das contas públicas por via da sustentabilidade do sector das infraestruturas rodoviárias, designadamente da EP”¹⁵;
 - iii. Afirma a EP estarem verificados os pressupostos fixados na alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP: existem motivos de urgência imperiosa, a urgência resulta de acontecimentos imprevisíveis, que não são imputáveis à entidade adjudicante, o recurso ao ajuste direto foi feito na medida do estritamente necessário e não poderiam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos;
 - iv. “Resulta [do] cronograma, que já incorpora prazos muito reduzidos para a realização dos relatórios de análise de propostas (...), um prazo total mínimo de 71 dias (cerca de 2,5 meses), ao que acresce ainda o tempo necessário para a elaboração das peças de procedimento. Ou seja, o prazo necessário para o desenvolvimento de um concurso público não seria compatível com a urgência deste processo de contratação”;
 - v. “Atenta a grande complexidade técnica das matérias em causa, assim como a sua enorme relevância para o interesse público, resulta que não seria viável recorrer-se, nestes termos, ao procedimento de

¹⁴ Ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013. Negrito da nossa responsabilidade.

¹⁵ Ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.



concurso público para contratação da assessoria à Comissão de Negociação”.

- b) Questionada a EP sobre os fundamentos que permitiram a opção pelo convite dirigido a uma única entidade, foi referido no essencial o seguinte ¹⁶:

“Foi assim opção da Comissão de Negociação convidar a KPMG II — Consultores de Negócios, S.A., visto esta empresa possuir um conhecimento profundo do tema em análise, pelo facto de já ter prestado, anteriormente, serviços de assessoria económica / financeira à EP, incluindo a reestruturação das concessões ex-SCUT, Concessão da Grande Lisboa e Concessão Norte”;

- c) Questionada expressamente sobre o documento de 26 de fevereiro acima referido na alínea i) do n.º 4, em que se diz que *“os superiores interesses públicos em presença levaram a Comissão de Negociação a solicitar a colaboração da KPMG (...) ainda antes da sua contratação”*, a EP respondeu que *“[a] KPMG II — Consultores de Negócios, S.A. encontra-se a prestar serviços ao abrigo do contrato submetido à fiscalização prévia do Tribunal de Contas desde a data de adjudicação, que se verificou em 13 de Março de 2013”* ¹⁷;

- d) Questionada sobre as razões que conduziram a fixar o referido preço de 500 mil euros, como preço base e depois como valor contratual, referiu a EP¹⁸:

“O caderno de encargos (...) prevê no seu artigo 4.º, que o preço máximo que a EP se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem objeto da presente aquisição de serviços é de 500.000,00 €, sendo ainda estabelecida uma taxa horária máxima de 130,00 €.

Prevê ainda, no n.º 3 do artigo 17.º, que só serão pagos os serviços efetivamente prestados à taxa horária constante da proposta adjudicada.

Ou seja, a remuneração a receber pelo adjudicatário no âmbito deste contrato será variável, resultando do número de horas de assessoria efetivamente prestada e da taxa horária contratual de 130 €, não podendo, em caso algum, ultrapassar o valor de 500.000 €.

Efetuada este enquadramento, importa referir que não seria possível determinar com exatidão, à data de elaboração do caderno de encargos e da tomada de decisão e contratar, qual o número de horas de assessoria que a Comissão de Negociação iria necessitar.

Assim, e tendo presente o nível de complexidade dos trabalhos a desenvolver e do elevado número de contratos de concessão que iriam ser objeto de renegociação, foi estimado um custo máximo de 500.000 €,

¹⁶ Idem.

¹⁷ Vide 3 a) no ofício da EP n.º 409, de 27 de maio de 2013.

¹⁸ Ofício da EP n.º 461, de 2.07.2013.



tendo por base o seguinte dimensionamento: equipa constituída por cinco pessoas, oito horas por dia, durante os 3 meses do contrato.

Reitera-se no entanto que este é um valor estimado, impossível de definir com exatidão antes da conclusão dos trabalhos, e que o valor final a pagar resultará sempre do trabalho efetivamente realizado à taxa horária contratual.

Até 30 de Junho de 2013 os trabalhos realizados pela empresa KPMG II — Consultores de Negócios, S.A., (...) que ainda se encontra em execução nos termos do n.º 3 do artigo 3.º do caderno de encargos, totalizam o valor de 350.000 €.”

II – FUNDAMENTAÇÃO

6. Para a decisão deste processo devem ser apreciadas questões relacionadas com a seguintes matérias:

- a) A formação do contrato mediante procedimento de ajuste direto;
- b) A realização do ajuste direto baseado em convite endereçado a uma só entidade;
- c) Os efeitos retroativos do contrato;

Vejamos.

II.A - A formação do contrato mediante procedimento de ajuste direto

7. Dispõe a alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP que “[q]ualquer que seja o objecto do contrato a celebrar pode adoptar-se o ajuste directo quando (...) [n]a medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”.
8. A referida disposição ao permitir a adoção de ajuste direto, pelas razões materiais nele fixadas, para contratos de qualquer valor, **fá-lo de forma claramente restritiva**.

Efetivamente, estabelece três pressupostos:

- a) Existirem motivos de urgência imperiosa;
- b) Tal urgência deve resultar de acontecimentos imprevisíveis;
- c) Tais acontecimentos não podem ser imputáveis, em caso algum, à entidade adjudicante.



Tribunal de Contas

Nos termos da referida disposição legal estabelece-se ainda que o recurso ao ajuste direto só é admissível:

- d) Na medida do estritamente necessário; e
- e) Quando não possam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos.

Sublinhe-se que os referidos pressupostos devem verificar-se cumulativamente.

- 9. Sobre o entendimento que se deve ter de tais pressupostos, e que este Tribunal tem sufragado, tem a EP basto conhecimento, revelado em documentos que constam do processo.
- 10. Como a EP refere, na peugada de vasta jurisprudência deste Tribunal ¹⁹, são motivos de **urgência imperiosa** aqueles que se impõem à entidade administrativa de uma forma categórica, a que não pode deixar de responder com rapidez.

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

- 11. Mas não basta que se conclua que o interesse público em fazer a aquisição com a máxima urgência seja superior ao interesse público em a realizar através de procedimento concorrencial, sendo ainda necessário que essa urgência imperiosa seja **resultante de acontecimentos imprevisíveis** pela entidade adjudicante, e não sejam, em caso algum, a ela imputáveis.

E acontecimentos imprevisíveis são todos aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto. Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis, os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto.

Dito de outro modo: se perante um acontecimento que o decisor público podia e devia prever – acontecimento previsível – este não optar por procedimento

¹⁹ Vide designadamente os acórdãos n.ºs 1/04, de 3/2, n.º16/06, de 14 de Março, n.º 4/05 de 2/2, n.º 37/06, de 6/6 e n.º 5/07, de 24/4. Vide ainda acórdãos n.º 5/2008 - 22.Jan.2008 - 1.ª S/SS, n.º 7 /2008-1.ªS/PL-8ABR2008, n.º 8 /2011 - 12.ABR-1ªS/PL, n.º16 /08 - 11 Novembro 2008 - 1ª S/PL, n.º 35/2008 - 06.Mar.2008 - 1ª S/SS, n.º 45/11 - 07.JUN. 2011/1ª S/SS, n.º 8 /2011 - 12.ABR-1ªS/PL, n.º 4/14.FEV.2012/1ªS/SS.



concorrencial - como são o concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação - isso significa que ele não procedeu com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, estava obrigado e de que era capaz, tendo, por isso, incorrido em erro sobre os pressupostos do tipo de procedimento adotado.

12. Pode, contudo, acontecer que haja motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis e que mesmo assim não se encontre legitimada a escolha do procedimento não concursal. Estão nesta situação tais procedimentos fundamentados em circunstâncias que, de algum modo, sejam **imputáveis ao decisor público**. É o que acontece, por exemplo, quando a impossibilidade de cumprimento dos prazos exigido pelo concurso público se devem a inércia ou a má previsão da entidade adjudicante.

Finalmente, os acontecimentos imprevisíveis só são atendíveis, para efeitos de admissibilidade do recurso ao ajuste direto, se o objeto deste se contiver dentro dos limites do **“estritamente necessário”** ao fim em vista e **não puderem ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos**.

E sublinhe-se de novo que tratando-se de proceder a contratação pública diminuindo-se a observância dos princípios gerais a que se deve subordinar – nomeadamente os da concorrência, da transparência e da igualdade – a solução do ajuste direto para contratos de qualquer valor deve ser encarada como uma exceção de aplicação restrita.

Analise-se agora o caso *sub judicio*.

13. Como já se referiu, sobre a interpretação que deve ser feita da disposição do CCP tem a EP claro conhecimento.

A questão não se prende com a interpretação da lei: prende-se antes com os factos que devem ser relevados à luz da lei.

14. Toda a fundamentação da EP assenta em dois factos:

- a) Os despachos dos Secretários de Estado das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, foram transmitidos através da carta da UTAP que deu entrada na EP no dia 10 de Janeiro de 2013;
- b) O calendário para o processo de renegociação dos contratos de PPP no sector rodoviário previa a sua conclusão até ao final do 1º trimestre de 2013.



15. Ora, se não se contesta que a EP recebeu a carta da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP) no dia **10 de Janeiro de 2013**, é preciso relembrar que a comissão de negociação – à qual devia ser prestado pela EP todo o apoio logístico necessário *“incluindo a contratação dos consultores externos cuja assessoria for julgada indispensável”* – era presidida pelo próprio Presidente da EP.
16. E deve igualmente assinalar-se que *“[a] comissão de negociação foi constituída através do despacho da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos nº 16198-F/2012 (Diário da República, 2ª Série, nº 245, de 19 de Dezembro de 2012”*. Portanto, pelo menos desde esta data, a EP tinha conhecimento do que seria da sua responsabilidade.

Como acima se referiu, este despacho foi contudo **assinado em 10 de dezembro**.

17. Contudo, já **em 3 de dezembro de 2012**, por despacho do Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações tinha sido determinado *“o relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes às (...) PPP do setor rodoviário”* e *“a EP mandatada para, com urgência, prestar todo o apoio logístico necessário, podendo, designadamente, contratar consultores externos cuja assessoria técnica (incluindo em matéria de tráfego, económico-financeira e jurídica) seja indispensável para o cumprimento atempado dos objetivos fixados para a renegociação das PPP, designadamente no âmbito das ex-SCUTS”*.
18. E **em 6 de dezembro**, por despacho do Secretário de Estado das Finanças foi *“confirmada” a obrigação da EP constante do despacho de S.E. o Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações”*.
19. Isto é: a ponderação sobre a admissibilidade da exceção fixada na lei ao recurso a procedimentos concorrenciais, deve assentar não na data de 10 de janeiro – como faz a EP - mas com certeza à data de 19 de dezembro. E com fortíssima probabilidade à data de 10 de dezembro. E sem grande esforço deverá mesmo remontar ao início de dezembro de 2012.

Dir-se-á que se polemiza ao redor de semanas. Acontece que tratando-se de uma exceção ao regime geral, todos os dias, todas as semanas, são relevantes para se ponderar a solução legalmente aceitável. Como aliás fez a EP na instrução do processo quando referiu que para realização do concurso necessitaria de 71 dias (cerca de 2,5 meses).

Isto é: o espaço temporal relevante para avaliar se era ou não possível o recurso a concurso público começou no início ou em meados de dezembro.



Vejamos agora qual deveria ser o horizonte temporal máximo a ter em conta para a decisão do procedimento a adotar.

20. Invocou-se que o processo de renegociação se deveria concluir até ao final do primeiro trimestre de 2013, assim se dificultando a realização de procedimentos concursais. Não se contesta que isso se referiu no início de dezembro de 2012.

Mas é preciso igualmente relembrar que tal resultava de um “*calendário indicativo*” que, como se viu, não veio a ser cumprido, como resulta das datas de celebração do contrato – 5 de abril – da data de produção de efeitos fixada no contrato – “*a partir de 13 de março*” – e da data de caducidade do contrato - 13 de junho.

A norma constante do caderno de encargos de que “*na fase de execução do contrato, a todo o tempo e por razões ligadas à intervenção das instituições [da troika], a EP pode decidir unilateralmente que o contrato só caduca quando for atingido o preço contratual*” aponta aliás no mesmo sentido.

21. Aliás, a própria EP assumiu que tal calendário era “indicativo” ao conduzir o procedimento de ajuste direto. Note-se:
- a) A autorização de lançamento do procedimento **só** foi dada em 27 de fevereiro;
 - b) O convite **só** foi enviado em 7 de março;
 - c) A decisão de adjudicação foi tomada em 13 de março;
 - d) O contrato **só** foi celebrado em 5 de abril de 2013, mas produzindo efeitos desde 13 de março.

Quando a decisão de adjudicação foi tomada estava quase esgotado o trimestre e quando se celebra o contrato já estava ultrapassado.

22. **Perante tais factos**, não se contesta a urgência em obter os serviços que se integram no objeto do contrato, não se contesta **alguma** imprevisibilidade, e vai-se ao ponto de considerar que há circunstâncias que, de algum modo, não são imputáveis ao decisor público.

Contudo, perante o concreto calendário – previsível e posteriormente cumprido – não pode deixar de se considerar que no caso tudo deveria ter sido feito no sentido de se aplicar o regime geral – um procedimento concorrencial - e não a exceção do ajuste direto.

23. Finalmente diga-se que o argumento apresentado pela EP de que “*[a]tenta a grande complexidade técnica das matérias em causa, assim como a sua enorme relevância para o interesse público, resulta que não seria viável recorrer-se, nestes termos, ao*



procedimento de concurso público para contratação da assessoria à Comissão de Negociação” poderia ser esgrimido precisamente para sustentar a tese contrária: a de que era importante realizar-se um procedimento concorrencial.

24. Em conclusão: releva para a avaliação sobre se os pressupostos legais estavam verificados, não a data indicada pela EP, mas datas anteriores, e a perspetiva da urgência foi formulada em termos meramente indicativos e não se confirmou efetivamente. A situação não deve pois enquadrar-se no disposto na referida alínea c) do n° 1 do artigo 24° do CCP.

25. Assim, se conclui que não se verificaram os pressupostos que a lei fixa para a ativação do procedimento de ajuste direto, motivado por urgência imperiosa.

Não se verificando os pressupostos da alínea c), n° 1 do artigo 24° do CCP e face ao valor que o contrato apresenta, deveria ter decorrido concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da alínea b) do n° 1 do artigo 20° do CCP. Esta disposição foi assim violada.

Mas ainda que se defenda a tese de que havia fundamentos para a formação do contrato por ajuste direto, relevam as questões que a seguir se abordarão.

II.B – O ajuste direto com convite a uma só entidade

26. Foi pois conduzido um procedimento por ajuste direto.

Optou a EP em endereçar o convite somente a uma entidade. Basicamente com os seguintes fundamentos:

“Foi assim opção da Comissão de Negociação convidar a KPMG II — Consultores de Negócios, S.A., visto esta empresa possuir um conhecimento profundo do tema em análise, pelo facto de já ter prestado, anteriormente, serviços de assessoria económica / financeira à EP, incluindo a reestruturação das concessões ex-SCUT, Concessão da Grande Lisboa e Concessão Norte”;

27. É verdade que o CCP, no seu artigo 112°, admite que a entidade adjudicante proceda ao convite a uma só entidade.

Contudo, tal admissão tem de ser enquadrada face a todos os demais valores em presença.



Note-se que a realização de uma consulta a várias entidades não poria em perigo as urgências invocadas.

Note-se que é um contrato com um valor financeiro significativo: 500 mil euros!

E é um contrato que, parece, corresponderia a um serviço a ser prestado durante (só) 3 meses!

Tudo militaria a favor de se introduzir um mínimo de concorrência para melhor satisfação das necessidades públicas!

A haver fundamentos para um ajuste direto, é evidentíssimo que deveria ter sido feito convite a várias entidades.

28. Houve pois desrespeito claro de princípios básicos da contratação pública - o da concorrência, o da igualdade, o da transparência, todos expressamente consagrados no nº 4 do artigo 1º do CCP – merecedor de um juízo desfavorável.
29. Note-se ainda um outro aspecto em que se revela não observância da lei: dispõe o nº 1 do artigo 113º do CCP que *“a escolha das entidades convidadas a apresentar proposta no procedimento de ajuste directo cabe ao órgão competente para a decisão de contratar”*. Ora resulta do processado ²⁰ que a opção pela KPMG foi feita pela Comissão de Negociação e a EP – competente para a tomada de decisão de contratar - limitou-se a concretizar a opção daquele órgão que lhe é externo.

II.C - Os efeitos retroativos do contrato

30. Outro aspeto a considerar é o da retroatividade do contrato. Celebrado em 5 de abril de 2013, o contrato estabelece que produz efeitos desde 13 de março *“data da respetiva Adjudicação”*.
31. Contudo, em documento datado de **26 de fevereiro** ²¹ refere-se que *“os superiores interesses públicos em presença levaram a Comissão de Negociação a solicitar a colaboração da KPMG (...) ainda antes da sua contratação (...)”*.
32. Questionada expressamente sobre o que foi referido no número anterior, a EP limitou-se a responder que *“[a] KPMG II — Consultores de Negócios, S.A. encontra-se a prestar serviços ao abrigo do contrato submetido à fiscalização prévia*

²⁰ Vide acima a alínea b) do nº 5.

²¹ Informação nº DC-1008, da Direção de Concessões da EP, de 26 de fevereiro de 2013.



do Tribunal de Contas desde a data de adjudicação, que se verificou em 13 de Março de 2013”.

A EP não apresentou pois expressamente qualquer argumento que contrariasse o que é afirmado em documento da própria EP constante do processo.

33. Há pois indícios de que o contrato enquadra contratualmente serviços prestados em data anterior à nele fixada e correspondente à data de adjudicação.
34. Estabelece o artigo 287.º do CCP, em matéria de eficácia do contrato que “[a] plena eficácia do contrato depende da emissão dos actos de aprovação, de visto, ou de outros actos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de acto administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objecto passível de acto administrativo”.

E no mesmo artigo, no nº 2, permite-se que “[a]s partes podem atribuir eficácia retroactiva ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos:

- a) Não seja proibida por lei;
- b) Não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e
- c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à [fase²²] de formação do contrato”.

35. Como se sabe a regra geral em direito é a de que os atos e contratos devem dispor para o futuro²³, admitindo-se como exceção a sua retroatividade.

Claramente nesse sentido vai a referida disposição do CCP quando diz que pode ser atribuída eficácia retroativa “quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem” e ainda desde que certas condições estejam verificadas.

36. Relembre-se o que a propósito desta temática se disse no Acórdão nº 14/09 – 31.MAR -1ªS/PL deste Tribunal:

“(…) num processo de contratação pública a adjudicação constitui um acto administrativo que encerra o procedimento de selecção do contratante particular,

²² A palavra “fase” não consta da versão original do CCP, nem de declarações de retificação, nem das versões republicadas do diploma. Mas trata-se certamente de um *lapsus scriptae* ou mesmo de uma mera “gralha”. Em alternativa poderá considerar-se que é a preposição “de”, imediatamente após, que está a mais no texto da lei. De qualquer forma, a solução interpretativa é a mesma.

²³ Vide, pela sua relevância na gestão administrativa, por exemplo, os artigos 127º e 128º do CPA. Mas recorde-se o que dispõe a CRP em matéria de retroatividade de leis e em matéria fiscal (vide nº 3 do artigo 18º, e nº 3 do artigo 103º). Vide ainda o artigo 12º do Código Civil.



só ela exprimindo a inequívoca vontade de contratar, vinculando a entidade adjudicante e conferindo ao concorrente preferido a legítima expectativa da celebração do contrato nos termos legais.

Na realidade, antes da adjudicação, que culmina o processo de escolha, não é possível saber, com segurança, que haverá um contrato e que uma dada entidade será a adjudicatária.

Para além disso, num processo concorrencial, assumir que uma determinada entidade poderia iniciar a prestação de serviços antes de ser escolhida ofenderia, além do mais, princípios fundamentais de imparcialidade, concorrência e igualdade e lesaria os direitos e interesses legalmente protegidos dos restantes concorrentes ao procedimento de contratação.

Acréscce que só no acto de adjudicação se fixa o montante da despesa, se confirma a disponibilidade de verba orçamental para a suportar e se obtém a competente autorização para a sua realização, requisitos financeiros indispensáveis para que se possa assumir o compromisso contratual.

Assim, e nos termos do disposto no invocado artigo 128.º, n.º 2, alínea a), do CPA, antes desse acto de adjudicação não é possível dar por verificados pressupostos essenciais do contrato e da realização dos serviços a que ele se destina, como sejam a certeza de que pode haver um contrato, o seu conteúdo, a identificação da entidade que deve prestar os serviços e a autorização para a realização da correspondente despesa.

*Deste modo, sem prejuízo da necessária apreciação casuística das circunstâncias próprias de cada situação, **em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroactiva aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação**”.*

37. Ora, para além do que agora se citou, sublinhe-se que, no caso concreto, não se vislumbra uma exigência imperiosa de **direito público**. Reconheceu-se existir urgência na aquisição de serviços agora em causa, face aos próprios argumentos produzidos pela EP.
38. A concreta retroatividade verificada – face ao que acima se citou – está proibida por lei e consubstancia também uma restrição clara da concorrência garantida pelo disposto no CCP relativamente à formação do contrato.

Ocorreu pois violação direta do disposto no nº 2 do artigo 287º do CCP.



II.D – Outros contratos

39. Como se referiu acima na alínea p) do n.º 4, consta do processado que entre a EP e a KPMG foram antes celebrados vários contratos.
40. Tais contratos não foram remetidos para fiscalização prévia. No âmbito desta, não podem agora ser objeto de análise. Contudo, poderão ser objeto de atenção no âmbito de fiscalização sucessiva.

II.E – Relevância das violações de lei no exercício das competências de fiscalização prévia

41. As violações de lei identificadas acima nos n.ºs 25, 28 e 38 são relevantes no exercício das competências de fiscalização prévia por este Tribunal.
42. Os fundamentos que permitiram acima considerar-se que ocorreu violação da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º e da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP conduziram a que se considerasse que, no caso, o contrato deveria ter sido precedido de procedimento concursal.

A ausência do concurso implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, como tem sido entendimento deste Tribunal.

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do CCP.

Ora existindo um vício gerador de nulidade, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC ²⁴, tem este Tribunal de recusar o visto.

Mesmo que se entenda, à luz do que passou a dispor-se no artigo 283.º-A do CCP, que o referido vício origina a anulabilidade do contrato, a ausência de procedimento concorrencial, com o impacto que com elevada probabilidade teria no resultado financeiro, é igualmente fundamento para recusa do visto, ao abrigo da alínea c) do referido n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de

²⁴ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 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.



que da ilegalidade constatada possa resultar ou ter resultado uma alteração do resultado financeiro do procedimento.

Acrescente-se ainda que, no caso, não há circunstâncias que possam militar a favor do uso da faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo.

43. A não observância no processo dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, consagrados no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, configura igualmente uma situação de alteração dos resultados financeiros que se obteriam no caso de tais princípios terem sido rigorosamente observados.
44. Finalmente, a violação do n.º 2 do artigo 287.º do CCP configura igualmente um situação propiciadora de alteração dos resultados financeiros que se poderiam ter obtido no procedimento de formação do contrato.

III – DECISÃO

45. Pelos fundamentos indicados, em particular nos n.ºs 25, 28, 38 e 41 a 44, nos termos do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.
46. Mais decidem, em especial face à matéria constante dos n.ºs 39 e 40, remeter cópia do presente acórdão, para os devidos efeitos, à competente área de responsabilidade da 2ª Secção deste Tribunal.
47. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas ²⁵.

Lisboa, 18 de julho de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

²⁵ 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/2000, de 4 de abril.



Tribunal de Contas

(Carlos Alberto Morais Antunes)

(José Luís Pinto Almeida)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(António Cluny)