



ACÓRDÃO Nº12/2014 - 6.MAI.2014/1ª S/SS

Processo nº 133/2014

I - RELATÓRIO

1. O Instituto de Emprego e Formação Profissional, IP (doravante designada por IEFP) remeteu, para fiscalização prévia, um aditamento ao contrato para fornecimento de serviços de alimentação, antes celebrado com a Solnave – Restaurantes e Alimentação, S.A., datado de 18 de fevereiro de 2014.
2. O aditamento tem por objeto introduzir alterações na redação das cláusulas segunda e sétima do contrato original, *“decorrentes da necessidade da realização de serviços [a] mais nos locais indicados, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2014”*, pelo valor que resulta da redação da cláusula segunda: € 380.261,30, acrescido do valor de IVA, à taxa legal aplicável.
3. O aditamento teve uma primeira versão datada de 6 de janeiro de 2014, enviado inicialmente para fiscalização prévia e que, no decurso da instrução do processo, foi substituído por uma segunda versão. Esta, com a acima referida data de 18 de fevereiro, faz menção aos atos de adjudicação e de aprovação da minuta e modificou o nº 6 da cláusula sétima, para fazer dela constar a indicação de uma nova dotação orçamental e de números de compromisso.
4. Para melhor instrução do processo, foi pois o aditamento devolvido ao IEFP por este Tribunal, para que fossem introduzidos aperfeiçoamentos e prestasse mais informação, designadamente em matéria de demonstração dos fundamentos jurídicos que suportam a alegada prestação de serviços a mais ou a prorrogação da vigência do contrato anterior.

II – FUNDAMENTAÇÃO

a. Os factos

5. Para além do referido nos nºs 1 a 3, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos e alegações constantes do processo:



- a) O contrato inicial agora alterado pelo presente aditamento foi celebrado em 13 de dezembro de 2012, prevendo o fornecimento de refeições para o período de 1 de janeiro de 2013 a 31 de dezembro de 2013 com o valor total de €1.521.050,24;
- b) Esse contrato inicial foi modificado por um primeiro aditamento, em 16 de janeiro de 2013, que alterou o período de fornecimento de refeições para dez meses, de 1 de março de 2013 a 31 de dezembro de 2013, com o valor total de €1.267.541,87;
- c) O contrato foi de novo objecto de alteração por um segundo aditamento, em 19 de fevereiro de 2013, prevendo o mesmo valor total do anterior aditamento, mas introduzindo alterações na cláusula sétima, em matéria de classificações orçamentais e de números de compromisso;
- d) Estes três instrumentos contratuais foram visados por este Tribunal em 5 de março de 2013;
- e) Diz-se em informação do IEFP datada de 12 de dezembro de 2013:

“Em 8 de julho de 2013 (...) deu-se início ao processo de aquisição de serviços para o fornecimento de refeições, ao abrigo do Acordo Quadro em vigor (...) para o ano de 2014, [remetendo-se] à tutela para as devidas autorizações. Passados 4 meses o procedimento ainda não foi alvo de autorização”;

- f) Como fundamentação para a celebração dos presentes aditamentos, ao abrigo do regime dos serviços a mais, disse o IEFP:

“Nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 454º, são serviços a mais aqueles cuja quantidade não esteja prevista no contrato e que tenha sido necessária à prestação de serviços objecto do contrato na sequência de uma circunstância imprevista. [No processo] estão descritos e fundamentados os motivos que levaram a que, excecionalmente, se recorresse ao regime de Serviços a Mais, previsto no Código dos Contratos Públicos, para evitar a descontinuidade da prestação de serviços e o encerramento dos refeitórios nos serviços de formação profissional da Delegação Regional de Lisboa e Vale do Tejo. Apesar de o IEFP ter diligenciado atempadamente, o certo é que a 12/dez/2013 (7 meses após iniciado o processo), o procedimento de aquisição de fornecimento de refeições para o IEFP, IP, para o ano de 2014, ainda não tinha sido, sequer, alvo de publicação de portaria de extensão de encargos, condição prévia à autorização do procedimento. É entendimento do IEFP, IP que o disposto no art. 454º do CCP permite a realização de serviços a mais, não previstos no contrato inicial, pelo aumento da quantidade definida, ou seja o n.º de refeições a fornecer pelo período de 3 meses, o estritamente necessário até à adjudicação do procedimento iniciado em maio/2013 para o ano de 2014”.

E acrescentaram:

“Da n/ interpretação da aplicação do disposto no art. 454º do CCP, serviços a mais, poderiam originar uma extensão do contrato desde que, limitados pelo valor máximo de 40% do valor total do contrato. Da análise ao referido artigo o IEFP não entendeu essa limitação, até porque o artigo nada diz neste sentido da não prorrogação do contrato, apenas limita o valor de serviços a mais. E foi com base nesta fundamentação legal que o IEFP considerou legalmente possível esta prorrogação, sem qualquer intenção de contornar procedimentos.



(...) *Mais uma vez a única limitação imposta por este artigo, na interpretação do IEFP seria apenas a limitação do valor máximo, pois o artigo não se refere, nem limita o prazo/prorrogação do contrato*”;

E disseram ainda:

“É importante reforçar junto desse Tribunal que no que se refere ao procedimento de aquisição de fornecimento de refeições para o ano de 2014, que englobava todos os serviços a nível nacional, o IEFP, I.P. promoveu logo em Maio de 2013 as diligências necessárias à respetiva concretização, tendo em vista que pelo valor envolvido requeria a intervenção ministerial, situação nova para este Instituto.

Ora, passados sete meses, em 12 de dezembro de 2013 (data da celebração do aditamento) ainda o procedimento não tinha sido alvo de publicação de portaria de extensão de encargos, condição prévia à autorização do procedimento.

Confrontado com o circunstancialismo acima referido, cuja ocorrência não cabia em qualquer juízo de prognose e que por este facto se revelou imprevisto, foi entendimento do IEFP, I.P. que estavam reunidas as condições objetivas que definem o recurso à figura dos serviços a mais, pelo aumento da quantidade definida, ou seja, o n.º de refeições a fornecer pelo período de 3 meses, o estritamente necessário até à adjudicação do procedimento iniciado em maio de 2013 para o ano de 2014.

Da nossa interpretação da aplicação do disposto no art. 454º do CCP, os serviços a mais poderiam originar uma extensão do prazo do contrato, desde que limitados, quanto ao valor, pelo valor máximo de 40% do valor total do contrato.

Salienta-se que o IEFP, I.P. atuou convicto da legalidade da sua interpretação, considerando que a norma vertida no art. 454º do CCP, que cuida detalhadamente dos requisitos positivos e negativos de recurso à figura dos serviços a mais, nada refere quanto ao prazo de execução do contrato.

g) Como fundamentação para a celebração dos presentes instrumentos contratuais fora do acordo quadro em vigor, disse o IEFP:

“Nos termos do disposto no DL n.º 37/2007 de 19/2, o IEFP, I.P. é entidade vinculada aos Acordos Quadro celebrados pela ESPAP — Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública. O procedimento de aquisição pré-contratual que esteve na origem dos valores fixados no âmbito do presente contrato (...) foi desenvolvido ao abrigo do Acordo Quadro para fornecimento de refeições confeccionadas (AO n.º 15-RC). Na origem do aditamento ao contrato [inicial], decorrente da aplicação do regime de serviços a mais e não do desenvolvimento de novo procedimento de aquisição, foram mantidas todas as condições iniciais constantes do contrato inicial, objeto de visto desse Tribunal (...).

No citado procedimento foram convidados a apresentar proposta todos os co-contratantes qualificados pela ESPAP, tendo sido adjudicada a proposta, que obteve melhor pontuação, em conformidade com a aplicação, pelo júri, do critério de adjudicação definido.

b. O enquadramento jurídico

6. Cotejada a matéria de facto, para a decisão deste processo, uma única questão deve ser apreciada: a de saber se a formação e celebração do aditamento, que visa assegurar a



prestação do serviço de refeições para além do período de vigência do contrato inicial, são conformes à lei.

7. Referiu o IEFP que os serviços que com o aditamento se pretende contratualmente enquadrar constituem serviços a mais nos termos do artigo 454º do CCP (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 nºs 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).

8. Vejamos a questão revisitando o disposto no artigo 454º do CCP, que diz:

“1 — São serviços a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato e que:

a) Se tenham tornado necessários à prestação dos serviços objecto do contrato na sequência de uma circunstância imprevista; e

b) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves para o contraente público ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão do objeto do contrato”.

9. Ora, é evidente que a prestação de serviços prevista nesta disposição se enquadra na execução de um contrato em vigor. Todos os pressupostos fixados pela lei de admissibilidade destes serviços se relacionam com um contrato em execução: são serviços *“cuja espécie ou quantidade não [estava] prevista no contrato”*, que se *“tenham tornado necessários à prestação dos serviços objecto do contrato na sequência de uma circunstância imprevista”*, e que *“[n]ão possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato [em execução] sem inconvenientes graves para o contraente público”*. Ou que sendo separáveis *“sejam estritamente necessários à conclusão do objeto do contrato”*. A lei faz depender a qualificação de serviços como sendo *“a mais”* de qualificações relativas à própria natureza dos serviços e à sua relação com o objeto do contrato inicial

10. Ora, no presente caso o objeto do contrato inicial estava concluído. Tinha sido integralmente executado. A prestação de serviços inicialmente prevista e contratualizada tinha sido integralmente realizada. A execução do contrato estava finda no dia 31 de dezembro de 2013. Logo não podiam prestar-se serviços a mais, em execução de um contrato cujo objeto se tinha esgotado com o fim do período de vigência.

11. Não é pois admissível a realização de serviços *“a mais”* ao abrigo de um contrato já extinto, e, no limite, já inexistente.



12. *“O instituto jurídico dos [serviços a mais] tem diretamente a ver com o conteúdo do contrato (...). Os [serviços] dizem-se a mais ou a menos porque excedem ou são suprimidos relativamente àqueles que contratualmente foram fixados como sendo os necessários para realizar [o objeto] do contrato”* (in Jorge Andrade Silva, Código dos Contratos Públicos, anotações aos artigos 454º e 370º, 2010).
13. Não colhem pois os argumentos produzidos pelo IEFP, sem se poder contestar a importância desta aquisição para o funcionamento dos serviços de formação, no seu atual modelo, e a delicada situação criada pela não decisão de instâncias superiores do Estado.
14. Todas as demais figuras jurídicas que teoricamente se poderiam invocar para sustentar juridicamente a formação e a celebração deste instrumento contratual – como a figura da prorrogação do contrato inicial, ou de outras modificações introduzidas no contrato inicial – não são aplicáveis, por não verificação de pressupostos legalmente fixados e porque a razão fundamental de impossibilidade de prestação de serviços “a mais”, se verifica sempre: o objeto do contrato inicial foi integralmente executado, não sendo necessária a prestação de quaisquer outros serviços para a respetiva conclusão. Já se concluiu. O contrato inicial findou, esgotou-se, está extinto, é inexistente.
15. Tendo-se questionado o IEFP sobre a razão porque não fez apelo à formação de um novo contrato ao abrigo do acordo quadro existente no âmbito do Sistema Nacional de Compras Públicas que, em princípio, permitiria a formação de um novo contrato com alguma celeridade, foi respondido que assim tinha acontecido, mas remetendo-se para a formação do contrato inicial, já integralmente executado.
16. Em conclusão: o presente instrumento contratual não se podendo juridicamente acoitar ao contrato anterior foi o resultado de uma adjudicação direta do IEFP à Solnave, em que nem o regime do ajuste direto foi respeitado. Para além de não se encontrarem fundamentos de suporte a esta solução, importa dizer que, sendo embora tal procedimento aquele em que menos se faz apelo a uma lógica concorrencial, obedece a regras fixadas no CCP, em especial nos artigos 112º e seguintes, mas também nas demais disposições genericamente aplicáveis aos vários tipos de procedimentos.
17. Nesta matéria há que ter igualmente presentes os princípios gerais da contratação pública, consagrados tanto ao nível nacional como comunitário. E, de acordo com esses princípios, positivados há muito nos Tratados e na Constituição, nas diretivas comunitárias sobre contratação pública e na legislação nacional de contratação pública, há que respeitar a concorrência, a igualdade e a transparência no acesso aos mercados públicos, o que implica a observância destes valores em todas as fases da formação e execução dos contratos.



18. Concluindo: face ao objeto do aditamento, e tendo em conta que o IEFP é uma entidade vinculada ao Sistema Nacional de Compras Públicas, deveriam ter sido cumpridos os procedimentos previstos no Decreto-Lei nº 37/2007, de 19 de fevereiro. A inobservância desses procedimentos é geradora de nulidade, por força do nº 6 do artigo 4º deste diploma legal.
19. Ora, existindo um vício gerador de nulidade, nos termos da alínea a) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 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), tem este Tribunal de recusar o visto.

III – DECISÃO

20. Pelos fundamentos indicados, nos termos do disposto na alínea a) do nº 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 aditamento contratual acima identificado.
21. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/2000, de 4 de abril).

Lisboa, 6 de maio de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente
O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente de Almeida)