



ACÓRDÃO Nº 08/2015 – 30.jun. – 1.ª S/SS

PROCESSO N.º 459/2015

RELATOR: CONSELHEIRO JOÃO FIGUEIREDO

DESCRITORES: AJUSTE DIRETO / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS / AUTORIZAÇÃO DE DESPESAS / CIRCUNSTÂNCIA IMPREVISTA / CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS / OBJETO DO CONTRATO / RETROATIVIDADE / CABIMENTO ORÇAMENTAL / NORMA FINANCEIRA / NULIDADE / RECUSA DE VISTO / URGÊNCIA / VALOR DO CONTRATO

SUMÁRIO:

1. Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando (...) na 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 [cfr. art.º 24.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos (CCP)].
2. Não se verificando os pressupostos de imprevisibilidade e de não imputação à entidade adjudicante das circunstâncias invocadas, não podia a entidade adjudicante recorrer ao procedimento por ajuste direto.
3. Face ao objeto e valor do contrato seria necessária a adoção de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, pelo que ocorreu violação da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º e da al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP, o que constitui fundamento para a recusa de visto, nos termos previstos na al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).



4. A opção pelo ajuste direto não significa a formação de um contrato sem quaisquer regras. A inobservância de regras procedimentais implica que não houve ajuste direto, mas tão só uma mera aquisição direta, situação que se enquadra no art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA), e que gera a nulidade do contrato, constituindo fundamento de recusa de visto ao abrigo da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
5. As normas que obrigam à realização de procedimentos concorrenciais têm como objetivo a proteção de interesses financeiros públicos assumindo a natureza de normas financeiras, cuja violação constitui igualmente fundamento da recusa de visto, nos termos previstos na al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
6. As partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem e desde que não seja proibida por lei, não lese direitos e interesse legalmente protegidos de terceiros e não impeça, restrinja ou falseie a concorrência (cfr. art.º 287.º, n.º 2 do CCP).
7. A retroatividade verificada, com referência a uma data anterior à da adjudicação está proibida por lei, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação, e consubstancia uma restrição da concorrência garantida pelo disposto no CCP.
8. A violação do art.º 287.º, n.º 2 do CCP, norma de natureza financeira, configura uma situação propiciadora de alteração dos resultados financeiros, constituindo fundamento da recusa do visto, nos termos das als. b) e c) do art.º 44.º, n.º 3 da LOPTC.
9. A autorização de despesas, sem prévia cabimentação e compromisso orçamental viola o disposto na al. d) do n.º 2.3.4.2. e do n.º 2.6.1. do POCAL.
10. A inexistência de compromisso válido e suportado por fundos disponíveis gera a sua nulidade, nos termos do n.º 3 do art.º 5.º da Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso (LCPA).



Tribunal de Contas

11. A violação das normas financeiras mencionadas é sancionada pela lei com a nulidade, o que constitui fundamento de recusa do visto, ao abrigo das als. b) e a) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
12. Os processos relativos a atos e contratos que produzam efeitos antes do visto são remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 20 dias a contar, salvo disposição em contrário, da data do início da produção de efeitos.
13. A inobservância do prazo referido indicia o cometimento da infração prevista na al. e) do n.º 1 do art.º 66.º da LOPTC.
14. Por força do disposto no n.º 2 do art.º 4.º da Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro e art.º 59.º, n.º 2, al. c) da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, as deliberações que determinem ou autorizem a realização de despesas não permitidas por lei são nulas.



Acórdão n.º 08/2015-30.JUN-1.ª S/SS

Processo n.º 459/2015

Relator: Conselheiro João Figueiredo

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

I – RELATÓRIO

1. A Câmara Municipal de Guimarães (doravante também designada por CMG), remeteu a este Tribunal para efeitos de fiscalização prévia um contrato de aquisição de serviços para o “*desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação, de interesse público, no Município de Guimarães*”, outorgado em 30 de dezembro de 2014 entre o Município de Guimarães e a Cooperativa “A Oficina – Centro de Artes e Mesteres Tradicionais de Guimarães, CIPRL” (doravante designada por Cooperativa ou “A Oficina”), pelo preço contratual de € 813.000,00, para os meses de junho a setembro de 2014.
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido ao Município de Guimarães para que prestasse mais informação, designadamente em matéria de demonstração dos fundamentos jurídicos que suportam a referida aquisição e a modalidade adotada para a formação do contrato.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Factos



3. Para além do referido no nº 1, são dados como assentes e relevantes para a decisão os factos e alegações constantes do processo e referidos nos números seguintes.
4. Por deliberação de 1 de agosto de 2014, a Câmara Municipal de Guimarães autorizou, por maioria, a abertura de um procedimento para “*a aquisição de serviços de desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação, de interesse público, no Município de Guimarães (junho a setembro de 2014)*”, com um preço base de € 813.000,00, adotando-se para esse efeito o ajuste direto previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos ¹.
5. Nessa mesma deliberação foi decidido aprovar o convite ² e o caderno de encargos ³, e estabelecido que o convite seria dirigido apenas à Cooperativa.
6. Destacam-se os seguintes factos relativos a este ajuste direto:
 - a) Na deliberação salientada no nº 4 antecedente, o Presidente da CMG e quatro vereadores apresentaram declaração de voto, da qual se reproduz o seguinte ⁴:

“Votamos a favor da proposta (...), única posição consentânea com as que vimos assumindo desde sempre e que vem possibilitando um modelo de gestão que, reconhecidamente, assegurou um padrão de eficiência e exigência invulgarmente elevados nas diversas áreas em que intervêm as Cooperativas com capital maioritariamente Municipal, desde a área social, desporto e lazer, etc. Das razões da sua fundamentação resulta muito clara a necessidade de evitar um período de vazio posterior à data de cessação dos efeitos da adjudicação à Cooperativa a Oficina (através do Concurso Público 10/2013 ⁵) das atividades artísticas, culturais, sócio

¹ Fls. 5 e 5 verso.

² Fls. 8 a 11.

³ Fls. 12 a 28.

⁴ Fls. 5 verso e 6.

⁵ A que correspondeu o processo de fiscalização prévia n.º 796/2014, recusado pelo Acórdão n.º 23/2014, de 23 de julho, da 1.ª S/SS, ainda não transitado em julgado, e cujo contrato de aquisição de serviços de desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação, incluindo a utilização e



culturais e de formação, de interesse público no Município de Guimarães, nas áreas das artes plásticas e performativas, teatro, música, dança, digital, festividades tradicionais, indústrias culturais e criativas, utilizando e gerindo os imóveis e equipamentos municipais destinados à atividade cultural. Guimarães é um concelho onde estas atividades ganharam notoriamente uma importância capital e este é o modo de melhor assegurar a prossecução do interesse público no atual quadro legal e contratual. A necessidade de dar continuidade, por período de tempo limitado, à prossecução destas atividades pela entidade que concorreu e à qual foram adjudicadas aquelas tarefas – em concurso público internacional, recorde-se resulta de regras de puro bom senso – para um período de tão curta duração faz todo o sentido, e ganha-se em eficiência, com a continuação da entidade prestadora destes serviços (...). Os constrangimentos da atividade interpretativa da legislação em vigor – ultimamente traduzidos no recente Acórdão n.º 23/2014 do Tribunal de Contas que ainda não transitou em julgado – não são desconhecidos do Município, que irá recorrer a todas as instâncias, nacionais ou internacionais, para as quais puder apelar no sentido de obter uma solução que ultrapasse os difíceis obstáculos criados. O Município esgotará todos os meios ao seu alcance deixando sempre sempre em aberto, a luta pela revogação da Lei 50/2012. Manteremos sempre a defesa de que uma cooperativa em que o Município detém 84,11% do capital com votos correspondentes a esse capital, é uma empresa municipal ou deve ter um tratamento jurídico similar. De todo o modo, até pela insegurança jurídica criada pela Lei 50/2012, este é o meio adequado a servir os fins totalmente legítimos e necessários em apreciação na proposta [deliberativa]”;

- b) Foi também apresentada uma declaração de voto por três vereadores, que a seguir se reproduz parcialmente ⁶:

“(…) Como é possível perceber-se que a Câmara tenha aberto um concurso público – neste caso o concurso público n.º 10/2013 – ou seja, tenha feito uma consulta ao mercado para estes mesmos serviços, no pressuposto naturalmente de que presume a existência de um “público” de potenciais interessados, e depois pretende fazer aprovar um ajuste direto, justificado na circunstância de não haver alternativa? Mais do que estranho é absolutamente contraditório. Querer-se aprovar um ajuste direto para serviços sob o argumento de para os mesmos não haver alternativa, sendo que para a prestação destes mesmos serviços se lançou mão da figura do concurso público, figura que existe precisamente quando existem diversas alternativas de concorrentes e interessados”;

gestão de equipamentos municipais, foi celebrado entre idênticas Partes, válido para 12 meses a contar de 26 de março de 2014, pelo montante de € 2.439.000,00.

⁶ Fls. 6 verso e 7.



- c) Foi junto ao processo de visto prévio um parecer jurídico ⁷, datado de 28 de julho de 2014, respeitante à análise da legalidade da abertura do ajuste direto em apreço, de que se destaca o seguinte:

“(…) é lícito o recurso à figura do ajuste direto, também no caso da al. c) do artigo 24º (...) do Código dos Contratos Públicos que prevê a possibilidade de adoção de ajuste direto “na 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”. Tais pressupostos parece ocorrerem no caso.

A doutrina refere ainda que se impõe que a necessidade de satisfação do interesse público em causa seja incompatível com os prazos inerentes aos procedimentos que, em situação normal deviam ser adotados (Código dos Contratos Públicos, revisto e atualizado, de Jorge Andrade da Silva, 4ª ed., pág. 106 e o acórdão nº 4/2005 de 2005.02.22 in <http://www.tcontas.pt>), o que também parece verificar-se.

(...)

Crê-se, de resto, que tendo a Câmara os equipamentos inteiramente apetrechados e em condições de servirem o público, constituirá para si um verdadeiro “estado de necessidade” objetivo que exige a adoção de tal comportamento, ainda que se pudesse considerar o mesmo inquinado de qualquer vício.

É preciso, para chegar a essa conclusão, alinhar algumas ideias complementares.

Em primeiro lugar, lembrar-se-á que a “Oficina” não é uma verdadeira cooperativa, mas antes uma régie-cooperativa, constituída ao abrigo do Decreto-Lei nº 31/84, de 21 de Janeiro, em cujo capital o Município de Guimarães participa quanto a 84,11%.

A figura das “régies”, característica da administração direta do Estado, existia em Portugal com o propósito de garantir a execução de trabalhos por pessoal ao serviço da pessoa coletiva que deles tinha a iniciativa, sob a direção de funcionários técnicos e por conta e risco dos patrimónios administrativos (Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, 9ª ed., reimpressão, 1980, 2.º vol., pág. 1004).

A partir da publicação do Decreto-Lei 31/84 de 21 de Janeiro, e como resulta do seu relatório foram instituídas as “régies cooperativas”, que são cooperativas mistas, caracterizadas pela participação do Estado ou de outras pessoas coletivas de direito público, e por cooperativas, e (ou) pelos utentes dos bens e serviços produzidos. Constituíram estas régies cooperativas uma figura nova no nosso ordenamento jurídico, já que são cooperativas de interesse público que, aproximando-se tanto quanto possível das cooperativas puras e simples, dada a sua especial índole, assim

⁷ Fls. 99 a 101.



como a natureza dos membros que constituem a parte pública, implica a adoção de soluções que nem sempre se coadunam com a pureza dos princípios cooperativos.

De relembrar ainda, em segundo lugar, que o Município de Guimarães vem, desde 2005, gerindo de parceria com a “Oficina” os equipamentos culturais municipais, tendo em vista o desenvolvimento de atividades culturais de interesse público.

Em terceiro lugar, constitui um verdadeiro desígnio da cidade de Guimarães, a prossecução de uma estratégia de valorização da cidade através da aposta continuada na Cultura (que conduziu, entre outras, à designação de Guimarães como Capital Europeia da Cultura 2012), que continua a ser uma prioridade estratégica do Município, sendo certo que se pretende continuar a prosseguir um processo de transformação e crescimento desse projeto cultural, apostado em continuar a alargar públicos para as artes e em transformar a cidade em território de produção, e não apenas de consumo cultural.

Em quarto lugar, na execução desse desígnio coletivo, há que reconhecer que o Centro Cultural Vila Flor e a Plataforma das Artes e da Criatividade desempenham um papel absolutamente central na atração de eventos como conferências, seminários, reuniões ou congressos, que concorrem de modo substancial para a diversificação das atividades económicas sediadas no Concelho e sua viabilidade, reforçando o peso que aqueles eventos já adquiriram na hotelaria, restauração e ofertas turísticas diversas.

Em quinto lugar, o Município, por si próprio, não tem quaisquer condições, técnicas, logísticas ou em termos de recursos humanos para assumir a gestão e programação direta daqueles equipamentos. Por isso decisões, como a do Tribunal de Contas, que dificulta o recurso a entidades que podem responsabilmente exercer essas funções, fazem correr o risco do seu encerramento, tendo como principal consequência que, entre outros, os dois equipamentos centrais na estratégia de intervenção cultural do Município, cuja construção ascendeu a cerca de 30 milhões de euros cofinanciados por fundos europeus, ficarão sem qualquer função, encerrados, deixando de ter condições para corresponder aos objetivos para que foram construídos.

Isto é: o Município de Guimarães está em sério risco de não poder realizar as finalidades que lhe são constitucionalmente cometidas, designadamente, a “prossecução dos interesses próprios das populações respetivas “ (n.º 2 do art. 235º da Constituição da República Portuguesa) e, bem assim, as atribuições que lhe são conferidas atualmente, pela Lei n.º 75/2013 de 12 de setembro, designadamente, nas matérias referidas no art. 23º n.º 2, ex vi do art. 2º.”

d) O convite à Cooperativa foi enviado em 13 de agosto;



- e) Na documentação que instruíra a proposta apresentada pela Cooperativa⁸ foi apresentada uma declaração de indicação de preço contratual de € 813.000,00⁹;
- f) Por informação de 15 de setembro de 2014, de serviços da CMG, considerou-se que “[a]nalisada a proposta e de acordo com a informação técnica anexa ¹⁰ (...), verifica-se que cumpre as condições estipuladas no caderno de encargos”, propondo-se “(...) a adjudicação desta aquisição ao concorrente “A Oficina – Centro de Artes e Mesteres Tradicionais de Guimarães, CIPRL”, pelo preço contratual de € 813.000,00, acrescido de IVA à taxa legal em vigor (23%). Mais se informa que este procedimento teve o cabimento n.º 4419 e o compromisso n.º 4790, datados de 12/09/2014”;
- g) A informação referida na alínea antecedente mereceu o seguinte despacho do Presidente da CMG, de 29 de setembro de 2014: “Concordo. À próxima reunião de Câmara, para adjudicação condicionada, sem produção de efeitos, quer de despesa quer financeiros, até visto favorável do Tribunal de Contas¹¹”;
- h) Por deliberação da CMG, de 2 de outubro de 2014, foi decidido, por maioria, adjudicar a prestação de serviços à Cooperativa condicionada aos termos do despacho referido na alínea antecedente;
- i) A Cooperativa apresentou os respetivos documentos de habilitação e prestou a correspondente caução¹²;
- j) Como já se viu, o contrato foi assinado finalmente em 30 de dezembro de 2014.

⁸ Fls. 29 a 74.

⁹ Fls. 31.

¹⁰ Informação de análise apresentada pelo Departamento de Cultura, Turismo e Juventude do mesmo Município, a qual avaliou a adequação da proposta face aos termos e condições formulados no caderno de encargos, constante a fls. 76 e 77.

¹¹ Fls. 75.

¹² Fls. 81 a 92.



7. Devolvido o contrato em análise para os efeitos previstos no n.º 1 do artigo 82.º da LOPTC ¹³, foi a CMG questionada nos seguinte termos:

“Tendo em atenção que a decisão de abertura de procedimentos pré-contratuais deve ser sempre fundamentada, tal como exigido no artigo 38.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), esclareça:

a. Como considera admissível que o documento designado “Proposta para abertura – Ajuste Direto n.º 79/14” não apresente qualquer fundamentação sobre a verificação dos pressupostos necessários para o lançamento de um ajuste direto ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, afigurando-se, ainda, que essa mesma fundamentação não se encontra suficientemente densificada no parecer jurídico datado de 28 de julho de 2014, junto ao processo;

b. Por que razão, aparentemente, a única fundamentação existente na deliberação da Câmara Municipal de Guimarães para a abertura do procedimento, datada 1 de agosto de 2014, se alicerça na necessidade de manter a continuidade d’A Oficina – Centro de Artes e Mesteres Tradicionais de Guimarães, CIPRL como adjudicatária dos serviços por ter sido a esta entidade a quem foram adjudicados idênticos serviços no âmbito de um concurso público internacional, argumentando-se, adicionalmente, que tal solução “para um período de tão curta duração faz todo o sentido, e ganha-se em eficiência, com a continuação da entidade prestadora destes serviços”;

c. Na sequência da alínea anterior explicita quais os ganhos de eficiência com a continuidade da adjudicação dos serviços à referida entidade, quantificando-os;

d. Ainda na sequência da alínea b), como considera que os argumentos apresentados na referida deliberação possam ter relevância para enquadramento nos pressupostos da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP;

Na sequência do ponto anterior, fundamente concretizadamente a verificação de cada um dos pressupostos da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP (...)”¹⁴.

8. Relativamente a tais questões o Presidente da CMG apresentou os seguintes esclarecimentos:

“Gostaria, contudo, antes de passar à resposta ponto por ponto, como é nosso dever, de expressar dois pontos, muito importantes para mim, pessoalmente:

¹³ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas - Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, alterada pelas Leis n.º 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/01, de 4 de janeiro, 55-B/04, de 30 de dezembro, 48/06, de 29 de agosto, 37/07, de 13 de agosto, 3-B/10, de 28 de abril, 61/11, de 7 de dezembro, 2/12, de 6 de janeiro, e 20/2015, de 9 de março.

¹⁴ Fls. 115.



a) *Em primeiro lugar, e além da descrição concreta de como foi justificado, nas decisões respetivas, o recurso ao ajuste direto, foi-me presente um parecer jurídico que justifica a situação absolutamente excecional, e de estado de necessidade, em que o Município se encontrou, e encontra, para garantir a não interrupção da sua ação cultural, de fomento desportivo e de apoio social, que é concretamente prosseguida por várias régies cooperativas de interesse público, uma das quais a OFICINA (...);*

b) *Em segundo lugar, e apesar de não ter formação jurídica, já há alguns anos que tenho contacto direto, e exercício de cargo, em funções autárquicas; por isso, muito frequentemente tenho acompanhado o desenrolar de processos junto do Tribunal de Contas, e a própria evolução legislativa que essa instituição tem sofrido; por isso, quando me foi sugerido que a única via para evitar a interrupção da atividade da OFICINA, seria a de adjudicar um contrato que, pelo seu valor (€ 813.000 + IVA, abaixo dos € 950.000), poderia mesmo ser financeiramente executado após uma recusa de visto, impus que constasse do seu clausulado uma renúncia expressa a esse efeito (...); isto é, só haveria despesa pública com a execução deste contrato, se o mesmo fosse visado pela 1ª secção do Tribunal de Contas; este aspeto, por questões meramente internas, provocou um considerável atraso na remessa do processo para Vossas Excelências.(...)*

O pedido de parecer prévio aprovado pelo órgão competente para a decisão de contratar, (...) fundamentava a escolha do procedimento e da entidade nos seguintes termos: "Considerando:

- Que a Câmara Municipal de Guimarães, na sua reunião de 23 de janeiro de 2014, deliberou adjudicar à Cooperativa A Oficina o concurso público n.º 10/2013, cujo objeto era a aquisição de serviços, pelo período de um ano, de desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação, de interesse público, no Município de Guimarães, nas áreas das artes plásticas e performativas, teatro, música, dança, digital, festividades tradicionais, indústrias culturais e criativas, utilizando e gerindo os imóveis e equipamentos municipais destinados à atividade cultural pelo preço de €2.439.000,00€ + IVA;

- Que, em razão do seu valor, o contrato resultante de tal adjudicação não poderá produzir quaisquer efeitos antes de visado pelo Tribunal de Contas;

- Que o prazo para a prestação de serviços objeto daquele concurso é de 12 meses e que tal prazo se iniciará apenas a partir da data de obtenção do visto do Tribunal de Contas ao correspondente contrato de adjudicação, nos termos do disposto no art.º 45, n.º 4, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro;

- Que, visando a adoção de medidas temporárias que assegurassem, para o período anterior aos efeitos decorrentes do concurso, a continuidade de funcionamento dos equipamentos municipais em causa e legitimassem os diversos atos de gestão inerentes, a Câmara Municipal deliberou aprovar em 6 de fevereiro de 2014 um protocolo de colaboração com A Oficina, entidade adjudicatária do referido concurso;



- *Que tal protocolo não remunerava aquela Cooperativa pelos serviços prestados no período que decorre entre a assinatura do contrato e a obtenção de visto por parte do Tribunal de Contas, o que inviabilizava a concretização das atividades previstas, para o período anterior à obtenção do visto.*
- *Que, pelo relevante interesse público de que se reveste a programação prevista no concurso público nº 10/2013 para o período anterior à obtenção do visto, se tornou essencial financiar a sua concretização e desenvolvimento.*
- *Que, para esse efeito, por deliberação da Câmara Municipal tomada em sua reunião do passado dia 20 de fevereiro de 2014, foi emitido parecer prévio favorável que autorizava a abertura de um procedimento por ajuste direto àquela cooperativa para que esta pudesse assegurar a programação cultural prevista para o período de março a maio de 2014.*
- *Que, entretanto, o Tribunal de Contas proferiu decisão de recusa de visto ao contrato resultante do Concurso Público nº 10/2013.*
- *Que o Tribunal de Contas igualmente proferiu decisão de recusa de visto ao contrato resultante do supramencionado ajuste direto por, em síntese, entender não ter ficado demonstrado que A Oficina era a única entidade que reunia condições técnicas e artísticas para assumir as respetivas obrigações.*
- *Que a Câmara Municipal pondera recorrer de tais decisões, o que prolonga o prazo estimado para uma decisão final para, pelo menos, setembro de 2014.*
- *Que, entretanto, o prazo previsto no contrato resultante do procedimento por ajuste direto já se encontra largamente ultrapassado e, sendo absolutamente necessário, a bem do interesse público inequívoco de que se reveste a programação cultural e, de um modo geral, a concretização do objeto do referido concurso público, manter a continuidade da programação cultural prevista para este período (junho a setembro de 2014), a Cooperativa manteve-se, a pedido da autarquia, a assegurar tal programação, sendo que, mais uma vez, tais atividades comportam custos avultados que a Cooperativa não tem condições, nem obrigação, de assegurar.*
- *Que, no entanto, é necessário formalizar esta contratação, tal como já ocorreu através da deliberação da Câmara Municipal suprarreferida, mediante a abertura de novo procedimento por ajuste direto àquela entidade.*
- *Que, assim, estão identificados motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante - a recusa de visto do Tribunal de Contas - que impedem liminarmente o cumprimento dos prazos inerentes aos procedimentos concursais.*
- *Que, nas circunstâncias descritas, A Oficina é a única entidade em condições imediatas para dar continuidade ao serviço que está a prestar desde setembro de 2005.*



- *Que, conforme a informação da Divisão de Recursos Humanos produzida aquando da abertura do referido concurso público, não há serviços ou pessoal para darem resposta à necessidade para este efeito, com recurso ao atual quadro de pessoal nem com recurso a recrutamento em tempo útil;*

- *Que se trata de realização de trabalho não subordinado, não sendo possível o recurso a qualquer modalidade de relação jurídica de emprego público.*

Em síntese, atendendo a que A Oficina teve a seu cargo a gestão e programação artística dos equipamentos até ao final de 2013¹⁵, que, em função do protocolo de colaboração aprovado em 6 de fevereiro, iria continuar a assegurar tais responsabilidades e, finalmente, que havia sido a única concorrente e adjudicatária do concurso lançado¹⁶ com o mesmo objeto do ajuste direto ora em apreço, pareceu-nos manifesto que só aquela entidade reunia condições técnicas efetivas, interesse e disponibilidade para aceitar contratar o referido ajuste direto, mais a mais quando se sabia que a sua duração seria de apenas quatro meses e que, como já se aludiu, nenhuma outra entidade concorreu ao concurso público, que visava um contrato de 12 meses.

Ora, sabendo-se da exigência do caderno de encargos subjacente ao concurso em matéria de disponibilização de recursos técnicos, humanos e materiais e, do mesmo modo, da exigência do caderno de encargos deste ajuste direto, agravado ainda pela menor duração do contrato, pareceu-nos inquestionável que A Oficina era, por motivos técnicos, a única entidade à qual poderia ser confiado o objeto do contrato.

Por outro lado, ainda que fosse possível a contratação de uma outra entidade (e, pelos motivos aduzidos anteriormente, liminarmente, não o era), não se alcança:

- *o motivo por que tal eventual entidade não se apresentou ao concurso público 10/2013;*

- *o motivo por que tal eventual entidade, não tendo manifestado interesse num contrato de doze meses iria fazê-lo num contrato de quatro meses;*

- *como seria possível a tal eventual entidade desenvolver o objeto do procedimento com maior eficiência do que a entidade que presta tais serviços desde 2005.*

Refere o Código dos Contratos Públicos que "qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando (...) na 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,

¹⁵ Adjudicação a que correspondeu o processo de fiscalização prévia n.º 100/2013, cujo visto prévio foi recusado pelo Acórdão n.º 18/2013, de 1 de julho, da 1.ª S/SS, mantido pelo Acórdão n.º 5/2014, de 22 de abril, da 1.ª S/PL.

¹⁶ A que correspondeu o já citado processo de fiscalização prévia n.º 796/2014, e que cujo contrato teve como referência interna nos serviços Município de Guimarães o n.º 10/2013.



e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante".

Ora, parece-nos que todos aqueles pressupostos se verificam neste caso:

- Na medida do estritamente necessário: para aquisição de serviços com o mesmo objeto a Câmara Municipal lançara anteriormente um concurso público internacional que dera origem a um contrato ainda em apreciação pelo Tribunal de Contas;

- por motivos de urgência imperiosa: estes motivos resultam da imperiosa necessidade de assegurar o funcionamento e programação de um equipamento como o Centro Cultural Vila Flor e de o fazer a tempo de garantir uma importantíssima parte da programação cultural do Concelho, na qual se incluíam, por exemplo, as Festas da Cidade e Gualterianas, bem como os trabalhos preparatórios de uma nova edição do Guimarães Jazz; o que deu origem a compromissos programáticos e financeiros que nos era exigível que cumpríssemos;

- resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante: vedada legalmente, por força da entrada em vigor da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, a possibilidade estabelecimento de protocolos de colaboração, não se afigurava outra solução legalmente enquadrável que não fosse a abertura de um procedimento por concurso público, o que correspondia, inclusivamente, ao entendimento do Tribunal de Contas ["Logo, e de acordo com o disposto no art.º 20.º, n.º 1, ai. b), do Código dos Contratos Públicos, o Protocolo em causa, que enforma um real contrato público de aquisição de serviços, deveria ser precedido do recurso a procedimento de natureza concursal e com a publicitação adequada e legal." (in Tribunal de Contas - Acórdão n.º 20/2013, de 9 de julho – 1.º Secção/SS, pp. 24) (...);

- não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos: numa altura em que já decorria o prazo para a prestação dos serviços ao abrigo do contrato resultante do concurso público n.º 10/2013, e tendo em vista que o referido contrato ainda era objeto de pedidos de esclarecimento por parte do Tribunal de Contas, o primeiro dos quais datado de 8 de maio de 2015, parece-nos inequívoco que não poderiam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, uma vez que o objeto do ajuste direto em apreço se iniciava em 1 de junho seguinte;

-finalmente, nenhuma das circunstâncias descrita é, à luz da boa-fé com que a Câmara Municipal, pela primeira vez, abriu um procedimento por concurso público com o objeto do procedimento n.º 10/2013, imputável à entidade adjudicante.¹⁷"

9. Solicitou-se ainda à CMG o seguinte:

"Tendo em consideração que:

¹⁷ Fls. 119 a 124.



- a. *A adjudicação do contrato foi aprovada em reunião ordinária da Câmara Municipal de Guimarães, de 2 de outubro de 2014;*
- b. *O prazo do contrato iniciava a produção dos seus efeitos desde junho de 2014 e termo no final do mês de setembro de 2014, em data anterior à referida adjudicação;*
- c. *O contrato foi outorgado em 30 de dezembro de 2014, quando os efeitos materiais do contrato se esgotaram no fim do mês de setembro de 2014, pronuncie-se sobre a admissibilidade da retroatividade do contrato e da legalidade da despesa autorizada, (...)”¹⁸.*

10. Foi respondido o seguinte:

“As questões relativas à eficácia pretendida pelo, e para o, contrato estão condicionadas pela recusa ao aproveitamento da eficácia financeira que foi apontada de início. É nesse contexto que foi feito o enquadramento, e não quanto à previsão geral das normas sobre a eficácia, em geral, que constam do Código dos Contratos Públicos. Ou seja, ou o visto é concedido e a eficácia é plenamente reconhecida, mesmo retroativamente; ou o visto não é concedido, e o Município resolverá a compensação dos custos incorridos pela OFICINA de outro modo que tenha enquadramento legal suficiente.”¹⁹”

11. O contrato foi remetido para fiscalização prévia em 19 de fevereiro de 2015, tendo dado entrada nos serviços de apoio a este Tribunal em 25 de fevereiro passado.

12. Com o mesmo objeto e com a mesma contraparte foram celebrados os seguintes instrumentos contratuais sujeitos a fiscalização prévia:

- a) Para vigorar durante o ano de 2013, em 14 de janeiro de 2013 foi celebrado um protocolo em que se visou ceder à Cooperativa o direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis da propriedade do Município de Guimarães destinados à instalação e ao funcionamento do Centro Cultural Vila Flor e da Plataforma das Artes e da Criatividade e financiar a atividade por ela desenvolvida, no mesmo período, no montante de € 3.000.000,00. Tal protocolo foi objeto, no processo n.º 100/2013, de decisão de recusa de visto, pelo Acórdão n.º 18/2013, de 1

¹⁸ Fls. 115 verso e 116.

¹⁹ Fls. 124 e 125.



de julho, confirmada pelo Acórdão n.º 5/2014, de 22 de abril. De entre outros fundamentos para a recusa de visto, destaque-se o facto de este Tribunal ter considerado que a formação do protocolo dependia de realização de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, não podendo ser objeto de uma adjudicação direta como foi;

- b) Para vigorar por doze meses, em 26 de março de 2014, na sequência de concurso público, foi celebrado um contrato de aquisição de serviços de desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação, incluindo a utilização e gestão de equipamentos municipais, pelo montante de € 2.439.000,00. Tal contrato, no processo n.º 796/2014, foi também objeto de recusa de visto pelo Acórdão n.º 23/2014, de 23 de julho, decisão ainda não transitada em julgado, por dela ter sido interposto recurso. Aquela decisão considerou estar provado que na deliberação camarária que autorizou a abertura do concurso, aprovou os respetivos documentos e designou os membros do júri, participou e votou favoravelmente o presidente da entidade que viria a ser a adjudicatária, assim se violando os princípios da imparcialidade, igualdade e concorrência que presidem à contratação pública, e as normas do CCP referentes à tutela da imparcialidade e da concorrência, nomeadamente os seus artigos 55.º, alínea j) e 70.º, alínea g);
- c) Para vigorar de março a maio de 2014, no mesmo dia 26 de março de 2014, na sequência de adjudicação direta, foi celebrado um contrato de aquisição de serviços com idêntico objeto - de aquisição de serviços de desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação, incluindo a utilização e gestão de equipamentos municipais - pelo montante de € 609.750,00. Tal contrato foi objeto de recusa de visto pelo Acórdão n.º 25/2014, de 23 de julho, da 1.ª S/SS, transitado



em julgado, com o fundamento de não verificarem os pressupostos previstos na invocada alínea e) do nº 1 do artigo 24º do CCP.

Enquadramento jurídico

13. De toda a factualidade antes referida destaquem-se os seguintes dados:

- a) O presente contrato, remetido para fiscalização prévia em 19 de fevereiro de 2015, para vigorar de junho a setembro de 2014, foi adjudicado diretamente à Cooperativa, por motivos de urgência imperiosa, em 2 de outubro de 2014, com informações de cabimento e de compromisso de 12 de setembro, e foi celebrado em 30 de dezembro de 2014;
- b) Os instrumentos contratuais que a CMG tem vindo a celebrar sempre com a Cooperativa, para a mesma prestação de serviços, no período que decorreu de janeiro de 2013 a fevereiro de 2015, anteriormente remetidos a fiscalização prévia, foram todos objeto de decisões de recusa de visto, com vários fundamentos, e transitadas ou não em julgado.

14. Na tomada decisão em sede de fiscalização prévia, a apreciação do presente contrato e respetivo processo de formação suscita as seguintes questões:

- a) Verificam-se os pressupostos fixados na alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP para a formação do contrato por ajuste direto?
- b) Sem prejuízo da resposta a dar à questão anterior, foram seguidas as normas legais estabelecidas para a realização de um ajuste direto?
- c) Foi respeitado o regime jurídico aplicável em matéria de retroatividade dos contratos?
- d) Foi respeitado o regime jurídico aplicável em matéria de prestação de informação de cabimento e de compromisso?
- e) Foram respeitados os prazos legalmente fixados para sujeição do contrato a fiscalização prévia?



Vejamos estas questões.

15. O contrato foi celebrado ao abrigo da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP que dispõe:

“Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar pode adotar-se o ajuste direto 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”.

16. Deve desde já afirmar-se que a solução constante da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP constitui uma das situações em que o legislador, por razões materiais – e ao contrário do que se exigiria face a critérios, designadamente, relacionados com o valor e tipo de contrato – admite o afastamento de procedimentos concorrenciais mais exigentes. Tal solução – e as demais constantes dos artigos 24º a 27º e 31º nº 3 do CCP – assume pois um carácter excecional, face às regras gerais de escolha do procedimento para a formação de um contrato.

17. Tal solução permite a satisfação urgente de necessidades públicas que surgem de forma absolutamente imprevista às entidades públicas competentes, numa imprevisibilidade para a qual tais entidades em nada tenham contribuído, a que estas tenham de acorrer impreterivelmente, na medida do estritamente necessário, e numa situação em que o recurso aos procedimentos de formação concorrenciais mais exigentes seria impraticável. São estas circunstâncias excecionais que permitem a adoção de uma solução excecional.

18. Sobre estes pressupostos e sua verificação existe vasta jurisprudência deste Tribunal à qual se adere e que seria fastidioso repetir ²⁰.

²⁰ Vide designadamente os acórdãos nºs 1/04, de 3/2, nº16/06, de 14 de Março, nº 4/05 de 2/2, nº 37/06, de 6/6, nº 5/07, de 24/4, nº 5/2008 - 22.Jan.2008 - 1ª S/SS, nº 7 /2008-1ªS/PL-8ABR2008, nº 8 /2011 – 12.ABR-1ªS/PL, nº16 /08 – 11 Novembro 2008 – 1ª S/PL, nº 35/2008 - 06.Mar.2008 - 1ª S/SS, nº 45/11 - 07.JUN.



19. Não se põe em causa neste processo a necessidade de responder às necessidades públicas de natureza cultural no Município de Guimarães, e compreende-se mesmo a urgência de a elas acorrer. Contudo, quando a CMG decide, neste caso, acorrer a tais necessidades (em 1 de agosto), já elas decorriam desde junho.

20. E se, formalmente, a solução adotada se parece conter na medida do estritamente necessário, dado o seu limitado horizonte temporal de vigência – de junho a setembro de 2014 e como se disse na própria deliberação de início do procedimento que um “*período de tão curta duração faz todo o sentido*” – materialmente ela parece estar verdadeiramente condicionada pelo montante do contrato, permitindo abrir a porta à sua execução material imediata²¹, sem aguardar pela pronúncia deste Tribunal em sede de fiscalização prévia. E para essa perceção contribui o facto de outra adjudicação direta ter sido feita para o período imediatamente anterior, de março a maio, por montante que igualmente permitia a sua execução material imediata, por contrato formado sem respeito pela lei, como se viu em decisão deste Tribunal já transitada em julgado. E igualmente outro facto contribui para essa avaliação: o facto de ter sido celebrado outro contrato, envolvendo montantes que não permitiam a sua execução material, para um período de 12 meses (incluindo, em princípio, os períodos já referidos), mas que em primeira instância não colheu decisão favorável também.

21. Mas o que verdadeiramente falece no presente caso é a verificação dos pressupostos de imprevisibilidade e de não imputação à entidade adjudicante das circunstâncias invocadas. Invoca-se no processo a imprevisibilidade das

2011/1ª S/SS, nº 8 /2011 – 12.ABR-1ªS/PL, nº 4/14.FEV.2012/1ªS/SS, nº26/2013, 23.10.2013.1ªS/SS e nº 6/2014, 29.9.2014, 1ªS/PL.

²¹ O que poderia ser possível face ao fundamento legal invocado, à luz do nº 5 do artigo 45º da LOPTC, caso os pressupostos efetivamente se verificassem.



decisões deste Tribunal. Ora, com todo o respeito, isso não corresponde ao que os factos enunciam.

22. Note-se que tudo começou em 2013, quando a CMG decidiu celebrar um protocolo para obter a prestação dos serviços, sem recurso a qualquer concurso público, quando devia fazê-lo. A CMG assentou o seu juízo numa errada interpretação dos regimes jurídicos então aplicáveis.
23. Depois, em 2014, lançou um concurso público para a formação do contrato, mas com violação de lei, segundo pronúncia deste Tribunal, pese embora não tenha esta decisão transitado em julgado. Não se pretende antecipar o juízo final sobre tal processo, mas é um facto que perante aquela decisão não transitada em julgado, e considerando imprescindível a prestação dos serviços, a CMG lançou mão à celebração deste novo contrato.
24. Note-se ainda, como já acima se sublinhou, que entretanto para o período de março a maio também outro contrato foi celebrado, também ferido com violações de lei, como este Tribunal afirmou em processo com decisão transitada em julgado.
25. Perante todas estas circunstâncias, não é possível afirmar-se que não são imputáveis à entidade adjudicante, como a alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP exige.
26. E ademais, não se pode também afirmar que as necessidades públicas de natureza cultural, no Município de Guimarães, de junho a setembro de 2014, eram imprevisíveis.
27. Não pode pois reconhecer-se que se verificavam os pressupostos que permitiam lançar mão da solução excecional constante da referida disposição legal do CCP. Aliás note-se que, no processo, o esforço de enquadramento da solução adotada naquela disposição, e que acima na matéria de facto se faz



referência, foi feito na sequência de pedido deste Tribunal. No processo inicialmente remetido pelo CMG, quase nada se diz sobre tal assunto. O parecer jurídico datado de 28 de julho e que consta dos autos assume que os pressupostos se verificavam no caso, mas não faz qualquer demonstração.

28. Não se verificam pois os pressupostos fixados pela lei para recurso ao ajuste direto, ao abrigo da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP. Face ao objeto e valor do contrato seria pois necessário a adoção de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação. Pelo que ocorreu violação da alínea b) do nº 1 do artigo 20º e da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP.

29. Sem prejuízo do que acabou de ser afirmado, vejamos a questão seguinte: a referida acima na alínea b) do nº 14.

30. O ajuste direto é, como se sabe, uma das modalidades de procedimento estabelecidas no artigo 16º do CCP para a formação dos contratos e obedece às regras que neste estão fixadas, em especial nos artigos 112º e seguintes, mas também nas demais disposições genericamente aplicáveis aos vários tipos de procedimentos.

31. A opção pelo ajuste direto, quando permitida pela lei, não significa pois a opção pela formação de um contrato sem quaisquer regras. Ora o que ocorreu no presente caso aponta no sentido de tais regras não terem sido observadas. Por uma especial razão: é que aquilo que se entendeu designar no caso por “procedimento”, ocorreu já a prestação do serviço estava encetada. Relembre-se que a prestação de serviço que constituiu o objeto do contrato se desenrolaria entre junho e setembro, mas a decisão de contratar foi tomada em 1 de agosto, o convite foi enviado em 13 de agosto, a decisão de adjudicação tomada em 2 de outubro, estando já ultrapassado o período de vigência do contrato que, aliás, só viria a ser assinado em 30 de dezembro.



32. Vejamos, a título exemplificativo, algumas disposições relativas ao ajuste direto. As seguintes:

- a) O artigo 36º do CCP exige que “[o] procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar”. Obviamente tal decisão que formula os aspetos essenciais do que se pretende contratar tem de ser tomada antes da prestação se realizar. Ora no caso foi tomada muito depois;
- b) O artigo 38º prevê que “[a] decisão de escolha do procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no (...) Código, deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar”. Tal decisão fundamentada tem de ser tomada antes da prestação se realizar. No caso foi tomada muito depois;
- c) O artigo 40º prevê que “[as] peças dos procedimentos de formação de contratos [s]ão (...) [no] ajuste direto, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos(...)”. Tais peças que traduzem todos os aspetos da prestação que no caso se pretendia adquirir deveriam ser aprovadas, naturalmente, antes da prestação se executar. Ora, no caso, a decisão de aprovação foi tomada quando decorria a execução da prestação. O convite foi enviado igualmente nessa fase de execução;
- d) Igualmente o artigo 81º prevê que “[n]os procedimentos de formação de quaisquer contratos, o adjudicatário deve apresentar (...) documentos de habilitação”. Dado que a prestação foi parcialmente realizada antes do “procedimento” como se poderia dar cumprimento a esta disposição legal? Não podia;
- e) O artigo 56º estabelece que “[a] proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”. Perante o caso concreto permita-se o comentário: “a fazê-lo?”. No caso estava já parcialmente feito;



- f) O artigo 57º prevê quais os documentos que a proposta deve integrar. Naturalmente devem a proposta e tais documentos ser apresentados antes da prestação e como elementos balizadores da prestação. No caso, repete-se, estava a prestação executada;
- g) No artigo 73º diz-se que “[a] adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas”. Ora, no caso, a adjudicação surge após a prestação estar executada. Não houve verdadeira adjudicação;
- h) Finalmente, no artigo 88º prevê-se que “[n]o caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração”. Ora, no caso quando a caução foi prestada já a prestação de serviços prevista no procedimento tinha terminado. Para quê então a caução? Caucionando o quê, se quase tudo estava executado? E como se assegurou ou asseguraria antes uma correta execução da prestação?

33. O que agora foi referido aponta decisivamente para uma conclusão: verdadeiramente não ocorreu procedimento de ajuste direto. Não houve observância de quaisquer regras procedimentais. Houve uma mera aquisição direta. Todas as disposições referidas – e outras mais – foram pois violadas. E a resposta à questão acima suscitada na alínea b) do nº 14 é pois negativa.

34. Houve completa inobservância do disposto no CCP na sua Parte II. Ora tal situação só é admitida no CCP para os contratos previstos no seu artigo 5º que obviamente não podia suportar o presente.

35. É perante a avaliação anteriormente feita – de um procedimento aquisitivo urgente sem observância dos fundamentos legalmente fixados e ademais com



convite dirigido a uma só entidade – que devemos considerar as questões relativas à retroatividade do procedimento e do contrato.

36. Como se viu, com a adjudicação feita em 2 de outubro e celebrado o contrato em 30 de dezembro de 2014, a prestação de serviços que constitui o objeto contratual decorreu entre 1 de junho e 30 de setembro daquele ano. Isto é: quando se decidiu a adjudicação já a prestação de serviço estava toda executada. O procedimento que é suposto ser o conjunto de atos e formalidades documentalmente suportados para a formação de um contrato, neste caso não foi mais do que a formalização de atos substancialmente praticados antes, mas documentalmente suportados depois. Os argumentos expendidos pela CMG para defender a retroatividade do contrato não colhem, pois apoiam-se na não execução financeira do contrato, quando também está em causa a sua execução material.

37. Estabelece o artigo 287.º do CCP, em matéria de eficácia do contrato, nomeadamente o seguinte:

“1 - A plena eficácia do contrato depende da emissão dos atos de aprovação, de visto, ou de outros atos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de ato administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objeto passível de ato administrativo.

2 - As partes podem atribuir eficácia retroativa 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 [fase] de formação do contrato”.*

38. Como se sabe a regra geral em direito é a de que os atos e contratos devem dispor para o futuro ²², admitindo-se como exceção a sua retroatividade.

²² 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.



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.

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

“(...) num processo de contratação pública a adjudicação constitui um ato administrativo que encerra o procedimento de seleção do contratante particular, 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.

Acresce que só no ato 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 ato 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 retroativa aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação”.

40. 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.



Tribunal de Contas

41. Ocorreu pois violação direta do disposto no nº 2 do artigo 287º do CCP. A resposta à questão acima suscitada na alínea c) do nº 14 é portanto negativa.
42. Vejamos agora a questão formulada na alínea d) do nº 14, em matéria de cabimento e compromisso. Também neste domínio importa reafirmar que o facto da prestação de serviços se ter iniciado antes do lançamento do procedimento, e concluído antes da adjudicação e da assinatura do contrato, tudo perverteu.
43. Como se disse na matéria de facto, a despesa emergente deste contrato teve informações de cabimento e de compromisso datadas de 12 de setembro de 2014.
44. Ora, a alínea d) do nº 2.3.4.2. do POCAL ²³ determina que as despesas só podem ser cativadas, assumidas, autorizadas e pagas se, para além de serem legais, estiverem inscritas no orçamento e com dotação igual ou superior ao cabimento e ao compromisso, respetivamente. E o nº 2.6.1. do mesmo POCAL dispõe que “[n]o decurso da execução orçamental, à utilização das dotações de despesa deve corresponder o registo das fases de cabimento (cativação de determinada dotação visando a realização de uma despesa (...))”.
45. Resulta destas disposições que, obviamente, a cabimentação e o compromisso orçamental têm de ser feitos antes da realização da despesa. Contudo no caso presente, a despesa efetivamente começou a realizar-se em 1 de junho de 2014. Efetivamente foi antes desta data ou nesta data autorizada. Mas o cabimento foi dado em 12 de setembro, já a prestação de serviços se aproximava do seu fim. E a adjudicação foi feita em 2 de outubro e celebrado o contrato em 31 de dezembro de 2014.

²³ Plano Oficial de Contabilidade das autarquias Locais aprovado pelo Decreto-Lei nº 54-A/99, de 22 de fevereiro, com alterações introduzidas pelos Decretos-Lei nºs 162/99, de 14 de setembro, e 315/2000, de 2 de dezembro



Tribunal de Contas

46. Substancialmente, pois, houve autorização da despesa, sem que se demonstre que tenha sido feita prévia cabimentação e compromisso orçamental.
47. Ocorreu pois violação da alínea d) do n.º 2.3.4.2. e do n.º 2.6.1. do POCAL.
48. O mesmo se diga quanto ao registo do compromisso e à verificação da existência de fundos disponíveis para assunção do mesmo.
49. A LCPA ²⁴ veio estabelecer as regras aplicáveis à assunção de compromissos e aos pagamentos em atraso das entidades públicas. O que se pretende, na parte respeitante à não assunção de compromissos que excedam os fundos disponíveis, é tão só que se limite a despesa, no sentido de qualquer entidade abrangida pela LCPA só poder *«assumir um compromisso se, previamente à sua assunção, concluir que tem fundos disponíveis. Se isso não acontecer não pode validamente assumir um compromisso»*²⁵.
50. Ora, a LCPA na alínea a) do artigo 3.º refere que são “[c]ompromissos” as *obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços*”. No presente caso, a obrigação de efetuar pagamentos surgiu em 1 junho de 2014. Não em 12 de setembro ou 2 de outubro ou 30 de dezembro de 2014.
51. É verdade que a mesma disposição adianta que “[o]s compromissos consideram-se assumidos quando é executada uma ação formal pela entidade, como sejam a emissão de ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, ou a assinatura de um contrato, acordo ou protocolo”. Mas também é óbvio que tal previsão legal assenta no pressuposto de que o

²⁴ Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso, na redação então em vigor: Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, alterada pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14 de maio, 64/2012, de 20 de dezembro, e 66-B/2012, de 31 de dezembro.

²⁵ Cf. Noel Gomes, «A lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso – âmbito subjetivo e principais obrigações», Revista Direito Regional e Local, n.º 19, Julho/setembro de 2012, p. 47.



procedimento de formação de atos e contatos decorre antes da sua prática e celebração.

52. No presente caso, pese embora o contrato tenha sido formalmente celebrado em 30 de dezembro de 2014, é óbvio que uma ordem, pedido, proposta foi transmitida à adjudicatária antes de 1 de junho de 2014, ainda que informalmente. Aliás a própria CMG diz no processo: “*a Cooperativa manteve-se, a pedido da autarquia, a assegurar tal programação*”. E a confirmação da existência de fundos disponíveis, que antecede o registo do compromisso só foi formalmente efetuada, já os factos geradores da despesa tinham totalmente ocorrido.

53. Portanto, aquelas disposições legais foram violadas. A inexistência de compromisso válido e suportado por fundos disponíveis no momento em que a obrigação de pagamento de despesa surgiu, gera a sua nulidade, nos termos do nº 3 do artigo 5º da LCPA: inexistindo àquela data número de compromisso válido e sequencial o contrato ou a obrigação subjacente são, para todos os efeitos, nulos.

54. A resposta à questão acima suscitada na alínea d) do nº 14 é portanto negativa.

55. Vejamos a questão final relativa à remessa do contrato para fiscalização prévia.

56. Como se viu a prestação de serviços começou a ser executada em 1 de junho de 2014. O contrato foi assinado no entanto em 30 de dezembro do mesmo ano e remetido para fiscalização prévia em 19 de fevereiro, tendo dado entrada nos serviços de apoio a este Tribunal em 25 de fevereiro passado.

57. O nº 2 do artigo 85º da LOPTC estabelece:



“Os processos relativos a atos e contratos que produzam efeitos antes do visto são remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 20 dias a contar, salvo disposição em contrário, da data do início da produção de efeitos”.

58. Ora, no presente caso, o contrato produziu efeitos antes do visto e foi enviado ao Tribunal para fiscalização prévia muito depois do prazo referido, contado a partir de 1 de junho de 2014, data em que efetivamente se iniciou a produção de efeitos.
59. Tal situação indicia o cometimento da infração prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 66.º da LOPTC.
60. Importa concluir: as violações de lei identificadas acima nos n.ºs 28, 33, 41, 47 e 53 são relevantes no exercício das competências de fiscalização prévia por este Tribunal.
61. Os fundamentos que permitiram acima, no n.º 28, 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 apontam para se considerar que, no caso, o contrato deveria ter sido precedido de procedimento concursal. Tal ausência pode subsumir-se no fundamento para recusa do visto previsto na alínea c) do 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 respectivo resultado financeiro”* pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar ou ter resultado uma alteração do resultado financeiro do procedimento.
62. Contudo, face à avaliação acima feita nos n.ºs 31 a 34, em que se conclui pela inexistência de qualquer procedimento, não pode deixar de se considerar que a formação do contrato não enferma só de inexistência de fundamentos para a realização de um procedimento de ajuste direto e a necessidade de se ter promovido um procedimento concursal. É que nem ajuste direto foi feito. Foi



feita uma aquisição direta. Houve pois ausência absoluta de formalidades essenciais na formação do contrato. E esta situação enquadra-se claramente no artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo então em vigor²⁶, gerando a nulidade do contrato, que é por sua vez fundamento de recusa de visto, ao abrigo da alínea a) do referido n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

63. Todavia, as normas que obrigam à realização de procedimentos de natureza concorrencial têm também como objetivo a proteção de interesses financeiros públicos assumindo a natureza de normas financeiras. E a violação de normas financeiras constitui igualmente fundamento de recusa de visto, previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

64. A violação do n.º 2 do artigo 287º do CCP, acima identificada no n.º 41, configura igualmente um situação propiciadora de alteração dos resultados financeiros que se poderiam ter obtido no procedimento de formação do contrato.

65. As violações de lei identificadas acima no n.º 41 configuram igualmente violação de normas financeiras.

66. As violações identificadas acima no n.º 47 configuram também violação de normas financeiras e são sancionadas pela lei com a nulidade, o que, como já se referiu, constitui igualmente fundamento para recusa de visto.

67. Relembre-se igualmente que por força do disposto no n.º 2 do artigo 4º da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro e artigo 59º, n.º 2, alínea c) da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, as deliberações que determinem ou autorizem a realização de despesas não permitidas por lei são nulas.

²⁶ Note-se que a mesma invalidade decorre também do novo CPA, por força do seu artigo 161º n.º 2 alínea l).



III – DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, nos termos do disposto nas alíneas a), b) 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.

Mais decidem, em especial face à matéria constante dos n.ºs 55 a 59, mandar prosseguir o processo para apuramento de eventuais responsabilidades.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas ²⁷.

Lisboa, 30 de junho de 2015

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(José Mouraz Lopes)

Fui presente

²⁷ 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

O Procurador-Geral Adjunto

(José Gomes de Almeida)