

Secção: 1ª S/SS

Data: 18/02/2020

Processo: 60/2020

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

NÃO TRANSITADO EM JULGADO

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Guimarães (doravante MdG) submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato de fornecimento de refeições intermédias em refeitórios escolares, celebrado com a empresa UNISELF - Sociedade de restaurantes públicos e privados, S.A., em 18.12.2019, pelo preço contratual de 1.114.597,60€, acrescido de IVA a 13%, para vigorar pelo prazo de dois anos (de janeiro a julho e setembro a dezembro de 2020 e de 2021).
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido ao MdG para prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão por parte deste Tribunal.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

3. Com relevo para a presente decisão e para além do já mencionado no precedente relatório, consideram-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:
 - a) Em 30.10.2018, foi declarado conforme, por este Tribunal (Processo n.º 3086/2018), ao abrigo do artigo 83.º, n.º 1 da LOPTC, um contrato celebrado, na sequência de



concurso público com publicidade internacional, entre as mesmas partes, tendo por objeto o fornecimento de refeições (almoços e lanches) em refeitórios escolares, pelo preço contratual de 5.972.357,64€ (acrescido de IVA), para vigorar no triénio 2019/2021, contrato que se encontra em vigor;

b) Do referido contrato fazem parte as seguintes componentes:

REFEIÇÃO	Nº DE REFEIÇÕES	PREÇO UNITÁRIO	SUBTOTAL
Refeitórios com serviço de almoço – confeção local	1.135.000	1,44€	1.634.400,00€
Refeitórios com serviço de lanche – confeção local	214.468	1,11€	238.059,48€
Refeitórios com serviço de almoço transportado	51.200	2,21€	113.152,00€
Refeitórios com serviço de lanche transportado	4.620	1,12€	5.174,40€
Preço total / ano			1.990.785,88€

- c) Por deliberação, de 17.10.2019, a Câmara Municipal de Guimarães autorizou a abertura de um procedimento de ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii), do Código dos Contratos Públicos (CCP), para fornecimento de refeições intermédias (pequenos-almoços, lanches e reforço alimentar) em refeitórios escolares, com o preço base de 1.114.597,60€ (acrescido de IVA a 13%);
- d) Da respetiva deliberação, e da proposta que a suporta, não consta qualquer fundamento que justifique a presente necessidade, nem qualquer razão justificativa de mesma não ter sido considerada aquando do lançamento do concurso público internacional para fornecimento de refeições escolares (almoços e lanches), ainda em vigor, referido na precedente alínea a);
- e) O único convite foi dirigido à sociedade UNISELF – Sociedade de restaurantes públicos e privados, S.A., a mesma empresa a quem foi adjudicado o contrato mencionado na antecedente alínea a);



- f) A referida empresa apresentou a sua proposta, em 24.10.2019, com o preço total de 1.114.597,60€, assim decomposto:

REFEIÇÃO	Nº DE REFEIÇÕES	PREÇO UNITÁRIO	SUBTOTAL
Refeitórios com pequeno-almoço – confeção local	358.672	1,25€	448.340,00€
Refeitórios com serviço de lanche – confeção local	364.704	1,25€	455.880,00€
Refeitórios com serviço de reforço alimentar – confeção local	514.112	0,33€	169.656,96€
Refeitórios com pequeno-almoço transportado	7.424	1,26€	9.354,24€
Refeitórios com serviço de lanche transportado	17.632	1,26€	22.216,32€
Refeitórios com serviço de reforço alimentar transportado	26.912	0,34€	9.150,08€
TOTAL DA PROPOSTA			1.114.597,60€

- g) A decisão de adjudicação foi tomada por deliberação do executivo municipal de Guimarães, em 09.12.2019, a qual aprovou igualmente a minuta do contrato e procedeu a nomeação do gestor do contrato;
- h) O contrato em questão, celebrado em 18.12.2019, foi submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, em 10.01.2020;
- i) Em 17.01.2020, o contrato foi devolvido ao MdG para esclarecimento de dúvidas, tendo o município, respondido, em 29.01.2020, o seguinte:

Questão 1:

“Tendo presente a disposição legal invocada para o recurso ao procedimento de ajuste direto ao abrigo da subalínea iii) da alínea e) do artigo 24.º, do CCP, na atual redação, fundamente e comprove documentalmente que a realização dos serviços objeto do contrato só pode ser assegurada pela empresa adjudicatária, esclarecendo quais os direitos exclusivos que se pretende proteger”.



Resposta:

“O objeto do contrato a que se refere o ajuste direto n.º 58/19 é o fornecimento de refeições intermédias, designadamente pequeno-almoço, lanche e reforço alimentar e destina-se às crianças e alunos que frequentam as atividades de animação e apoio à família da educação pré-escolar e componente de apoio à família do 1.º ciclo, ou seja, os mesmos utilizadores do serviço de refeições almoço a que se refere o concurso público n.º 15/17, a vigorar no triénio 2019/2021. Por essa razão, e dado que a preparação das refeições intermédias tem de ser realizada no mesmo espaço e com recurso aos mesmos equipamentos que a do almoço, havendo inclusivamente períodos do dia em que estão a decorrer simultaneamente, entendeu-se que por razões técnicas e funcionais não seria exequível a coexistência de elementos de duas empresas de restauração distintas. Do exposto resulta que tivesse sido adotado o procedimento de ajuste direto ao abrigo da subalínea iii) da alínea e) do artigo 24.º do CCP para a aquisição daqueles serviços. Acresce ainda que, pelas mesmas razões, o término do contrato em apreço coincide com o do concurso público supra mencionado.”

Questão 2:

“Na sequência do ponto anterior, justifique que a decisão de contratar seja omissa à fundamentação da escolha do procedimento pré-contratual adotado”.

Resposta:

“Em nosso entendimento a resposta a esta questão deverá ser solicitada ao Departamento Financeiro.

Refira-se, contudo, que na informação técnica da Divisão Educação para a aquisição dos serviços a que diz respeito o ajuste direto n.º 58/19, foi justificado, nos termos do ponto anterior, a escolha do procedimento a adotar.”

Questão 3:



“Atendendo ao fundamento legal invocado para a escolha do procedimento, justifique a possibilidade de cessão da posição contratual e de subcontratação, ainda que sujeita a autorização da entidade adjudicante, estipulada na cláusula 3.ª e 7.ª do caderno de encargos”.

Resposta:

“Conforme consta do ponto 1 do título contratual, o Caderno de Encargos que serviu de base ao procedimento, constitui documento que fica a fazer parte integrante do contrato. Na cláusula 3.ª do Caderno de Encargos consta o prazo de execução dos serviços – e, designadamente, os prazos para apresentação das várias fases em que o serviço se desenvolve. Embora crendo que a fórmula utilizada (remissão para documento integrante do contrato) é correta, naturalmente que o prazo de execução será feito constar do contrato, por título adicional, se esse Tribunal de Contas assim o entender necessário.”

Questão 4:

“Considerando que das peças do procedimento não se encontra devidamente demonstrado e fundamentado o preço base, remeta para o efeito a respetiva documentação demonstrativa com base em critérios objetivos, face ao disposto no artigo 47.º, n.º 3, do CCP, na atual redação”.

Resposta:

“O preço base do procedimento resulta do produto da previsão de refeições a fornecer no biénio 2020/2021 e os preços unitários resultantes de procedimento concursal anterior com idêntico objeto, designadamente o ajuste direto n.º 47/19, respeitante ao período de setembro a dezembro de 2019, e visado pelo Tribunal de Contas a 8 de novembro de 2019.

Em anexo, documento demonstrativo dos valores em causa.”

Questão 5:



“Esclareça e fundamente a necessidade de fixação do preço ou do custo anormalmente baixo inferior a 50%, previsto no ponto 3.2, alínea d) do convite, indicando quais os critérios objetivos que presidiram a essa fixação, designadamente os preços médios obtidos na consulta preliminar ao mercado, se tiver existido.”

Resposta:

“Esta questão deverá ser objeto de resposta pelo Departamento a Financeiro, dado que a elaboração do Convite está sob a sua responsabilidade.”

Questão 6:

“Tendo em conta o valor contratual e considerando que o contrato tem início em janeiro de 2020, justifique o alcance de tal menção, face ao disposto no n.º 4, do artigo 45.º, da LOPTC, na nova redação dada pela lei n.º 20/2015, de 9 de março, implicando a sua violação eventual infração financeira nos termos do artigo 65.º, n.º 1, alínea h), da mesma lei.”

Resposta:

“O procedimento concursal em apreço teve início a 6 de setembro de 2019, pelo que tratando-se de um ajuste direto com consulta a um único fornecedor, e pese embora pelo valor contratual estivesse sujeito a visto do Tribunal de Contas, expectava-se que estivesse concluído a tempo de produzir efeitos em janeiro de 2020.

Contudo, e dado que tal não sucedeu, a Câmara Municipal viu-se forçada a suspender temporariamente o fornecimento de refeições intermédias, com grave prejuízo para as comunidades educativas envolvidas e comprometendo o pleno funcionamento da escola a tempo inteiro preconizada pelo Ministério de Educação.

Sob ponto de vista social, esta situação revela-se ainda mais gravosa, sobretudo para os agregados familiares mais desfavorecidos, criando situações de desigualdade entre crianças e alunos matriculados no mesmo estabelecimento escolar, mas em diferentes níveis de ensino. A este respeito, importa referir que, em matéria de refeições intermédias, e até conclusão do processo em apreço, apenas está a ser assegurado o fornecimento de lanches às crianças da educação pré-escolar, previstas no âmbito do



concurso público n.º 15/17, processo esse visado em devido tempo pelo Tribunal de Contas.”

- j) O MdG foi alvo, em anteriores processos de fiscalização prévia, de duas recusas de visto, com fundamento no recurso ilegal ao ajuste direto com base em critérios materiais, nos seguintes processos:
- i. Processo n.º 798/2014, que deu origem ao Acórdão n.º 25/2014 – 23.JUL - 1.ª S/SS, - em que se recorreu ao ajuste direto com fundamento no artigo 24.º, n.º 1 alínea e) do CCP;
 - ii. Processo n.º 459/2015, que deu origem ao Acórdão n.º 8/2015 – 30.JUN - 1.ª S/SS, - em que se realizou uma aquisição direta, sem a observância de qualquer regra procedimental.

– DE DIREITO

4. Como nota inicial, sublinha-se que, tal como este Tribunal tem assinalado em diversos arestos, a fiscalização prévia incide sobre *“a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades”*¹, não englobando, pois, quaisquer apreciações sobre o mérito da gestão ou oportunidade dos respetivos negócios jurídicos, aspetos que apenas no âmbito da fiscalização sucessiva a cargo deste Tribunal podem ser avaliados².
5. Estando em causa uma aquisição patrimonial que implica despesa de montante superior ao limiar legalmente previsto (350.000,00€), por parte duma entidade sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas (município), o respetivo contrato encontra-se sujeito à fiscalização prévia deste Tribunal, por força do estipulado no artigo 46.º, n.º 1. al. b), conjugado com o artigo 48.º, n.º 1, ambos da LOPTC.

¹ Cfr. artigos 5.º, n.º 1. al. c) e 44.º, n.º 1 ambos da LOPTC.

² Cfr. Artigo 50.º, n.º 1 da LOPTC.



6. Consequentemente, estando assentes os elementos de facto descritos no § 3 do presente acórdão, cumpre, com base neles, apreciar as questões legais que o contrato em questão suscita.
7. Assim, a única questão que importa apreciar, na perspetiva do direito, relaciona-se com a verificação ou não de fundamentos que sustentem o procedimento de ajuste direto, assente em critérios materiais, tendo por base o artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do CCP, conforme invocado pelo MdG.
8. Analisemos, pois, o que dispõe a norma legal:

«Artigo 24.º

Escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos

1 - Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando:

(...)

e) As prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a uma determinada entidade por uma das seguintes razões:

(...)

iii) Seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual.

(...)

4 – O ajuste direto com fundamento no disposto nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar».

9. O ordenamento jurídico nacional deve conformar-se com o direito europeu dos contratos públicos que, na expressão da Diretiva n.º 2014/24/UE, dispõe no considerando 50 o seguinte:

“Tendo em conta os efeitos prejudiciais sobre a concorrência, o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso³ só deverá ser utilizado em circunstâncias muito excecionais. Esta exceção deverá limitar-se

³ Procedimento que corresponde, na legislação nacional, aos procedimentos de ajuste direto e de consulta prévia.



aos casos em que a publicação não seja possível, por razões de extrema urgência devido a acontecimentos imprevisíveis ou não imputáveis à autoridade adjudicante, ou em que desde o início seja evidente que a publicação não fomentará mais concorrência nem melhores resultados do concurso, nomeadamente por só existir, objetivamente, um operador económico capaz de executar o contrato. É este o caso das obras de arte, em que a identidade do artista determina intrinsecamente o carácter e o valor únicos do próprio objeto artístico. A exclusividade pode também ter outros fundamentos, mas só em situações de exclusividade objetiva se pode justificar o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, caso a situação de exclusividade não tenha sido criada pela própria autoridade adjudicante com vista ao futuro concurso.” (destacado nosso)

10. Tal considerando traduz o pensamento do legislador europeu, que depois é concretizado no artigo 32.º, n.º 2, al. b) da Diretiva:

“2-O procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso pode ser utilizado para contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, em qualquer dos seguintes casos:

b) Quando as obras, os produtos ou os serviços só puderem ser fornecidos por um determinado operador económico, por uma das seguintes razões:

(...)

iii) é necessário proteger direitos exclusivos, incluindo os direitos de propriedade intelectual;

As exceções previstas nas subalíneas ii) e iii) só se aplicam quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição artificial dos parâmetros do concurso.

(...)”.

11. Com relevo para o caso em análise, importa ainda o disposto no artigo 18.º, n.º 1, da citada Diretiva, segundo o qual “As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada» e que «Os concursos



não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”.

12. A aplicação do disposto no artigo 24.º do CCP depende, pois, da conjugação de três requisitos fundamentais:

- i. As prestações do contrato só possam ser confiadas a uma entidade ou operador económico;
- ii. Por estar em causa a proteção de direitos exclusivos;
- iii. A restrição da concorrência não resulte de facto imputável à própria entidade adjudicante.

13. No caso *sub judice*, está em causa um contrato de fornecimento de refeições escolares intermédias (pequenos-almoços, lanches e reforço alimentar), que o MdG pretende celebrar agora, para vigorar até 2021, estando em vigor um outro contrato de fornecimento de refeições escolares (almoços e lanches), anteriormente celebrado com a mesma cocontratante.

14. E a questões que se suscitam – e que não foram respondidas pelo MdG – são:

- a) O fornecimento de refeições intermédias (pequenos-almoços, lanches e reforço alimentar) nos estabelecimentos escolares do Concelho de Guimarães representa uma necessidade ocasional, pontual ou esporádica que só agora se colocou, ou trata-se antes de uma necessidade permanente, tal como as restantes refeições (almoços)?



b) Tratando-se de uma necessidade permanente, porque é que a mesma não foi considerada no objeto contratual do procedimento concursal anteriormente lançado e ainda em vigor?⁴

- 15.** De qualquer forma, é do senso comum que o fornecimento de refeições escolares para alunos do pré-escolar e do 1.º ciclo constitui uma responsabilidade dos municípios e representa uma necessidade permanente, que se coloca em todos os anos letivos.
- 16.** Consequentemente, os procedimentos aquisitivos tendo em vista a satisfação dessa necessidade devem ser planeados e preparados atempadamente, por um lado, e o respetivo objeto deve contemplar as necessidades que sejam objetivamente conhecidas, por outro lado, tendo em conta, nomeadamente o número de alunos matriculados em cada ano.
- 17.** Não se entende, pois, como é que o procedimento concursal lançado em 2017 abrangia almoços e lanches, mas não as outras refeições que, sendo complementares daquelas, já constituíam uma real necessidade: pequenos-almoços e reforço alimentar.
- 18.** Donde resulta que a necessidade que motiva o lançamento do ajuste direto não é nova, nem resulta de circunstâncias que a entidade adjudicante não poderia ter previsto. Antes pelo contrário, ela foi artificialmente criada como fundamento de um procedimento aquisitivo não concorrencial.
- 19.** E como já tivemos ocasião de evidenciar, quer a Diretiva europeia, quer o CCP são claros ao determinar que os procedimentos não concorrenciais constituem a exceção e apenas devem ser utilizados em situações muito específicas pré-determinadas pela lei.

⁴ O objeto contratual do contrato *sub judice* engloba, tal como o do precedente, o fornecimento de lanches, pressupondo-se que não existe no caso concreto sobreposição ou duplicação do objeto, por se tratar de refeições suplementares não contempladas naquele.



- 20.** O MdG fundamentou a adoção do ajuste direto ao caso concreto, invocando a subalínea iii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, ou seja, quando exista a necessidade de proteger direitos exclusivos.
- 21.** Porém, não concretizou, nem densificou em que medida estamos, no seu entender, perante direitos exclusivos ou sequer de direitos de propriedade intelectual que careçam de proteção.
- 22.** No caso, a prestação de serviços prende-se com o fornecimento de refeições escolares, pelo que a invocação de direitos exclusivos ou de propriedade intelectual é totalmente desprovida de sentido.
- 23.** Direitos exclusivos são os direitos de que goza a empresa que, seja por razões legais ou convencionais (titular de um direito de fornecer ou prestar em exclusivo certos bens ou serviços), seja por razões de propriedade industrial ou intelectual (proteção de direitos de autor devidamente registados) é, num determinado caso concreto, a única apta a satisfazer a necessidade da entidade adjudicante.⁵
- 24.** Ora, a empresa UNISELF é uma das empresas inseridas no mercado nacional de fornecimento de refeições escolares, não detendo, pois, qualquer exclusivo nesta matéria, nem tendo obtido o direito ao exclusivo no fornecimento de refeições escolares ao MdG por força do contrato anteriormente celebrado em 27.09.2018.
- 25.** A existência de direitos exclusivos depende, pois, de circunstâncias intrínsecas à própria empresa e não de quaisquer fatores exógenos. Nesse sentido, vide a Decisão n.º 1238/2018, da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, tomada no Processo de Fiscalização Prévia n.º 2909/2018 (disponível em www.tcontas.pt): *“(...) Porém, também não se nos afigura que o conceito de direito exclusivo da referida subalínea iii) da alínea e) tenha a amplitude que lhe pretende conferir a entidade fiscalizada.*

⁵ Sobre a proteção de direitos exclusivos, vide, por exemplo, os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 10.03.1987 (Comissão/Itália - Processo C-199/85) e de 03.05.1994 (Comissão/Espanha - Processo C-328/92), donde se infere que:

Essa proteção de direitos exclusivos ainda se refere a uma exclusividade inerente à entidade adjudicatária, como sugere claramente a menção exemplificativa aos «direitos de propriedade intelectual» constante dessa subalínea: trata-se, afinal, de verificar se, para a prestação dos serviços pretendidos, apenas a entidade adjudicatária dispõe de condições para tal prestação, em virtude de ser titular de um direito exclusivo à sua realização, não havendo qualquer outra entidade autorizada a prestá-los”.

26. Conforme esclarecem Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁶, os motivos jurídicos relacionados com a proteção de direitos exclusivos podem resultar dos casos em que:

“i) em virtude de um exclusivo legal, dado por lei ou, com base nela, por acto ou contrato administrativo anterior – sempre em conformidade com o direito comunitário –, se reserve para uma entidade o exercício ou produção, em determinado espaço territorial, de uma certa actividade ou bem publicamente atribuíveis ou

ii) em que, em virtude da titularidade de direitos de propriedade industrial ou intelectual (nomeadamente, o caso de patentes e, excepcionalmente, o caso das marcas), só uma entidade está legalmente habilitada a realizar nesse espaço geográfico uma prestação que caia no âmbito do direito exclusivo, de origem legal, ou com tutela legal, não existindo portanto, para o efeito, “uma alternativa razoável”, possível ou legítima, do ponto de vista jurídico”.

27. Questionado sobre o assunto veio o MdG alegar que “(...) *dado que a preparação das refeições intermédias tem de ser realizada no mesmo espaço e com recurso aos mesmos equipamentos que a do almoço, havendo inclusivamente períodos do dia em que estão a decorrer simultaneamente, entendeu-se que por razões técnicas e funcionais não seria exequível a coexistência de elementos de duas empresas de restauração distintas.*”

⁶ In *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 759.



- 28.** Tal resposta é ilustrativa de um equívoco nos fundamentos apresentados pelo MdG para justificar o recurso ao ajuste direto. É que, na proposta que suportou a deliberação de lançamento do procedimento de ajuste direto, foi invocada a subalínea iii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, que, conforme se demonstrou, se refere à proteção de direitos exclusivos. Já no âmbito dos esclarecimentos prestados ao Tribunal argumentam que o recurso ao ajuste direto é fundamentado com base em “razões técnicas e funcionais”, as quais nos remetem para o fundamento constante da subalínea ii) da referida alínea e).
- 29.** Ora, as circunstâncias que envolvem o caso em análise não são compatíveis com a invocação da subalínea ii), nem da subalínea iii), ambas da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, desde logo porque não existem, como vimos, direitos exclusivos ou de propriedade intelectual a proteger, nem existe falta de concorrência por motivos técnicos. Quando muito, a permanência de duas empresas distintas em simultâneo nos refeitórios escolares poderia constituir uma dificuldade acrescida ao bom desenvolvimento das prestações de serviço, mas não constitui, de todo, uma ausência de concorrência neste domínio.
- 30.** E no limite, ainda que estivessem preenchidos os requisitos daquelas subalíneas, a verdade é que o MdG não as poderia alegar, por força do estabelecido no n.º 4 do referido artigo 24.º do CCP. Com efeito, como já destacámos em §§ 17 e 18, a necessidade de recorrer a um procedimento de ajuste direto é totalmente imputável à entidade adjudicante que não cuidou atempadamente de integrar no objeto contratual do concurso público anterior, relativo a “refeições escolares”, as refeições intermédias agora pretendidas.
- 31.** A invocada impossibilidade de recorrer a outro fornecedor não existe, na prática, e, ainda que existisse, não seria possível por ter sido criada “artificialmente” pela entidade adjudicante, pelos motivos apontados no parágrafo anterior.
- 32.** Do ponto de vista jurisprudencial, a questão não é nova, e já deveria ter sido apreendida pelo MdG, pois foi precisamente esta entidade adjudicante que foi alvo do Acórdão n.º 25/2014 – 23.JUL, 1.ª S/SS, deste Tribunal, no qual foi recusado o



visto a um contrato de aquisição de serviços, por incorreta invocação de “motivos técnicos por se tratar da entidade que já se encontra a prestar o serviço” como fundamento de um ajuste direto.

- 33.** É que, como já se referiu em acórdãos anteriores, não podemos perder de vista que o princípio *alfa* da contratação pública é o princípio da concorrência, traduzido, consequentemente, na norma-regra de que os procedimentos aquisitivos devem ser abertos ao mercado, princípio que não pode ser desgarrado dos princípios que visam o tratamento igualitário e não discriminatório dos operadores económicos bem patentes no já mencionado artigo 18.º da Diretiva n.º 2014/24/UE.
- 34.** Donde decorre que a derrogação desse princípio-regra de abertura à concorrência apenas pode ocorrer em casos muito excecionais, nomeadamente quando as prestações contratuais em causa apenas possam ser confiadas a uma certa entidade, por uma razão objetiva e concreta, tal como a mencionada no artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do CCP.
- 35.** Tal como resulta do Acórdão n.º 9/2010, do Tribunal de Contas, a aplicação dessas normas – devido ao seu carácter de exceção / derrogação da norma geral- deve ser feita de uma forma muito restritiva:
- «A observância do princípio da concorrência é pois luz a ter em conta na interpretação e aplicação das normas da contratação pública, em particular daquelas que, com ratio legis específico, parecem constituir exceção à sua observação. E deve ser tido particularmente em conta ainda quando se trata de preencher conceitos de conteúdo indeterminado ou de exercer poderes discricionários. Em todas estas situações deve privilegiar-se soluções interpretativas restritivas».*
- 36.** Por outro lado, a invocação dessa norma, cuja fundamentação está a cargo da entidade que a invoca – a entidade adjudicante –, é sindicável pelas instâncias jurisdicionais, a quem competirá aquilatar da sua conformidade legal.



37. E não constitui fundamento bastante para a sua invocação a utilização de argumentos tais como *“(...) a Câmara Municipal viu-se forçada a suspender temporariamente o fornecimento de refeições intermédias, com grave prejuízo para as comunidades educativas envolvidas e comprometendo o pleno funcionamento da escola a tempo inteiro preconizada pelo Ministério de Educação. Sob ponto de vista social, esta situação revela-se ainda mais gravosa, sobretudo para os agregados familiares mais desfavorecidos, criando situações de desigualdade entre crianças e alunos matriculados no mesmo estabelecimento escolar, mas em diferentes níveis de ensino.”*

38. Como já referimos, a urgência agora invocada é totalmente imputável à entidade adjudicante, entidade esta que não cuidou atempadamente de enquadrar no anterior concurso público o fornecimento de todas as refeições escolares cuja necessidade já se apresentava como permanente e totalmente previsível naquela data.

39. No mesmo sentido vai a jurisprudência administrativa, da qual se destaca com interesse para o caso concreto o Acórdão do TCA Norte, de 21.06.2011, no Processo n.º 11/11, cujo sumário é o seguinte:

“I - O concurso público constitui o procedimento regra na contratação pública; sendo o ajuste directo uma das excepções, isso implica que terão de se verificar as condições que o tornam possível.

II - O artº24º do CCP permite, nos termos do seu nº1, alínea e), que se recorra ao ajuste directo quando: por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, a prestação objecto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada.

III - Tendo-se apresentado oito empresas a um determinado concurso público para fornecimento dum sistema de informação hospitalar, sem que nenhuma haja sido excluída ou posta em causa a valia e capacidade técnica para o fornecimento e implementação do sistema objecto daquele procedimento, não se pode vir invocar mais tarde que só uma dela tem condições técnicas para executar tal contrato para justificar o ajuste directo.



IV - O ajuste directo com fundamento na protecção de direitos exclusivos visa proteger os direitos de autor consagrados genericamente no Código dos Direitos de Autor (DL. Nº63/85 de 14/3).

V - Razões de ordem financeira não constituem, face à lei, motivo que justifique a adopção do ajuste directo, nem tem qualquer cabimento pretender inserir tais razões nos motivos técnicos.

VI - Os princípios da legalidade, imparcialidade, igualdade e transparência impõem que a Administração só recorra ao ajuste directo nos casos em que não fiquem dúvidas na sua actuação na resolução de interesses conflitantes.”

- 40.** Não sendo aplicável no caso concreto a invocada norma do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do CCP, foram igualmente violados os princípios da igualdade de tratamento dos operadores económicos e da não discriminação dos mesmos, uma vez que a presente aquisição não foi submetida à concorrência.
- 41.** Consequentemente, ao invés de lançar mão de um procedimento de natureza concursal, nos termos do CCP, o MdG adotou o ajuste direto com base em fundamentos materiais que não se verificam, o que, nos termos do artigo 161.º, n.º 2, alínea I) do Código do Procedimento Administrativo, determina a nulidade do referido procedimento e do respetivo contrato, por preterição total do procedimento que seria exigido no caso concreto (um concurso público ou limitado por prévia qualificação com publicidade no Jornal Oficial da União Europeia, dado o montante financeiro envolvido: 1.114.597,60€).
- 42.** A nulidade suprarreferida constitui fundamento legal para recusa de visto ao contrato em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 43.** Por outro lado, a preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, traduzida na adoção ilegal de procedimento com convite a uma única entidade, consubstancia igualmente uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do

contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado artigo 44.º da LOPTC, constitui, igualmente, motivo de recusa de visto do referido contrato.

- 44.** Considerando ainda que a violação legal aqui apresentada não é nova, dado que o MdG é reincidente nesta prática, tendo sido alvo de duas recusas de visto em contratos anteriores por recurso ilegal ao ajuste direto (cfr. Acórdão n.º 25/2014 – 23.JUL - 1.ª S/SS e Acórdão n.º 8/2015 – 30.JUN - 1.ª S/SS), encontram-se verificados os pressupostos indiciários da prática das infrações financeiras previstas nas alíneas j) e l) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC: “não acatamento reiterado e injustificado das recomendações do Tribunal” e “violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública”, respetivamente.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em decidir recusar o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.

Mais se determina o prosseguimento do processo para efeitos de concretização do âmbito das infrações previstas no artigo 65.º, n.º 1, als. j) e l) da LOPTC, conforme assinalado no precedente § 44.

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

Lisboa, 18 de fevereiro de 2020

Os Juízes Conselheiros,



(Fernando Oliveira Silva, Relator)

(Alzira Antunes Cardoso)

(Paulo Dá Mesquita)