

Secção: 1ª S/SS
Data: 30/11/2021
Processos: 1703/2021

RELATOR: Alziro Antunes Cardoso

TRANSITADO EM JULGADO

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Braga submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas (TdC) um contrato de empreitada, tendo por objeto a “*Repavimentação Rodoviária da Rua 8 de Setembro e da Rua Manuel da Silva Gomes –Ferreiros*”, celebrado, em 21 de julho de 2021, com a empresa Domingos da Silva Teixeira, SA, pelo preço contratual de 220.500,83 €, acrescido de IVA, a executar no prazo de 60 dias, a contar da data da consignação da obra.
2. O contrato foi objeto de devolução ao Município de Braga, por determinação do Departamento de Fiscalização Prévia (DFP), e de seguida também por decisão do Tribunal, confrontando-o com questões de legalidade e solicitando a prestação de esclarecimentos e a junção de documentos necessários à tomada de decisão.

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) O contrato em causa foi precedido de ajuste direto nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 25.º do Código dos Contratos públicos (CCP), ao abrigo de acordo-quadro (AQ) celebrado em 29 de maio de 2018, entre o Município de Braga e a empresa ora adjudicatária Domingos da Silva Teixeira, SA.



- b) Foram já celebrados ao abrigo do referido acordo-quadro singular os contratos elencados nos quadros seguintes:

CONTRATOS CELEBRADOS AO ABRIGO DO ACORDO QUADRO (29/05/2018)

ANO DE 2018

| EMPREITADA | CONTRATO | DATA | PREÇO CONTRATUAL |
|---|-----------------|-------------|-------------------------|
| Reparação de pavimentos no tramo da Rua de S. Vicente | ADAQ.1.18.DMOSM | 25/09/2018 | 31.248,23 € |
| Repavimentação parcial da Variante Sul | ADAQ.2.18.DMOSM | 30/10/2018 | 90.600,00 € |
| TOTAL | | | 121.848,23 € |

ANO DE 2019

| EMPREITADA | CONTRATO | DATA | PREÇO CONTRATUAL |
|---|-----------------|-------------|-------------------------|
| Rua 25 de Abril, Lomar – Requalificação viária | ADAQ.1.19.DMOSM | 12/04/2019 | 24.577,07 € |
| Variante Sul – Sinalização Horizontal | ADAQ.2.19.DMOSM | 12/04/2019 | 25.884,29 € |
| Apoio à manutenção de caminhos florestais – Monte das Caldas, freguesia de Semelhe/Sequeira | ADAQ.3.19.DMOSM | 12/08/2019 | 14.946,60 € |
| Rua Jaime Sotto Mayor, S. Victor – Requalificação viária | ADAQ.4.19.DMOSM | 17/12/2019 | 39.677,82 € |
| TOTAL | | | 105.085,78 € |



ANO DE 2020

| EMPREITADA | CONTRATO | DATA | PREÇO CONTRATUAL |
|---|-----------------|------------|---------------------|
| Requalificação viária da Rua do Parque Comercial, U.F. de Nogueira, Fraião e Lamações | ADAQ.1.20.DMOSM | 08/05/2020 | 105.588,12 € |
| Repavimentação da Estrada Municipal 591 – Santa Lucrecia de Algeriz | ADAQ.2.20.DMOSM | 09/07/2020 | 59.307,03 € |
| Reparação de pavimentos rodoviários nas freguesias de: S. José de S. Lázaro, S. Vítor e Nogueiró – Av. Imaculada Conceição, Av. João XXI, Av. João Paulo II e Rua de Urjães | ADAQ.3.20.DMOSM | 06/08/2020 | 102.376,87 € |
| Repavimentação da Rua de S. Martinho, Rua da Feira e Variante de Real | ADAQ.4.20.DMOSM | 02/11/2020 | 386.291,36 € |
| TOTAL | | | 653.563,38 € |

ANO DE 2021

| EMPREITADA | CONTRATO | DATA | PREÇO CONTRATUAL |
|---|-----------------|------------|-----------------------|
| Substituição de pavimentos rodoviários na Rua Manuel Fernandes Franqueira - Gualtar | ADAQ.1.21.DMOSM | 03/03/2021 | 35.898,39 € |
| Repavimentação Rodoviária da Rua dos Abades, Várzea e Souto | ADAQ.2.21.DMOSM | 06/07/2021 | 228.638,85 € |
| TOTAL | | | 264.537,24 € |
| VALOR TOTAL DOS CONTRATOS | | | 1.145.034,63 € |

- c) O identificado AQ, celebrado em 29/5/2018, com um prazo de vigência de 4 anos, foi precedido de concurso público sem publicação no JOUE.
- d) No Caderno de Encargos “Cláusulas Jurídicas” do mencionado AQ, referentes ao contrato de opção, previu-se nas respetivas Cláusulas 2.^a (Preço) e 14.^a (Preço contratual), o seguinte:

**“Cláusula 2.^a
(Preço)**

Com a celebração do acordo quadro o empreiteiro atribui ao contraente público o direito previsto na cláusula seguinte a título gratuito, razão pela qual o acordo quadro, por si só, não gera para o contraente público a obrigação de pagar



qualquer preço por mor de tal atribuição, nem o reconhecimento de qualquer benefício económico, direto ou indireto, seja a que título for.

Cláusula 14.^a

(Preço contratual)

- 1.- Os preços unitários de referência indicados no mapa de trabalhos que integram o **Anexos IV** ao programa do procedimento representam, todos eles, parâmetros base para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 42.º do Código dos Contratos Públicos.
 - 2.- O preço contratual de cada empreitada será apurado por aplicação do somatório dos preços unitários oferecidos na proposta adjudicada que integram o acordo quadro às quantidades de trabalhos a executar e constantes do mapa de trabalhos identificados pelo contraente público”.
- e) No mesmo Caderno de Encargos, “*Cláusulas Jurídicas*” referentes aos contratos optativos, previa-se na cláusula 23.^a alusiva ao Preço e Condições de Pagamento, o seguinte:

Cláusula 23.^a

(Preço e condições de pagamento)

- 1.- *Os preços unitários de referência indicados no mapa de trabalhos que integram o Anexos IV ao programa do procedimento representam, todos eles, parâmetros base para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 42.º do Código dos Contratos Públicos.*
- 2.- *Pela execução da empreitada e pelo cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato, o dono da obra pagará ao empreiteiro a quantia total indicada na sua proposta, por aplicação do somatório dos preços unitários oferecidos na formação do acordo quadro às quantidades de trabalhos executados, sem prejuízo do n.º 9.*
- 2.- *O IVA será liquidado nos termos do disposto da alínea j) do n.º 1 do artigo 2.º do Código do IVA.*
- 3.- *Os pagamentos a efetuar pelo dono da obra têm uma periodicidade mensal, sendo o seu montante determinado por medições mensais a realizar de acordo com previsto no presente caderno de encargos.*
- 4.- *Os pagamentos são efetuados no prazo máximo de 60 dias após a apresentação da respetiva fatura.*
- 5.- *As faturas e os respetivos autos de medição são elaborados de acordo com o modelo e respetivas instruções fornecidos pelo diretor de fiscalização da obra.*



6.- Cada auto de medição deve referir todos os trabalhos constantes do plano de trabalhos que tenham sido concluídos durante o mês, sendo a sua aprovação pelo diretor de fiscalização da obra condicionada à realização completa daqueles.

7.- No caso de falta de aprovação de alguma fatura em virtude de divergências entre o diretor de fiscalização da obra e o empreiteiro quanto ao seu conteúdo, deve aquele devolver a respetiva fatura ao empreiteiro, para que este elabore uma fatura com os valores aceites pelo diretor de fiscalização da obra e uma outra com os valores por este não aprovados.

8.- O pagamento dos trabalhos a mais e dos trabalhos de suprimento de erros e omissões é feito nos termos previstos nos números anteriores, mas com base nos preços que lhes forem, em cada caso, especificamente aplicáveis, nos termos do artigo 373.º do CCP.

9.- O empreiteiro, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 97.º do CCP, será remunerado pelas prestações contratuais que executar, não estando ali compreendido o pagamento de quaisquer trabalhos que, apesar de previstos nas medições, não tenham sido efetivamente executados.”

f) Por seu turno, no artigo 10.º do Programa do Procedimento do mesmo AQ, sob a epígrafe “Parâmetros Base”, estipulou-se o seguinte:

“1. Os preços unitários de referência identificados no Anexo IV a este programa representam, todos eles, parâmetros base para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 42.º do Código dos Contratos Públicos.

2.- Para efeitos do disposto no número anterior deve entender-se que os preços unitários base ali fixados constituem os limites máximos com os quais se deverão conformar os atributos da proposta a apresentar pelos concorrentes, significando, assim, o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pelos respetivos trabalhos implicados em cada contrato (optativo) de empreitada. 3.- A violação de qualquer um dos parâmetros base implica a consequência prevista na alínea b), do n.º 2, do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos.”

g) De acordo com o referido nesse artigo, encontra-se junto aos autos, numa folha Excel autónoma à parte, um “Mapa de Trabalhos e Quantidades”, de onde resulta, num somatório das várias parcelas, um “Preço Base Parcial (máximo ponderado)” no valor de € 68 617 940,00.

h) No artigo 18.º do mesmo Programa de Procedimento, estipulou-se, no que respeita ao critério de adjudicação, o seguinte:



“

1.- O critério de adjudicação das propostas é do *mais baixo preço*, nos termos do disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 74.º do Código dos Contratos Públicos, por aplicação da seguinte fórmula:

$$VPT = \sum (Pi * VPUi)$$

Valor da proposta, preço total – VPT

Valor da proposta, Preço Unitário – VPU

Ponderação – Pi

2.- Concluída a análise das propostas, a entidade adjudicante graduá-las-á por ordem decrescente de mérito para efeitos de adjudicação, cumprindo o disposto no artigo seguinte.

3.- No caso de o mais baixo preço constar de mais do que uma proposta, a diferenciação das propostas, para efeitos da sua hierarquização por mérito e subsequente adjudicação, efetuar-se-á por referência ao mais baixo preço apresentado para o tipo de trabalho, integrado no **Anexo VI**, com maior ponderação, nos termos do n.º 2 deste artigo, prevalecendo, relativamente a trabalhos que conheçam o mesmo nível de ponderação, a ordem de apresentação na lista até que se obtenha a pretendida diferenciação.

4.- Se, efetuada a operação indicada no número anterior, o empate persistir, a ordenação final das propostas resultará de sorteio a promover pelo júri, com a presença dos representantes de todos os concorrentes, que serão antecipadamente notificados para o ato público.

“

i) No anúncio do concurso publicado no Diário da República (DR), II Série de 21/11/2017, referente ao mesmo AQ refere-se o seguinte:

“(…) Preço base do procedimento - Inexistente / Critério da adjudicação – Mais baixo preço / O procedimento a que este anúncio diz respeito também é publicado no jornal oficial da União Europeia: Não”.

j) A proposta da adjudicatária, a identificada empresa Domingos da Silva Teixeira, S.A., no mesmo AQ, tinha o valor de € 41 234 933,15.

k) O identificado AQ foi submetido a fiscalização prévia a este TdC (processo n.º 1833/2018), tendo sido devolvido por não sujeição a fiscalização prévia em 11 de julho de 2018.

l) Em sessão diária de visto de 6 de outubro de 2021, foi o presente contrato devolvido para os seguintes efeitos:

a) *Face à lista de preços unitários junta aos autos, na qual se fixou um “Preço base parcial (máximo ponderado)”, por tipo de trabalhos a realizar, esclarecer se aconteceu o mesmo no mapa de quantidades posto a concurso, remetendo esse documento e, em*



caso afirmativo, informando qual o valor final apurado para efeitos da escolha do procedimento a adotar;

b) No seguimento da questão precedente, informe o motivo de não terem sido estipuladas quantidades certas de trabalhos a realizar ou preço base total do procedimento;

c) Ainda no seguimento das anteriores questões, justificar a não publicitação no JOUE do procedimento em causa, atendendo a que face à fixação do preço com base em quantidades ponderadas, foram apresentadas propostas de valor que, em muito, ultrapassam os limiares previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 474.º do CCP;

d) Esclarecer a justificação apresentada no artigo 21.º do programa do procedimento e na proposta da DMOSM, de 15 de setembro de 2017, para a exigência da classe 3 de alvará na 1.ª subcategoria da 1.ª categoria, na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria e na 8.ª subcategoria da 2.ª categoria e de que modo tal exigência se compatibiliza com o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 41/2015, de 3 de junho;

e) Apresentar, querendo, pronúncia, no exercício do direito do contraditório, previsto no artigo 13.º da LOPTC, quanto à ilegalidade cometida, no que respeita à falta do procedimento legalmente exigível (concurso público, com publicação no JOUE), tendo em conta o disposto no artigo 161.º, n.º 2, al. l) do Código do Procedimento Administrativo, que, a ter-se verificado, determina a nulidade do procedimento que precedeu a celebração do Acordo-Quadro e, conseqüentemente, constitui fundamento de recusa do visto, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;

f) Sendo que, por outro lado, a preterição dos procedimentos pré-contratuais legalmente devidos, 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;

g) Donde se poderá concluir que, se o procedimento que conduziu à celebração do Acordo-Quadro, está ferido do vício de nulidade, enfermam do mesmo vício os contratos celebrados ao seu abrigo.

m) No que concerne às alíneas a), b) e c) do ofício de devolução jurisdicional, a entidade fiscalizada respondeu nos seguintes termos:

«a) Para esclarecimento da questão formulada na alínea a) do pedido de esclarecimento informa-se:

Os preços unitários que constam da lista de preços unitários junta aos autos correspondem aos preços unitários propostos pelo adjudicatário e, por isso,



compreendidos na lista de preços unitários apresentados com a proposta submetida no âmbito do procedimento de formação do acordo quadro ao abrigo do qual foi celebrado o contrato de empreitada submetido a visto prévio.

De facto, e tal como já o município de Braga teve oportunidade de esclarecer por ocasião do primeiro contrato de empreitada (celebrado ao abrigo do acordo quadro) que submeteu á fiscalização prévia desse Alto Tribunal, as peças do procedimento de formação do acordo quadro que está na génese da celebração deste contrato de empreitada não integram um compromisso com nenhuma quantidade de trabalho, inexistindo um mapa de quantidades.

Com efeito,

No concurso público para formação do acordo quadro, as peças do procedimento integraram, isso sim, um extenso mapa de (potenciais) trabalhos, isto é de trabalhos que, porventura, em função das necessidades futuras, se apresentasse como necessários. A cada um desses tipos de trabalhos associou um preço unitário máximo/base, assim se sinalizando o preço unitário máximo que o Município de Braga se dispunha a pagar. Associou-se igualmente, um coeficiente de ponderação, que mais não visava senão atribuir uma distribuição proporcional aos trabalhos por grau de importância para o procedimento, ou seja, valorizando as atividades que se estimaram vir a ser as mais utilizadas nos eventuais contratos a celebrar.

Julgamos que só desta forma estaria garantida a eficácia e o interesse público no procedimento, visto que, tendencialmente, o mais baixo preço corresponderia ao que, invariavelmente, apresentasse preços unitários mais “competitivos” para os artigos mais valorizados. Esta premissa verifica-se, aliás, nos comuns procedimentos concursais de obras públicas, visto que os concorrentes tendencialmente atribuem preços mais competitivos aos itens com maior peso na globalidade da proposta.

*Esta solução de ponderação permitiu também aos concorrentes disporem de uma expectativa relativamente à tipologia de trabalhos que se previam executar, tornando-se assim, na nossa opinião, o procedimento base perfeitamente objetivo e transparente. Sendo o acordo-quadro um instrumento contratual gratuito, não gerador de despesa, o Município de Braga, na condição de entidade adjudicante, optou por promover a sua formação através de um **concurso público sem publicação de anúncio no JOEU**, de modo a poder adjudicar, ao seu abrigo, conforme previsto no programa de abertura do procedimento, múltiplos contratos de empreitada de obras públicas **até ao limiar determinado na alínea a), do n.º 3 do artigo 474.º do Código de Contratos Públicos.***



Significa isto, portanto, que o somatório dos preços contratuais dos contratos de empreitada de obras públicas que o Município de Braga adjudicou e adjudicará ao abrigo do acordo-quadro não será, em caso algum, superior ao referido limite comunitário.

O que e é verificável presentemente, uma vez que aproximadamente a sete meses do termo de vigência do acordo quadro (que se fixou em 4 anos), o valor do somatório dos preços contratuais de todos os contratos celebrados ao abrigo do acordo quadro ascendeu, apenas, mas como se previa, a 1.145.034,63 €, distante, portanto do limite máximo permitido pelo tipo de procedimento que serviu para a formação do acordo quadro.»

b) Para esclarecimento da questão formulada na alínea b) do pedido de esclarecimento, informa-se:

«Neste sentido, estamos certos que, caso se optasse por fixar previamente quantidades estimadas a cada artigo, seria de todo inviável garantir a plena execução do contrato no que diz respeito ao seu limiar de valor fixado no n.º 3 do artigo 474.º do Código dos Contratos Públicos. Reforçamos que desta forma estaria posta em causa a eficácia de um procedimento que se pretendia que fosse uma ferramenta ágil, célere e persecutória do interesse público.

Pelos factos acima enunciados, fica claro que não foi possível também definir-se um preço base total do procedimento visto não se dispor de quantidades estimadas, corroborado pelo facto de não ter sido considerado, ao nível do Programa de procedimento, a Declaração de Proposta de Preço como documento obrigatório que integraria a proposta.

Não foram estipuladas quantidades certas no acordo quadro porque, com a celebração do acordo quadro, o Município de Braga não pretendeu contratar uma única empreitada de obras públicas, para as quais tivesse já um projeto de execução e uma medição.

Conforme se explicitou, o acordo quadro destina-se a garantir à entidade adjudicante um mecanismo de intervenção na via pública se, só se e sempre que a necessidade de intervenção se justificar. As quantidades serão determinadas pelas necessidades de intervenção que em cada momento se vierem a colocar. Quando promoveu o procedimento de formação do acordo quadro, a entidade adjudicante não pretendia adjudicar uma específica empreitada de obras públicas (se o pretendesse, promoveria a formação de um ou vários contratos de empreitada de obras públicas para o objeto



concreto). O que pretendia era assegurar um perímetro potencial de intervenções, concorrencialmente discutido, de modo a adjudicar, de forma célere e eficaz, sempre que o interesse público o reivindicasse.

Cumulativamente com o exposto, e através de uma abordagem e analogia técnica, é possível demonstrar-se, a título de exemplo, a razão pelo qual não se optou por não considerar quantidades de trabalho. Ora vejamos, e a título de exemplo prático, um dos trabalhos mais fortemente ponderados corresponderam aos associados a repavimentação por aplicação de misturas betuminosas (capítulo 3). Por definição as estruturas betuminosas são compostas por diferentes camadas com distintas características e funções, tal como base granular, camada de regularização betuminosa, camada de ligação betuminosa e for fim acabamento final em camada de desgaste betuminosa. Aos processos de repavimentação antecede sempre um estudo prévio ao pavimento existente de forma a aquilatar do grau de degradação assim da estrutura que o compõe, só após esse estudo se avança para a implementação da solução adotada. Ora, partindo-se da garantia calara que se desconhece, à data da abertura de procedimento, quais as intervenções que se efetuarão ao abrigo do processo de acordo-quadro, e se existirão, não será de todo possível, sob pena de se verificar a total ineficácia do procedimento, estimar-se as quantidades certas pois, e fazendo um paralelismo com o exemplo apresentado, na eventualidade da maioria das intervenções em pavimentos rodoviários se cingirem à substituição da camada de desgaste rapidamente se poderia atingir o seu limite de quantidades estimadas, potenciando uma situação em que dispomos de grandes quantidades para as restantes camadas sem que se possam utilizar em qualquer procedimento visto não se dispor de quantidades disponíveis para o imprescindível acabamento final em camada de desgaste. Este facto e dificuldade verificar-se-ia para a grande parte da tipologia de trabalhos previstos no procedimento.»

c) Para esclarecimento da questão formulada na alínea c) do pedido de esclarecimento, informa-se:

«Não foi publicado anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, aquando do lançamento do concurso público para a formação do acordo quadro, uma vez que, como se disse, a entidade adjudicante não pretendia e não pretende, ao abrigo deste instrumento, realizar despesa com contratos de empreitada de obras públicas de montante igual ou superior aos limiares comunitários previstos na assinalada alínea a), do n.º 3 do artigo 474.º do Código dos Contratos Públicos.



É, porém, fundamental compreender que o «valor» da proposta do concorrente tem natureza abstrata e não se destina à execução, de per si, de um qualquer contrato. O «valor» consubstancia o somatório dos preços unitários apresentados e foi representativo para, à luz da ponderação prevista, identificar qual a «solução» de preços unitários economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.

No entanto, é de todo fundamental esclarecer, de forma inequívoca e clara, que o campo de ponderação não representou, nem poderia representar qualquer quantidade estimada, a proposta economicamente mais vantajosa resultou do valor mais baixo obtido do somatório dos preços unitários da proposta afetados por uma ponderação que não mais visa que distinguir, por grau de “importância” para o processo, os diferentes tipos de trabalhos, ou seja distinguir os trabalhos que se prevê executar em maior quantidade repercutindo-se e influenciando esses facto o valor obtido e consequentemente a determinação da proposta economicamente mais vantajosa.»

– DE DIREITO

4. Estando assentes os elementos de facto supra descritos, cumpre, com base neles, apreciar as questões que o contrato em presença suscita.

A) Sujeição do contrato a fiscalização prévia

5. O contrato em causa foi precedido de ajuste direto nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 25.º do CCP, norma que permite o recurso ao ajuste direto nas situações em que se trate de realizar uma obra ao abrigo de um acordo quadro, nos termos do disposto no artigo 258.º do CCP.
6. Não oferece dúvidas que se encontra abrangido pelo âmbito objetivo da fiscalização prévia estabelecido no artigo 46.º, n.º 1, alínea b), da mesma LOPTC.
7. Individualmente considerado, atento o valor do mesmo (220.500,83 €), abaixo do limiar de 750.000,00 €, previsto no n.º 1 do artigo 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (doravante LOPTC), na redação da Lei n.º 27-A/2020, publicada em 24/07, estaria dispensado de fiscalização prévia.
8. Porém, foram já celebrados ao abrigo do mesmo AQ contratos no valor total de 1.145.034,63 €, valor que ultrapassa o limiar de 950.000,00 € previsto no n.º 2 do citado artigo 48.º da LOPTC.

9. E, de acordo com a jurisprudência deste TdC, uniformizada pelo Acórdão n.º 18/2021 – 1.ª S/PL, de 07-07-2021, entre um AQ singular e os contratos celebrados ao seu abrigo existe inequívoca conexão jurídica em que o primeiro conforma de forma determinante os segundos, preenchendo, conseqüentemente, o conceito de «relacionados» para efeitos do artigo 48.º, n.º 2, da LOPTC.
10. Como refere o referido Acórdão, e aqui se reitera, *“Existindo entre o acordo quadro singular e o contrato celebrado uma conexão jurídica inequívoca e derivada do efeito conformador do primeiro sobre o segundo, deve concluir-se que está preenchido o conceito de «contratos relacionados» para efeitos do disposto no artigo 48.º, n.º 2, da LOPTC e o valor atendível é o que for estabelecido no acordo quadro singular.”*
11. Sendo que, a dimensão histórico-teleológica do limite à dispensa de fiscalização prévia por força da introdução, em 2011, do n.º 2 do artigo 48.º, teve como base a valorização do valor global que pode ser atingido e que, no caso dos acordos quadro, se encontra de imediato estabelecido no contrato que conforma os subseqüentes (e que têm de respeitar os termos fixados por aquele).
12. A interpretação sistemático-teleológica das normas dos n.ºs 1 e 2 artigo 48.º da LOPTC quando se reporte a contratos regulados pelo CCP tem de atender, ainda, ao disposto no artigo 17.º, n.º 1, do CCP: *«o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto».*
13. Norma que inequivocamente se aplica aos contratos celebrados ao abrigo do AQ singular e ao próprio AQ singular, atento, nomeadamente, o disposto no artigo 253.º, n.º 1, do CCP.
14. Assim, não oferece dúvidas que o contrato em causa, celebrado ao abrigo de AQ, no âmbito do qual foram já celebrados contratos que ultrapassam o limiar fixado no citado n.º 2 do artigo 48.º da LOPTC, está sujeito a fiscalização prévia.

B) Da apreciação, neste processo, da legalidade do AQ ao abrigo do qual foi celebrado o contrato singular aqui em apreciação.

15. Esta questão foi apreciada no recente Acórdão n.º 26/2021-1.ªS/SS, de 23-11-2021, que recusou o visto a um contrato de empreitada celebrado ao abrigo do mesmo AQ,

concordando-se com a fundamentação e a posição no mesmo adotada, que aqui se reitera, e do qual se transcrevem os excertos que se consideram mais relevantes.

16. Os AQ singulares são contratos celebrados entre uma entidade adjudicante e um único adjudicatário com vista a disciplinar relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo, mediante a fixação antecipada dos termos dos contratos a celebrar ao seu abrigo bem como de todos os aspetos relativos à respetiva execução (artigos 251.º e 252.º, n.º 1, al. a), do CCP).
17. Desta forma, entre AQ singular e os contratos celebrados ao seu abrigo existe uma inequívoca conexão jurídica em que o primeiro conforma de forma determinante os segundos.
18. Conexão reportada a uma dimensão económico-jurídica em que os dois instrumentos contratuais integram uma operação unitária com os mesmos operadores e o acordo-quadro conforma necessariamente pressupostos, termos e condições dos ajustes diretos celebrados ao seu abrigo, sendo a formação do primeiro contrato o momento nuclear em que se tem de assegurar o respeito dos princípios essenciais da contratação pública, designadamente, da imparcialidade, igualdade, concorrência e transparência.
19. A violação de princípios e regras na formação do AQ singular constitui uma mácula suscetível de atingir a legalidade dos ajustes diretos outorgados ao seu abrigo e a apreciação da conformidade destes com a lei nunca pode prescindir da valoração de eventuais vícios na formação ou outorga do AQ.
20. Há, pois, que aferir, da admissibilidade legal do específico AQ, de cariz individual, aqui em apreciação, tendo presente o efeito derivado da mesma ilegalidade no contrato submetido a fiscalização nos presentes autos, isto em face do que se determina no já acima referido artigo 252.º, n.º 1, alínea a), do CCP, e também no artigo 253.º, n.º 2, do mesmo Código, que estabelece na sua letra que: *“a escolha do procedimento de formação do acordo-quadro nos termos do disposto nos artigos 19.º a 21.º só permite a celebração de contratos ao seu abrigo enquanto o somatório dos respetivos preços contratuais seja inferior aos valores correspondentemente aplicáveis nos termos do artigo 474.º”*.
21. Como refere o citado Acórdão n.º 26/2011 o AQ ao abrigo do qual foi celebrado o contrato agora submetido a fiscalização prévia, não descreveu qualquer preço-base nas peças procedimentais, antes referiu nas denominadas *“Cláusulas Jurídicas do*

Caderno de Encargos”, que “o acordo quadro, por si só, não gera para o contraente público a obrigação de pagar qualquer preço por mor de tal atribuição”, e, já no que respeita às empreitadas, que “preços unitários de referência indicados no mapa de trabalhos que integram o Anexo IV ao programa do procedimento representam, todos eles, parâmetros base para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 42.º do Código dos Contratos Públicos”.

22. Por seu turno, no artigo 10.º do Programa do Procedimento do mesmo AQ, sob a epígrafe “Parâmetros Base”, estipulou-se que os preços unitários de referência eram aqueles identificados no Anexo IV ao programa, os quais representavam, todos eles, “parâmetros base para efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 42.º do Código dos Contratos Públicos” e que “os preços unitários base ali fixados” constituíam os limites máximos com os quais se deveriam conformar os atributos da proposta a apresentar pelos concorrentes, significando, assim, o preço máximo que a entidade adjudicante se dispunha a pagar pelos respetivos trabalhos implicados em cada “contrato (optativo) de empreitada”.
23. De acordo com o referido nesse artigo, encontra-se junto aos autos, numa folha Excel autónoma à parte, um “Mapa de Trabalhos e Quantidades”, de onde resulta, num somatório das várias parcelas, um “Preço Base Parcial (máximo ponderado)” no valor de € 68 617 940,00.
24. Depois, no anúncio publicado no DR descreve-se o preço base do procedimento como “inexistente”, o critério da adjudicação como o do “mais baixo preço” e que o procedimento não era publicado no jornal oficial da União Europeia.
25. Na sequência do procedimento adotado pela entidade fiscalizada veio a resultar a adjudicação a uma proposta no valor de € 41 234 933,15, pela empresa adjudicatária.
26. No seu contraditório a entidade fiscalizada veio reiteradamente alegar que o AQ e a proposta que lhe esteve subjacente não tinham preço contratual, constituindo um contrato gratuito, não gerando despesa. Defende, assim, que o montante de € 41.234.933,15 não constitui em si um preço, mas sim, conforme resulta da fórmula de cálculo prevista no programa de procedimento, o somatório dos preços unitários que o concorrente ofereceu para a execução de cada um dos tipos de trabalho, multiplicado pela ponderação previamente atribuída para cada artigo. Esta mesma ponderação visou estabelecer e valorizar de forma diferenciada e, portanto, no interesse da entidade adjudicante, os tipos de trabalhos - os artigos - que se previam poder vir a ter mais execução nos contratos a adjudicar, salvaguardando-se assim o interesse público.



27. Mais defendeu, ainda, a mesma entidade fiscalizada, que sendo o AQ um instrumento contratual gratuito, não gerador de despesa, optou por promover a sua formação através de um concurso público sem publicação de anúncio no JOUE, de modo a poder adjudicar, ao seu abrigo, múltiplos contratos de empreitada de obras públicas até ao limiar determinado na alínea a), do n.º 3 do artigo 474.º do CCP.
28. E que não publicou o anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, aquando do lançamento do concurso público para a formação do AQ, uma vez que não pretendia e não pretende, ao abrigo deste instrumento, realizar despesa como contratos de empreitada de obras públicas de montante igual ou superior aos limiares comunitários previstos na assinalada alínea a), do n.º 3 do artigo 474.º do CCP.
29. Mais propugna que o “valor” da proposta do concorrente tem natureza abstrata e não se destina à execução, de *per si*, de um qualquer contrato. O “valor” consubstancia o somatório dos preços unitários apresentados e foi representativo para, à luz da ponderação prevista, identificar qual a “solução” de preços unitários economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante.
30. Significando isso, conclui, que o somatório dos preços contratuais dos contratos de empreitada de obras públicas que adjudicará ao abrigo do AQ não será, em caso algum, superior ao referido limiar comunitário.
31. Discorda-se da posição defendida pela entidade fiscalizada, a qual se encontra em colisão com as características substanciais e procedimentais que deve assumir este tipo de contratação pública e mais especificamente a contratação dos AQ aqui em relevo.
32. Carecendo a sua posição de coerência na parte em que alega que pretendeu celebrar um AQ que a legitimasse a contratar sucessivas empreitadas públicas, que no mapa de trabalhos e quantidades poderiam ascender a um somatório de € 68 617 940,00, procedendo também à adjudicação desse acordo pelo preço mais baixo de € 41 234 933,15, para depois assumir que, afinal, não pretendia efetivamente, ao abrigo deste instrumento, realizar despesa com contratos de empreitada de obras públicas de montante igual ou superior aos limiares comunitários previstos na assinalada alínea a), do n.º 3 do artigo 474.º do CCP.
33. A celebração de um AQ ocorre após a realização de um procedimento pré-contratual, mas não se confunde com ele, sendo o mesmo AQ o resultado da realização desse procedimento. Um procedimento dotado de especificidades e que projeta a sua eficácia não apenas em relação ao AQ, como ainda em relação aos contratos



celebrados ao abrigo daquele, sem prejuízo de estes últimos serem precedidos de formalidades procedimentais pré-contratuais próprias e específicas.

- 34.** A consagração da figura dos AQ no domínio europeu da contratação pública, visou estabelecer, basicamente, a otimização do valor dos recursos públicos através de uma melhor relação custo-benefício obtida pela economia de escala, a redução da carga administrativa e burocrática e o incremento da transparência na fase prévia de concurso com a inerente salvaguarda da concorrência. Esses benefícios não serão obtidos, no entanto, sem a menorização dos riscos inerentes à utilização destes mesmos AQ, como são a complexificação dos processos inerentes, o efeito do fechamento do mercado e da concorrência na execução dos próprios acordos-quadro e a exclusão ou a desmotivação das pequenas e médias empresas no concurso com as demais empresas interessadas de maior porte¹.
- 35.** Neste enquadramento, nunca se poderá defender, como faz a entidade fiscalizada, que os AQ por eventualmente poderem ser qualificados como instrumentos contratuais gratuitos (porque não geradores imediatos de despesa pública, no entendimento pressuposto), não tenham de ser aferidos obrigatoriamente a um determinado valor contratual, tanto por razões procedimentais como substantivas. Aliás, os AQ correspondem a um consenso recíproco quanto a um conjunto de relações contratuais futuras a estabelecer durante um determinado período, com a fixação antecipada (exaustiva no caso destes acordos-quadro “individuais” ou “fechados”) dos respetivos termos que podem até contemplar a vinculação recíproca a contratar (tal como definido no caderno de encargos, nos termos do n.º 2 do artigo 255.º do CCP).
- 36.** Na verdade, um AQ individual constitui, do mesmo modo, um título negocial que legitima as partes contratantes a celebrarem contratos ao abrigo daquele mediante um regime legal diferenciador e facilitador a nível procedimental, sendo que nas situações como aquela aqui em discussão (AQ individual relativo a empreitadas de obras públicas), em que deveriam estar estipulados todos os aspetos submetidos à

¹ Vide, Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, 2012, Cheltenham / Northampton: Edward Elgar Publishing, pp. 110-112 e 125-126; Pedro Daniel S. N. Inês, *Os Princípios da Contratação Pública: o Princípio da Concorrência*, Publicações CEDIPRE Online - 34, setembro de 2018, pp. 93; OECD, *Manual for Framework Agreements*, 2012, Paris: OECD Publishing, referência consultada em <https://www.oecd.org/gov/ethics/manual-framework-agreements.pdf>, e SIGMA Public Procurement Brief 19, *Framework Agreements*, 2016, Paris: OECD Publishing, referência consultada em <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-19-200117.pdf>



concorrência, se deverá desde logo avançar para o ajuste direto (cfr., conjugadamente, artigos 25.º, n.º 1, alínea c), 252.º, n.º 1, alínea a), e 258.º, n.º 1, todos do CCP).

- 37.** Persistindo em todo o regime legal dos AQ uma especial preocupação em que o recurso a este tipo de contratação pública, tanto na sua formação como na sua execução, não redunde num abuso ou num meio de defraudar (impedindo, restringindo ou falseando) a concorrência (cfr. artigo 252.º, n.º 2, do CCP, num corolário dos princípios jurídicos consagrados no artigo 1.º-A do mesmo Código).
- 38.** As referências ao valor do contrato e ao preço-base a contratar assumem, assim, nos AQ, uma importância essencial, pois elas serão o definidor não só do alcance económico do acordo a estabelecer, num funcionamento saudável do mercado, como também do volume jurídico, financeiro e material que estará contido nos contratos a celebrar no seu âmbito.
- 39.** A este respeito, a indicação por parte da autoridade adjudicante da quantidade e/ou do valor estimado e de uma quantidade e/ou de um valor máximo dos produtos a fornecer no âmbito de um AQ assume um considerável interesse para um qualquer proponente, visto que é com base nessa estimativa que este poderá apreciar a sua capacidade para cumprir as obrigações decorrentes desse AQ.
- 40.** Por outro lado, se o valor ou a quantidade máxima estimada, objeto desse acordo, não fosse indicada ou se tal indicação não tivesse carácter jurídico vinculativo, a autoridade adjudicante poderia não respeitar essa quantidade máxima. Por conseguinte, a responsabilidade contratual do adjudicatário poderia ser acionada com base no incumprimento do AQ se este não lograsse fornecer as quantidades pedidas pela autoridade adjudicante, mesmo que estas excedessem a quantidade máxima prevista no anúncio de concurso.
- 41.** Aliás, a Diretiva 2014/24/EU de 26/2 do Parlamento e do Conselho Europeus, relativa aos contratos públicos, no seu artigo 33.º, n.º 1, procede a uma definição do AQ com alusão à fixação dos termos contratuais em matéria de preços:
- “Um acordo-quadro é um acordo entre uma ou mais autoridades adjudicantes e um ou mais operadores económicos que tem por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, das quantidades previstas”.*
- 42.** Daí que se compreenda que no caso dos contratos celebrados na égide destes AQ de cariz fechado ou singular se prescindia até da elaboração de caderno de encargos,

onde, como se sabe, se define o preço-base – cfr. artigos 47.º, n.ºs 1 e 2, e 258.º, n.º 3, ambos do CCP.

43. Preço-base esse que no caso dos AQ corresponde ao montante previsível a receber pelas prestações que constituem objeto do contrato (artigo 47.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 253.º, n.º 1, ambos do CCP), sendo o valor contratual correspondente ao valor máximo de todos os contratos previstos ao seu abrigo e durante a sua vigência (cfr. artigo 17.º, n.º 4, do CCP, em consonância com o artigo 5.º, n.º 5, da mencionada Diretiva 2014/24/EU).
44. A fixação desse preço base deve estar devidamente fundamentada com base em critérios objetivos, designadamente por referência aos critérios definidos no n.º 3 do artigo 47.º do CCP, o que envolve, necessariamente, uma ponderação concretizada à situação contratual em apreço e não uma mera enumeração abstrata e remissiva para as normas legais ou para um determinado clausulado tipo.
45. Esta fixação do preço base entende-se como obrigatória e só poderá ser dispensada nas situações muito excecionais reportadas no n.º 5 do mesmo preceito legal.
46. Correspondentemente, no n.º 2 do artigo 253.º do CCP delimita-se o volume dos contratos celebrados ao abrigo de um AQ e a escolha do procedimento deste último, por correspondência ao somatório dos respetivos preços contratuais, norma delimitadora essa que funcionará como regra-travão (*ex ante*) e não como mero critério subsidiário ou residual para aferição do valor do próprio AQ na sua fase de execução, isto é, *a posteriori*, como parece querer fazer entender a defesa da entidade fiscalizada.
47. Tendo em conta a sistemática e a teleologia desta norma entende-se que a estatuição da mesma não proíbe, em abstrato, um concurso internacional relativo à formação de AQ com valor total superior a 5.350.000 € (dividido ou não em lotes), mas, apenas, clarifica que também quanto a esse procedimento de formação contratual se deve atender ao limiar acima do qual o anúncio dos procedimentos deverá ser obrigatoriamente objeto de publicitação no JOUE.
48. A aludida interpretação não esquece, por outro lado, como atrás se afirmou, as especiais exigências de avaliação da legalidade de AQ singulares em face dos princípios e regras de contratação pública e da reforçada operatividade de alguns dos comandos do direito da União Europeia quando o valor ultrapassa o limiar de € 5.350.000, sendo em especial importante avaliar aspetos potencialmente relevantes para a apreciação ao abrigo do mesmo artigo 252.º, n.º 2, do CCP.

49. Sobre esta mesma matéria, apreciando o artigo 18.º, n.º 1, e os artigos 33.º e 49.º da já aludida Diretiva 2014/24/UE, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu em Acórdão proferido em 17 de junho de 2021 (Acórdão *Simonsen & Weel*, ECLI:EU:C:2021:490⁸) que (§§ 54. a 67.):

“Todavia, à luz dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência enunciados no artigo 18.º, n.º 1 da Diretiva 2014/24, bem como da economia geral desta diretiva, não é aceitável que a autoridade adjudicante se abstenha de indicar, no anúncio de concurso, um valor máximo dos produtos a fornecer no âmbito de um acordo-quadro”.

50. Com efeito, resulta de outras disposições da Diretiva 2014/24 que a autoridade adjudicante deve determinar o conteúdo do acordo-quadro que pretende celebrar.

51. Em primeiro lugar, o acima citado artigo 5.º desta Diretiva, relativo aos métodos de cálculo do valor estimado do contrato, prevê, no seu n.º 5 que, nos AQ o valor a tomar em consideração é o valor máximo estimado, sem IVA, de todos os contratos públicos previstos durante toda a vigência do AQ.

52. Ora, uma vez que tem de avaliar o valor máximo estimado, sem IVA, de todos os contratos previstos durante toda a vigência do AQ a autoridade adjudicante pode e deve comunicar este valor aos proponentes.

53. De resto, o mesmo Tribunal de Justiça baseou-se no artigo 9.º, n.º 9, da pretérita Diretiva 2004/18, cuja redação é idêntica à do artigo 5.º, n.º 5, da Diretiva 2014/24, para considerar, no n.º 60 do Acórdão de 19 de Dezembro de 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato — Antitrust e Coopservice* (C-216/17, EU:C:2018:1034), que, embora esteja apenas sujeita a uma obrigação de meios quando se trate de especificar o valor e a frequência de cada contrato subsequente a adjudicar, a autoridade adjudicante que seja parte no acordo *ab initio* deve, não obstante, imperativamente especificar, quanto ao próprio acordo-quadro, o volume global, e, por conseguinte, a quantidade e/ou o valor máximo, no qual possam inscrever-se os contratos subsequentes.

54. De ponderar também, no domínio do direito europeu, em aplicação do ponto 7 da parte C do anexo V da Diretiva 2014/24, que a autoridade adjudicante deve, a título das informações que devem constar dos anúncios de concurso, descrever o contrato e, nesta medida, indicar a quantidade ou o valor dos fornecimentos que serão

⁸ Disponível, em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522acordo-quadro%2522&docid=243105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=18734495#ctx1>)

abrangidos pelo AQ na sua globalidade. Com efeito, não pode cumprir esta obrigação sem indicar, pelo menos, uma quantidade e/ou um valor máximo destes fornecimentos.

55. Por outro lado, quando uma autoridade adjudicante tem de preencher o formulário que figura no anexo II do Regulamento de Execução 2015/1986, deve fazer constar, na categoria II.2.6) deste formulário, relativa ao valor estimado, o valor total máximo para toda a duração de cada um dos lotes.
56. Além disso, importa sublinhar que, como resulta do artigo 33.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24, os princípios fundamentais do direito da União, como a igualdade de tratamento e a transparência, são aplicáveis, como não podia deixar de ser, aquando da celebração de um acordo-quadro. Ora, tanto os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação como o princípio da transparência daí decorrente implicam que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de modo, primeiro, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, segundo, a possibilitar à autoridade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos concorrentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa³. (veja-se, neste sentido, o já referido Acórdão de 19 de dezembro de 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato — Antitrust e Coopservice*, C-216/17, EU:C:2018:1034, n.º 63).
57. Com efeito, os princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos interessados na celebração do AQ, enunciados nomeadamente no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, sairiam afetados se a autoridade adjudicante que seja parte no acordo-quadro *ab initio* não especificasse o valor ou a quantidade máxima objeto desse acordo.
58. Como se referiu atrás, salienta-se a importância que tem a indicação por parte da autoridade adjudicante da quantidade e/ou do valor estimado e de uma quantidade e/ou de um valor máximo dos produtos a fornecer no âmbito de um AQ, para aferir das implicações dessa indicação deficiente ou omissa.

³. Vide, neste sentido, o mesmo Acórdão *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato — Antitrust e Coopservice*, C-216/17, EU:C:2018:1034, n.º 64).

59. Isto porque tal situação, pelas suas próprias implicações negativas, se demonstra contrária ao princípio da transparência enunciado no artigo 18.^a, n.º 1, da Diretiva 2014/24.
60. Além disso, o princípio da transparência poderia ser violado de forma duradoura, uma vez que, como decorre do artigo 33.º, n.ºs 1, 3.º §, desta mesma Diretiva, um AQ pode ser celebrado por um período que pode ir até quatro anos, ou mais, em casos excepcionais devidamente justificados, nomeadamente pelo objeto do AQ. Acresce que, como enuncia o considerando 62 da referida diretiva, os contratos baseados num AQ devem ser adjudicados antes do fim do período de vigência do AQ, ao passo que a duração dos contratos individuais baseados num AQ não tem de coincidir com o período de vigência desse AQ, podendo ser mais longa ou mais curta.
61. Por último, uma interpretação extensiva da obrigação de definir o valor ou a quantidade estimada máxima abrangida pelo AQ seria igualmente suscetível, por um lado, de privar de efeito útil a regra prevista no artigo 33.º, n.º 2, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/24, e transposta para o artigo 257.º n.º 2 do CCP, segundo a qual os contratos baseados num AQ não podem em caso algum introduzir modificações substanciais nas condições aí estabelecidas, e, por outro, de constituir uma utilização abusiva ou uma utilização destinada a impedir, restringir ou falsear a concorrência, conforme aludida no considerando 61 da referida diretiva.
62. Daqui resulta que o facto de se exigir à autoridade adjudicante que seja parte no AQ *ab initio* que indique, no acordo-quadro, a quantidade e o valor máximo das prestações que esse acordo cobrirá concretiza a proibição de recorrer aos AQ de forma abusiva ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência^{4 5}.
63. Ou seja, fazendo uma interpretação das normas legais nacionais em concordância com o direito da União Europeia, temos também que concluir em discordância com o que defende a adjudicante, antes tendo de se entender que estava obrigada a considerar o valor nas peças procedimentais mais relevantes e também na

⁴ Conforme, decidido no Acórdão do TJUE *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato — Antitrust e Coopservice*, C-216/17, EU:C:2018:1034, n.º 69).”.

⁵ Neste mesmo sentido se pronuncia Pedro Costa Gonçalves, em *Direito dos Contratos Públicos*, 5.^a edição, 2021, Coimbra: Almedina, pp. 257, nota de rodapé 342.



publicitação do valor contratual com referência ao somatório dos contratos (valor máximo) que pretendia vir a celebrar no âmbito daquele AQ.

64. No supra citado acórdão do TJUE *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato — Antitrust e Coopservice* faz-se a seguinte ressalva: “a indicação da quantidade ou do valor máximo dos produtos a fornecer no âmbito de um acordo-quadro pode figurar tanto no anúncio de concurso como no caderno de encargos, dado que, no que se refere a um acordo-quadro, as autoridades adjudicantes são obrigadas a oferecer, de acordo com o artigo 53.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, por via eletrónica, um acesso gratuito, livre, direto e completo aos documentos do concurso, a partir da data de publicação do anúncio, em conformidade com o artigo 51.º desta diretiva”, entendendo que desse modo estará assegurado “o respeito pelos princípios da transparência e da igualdade de tratamento enunciados no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24” (parágrafo 72).
65. A questão que se coloca no presente caso é a de se saber se por estar indicado o valor global no caderno de encargos e respetivos anexos, se poderá considerar cumprido pela adjudicante o ónus de indicação do preço, na interpretação feita pelo TJUE.
66. Como se descreveu acima, existe uma dessintonia entre o conteúdo das peças procedimentais do concurso público relativo ao AQ aqui em apreço (caderno de encargos, programa de procedimento e anúncio), desde logo por ausência de referência ao valor do contrato e da falta de indicação absoluta na divulgação do mesmo concurso ao preço base que a entidade fiscalizada se dispunha a pagar pelas prestações previstas no mesmo AQ e a executar nas empreitadas correspondentes.
67. Esta situação não pode ser ressalvada pois não se trata apenas de um assunto não tratado no anúncio e disponível no caderno de encargos, pois, como vimos, existe uma discrepância entre ambas as peças e destas também com o programa de procedimento, mesmo com a sua remissão para o descrito mapa de trabalhos e quantidades.
68. Pelo que nunca se poderá concluir que essa discrepância podia ver a ser colmatada pela informação técnica constante do dito anexo com o mapa de trabalhos e quantidades, sem que se possa deixar de concluir, ao invés, que aquela discrepância concreta era indubitavelmente suscetível de induzir em erro um potencial concorrente, assim desrespeitando o princípio da transparência e igualdade de tratamento. Por outras palavras: caso no anúncio nada fosse dito ou se remetesse para o caderno de encargos e nele fossem estabelecidas cláusulas suficientemente descritivas do programa contratual ali em apreço, poder-se-ia concluir, como o faz o

TJUE, que o ónus de indicação do valor global estaria cumprido. Neste caso, isso não acontece, já que a menção à inexistência de um preço, no contexto de discrepâncias das referências a esses valores nas demais peças procedimentais, é uma informação errada que claramente viola o princípio da transparência que deve nortear a contratação pública.

69. Em conclusão, existe de facto uma violação de regras procedimentais por parte da adjudicante ao não ter feito constar no anúncio de publicitação da intenção de celebrar um AQ o valor global estimado dos contratos a celebrar e ao conter discrepâncias quanto ao valor do contrato e do preço base nas demais peças procedimentais, em violação clara do disposto, conjugadamente, nos artigos 17.º, n.º 4; 18.º, 47.º, n.ºs 2 e 3; 252.º, n.º 1, alínea a), e 2, e 253.º, n.ºs 1 e 2, do CCP, em adequação ao direito da União Europeia também acima afirmado e aos princípios da concorrência e da transparência salientados no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP.
70. O que permite concluir que a escolha do procedimento em concreto adotado (cf. artigo 18.º do CCP) não foi realizada em correspondência com o valor real do AQ respetivo, o que afetou, também assim, a adjudicação por ajuste direto do contrato singular de empreitada celebrado ao abrigo daquele e aqui sujeito a fiscalização prévia, na linha do acima defendido.
71. Sendo que, a falta do procedimento legalmente exigível, nos termos do Art.º 161.º, n.º 2, al. l) do Código do Procedimento Administrativo (CPA), determina a nulidade do referido procedimento e, conseqüentemente, constitui fundamento de recusa de visto, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do Art.º 44.º da LOPTC.
72. Estando o procedimento que conduziu à celebração do Acordo-Quadro ferido do vício de nulidade, enfermam do mesmo vício os contratos celebrados ao seu abrigo.

C) Da ilegalidade do procedimento por ausência de publicitação no JOEU

73. Por último, há que considerar que a preterição dos procedimentos pré-contratuais legalmente devidos, 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 dos referidos contratos.

74. Intrinsecamente ligada com a questão anterior (valor do contrato e preço base do AQ) está a questão da falta de publicação em JOUE do anúncio de abertura do concurso público para a celebração de AQ.
75. Atendendo ao disposto no artigo 18.º (a escolha do procedimento a adotar deve ser feita tendo por base no valor do contrato a celebrar), no artigo 17.º, n.º 4 (o valor do AQ é de 68.617.940,00€) e no artigo 19.º, alíneas a) e b) (este último *a contrario*), conjugado com o artigo 474.º, n.º 3, alínea a), por remissão do artigo 253.º, n.º 1, todos estes preceitos legais do CCP, deveria o anúncio de abertura do concurso ter sido objeto de publicação no JOEU.
76. Com efeito, a remissão do n.º 1 do artigo 253.º do CCP para os procedimentos de formação do contrato não pode deixar de significar isso mesmo, reiterando-se, aqui, que a interpretação que a defesa da entidade fiscalizada faz do n.º 2 do mesmo artigo 253.º carece de fundamento.
77. A citada norma delimita o volume dos contratos celebrados ao abrigo de um AQ e a escolha do procedimento deste último, por correspondência ao somatório dos respetivos preços contratuais, norma delimitadora essa que funcionará como regra-travão (*ex ante*) e não como mero critério subsidiário ou residual para aferição do valor do próprio AQ na sua fase de execução, isto é, *a posteriori*.
78. Numa interpretação meramente literal do n.º 2 do artigo 253.º do CCP, dir-se-ia que no caso dos AQ, a entidade adjudicante não estaria obrigada a escolher o procedimento em função do valor, antes podendo optar por qualquer um dos procedimentos previstos no CCP, ficando, isso sim, no que se entende como uma inversão lógica, limitada a montante pela opção que tome a jusante.
79. E alguma da doutrina portuguesa mais recente tem-se pronunciado em modos tais que parece permitir um entendimento desta natureza:
- Assim, Pedro Costa Gonçalves, Direito dos Contratos Públicos, ob. cit., a pp. 257: “*para a formação de um acordo-quadro, podem adotar-se os procedimentos indicados nos artigos 19.º a 21.º, caso em que podem celebrar-se contratos ao abrigo desse acordo-quadro até aos montantes permitidos em função do procedimento escolhido. Assim, um acordo-quadro relativo à prestação de serviços de montagem de pavilhões em feiras celebrado pelo Estado na sequência de concurso público sem publicação no JOUE permite a celebração de contratos ao seu abrigo até ao valor total (de todos os contratos) de 139.000 EUR, por força do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), conjugado com o disposto no artigo 474.º, n.º 3, alínea b). No mesmo caso, o acordo-quadro celebrado na sequência de concurso com*



publicação no JOUE permite a celebração de contratos até a um valor total superior aos limiares europeus estabelecidos no artigo 474.º (devendo desconsiderar-se, neste caso, a exigência do artigo 253.º, n.º 2, de que o somatório dos preços dos contratos seja inferior aos valores aplicáveis nos termos do artigo 474.º).”; e

*- Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*, volume II, AAFDL Editora, fevereiro de 2021, pág. 786, maxime nota de rodapé 994: “não é o valor estimado do contrato que determina o procedimento a adotar (porque, precisamente tratando-se de uma estimativa, ela não é certa e pode conduzir á adoção de um procedimento errado), mas é o procedimento adotado que poderá vir a condicionar posteriormente o valor do contrato a celebrar.”.*

- 80.** Porém, esta interpretação, da qual se discorda, não se coaduna, com a teleologia e a sistemática desta norma e, como salienta o citado Acórdão n.º 26/2021-1.ªS/SS, contrariaria o estipulado na já salientada Diretiva 2014/24/EU.

D) Efeitos das ilegalidades do contrato: recusa de visto.

- 81.** O procedimento que conduziu à celebração do AQ está ferido do vício de nulidade e, conseqüentemente, enfermam do mesmo vício os contratos celebrados ao seu abrigo.
- 82.** Por outro lado, a preterição dos procedimentos pré-contratuais legalmente devidos, 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 também motivo de recusa de visto dos referidos contratos.
- 83.** Sendo que de acordo com a jurisprudência firmada por este TdC, o preenchimento dessa disposição legal se basta com “*o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro do contrato*” (assim, e por todos, os acórdãos deste TdC n.ºs 23/2011-14.JUL-1.ªS/PL e 31/2020-14.JUL-1.ªS/PL (§§31).
- 84.** E, no presente caso, se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, seria fortemente suscetível que se tivesse sido obtido um resultado diferente, com melhor proteção dos interesses financeiros públicos.
- 85.** De facto, se o AQ tivesse sido preparado nas suas peças fundamentais e devidamente divulgado e publicitado (com a amplitude inerente ao seu valor específico inerente ao

mercado europeu) com referência ao seu valor, como deveria, é provável que tivessem surgido propostas mais competitivas em termos de preço, desse modo, quer o universo das propostas quer a sua ordenação poderia ter sido outra completamente diferente, nomeadamente, em termos de maior vantagem económica para a entidade pública.

- 86.** E essas consequências repercutiram-se em todos os subsequentes contratos de empreitada objeto de ajuste direto que vieram a ser outorgados, incluindo aquele aqui apresentado a fiscalização prévia.
- 87.** Em conclusão, as ilegalidades mencionadas constituem fundamento para a recusa do visto nos termos das alíneas a) e c) do n.º 3 do Art.º 44.º da LOPTC.

III – DECISÃO

1. Assim, pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato identificado no §1. deste Acórdão.
2. 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, 30 de novembro de 2021.

Os juízes Conselheiros

Alziro Antunes Cardoso, Relator

Miguel Pestana de Vasconcelos - Adjunto

(participou na sessão por videoconferência e votou favoravelmente o Acórdão)

Sofia David – Adjunto

(participou na sessão, a partir da sala se sessões do Tribunal, e votou favoravelmente o Acórdão)



TRIBUNAL DE
CONTAS