

SUMÁRIO

1. Estando o contrato cuja adjudicação foi anulada por decisão judicial já completamente executado, não pode a entidade adjudicante celebrar com a concorrente preterida um novo contrato fundado no título judicial daquela decisão judicial anulatória.
2. Isto por se encontrar verificada uma impossibilidade objetiva de execução da sentença anulatória, pois perante a anulação judicial de um ato administrativo, a regra geral é a da obrigação de reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado, sem prejuízo do poder de praticar novo ato, tudo nos termos do disposto no Art.º 173.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA – aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro).
3. O postulado geral que se pode extrair do Art.º 45.º-A, n.º 1, alínea a) do CPTA (aditado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro) é o de que, estando executado o contrato celebrado na sequência de um ato de adjudicação posteriormente anulado por sentença, se verifica uma causa legítima de inexecução da sentença por impossibilidade objetiva, tal como tem considerado a jurisprudência administrativa.
4. Destarte, já não se mostra possível atuar como se o ato de adjudicação anulado nunca tivesse sido praticado, pois este produziu todos os efeitos a que se destinava – o contrato não só foi celebrado como foi integralmente executado, encontrando-se exaurido nos seus efeitos.
5. Por outro lado, tratando-se de um contrato novo e não da formalização do contrato que foi o culminar do procedimento pré-contratual anterior, forçosamente se tem de concluir que o mesmo contrato não se mostra precedido de qualquer procedimento prévio de formação (mesmo o do ajuste direto por total ausência dos respetivos pressupostos, trâmites preparatórios e decisões).
6. A preterição total do procedimento legalmente exigido é causa de nulidade, nos termos do disposto nos Art.ºs 161.º, n.º 2, alínea l), e 284.º, n.º 2, ambos do Código de Procedimento Administrativo (CPA).
7. Tratando-se aqui de um contrato financiado por fundos europeus, é-lhe aplicável o regime de fiscalização prévia especial, nos termos do disposto no Art.º 17.º-A da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (na redação introduzida pela Lei n.º 43/2024, de 2 de dezembro), que se rege pela Leis de Organização e Processo do Tribunal de Contas, com as especificidades previstas nessa mesma norma.
8. A nulidade contratual verificada, condizente com uma preterição total de procedimento, seria em fiscalização prévia (comum) fundamento absoluto de recusa de visto, que não permitia a

sua concessão ainda que acompanhada de eventuais recomendações, atento o disposto no Art.º 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), e n.º 4 (este a *contrario* sensu), da LOPTC.

9. Nos termos do disposto no n.º 5 do citado Art.º 17.º-A da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, em fiscalização prévia especial, nos casos em que se verifique a preterição total de procedimento de formação do contrato, deve ser proferida decisão de improcedência, da qual resulta a imediata cessação dos efeitos dos atos ou contratos objeto da decisão.

4 2025

1.ª Secção – SS

Data: 04/02/2025

Processo: 33/2024

Fiscalização Prévia Especial

RELATOR: Conselheiro Nuno Miguel P. R. Coelho

MANTIDO PELO ACÓRDÃO N.º 14/2025, DE 22/04/2025

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

I. RELATÓRIO

7 Resulta fundamentalmente do processo o seguinte:

- 7.1 O Instituto da Segurança Social, I.P. (ISS, I.P.) veio em 06/09/2024 requerer a fiscalização prévia do contrato para o fornecimento do Género Alimentar Pescada para Cozer n.º 3 porcionada, no âmbito do *Fundo Europeu de Apoio às Pessoas Mais Carenciadas FEAC*, celebrado em 03/09/2024 com *OS GRANTE - INDÚSTRIA & DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, LDA.* (cocontratante), pelo valor de 1.281.706,80€ (um milhão, duzentos e oitenta e um mil, setecentos e seis euros e oitenta cêntimos) e com o prazo de execução de entre 25 de outubro a 20 de dezembro de 2024.
- 7.2 Autuado tal requerimento como Processo de Fiscalização Prévia (PFP) com o n.º 2315/2024, foi no âmbito do mesmo a entidade fiscalizada interpelada, uma primeira vez, pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP), através do ofício n.º 45704/2024, de 13/09/2024, para vir prestar esclarecimentos e juntar documentação em falta.
- 7.3 O ISS respondeu em 09/10/2024, através do requerimento n.º 3089/2024.
- 7.4 Em Sessão Diária de Visto de 18/10/2024, foi determinada a devolução do contrato para exercício do contraditório, tendo o ISS apresentado resposta em 13/12/2024, através do requerimento n.º 3741/2024.
- 7.5 Entretanto, em Sessão Diária de Visto de 23/12/2024, foi ordenada a notificação do ISS nos termos e para os efeitos do Art.º 23.º das Instruções n.º 1/2024 (aprovadas pela Resolução n.º 4/2024-PG, publicada no DR, 2.ª série, suplemento de 16/12/2024), tendo este vindo requerer a remessa para Fiscalização Prévia Especial, ao abrigo da Lei n.º

43/2024, de 2 de dezembro, o que determinou o arquivamento daquele processo n.º 2135/2024 e a abertura dos presentes autos.

- 1.6 Em sessão de julgamento, após deliberação do coletivo, o projeto de acórdão trazido à sessão pela Juíza Conselheira relatora não obteve vencimento, sendo apresentado este outro projeto de acórdão que segue com os seus fundamentos e dispositivo.

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

II.1 FACTOS PROVADOS

- 2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:

Do contrato submetido a fiscalização prévia

- 2.1 O Instituto da Segurança Social, I.P. (ISS, I.P.) celebrou em 03/09/2024 com *OS GRANTE - INDÚSTRIA & DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, LDA.* (cocontratante) o “*Contrato para o Fornecimento do Género Alimentar Pescada para Cozer n.º 3 Porcionada no Âmbito do Fundo Europeu de Apoio às Pessoas Mais Carenciadas FEAC (Contrato n.º 24LA2001000040 – Processo n.º 2001/20/0001575 – NPD 2222000080)*”, pelo valor de 1.281.706,80€ (um milhão, duzentos e oitenta e um mil, setecentos e seis euros e oitenta cêntimos), destinado a ser executado entre 25 de outubro e 20 de dezembro de 2024.

Do procedimento pré-contratual

- 2.2 Por deliberação do Conselho Diretivo do ISS, I.P. de 17/09/2020, foi aprovada a realização da despesa e a abertura de concurso público com publicidade internacional para “*Fornecimento de Género Alimentar – Pescada Congelada n.º 3 para Cozer Porcionada – no Âmbito do FEAC_2021/2022*”, pelo preço base de 1.716.335,02€ e com o prazo previsto de execução de 02 de novembro de 2021 a 31 de outubro de 2022.
- 2.3 Os anúncios foram publicados no Diário da República, 2.ª série, n.º 188, de 25/09/2020, e no Jornal Oficial da União Europeia, n.º S188, de 28/09/2020.
- 2.4 Após prorrogação de prazo para tal, foram apresentadas as seguintes propostas:

CONCORRENTE	VALOR GLOBAL
FRIGUARDA – Produtos Congelados, Lda.	1.713.742,80 €

ALBISABORES, Importação e Exportação de Produtos Alimentares, Lda.	1.714.341,60 €
SOGENAVE - Sociedade Geral de Abastecimentos à Navegação e Indústria Hoteleira, SA.	1.402.923,14 €
SABORFRIO Unipessoal, Lda.	1.260.105,00 €
OS GRANTE - Indústria & Distribuição Alimentar, LDA	1.288.907,40 €
PLATAFORMA FEMAR, SL	1.272.706,05 €

- 2.5 No relatório final elaborado em 26/01/2022, o júri propôs a exclusão das propostas de *FRIGUARDA – Produtos Congelados, Lda* e de *ALBISABORES, Importação e Exportação de Produtos Alimentares, Unipessoal, Lda.* e a adjudicação do contrato à concorrente *PLATAFORMA FEMAR, SL*, pelo preço global de 1.272.706,05€ (um milhão, duzentos e setenta e dois mil, setecentos e seis euros e cinco cêntimos), ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor, tendo graduado a proposta da concorrente *OS GRANTE - Indústria & Distribuição Alimentar, LDA*, em segundo lugar.
- 2.6 Por deliberação do Conselho Diretivo do ISS, I.P. de 03/02/2022 foi homologado aquele relatório final e adjudicado o contrato nos termos ali propostos, tendo sido ainda aprovada a minuta do contrato a celebrar.
- 2.7 Notificada da adjudicação, a concorrente *OS GRANTE - Indústria & Distribuição Alimentar, LDA* apresentou em 17/02/2022 impugnação administrativa junto do Presidente do Conselho Diretivo do ISS, I.P., a qual veio por este a ser julgada improcedente, por decisão proferida em 17/03/2022.
- 2.8 Para além daquela impugnação administrativa, a mesma concorrente instaurou no Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, contra o ISS, I.P., e tendo como contrainteressada a concorrente *PLATAFORMA FEMAR, SL*, ação de contencioso pré-contratual, que ali correu termos sob o n.º 211/22.8BELRA, pedindo a anulação da decisão de adjudicação.
- 2.9 Na contestação apresentada nessa ação, o ISS requereu o levantamento do efeito suspensivo automático, nos termos do art.º 103º-A, n.º 1 do Código de Processo nos

Tribunais Administrativos (CPTA), o que foi deferido por despacho proferido em 12/07/2022.

- 2.10 Na sequência de tal decisão, em 28/07/2022 o ISS e a *PLATAFORMA FEMAR, SL*, assinaram o “*Contrato para o Fornecimento do Género Alimentar Pescada Congelada n.º 3 para Cozer Porcionada no Âmbito do Fundo Europeu de Apoio às Pessoas mais Carenciadas FEAC (Contrato n.º 2001/22/00062 – Processo n.º 2001/20/0001575)*”, pelo preço global de 1.272.706,05€ (um milhão, duzentos e setenta e dois mil, setecentos e seis euros e cinco cêntimos), ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor, para ser executado entre 25/03/2022 e 28/10/2022.
- 2.11 O contrato foi submetido a fiscalização prévia neste tribunal, no processo que correu termos sob o n.º 1396/2022, tendo em Sessão Diária de Visto de 14/11/2022 sido concedido o visto, com a advertência de que o ISS deveria remeter adenda ao contrato com a nova calendarização do prazo de execução do fornecimento, logo que a mesma se encontrasse formalizada.
- 2.12 Após modificação objetiva ao contrato formalizada em 11/09/2023, a execução deste concluiu-se em 31 de outubro de 2023, sendo considerados esgotados todos os seus efeitos pelas partes envolvidas.
- 2.13 Posteriormente, por sentença proferida em 03/06/2024, já transitada em julgado, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria julgou a ação de contencioso pré-contratual totalmente procedente, nos seguintes termos:

“Face ao exposto, julgo totalmente procedente a presente ação e, em consequência:

A. Anulo a decisão de adjudicação da proposta da Contrainteressada;

B. Condeno a Entidade Demandada a excluir a proposta da Contrainteressada;

C. Condeno a Entidade Demandada a adjudicar a proposta da Autora.”

- 2.14 Na sequência dessa decisão judicial, foi elaborada pela *Unidade de Contratação Pública* do *Departamento de Administração e Património* do ISS a informação n.º SCC-4517/2024, datada de 25/07/2024, na qual se informa o seguinte quanto à execução da sentença:

“No que respeita à execução da execução da sentença, conforme os 3 pontos supra expostos, cabe dizer o seguinte;

Em primeiro lugar será de salientar, no que concerne à defesa do interesse público da entidade adjudicante, que a execução da sentença que ocorrerá

com a celebração de contrato com o concorrente OS GRANTE, não coloca em causa minimamente esse interesse público, pois que o preço contratual apresentado pela melhor proposta no procedimento extinto foi de 1,82 € (um euro e oitenta e dois cêntimos), quando na execução do contrato a celebrar, por efeito da sentença, o preço de aquisição individual do mesmo género alimentar será de 1,78 € (um euro e setenta e oito cêntimos), o que, face às 720.060 unidades a adquirir, redundará numa redução global do custo de aquisição de 28.802,40 €.

Quanto aos dois primeiros pontos da sentença em apreço e acima expostos, os mesmos encontram-se prejudicados por inutilidade superveniente da decisão.

Com efeito, no que diz respeito à anulação da deliberação de adjudicação, por força da decisão do TAF de Leiria proferida no incidente de levantamento do efeito suspensivo, a decisão de adjudicação conduziu à celebração e outorga do contrato com a Plataforma FEMAR, SL, tendo o contrato sido executado de acordo com o que supra ficou exposto, nomeadamente com a modificação objetiva ao contrato, da qual decorre que o mesmo ficou executado, e esgotados todos os seus efeitos à data de 31 de outubro de 2023.

Pelo que, a decisão anulatória não tem qualquer virtualidade concreta de execução, sendo que de tal facto não resulta qualquer prejuízo para a adjudicatária Plataforma FEMAR, SL., em razão da execução contratual nos termos descritos.

No que respeita ao segundo ponto da sentença a condenação à exclusão da proposta da concorrente Plataforma FEMSAR, SL também aqui se verifica a impossibilidade prática de execução da sentença, pois em decorrência da execução do contrato nos termos acima mencionados, não há possibilidade objetiva de dar execução a tal desiderato da sentença, não havendo, por consequência, sequer qualquer ato de contraditório a conceder à mencionada Plataforma FEMA, SL, na circunstância em que a mesma era parte do ação de contencioso pré-contratual (contrainteressada) tendo-se conformado com a decisão proferida, que se tornou caso julgado.

Cabará, assim, dar corpo à execução do terceiro ponto da sentença, qual seja a adjudicação da proposta do concorrente OS GRANTE, razão pela qual se emite a presente informação, propondo-se a adjudicação em conformidade com a proposta apresentada pela mesma.

IV-PROPOSTA

a) Deliberar a adjudicação da proposta apresentada pelo concorrente OS GRANTE Indústria & Distribuição Alimentar, Lda.", com o NIPC 515 167 282 e sede na Rua Serpa Pinto n.º 67, 2350-552, Torres Novas, tendente ao fornecimento do género alimentar Pescada Congelada para Cozer, n.º 3 porcionada, no âmbito do Fundo Europeu de Auxílio às Pessoas Mais

Carenciadas FEAC, na quantidade de 720.060 embalagens individuais de 0,600 km cada uma, com o preço unitário de 1,78 € (um euro e setenta e oito cêntimos), sendo o preço global de 1.288.907,40 € (um milhão duzentos e oitenta e oito mil novecentos e sete euros e quarenta cêntimos), reportando-se 1.281.706,80 € (um milhão duzentos e oitenta e um mil setecentos e seis euros e oitenta cêntimos) à aquisição do género alimentar, e 7.200,60 (sete mil e duzentos euros e sessenta cêntimos), ao custo de transporte, acrescendo aos referidos valores o IVA à taxa legal.

b) A aprovação da minuta de contrato anexa à presente informação para o fornecimento do referido género alimentar, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 98.º do CCP, na qual consta expressamente a data de execução do contrato.

(...)”

2.15 O Conselho Diretivo do ISS, por deliberação de 12/08/2024, concordou com a informação apresentada e aprovou a proposta nela formulada, na sequência do que foi assinado o contrato submetido a fiscalização nos presentes autos.

Da tramitação dos autos

2.16 No âmbito do processo n.º 2312/2024, o DFP notificou o ISS através do através do ofício n.º 45704/2024, de 13/09/2024, nos seguintes termos:

1. Fundamente legalmente como considera que o contrato em apreço pode ser outorgado em cumprimento de decisão judicial do Processo de contencioso pré-contratual n.º 211/22.8BELRA, atendendo a que na sequência do procedimento pré-contratual que o antecedeu foi outorgado contrato que se encontra integralmente executado por outro cocontratante, cf. Informação n.º SCC-4517/2024 de 25.07.2024.

2. Remeta cópia dos seguintes documentos:

a) extrato das atas da reunião do Conselho Diretivo do Instituto da Segurança Social, I.P. que aprovou a decisão de contratar e a respetiva adjudicação;

b) Relatório Preliminar

c) fluxo do procedimento completo, extraído da Plataforma Eletrónica de contratação pública;

d) Declaração de inexistência de conflitos de interesses a que se refere o n.º 7 do artigo 290.º-A do CCP, subscrita pelo gestor do contrato, antes do início de funções, devidamente datada e assinada, conforme modelo previsto no n.º 2 do anexo xiii ao referido Código;

e) *Evidência da publicitação do anúncio de adjudicação no JOUE e no portal BASE, nos termos do estabelecido n.º 1 do artigo 78.º e do artigo 465.º, ambos do CCP, ou nova evidência que a anomalia na respetiva plataforma não está ultrapassada.*

3. *Remeta ainda, a seguinte documentação financeira:*

- a) *Comprovativo, extraído do sistema informático de apoio à execução orçamental, do registo do compromisso, com evidência da respetiva numeração e data de registo;*
- b) *Extrato da conta corrente dos fundos disponíveis extraídos da aplicação informática e contabilística, de onde conste a informação de saldo de fundo disponível antes e após a inscrição do respetivo compromisso.*

2.17 O ISS respondeu em 09/10/2024, através do requerimento n.º 3089/2024, com o seguinte teor:

“1. A execução do contrato em apreço decorre do cumprimento de sentença transitada em julgado, cuja certidão do respetivo trânsito em julgado se junta (Doc_1_certidao_transito). Mais se esclarece que, atento o objeto do contrato – O fornecimento de género alimentar destinado às pessoas mais carenciadas, em execução de programa continuado e permanente de apoio às referidas pessoas -, não foi alegada, nem teria fundamento para o efeito, a impossibilidade de execução, por impossibilidade absoluta e definitiva da sua execução, pois que, como referido, a aquisição de géneros alimentares, como aquele que é objeto do contrato, continua a ser efetuada pelo ISS, I.P., em execução do programa de apoio às pessoas mais carenciadas – FEAC. Deste modo, face à continuada necessidade de aquisição do género alimentar, atenta a decisão do Tribunal Administrativo e a necessidade do seu cumprimento pelo ISS, I.P., impunha-se a celebração e execução do contrato.

2. *Dá-se as seguintes explicações e remetem-se os seguintes documentos:*

(...)

2.18 Em Sessão Diária de Visto de 18/10/2024, foi determinada a devolução do contrato para exercício do contraditório nos seguintes termos:

Executado o contrato cuja celebração assentou em adjudicação que foi anulada, é juridicamente impossível a prática de novo ato de adjudicação, em sede de execução de sentença, como o reconhece o Supremo Tribunal de administrativo em acórdão (01087/16.0BALS01087/16) de 15-06-2023. O contrato seria assim nulo por impossibilidade do objeto, nos termos gerais de Direito, e nos do direito administrativo em particular, como resulta do artigo 133.º, n.º 2, al. a) do Código de Procedimento Administrativo.

Adverte-se expressamente a entidade que a nulidade consiste num fundamento absoluto de recusa de visto, nos termos do art. 44.º, n.º 3, al. a) LOPTC.

- 2.19 O ISS apresentou resposta em 13/12/2024, através do requerimento n.º 3741/2024, com o seguinte teor:

“A – A Questão:

(...)

No essencial, se bem interpretamos as razões e fundamentos da devolução do processo decidida pelo TdC em sessão de visto diário, estamos perante a impossibilidade jurídica de uma nova decisão de adjudicação, e consequentemente a impossibilidade de celebração e execução de um novo contrato, tendo em conta que o contrato resultante da decisão adjudicatória anulada pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, no âmbito da ação de contencioso pré-contratual, que no referido tribunal correu termos sob o Processo n.º 211/22.8BELRA, já foi executado, e como tal, um novo contrato será nulo pela impossibilidade jurídica do seu objeto – o que sucederia, nos termos do invocado artigo 133.º (hoje, artigo 161.º), n.º 2, alínea c) (e não da alínea a) como, por lapso, consta da notificação recebida).

B – Contraditório:

Identificada a questão e os fundamentos que conduziram à decisão de devolução do processo, convirá por razões de clareza de exposição do Presente contraditório, relembrar os factos que conduziram à outorga do contrato submetido a processo de fiscalização prévia do TdC, no sentido de ao mesmo ser concedido visto, nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 46.º da LOPTC.

- a) No âmbito do procedimento pré-contratual desenvolvido pelo ISS, I.P., por concurso público com publicação no JOUE, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 20.º do CCP, destinado à aquisição do género alimentar Pescada Congelada n.º 3 para cozer, no âmbito do FEAC, procedimento que internamente tem o n.º 2001/20/0001575, na sequência do 2.º Relatório Final elaborado pelo júri do procedimento, o órgão com a decisão de contratar, o Conselho Diretivo do ISS, I.P., por deliberação tomada em 13.02.2022, exarada sobre a informação n.º SCC-548/2022, de 31.01.2022, decidiu adjudicar a proposta apresentada a concurso pelo operador económico, com sede em Espanha, “PLATAFORMA FEMAR, SL” (FEMAR);*
- b) Na sequência da decisão adjudicatória referida na alínea anterior, o ISS, I.P. e a referida FEMAR celebraram o contrato n.º 2001722700062, em 28.07.2022;*
- c) Inconformada com a decisão adjudicatória tomada pelo ISS, I.P., a concorrente OS GRANTE – INDÚSTRIA & DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, LDA. (OS GRANTE), ao abrigo do disposto no art.º 100.º e ss. do CPTA, veio intentar ação de contencioso pré-contratual, cuja ação se reconduz ao Processo n.º 211/22.8BELRA, que correu termos do TAF de Leiria, o qual já supra se fez alusão.*
- d) Foi interposto incidente de levantamento suspensivo, o qual foi decidido favoravelmente ao ISS, I.P.,*
- e) Em face do levantamento do efeito suspensivo da ação de contencioso pré-contratual, o ISS, I.P., e a FEMAR, após ser concedido visto ao contrato pelo TdC, deram execução ao contrato.*

- f) Na sequência de modificação objetiva ao contrato, outorgada por Adenda em 12.09.2023, o ISS, I.P. e a FEMAR, atento disposto no art.º 311.º e ss. do CCP, acordaram uma redução à quantidade de unidades individuais do género alimentar a adquirir, e conseqüente redução do preço global do contrato, conforme documento que se anexa (Doc. 1_Adenda_Contrato_Inicial)
- g) O contrato em apreço, tendo em conta a modificação objetiva e a alteração à duração do prazo de execução contratual que da mesma decorreu, terminou em outubro de 2023;
- h) Por decisão proferida pelo TAF de Leiria na ação de contencioso pré-contratual já supra identificada, veio julgar procedente a ação intentada pelos OS GRANTE, tendo:
- A. **Anulado a decisão de adjudicação da proposta da Contrainteressada (FEMAR);**
 - B. **Condenado a Entidade Demandada a excluir a proposta da Contrainteressada (FEMAR)**
 - C. **Condenado a Entidade Demandada a adjudicar a proposta da Autora (OS GRANTE).**
- i) Tendo em conta que se formou caso julgado, na ausência de recurso pelo ISS, I.P., ou pela contrainteressada FEMAR;
- j) Dando execução voluntária à sentença proferida, o ISS, I.P., por deliberação do Conselho Diretivo, tomada em 12.08.2024, exarada sobre a informação n.º SCC-4517/2024, de 25.07.2024, deliberou adjudicar a proposta de OS GRANTE;
- k) Na sequência da deliberação referida na alínea anterior, entre o ISS, I.P., e OS GRANTE, foi celebrado o contrato 24LA20011000040, destinado ao fornecimento do género alimentar Pescada Congelada;
- l) Contrato esse que é agora objeto do processo de fiscalização n.º 2315/2024, o qual foi devolvido com os fundamentos acima elencados e sobre o qual se exerce o contraditório.

Assim, sumariamente expostos que foram os factos conducentes ao processo de fiscalização prévia aqui em apreço, cumpre ao ISS, I.P., contraditar a invocada impossibilidade jurídica de um novo ato adjudicatório, e a conseqüente nulidade do contrato por alegada impossibilidade do seu objeto.

Vejamos:

O objeto do contrato em processo de visto junto do TdC é a aquisição de um produto alimentar, o qual integra um cabaz de 25 produtos que o ISS, I.P., enquanto entidade nacional com competência na matéria, distribui diretamente junto das populações mais carenciadas, em situação de severa privação material, fazendo-o abrigo de um fundo e programa da União Europeia, justamente conhecido por Fundo Europeu de Apoio às Pessoas Mais Carenciadas, cuja abreviatura é designada por FEAC.

O fundo e apoio em questão tem um carácter continuado encontrando-se atualmente em preparação uma nova fase de procedimentos (9.ª Fase), cujo financiamento já foi aprovado por Resolução do Conselho de Ministros, em reunião de 24 de outubro de 2024, justamente a RCM n.º 161/2024, publicada no Diário da República n.º 218, 1.º série, de 11 de novembro de 2024.

Sendo certo que, no que concerne a 8.º Fase do referido programa ou fundo de apoio, em termos de enquadramento financeiro, por força do n.º 6 da

RCM citada no parágrafo anterior, foi alterada e reprogramada a RCM n.º 103/2023, de 30 de agosto, permitindo a continuidade da aquisição dos produtos alimentares constantes do cabaz até 31 de dezembro de 2025.

Ou seja, salvo melhor opinião, quer do ponto de vista do objeto contratual, quer do ponto de vista do enquadramento das autorizações financeiras, não existe nenhum impedimento à execução do contrato celebrado, em execução da decisão proferida pelo TAF de Leiria, que conduziu à outorga do contrato sujeito a processo de fiscalização prévia do TdC.

Assim, não havendo do ponto de vista factual e financeiro qualquer obstáculo à execução do contrato sujeito a fiscalização prévia, na perspetiva do ISS, I.P., a questão a formular é se estamos ou não perante uma verdadeira impossibilidade de objeto do contrato, isto é, se o ato anulado, in casu, a decisão de adjudicação à FEMAR e o contrato que foi executado ao abrigo de uma decisão anulada, tem a virtualidade de poder impedir aquilo que nos parece ser a consequência lógica da anulação judicial da decisão de adjudicação.

Nos termos gerais de direito administrativo, estando-se no caso aqui em apreciação perante um ato anulado por uma decisão judicial, de acordo com o previsto no n.º 2 do art.º 163.º do CPA, a produção de efeitos da anulação decretada pelo órgão jurisdicional retrotrai à data em que o mesmo foi proferido.

No caso vertente, o mesmo é dizer que a anulação da decisão de adjudicação tomada pelo Conselho Diretivo do ISS, I.P., à FEMAR, tem os seus efeitos anulados à data dessa decisão. Ou seja, a decisão anulatória do ato adjudicatório, para além do efeito constitutivo que é fazer desaparecer da ordem jurídica o ato invalidado, para além de outros efeitos que se poderia elencar, tem ainda um efeito reconstitutivo - Alínea c) da decisão -, pois impõem que seja tomada uma nova decisão de adjudicação, com a consequente celebração e outorga do contrato que resultante dessa decisão. Assim, tendo-se a decisão adjudicatória à FEMAR como anulada à data da sua prolação, todos os seus efeitos ficam anulados de forma subsequente, especificamente os efeitos da execução do contrato, o qual apenas terá relevância no campo dos efeitos jurídicos decorrentes de uma situação de facto, nos termos previstos no n.º 3 do art.º 162.º do CPA.

Deste modo, na perspetiva do ISS, I.P., não havendo qualquer impedimento à realização material do contrato, porquanto o seu objeto é possível de executar – estamos perante um prestação de facto fungível e a execução enquadra-se no âmbito das atribuições do ISS, I.P., estando em curso um programa ao abrigo do qual são adquiridos alimentos como aquele que é objeto do contrato - bem assim como a existência de enquadramento financeiro para tal execução, salvo melhor opinião, não estamos perante uma impossibilidade do objeto do contrato.

Por outro lado, a leitura que supra se faz em termos de consequências substantivas da decisão do TAF de Leiria, salvo melhor opinião, tem inteiro respaldo em termos processuais, nos termos das normas do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Ora, como decorre do artigo 173.º, 1 do CPTA o dever de executar uma sentença incluirá, seguramente, o poder de praticar novo ato administrativo, no respeito pelos limites do caso julgado.

Quererá isto dizer que, nos termos previstos no artigo 173.º n.º 1 do CPTA, a lei deixa em aberto a possibilidade de reintegração da ordem jurídica violada

mediante o reexercício do poder de autoridade, e de uma eventual substituição do ato inválido, sem reincidir nas ilegalidades anteriormente cometidas.

Só que, in casu, essa possibilidade do reexercício do poder de autoridade, com a substituição do ato inválido, nem sequer está na livre disposição do ISS, I.P., pois é a própria decisão, nos termos da alínea C) da sentença proferida, a impor o conteúdo de um novo ato expurgado da invalidade, ou seja, a impor que seja praticado um novo ato de adjudicação, que terá como corolário lógico a celebração de um novo contrato, como de resto sucedeu com o contrato que é objeto do processo de fiscalização prévia do TdC.

Por outro lado, salvo o devido respeito, parece-nos que o TdC não faz uma leitura condizente com o sentido global do Acórdão do STA, pois este tribunal coloca a tónica da “impossibilidade jurídica da prática de um novo ato adjudicatório”, quando esteja causa uma impossibilidade não apenas jurídica mas também factual ou material do próprio objeto do contrato, facto que, como vimos supra, não acontece no caso aqui em presença.

Com efeito, no Acórdão do STA, a questão é reconduzida às “causas legítimas de inexecução”. Ora, a leitura que o ISS, I.P., fez da sentença proferida pelo TAF de Leiria, pelos fundamentos e análise já suprarreferidos, é que não estamos perante uma qualquer causa legítima de inexecução.

Na verdade, como se pode citar do referido Acórdão do STA, é aí referido que “(...) a declaração jurisdicional de inexistência de causa legítima de inexecução por impossibilidade, depende necessariamente do sentido em que for decidida a questão de saber qual o conteúdo da execução, já que só em relação a comportamentos certos e determinados faz sentido perguntar se a sua prática é ou não impossível” acrescentando depois, relativamente a um contrato de empreitada de obra pública, já totalmente executado à data da prolação da sentença anulatória da decisão de adjudicação que “(...) é conceitualmente inadmissível uma adjudicação de uma empreitada que se encontra já plenamente executada, pois trata-se de um acto de procedimento necessariamente antecedente e não subsequente à realização da obra. Ou seja, executada integralmente a empreitada e recebida definitivamente a obra, a Administração fica objetivamente impossibilitada de emitir novo acto da natureza do anterior, isento do vício que o inquinava.” Ora, voltando a ressaltar o respeito devido pela interpretação do TdC, relativamente à conclusão vertida no Acórdão do STA que cita na sua devolução do processo, a conclusão retirada pelo referido Tribunal, tem objetivamente factos, no que tange ‘impossibilidade do objeto contratual, que em nada se pode reconduzir à questão em apreço na sentença do TAF de Leiria que o ISS, I.P., deu execução, pois o objeto contratual aqui em questão é em tudo diferente do objeto contratual de uma empreitada que se encontra concluída e totalmente realizada à data da anulação jurisdicional da decisão adjudicatória.

E a nosso ver, é exatamente por existirem diferenças disparees entre o objeto do contrato em presença no contrato que o ISS, I.P., se dispõem a executar, na sequência do cumprimento imposto pelo TAF de Leiria de emitir uma nova decisão de adjudicação, que se compreende a argumentação citada no Acórdão do STA, ao transcrever a opinião de Mário Aroso de Almeida, quando afirma que “Em suma, a ficção jurídica, noutras circunstâncias praticável, que vai buscar ao passado os ingredientes necessários à confecção do novo acto considerando os elementos de facto e de direito

existentes no momento da emissão do acto anulado não é aqui utilizável dada a impossibilidade de restituição à autoridade administrativa da pretérita liberdade de decisão”, pois justamente o referido autor quando refere “(...) noutras circunstâncias praticável (...)”, parece inequivocamente referir-se as situações de facto em que o objeto do contrato seja factual e materialmente possível, como é o caso de um fornecimento corrente de bens alimentares previsto no contrato sujeito a processo de fiscalização prévia, e não a situações de facto consumado, como a realização de uma empreitada já concluída, cuja única forma de dar o tal “efeito constitutivo” conferido pela sentença anulatória, seria seguramente destruir a obra e construir uma nova. Resumido, no caso aqui sub judice, a aceitar-se uma interpretação, geral e abstrata, que se retiraria do Acórdão do STA, no sentido de que sempre que estejamos perante um contrato já executado, não mais é possível dar execução a uma sentença que anula uma decisão adjudicatória, sem cuidar do seu real, efetivo e concreto objeto, e impõe a prolação de uma nova decisão, expurgada dos vícios que invalidaram a primeira, no caso aqui em apreciação conduziria, salvo o devido respeito, a um resultado inaceitável, porquanto representaria um inegável e irreparável prejuízo para o interesse público.

Com efeito, verificando-se que:

- a) O Objeto do contrato é factual e materialmente possível;*
- b) O contratante público dá a devida execução ao que lhe é imposto pela decisão do TAF de Leiria – Alínea c) do excurso decisório que impôs uma nova decisão de adjudicação - e;*
- c) O adjudicatário quer efetivamente e executar o contrato, em obediência aos fundamentos que lhe conferiram vencimento;*

Mal se compreenderia que fosse aceitável interpretar a posição do STA, no sentido de considerar impossível a prática de um novo ato adjudicatório e a execução de um novo contrato, posição que o TdC parece querer extrair do Acórdão citado no ofício de devolução do processo de fiscalização prévia, sendo que tal seria absurdo do ponto de vista da boa gestão dos recursos públicos, pois a consentir-se tal interpretação restaria ao cocontratante OS GRANTE, face à impossibilidade de execução do contrato, demandar o ISS, I.P., no sentido de obter uma indemnização, conduzindo a que o ISS, I.P., em particular, e o erário público em geral, se vissem duplamente penalizados, pois não só ficariam privados da aquisição do produto alimentar para satisfazer uma necessidade continuada imposta por uma política pública de satisfação das necessidades dos mais pobres e carenciados, como ainda seria penalizado com a satisfação de uma indemnização compensatória ao adjudicatário, único meio de ressarcir o ganho de causa na ação do TAF de Leiria.

Por fim, importa dizer que essa não foi a interpretação do TdC em situação análoga à que está aqui em análise, foi antes aquela que o ISS, I.P., perfilha nas linhas que antecedem.

Com efeito, quer no âmbito da celebração dos contratos n.º 2001/19/00075, relativo à aquisição de Brócolos Ultracongelados, e n.º 2001/19/00076, relativo à aquisição de Espinafres Ultracongelados, e sucessivas Adendas, as quais deram origem, respetivamente aos processos de fiscalização prévia n.º 336/2022 e n.º 337/2022, contratos e respetivas adendas celebrados com aa cocontratante I.F.T. – Comércio Internacional Alimentar, S.A., esteve causa uma situação de anulação da decisão de adjudicação, inicialmente proferida

pelo ISS, I.P., tendo então sido adjudicada a proposta do concorrente SOGENAVE, impondo o Tribunal Administrativo de Circulo de Lisboa, no Processo n.º 1900/17.4BEPRT, a anulação da primitiva decisão de adjudicação e consequentemente condenando o ISS, I.P., uma nova adjudicação, sendo que o contrato estava já parcialmente executado.

Não pode deixar de sublinhar-se que, em sede de execução de sentença, o Tribunal Administrativo impôs a adjudicação na sua globalidade e não apenas ao remanescente que se encontrava por executar do contrato celebrado e objeto de anulação consequente.

Reitera-se que, no caso em apreço – por oposição ao que ocorre no Acórdão de revista do STA citado por esse Venerando Tribunal – coexistem diversos fatores que impõem um enquadramento legal e resposta distinta, a saber:

- a) O objeto do contrato que veio a ser anulado pelo TAF de Lisboa é o fornecimento de um bem alimentar;*
- b) A despesa autorizada pela RCM n.º 103/2023, de 30 de agosto, constitui uma decisão de contratar que abrange um valor de despesa e uma quantidade de bens muito superiores ao objeto do contrato anulado jurisdicionalmente, e para um período temporal também superior;*
- c) A execução do contrato que veio a ser anulado era imprescindível, sob pena de o Estado Português, através do ISS, I.P., violar deveres prioritários de prossecução do interesse público, no apoio às pessoas mais carenciadas – o que fundamentou, aliás, o pedido de levantamento do efeito suspensivo, que foi deferido pelo Tribunal;*
- d) Por razões que se prendem com dificuldades de execução por parte do adjudicatário e cocontratante iniciais, o ISS, I.P. e o cocontratante promoveram uma modificação objetiva do contrato, consubstanciada numa redução da respetiva execução;*
- e) Ora, a situação de facto é totalmente idêntica à que o ISS, I.P., enfrentou no Proc. n.º 1900/17.4BEPRT-A, nos termos do qual, após o ISS, I.P., ter dado execução à sentença contratando com o adjudicatário preterido apenas os bens remanescentes face ao contrato anulado, o Tribunal veio a ordenar ao ISS, I.P., com definição inclusive de pena pecuniária compulsória em caso de incumprimento, que o ISS, I.P., procedesse à contratação direta de (novos) bens a fornecer – o que era suscetível de ser executado atendendo à autorização de despesa existente e à necessidade de aquisição desses bens por parte do ISS, I.P..*

*Como se mencionou acima, não ocorre, na celebração do contrato aqui sub judice, uma situação de objeto impossível porque, conforme bem uniformemente o tem afirmado o Supremo Tribunal Administrativo, “são de objeto impossível os atos cujos efeitos na situação concreta, sejam jurídica ou fisicamente impossíveis”. É que, contrariamente ao que foi decidido, e bem, no Colendo Acórdão do STA, de 15/06/2023, **no caso vertente é possível proceder à reconstituição da situação actual hipotética a que se reconduz a execução da sentença anulatória.** Também conforme unanimemente decide a jurisprudência administrativa, “A execução duma decisão judicial anulatória de acto ilegal consiste na prática pela Administração - a quem incumbe tirar as consequências da anulação - dos actos e operações materiais necessárias à reintegração da ordem jurídica violada de molde a que seja restabelecida a situação que o interessado tinha à data do acto ilegal e a reconstituir, se for caso disso, a situação que o*

mesmo teria se o acto não tivesse sido praticado” (Ac. TCAS, de 26/11/2015, Proc. n.º 9840/13).

É que, no âmbito da execução de decisões judiciais anulatórias, a Administração deve procurar reconstituir a situação atual hipotética, atividade que passa pela realização, agora, do que se deveria ter realizado se a ilegalidade não tivesse inquinado o procedimento, isto é, passa pela prática dos atos jurídicos e das operações materiais necessárias à mencionada reconstituição e pela eliminação da ordem jurídica de todos os efeitos positivos ou negativos que a contrariem.

De onde decorre que a decisão judicial anulatória possui, por um lado, um efeito constitutivo o qual, por regra, consiste na invalidação do ato impugnado, fazendo-o desaparecer do mundo jurídico desde o seu nascimento – o que ocorre mesmo que o contrato celebrado com base no ato anulado tenha sido executado.

É que a decisão anulatória possui igualmente um outro efeito, reconstitutivo. A este propósito, chama-se à colação o que afirma AROSO DE ALMEIDA: “ a existência efectiva, na sequência de anulação, da possibilidade da prática de um acto administrativo de conteúdo diferente daquele que foi anulado é essencial para que, ao mesmo tempo, se justifique e seja possível a substituição do acto anulado por outro, no reexercício da mesma competência. E isto por uma razão simples: se, no caso em apreço, não existe a possibilidade da prática de um acto administrativo de conteúdo diferente daquele que foi anulado, isso deve-se ao facto de já não subsistir, no plano dos factos, a necessidade de interesse público a que o acto anulado pretendeu dar resposta, mercê da alteração irreversível do quadro factual entretanto ocorrida. (...). Reconhecer isto é, naturalmente, reconhecer relevância à situação de facto constituída pelo acto anulado, e o reconhecimento de que o novo acto substitutivo do acto anulado não viria a dar hoje resposta a uma necessidade de interesse público deixou de existir em consequência do acto anulado e, portanto, no reconhecimento dos efeitos irreversíveis que a execução material do acto anulado produziu no plano dos factos. ...” (em “Renovação do acto anulado e causa legítima de inexecução: revisitação do tema” in: CJA, n.º 73, págs. 28 e 29).

No caso concreto, portanto, e porque persistiam os elementos fácticos que consubstanciam o interesse público a prosseguir com a aquisição do bem alimentar em causa, ademais orçamentalmente enquadrado na RCM n.º 103/2023, de 30 de agosto, autorizadora da despesa, o ISS, I.P., entendeu proceder, neste caso, de forma rigorosamente igual àquela que lhe havia sido ordenada pelo Tribunal Administrativo de Lisboa, nos autos que correram termos sob o Proc. n.º 1900/17.4BEPRT-A.

Não pode também ser desconsiderado que em causa se encontra o fornecimento de um bem alimentar a pessoas carenciadas e que, o lapso de tempo durante o qual tramitam os processos juntos dos Tribunais administrativos gera graves prejuízos e dificuldades de gestão por parte do ISS, I.P., a quem cumpre garantir o apoio alimentar a um grupo, infelizmente bastante alargado, de pessoas. No caso em apreço, veja-se que a ação foi proposta em 2022 e apenas em Junho de 2024 obteve decisão em 1.ª instância, ou seja, dois anos até à primeira decisão, num processo que possui, legalmente, natureza urgente.

Acresce o seguinte.

Sempre se afirme que, caso assim não venha a ser superiormente entendido por esse Venerando Tribunal, o ISS, I.P., poderia ter celebrado o presente contrato ao abrigo de um procedimento de ajuste direto, nos termos do artigo 24.º, n.º 1 alínea a) do CCP.

Na verdade, o ISS, I.P., por deliberação datada de 14/09/2023 sob a Informação n.º SCC-5078/2023, de 13/09/2023, (que se junta como Doc_2_decisão_contratar) autorizou a abertura de um procedimento de concurso público com publicidade no JOUE (anúncio publicado no JOUE 2023/S 183-57250, tendo sido revogada a decisão de contratar, por deliberação de 22/06/2024, na sequência da homologação do 3.º Relatório Final, nos termos do qual todas as propostas foram excluídas (deliberação que se junta como Doc_3_decisao_revogacao), pelo que não deve agora entender-se que o contrato celebrado o foi em violação do princípio da concorrência, uma vez que o poderia ter sido por procedimento de ajuste direto por critérios materiais.

C – Conclusão:

Salvo melhor opinião, pelos fundamentos expostos, entende o ISS, I.P., que não estamos perante um ato adjudicatório materialmente impossível, não sendo nulo o objeto do contrato, devendo ao mesmo ser concedido, nos termos legais aplicáveis, o visto prévio necessário à sua execução.

Todavia, caso V. Ex.ªs assim não venham a entender, o que se admite sem conceder e a mero benefício de raciocínio, e atendendo a que não ocorre nulidade por impossibilidade de objeto, solicita-se que seja concedido o visto prévio, nos termos do artigo 44.º, n.º 4, com recomendação sobre a atuação futura, de modo a poder clarificar junto do ISS, I.P., a forma correta de atuar em situações idênticas, considerando estar em causa, sempre e exclusivamente, quer a prossecução do interesse público, quer o cabal cumprimento de decisões judiciais.”

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

- 3 Não deixaram de ser provados quaisquer factos alegados.

II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 4 No que respeita à matéria de facto considerada provada baseou-se o respetivo juízo probatório na prova documental apresentada pelo requerente e nas deduções e inferências diretas retiradas pelo tribunal sobre os factos que se podem extrair daqueles elementos, incluindo da factualidade expressamente reconhecida pelo mesmo requerente.
- 5 Mais se refere que as entidades fiscalizadas estão sujeitas ao ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no Art.º 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), as instruções constantes da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas¹, aprovada ao abrigo do Art.º 77.º,

¹ Publicada no *Diário da República*, 2.ª série, de 4-5-2020, revista pelas Resoluções n.º 2/2020 e n.º 4/2020 e integralmente republicada no *DR*, 2.ª série, de 14-7-2020 e, na sua atual versão, no *DR*, 2.ª série, de 5-1-2021.

n.º 1, alínea *b*), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DFP e pelo TdC, com suporte no disposto pelo Art.º 81.º, n.º 1, da mesma LOPTC.

- 6 Isto sem detrimento dos deveres da entidade fiscalizada, dos poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, dos princípios da cooperação, boa-fé processual e dos demais critérios que se devem observar, face ao estipulado nos Art.ºs 5.º a 8.º, 414.º e 417.º, todos do Código de Processo Civil (CPCivil) *ex vi* Art.º 80.º da LOPTC, que, no seu conjunto e face à natureza do presente processo jurisdicional (fiscalização prévia), não contemplam a produção de diligências oficiosas de prova, não compreendendo também auditorias ou investigação do tribunal diretamente sobre documentos, ficheiros ou arquivos na posse daquela entidade.
- 7 Não se reconhecem factos não provados nas alegações e justificações apresentadas nestes autos e nos de Fiscalização Prévia que lhe antecederam e estão na sua génese.

III. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

III.1 Estrutura da apreciação jurídica

- 8 A fiscalização prévia da 1.ª Secção do TdC constitui uma competência própria deste tribunal cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma previsão normativo-legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e outro âmbito objetivo (atos e contratos), ambos delimitadores, na sua integração, do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos Art.ºs 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º a 48.º, todos da LOPTC.
- 9 O contrato objeto do processo deve ser qualificado como de aquisição de bens, integrando o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos Art.ºs 2.º, n.º 1, alínea *d*), 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC.
- 10 Como decorre das notificações efetuadas ao longo dos autos, para além de outras que foram suscitadas, são as seguintes as principais questões jurídicas a apreciar neste acórdão:
- 10.1 da apreciação, neste processo de fiscalização prévia, se o contrato submetido a fiscalização pode resultar do cumprimento da descrita sentença anulatória do tribunal administrativo, isto é, de uma decisão judicial (caso em que não estará sujeito a visto) ou se a execução de tal decisão judicial era impossível e, conseqüentemente, o contrato submetido a fiscalização não foi precedido do necessário procedimento de formação;
- 10.2 dos efeitos das ilegalidades que se detetam no processo de fiscalização prévia (especial): recusa de visto e improcedência.

III.2 Da apreciação, neste processo, do contrato submetido a fiscalização prévia (especial).

- 11 O ISS, I.P., lançou em 2020 um concurso público com publicidade internacional para “*Fornecimento de Género Alimentar – Pescada Congelada n.º 3 para Cozer Porcionada – no Âmbito do FEAC_2021/2022*”, pelo preço base de 1.716.335,02€ e com o prazo previsto de execução de 02 de novembro de 2021 a 31 de outubro de 2022.
- 12 No final desse procedimento concursal, em 03/02/2022, proferiu decisão de adjudicação à proposta da concorrente *PLATAFORMA FEMAR, SL*, pelo preço global de 1.272.706,05€.
- 13 A concorrente *OS GRANTE - Indústria & Distribuição Alimentar, LDA*, que tinha sido graduada em segundo lugar, instaurou ação de contencioso pré-contratual junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, pedindo a anulação da decisão de adjudicação.
- 14 Na contestação a essa ação, o ISS pediu o levantamento do efeito suspensivo, o que foi pelo tribunal deferido e, nessa sequência, procedeu-se à assinatura do contrato com a adjudicante inicial, contrato esse que foi visado no processo que correu termos neste tribunal sob o n.º 1396/2022.
- 15 Sucede que celebrado o contrato e já terminada em 31/10/2023 a sua execução, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria veio por sentença proferida em 03/06/2024 (já transitada em julgado) a julgar a ação de contencioso pré-contratual totalmente procedente, anulando a decisão de adjudicação e condenando o ISS a excluir a proposta da concorrente *PLATAFORMA FEMAR, SL* e a adjudicar a proposta da concorrente *OS GRANTE - Indústria & Distribuição Alimentar, LDA*.
- 16 Confrontado com esta decisão judicial, o ISS decidiu celebrar contrato com a concorrente *OS GRANTE - Indústria & Distribuição Alimentar, LDA*, nos moldes acima apontados em 2.14. e 2.15., com uma nova adjudicação da proposta que esta havia apresentado no pretérito concurso, contrato esse que agora submete a fiscalização prévia.
- 17 A questão que se coloca nestes autos é a de saber se, estando o contrato cuja adjudicação foi anulada por decisão judicial já completamente executado, pode a adjudicante celebrar com a concorrente preterida um novo contrato, isto com base no título judicial daquela decisão judicial anulatória, precisamente nos mesmos termos em que o deveria ter sido caso não tivessem sido no procedimento concursal praticadas as ilegalidades que levaram à decisão de anulação.
- 18 Se a conclusão for afirmativa, então estaremos nestes autos perante um contrato que se limita a dar cumprimento a uma decisão judicial e que, nessa medida, não está sujeito a fiscalização prévia, conforme tem sido por este tribunal entendido – vejam-se as decisões proferidas no Processo n.º 1187/2024 (em SDV de 28/05/2024), no Processo n.º 1818/2023 (em SDV de

- 27/10/2023), no Processo n.º 2911/2019 (em SDV de 02/10/2019) e no Processo n.º 975/2019 (em SDV de 11/04/2019).
- 19 Caso contrário, fundados numa impossibilidade objetiva de execução da sentença anulatória, estaremos perante um contrato que não foi precedido de procedimento de formação, o que acarreta a sua nulidade e conseqüente recusa de visto (no regime legal de fiscalização prévia) ou de não procedência (no regime de fiscalização prévia especial).
- 20 Perante a anulação judicial de um ato administrativo, a regra geral é a da obrigação de reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado, sem prejuízo do poder de praticar novo ato, tudo nos termos do disposto no Art.º 173.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA – aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro).
- 21 O dispositivo da sentença proferida pelo TAF de Leiria na ação de contencioso pré-contratual instaurada pela concorrente preterida (agora cocontratante no contrato submetido a fiscalização nestes autos) decompunha-se em três parcelas decisórias:
- a. a anulação da decisão de adjudicação da proposta à sociedade *PLATAFORMA FEMAR, SL*;
 - b. a condenação do ISS a excluir a proposta daquela sociedade; e
 - c. a condenação do ISS a adjudicar a proposta da sociedade *OS GRANTE - Indústria & Distribuição Alimentar, LDA*.
- 22 Em circunstâncias normais – caso o efeito suspensivo decorrente da pendência da ação judicial não tivesse sido levantado – a decisão judicial seria proferida antes da assinatura e execução do contrato, o que permitiria a sua execução plena nos termos do citado Art.º 173.º, n.º 1 do CPTA: tudo se retroagindo ao momento imediatamente anterior à decisão de adjudicação que foi anulada, o ISS consideraria excluída a proposta da sociedade *PLATAFORMA FEMAR, SL* e proferiria nova decisão de adjudicação, desta feita à sociedade *OS GRANTE - Indústria & Distribuição Alimentar, LDA*.
- 23 Na sequência dessa nova decisão de adjudicação, o contrato seria assinado com a nova adjudicatária e integralmente executado por esta, tudo se passando como se aquela primeira adjudicação nunca tivesse existido.
- 24 Sucede que não foi isto que aconteceu: o ISS requereu o levantamento do efeito suspensivo, o que foi deferido pelo tribunal, tendo sido assinado o contrato com a primeira adjudicatária, que o executou na íntegra ainda antes da prolação da sentença final pelo TAF de Leiria.
- 25 Assim, quando a sentença de anulação do ato de adjudicação foi proferida, já o contrato se mostrava integralmente executado, como o ISS reconhece nas respostas apresentadas nos autos

e também no parecer realizado pelos serviços e na decisão que determinou a nova adjudicação com a invocação da sentença judicial anulatória.

- 26 Destarte, já não se mostra possível atuar como se o ato de adjudicação anulado nunca tivesse sido praticado, pois este produziu todos os efeitos a que se destinava – o contrato não só foi assinado, como foi integralmente executado.
- 27 Isto mesmo é reconhecido pelo próprio ISS, tal como se explicitou, na informação n.º SCC-4517/2024, datada de 25/07/2024, que esteve na base da decisão de celebração do contrato aqui em apreço.
- 28 Com efeito, aí se admite que (sublinhados nossos) os *“dois primeiros pontos da sentença (...) encontram-se prejudicados por inutilidade superveniente da decisão”*, pois *“por força da decisão do TAF de Leiria proferida no incidente de levantamento do efeito suspensivo, a decisão de adjudicação conduziu à celebração e outorga do contrato com a Plataforma FEMAR, SL, tendo o contrato sido executado de acordo com o que supra ficou exposto, nomeadamente com a modificação objetiva ao contrato, da qual decorre que o mesmo ficou executado, e esgotados todos os seus efeitos à data de 31 de outubro de 2023. Pelo que, a decisão anulatória não tem qualquer virtualidade concreta de execução”*, mais se afirmando que *“no que respeita ao segundo ponto da sentença, a condenação à exclusão da proposta da concorrente Plataforma FEMSAR, SL, também aqui se verifica a impossibilidade prática de execução da sentença, pois em decorrência da execução do contrato nos termos acima mencionados, não há possibilidade objetiva de dar execução a tal desiderato da sentença”*.
- 29 Ora, a ser assim, se o contrato *“ficou executado, e esgotados todos os seus efeitos à data de 31 de outubro de 2023”*, é totalmente ilógico e incongruente que o ISS tenha pretendido *“dar corpo à execução do terceiro ponto da sentença, qual seja a adjudicação da proposta do concorrente OS GRANTE”*, como naquela informação veio a concluir.
- 30 Fica claro da leitura de tal informação que essa conclusão decorreu de uma avaliação que fez quanto a (no seu entender) estar salvaguardado o interesse público, pois *“o preço contratual apresentado pela melhor proposta no procedimento extinto foi de 1,82 € (um euro e oitenta e dois cêntimos), quando na execução do contrato a celebrar, por efeito da sentença, o preço de aquisição individual do mesmo género alimentar será de 1,78 € (um euro e setenta e oito cêntimos), o que, face às 720.060 unidades a adquirir, redundará numa redução global do custo de aquisição de 28.802,40 €”*.
- 31 Ou seja, feitas as contas, o ISS chegou à conclusão de que celebrar um contrato para um novo fornecimento nos termos da proposta anteriormente apresentada seria vantajoso em termos de preço.

- 32 Isso, porém, não altera o facto de ser já impossível dar cumprimento à sentença proferida – pode até o ISS considerar que o novo contrato será mais vantajoso por ser mais barato, mas será sempre um *novo* contrato e não *aquela* que foi o culminar do procedimento pré-contratual analisado pela sentença judicial – este, como reconhece o ISS, já se mostra “*executado, e esgotados todos os seus efeitos à data de 31 de outubro de 2023*”.
- 33 O procedimento pré-contratual lançado em 2020 destinava-se a determinados fornecimentos, os quais – independentemente da posterior decisão judicial de anulação – foram cumpridos e executados pela adjudicatária com quem o ISS celebrou o contrato que foi alvo de visto no processo que correu termos neste tribunal sob o n.º 1396/2022.
- 34 Esse contrato foi assinado e deu origem a uma despesa que foi devidamente paga pelo ISS, como contrapartida dos fornecimentos prestados pela então adjudicatária.
- 35 O que o ISS pretendeu fazer com o contrato agora submetido a apreciação foi, uma vez que continuou a necessitar de fornecimento do mesmo produto, assegurar os fornecimentos subsequentes ao preço anteriormente apresentado pela concorrente preterida, por ter concluído que esse preço era mais vantajoso.
- 36 Contudo, trata-se de *novos* fornecimentos, geradores de *nova* despesa, que terá de ser paga pelo ISS a esta *nova* adjudicatária.
- 37 Ou seja, com este contrato agora submetido a fiscalização não está o ISS a dar cumprimento à sentença: o cumprimento consistiria em repor a situação que existiria caso não tivesse sido praticado o ato anulado – ou seja, a assinatura e execução pela concorrente preterida do contrato a que se destinava o procedimento pré-contratual, relativo àqueles fornecimentos em concreto e que seriam pagos pela despesa anteriormente prevista.
- 38 Do que aqui se trata não é do *mesmo* contrato, mas sim de *um outro* contrato – os fornecimentos objeto do procedimento foram já prestados, dizendo o contrato agora submetido a fiscalização respeito a fornecimentos subsequentes, a serem pagos por nova despesa a suportar pelo ISS.
- 39 O postulado geral que se pode extrair do Art.º 45.º-A, n.º 1, alínea a) do CPTA (aditado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro) é o de que, estando executado o contrato celebrado na sequência de um ato de adjudicação posteriormente anulado por sentença, se verifica uma causa legítima de inexecução da sentença por impossibilidade objetiva – veja-se neste sentido, por todos, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 15/05/2023 (disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de processo: 01087/16.0BALS01087/16).
- 40 Neste acórdão aborda-se esta matéria com conclusões assentes em jurisprudência constante do mesmo STA no sentido de haver causa legítima de inexecução do julgado anulatório, por

impossibilidade absoluta se, entretanto, o contrato tiver sido integralmente executado. Trata-se da noção normal de impossibilidade de execução de uma obrigação de prestação de facto (neste caso de cumprimento de uma decisão judicial) que se deve convolar nouro tipo de obrigação como a de indemnização.

- 41 Como é bom de ver, este novo contrato agora apresentado não se circunscreve na execução da decisão judicial anulatória pois ela é impossível agora de ser cumprida.
- 42 O novo contrato agora apresentado a fiscalização não é o contrato anterior já executado, mas sim um novo contrato no qual se evidencia uma total falta de procedimento.
- 43 Estava o ISS colocado, pois, perante uma impossibilidade objetiva de execução da sentença, o que constituía uma causa legítima de inexecução, nos termos do disposto no Art.º 163.º, n.º 1, tendo como consequência a indemnização da concorrente preterida, a fixar nos termos do Art.º 178.º, todos do CPTA.
- 44 Na verdade, subsiste, nessa hipótese, a via ressarcitória, a qual podia ou não vir a ser resolvida por um acordo extrajudicial ou judicial em que a entidade pública se vinculasse à celebração de um contrato da mesma natureza e género e com as mesmas condições, na possibilidade de estar preenchida a previsão do ajuste direto de que trata a alínea d) do n.º 1 do Art.º 26.º do Código dos Contratos Público.
- 45 O que não podia o ISS fazer era celebrar um segundo (novo) contrato, num aproveitamento ilegítimo daquele anterior procedimento com invocação do aludido título judicial, como veio a fazer com o contrato que agora submeteu a fiscalização prévia.
- 46 Mais se diga que – ao contrário do afirmado pelo ISS na resposta ao contraditório que apresentou nos autos – não está o TdC a contrariar as decisões proferidas nos processos que aqui correram termos sob os n.ºs 336/2022 e 337/2022, em que o ISS também figurava como adjudicante.
- 47 Compulsados tais processos, conclui-se que a situação subjacente apresentava diferenças determinantes.
- 48 Desde logo, não estavam ali em causa contratos novos, mas sim adendas aos contratos celebrados na sequência do procedimento pré-contratual analisado na ação de contencioso.
- 49 Por outro lado, os contratos que vieram a ser inicialmente celebrados na sequência das adjudicações entretanto anuladas não previam a totalidade das entregas constantes das propostas iniciais, mas apenas as entregas que ainda não tinham ocorrido.
- 50 Por esse motivo (por não abarcarem os contratos iniciais a totalidade das entregas previstas nas propostas), a cocontratante preterida (e que teve ganho de causa), intentou ação de execução de sentença por apenso ao processo principal, tendo obtido nessa execução uma sentença do

TAF que determinou a obrigação do *ISS, I.P.* a adquirir a totalidade das unidades, conforme a proposta inicialmente apresentada.

- 51 E foi em execução dessa sentença proferida em sede de processo executivo que as adendas aí submetidas a fiscalização foram celebradas – ou seja, as adendas não se destinavam a executar a sentença de anulação da adjudicação, mas sim a sentença proferida em sede de execução e esta teve como pressuposto o facto de os contratos celebrados após o ato de adjudicação anulado não terem abarcado todos os fornecimentos constantes das propostas.
- 52 Como facilmente se conclui, essa situação de facto é distinta daquela que está subjacente ao contrato em apreciação neste processo: aqui estamos perante um contrato *novo* e não uma mera adenda a um contrato anterior e o contrato celebrado inicialmente nestes autos abarcou a totalidade das propostas apresentadas, não tendo ficado nada de fora do objeto contratual (independentemente das alterações objetivas posteriormente introduzidas – matéria relativa à execução do contrato e não à sua adjudicação).
- 53 Em conclusão, e respondendo às questões acima enunciadas como objeto da presente decisão, desde logo não se pode considerar que o contrato *sub judice* tenha sido celebrado em cumprimento de uma decisão judicial, o que o afasta da jurisprudência *supra* citada que o excluiria de fiscalização prévia.
- 54 Por outro lado, tratando-se de um contrato novo e não da formalização do contrato que foi o culminar do procedimento pré-contratual anterior, forçosamente se tem de concluir que o contrato agora sob apreciação não se mostra precedido de qualquer procedimento prévio de formação (mesmo o do ajuste direto por total ausência dos respetivos pressupostos, trâmites preparatórios e decisões).
- 55 A preterição total do procedimento legalmente exigido é causa de nulidade, nos termos do disposto no Art.º 161.º, n.º 2, alínea l) do Código de Procedimento Administrativo (CPA).
- 56 Assim, encontra-se o contrato aqui em apreço ferido de nulidade, nos termos do disposto no Art.º 284.º, n.º 2, do CCP, por remissão para o art.º 161.º, n.º 2, alínea l) do CPA.

III.3 Dos efeitos destas ilegalidades no processo de fiscalização prévia: recusa de visto / improcedência

- 57 Sendo o processo de fiscalização prévia, na sua própria finalidade, vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades (num sentido alargado) tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no Art.º 44.º, n.º 3, da LOPTC.

- 58 Tratando-se aqui de um contrato financiado por fundos europeus, é-lhe aplicável o regime de fiscalização prévia especial, nos termos do disposto no Art.º 17.º-A da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio (na redação introduzida pela Lei n.º 43/2024, de 2 de dezembro), que se rege pela LOPTC, com as especificidades previstas nessa mesma norma.
- 59 A nulidade contratual verificada, condizente com uma preterição total de procedimento, seria, em fiscalização prévia (comum), fundamento absoluto de recusa de visto, que não permitia a sua concessão ainda que acompanhada de eventuais recomendações, atento o disposto no Art.º 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), e n.º 4 (este *a contrario sensu*), da LOPTC.
- 60 Nos termos do disposto no n.º 5 do citado Art.º 17.º-A da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, em fiscalização prévia especial, nos casos em que se verifique a preterição total de procedimento de formação do contrato, deve ser proferida decisão de improcedência, da qual resulta a imediata cessação dos efeitos dos atos ou contratos objeto da decisão.
- 61 Assim, tendo-se concluído pela nulidade do contrato por total ausência de procedimento de formação, deve o pedido ser considerado improcedente, declarando-se imediatamente cessados os efeitos do contrato submetido a fiscalização.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, com os termos e com os fundamentos expostos, decide-se:

- julgar não procedente o pedido de fiscalização prévia especial aqui apresentado pelo requerente Instituto da Segurança Social, I.P.; e

- declarar imediatamente cessados os efeitos do *“Contrato para o Fornecimento do Género Alimentar Pescada para Cozer n.º 3 Porcionada no Âmbito do Fundo Europeu de Apoio às Pessoas Mais Carenciadas FEAC (Contrato n.º 24LA2001000040 – Processo n.º 2001/20/0001575 – NPD 2222000080)”*, outorgado em 03/09/2024 entre o *Instituto da Segurança Social, I.P.* e a cocontratante *OS GRANTE - INDÚSTRIA & DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, LDA.*, objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (*ex vi* art.º 17.º-A, n.º 1 da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio).

Registe e notifique.

Lisboa, 04 de fevereiro de 2025.

Os Juízes Conselheiros,

Nuno Miguel P. R. Coelho – Relator (por vencimento)

Participou na sessão e assinou digitalmente o acórdão

Miguel Pestana de Vasconcelos - Adjunto

Participou na sessão por videoconferência e votou favoravelmente o acórdão

Maria de Fátima Mata-Mouros – Adjunta

Participou na sessão por videoconferência e votou vencida, nos termos da declaração de voto que junta

Declaração de voto

Vencida.

Em meu entender o presente contrato não está sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Resultando o contrato da execução de uma decisão judicial já transitada em julgado (sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, em 03/06/2024, dando total procedência à ação de contencioso pré-contratual no Processo 211/22.8BELRA) conclui-se que o mesmo não se encontra sujeito a fiscalização prévia, por não se enquadrar em nenhuma das alíneas do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, nomeadamente na alínea b).

Neste sentido se pronunciou o TdC nas decisões proferidas no Processo n.º 1818/2023, em SDV de 27/10/2023 e no Processo n.º 2911/2019, em SDV de 02.10.2019, cuja fundamentação é plenamente transponível para o processo de fiscalização prévia especial aplicável aos contratos financiados por fundos europeus, como é o caso do presente, nos termos do disposto no Art.º 17.º-A da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, na redação introduzida pela Lei n.º 43/2024, de 2 de dezembro.

Atente-se que no caso, por sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, já transitada em julgado, foi decidido, não apenas anular a decisão de adjudicação à concontratada e condenar a ali demandada (e aqui entidade fiscalizada) a excluir aquela proposta, como se decidiu ainda condenar a demandada a adjudicar a proposta à ali autora (adjudicatária no contrato ora submetido a visto).

Por conseguinte, o contrato ora submetido a fiscalização prévia especial tem na sua base uma sentença condenatória que vincula a entidade fiscalizada perante a adjudicatária, fazendo esta incorrer em responsabilidade se a não cumprir.

Preservando a uniformidade na aplicação do Direito, os tribunais devem respeitar as decisões dos outros tribunais e procurar a coerência entre decisões, ainda que pertencentes a jurisdições distintas e autónomas.

Por essa razão propus que a decisão a proferir nos presente autos fosse a devolução do contrato à entidade fiscalizada por o contrato em presença não se encontrar sujeito a fiscalização prévia (designadamente, a fiscalização prévia especial), uma vez que configura a execução de uma sentença judicial, já transitada em julgado, não cabendo ao Tribunal de Contas fiscalizar a execução de contratos que resultam de sentenças de outros tribunais, não lhe cabendo, tão-pouco, indicar a forma como devem ser cumpridas essas sentenças.

Acresce que a decisão de não sujeição a fiscalização prévia especial do contrato que, como primitiva relatora, apresentei, além de assegurar o respeito pela autoridade de caso julgado da decisão preferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, em 03/06/2024, prevenindo a contradição entre decisões provenientes de jurisdições autónomas, permitiria ainda respeitar razões de boa gestão dos dinheiros públicos.

Com efeito, mesmo sem entrar na análise que seria própria de uma decisão de fiscalização prévia o que, como referi, não tem cabimento no caso de contratos celebrados em execução de decisões judiciais, o simples facto de o preço do contrato em causa resultar de um procedimento por um concurso verificado há mais de dois anos, por efeito da sentença a executar, permite também concluir que a solução encontrada pela entidade fiscalizada não comprometeu a boa gestão dos seus recursos públicos e do erário público em geral.

Numa análise com um resultado bem diferente, o acórdão de que divirjo, ao decidir pela improcedência do contrato face à sua nulidade “por total ausência de procedimento de formação” (apesar da decisão proferida ao fim de dois anos de pendência da ação de contencioso pré-contratual) com a declaração de “imediata cessação os efeitos do contrato submetido a fiscalização”, investe a entidade fiscalizada na obrigação de satisfação de uma indemnização compensatória à adjudicatária de forma a ressarcir o ganho de causa que esta obteve no Tribunal Administrativo ao mesmo tempo que impede a aquisição do produto alimentar objeto do contrato, com vista à distribuição pela população mais carenciada, ao abrigo do Fundo Europeu de Apoio às Pessoas Mais Carenciadas (FEAC), inviabilizando, assim, a satisfação do interesse público por via do mesmo prosseguido.

Não posso acompanhar.

Maria de Fátima Mata-Mouros