



## Acórdão n.º 12/2020 – 3.ª Secção

### Recurso n.º 1/2020-RO-3.ª Secção

#### Sumário

1. Quer a omissão de conhecimento de factos alegados, que sejam relevantes para a boa decisão da causa, quer o conhecimento de factos não alegados, não são “questões” para os efeitos dos artigos 615.º, n.º 1, al. d) e 608.º, n.º 2, ambos do CPC, suscetíveis de inquinar a sentença com o vício da nulidade.
2. Tendo o tribunal a quo tomado em consideração apenas os factos alegados pela defesa, complementados com factos resultantes da instrução da causa, não foi violado o princípio do contraditório nem alterada a causa de pedir.
3. Não tendo sido tomada, fundamentadamente, a decisão de escolha do procedimento, foi omitido, de forma total e absoluta, o procedimento legalmente devido, o que consubstancia a prática dum ato com «preterição total do procedimento legalmente exigido», com a consequente cominação de nulidade.
4. Tendo sido omitido, de forma total e absoluta, o procedimento legalmente devido, não estão garantidos quer a proteção do interesse público, quer os princípios da transparência, isenção e imparcialidade.
5. Não tendo a entidade adjudicante dirigido convites às três entidades co-contratantes do acordo quadro e tendo, antes, dirigido convite apenas a uma dessas entidades, não respeitou o procedimento legal e, conseqüentemente, foram violados os princípios da igualdade e concorrência, que são acautelados pelos artigos 252.º, n.º 1, al. b) e 259.º, ambos do CCP.



6. Não pode considerar-se a culpa do demandado como diminuta quando estamos perante o mais grave dos vícios, a preterição total do procedimento legalmente exigido, conducente à nulidade dos atos subsequentes, incluindo o contrato de aquisição.

SENTENÇA - NULIDADE – PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO –  
CAUSA DE PEDIR – PROCEDIMENTO - ACORDO QUADRO –  
CONVITE - PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA – PRINCIPIO DA  
IGUALDADE – DISPENSA DE MULTA

**Juiz Conselheiro:** António Francisco Martins



Recurso nº 1/2020-RO-3ª S  
Processo n.º 16/2019-JRF  
Recorrente: D1

\*

**Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário, na 3.ª Secção:**

## **I – Relatório**

1. No processo nº 16/2019-JRF, apenso a estes autos, foi proferida a sentença nº 15/2019, em 21.11.2019, decidindo:

*“... julgo provada e procedente a ação intentada pelo Ministério Público contra o demandado D1 e em consequência condeno-o pela prática de uma infração sancionatória, sob a forma negligente, punível pelo artigo 65º n.º 1 alínea l), n.º 2 e 5 da LOPTC supra, na multa de dois mil quinhentos e cinquenta euros (€ 2550,00).”*

\*

2. É desta sentença que o demandado, ora recorrente, interpôs o presente recurso, pedindo a declaração de nulidade da sentença recorrida e, se assim se não entender, pugnando pela sua absolvição.

Caso se considere que cometeu uma irregularidade, por omissão de despacho de escolha do tipo de procedimento, não houve qualquer prejuízo para o erário público, pelo que entende que deve ser dispensado de multa, nos termos previstos no n.º 8 do artigo 65º da LOPTC.

Termina as alegações apresentadas com as seguintes conclusões, que se transcrevem, *ipsis verbis*:

1.ª – Vem o presente recurso interposto pelo Demandado, da sentença proferida pelo Mmo. Juiz a quo, que o condenou pela prática de uma infração sancionatória na multa de dois mil e quinhentos euros;

2.ª - Não pode o recorrente conformar-se com o assim decidido por entender que a sentença incorre em violação de Lei, enferma de nulidades insanáveis, por violação do princípio do contraditório e por ter o Mmo. Juiz apreciando questões e matéria de facto que não podia apreciar ou tomar conhecimento, por não terem sido alegadas, emitindo pronuncia sobre as mesmas;

3.ª - Sob a alínea E) dos «Factos provados» (pág. 2 da sentença recorrida), o Mmo. Juiz a quo dá como provado um facto essencial, que não foi alegado por qualquer das partes, designadamente pela Digníssima Magistrada do Ministério Público, no seu Requerimento Inicial;



4.<sup>a</sup> - O facto dado como provado na alínea E), mencionada na conclusão anterior, também não foi alegado pelo Demandado;

5.<sup>a</sup> - O facto dado como provado na alínea E) da sentença recorrida, mencionada na conclusão 3.<sup>a</sup>, é um facto essencial, de tal modo essencial que, factualmente fundamentou a condenação do Recorrente, não se tratando de facto instrumental, complementar ou concretizador que, ainda assim, teria que ser alegado e deveria ter sido sujeito previamente ao exercício do contraditório pelo Recorrente, o que não sucedeu;

6.<sup>a</sup> - Dito de outro modo, ainda que se tratasse de facto complementar (e, não é o caso), essa complementaridade ou concretização tem que ser aferida pela factualidade alegada na petição inicial, isto é, pela causa de pedir invocada pelo MP, só sendo atendíveis os factos essenciais não alegados nos articulados e os instrumentais, desde que tenham sido submetidos ao regime de contraditório e de prova durante a discussão da causa.

7.<sup>a</sup> - Não foi esse o caso. O Demandado defendeu-se apenas da ilegalidade que lhe foi imputada pelo MP, consubstanciada no facto de ter omitido o despacho de escolha do procedimento nos termos do disposto no artigo 38º do CCP. Nada mais!

8.<sup>a</sup> - A decisão que se pronuncie sobre questão que não devesse apreciar, é nula, nos termos do disposto no artigo 615º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Civil, devendo, por conseguinte, por se tratar de facto essencial e não ter sido alegado pelas partes, ser eliminado dos «Factos Provados» da sentença recorrida, por violação de Lei;

9.<sup>a</sup> - Nos termos do artigo 5º do Código de Processo Civil, aplicável ex vi do artigo 80º da LOPTC, «(à)s partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir (...)», isto é, o ónus de alegação que impende sobre as partes, restringe-se aos factos essenciais que constituem a causa de pedir;

10.<sup>a</sup> - A causa de pedir constante do Requerimento Inicial do MP, foi UNICAMENTE o facto de não ter sido emitido pelo demandado, na qualidade de vogal do Conselho de Administração, no processo de aquisição n.º 51022816, referente à aquisição de imunoglobulina humana normal, 50 Mg/ML, à Empresa A, o despacho inicial de abertura e escolha do procedimento;

11.<sup>a</sup> - E, é só sobre esta causa de pedir que é lícito ao Mmo. Juiz pronunciar-se, até porque, ao Demandado não foi permitido o exercício ao contraditório de qualquer outra causa de pedir não invocada;

12.<sup>a</sup> - Em momento algum, a Digna Magistrada do MP alegou qualquer violação do princípio da concorrência; em momento algum, a Digna Magistrada do MP alegou factos consubstanciadores de violação, pelo demandado, dos normativos constantes do «artigo 252º, n.º 1, alínea b), n.ºs 1 e 4, do CCP» (vide ponto 14. da sentença recorrida);

13.<sup>a</sup> - Em momento algum, a Digna Magistrada do MP alegou que, nas circunstâncias de facto referidas no procedimento, deveriam ter sido consultados todos os fornecedores existentes no Acordo Quadro e, tampouco



alegou que no procedimento foi consultado apenas um dos fornecedores existentes no Acordo Quadro;

14.<sup>a</sup> - E, não o alegou, simplesmente porque não foi essa a causa de pedir na qual o MP fundamentou o pedido que, a final, deduziu ao Tribunal;

15.<sup>a</sup> - A causa de pedir foi, única e exclusivamente O FACTO de o Demandado ter omitido o despacho no qual procedia à escolha do tipo de procedimento. E ....

16.<sup>a</sup> - A norma que o MP entende que o Demandado, ora Recorrente, violou, não foi a do artigo 252º ou 259º do CCP, como decidido pelo Mmo. Juiz, mas antes, o artigo 38º do CCP, conforme resulta dos pontos 11. e 12. do Requerimento Inicial dos presentes autos;

17.<sup>a</sup> - De tal sorte que, nas alegações finais produzidas pela Digníssima Magistrada do Ministério Público, ficou claro e foi expressamente referido que, o que estava em causa nos presentes autos não era a opção pela consulta a um único fornecedor, para compra do produto, na medida em que tal opção se encontrava devidamente justificada e fundamentada em razões clínicas atinentes ao superior interesse da salvaguarda da segurança do doente, mas unicamente o facto de o Demandado ter omitido o despacho formal de abertura e escolha do procedimento, conforme prescrito no artigo 38º do CCP;

18.<sup>a</sup> - O Mmo. Juiz condenou o Demandado, pronunciando-se sobre questões que não deveria conhecer, singelamente porque não lhe foi pedido que o fizesse, incorrendo assim em violação do disposto na parte final do n.º 2 do artigo 608º do CPC, que dispõe: «(...) não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento officioso de outras»;

19.<sup>a</sup> - E, constituindo a decisão relativamente à causa de pedir uma decisão surpresa, relativamente a factos que o Demandado se viu impedido de exercer a sua defesa e aduzir argumentos, entendimento e alegando factos relevantes, violou o Mmo. Juiz, igualmente, o princípio do contraditório, com consagração constitucional;

20.<sup>a</sup> - Entende o Mmo. Juiz a quo que os Serviços que o Demandado dirigia deveriam ter iniciado outro procedimento legalmente previsto, fora do Acordo Quadro;

21.<sup>a</sup> - Ora, entende o Recorrente que, ainda que o montante da despesa se insira nos limiares possíveis para aquisição por ajuste direto, certo é que, as entidades públicas aderentes, ficam obrigadas a proceder às aquisições no Acordo Quadro.

22.<sup>a</sup> - Adquirir o produto, por recurso ao Acordo Quadro, mesmo nas especiais circunstâncias em que ocorreu in casu, consultando, por motivos clínicos e de segurança do doente, apenas um dos três fornecedores do AQ garante, por um lado, transparência, isenção e imparcialidade acrescidas ao procedimento, na medida em que os atos praticados são livremente acedidos por qualquer interessado.



23.<sup>a</sup> - Garante igualmente a proteção do interesse público, na medida em que os preços a praticar no âmbito das aquisições por recurso ao Catálogo de Compras Públicas, encontram-se tabelados, não podendo ultrapassar determinado montante máximo, o que não acontece se, ao arrepio do AQ, a Instituição pretender comprar o mesmo produto por recurso a qualquer outro procedimento;

24.<sup>a</sup> - A aquisição fora do catálogo, não obriga o fornecedor do catálogo a manter o preço nele praticado, podendo vender o produto pelo preço que bem entender, sem qualquer impedimento legal, sendo que, sem alternativa, a Instituição teria que pagar o preço reclamado;

25.<sup>a</sup> - Entende o recorrente que não podia, legalmente, optar por, saindo do Acordo Quadro, adquirir o produto constante do Catálogo, por meio de outro qualquer procedimento pelo qual decidisse optar, em face da contingência clínica e de segurança do doente a que vimos aludindo;

26.<sup>a</sup> - E, sendo assim, a decisão de escolha do procedimento prévio à formação dos contratos e respetiva fundamentação, foi tomada pelos SPMS antes da abertura do procedimento para outorga do Acordo-Quadro, sendo que, os procedimentos de aquisição que, ao seu abrigo viessem a ser desenvolvidos, se encontravam, desde logo, regulamentados no CE e PP do Acordo-quadro;

27.<sup>a</sup> - Por outro lado, o produto cuja aquisição se efetuou - imunoglobulina humana normal 50 MG/MI - encontra-se classificado no Sistema de Gestão Integrado do Circuito do Medicamento (SGICM)<sup>1</sup>, do INFARMED, como «51-Procedimentos-SPMS», não restando, pois, dúvidas quanto ao procedimento que, imperiosamente, a Instituição teria que adotar, sem qualquer margem para criatividade;

28.<sup>a</sup> - Sendo certo que, o único aspeto que carecia de fundamentação era a razão para a consulta, não aos três fornecedores do AQ, mas apenas a um, e a razão pela qual, se adquiriu o produto àquele e não outro fornecedor;

29.<sup>a</sup> - O que se encontra devidamente explicado, como se viu, no procedimento, com fundamento em razões clínicas e de segurança do doente;

30.<sup>a</sup> - Após consulta ao fornecedor do AQ e apresentação por este, do preço pelo qual se dispunha a vender o produto, o procedimento foi sujeito em 16.02.2016, a despacho de autorização/adjudicação, com proposta nos seguintes termos: «Solicito autorização para esta aquisição e realização da respetiva despesa, conforme informação supra referida.»

31.<sup>a</sup> - Esta proposta mereceu, em 17.02.2016, do ora demandado, o seguinte despacho:

«Autorizado como informado e proposto pelos serviços.» (Alíneas F) e G) da matéria dada como provada na sentença recorrida)

---

<sup>1</sup> Possibilita a requisição e o registo de medicamentos e todo o tipo de produtos de saúde de forma informatizada, da mesma forma que era realizado em papel, bem como a distribuição informatizada dos medicamentos emitidos diariamente a partir da prescrição médica eletrónica, tendo sido substituídos todos os procedimentos que se efetuavam em suporte de papel.



32.<sup>a</sup> - Assim, o despacho autorizador transcrito no artigo anterior, não só autorizou a respetiva aquisição e despesa a realizar, que lhe é inerente, como igualmente, sancionou o procedimento precedente a este ato, realizado pelos serviços ao abrigo do Acordo-Quadro, assim o ratificando.

33.<sup>a</sup> - E, como expressamente constava do anteprojeto do artigo 38º do CCP, nada impede que, quer a escolha do procedimento, quer a respetiva fundamentação sejam feitas em simultâneo com a decisão de contratar que, in casu, ocorreu no dia 17.02.2016;

34.<sup>a</sup> - Atente-se, igualmente que, o valor da despesa inseria-se no montante até ao qual a aquisição poderia efetuar-se com recurso ao ajuste direto, nos termos do disposto no artigo 20º do CCP;

35.<sup>a</sup> - Simplesmente, ao contrário do entendimento perfilhado pelo Mmo. Juiz a quo, tal não poderia ser feito ao arrepio do Acordo-Quadro, por razões de transparência, isenção e de legalidade, nos termos expostos;

36.<sup>a</sup> - Afigura-se-nos, pois, que foram rigorosamente respeitadas as disposições legais que fixam os critérios de escolha dos procedimentos de formação dos contratos públicos e os princípios da transparência, da igualdade e concorrência;

37.<sup>a</sup> - Não tendo o demandado praticado qualquer ato ilícito, pelo qual deva ser sancionado, pelo que, tendo a sentença condenado o Demandado no pagamento de coima para além de incorrer em violação de lei, nos termos expostos, resulta numa tremenda injustiça, que, por via do presente recurso, urge reparar;

38.<sup>a</sup> - Ainda que assim se não entenda e se conclua que o Demandado/Recorrente deveria ter proferido imperativamente o despacho de escolha do tipo de procedimento - porque é apenas isso que está em causa nos presentes-, terá necessariamente que concluir-se que a falha se trata de uma irregularidade inconsequente e sem qualquer prejuízo para o erário público;

39.<sup>a</sup> - Tratando-se, enfim, de uma infração bagatelar completamente irrelevante, inclusive do ponto de vista a perfeição do procedimento.

40.<sup>a</sup> - Por isso, ainda que alguma irregularidade se encontre no mencionado procedimento, por diminuta e diminuto também o grau de culpa do Demandado, na bagatela em que incorreu, deve, caso se entenda que não deve ser absolvido, ser dispensado de multa, nos termos previstos no artigo 65º, n.º 8 da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas, o que se requer.

\*

3. O Ministério Público emitiu parecer no sentido de que o recurso não merece provimento, devendo manter-se a decisão recorrida.

4. Corridos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

\*

## **II – Fundamentação fáctica**

5. Na sentença recorrida consideraram-se provados os seguintes factos, que se transcrevem, *ipsis verbis*:



B) O 1º demandado ocupou o cargo de vogal do Conselho de Administração na Unidade de Saúde do Baixo Alentejo, EPE, (ULSBA) no período temporal entre 30.01.2012 e 31.03.2017 (despachos Conjuntos n.º 1293/2012 dos Ministros das Finanças e da Saúde, publicado na II Série do DR n.º 21, de 30.12.2012 e Resolução do Conselho de Ministros n.º 9/2015, publicada na II Série do DR n.º 33 de 17.02.2015).

C) A Inspeção-Geral das Atividades em Saúde empreendeu uma ação inspetiva à ULSBA, que incidiu sobre a contratação pública de bens - Plasma humano e derivados - durante os anos 2014-2016.

D) Da análise dos processos de aquisição daqueles produtos, resultaram seis situações, onde ocorreram os factos evidenciados no ponto 4.1 b), [deficiência na fundamentação da escolha do tipo de procedimento], e) [violação dos princípios da transparência, igualdade e concorrência], g) [ausência de adjudicação] e 4.2 a) [aquisição sem observância de quaisquer justificação específica] do Relatório, geradoras de eventual responsabilidade financeira.

E) Na atuação envolvendo o procedimento 510022816, para o fornecimento de imunoglobulina humana normal existiam três fornecedores no Acordo Quadro, concretamente EMPRESA A, EMPRESA B e EMPRESA C, sendo que o convite para aquisição foi apenas dirigido à EMPRESA A.

F) Em 16.02.2016, no âmbito do procedimento, foi produzida informação de «Gestão de Materiais», por Interveniente D, técnica superiora, referindo o seguinte: «procedimento para 2016. Segundo informação dos serviços farmacêuticos, só podemos adquirir à Empresa A porque não se pode alterar o tratamento dos doentes (diferentes marcas, diferentes moléculas). Poupança de € 2 289,60 face à aquisição direta no catálogo». Sobre esta informação foi dada a seguinte informação dos Serviços financeiros: «Exmo. Vogal Executivo, Dr. D1 Solicito autorização para esta aquisição e realização de despesa, conforme informação supra referida. Ass. D2, 20.02.2016» (documento n.º 1 junto pelo demandado)

G) O demandado despachou nos seguintes termos: «Autorizado como informado e proposto pelos serviços, 17.02.2016» (documento n.º 1 junto pelo demandado).

H) Tal aquisição ocorreu, no ano de 2016, concretamente, no Processo de Aquisição n.ºs 51022816, na importância de 16.800,00 €, sem IVA.

I) Na verdade, embora aqueles processos estejam qualificados no SGICM como “51 - Procedimentos - SPMS”, deles não consta a decisão de escolha do procedimento.

J) O 1º demandado não atuou com o cuidado e a diligência que aquelas situações requeriam e de que era capaz, na qualidade e responsabilidades em que agiu, podendo e devendo decidir conforme o preceito legal assinalado, que assim desrespeitaram.



K) Agiu com vontade livre e consciente, bem sabendo que os atos que praticou eram ilegais, por não terem sido precedidos da decisão de escolha do procedimento, constituindo infração financeira sancionatória.

\*

### **III – Fundamentação de direito**

#### **1. As questões decididas**

Considerando as conclusões das alegações, que delimitam o objeto do recurso, nos termos do estatuído nos art.ºs 635º, nº 4 e 639º, nº 1, ambos do Código de Processo Civil (doravante CPC), estes, como os demais preceitos deste diploma legal adiante citados, aplicáveis *ex vi* art.º 80º da Lei nº 98/97 de 26.08, na redação introduzida pela Lei nº 20/2015 de 09.03 e republicada em anexo a esta lei (Lei de Organização e Processo dos Tribunal de Contas, doravante LOPTC e diploma legal a que pertencerão os preceitos adiante citados sem qualquer outra indicação), as questões a decidir nestes autos, a analisar pela ordem da sua precedência lógica, podem enunciar-se nos seguintes termos:

*1ª) A decisão recorrida é nula, nos termos do art.º 615º nº 1, al. d), do CPC, por ter conhecido de questão de que não podia conhecer?*

*2ª) O demandado não praticou qualquer ato ilícito, tendo sido respeitadas as disposições legais que fixam os critérios de escolha dos procedimentos de formação dos contratos públicos e os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência?*

*3ª) A ter ocorrido alguma irregularidade, verificam-se os fundamentos para o demandado ser dispensado de multa, nos termos do art.º 65º, nº 8, da LOPTC?*

Vejamos.

\*

#### **2. Nulidade da sentença**

O recorrente alega que a sentença recorrida é nula e estriba-se, para tanto, no estatuído no art.º 615º, nº 1, al. d), do CPC.

Argumenta que a decisão se pronunciou sobre uma questão que não devia apreciar, o facto dado como provado na alínea E) dessa decisão, o qual não teria sido alegado pelas partes e, por ser facto essencial, considera que deve ser eliminado dos “factos provados” da sentença recorrida.

Vejamos.

Preceitua-se no art.º 615º, nº 1, al. d), do CPC, que é nula a sentença quando “o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento”.

A nulidade aqui estatuída é o contraponto da violação do dever previsto no art.º 608º, nº 2, do CPC, nos termos do qual, “o juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas, cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras; não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento officioso de outras”.

“Questões”, para o efeito dos preceitos citados, tem correspondência com pretensões, sejam elas substantivas ou processuais e não com “factos



alegados”. Nesta medida, quer a omissão de conhecimento de factos alegados que sejam relevantes para a boa decisão da causa, quer o conhecimento de factos não alegados, não são “questões” suscetíveis de inquinar a sentença com o vício da nulidade.

A referida omissão de conhecimento de factos alegados e relevantes poderá antes fundamentar a anulação, mesmo oficiosamente, ao abrigo do art.º 662º, n.º 2, al. d), parte final, do CPC, da decisão sobre a matéria de facto proferida em 1ª instância, por se considerar indispensável com vista àquela boa decisão a ampliação da matéria de facto.

Por outro lado, o conhecimento de factos não alegados e que não seja possível ao tribunal conhecer, por não se enquadrarem no âmbito dos seus poderes de cognição, nos termos previstos no n.º 2 do art.º 5º do CPC, também não gera a nulidade da sentença. É antes suscetível de fundamentar uma revogação da decisão recorrida, na sequência de uma aplicação do direito sem a ponderação e conhecimento de tal facto, por não ter sido alegado pelas partes e não ser um facto suscetível de conhecimento pelo tribunal, no âmbito dos referidos poderes de cognição.

Nesta medida, ou seja, porquanto o facto em causa não é uma “questão”, no sentido atrás explicitado, de que o tribunal não podia tomar conhecimento, não se vislumbra fundamento legal para declarar a nulidade da sentença recorrida, à luz dos preceitos invocados pelos recorrentes.

Acresce, como adiante melhor se justificará, quando da aplicação do direito, que nem sequer estamos perante facto não alegado, ou de que o tribunal não pudesse conhecer, no âmbito dos seus poderes de cognição, para não o poder tomar em consideração na aplicação do direito.

Em resumo, *é negativa a resposta à 1ª questão, atrás equacionada, improcedendo assim as conclusões 2.ª a 8.ª das alegações do recorrente, de declaração de nulidade da sentença recorrida.*

\*

### **3. Licidade ou ilicitude da conduta do demandado**

O recorrente insurge-se contra a decisão recorrida porquanto e, em resumo, considera que não praticou qualquer ato ilícito pelo qual deva ser sancionado, tendo respeitado as disposições legais que fixam os critérios de escolha dos procedimentos de formação dos contratos públicos e os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

Vejam os.

**3.1.** Previamente importa justificar que não se vislumbra qualquer incorreção, na decisão recorrida, ao dar como provado o facto descrito na alínea E) dos factos provados e ao tomá-lo em consideração na aplicação do direito, não tendo assim sido violado o princípio do contraditório.

O facto dado como provado na alínea E) dos factos provados não é mais do que terem-se tomado em consideração os factos alegados pelo demandado



nos n.ºs 10 e 11 da sua contestação<sup>2</sup>, complementados ou concretizados, em face da documentação junta aos autos. Estes factos complementares ou concretizadores eram do perfeito conhecimento do demandante e do demandado e sobre os quais tiveram oportunidade de se pronunciar, sendo assim passíveis de serem tomados em consideração pelo juiz, nos termos do art.º 5.º, n.º 2, al. b), do CPC.

Com efeito, é o próprio demandado que naqueles n.ºs da contestação vem alegar que ao “invés de consultar todos os fornecedores do mesmo tipo de produto, a aquisição foi efetuada mediante consulta apenas a um fornecedor”. Nesta medida, na referida alínea E), o tribunal a quo limitou-se a tomar em consideração esta alegação e concretizar que eram três os fornecedores no âmbito do acordo quadro, explicitando os seus nomes, assim como, dentre estes, qual tinha sido o único fornecedor consultado.

Torna-se assim claro que o tribunal a quo tomou em consideração apenas os factos alegados pela defesa, complementados com factos resultantes da instrução da causa (em face da documentação junta aos autos e que era do conhecimento das partes), concretamente com a quantificação e identificação dos fornecedores do produto constantes do catálogo das compras públicas dos Serviços Partilhados do Ministério da Saúde (doravante SPMS), o que não só lhe era possível, como até lhe era imposto pelos poderes/deveres de cognição previstos no art.º 5.º, n.ºs 1 e 2, al. b) citado.

Consequentemente é linear que não foi violado o princípio do contraditório, consagrado no art.º 3.º, n.º 3, do CPC.

\*

**3.2.** Analisemos agora a conduta do demandado na perspetiva de integrar, ou não, a infração financeira sancionatória que lhe vem imputada, na dimensão da sua ilicitude, considerando a causa de pedir alegada.

A infração financeira imputada ao demandado, no requerimento inicial, tem por base a “violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública” – 1.ª parte da al. l), do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC – concretizando-se que tal violação respeitava ao facto de o demandado ter autorizado a aquisição de um bem, sem prévia decisão e fundamentação quanto à escolha do procedimento concursal, ao contrário do que impunha o art.º 38.º do Código dos Contratos Públicos<sup>3</sup> (doravante CCP) - cf. n.ºs 9 e 11 a 13 do requerimento inicial.

---

<sup>2</sup> Nos quais se alegava:

10.º - Apesar de imperfeitamente exposto, a menção à poupança deste montante, não significa que o produto não tenha sido adquirido por via do catálogo das compras públicas dos Serviços Partilhados do Ministério da Saúde (SPMS)

11.º - Quer significar apenas que, ao invés de consultar todos os fornecedores do mesmo tipo de produto, a aquisição foi efetuada mediante consulta apenas a um fornecedor, em virtude da fundamentação apresentadas pelos Serviços Farmacêuticos

<sup>3</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29.01, com sucessivas alterações legislativas, na redação vigente à data da aquisição em causa, em 17.02.2016, ou seja, antes das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31.08.



Ponderando a decisão recorrida e a argumentação do recorrente, afigura-se-nos que, naquela, não se chegou à conclusão da ilicitude da conduta do demandado com base numa causa de pedir diversa da alegada, não assistindo assim razão ao recorrente, como a seguir se procurará evidenciar.

Na verdade, claramente se afirma, logo no § 4 da sentença recorrida, que a infração financeira em causa “sustenta-se essencialmente no não cumprimento de regras da contratação pública envolvendo a aquisição de produtos farmacêuticos a um determinado fornecedor por ausência de escolha de procedimento efetuado no âmbito de um acordo quadro”

Prossegue-se depois, nos §§ seguintes da decisão recorrida, com a análise do regime da contratação pública, no âmbito e no seguimento de acordos-quadro, para se concluir que, sustentando-se o procedimento em causa num acordo quadro outorgado que envolvia várias entidades, “os serviços dirigidos pelo demandado não cumpriram o procedimento estabelecido na referida norma, concretizador do segundo momento referido no § 9, nomeadamente o pedido de propostas com consulta a todos os fornecedores qualificados no âmbito do acordo quadro” – cf. § 12 da sentença recorrida, sendo este sublinhado, como o antecedente, da nossa autoria.

Por aqui resulta claro que o que foi considerado, na decisão recorrida, como violador de normas legais relativas à contratação pública foi o facto de se ter procedido a uma aquisição, na sequência de um acordo quadro, mas sem se ter tomado decisão (e fundamentado essa decisão) sobre a escolha do procedimento legalmente imposto nesse caso, que passava por “dirigir aos contratantes do acordo quadro que reúnam as condições necessárias para a execução das prestações objecto desses contratos um convite à apresentação de propostas”, atento o estatuído no n.º 1 do art.º 259º do CCP, na redação vigente à data dos factos (não nos termos da redação introduzida pelo DL 111-B/2017 de 31.08 e citada no n.º 21º da contestação do demandado).

Concluindo-se, depois, que “A partir do momento que o procedimento se funda no Acordo Quadro é este regime, na íntegra, que tem que ser tramitado” – cf. § 13 da sentença recorrida.

Ou seja, ao contrário do que pretexta o recorrente, o juiz a quo não terá entendido e considerado “que os Serviços que o Demandado dirigia deveriam ter iniciado outro procedimento legalmente previsto, fora do Acordo Quadro” (cf. conclusão 20ª das alegações).

Muito pelo contrário, o que o tribunal a quo salientou e justificou é que o demandado “não podia, de todo, afastar a consulta aos restantes fornecedores apurados e já contratados, na medida em que afasta todo o devido e legal procedimento em que se baseou” (mais uma vez sublinhado da nossa autoria), o referido acordo-quadro. Para depois concluir pela “manifesta... ilegalidade do procedimento seguido pela ULSBA e que culminou com a adjudicação subscrita pelo demandado” – cf. §§ 13 e 14 da sentença recorrida.



No considerando que consta da parte final do § 13 da sentença recorrida, ao referir, “A menos que invocando razões fundamentadas, saindo, do procedimento do Acordo Quadro, se inicie um outro procedimento, legalmente previsto”, o tribunal a quo está apenas, na sequência do entendimento atrás exposto, a utilizar um argumento reforçado. Ou seja, caso a aquisição fosse fora do procedimento do acordo quadro, teriam de ser invocadas razões fundamentadas e, então, iniciar-se outro procedimento.

Cremos assim que, além de a decisão recorrida não ter violado o princípio do contraditório, como atrás se justificou, também não pode deixar de se concluir que não foi alterada a causa de pedir, improcedendo as conclusões 9.<sup>a</sup> a 19.<sup>a</sup> das conclusões das alegações do recorrente.

\*

**3.3.** Cumpre agora justificar se se verificam, ou não, os pressupostos da infração financeira sancionatória que vem imputada ao demandado, na dimensão da sua ilicitude.

O demandado considera terem sido respeitadas as disposições legais que fixam os critérios de escolha dos procedimentos de formação dos contratos públicos e os princípios da transparência, da igualdade e concorrência, não tendo assim praticado qualquer ato ilícito, pelo qual deva ser sancionado.

Salvo melhor entendimento, não cremos que tenha fundamento tal consideração.

Na verdade, estando, como estávamos, perante uma aquisição de bens, na sequência de um acordo quadro em vigor e celebrado com várias entidades, ou seja, ao abrigo do art.º 252º, n.º 1, al. b), do CCP (na redação original, em vigor à data dos factos, anterior pois à redação dada pelo DL 111-B/2017), a formação do contrato, relativo a essa aquisição, tinha que respeitar o procedimento legalmente definido no art.º 259º, n.º 1, do mesmo diploma legal. Ou seja, convite a todos os co-contratantes do acordo quadro, para apresentação de propostas, nos termos das als. a) ou b) desse preceito, nomeadamente, se fosse o caso, “aos termos do acordo-quadro a concretizar...em virtude das particularidades da necessidade cuja satisfação se visa com a celebração do contrato”.

Como é evidente, a partir do momento em que a entidade adjudicante, representada pelo demandado, dirigiu apenas um convite e não três convites às três entidades co-contratantes do acordo quadro, não respeitou o procedimento legal e, conseqüentemente, violou também os princípios da igualdade e da concorrência, que são acautelados por tais preceitos legais.

Aliás, no procedimento em causa, não foi sequer tomada, fundamentadamente, a decisão da escolha do procedimento. Assim como não se realizou qualquer procedimento de contratação pública. Apenas e tão só veio a ocorrer uma decisão de autorização de aquisição e realização de despesa, sem prévio procedimento de contratação pública, nomeadamente a referida decisão de escolha do procedimento, que deve necessariamente preceder a autorização de realização da despesa e a adjudicação, porquanto estas devem ser tomadas



no âmbito do procedimento de contratação pública previamente escolhido – cfr. art.ºs 36.º, 53.º, 56.º, 70.º e 73.º, todos do CCP.

Ou seja, foi omitido, de forma total e absoluta, o procedimento legalmente devido, o que consubstancia a prática dum ato com «preterição total do procedimento legalmente exigido», com a conseqüente cominação de nulidade, conforme previsto no artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do Código do Procedimento Administrativo (doravante CPA), porquanto não vem alegado nem foi demonstrado qualquer “estado de necessidade”.

Tendo sido omitido, de forma total e absoluta, o procedimento legalmente devido, não estão garantidos, como é linear, quer a proteção do interesse público, quer os princípios da transparência, isenção e imparcialidade, ao contrário do que propugna o recorrente nas conclusões 22.ª, 23.ª e 35.ª das suas alegações.

*Em conclusão e em resumo, não assiste razão ao recorrente quando propugna que não praticou qualquer ato ilícito, não se vislumbrando motivos para censurar a decisão recorrida, ao concluir pela ilicitude da conduta do recorrente e pelo preenchimento dos elementos típicos da infração que àquele vem imputada, improcedendo assim as conclusões 20.ª a 37.ª das conclusões das alegações do recorrente.*

\*

#### **4. Dispensa de multa**

Caso se conclua que cometeu uma “irregularidade”, o recorrente considera que deve ser dispensado de multa, nos termos previstos no n.º 8 do art.º 65º da LOPTC.

Vejamos.

Preceitua o n.º 8 do art.º 65º invocado que “o Tribunal pode dispensar a aplicação da multa quando a culpa do demandado for diminuta e não houver lugar à reposição ou esta tiver sido efetuada”.

Deve começar por salientar-se que a aplicabilidade deste regime pressupõe ou exige, desde logo, uma “culpa diminuta”.

Ora, analisada a conduta do demandado, não cremos que se possa defender estarem preenchidos os pressupostos da aplicação deste regime.

Com efeito, não estamos perante uma “irregularidade inconsequente” ou uma “infração *bagatelar* completamente irrelevante”, como propugna o recorrente – cf. conclusões 38.ª e 39.ª das alegações do recorrente.

Como atrás se justificou estamos perante o mais grave dos vícios, a preterição total do procedimento legalmente exigido, conducente à nulidade dos atos subsequentes, incluindo o contrato de aquisição, por força do estatuído nos art.ºs 283º, n.º 1 e 284º, n.º 2, ambos do CCP.

Acresce que, ao contrário do alegado, não está demonstrado que não tenha ocorrido “qualquer prejuízo para o erário público”.

Com efeito, a ter-se adotado o procedimento devido, ou seja, o convite às três entidades co-contratantes do acordo quadro, é que saberíamos qual o melhor preço e se este era o mesmo ou inferior àquele pelo qual veio a ser feita a aquisição do bem em causa.



*Nesta medida é de concluir que não estão preenchidos os pressupostos para a requerida dispensa de multa, improcedendo assim as conclusões 38.ª a 40.ª das conclusões das alegações do recorrente.*

\*

#### **IV – Decisão**

*Pelo exposto, ao abrigo dos preceitos legais citados, acordam os juízes que integram o Plenário da 3ª Secção em julgar improcedente o recurso interposto pelo demandado e recorrente D1, mantendo-se a decisão recorrida.*

Emolumentos a cargo do recorrente – cf. art.º 97º, nº 7, da LOPTC e art.º 16º, nºs 1, al. b) e 17º, nº 1, ambos do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo art.º 1º do DL 66/96 de 31.05 e publicado em anexo a este diploma legal.

Registe-se e notifique-se.

Após, abra conclusão, tendo em vista a elaboração de sumário e determinação de publicação no sítio do Tribunal de Contas.

\*

Lisboa, 19 de fevereiro de 2020

(António Francisco Martins)

(Laura Tavares da Silva)

(José Manuel Ferreira de Araújo Barros)