



Transitou em julgado em 25/05/04

## ACORDÃO Nº 60 /04 – 4 MAIO – 1ª S/SS

### PROCESSO Nº 431/2004

1. A Câmara Municipal de Lisboa remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de fornecimento de refeições a escolas do 1º ciclo do ensino básico, celebrado com a empresa NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar, S.A., no valor de € 538.907,39 acrescido de IVA.

2. De acordo com os autos, foi possível apurar a seguinte factualidade:

2.1. Pela Informação nº 699/DASE/DEJ/03, de 10 de Julho, foi proposto que, para o ano lectivo 2003/2004, o fornecimento de refeições às Escolas do 1º Ciclo do Ensino Básico nºs 1, 4, 12, 15, 19, 20, 29, 37, 49, 66, 76, 113, 124, 165, 175, 183 e 205 e respectivos Jardins de Infância, em sistema de “catering a quente descartável”, fosse adjudicado por **ajuste directo**;

2.2. De acordo com a mesma informação, tal procedimento seria justificado por, face às especificidades daquele fornecimento, designadamente no que respeita às viaturas de distribuição e à necessidade de respeitar as exigências legais aplicáveis, existir neste sector do mercado **uma única empresa credenciada e licenciada** para o efeito;

2.3. Com este argumento, propôs-se que o fornecimento fosse adjudicado à empresa NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar S.A., por ser “a única avalizada para a prestação do fornecimento pretendido”, mais se informando que, por esta via, ficariam



- “salvaguardados os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público, da transparência, da igualdade, da concorrência, da boa fé, da estabilidade e da responsabilidade”;
- 2.4. Esta proposta obteve despacho autorizador da Senhora Vereadora do pelouro da Educação, de 15.7.2003;
  - 2.5. Em aditamento/alteração à citada Informação nº 672, a Informação nº 725/DEJ/DASE/03, de 16 de Julho, veio propôr “a alteração do procedimento (ajuste directo) para um procedimento por consulta prévia”, \* a pelo menos dois fornecedores, independentemente do valor;
  - 2.6. Tal alteração seria fundamentada no facto de, nesse mesmo dia (16 de Julho), “após uma reunião, se ter tomado conhecimento [de] que, para além da empresa indicada como única licenciada e certificada para o fornecimento...outra se encontra em condições de responder a tal fornecimento...” ;
  - 2.7. Ainda de acordo com esta informação, o novo procedimento proposto asseguraria “as necessárias transparência e concorrência”, no contexto de “uma lógica de celeridade”, tanto mais que não poderiam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso, estando-se perante uma situação de “urgência imperiosa...resultante de acontecimentos imprevisíveis, os quais não podem ser imputados de forma alguma a este serviço” ;
  - 2.8. Estes argumentos seriam reforçados pela necessidade de as crianças disporem de “alimentação já no início de Setembro, não se compadecendo esta necessidade de almoçar com os largos períodos de tempo que um processo desta monta vai demorar...” ;
  - 2.9. A citada informação concluía propondo que fossem consultadas a NORDIGAL, S.A., e a PROCATERING, Lda., o que foi autorizado por despacho da Senhora Vereadora com o pelouro da Educação em 21 de Julho de 2003 ;

---

\* Sublinhado nosso.



- 2.10. A consulta às duas empresas teve lugar em 25 de Julho, tendo as respectivas propostas sido apreciadas em 1 de Agosto de 2003, pela Comissão para o efeito constituída, a qual, sendo o critério de adjudicação o preço mais baixo, as graduou da seguinte forma:
- 1º - NORDIGAL: € 722.560,50, sem IVA
  - 2º - PROCATERING: € 948.546,50, sem IVA
- 2.11. Na sequência do disposto no artigo 157º e no nº1 do artigo 143º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, seguiu-se em 8 de Agosto uma sessão de negociação conduzida pela mesma Comissão, de que releva (Anexo B à Acta) a declaração do representante da PROCATERING de que, face aos valores apresentados pela outra empresa, não lhe seria possível manter o nível do fornecimento pelos valores apresentados;
- 2.12. De acordo com a Informação nº 794/DEJ/DASE/03/08/08 e “na sequência da referida negociação, foi proposta a adjudicação à empresa NORDIGAL, S.S., pelo valor de € 603.576,27, com IVA;
- 2.13. Esta proposta obteve despacho da competente Vereadora de 28 de Agosto, pelo qual remeteu o processo para autorização do Presidente;
- 2.14. Por despacho do Senhor Presidente da Câmara, não datado mas não anterior a 23 de Janeiro do ano em curso (data da proposta da Senhora Vereadora da área), e após aprovação pela Assembleia Municipal da repartição de encargos, foi autorizada a celebração do contrato;
- 2.15. A outorga do contrato, abrangendo as escolas enunciadas em 2.1. e respectivos Jardins de Infância, teve lugar em 28 de Fevereiro último;
- 2.16. De acordo com a sua cláusula 3ª, a execução dos serviços teria lugar “durante o ano lectivo de 2003/2004, iniciando-se na 1ª semana do mês de Setembro de 2003 ou, no caso de impossibilidade processual, no 1º dia útil da semana seguinte à da assinatura do contrato”;
- 2.17. Nos termos do nº 2 da cláusula 4ª do contrato, o pagamento dos encargos é feito em prestações mensais.



3. Suscitadas algumas questões à Câmara, pela presidente do “Júri” foi esclarecido, entre outros aspectos, o seguinte:

3.1. **A opção pelo procedimento por consulta prévia** resultou de “razões de natureza técnica, designadamente tendo por base as condições existentes nas cozinhas das escolas, que apenas possibilitam o catering a quente...” ; mais esclareceu que “após apurada consulta ao mercado nesta área de actividade, constatou-se existir apenas uma única empresa\* – a NORDIGAL. SA ; sendo que seis dias decorridos, uma segunda empresa se apresentou como estando habilitada e sendo capaz de prestar o mesmo tipo de serviço – a PROCATERING, Lda.” \*

“Atendendo aos princípios basilares previstos no Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho...entendeu o júri do concurso não poder esta empresa ser preterida...sendo que se constatou existirem apenas duas empresas\* nas condições requeridas, concluiu-se que o único procedimento\* passível de ser adoptado, *in casu*, seria o procedimento por consulta prévia, nos termos da alínea e) do nº 1 do artigo 78º...”.

Excluiu-se, desde logo, procedimento mais solene\*, por razões de fornecimento em tempo útil, que aconselha a necessidade de unidade de indústria situada em território nacional.”.

---

\* Sublinhados nossos



## Tribunal de Contas

---

3.2. Já no que respeita ao início da produção dos **efeitos materiais e financeiros do contrato**, a resposta da Câmara foi a seguinte: “Considerando que a urgência subjacente ao interesse público em avançar com o procedimento não se compadece com este tipo de situações de esperas prolongadas para outorga do contrato, os efeitos materiais e financeiros\* [do contrato] ter-se-ão efectivamente iniciado após o acto de adjudicação \*...e não apenas ao tempo da assinatura do contrato”.

4. Dispõe o artigo 80º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, pelo qual se estabelece o regime de realização de despesas públicas com a locação e aquisição de bens e serviços, bem como da respectiva contratação pública, que o **concurso público é o procedimento exigido** quando o valor do contrato seja igual ou superior a € 124.699,47 (25.000 contos, como previsto no nº 1 da citada disposição legal), sem prejuízo das disposições especiais de natureza comunitária previstas no Cap. XIII do diploma (artigo 190º e seguintes).

Por sua vez, o artigo 81º admite, no seu nº 1, o procedimento com **consulta prévia**, quando o valor seja igual ou inferior a € 49.879,79 (10.000 contos), sendo nestes casos obrigatória a consulta a pelo menos 5, 3 ou 2 fornecedores quando o valor do contrato seja respectivamente igual ou superior a € 49.879,79, € 24.939,89 (5.00 contos) ou € 12.469,95 (2.500 contos).

No seu nº 2, o mesmo artigo 81º exige que, nos casos do nº 1, não sendo possível consultar o número mínimo de fornecedores, seja adoptado um dos outros procedimentos, com excepção do ajuste directo.

Já o nº 3 do artigo 81º permite recorrer ao **ajuste directo** em duas situações:

---

\* Sublinhados nossos



## Tribunal de Contas

---

- quando o valor do contrato seja igual ou inferior a € 4.987,98 (1.000 contos), e mesmo neste caso, adoptando-se preferencialmente a consulta prévia a, pelo menos, dois fornecedores (alínea a) do nº 3 e nº 4) ;
- quando a natureza dos serviços a prestar não permita a definição das especificações necessárias à adjudicação, ainda assim dentro dos limites fixados no artigo 191º para o concurso público internacional.

Estes princípios, que integram a Secção II sobre procedimentos a adoptar em função do valor do contrato, são complementados pelas disposições dos artigos 83º a 86º, integradas na secção III relativa à escolha do procedimento **independentemente do valor**, de acordo com as quais pode ser adoptado:

- o procedimento **por negociação com** publicação prévia de anúncio (artº 83) ;
- o procedimento **por negociação sem** publicação prévia de anúncio ou concurso limitado **sem** apresentação de candidaturas (artº 84º) ;
- o procedimento com **consulta prévia** a, pelo menos, dois fornecedores ou locadores (artº 85º) ;
- O **ajuste directo** (artº 86º).

De acordo com os autos, o **ajuste directo** foi a primeira opção, atenta a invocada inexistência de concorrência (na Informação nº 672/DASE/03 refere-se ser a NORDIGAL a única empresa “avalizada para a prestação do fornecimento”), pelo que a norma aplicável seria a alínea d) do nº 1 do artigo 86º do Decreto-Lei nº 197/99, invocado aliás na referida informação, de acordo com a qual aquele procedimento pode ter lugar “quando, por motivos de aptidão técnica...ou relativos à protecção de direitos exclusivos...o fornecimento...apenas possa ser executado por um...fornecedor determinado”.

Face ao conhecimento posterior de que existia outra empresa do ramo (aditamento à Informação nº 672/DASE/03), o procedimento escolhido foi o **procedimento por consulta prévia**, ou seja, nos termos do artº 85º do Decreto-Lei nº 197/99, de acordo com o qual a sua adopção pode ter lugar “quando, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de



# Tribunal de Contas

---

acontecimentos imprevisíveis, não possam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso..., desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis às entidades adjudicantes” :

Há, pois, que **apurar se se verificaram os condicionalismos previstos na invocada disposição legal**. Assim, não se pondo em causa a urgência do fornecimento, o que nos cabe apreciar é se ocorreram “**acontecimentos imprevisíveis**”, ou seja, **insusceptíveis de ser previstos**, determinantes daquela urgência bem como se as **circunstâncias** invocadas **não são imputáveis** à Câmara ou aos seus Serviços.

5. Ora, **nenhuma das razões** a que se fez apelo se enquadra nos requisitos do artigo 85º. E se não, vejamos:

- considerando que, face ao teor da proposta dos serviços, o acontecimento imprevisível invocado (o qual, aliás, nunca foi claramente explicitado, designadamente na resposta dada às questões suscitadas em sede de contraditório) foi a tomada de conhecimento em 16 de Julho, “após uma reunião”, da existência de uma “outra” empresa “em condições de responder a tal fornecimento”, urge concluir que, se tal conhecimento poderá ter sido inesperado para a subscritora do referido “Aditamento”, não pode porém ser qualificado como “insusceptível de ser previsto”, até porque a eventualidade de existirem, não uma, mas várias empresas de “catering” habilitadas a este fornecimento é mais que provável, sendo certo que, mesmo invocando a natureza de “catering a quente”, tal unicidade” não era de prever, como aliás resulta dos documentos inseridos nos autos ;
- acresce que a resposta da Direcção-Geral de Fiscalização e Controle da Qualidade Alimentar, dada em 30 de Abril de 2003, na sequência do pedido, formulado pelos Serviços da Câmara, de informação sobre quais as empresas em condições de prestarem o serviço de fornecimento de refeições com “catering a quente”, limitou-se a enunciar as condições de transporte de refeições conservadas pelo frio ou “em ligação quente” e respectivos



## Tribunal de Contas

---

normativos reguladores, sem contudo indicar qualquer empresa ou empresas para o efeito licenciadas.

6. No que se refere ao quadro normativo enunciado no número anterior, não será demais recordar que o Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva nº 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, nele se instituindo o concurso público, aliás na linha do que o regime do anterior Decreto-Lei nº 55/95, de 29 de Março consagrava, como a forma exigível quando o valor do contrato atinja um nível em relação ao qual os princípios que regem a contratação pública (artigos 7º a 15º) só se encontrem plenamente assegurados quando qualquer interessado que reúna os requisitos exigidos possa apresentar propostas. Daí, também, as reforçadas e progressivas exigências quando, face a tal valor, se opte por procedimento diferente. Não bastaria, assim, no caso que nos ocupa, a presunção ou a convicção de que uma única empresa, ou mesmo duas, estaria (m) em condições de prestar aquele serviço; indispensável seria que tal exclusividade estivesse devidamente documentada, designadamente pela entidade competente para o respectivo licenciamento prévio e na exacta medida em que este seja exigível.

Face ao exposto, a necessidade imperiosa de assegurar a alimentação das crianças a partir do início de Setembro de acordo com o cronograma do ano escolar, deveria ter sido compaginada com um **atempado lançamento do processo concursal compatível** com a estimativa dos custos do serviço, como se espera de um normal e eficiente funcionamento dos serviços da Câmara com responsabilidade na área educativa; não é assim, também aqui, tal necessidade qualificável como **circunstância imprevisível**, por o cronograma do ano lectivo ser de há muito conhecido de todas as instituições envolvidas na sua efectivação.

Mas, mesmo que fosse defensável que estes acontecimentos eram imprevisíveis – o que à evidência se **contesta e repudia** –, ainda assim não se encontrava verificado o requisito da parte final do artigo 85º do Decreto-Lei nº 197/99, porquanto as circunstâncias que a Câmara pretende serem justificativas do recurso à consulta prévia decorrem do inadequado enquadramento temporal do





## Tribunal de Contas

---

procedimento prévio à aquisição, sendo por conseguinte **integralmente imputáveis à entidade adjudicante e aos seus serviços**.

7. Acresce que, conforme decorre da cláusula 4ª do contrato e foi confirmado na resposta dos serviços da Câmara, este, além de ter produzido efeitos materiais logo no início de Setembro, **produziu também efeitos financeiros antes do visto**, em violação directa do artigo 45º, nº 1, da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

8. Nestes termos e em conclusão, o recurso, neste caso, ao procedimento com consulta prévia não teve cobertura nas condições e requisitos do artigo 85º do Decreto-Lei nº 197/99, pelo que resta concluir pela **inaplicabilidade da invocada disposição legal** ; sendo assim, inexistente fundamento legal para a adjudicação à empresa NORDIGAL, S.A., do fornecimento objecto do contrato em apreço, sendo certo que, face ao valor envolvido, era **obrigatório**, nos termos conjugados dos artigos 80º, nº 1, e 87º nºs 1, 4 e 5, e 196º do Decreto-Lei nº 197/99, fazer preceder o contrato de **concurso público**.

A não realização de concurso público implica, pela ausência de um elemento essencial ao acto, a **nullidade** do acto de adjudicação e, por essa via, do contrato dele decorrente (artigos 133º, nº 1, e 185º, nº 1, do Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro), o que constitui, nos termos da alínea a) do nº 3 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, fundamento de recusa de visto.

Acresce que o artigo 45ª, nº 1 da mesma Lei nº 98/97 tem natureza financeira, pelo que, pela efectivação de pagamentos antes do visto, se encontra igualmente verificado fundamento para a recusa do visto, conforme previsto na alínea b) do nº 3 daquele 44º, sem prejuízo da responsabilidade financeira a apurar em sede própria.

Finalmente, assinala-se que, face aos esclarecimentos prestados pelos Serviços da Câmara, se encontra demonstrado o incumprimento do prazo de remessa do processo a este Tribunal fixado pelo nº 2 do artigo 81º da Lei nº 98/97.



# Tribunal de Contas

---

9. Tendo em consideração as conclusões atrás enunciadas, acordam os Juízes da 1ª Secção, em Subsecção em:

9.1. Recusar o visto ao contrato em apreço, com os fundamentos enunciados no número anterior;

9.2. Determinar a instauração de processo por incumprimento do disposto no nº 2 do artigo 82º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

São devidos emolumentos.

Diligências necessárias.

Dê-se conhecimento deste Acórdão ao Excelentíssimo Juiz Conselheiro responsável pela área das Autarquias Locais.

Lisboa, 4 de Maio de 2004.

## **OS JUÍZES CONSELHEIROS**

Adelina Sá Carvalho – Relator

José Luís Pinto Almeida

Lídio de Magalhães

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto



## DECLARAÇÃO DE VOTO

### **Proc. nº 431/04**

Recusaria o visto apenas pelo primeiro dos fundamentos invocados uma vez que a apreciação da ilegalidade decorrente da execução financeira de contratos antes do visto não cabe na competência de fiscalização prévia deste Tribunal definida no art.º 44.º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26/8.

Lisboa, 4 de Maio de 2004