



Mantido pelo acórdão nº 38/06, 14/06/06, proferido no recurso nº 29/06

## ACÓRDÃO Nº124 /06 – 7.ABR.06 – 1ª S/SS

### Processo nº 274/2006

A Assembleia da República submeteu a fiscalização prévia o contrato n.º 3/2005 celebrado com “TOP ATLÂNTICO – Viagens e Turismo, S.A.” e relativo à “instalação de uma agência de viagens” na sede daquele órgão de soberania.

É a seguinte a matéria de facto relevante:

1. Pela Informação n.º 23/DSAF/2004, de 27/7/2004, a Direcção de Serviços Administrativos e Financeiros e o Gabinete de Relações Internacionais e Protocolo, ambos da Assembleia da República, davam conta de que o protocolo (com as respectivas prorrogações) estabelecido com a agência “Space Travel” (ao tempo “Top Atlântico”) para assegurar o funcionamento do implante de uma agência de viagens junto daquele órgão de soberania terminava a sua vigência em Março de 2005;
2. Ainda na mesma Informação, dava-se conta do que constava do art.º 17.º do projecto de Resolução 271/IX, aprovado pela A.R. em 8/7/2004 (então ainda não publicado mas que veio a constituir a



- Resolução n.º 57/2004 – DR, I-A, 6/8/2004), e informava-se tornar-se “necessário proceder a nova consulta para seleccionar a agência de viagens com a qual se havia de celebrar contrato”;
3. A mesma Informação, aludindo à Portaria n.º 1388/2001, II Série, de 16/8, que homologava os contratos públicos de aprovisionamento referentes à prestação de serviços de viagens e alojamento ao Estado, referia que o respectivo Anexo I continha a listagem de agências seleccionadas como prestadoras dos referidos serviços e sustentava (cfr. n.º 7) que, nos termos do art.º 86.º, n.º 1, alínea a) do Dec-Lei n.º 197/99, “o procedimento a adoptar para escolha de uma dessas agências de viagem” seria o “ajuste directo”;
  4. Dizia-se ainda na referida informação (cfr. n.º 8): (...) que “tendo em vista negociar com as empresas o conteúdo das respectivas propostas, propõe-se que seja autorizada a abertura de **procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio** para instalação de uma dessas agências de viagens na Assembleia da República”;
  5. Logo de seguida e antes de concluir pela competência do Presidente da Assembleia da República para autorizar a consulta e a despesa (o que veio a acontecer em 1/9/04) a referida Informação a que nos vimos referindo dizia, textualmente:



“Propõe-se ainda que sejam convidadas a apresentar propostas as seguintes agências constantes da lista inserta na Portaria supra referida:

**Top Atlântico**

**Geotur**

**Abreu**

**Equador**

**BTI World Travel (Turismo Cruzeiro)”**

6. No Anexo I da citada Portaria n.º 1388/2001, constavam as empresas às quais o Estado reconhecia a qualidade de prestadoras de serviços de viagens e alojamentos nas modalidades de “transporte por via rodoviária e via férrea” (em número de 6), “ transporte por via aérea”, “alojamento no espaço nacional” e “alojamento no espaço internacional (todas em número de 11);
7. Entretanto, em 9/9/2004 foi publicada a Portaria n.º 1008/2004, que vem reconhecer, a partir da data da sua publicação, a várias dezenas de empresas a qualidade de prestadores de serviços de viagens e alojamento;
8. Já depois da publicação desta portaria, as informações de 29/9/2004 e de 14/12/2004 apresentaram propostas no sentido do desenvolvimento do procedimento proposto, reiterando-se que devia ser circunscrito às referidas 5 empresas que, em nota



manuscrita em 16/12/2004, sobre a segunda das referidas informações, aparecem de novo referidas;

9. Desenvolvido o procedimento veio a Comissão propor “a adjudicação da prestação de serviços de viagens e alojamentos à Assembleia da República, com instalação de uma agência no Palácio de S. Bento, ao concorrente TOP ATLÂNTICO”, conforme consta da Acta de 24/2/2005;
10. A adjudicação veio a ser autorizada por despacho de 29/3/2005 exarado na proposta n.º 20/SG/CA/2005, na sequência da Informação n.º 112-DAPAT-2005, de 25/2/2005.
11. Após tal adjudicação, segundo se extrai do Parecer n.º 85/2005, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (cfr. DR, II, 23/2/2006, págs. 2735 e segs.), a empresa “Barceló/Escalatur”, em reclamação recebida em 22/4/2005 e dirigida ao Presidente da Assembleia da República, veio defender que, atentos os valores em causa, deveria ter-se adoptado o procedimento de concurso público ou, em alternativa, o concurso limitado por prévia qualificação;
12. O Presidente da Assembleia da República, pelo Despacho n.º 16/X, de 10/5/2005, solicita então ao Auditor Jurídico que preste parecer sobre várias questões relacionadas com a validade do citado procedimento vindo este, no que para aqui importa, (e ainda de acordo com a transcrição já referida) a manifestar a opinião – cfr. conclusão hh) – de que se impunha legalmente “a não



celebração do contrato, visto que a Administração tem o dever jurídico de não celebrar contratos inválidos (a menos que não pudesse deixar de o fazer, também por imperativo legal, o que não é o caso)”;

13. Na sequência deste parecer, o Presidente da Assembleia da República solicitou outro parecer, agora ao Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, sobre “a legalidade do procedimento por negociação n.º 328/2004, nomeadamente sobre a existência de algum impedimento legal que inviabilize a celebração de contrato com a Top Atlântico, cuja adjudicação ocorreu por despacho de 29 de Março de 2005, após parecer favorável do conselho de administração da Assembleia da República de 22 de Março de 2005”;

14. No parecer do Conselho Consultivo – e também no que para aqui importa – veio a concluir-se (cfr. conclusão 8.ª) que “o acto final de adjudicação que teve lugar no procedimento por negociação levado a cabo pelos serviços da Assembleia da República vincula-a à celebração do respectivo contrato com a adjudicatária, sujeitando-a, em caso de incumprimento, ao dever de indemnização”, e isto porque, nos termos da conclusão 7.ª, “o decurso do prazo de impugnação contenciosa dos actos constitutivos de direito, ainda que inválidos, obsta à sua revogação anulatória”;



# Tribunal de Contas

---

15. Pelo despacho n.º 43/X do Presidente da Assembleia da República foi o referido Parecer homologado nos termos e para os efeitos previstos no n.º 1 do art.º 43.º da Lei n.º 60/98, de 27/8\*, cometendo-se à Secretária-Geral a promoção da “celebração do contrato com a adjudicatária”;

\* \* \*

O presente contrato tem como objecto, conforme expressamente se declara no n.º 1 da cláusula 1.ª, “a instalação de um in-plant da agência de viagens Top Atlântico na Assembleia da República, para prestação do serviço de viagens e alojamento, sendo por isso a agência de viagens da Assembleia da República”.

Resulta daqui – e resulta também a vários propósitos dos autos – que, pelo presente contrato, a agência de viagens obtém o exclusivo da referida prestação de serviços aos membros daquele órgão de soberania e, quando for caso disso, aos próprios funcionários da respectiva estrutura de apoio quando, em serviço, uns ou outros carecerem de tal prestação.

Resulta ainda que tal serviço é prestado em estabelecimento sito nas instalações privadas daquele órgão de soberania.

---

\* Queria dizer-se, certamente, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do art.º 43.º da Lei n.º 47/86, de 15/10, na redacção da Lei n.º 60/98, de 27/8.



# Tribunal de Contas

---

De resto, é isso que resulta também do disposto no art.º 17.º da Resolução da Assembleia da República n.º 57/2004, publicada em DR, I, de 6/8/2004:

“1 – A aquisição de bilhetes de avião ou referentes a outros meios de transporte utilizados nas deslocações oficiais será obrigatoriamente feita pelos serviços competentes na agência de viagens que, nos termos do art.º 60.º da Lei de Organização e de Funcionamento da Assembleia da República, disponha de instalações no Palácio de São Bento.

2– O disposto no número anterior é aplicável à marcação e pagamento dos hotéis.

3– Os serviços prestados pela agência instalada na Assembleia da República, bem como as respectivas condições de instalação, funcionamento e pagamento, regem-se por contrato celebrado entre ambas, de duração anual, o qual pode ser prorrogado apenas por dois períodos de um ano.

(...)”.

\* \* \*

Vejamos agora, ainda que sumariamente, em que consiste o regime das prestações de serviço a que estão adstritas as empresas que celebraram contratos com o Estado e que constam, presentemente, em anexo à Portaria n.º 1008/2004/2.ª Série.



## Tribunal de Contas

---

De acordo com o respectivo regime, ficam o Estado e as restantes entidades indicadas nos artigos 2.º e 3.º do Dec-Lei n.º 197/99, de 8/6, (entre as quais se contam o Estado e os organismos públicos dotados de personalidade jurídica, com ou sem autonomia financeira, que não revistam natureza, forma e designação de empresa pública) aptos a adquirir uma ou várias prestações de serviço a qualquer uma das empresas cujos contratos hajam sido homologados.

De acordo com o que expressamente se dispõe nos artigos 59.º, n.º 1, al. c) e 86.º, n.º 1, al. a) do Dec-Lei n.º 197/99, de 8/6, cada uma das aquisições subsequentes não exige contrato escrito e pode ser feita por ajuste directo, qualquer que seja o respectivo valor.

Ao contrário do que sucedia em tempos idos, em que o aprovisionamento visava assegurar a continuidade de fornecimentos públicos, hoje, basta compulsar a legislação que regulava a Central de Compras do Estado para ver que são outras as razões, as quais talvez não seja arriscado resumir citando “acordos de desconto” e “simplificação do processo burocrático de aquisição” (cfr. preâmbulo da Portaria n.º 717/81, de 22/8) bem como racionalização e centralização dos processos de escolha (cfr. Dec-Lei n.º 507/79, de 24/12).

Outras, que constavam nos referidos textos legais, só podemos tê-las hoje por ultrapassadas, como por exemplo as que se referiam ao “incentivo à produção nacional”, e à “substituição de bens importados”.





# Tribunal de Contas

---

Temos, assim, que no aprovisionamento o que está em questão é a aquisição pela Administração, de forma sucessiva e prolongada no tempo, de bens e serviços que se tornam instrumentalmente necessários e em que cada um dos “compradores” (isto é, cada serviço público) pode utilizar indistintamente qualquer das empresas prestadoras mas sem que cada uma destas possa ter como garantido que será a única a fornecer este ou aquele organismo público.

Ora, no caso das específicas aquisições da Assembleia da República não estamos manifestamente perante prestações que possam ter-se por homogéneas em relação às que são pressupostas no conjunto dos contratos relativos a viagens e alojamento para a Administração Pública.

É que, aqui, o prestador sabe, à partida, que é um fornecedor exclusivo e que tem, garantidamente, um volume de transacções muito significativo, ganhando, complementarmente, o direito a instalar-se no Palácio de S. Bento.

Deve aliás referir-se que as aquisições de viagens e alojamento pela Assembleia da República não foram encaradas pelos respectivos serviços de apoio como aquisições de um qualquer outro serviço da Administração Pública. Tanto assim que está celebrado um contrato (ora sub judice) e houve (como era de todo óbvio) a percepção de que seria possível obter melhores condições tendo em conta a especificidade da relação contratual a estabelecer.



# Tribunal de Contas

---

Isto é, em momento algum, se deu acolhimento ao suposto argumento de que a Assembleia da República podia pura e simplesmente fazer todas as aquisições de alojamento e de viagens a um único dos operadores.

\* \* \*

Permitimo-nos também, por estas mesmas razões (de falta de identidade das prestações), discordar das opiniões que intentaram estabelecer uma equiparação entre o universo das empresas constante das portarias e o referente de uma pressuposta “pré-qualificação”, como se tivéssemos estado perante a primeira parte de um concurso com prévia qualificação de que agora se levaria a cabo a segunda parte.

Reiteramos o entendimento – que temos por firme – de que não há homogeneidade suficiente nas prestações para que possa invocar-se uma hipotética analogia.

Não havendo tal homogeneidade também não podemos dar como adquirido que o universo concorrencial constituído pelas empresas que pretendem vender viagens e alojamentos de forma avulsa à Administração Pública seja o mesmo daquelas outras que querem vender todas as viagens e alojamentos de que a Assembleia carece ao longo do período considerado.



## Tribunal de Contas

---

Basta atentar em que a uma qualquer agência de viagens poderá não interessar candidatar-se a prestar os aludidos serviços à Administração em geral já que, provavelmente, a respectiva procura se prevê esporádica. Mas poder-lhe-á interessar instalar-se na Assembleia da República e obter um exclusivo, com a garantia de um volume de negócios apreciável. E pode eventualmente, nessa perspectiva, estar disposta a oferecer maiores descontos ou melhores condições.

\* \* \*

Vimos acima que a primeira decisão sobre o que veio a ser o procedimento n.º 328/2004 foi adoptada na sequência da Informação n.º 23/DSAF/2004, de 27/7/2004.

Por seu turno, a informação de 29/9/2004, para além de “recordar os antecedentes respeitantes à anterior contratação” propõe à consideração superior critérios e factores de avaliação das propostas.

Em 14/12/2004 é que se submeteram à aprovação superior o ofício convite, o programa e o caderno de encargos do procedimento, sendo apenas a partir de 20/12/2004 (data em que tais documentos são aprovados) que se desenrola o procedimento em que formularam propostas as empresas convidadas: “World Travel BTI”, “Geotur”, “Top Atlântico”, “Agência Abreu”, “Star” (ex-Ecuador”).



## Tribunal de Contas

---

A Portaria n.º 1008/2004/2.<sup>a</sup> Série fora publicada e entrara já em vigor em 9/9/2004, homologando várias dezenas de contratos em dois grupos: “transportes por via aérea” (38) contratante e alojamento (44) sendo que em ambos os grupos um dos contratantes é um consórcio que, por si só, agrupa outras 19 empresas.

A questão de se ter tomada como “base de recrutamento” a lista de empresas com contrato homologado pela portaria de 2001 ou pela portaria de 2004 não é indiferente do ponto de vista da concreta aferição da intensidade da violação dos princípios a que a procedimentalização das escolhas visa dar guarida.

Se em relação às empresas da portaria de 2001 “a amostra” de cinco empresas se poderia considerar com alguma representatividade – embora não exista qualquer fundamentação (porquê cinco? porquê estas cinco?) – publicada que foi a portaria de 2004 e não tendo sido ainda desenvolvida qualquer actividade que obstasse a considerar essa nova “área de recrutamento” de empresas prestadoras dos referidos serviços, a “amostra” torna-se inaceitavelmente restrita, mais se agudizando, de resto, a importância que assume a falta de indicação dos motivos que determinaram tal escolha prévia.

Ou seja, não só se não optou por um procedimento aberto à concorrência, adequado à realidade, como se adoptou uma forma procedimental muito distante de tal procedimento em termos de observância de princípios tão importantes como os da publicidade, concorrência e igualdade (cfr. art.ºs 8.º, 9.º e 10.º do Dec-Lei n.º 197/99).



\* \* \*

Julgamos assim estar em condições de dar como adquirido que o procedimento pré-contratual adequado para em escolha do contratante privado, tendo em conta estarmos perante o valor contratual superior a 124 699,00€, era o concurso público ou, em alternativa, o concurso limitado por prévia qualificação (cfr. números 1 e 2 do art.º 80.º do Dec-Lei n.º 197/99) eventualmente com publicidade reforçada (publicação no JOVE, a apurar nos termos dos artigos 190.º e seguintes do mesmo diploma e em especial o art.º 192.º).

Sendo o procedimento omitido o concurso público – ou o concurso limitado por prévia qualificação – e tendo sido adoptado um procedimento que só de forma muito restrita salvaguarda os referidos princípios há que definir quais as consequências de tal omissão.

A este propósito permitimo-nos transcrever do Acórdão n.º 8/2004 da 1.ª Secção deste Tribunal (publicado a págs. 1 921 e seguintes do Diário da República, n.º 29, II Série, de 9/2/2006 e rectificado a págs. 2836 do Diário da República n.º 40, II Série, de 24/2/2006):

*“O concurso público que, no dizer de Margarida O. Cabral (“O Concurso Público nos Contratos Administrativos, pág. 17), é “o procedimento por excelência” para a escolha do contratante particular*



*no âmbito do direito comparado, é, na definição sugerida pela mesma Autora, “um procedimento administrativo formal e transparente de escolha do co-contratante e de escolha de uma proposta de contrato, mediante o qual a Administração torna públicas a sua intenção de contratar e as condições em que o pretende fazer, auto vinculando-se àquilo que anunciou, dispondo-se a aceitar, num regime de concorrência, a proposta do concorrente que considere mais vantajosa, no respeito da igualdade entre todos os proponentes”.*

*Como é óbvio, o que é essencial num concurso é a concorrência: “recorrer a um concurso para a celebração de um contrato significa assim, antes de mais, apelar à concorrência: permitir que os interessados se digam interessados em contratar, em vez de tomar a iniciativa de escolher um deles (ob. cit., pág. 19). O primeiro princípio em matéria de concursos públicos é o da “livre concorrência ou competição aberta: é essa a própria essência deste procedimento” (ibidem).*

*O concurso público é o procedimento “que viabiliza a concorrência na sua maior amplitude possível, assim possibilitando, com mais elevado grau, a celebração dos contratos nas melhores condições técnicas e económicas possíveis” (refere J. Andrade da Silva em “Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas” 8.<sup>a</sup> edição, pág. 146).*



*Para exercitar a concorrência – que é “máxima” nos concursos públicos, para utilizar a expressão de M. Esteves de Oliveira e R. Esteves de Oliveira em “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, pág. 101 – “o concurso constitui por excelência um procedimento público: por um lado será tornada pública a intenção de contratar, admitindo-se que uma pluralidade de pessoas se candidatem, pretendendo contratar; por outro lado, será dado conhecimento prévio a esses possíveis candidatos das formas e finalidades a seguir no procedimento, assim como ao longo de todo esse procedimento serão necessariamente transparentes as diferentes decisões tomadas” (M. Olazabal Cabral, ob. cit., pág. 19).*

*Como nota a mesma Autora “o concurso público significa (...) uma acrescida redução da discricionariedade administrativa pela vinculação da Administração, não apenas a regras mais formalizadas previstas na Lei, mas igualmente pela sua auto-vinculação a regras de procedimento e critérios de escolha previamente adoptados e anunciados e que consubstanciam uma especial sujeição aos princípios da igualdade, livre concorrência e publicidade” (Olazabal, pág. 21).*

*Na verdade, os princípios da igualdade e da publicidade são verdadeiramente cruciais na realização da concorrência.*



*E, assim, o concurso público distingue-se das outras formas procedimentais não tanto do ponto de vista “quantitativo” – isto é, por ser mais “carregado” de formalidades – mas principalmente do ponto de vista qualitativo – pela especial incidência que nele ocorre dos sobreditos princípios.*

*A Autora que vimos referindo enumera, em outro ponto (págs. 111 e segs.), o que são as funções do concurso público (cfr. também J. A. Melo Alexandrino, “O Procedimento Pré-Contratual nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas”, 1997, pág. 65).*

*A primeira será “o encontro, nas melhores condições, entre os interesses dos particulares e os da Administração (...)”.*

*Outra delas será a de racionalizar as decisões defendendo “os particulares de práticas de favoritismos por parte de entidades administrativas” e defendendo igualmente a Administração de eventuais “interferências ilegítimas dos privados”.*

*Acresce que, para além dos resultados que permite alcançar, o concurso público tem “um valor em si mesmo enquanto procedimento legitimador da escolha”.*





*Finalmente, o concurso público desempenha ainda um importante papel como factor dinamizador do mercado, nomeadamente por permitir o acesso de novas empresas à contratação.*

*A Autora que vimos citando aborda ainda – entre muitas outras – uma questão da maior importância: a obrigatoriedade do concurso público é uma mera opção do legislador ordinário “ou constitui uma exigência de princípios gerais plasmados na Constituição” (ob. cit., pág. 225 e segs.)?*

*Referindo os princípios aqui consagrados nos artigos 266.º, n.º 1 e 2, conclui que a prossecução do interesse público por parte da Administração e a subordinação desta aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade (e da boa-fé, acrescentaríamos agora por força da revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/9) exige do legislador a tomada de medidas para que tudo isto se faça da forma mais eficaz.*

*Por outro lado, temos no art.º 267.º, n.º 1, da Constituição a exigência de que a Administração seja estruturada de modo a evitar a burocratização o que, na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira (“Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª edição, pág.*



927) significa, além do mais, a exigência de “transparência nos procedimentos de actuação e decisão dos serviços administrativos”.

*Segundo a referida autora, a consagração constitucional destes princípios implica que não seja indiferente para a Constituição “o modo como o legislador estrutura os procedimentos de contratação administrativa e de escolha do co-contratante”.*

*Assim, a opção legislativa pelo concurso público em desfavor do ajuste directo protege melhor a Administração e os seus agentes em termos de imparcialidade.*

*Por outro lado, tal opção garante a igualdade no acesso à contratação pública: “(...) seria de facto impossível à Administração senão por um sistema de público apelo à concorrência, trazer ao procedimento todos aqueles que pudessem estar interessados em contratar, até porque nem sequer os conheceria”.*

*Também os princípios da prossecução do interesse público (que implica, além do mais, racionalidade da gestão pública) e da transparência implicam um procedimento a que todos os interessados possam aceder e em que todos possam fazer ouvir a sua voz.*



*E são ainda estes mesmos princípios que hão-de justificar, por um lado, que o procedimento de concurso público só seja obrigatório quando a relevância do que está em jogo o justificar e, por outro lado, que a regulamentação do procedimento o torne eficaz para o fim em vista e não apenas uma aparência de concurso.*

*De resto, o concurso público está hoje assinalado como procedimento obrigatório não só para as empreitadas de obras públicas, mas também nos fornecimentos de bens e serviços (cfr. art.º 80.º do Dec-Lei n.º 197/99, de 8/6) e também nas Directivas (cfr. quanto às empreitadas a Directiva n.º 93/37/CEE).*

*E, ademais, no direito português vigora actualmente, como princípio geral, o do art.º 183.º do CPA que estabelece, em termos gerais, a obrigatoriedade do concurso público salvo quando outra coisa estiver definida na lei.*

*Temos então por demonstrada a grande relevância do concurso público na contratação pública.*

*Mas, em relação aos restantes procedimentos pré-contratuais, podemos ter por adquirida idêntica ou semelhante relevância?*



*Se confrontarmos o concurso público com outras figuras procedimentais verificamos que aquilo que lhe é verdadeiramente essencial é a concorrência, em estreita relação com a publicidade e o livre acesso à contratação.*

*Como diz M. Rebelo de Sousa (“O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo”, pág. 67) o princípio da concorrência “é indissociável do da publicidade, pois qualquer pré-determinação de destinatários ou concorrentes limita logo a concorrência no sentido mais amplo”.*

*A proposta contratual e o convite a contratar “são dirigidos ao público em geral, ou seja, a um elenco indeterminável de destinatários (of. cit. pág. 49); “quer a publicidade quer a concorrência são, por assim dizer, corolários do princípio da igualdade” (ob. cit., loc. cit.).*

*Também para J. M. Sérvulo Correia o procedimento representa “o modo mais eficaz de assegurar a igualdade de tratamento, através dos requisitos de publicidade e concorrência a que dê satisfação” (“Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, pág. 572).*

*Mas basta fixarmo-nos em outros procedimentos adjudicatórios para vermos como estes aspectos assumem um papel menos relevante.*



# Tribunal de Contas

---

*Isto não quer significar que não estejam também submetidas aos princípios que disciplinam a actividade administrativa e, desde logo, o princípio da prossecução do interesse público.*

*De resto, em algum desses procedimentos, até um mitigado princípio da concorrência está presente como resulta, por exemplo, da obrigatoriedade de um número mínimo de convites ou de consultas.*

*Como observa Margarida O. Cabral “qualquer que seja o procedimento adoptado pela Administração na escolha do contratante haverá sempre vinculação quer a regras de procedimento estabelecidas na lei (ainda que estas sejam mínimas) quer na escolha final (desde logo vinculação aos princípios fundamentais da actividade administrativa)” (ob. cit. pág. 21).*

*Observando os vários procedimentos que a lei – e concretamente o Dec-Lei n.º 59/99 – prevê, em ordem a preceder a adjudicação, temos então claramente, de um lado, o concurso público e, do outro, os procedimentos previstos nas alíneas b) e seguintes do art.º 48.º, n.º 2, em que a acentuação daqueles princípios está ausente ou, pelo menos, esbatida.*



*Dizer, a propósito das duas situações, que, no caso de serem omitidas, se verifica em ambos os casos o mesmo vício de falta de procedimento, não se afigura adequado.*

*E isto porque o legislador não “visa” cada um dos procedimentos da mesma forma.*

*E, por via disso, não se afigura aceitável que a ordem jurídica reaja da mesma maneira quando se omite o concurso público ou quando falta o ajuste directo com consultas, embora em ambos os casos haja, como é óbvio, invalidade.*

*Assim sendo, julgamos adequado dizer que, nos casos em que a lei estabelece o concurso público como procedimento pré-adjudicatório, estamos perante um elemento essencial da própria adjudicação.*

*Assim o impõem os relevantes interesses que a lei e a Constituição põem a cargo desse procedimento.*

*Mas poderá compreender-se o concurso público entre os “elementos essenciais” da adjudicação, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do art.º 133.º do CPA?*



# Tribunal de Contas

---

*Antes da publicação do Código de Procedimento Administrativo a generalidade dos autores ligava a carência de “elementos essenciais” à inexistência do acto administrativo.*

*Assim Marcello Caetano (“Manual de Direito Administrativo”, vol. I, pág. 518), Rogério E. Soares (“Direito Administrativo” cit., pág. 237), J. M. Sérvulo Correia (“Noções de Direito Administrativo”, cit., págs. 350 e segs. e 358, nota), etc.*

*Mas a verdade é que, estando referida a expressão “elementos essenciais” no n.º 1 do sobredito artigo como cláusula geral causadora de nulidade, então parece ser de concluir que o legislador quis referir-se a algo que não o que tradicionalmente estava associado à inexistência.*

*É este, de resto, o pensamento de M. Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim (“Código de Procedimento Administrativo Anotado”, pág. 642).*

*Os referidos Autores rejeitam que os “elementos essenciais” a que se refere o sobredito artigo possam ser os do art.º 120.º, como alguns sustentam, ou, sequer, os elementos ou referências mencionados no n.º 2 do art.º 123.º do mesmo diploma.*



*A ideia de procedimento como “elemento essencial” de alguns actos administrativos foi defendida por Dimas de Lacerda (“Notas ao Código de Procedimento Administrativo”, in “Revista de Direito Público”, Ano VI, n.º 12 – 001.01.04, nota 16).*

*E, mais recentemente, em acórdão do STA proferido no processo n.º 1084/03, de 11/11/2003 (v. em [www.dqsi.pt](http://www.dqsi.pt)) fazia acentuar-se o elemento essencial na publicidade omitida num caso em que se suprimiu o procedimento por negociação com publicação prévia de anúncios e se optou pelo de concurso limitado sem apresentação de candidaturas (no âmbito do Dec-Lei n.º 55/95).*

*Outros preferirão, porventura, a nulidade enquadrável na alínea f) do n.º 2 do art.º 133.º do CPA (“carência em absoluto de forma legal”) como parece sugerido por M. Esteves de Oliveira et aliter em “Código do Procedimento Administrativo” cit., pág. 648.*

*Esta solução não será, por certo, aceitável para aqueles que, como Rogério E. Soares, reservam a “forma” só (ou quase só) para aquilo que se reporta à exteriorização do acto (ob. cit., págs. 303 e segs.).*

*Mas poderia sê-lo para todos aqueles que consideram que a forma abrange “todo o processo formativo da vontade” por tal modo*





que “o acto e o processo formativo formam como que um todo unitário” (cfr. “O acto administrativo”, de J. Pires Machado in “O Contencioso Administrativo”, 1987, pág. 91) – embora devamos convir que a construção também se adequa a considerar o referido “processo formativo” como “elemento essencial” do acto.

*Do que não parece possível duvidar é de que a falta do procedimento de concurso público, pela sua gravidade e pela relevância dos interesses que são atingidos, deve ser fundamento de nulidade do acto adjudicatório.*

*Como salientava M. Esteves de Oliveira (“Direito Administrativo”, cit., pág. 570 e 571), ao fazer o paralelismo entre a nomeação de funcionários sem concurso (um dos poucos casos expressamente fulminado com a nulidade nos termos do Código Administrativo – cfr. art.º 363, n.º 6) e as adjudicações sem concurso, “não se vê porque é que a nomeação de um funcionário sem concurso se deve considerar nula e não se sujeita ao mesmo regime a adjudicação dum contrato de empreitada de obra pública ou de fornecimento de bens ou serviços à Administração, sem o concurso prévio que a lei exija”.*

*E continuava, expondo sumária mas pertinentemente as razões da comparação: “Em ambos os casos, os interesses em*



# Tribunal de Contas

---

*conflito são da mesma natureza e valor e as razões que levaram a lei a prescrever a invalidade absoluta num caso – evitar os conluios e subornos que levem a pôr interesses pessoais acima dos interesses do serviço e colocar os órgãos administrativos ao abrigo de suspeições sobre os motivos por que se nomeia esta ou aquela pessoa – valem igualmente para o outro”.*

\* \* \*

Assim, estando omitido, no presente processo, o concurso público ou fórmula procedimental que, nos termos da lei, salvaguarde, da mesma forma, o acolhimento dos princípios fundamentais da contratação pública, e sendo a referida omissão causa nulidade do procedimento e do contrato (art.<sup>os</sup> 133.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, e 185.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, do Código de Procedimento Administrativo) verifica-se o fundamento de recusa de visto a que alude a alínea a) do n.<sup>o</sup> 3 do art.<sup>o</sup> 44.<sup>o</sup> da Lei n.<sup>o</sup> 98/97, de 26/8.

Termos em que se recusa o visto ao presente contrato.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 7 de Abril de 2006.



# Tribunal de Contas

---

Os Juízes Conselheiros,

Lídio de Magalhães

Helena Lopes

Ribeiro Gonçalves

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto



## DECLARAÇÃO DE VOTO

### P. n.º 274/2006

Atentos os fundamentos invocados no Acórdão, propendo a considerar que o tipo de procedimento aplicável, na situação *sub judice*, era o concurso público (art.º 80.º, n.º 1, do DL 197/99, de 8/6).

Afigura-se-me, porém, que tal ilegalidade não é geradora de nulidade (art.º 133.º do CPA), mas sim de anulabilidade (art.º 135.º do CPA).

Vejamos.

Sem pretender ser exaustiva, a ilegalidade constatada seria geradora de nulidade (fundamento previsto na alínea a) do n.º 3 do art.º 44º, da Lei 98/97), se ocorresse alguma das seguintes situações:

- a) O vício supra identificado estivesse previsto no n.º 2 do art.º 133º do CPA†;
- b) Existisse qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, cominasse expressamente essa forma de invalidade (vide n.º 1 do art.º.133º do mês do CPA;
- c) O acto de adjudicação não contivesse todos os elementos essenciais, considerando-se “elementos essenciais” todos os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos

---

† Anote-se, contudo, que enumeração constante do n.º 2 do art.º 133.º do CPA tem carácter meramente exemplificativo.



## Tribunal de Contas

---

jurídicos, aferindo-se essa gravidade em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação<sup>‡</sup> (vide artº. 133º, nº. 1, 1ª parte, do CPA); No caso em apreço, o vício de que padece o acto não está previsto em qualquer das alíneas do nº. 2 do artº. 133º do CPA, e não existe qualquer outra disposição legal que comine expressamente essa forma de invalidade.

Mas será que, *in casu*, o acto de adjudicação contém todos os elementos essenciais, no sentido proposto na alínea c) que antecede?

No procedimento adoptado, as cinco empresas com as quais a entidade adjudicante negociou o conteúdo do contrato a outorgar não foram escolhidas arbitrariamente por aquela entidade.

Na verdade, aquelas empresas já haviam sido seleccionadas através de um concurso público aberto pela Direcção-Geral do Património (DGP), que culminou com a celebração com aquelas empresas de contratos públicos de aprovisionamento de prestação de serviços de viagens e alojamento.

Naquele concurso público aberto pela DGP, estiveram presentes todos os princípios da contratação pública, designadamente os da concorrência e do publicidade (artigos 10.º e 8.º do DL 197/99, de 8/6).

---

<sup>‡</sup> Neste sentido vide, entre muitos outros, os Acórdãos do Tribunal de Contas, n.º 29/2005, 1ªS-PL, o proferido no proc. 3009/05, de 14/02/2006 (nestes dois processos foram recusados os vistos aos contratos, sendo que o procedimento legalmente exigido era o concurso público e o procedimento adoptado foi o ajuste directo); n.º 8/2004, 1ª-PL, o proferido no 2822/05, de 21/02/2006 (neste dois processos os contratos foram visados com recomendações, sendo que o procedimento legalmente exigido era o concurso limitado com publicação de anúncios e o procedimento adoptado foi o ajuste directo); Parecer da PGR, DR, II Série, de 25 de Maio de 2005, e Vieira de Andrade, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º. 43, pág. 46, em anotação ao Ac. Do STA (pleno), de 30/05/2001, proc. 22 251; cfr. também Mário Esteves de Oliveira, Pedro C. Gonçalves e Pacheco Amorim, in Obra citada, Págs 641 e 642.



## Tribunal de Contas

---

Embora o procedimento adoptado pela entidade adjudicante – procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio – atentos os argumentos constantes das págs. 7 a 11 do Acórdão, se nos afigure infundado, não nos podemos abstrair do facto de o mesmo, mal ou bem, ser sequencial ao concurso público aberto pela DGP.

E se o que fundamentou o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio com as referidas empresas foi o facto de estas, na sequência de concurso público, terem celebrado contratos de aprovisionamento com a DGP, também não podemos afirmar que, em concreto, tenham sido de todo postergados os princípios da contratação pública.

Em síntese, a omissão de concurso público, na situação *sub judice*, e pelos fundamentos supra referidos, não se consubstancia num vício de tal modo grave, que torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, já que os princípios da contratação pública inerentes ao concurso público, apesar de comprimidos não deixaram de estar presentes no procedimento adoptado, quer a montante, quer a jusante.

Daí que, em meu entender, o contrato devesse ser visado com a recomendação expressa de que, no futuro, a entidade adjudicante cumprisse o que, para o efeito, dispõe o artigo 80.º, n.º 1, do DL 197/99, de 8/6 (art.º 44.º, n.º 3, alínea c), e n.º 4, da Lei 98/97, de 26/8).

A Juíza Conselheira

**(Helena Ferreira Lopes)**