

ACÓRDÃO N.º 14/2010 - 13.Abr.2010 - 1ª S/SS

(Processo n.º 105/2010)

DESCRITORES: Contratação Pública / Aquisição de Serviços / Concurso Público / Ajuste Directo / Objecto do Contrato / Nulidade / Elemento Essencial / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Na contratação pública, o regime regra da escolha do co-contratante, na realização de despesas públicas, em geral, e na aquisição de serviços, em particular, é o do concurso público, porque essa é a melhor forma de promover a concorrência e de observar os princípios que regem a contratação pública.
2. De acordo com o disposto no art.º 27.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP), para a formação de contratos de aquisição de serviços, pode adoptar-se o procedimento por ajuste directo quando se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objecto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante, desde que sejam observados determinados requisitos, designadamente, que o contrato tenha sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação.
3. No caso vertente embora os serviços a que se reporta o contrato sejam a repetição daqueles que foram objecto do contrato celebrado, o certo é que o contrato *sub judice* foi celebrado na sequência de um ajuste directo e não na sequência de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação. Logo não se verificaram os pressupostos necessários para que se pudesse adoptar o procedimento por ajuste directo.

4. A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, a qual origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no art.º 283.º, n.º 1 do CCP.
5. A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na al. a) do n.º 3 do art.º 44 .º da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



Tribunal de Contas

Mantido pelo acórdão nº 16/10, de 08/06/10, proferido no recurso nº 10/10

ACÓRDÃO Nº 14 /10 - 13. ABR. 2010/1ª S/SS

Proc. nº105/2010

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

I – RELATÓRIO

O **Instituto Nacional de Emergência Médica, IP (INEM)** remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de prestação de serviços celebrado em 31 de Dezembro de 2009, com a empresa “**FINLOG – Aluguer e Comércio de Automóveis, SA**”, pelo valor de 2.000.000,00 €, acrescido de IVA, tendo por objecto a “**Prestação de serviços de gestão de frota**”.

II – MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:





Tribunal de Contas

- A)** Por deliberação do Conselho Directivo do INEM, de 9 de Abril de 2009, foi determinada a abertura de um concurso público para a aquisição de serviços de Gestão de Frota, cujo aviso de abertura foi publicado no “Diário da República”, 2ª série, de 24-04-2009, no JOUE de 16 de Abril do mesmo ano e ainda na plataforma electrónica bizgov;
- B)** No ponto 16 do Programa do Procedimento do concurso referido na alínea anterior, foi indicada a possibilidade de adopção de ajuste directo, nos termos do artigo 27º, nº1, al. a) do Código dos Contratos Públicos (CCP);
- C)** Segundo o ponto 11 do Programa do Procedimento mencionado na alínea anterior, o critério de adjudicação contemplava a ponderação dos seguintes factores:
- Desconto para peças - 60%;
 - Desconto para mão-de-obra - 38%;
 - Taxa fixa por veículo - 2%.
- D)** O concurso supra referido ficou deserto;
- E)** Em 27 de Maio de 2009, e por o concurso ter ficado deserto, o Conselho Directivo do INEM revogou a decisão de contratar no âmbito do citado concurso, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 79º, nº1, al. a) e 80º, nº1, ambos do CCP;
- F)** Em 16 de Junho de 2009, o Conselho Directivo do INEM, com fundamento no artigo 24º, nº1, al. a) do CCP, deliberou adoptar um procedimento por ajuste directo, com vista à celebração de um contrato de prestação de serviços de gestão de frota, para o período temporal compreendido entre 1 de Julho de 2009 e 31 de Dezembro do mesmo ano;



- G)** Na sequência do ajuste directo referido na alínea anterior, a prestação dos serviços de gestão de frota foi adjudicada à empresa –FINLOG – Aluguer e Comércio de Automóveis, SA”, por deliberação do Conselho Directivo do INEM, de 12 de Agosto de 2009, tendo o subsequente contrato - celebrado com a dita empresa - sido visado por este Tribunal em 4 de Dezembro de 2009;
- H)** Em 30 de Dezembro de 2009, o Conselho Directivo do INEM deliberou autorizar a abertura de um procedimento por ajuste directo, nos termos do artigo 27º, nº1, al. a) do CCP, com vista à contratação da prestação de serviços de gestão de frota, para o período de 01-01-2010 a 31-12-2010 - que é o objecto do contrato ora submetido a fiscalização prévia deste Tribunal -, estabelecendo que o preço base era de € 2.000.000,00 e autorizando o envio de um convite à empresa –FINLOG – Aluguer e Comércio de Automóveis, SA”;
- I)** Em 31 de Dezembro de 2009, o Conselho Directivo do INEM deliberou aceitar a proposta apresentada pela empresa –FINLOG – Aluguer e Comércio de Automóveis, SA”, e adjudicar-lhe a prestação de serviços, pelo período compreendido entre 01-01-2010 e 31-12-2010, pelo montante de 2.000.000,00 €, acrescido de IVA;
- J)** Questionado o INEM sobre o facto de ter sido adoptado um procedimento por ajuste directo, quando o anterior contrato de prestação de serviços também havia sido precedido de idêntico procedimento, tendo em conta o disposto no artigo 27º, nº1, al. a) do CCP, veio a mesma entidade dizer, em síntese, o seguinte:

“...O contrato em questão, como resulta do procedimento em causa, não foi celebrado por ajuste directo por impulso originário da entidade adjudicante, mas antes porque o mercado não reagiu perante um procedimento anterior que seguiu a forma de concurso público...”

Acrescentando a necessidade de “(...) ser chamado à colação o disposto no artigo 27., n.º 1 do CCP, uma vez que não se compreende (...) a que título



ou em que contexto o Tribunal ora invoca o disposto no artigo 27.º do CCP uma vez que uma renovação, ou prorrogação contratual, nada tem que ver com o mecanismo que é previsto no artigo 27.º do CCP.”

Concluindo que “(...) a renovação ou prorrogação não consubstancia a celebração de um novo contrato (...) Diferentemente, o ajuste directo constante do artigo 27.º do CCP é claramente pensado para a criação de um novo contrato, não pressupõe continuidade temporal (...) e também que “(...) o artigo 27.º do CCP deverá ser sempre interpretado no sentido de abranger os contratos celebrados nas hipóteses de ajuste directo previstas no artigo 24.º n.º 1, alínea a), pois nessas hipóteses estão presentes todos os elementos exigidos nesse artigo 27., n2 1, a saber:

a. O contrato em causa será celebrado na sequência de um concurso público (que neste caso, ficou deserto, e foi sucedido por um procedimento de ajuste directo);

b. As peças do procedimento desse concurso público devem prever a possibilidade de renovação no final do prazo do contrato, o que sucedeu...”

III - O DIREITO

1. De harmonia com o disposto no artigo 16º, nº1, do Código dos Contratos públicos (CCP), para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adoptar um dos seguintes tipos de procedimentos:

- a) O Ajuste directo;
- b) O Concurso público;
- c) O Concurso limitado por prévia qualificação;
- d) O Procedimento por negociação;
- e) O Diálogo concorrencial.



Tribunal de Contas

Tem sido jurisprudência constante deste Tribunal, ¹ que, na contratação pública, o regime regra da escolha do co-contratante particular, na realização de despesas públicas, em geral, e na aquisição de serviços, em particular, é o do concurso público.

Era, aliás, o que resultava do disposto no artigo 183º, nº2, do Código do Procedimento Administrativo (CPA). ²

E o concurso público era o regime regra da escolha do co-contratante particular, porque essa era a melhor forma de promover a concorrência e de observar os demais princípios que regem a contratação pública.

2. Com a entrada em vigor do actual Código dos Contratos Públicos, e sem prejuízo do disposto nos capítulos III e IV, do seu Título I, a escolha dos procedimentos de ajuste directo, de concurso público ou de concurso limitado com prévia qualificação condiciona o valor do contrato a celebrar nos termos do disposto nos artigos 18º e seguintes.

Hoje, e de acordo com o disposto no artigo 20º, nº1, al. a) do CCP, no caso de contratos de aquisição de serviços, a escolha do ajuste directo só permite a celebração de contratos de valor inferior a € 75.000, sem prejuízo do disposto no nº4, ³ ou, caso a entidade adjudicante seja o Banco de Portugal ou uma das indicadas no nº2, do artigo 2º, de valor inferior ao referido na alínea b) do artigo 7º da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março. ⁴

¹ Vide, a título exemplificativo, os Acórdãos da 1ª Secção, em Plenário, nºs 20/07, de 20 de Novembro de 2007, in Rec. Ord.º nº 23/2007; 4/08, de 12 de Fevereiro de 2008, in Rec. Ord.º nº 29/2007 e 6/08, de 10 de Março de 2008, in Rec. Ord.º nº 27/2007.

² Revogado pelo artigo 14º, nº1, al. c) do DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, diploma este que aprovou o Código dos Contratos Públicos.

³ Trata este nº4 de contratos de aquisição de planos, de projectos ou de criações conceptuais nos domínios da arquitectura ou da engenharia, em que a escolha do ajuste directo só permite a celebração, pelas entidades adjudicantes referidas no nº1 do artigo 2º do CCP, de contratos de valor inferior a € 25.000.

⁴ € 206.000, de harmonia com a Portaria nº 701-C/2008 de 29 de Julho.



Pode, também, adoptar-se o procedimento por ajuste directo, qualquer que seja o objecto do contrato a celebrar, quando se verifique alguma das circunstâncias indicadas no artigo 24º do CCP:

Artigo 24º

Escolha do ajuste directo para a formação de quaisquer contratos

1 – Qualquer que seja o objecto do contrato a celebrar, pode adoptar-se o ajuste directo quando:

- a) Em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, e desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não sejam substancialmente alterados em relação aos daquele concurso;
- b) Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento;
- c) Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante;
- d) As prestações que constituem o seu objecto se destinem, a título principal, a permitir à entidade adjudicante a prestação ao público de um ou mais serviços de telecomunicações;
- e) Por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, a prestação objecto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada;
- f) Nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respectiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir.

2 — Quando todas as propostas tenham sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º, a adopção do ajuste directo ao abrigo do disposto na alínea b) do número anterior só permite a celebração de contratos de valor inferior ao:



- a) Referido na alínea b) do artigo 19.º, no caso de se tratar de um contrato de empreitada de obras públicas;
- b) Referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º, no caso de se tratar de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de um contrato de aquisição de serviços;
- c) Referido no n.º 2 do artigo 20.º, no caso de se tratar de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de um contrato de aquisição de serviços, quando a entidade adjudicante seja o Estado, excepto se se tratar de um dos contratos mencionados nas alíneas a) e b) do nº2 do artigo 20º, caso em que é aplicável o disposto na alínea anterior.

3 — No caso previsto no número anterior, a adopção do ajuste directo só permite a celebração de contratos de valor igual ou superior aos referidos nas alíneas do mesmo número, desde que o anúncio do procedimento anterior tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia e sejam convidados a apresentar proposta todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas apenas com fundamento no nº 2 do artigo 70º.

4 — Para a formação de contratos que digam directa e principalmente respeito a uma ou a várias das actividades exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais pelas entidades adjudicantes referidas no nº 1 do artigo 7º, o ajuste directo só pode ser adoptado ao abrigo do disposto na alínea b) do nº 1 do presente artigo, desde que as propostas tenham sido excluídas com fundamento diferente dos previstos no nº 2 do artigo 70º.

5 — Para a formação dos contratos a que se refere o número anterior e sem prejuízo do que nele se dispõe, também pode ser adoptado o ajuste directo quando as situações previstas nas alíneas a) e b) do nº 1 tenham ocorrido em anterior procedimento de negociação.

6 — A decisão de escolha do ajuste directo ao abrigo do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 e do número anterior só pode ser tomada no prazo de seis meses a contar:

Do termo do prazo fixado para a apresentação de propostas ao concurso, no caso previsto na alínea a) do nº 1;

Da decisão de exclusão de todas as propostas apresentadas, no caso previsto na alínea b) do n.º 1.

7 — A decisão de escolha do ajuste directo tomada nos termos do disposto no número anterior caduca se o convite à apresentação de proposta não for formulado nos prazos previstos nas alíneas a) e b)



do número anterior, consoante o caso.

8 — Para efeitos do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1, considera-se que o caderno de encargos e os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira são substancialmente alterados quando as alterações sejam susceptíveis de impedir a verificação das situações previstas nessas alíneas, nomeadamente quando sejam modificados os parâmetros base fixados no caderno de encargos.

9 — As entidades adjudicantes devem comunicar à Comissão Europeia, a pedido desta, um relatório relativo aos contratos celebrados ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1.

Na parte que interessa ao caso em apreço, importa dizer que a escolha do **ajuste directo**, para a formação de contratos de aquisição de serviços, também pode efectuar-se nos termos do n.º 1, do artigo 27º do mesmo compêndio normativo.

Assim é que pode adoptar-se o procedimento por **ajuste directo**, quando se trate de *novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objecto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante*, desde que:

- i) Esses serviços estejam em conformidade com um projecto base comum;
- ii) Aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação;
- iii) O anúncio do concurso tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de o somatório do preço base relativo ao ajuste directo e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º; e
- iv) A possibilidade de adopção do ajuste directo tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso;

3. Ora, como resulta da matéria de facto dada por assente, o Conselho Directivo do INEM desencadeou a abertura de um concurso público



Tribunal de Contas

internacional com vista à prestação de serviços de gestão de frota até ao final do ano de 2009, abertura essa publicitada em 16-04-2009 e em 24-04-2009, respectivamente, no JOUE e no Diário da República.

Tal concurso, porém, ficou deserto, motivo pelo qual o Conselho Directivo do INEM revogou a decisão de contratar, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 79º, al. a) e 80º, nº1, ambos do CCP.

Por outro lado, e dado ter ficado deserto o mencionado concurso, o Conselho Directivo do INEM adoptou um procedimento por ajuste directo, com vista à prestação de serviços de gestão de frota durante o período compreendido entre 01-07-2009 e 31-12-2009, ao abrigo do disposto no artigo 24º, nº1, al. a) do CCP.

3. 1. Como igualmente resulta da matéria de facto dada por assente, o presente contrato foi precedido de um procedimento por ajuste directo, com a invocação, pelo Conselho Directivo do INEM, do disposto no artigo 27º, nº1, al. a) do mesmo CCP.

Ora, para que seja possível a adopção de ajuste directo, ao abrigo deste artigo 27º, nº1, al. a) do CCP, necessário é que estejam preenchidos os requisitos aí previstos, ou seja:

- Tratar-se de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objecto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante;
- Que esses serviços estejam em conformidade com um projecto base comum;
- Aquele contrato tenha sido celebrado há menos de três anos, na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação;
- O anúncio do concurso tenha sido publicado no JOUE;
- A possibilidade de adopção do ajuste directo tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso.



Tribunal de Contas

No caso vertente, embora os serviços a que se reporta o contrato aqui em análise, sejam a repetição daqueles que foram objecto do contrato celebrado com a empresa –FINLOG – Aluguer e Comércio de Automóveis, SA”, na sequência da adjudicação deliberada pelo Conselho Directivo do INEM em 12-08-2009 (vide a matéria de facto dada por assente na alínea **G**) do probatório), o certo é que o contrato *sub judice* foi celebrado na sequência de um ajuste directo e não na sequência de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação.

Ou seja, o presente contrato tem por objecto serviços similares dos que foram objecto do contrato que foi oportunamente visado por este Tribunal (vide a alínea **G**) do probatório), mas o contrato visado pelo Tribunal de Contas foi precedido de ajuste directo, nos termos do artigo 24º, nº1, al. a) do CCP.

Para que o presente contrato pudesse ter sido precedido de ajuste directo, necessário era que o anterior contrato (aquele através do qual foram contratados serviços similares) tivesse sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, o que não aconteceu.

Logo não se verificaram os pressupostos necessários para que, no caso em apreço, se pudesse adoptar o procedimento por ajuste directo.

Ao invés, face ao valor do contrato, e atento o disposto no artigo 20º, nº1, al. b) do CCP, era necessária, no caso vertente, a realização de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação.

Ora, não tendo sido realizado nenhum destes procedimentos, resulta desta norma legal que o contrato não podia ter sido celebrado.

A ausência do concurso, quando obrigatório, - como é o caso - implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva



Tribunal de Contas

nulidade, nos termos do artigo 133º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), como tem sido entendimento pacífico e reiterado deste Tribunal.

Esta nulidade pode ser declarada a todo o tempo e origina a **nulidade do contrato**, nos termos do disposto no artigo 283º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3, do artigo 44º, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam, em subsecção, os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em recusar o visto ao contrato.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 13 de Abril de 2010.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)



Tribunal de Contas

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Daciano Pinto)