

ACÓRDÃO N.º 33/2013 - 12.dez. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1442, 1443, 1444 e 1605/2013)

DESCRITORES: Contrato de Prestação de Serviços / Procedimento Pré-Contratual /
/ Concurso Público / Ajuste Direto / Formalidade Essencial /
Nulidade / Recusa de Visto / Retroatividade / Adjudicação /
Inscrição Orçamental / Cabimento Orçamental / Dotação
Orçamental / Norma Financeira / Assunção de Compromissos / Lei
dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso / Responsabilidade
Financeira Sancionatória

SUMÁRIO:

1. A disciplina das modificações objectivas dos contratos deve ser entendida como aplicável a contratos que estão ou vão estar em execução e não a contratos já executados. Encontrando-se três dos contratos em apreço já executados não pode proceder-se à sua alteração e, portanto, não podem as respectivas adendas acoitar-se à disciplina da modificação objetiva dos contratos.
2. Mas a admitir-se que a disciplina das modificações objectivas dos contratos era aplicável - pelo menos ao contrato que ainda se encontra em execução - deve ter-se em conta que as modificações assumem várias modalidades e prosseguem várias finalidades, uma das quais a dos “serviços a mais”.
3. Assim sendo, todas as adendas deveriam ter sido precedidas de um procedimento pré-contratual. Face ao respectivo valor todas exigiriam a realização de concurso público com publicação no JOUE, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).
4. A opção pelo ajuste direto, exigível por força do n.º 5 do art.º 454.º do CCP, obedece a um conjunto de regras que no caso não foram observadas e que justificam a afirmação de que não ocorreu procedimento de ajuste direto.

5. A aquisição e prestação de serviços sem qualquer procedimento traduz uma ausência absoluta de formalidades essenciais na formação das adendas. Esta situação enquadra-se no art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA), situação geradora de nulidade, que constitui fundamento de recusa do visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
6. Em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroactiva aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação (cfr. art. 287.º, n.º 2 do CCP).
7. Encontrando-se pois violado o disposto no n.º 2 do art.º 287.º do CCP, devendo realçar-se que no presente processo não se verificou qualquer ato adjudicatório.
8. Nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na respectiva dotação e compromisso orçamental (cfr. arts. 42.º, n.º 6, al. b), 45.º, n.º 1 da Lei do enquadramento Orçamental (LEO), 13.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de julho).
9. As violações de lei mencionadas no ponto anterior configuram violações diretas de normas financeiras, o que constitui fundamento de recusa de visto por força da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
10. Os compromissos consideram-se assumidos quando haja uma acção formal da entidade competente, seja emitido um número de compromisso válido e sequencial, seja verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa e conseqüente registo no sistema informático de apoio à execução orçamental (cfr. arts. 3.º, al. a) e 5.º, n.º 3 da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso (LCPA) e art.º 7.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho).
11. As violações de lei referidas no ponto anterior constituem violações diretas de normas financeiras, sancionadas pela lei com nulidade, o que constitui fundamento da recusa de visto, por força das als. a) e b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

12. O indício nos presentes autos do cometimento de infracções susceptíveis de gerar responsabilidades financeiras sancionatórias, nomeadamente pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos impõe a sua análise noutros domínios da competência do Tribunal de Contas.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



ACÓRDÃO Nº 33 /12.DEZ.2013/1ª S/SS

Processos nºs 1442, 1443, 1444 e 1605/2013

I - RELATÓRIO

1. O Instituto Nacional de Emergência Médica, I.P. (doravante designado por INEM) remeteu, para fiscalização prévia¹, as seguintes três adendas, datadas de 3 de setembro de 2013, a contratos para prestação de serviço de gestão oficial de frota do INEM, celebrados com o consórcio externo PT Pro, SA e Finlog, SA:
 - a) Adenda ao contrato celebrado em 28 de dezembro de 2012, com vigência de 1 a 31 de janeiro de 2013, com o valor estimado máximo inicial de € 190.379,40² que por esta adenda agora passa para € 528.571,39 (adenda do Processo nº 1444/2013). O acréscimo corresponde a 177,64 % do valor estimado inicial;
 - b) Adenda ao contrato celebrado em 31 de janeiro de 2013, com vigência de 1 a 28 de fevereiro de 2013, pelo valor estimado máximo inicial de € 190.379,40³ que por esta adenda agora passa para € 458.480,09 (adenda do Processo nº 1443/2013). O acréscimo corresponde a 140,82 % do valor estimado inicial;
 - c) Adenda ao contrato celebrado em 28 de fevereiro de 2013, com vigência de 1 a 31 de março de 2013, pelo valor estimado máximo inicial de € 190.379,40⁴ que por esta adenda agora passa para € 380.374,55 (adenda do Processo nº 1442/2013). O acréscimo corresponde a 99,8 % do valor estimado inicial;

2. O INEM remeteu igualmente para fiscalização prévia⁵ uma quarta adenda, datada de 10 de outubro de 2013, também a contrato para prestação de serviço de gestão oficial de frota do INEM, celebrado em 28 de dezembro de 2012, igualmente com o consórcio externo PT Pro, SA e Finlog, SA, com vigência de 12 de abril a 31 de dezembro de 2013, pelo valor estimado máximo inicial de € 1.643.608,80 que, por esta adenda, agora passa para € 3.406.046,11 (adenda do Processo nº 1605/2013)⁶. O acréscimo corresponde a 107,23 % do valor estimado inicial.

¹ Em 24 de setembro de 2013.

² Contrato no Processo de fiscalização prévia nº 188/2013, visado em 11 de abril de 2013.

³ Contrato no Processo de fiscalização prévia nº 266/2013, visado em 11 de abril de 2013.

⁴ Contrato no Processo de fiscalização prévia nº 400/2013, visado em 3 de maio de 2013.

⁵ Em 22 de outubro de 2013.

⁶ Contrato no Processo de fiscalização prévia nº 189/2013, visado em 11 de abril de 2013. Este contrato tinha período de vigência previsto desde o visto deste Tribunal até 31 de dezembro corrente. O valor estimado



3. Para melhor instrução dos processos, foram as adendas devolvidas ao INEM, para que juntasse documentação e prestasse mais informação, designadamente em matéria de fundamentos jurídicos que suportam a sua celebração.

II - OS FACTOS

4. Para além do referido nos números anteriores, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos e alegações constantes do processo:
 - a) A prestação de serviço de gestão oficial de frota do INEM para o ano de 2012 foi assegurada mediante contrato celebrado em 5 de abril de 2012, com o mesmo consórcio externo PT Pro, SA e Finlog, SA, no valor máximo estimado de € 1.461.662,15, na sequência de concurso público internacional, em que o adjudicatário foi o único concorrente;
 - b) Nos documentos do concurso e no texto contratual referidos na alínea anterior foi indicado que *“nos termos e para os efeitos do disposto na subalínea ii) da alínea a) do nº 1 do artigo 27º do CCP, desde já se indica a possibilidade de adoção de um procedimento de ajuste direto para a celebração de (um) futuro(s) contrato(s) de aquisição de serviços que consistam na repetição de serviços similares objecto do presente contrato”*;
 - c) A prestação de serviço de gestão oficial de frota do INEM para o ano de 2013 foi assegurada mediante o contrato referido acima no nº 2, celebrado em 28 de dezembro de 2012, por ajuste direto ao abrigo da anteriormente citada alínea a) do nº 1 do artigo 27º do CCP ⁷, com o mesmo consórcio externo PT Pro, SA e Finlog, SA, como se viu;
 - d) Ao contrato acima referido na alínea a) foi celebrada igualmente uma adenda que altera o valor máximo estimado de € 1.461.662,15 para € 1.772.619,22, que consta de outro processo também em apreciação neste Tribunal;
 - e) Nos contratos cujas adendas agora se apreciam consta cláusula em que se refere: *“a entidade prestadora deve apresentar uma única fatura, mensalmente”*;
 - f) O total dos encargos com a prestação de serviço de gestão oficial de frota do INEM acrescentados pela celebração das adendas referidas nos nºs 1, 2 e na

máximo referido é o que consta do ofício nº 14383 de 13 de novembro de 2013 do INEM, decorrente do facto do período de vigência do contrato se ter iniciado só em 12 de abril. No contrato constou o valor de € 2.094.173,45.

⁷ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei nºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei nº 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro.



alínea d) anterior orça € 2.419.117,56⁸ o que representa 78,05 % do valor dos encargos máximos inicialmente previstos⁹;

g) Em resposta às questões suscitadas por este Tribunal na instrução dos processos, veio o INEM referir¹⁰:

“Para cumprimento das suas obrigações no âmbito do Sistema Integrado de Emergência Médica (SIEM), o INEM dispõe de uma frota de 701 veículos, dos quais, 625 são ambulâncias e veículos de emergência médica distribuídos geograficamente por todo o território continental e para os quais é necessário garantir em permanência a respetiva manutenção, assistência técnica e reparação, sob pena de ficar comprometida a prestação de socorro pré-hospitalar a sinistrados e vítimas de doença súbita.

Do número de ambulâncias referido, 265 ambulâncias encontram-se sedeadas em corpos de bombeiros (PEM), tendo este veículos sido incluídos no contrato de gestão oficial em Agosto de 2012. (...)

Paralelamente ao aumento da rede de meios de emergência verificou-se nos últimos três anos um aumento considerável da atividade operacional do INEM, consubstanciado no aumento de 41% nos acionamentos dos meios de emergência.

Em termos de idade, a frota do INEM encontra-se envelhecida, tendo 84% dos veículos que a constituem, idade superior a 4 anos e destes, 35% idade superior a 8 anos.

Em termos de aquisições, foram adquiridos nos últimos três anos apenas 34 ambulâncias, quantidade claramente insuficiente para permitir uma renovação de frota (...).

Deste modo, todos os fatores atrás indicados (...) foram contribuindo de forma significativa para uma utilização mais intensiva da frota existente e conseqüentemente do respetivo desgaste, acrescendo ainda, decorrente da atividade operacional de emergência, uma taxa de sinistralidade não negligenciável, que se traduz na necessidade de grandes reparações com frequência.

Encontrando-se a progressão dos fatores citados correlacionada com o aumento do desgaste dos veículos e aumento da necessidade da respetiva manutenção e reparação, tal relação veio traduzir-se obrigatoriamente num aumento progressivo nos últimos três anos dos custos associados ao serviço de gestão oficial”;

h) Referiu ainda o INEM¹¹:

⁸ 189.995,15+268.100,69+338.191,99+310.957,07+1.762.438,03.

⁹ Os encargos máximos inicialmente previstos nos contratos antes referidos orçavam em € 3.676.408,43 (190.379,40+190.379,40+190.379,40+1.461.662,15+1.643.608,08).

¹⁰ No processo nº 1605/2013.



“a) As adendas aos contratos celebrados surgem no seguimento das últimas faturas do adjudicatário, emitidas nos termos exigidos pelas normas legais e regulamentares aplicáveis e após a verificação dos formalismos legais em vigor para o processamento das despesas públicas, faturas essas, que foram e são sempre emitidas após o vencimento das obrigações a que se referem, ou seja, após o período de vigência dos contratos. Mais se informa, que são as últimas faturas emitidas pelo segundo outorgante, que vão estabelecer em definitivo o valor contratual, uma vez que só com a sua emissão se tem conhecimento de todos os serviços prestados no âmbito do objeto do procedimento;

b) Os contratos têm como objeto a gestão da assistência, manutenção e reparações da frota de viaturas do INEM, IP, em qualquer ponto do território do continente, tendo os preços base dos procedimentos que estão na origem das presentes adendas sido estimados através do somatório dos custos fixos previstos e dos custos variáveis baseados no histórico das intervenções oficiais ocorridas em anos anteriores, no entanto, desenvolvendo o Instituto a sua atividade, com base em acionamentos de emergência, aos mesmos são difíceis de atribuir uma previsibilidade na sua casuística. Face à natureza destes serviços, o contrato é modificado nos termos da alínea a) do nº 1 do Artigo 311º, do Código dos Contratos Públicos, fundamentando-se esta modificação na alínea b) do Artigo 312º, do mesmo diploma legal;

c) Os atos iniciais de decisão de contratar e de autorização das despesas foram realizados em datas anteriores aos períodos de vigência dos contratos. Tratando as presentes adendas da modificação do valor contratual e tendo em atenção que desenvolvendo o Instituto a sua atividade, com base em acionamentos de emergência, fundamentais à operacionalidade do Sistema Integrado de Emergência Médica (SIEM) e em benefício do interesse público, é nosso entendimento que a retroatividade da adenda de contrato não viola o disposto nos artigos 287º, do Código dos Contratos Públicos (CCP) e 127º e 128º, do Código do Procedimento Administrativo (CPA)”;

i) E disse ainda o INEM ¹²:

“As faturas que deram origem às presentes adendas são as últimas faturas emitidas pelo segundo outorgante referentes aos respetivos procedimentos/períodos, sendo estas que vão estabelecer em definitivo os valores contratuais. A execução do contrato, que engloba toda a atividade destinada ao cumprimento das obrigações assumidas pelas partes no

¹¹ Nos processos nºs 1442 a 1444/2013.

¹² Idem.



âmbito do contrato, encontra-se submetida, nos termos do Artigo 286º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), ao princípio da boa fé, ao da prossecução do interesse público e ao da legalidade. Desenvolvendo o INEM, IP., a sua atividade, com base em acionamentos de emergência, fundamentais à operacionalidade do Sistema Integrado de Emergência Médica (SIEM) e em benefício do interesse público, entende este Instituto ser justificável a existência das presentes adendas”;

j) E ainda alegou o INEM ¹³:

“Tendo em consideração que aquando da abertura do procedimento anual de gestão oficial para 2013 o custo com o serviço foi estimado tendo por base o histórico de intervenções nos anos anteriores, tal pressuposto não veio a revelar-se válido em virtude de, pelas razões atrás expostas, os serviços de manutenção e reparação terem vindo a sofrer um incremento considerável e por essa via ser necessário mediante a presente adenda ajustar o valor contratual”;

“Tendo por base os serviços de reparação e manutenção efetuados nos primeiros meses de vigência do contrato, assim como, os serviços e respetiva evolução de despesa ocorrida nos três contratos mensais celebrados no início do ano de 2013, cujas adendas foram igualmente submetidas a visto desse venerando Tribunal (Proc.º 1442/13, 1443/13 e 1444/13), estimou-se a necessidade de acrescentar mensalmente ao valor contratual aproximadamente € 204.000,00”;

“Os parâmetros base submetidos à concorrência pelo caderno de encargos são o valor da taxa fixa por veículo e o limite mínimo para os descontos, tanto para peças como para a mão-de-obra. O preço contratual do contrato inicial é estimado, excetuando os encargos fixos do contrato, que se resumem à taxa fixa de exploração por veículo, o restante corpo de custos dos encargos de manutenção resume-se ao fornecimento de peças e mão-de-obra nas suas várias vertentes, pelo que, é entendimento deste Instituto que a variação entre o valor contratual inicialmente estimado e o definido pela presente adenda, não se enquadra no regime de serviços a mais previsto no Artigo 454º, do CCP.”

¹³ No processo nº 1605/2013.



III – FUNDAMENTAÇÃO

III.A – Questões preliminares e a dilucidar

5. Cotejada a matéria de facto, para a decisão deste processo, uma única questão deve ser apreciada: a de saber se estas concretas adendas que visam aumentar o montante máximo dos encargos previstos nos contratos iniciais são conformes à lei. Ou de outro modo: a de saber se podiam ser celebradas as adendas *sub judice*.
6. Referiu o INEM que as adendas constituem modificações objetivas dos contratos, com eficácia retroativa, com suporte legal no disposto nos artigos 311º, nº 1 alínea a), 312º, alínea b), 286º e 287º do CCP e 127º e 128º do Código do Procedimento Administrativo.

Mais referiu o INEM que os serviços que com as adendas ¹⁴se pretendem contratualmente enquadrar – no que respeita aos encargos envolvidos – não constituem serviços a mais nos termos do artigo 454º do mesmo CCP.

7. Antes de passar à indagação da resposta à pergunta formulada, importa desde já referir que não está em causa a importância do serviço público prestado pelo INEM, nem se contesta a imprescindibilidade dos serviços de manutenção da sua frota. Também não se contesta tudo o que foi afirmado pelo INEM em matéria de dimensão da frota, da sua utilização mais intensiva e do seu envelhecimento que, naturalmente, se refletem nos encargos com a manutenção.

O que está em causa é saber se as soluções contratuais adotadas são legalmente conformes.

8. Há duas considerações preliminares a fazer:
 - a) Pese embora as adendas se traduzam exclusivamente no aumento dos montantes máximos previstos com a execução dos contratos, é óbvio que tais acréscimos traduzem – ou devem traduzir - a prestação de serviços que no momento da formação e da celebração dos contratos não estavam previstos. Isto é: em cada contrato fez-se a previsão dos serviços a prestar em determinado período temporal e estabelecido o encargo máximo previsível correspondente, mas posteriormente veio a verificar-se que tal previsão tinha sido imperfeitamente realizada e insuficiente o montante máximo previsível de encargos ou, assumindo que as previsões foram bem feitas, novas necessidades surgiram, por circunstâncias imprevisíveis;

¹⁴ Em particular no caso do contrato que está em execução no ano corrente (processo nº 1605/2013.).



- b) Neste tipo de contratos em que se deve acorrer a necessidades que se suscitam muitas vezes subitamente – e no caso do INEM bem se percebe que assim seja muitas vezes - o montante estabelecido para encargo máximo previsível é um dado fundamental na execução do contrato e para uma sã gestão financeira. Tal montante é o limiar até ao qual a aquisição dos serviços previamente especificados foi autorizada, no momento devido, pela forma própria, e pela entidade competente. Para além desse limiar, se houver novas necessidades de aquisição de serviços terá de se proceder de novo conforme os pressupostos fixados pela lei. Não fazer assim abre-se a porta à indisciplina financeira e – perdoe-se a coloquialidade - à inaceitável situação dos “*factos consumados*” e do “*faz-se agora e logo se vê*” e o “*faz-se porque é preciso e alguém pagará*”.

Vejamos pois a questão acima formulada.

III.B – As adendas como modificações objetivas dos contratos

9. Veio o INEM afirmar que as adendas constituem modificações objetivas dos contratos: face às disposições invocadas, alegou-se pois que surgem “[p]or acordo entre as partes”, como refere a alínea a) do nº 1 do artigo 311º, “[p]or razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”, como prevê a alínea b) do artigo 312º e – pese embora não tenha sido dito expressamente - com o reconhecimento de que não se ultrapassaram os limites estabelecidos no artigo 313º, todos do CCP.
10. Contudo, veja-se um outro aspeto: três dos contratos que agora se pretendem alterar por adendas¹⁵ tiveram um período de vigência que se esgotou. Um em 31 de janeiro, outro em 28 de fevereiro, e outro em 31 de março de 2013. São contratos com execução finda.

Nestes casos só passados muitos meses foram assinadas adendas que pretendem alterar aqueles contratos já executados. Com um argumento: foram entretanto apresentadas novas faturas pelo adjudicatário relativamente a serviços prestados durante aqueles períodos de vigência. Apresentação desconforme aliás com o estabelecido nos textos contratuais que afirmavam: “*a entidade prestadora deve apresentar uma única fatura, mensalmente*”¹⁶.

¹⁵ As dos processos nºs 1442 a 1444/2013.

¹⁶ É verdade que, nas adendas, na cláusula onde se estabelece essa regra, consta noutros números a possibilidade de haver mais faturas. Mas é claro que tal cláusula foi copiada de contratos anteriores que tinham vigência superior a um mês. Nesses casos havia pois a possibilidade de haver várias faturas (mas sempre mensais). A regra da mensalidade das faturas manteve-se pois. Nos casos dos processos nºs 1442 a 1444/2013, com período de vigência de um mês, deveria pois ser apresentada uma única fatura.



Tribunal de Contas

Essas novas faturas corresponderão pois – espera-se – a outros serviços que terão sido prestados, na linha do que acima se afirmou no nº 8.

11. Ora, a disciplina das modificações objetivas dos contratos deve ser entendida como aplicável a contratos que estão ou vão estar em execução. Não a contratos executados, findos.

Nos processos *sub judice* tal seria o caso de estando um contrato em execução se ter de imediato concluído que a previsão dos serviços a prestar tinha sido desadequada, tal como o correspondente valor de encargos máximos previsíveis. Aí sim - e verificados todos os pressupostos legalmente fixados – poderíamos estar perante uma situação legalmente admissível de modificação objetiva de um contrato e ou de celebração de um novo instrumento contratual.

Perante os casos agora presentes de celebração de adendas a contratos já executados bem se pode relembrar o Acórdão nº 5/2012 – 17/02/2012 – 1ª S/SS, deste Tribunal, que refere em situação não completamente idêntica: “*Desde logo, porque, por efeito de elementar exercício silogístico, não é admissível a prorrogação de um contrato já extinto, e, no limite, já inexistente*”.

Deverá pois concluir-se que em rigor, estando aqueles três contratos executados, não pode agora proceder-se à sua alteração e, portanto, não podem as adendas acoitar-se à disciplina da modificação objetiva de contratos.

12. A situação do quarto contrato e da correspondente adenda ¹⁷ é neste aspeto distinta, porque está ainda a decorrer a sua execução e, portanto, é admissível, à partida, a sua modificação objetiva, desde que observados os pressupostos legais, incluindo as formalidades relativas à gestão financeira.

13. Mas mesmo que se admitisse que a disciplina das modificações objetivas dos contratos era aplicável – e, como se disse, assim se admite num dos casos ¹⁸ - tem de afirmar-se que tais modificações assumem várias modalidades e prosseguem várias finalidades. Uma delas é a dos “*serviços a mais*”.

III.C – As adendas e a prestação de “*serviços a mais*”

14. Veio o INEM precisamente alertar para que as adendas ¹⁹ não podem considerar-se ao abrigo do regime dos “*serviços a mais*”. Nessa matéria disse no essencial o seguinte:

¹⁷ A adenda do processo nº 1605/2013.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Em especial a adenda do processo nº 1605/2013.



“Os parâmetros base submetidos à concorrência pelo caderno de encargos são o valor da taxa fixa por veículo e o limite mínimo para os descontos, tanto para peças como para a mão-de-obra. O preço contratual do contrato inicial é estimado, excetuando os encargos fixos do contrato, que se resumem à taxa fixa de exploração por veículo, o restante corpo de custos dos encargos de manutenção resume-se ao fornecimento de peças e mão-de-obra nas suas várias vertentes, pelo que, é entendimento deste Instituto que a variação entre o valor contratual inicialmente estimado e o definido pela presente adenda, não se enquadra no regime de serviços a mais previsto no Artigo 454º, do CCP.”

Deste trecho – de difícil inteção, diga-se – ²⁰ resulta que o preço contratual, excetuando os encargos fixos do contrato que se resumem à taxa fixa a pagar por cada e por todos os veículos a manter, depende do fornecimento de peças e de mão-de-obra na prestação dos serviços. De tal facto conclui o INEM que não se está perante o regime dos “serviços a mais”.

15. Vejamos a questão revisitando, passo a passo, o disposto no artigo 454º do CCP que, para o que agora importa, começa por dizer:

“1 — São serviços a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato e que:

- a) Se tenham tornado necessários à prestação dos serviços objecto do contrato na sequência de uma circunstância imprevista; e*
- b) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves para o contraente público ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão do objeto do contrato”.*

Face a tal disposição não parece haver dificuldade em nela subsumir a factualidade dos presentes processos: as quantidades de serviços suportados nas adendas não estava previstas nos contratos originais, porque ultrapassavam os limites máximos de encargos previstos; esses novos serviços tornaram-se necessários à prestação dos serviços objeto dos contratos na sequência de circunstâncias imprevistas, como alegou o INEM; não eram técnica ou economicamente separáveis do objeto dos contratos sem inconvenientes graves para o contraente público ou, embora separáveis, eram estritamente necessários à conclusão do objeto do contrato.

²⁰ Vide também o disposto na cláusula 7ª do caderno de encargos do concurso público.



Com o devido respeito, a argumentação expendida pelo INEM de que não se podem considerar “*serviços a mais*” por causa do sistema contratual de retribuições não colhe. A lei faz depender a qualificação de serviços como sendo “*a mais*” de qualificações relativas à própria natureza dos serviços e à sua relação com o objeto do contrato inicial em execução e não com as modalidades de remuneração dos serviços.

Se porventura se estivesse no âmbito de execução de contratos – que não se está, como se viu, em três dos processos *sub judice* – poderia pois concluir-se que verdadeiramente estaríamos perante alterações objetivas de contratos que traduziam “*serviços a mais*”. E pelo que vimos até agora, assim estaríamos também no caso do contrato que se encontra ainda em execução.

16. Mas devemos continuar a analisar o disposto no artigo 454º, que diz na alínea c) do seu nº 2:

“Não pode ser ordenada a execução de serviços a mais quando (...) [o] preço atribuído aos serviços a mais, incluindo o de anteriores serviços a mais, ultrapasse 40 % do preço contratual.”

Ora, como acima se viu, nos nºs 1 e 2, as adendas têm em todos os casos montantes muito superiores.

Não podem pois, por esta concreta razão, os serviços prestados subsumir-se ao regime dos “*serviços a mais*”, mesmo no caso da adenda do contrato que está em execução.

17. E determina o nº 5 do mesmo artigo do CCP:

“Caso não se verifique alguma das condições previstas no n.º 2, os serviços a mais devem ser objeto de contrato celebrado na sequência de procedimento adotado nos termos do disposto no título I da parte II”.

Perante esta injunção legal, todas as adendas deveriam ter sido precedidas de um procedimento pré-contratual. Face ao respetivo valor todas exigiriam a realização de concurso público com publicitação no JOUE, nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 20º do CCP.

Contudo, certamente se invocaria que poderiam esses novos contratos ou adendas ser celebrados por ajuste direto, ao abrigo da alínea a) do nº 1 do artigo 27º do CCP, face à previsão feita em concurso público internacional antes realizado e que deu origem ao contrato para prestação dos serviços durante o ano de 2012.



E, então, concluir-se-ia que o resultado seria o mesmo, pois as adendas *sub judice* consubstanciam um ajuste direto.

Mas essa seria uma conclusão apressada.

III.D – A inexistência de qualquer tipo de procedimento pré-contratual

18. O ajuste direto é, como se sabe, uma das modalidades de procedimento estabelecidas no artigo 16º do CCP para a formação dos contratos e obedece às regras que neste estão fixadas, em especial nos artigos 112º e seguintes, mas também nas demais disposições genericamente aplicáveis aos vários tipos de procedimentos.

A opção pelo ajuste direto, quando permitida pela lei, não significa pois a opção pela formação de um instrumento contratual sem quaisquer regras, como as que se configurou acima na alínea b) do nº 8.

Ora o que ocorreu nos presentes processos aponta no sentido de tais regras não terem sido observadas.

Por uma especial razão: é que aquilo que se poderia designar nestes casos por “procedimentos”, ocorreu já os serviços estavam prestados.

Relembre-se o que acima se disse: neste tipo de contratos em que se deve acorrer a necessidades que se suscitam muitas vezes subitamente, o montante estabelecido para encargo máximo previsível é o limiar até ao qual a aquisição dos serviços previamente especificados foi autorizada, no momento devido, pela forma própria, e pela entidade competente.

19. Vejamos algumas disposições do procedimento por ajuste direto, a título exemplificativo. As seguintes:

- a) O artigo 36º do CCP exige que “[o] procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar”. Obviamente tal decisão que formula os aspetos essenciais do que se pretende contratar tem de ser tomada antes da prestação se realizar. Ora, tal não ocorreu nos presentes casos;
- b) O artigo 38º prevê que “[a] decisão de escolha do procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no (...) Código, deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar”. Tal



decisão fundamentada tem de ser tomada antes da prestação se realizar. O que não ocorreu;

- c) O artigo 40º prevê que “[as] peças dos procedimentos de formação de contratos [s]ão (...) [no] ajuste direto, o convite à apresentação das propostas e o caderno de encargos(...)”, Ora, nos presentes processos nada disso ocorreu, porque tudo se traduziu e traduz na apresentação de faturas, depois de serviços terem sido prestados, como se invocou;
- d) O artigo 56º estabelece que “[a] proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”. Tal como não houve convites, não houve propostas. Simplesmente a continuação das prestações de serviços com base em contratos, cujo valor máximo já estava executado;
- e) O artigo 57º prevê quais os documentos que a proposta deve integrar. Naturalmente deve a proposta e tais documentos serem apresentados antes da prestação e como elementos balizadores da prestação. Nada disso ocorreu nos casos presentes;
- f) No artigo 73º diz-se que “[a] adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas”. Ora, nos casos *sub judice*, não houve adjudicações prévias à prestação dos serviços;
- g) Finalmente, no artigo 88º prevê-se que “[n]o caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração”. Nos casos em apreciação não houve igualmente respeito desta determinação legal.

20. Todas as disposições referidas – e outras mais – foram violadas. E são disposições que em muitos dos seus aspetos prosseguem a proteção de interesses financeiros públicos.

21. O que agora foi referido aponta decisivamente para uma conclusão: não ocorreu procedimento de ajuste direto. E tal procedimento era exigível por força do nº 5 do artigo 454º do CCP, como se viu.

Não houve observância de quaisquer regras procedimentais.

Houve uma mera prestação de serviços direta, sem qualquer procedimento. As faturas e consequentes adendas surgem como forma de enquadrar factos consumados. Ora, a gestão financeira pública não pode admitir tais situações.



Houve verdadeiramente inobservância do disposto no CCP na sua Parte II. Ora tal situação só é admitida no CCP para os contratos previstos no seu artigo 5º que obviamente não podia suportar os presentes.

III.D – Sobre a retroatividade das adendas

22. Invocando serem as adendas modificações objetivas dos contratos admissíveis pela lei – o que não acontece, como se viu, tanto mais que se traduziriam no quadro contratual de “*serviços a mais*” que também não poderia ser aceite – veio o INEM defender que a sua retroatividade era legalmente admitida face ao que se dispõe no CCP e no Código do Procedimento Administrativo.

23. Estabelece o artigo 287.º do CCP, em matéria de eficácia dos contratos que “[a] plena eficácia do contrato depende da emissão dos atos de aprovação, de visto, ou de outros atos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de ato administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objeto passível de ato administrativo”.

E no mesmo artigo, no nº 2, permite-se que “[a]s partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos:

- a) Não seja proibida por lei;
- b) Não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e
- c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à [fase²¹] de formação do contrato”.

24. Como se sabe a regra geral em direito é a de que os atos e contratos devem dispor para o futuro, admitindo-se como exceção a sua retroatividade.

Claramente nesse sentido vai a referida disposição do CCP quando diz que pode ser atribuída eficácia retroativa “quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem” e ainda desde que certas condições estejam verificadas.

25. Relembre-se o que a propósito desta temática já se disse neste Tribunal²²:

²¹ A palavra “fase” não consta da versão original do CCP, nem de declarações de retificação, nem das versões republicadas do diploma. Mas trata-se certamente de um *lapsus scriptae* ou mesmo de uma mera “gralha”. Em alternativa poderá considerar-se que é a preposição “de”, imediatamente após, que está a mais no texto da lei. De qualquer forma, a solução interpretativa é a mesma.

²² Vide Acórdão nº 14/09 – 31.MAR -1ªS/PL. Negritos nossos, de agora.



“(...) num processo de contratação pública a adjudicação constitui um ato administrativo que encerra o procedimento de seleção do contratante particular, só ela exprimindo a inequívoca vontade de contratar, vinculando a entidade adjudicante e conferindo ao concorrente preferido a legítima expectativa da celebração do contrato nos termos legais.

Na realidade, antes da adjudicação, que culmina o processo de escolha, não é possível saber, com segurança, que haverá um contrato e que uma dada entidade será a adjudicatária. (...)

Acréscce que só no ato de adjudicação se fixa o montante da despesa, se confirma a disponibilidade de verba orçamental para a suportar e se obtém a competente autorização para a sua realização, requisitos financeiros indispensáveis para que se possa assumir o compromisso contratual.

*Assim, e nos termos do disposto no invocado artigo 128.º, n.º 2, alínea a), do CPA, antes desse ato de adjudicação não é possível dar por verificados pressupostos essenciais do contrato e da realização dos serviços a que ele se destina, como sejam a certeza de que pode haver um contrato, o seu conteúdo, a identificação da entidade que deve prestar os serviços e a **autorização para a realização da correspondente despesa.***

*Deste modo, sem prejuízo da necessária apreciação casuística das circunstâncias próprias de cada situação, **em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroativa aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação**”.*

26. A concreta retroatividade verificada nos presentes processos – face ao que acima se narrou – está proibida por lei. É que efetivamente não houve qualquer ato adjudicatório. Ultrapassados os montantes admitidos nos contratos originais, por via da prestação de serviços que aqueles contratos enquadravam, previam, admitiam... passou-se a prestar novos serviços, sem que haja notícia de que tenha havido decisão de contratar, decisão de adjudicar, decisão de enquadramento orçamental...

Ocorreu pois violação direta do disposto no nº 2 do artigo 287º do CCP.

III.F – As informações de cabimento e de compromisso

27. Também neste domínio importa reafirmar que o facto de as prestações de serviços se terem realizado sem procedimento, sem adjudicação, sem assinatura de instrumento contratual específico, tudo perverteu.



28. Foram prestadas informações de cabimento e de compromisso, mas a partir da apresentação das faturas. Mas a despesa foi originada antes.
29. A alínea b) do nº 6 do artigo 42º e o nº 1 do artigo 45º da Lei do Enquadramento Orçamental (LEO) ²³ estabelecem que nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na respetiva dotação e compromisso orçamental.

Obviamente que a cabimentação e o compromisso orçamental têm de ser feitos antes da realização da despesa.

Diz-se aliás no artigo 13º do Decreto-Lei nº 155/92, de 28 de julho, sob a epígrafe de “*Registo de cabimento prévio*” que “[p]ara a assunção de compromissos, devem os serviços e organismos adotar um registo de cabimento prévio do qual constem os encargos prováveis”. E diz o artigo 22º do mesmo diploma legal que “[a]utorização de despesas fica sujeita à verificação [de] (...): a) Conformidade legal; b) Regularidade financeira; c) Economia, eficiência e eficácia”. E “[p]or conformidade legal entende-se a prévia existência de lei que autorize a despesa, dependendo a regularidade financeira da inscrição orçamental, correspondente cabimento e adequada classificação da despesa.”

30. Ocorreu pois violação da alínea b) do nº 6 do artigo 42º e artigo 45º da LEO e dos artigos 13º e 22º do Decreto-Lei nº 155/92, de 28 de julho.
31. O mesmo se diga quanto ao registo do compromisso e à verificação da existência de fundos disponíveis para assunção do mesmo.

A LCPA ²⁴ veio estabelecer as regras aplicáveis à assunção de compromissos e aos pagamentos em atraso das entidades públicas.

O que se pretende, na parte respeitante à não assunção de compromissos que excedam os fundos disponíveis, é tão só que se limite a despesa, no sentido de qualquer entidade abrangida pela LCPA só poder «*assumir um compromisso se, previamente à sua assunção, concluir que tem fundos disponíveis. Se isso não acontecer não pode validamente assumir um compromisso*»²⁵.

²³ Lei nº 91/2001, de 20 de agosto, alterada pelas Leis nºs 2/2002 de 28 de agosto, 23/2003, de 2 de julho e 48/2004, de 24 de agosto, 48/2010, de 19 de outubro, 22/2011, de 20 de maio, 52/2011, de 13 de outubro, 37/2013, de 14 de junho.

²⁴ Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso: Lei nº 8/2012, de 21 de fevereiro, alterada pelas Leis nºs 20/2012, de 14 de maio, 64/2012, de 20 de dezembro, e 66-B/2012, de 31 de dezembro.

²⁵ Cf. Noel Gomes, «A lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso – âmbito subjetivo e principais obrigações», Revista Direito Regional e Local, n.º 19, Julho/setembro de 2012, p. 47.



Ora a LCPA, na sua alínea a) do artigo 3º da LCPA refere que são “*”[c]ompromissos” as obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços*”. E diz que “*[o]s compromissos consideram-se assumidos quando é executada uma ação formal pela entidade, como sejam a emissão de ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, ou a assinatura de um contrato, acordo ou protocolo*”.

Ora, nos presentes casos, não há notícia de ter havido ação formal da entidade competente no INEM a partir da qual se consideraram assumidos os compromissos, relativos a novos serviços que se reflectiram em novas faturas que deram origem às adendas.

32. E o nº 3 do artigo 5º da mesma LCPA exige que seja emitido “*um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda, ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos*”.

Tal emissão de número não ocorreu, nos presentes processos, no momento legalmente fixado.

33. O mesmo decorre do disposto no nº 3 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 127/2012, de 21 de junho, que determina:

“Sob pena da respetiva nulidade, e sem prejuízo das responsabilidades aplicáveis, (...), nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições:

- a) Verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei;*
- b) Registado no sistema informático de apoio à execução orçamental;*
- c) Emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente”.*

34. Ocorreu pois violação do nº 3 do artigo 5º da LCPA e do nº 3 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 127/2012, de 21 de junho, com as consequências neles previstas: a nulidade.

III.G – Matéria relevante em sede de responsabilização financeira

35. Nos presentes processos consta matéria indiciadora do cometimento de infrações suscetíveis de gerar responsabilidades financeiras sancionatórias.



36. Relembre-se que a alínea b) do nº 1 do artigo 65º da LOPTC ²⁶ prevê que “[o] Tribunal de Contas pode aplicar multas (...) [p]ela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos”.
37. Relembre-se ainda que a LCPA, no seu artigo 11º n.º 1, estabelece como cominação à assunção de compromissos com violação da lei a «responsabilidade civil criminal, disciplinar e financeira, sancionatória e ou reintegratória, nos termos da lei em vigor».
38. Note-se também, a propósito da adenda referida acima no nº 2, que nos termos do nº 4 do artigo 44º da citada LOPTC “[o]s actos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas cujo valor seja superior a (euro) 950 000 não produzem quaisquer efeitos antes do visto ou declaração de conformidade”. E relembre-se que a alínea h) do nº 1 do já referido artigo 65º estabelece responsabilidade financeira sancionatória “[p]ela execução (...) de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos”.
39. Tendo em conta a data em que as adendas referidas no nº 1 foram remetidas para fiscalização prévia – 24 de setembro de 2013 - note-se finalmente que nos termos do nº 2 do artigo 81º da mesma LOPTC “[os] processos relativos a atos e contratos que produzam efeitos antes do visto são remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 20 dias a contar, salvo disposição em contrário, da data do início da produção de efeitos” e nos termos da alínea e) do artigo 66º da mesma lei constitui infração a “inobservância dos prazos legais de remessa ao Tribunal dos processos relativos a atos ou contratos que produzam efeitos antes do visto”. Ora nestes casos, os prazos foram ultrapassados, atendendo ao período efetivo de produção de efeitos (janeiro, fevereiro e março de 2013). Não há elementos no processo para se concluir se há indícios ou não de infração no caso da adenda referida no nº 2.

III.H - Relevância das violações de lei no exercício das competências de fiscalização prévia

40. As violações de lei identificadas acima nos nºs 20, 21, 26, 30 e 34 são relevantes no exercício das competências de fiscalização prévia por este Tribunal.

²⁶ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



Tribunal de Contas

41. Face à avaliação acima feita nos n.ºs 18 a 21, em que se constatou a inexistência de quaisquer formalidades, concluiu-se que a formação das adendas não correspondeu à observância de qualquer procedimento, incluindo o de ajuste direto.

Foram pois adquiridos e prestados serviços sem qualquer procedimento. Houve pois ausência absoluta de formalidades essenciais na formação das adendas. E esta situação enquadra-se claramente no artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

Ora, existindo um vício gerador de nulidade, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC, tem este Tribunal de recusar o visto.

42. As violações da alínea b) do n.º 6 do artigo 42º e do artigo 45º da LEO e dos artigos 13º e 22º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de julho, referidas acima no n.º 30, configuram violações diretas de normas financeiras, o que constitui igualmente fundamento para recusa de visto por força da alínea b) do n.º 3 do referido artigo 44º da LOPTC.

43. As violações do n.º 3 do artigo 5º da LCPA e do n.º 3 do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, acima apontadas no n.º 34, constituem violações diretas de normas financeiras e são sancionadas pela lei com a nulidade, o que constitui igualmente fundamento para recusa de visto, por força das alíneas a) e b) do n.º 3 do referido artigo 44º da LOPTC.

44. Finalmente: a matéria constante dos n.ºs 35 a 39, indiciadora de cometimento de infrações financeiras, impõe que esta decisão e a matéria constante do processo sejam avaliadas noutros domínios da competência deste Tribunal.

45. No presente processo suscitam-se dúvidas sobre se as ilegalidades cometidas e que fundamentam a recusa de visto estarão relacionadas com orçamentos insuficientemente dotados, gerando a dificuldade ou mesmo impossibilidade de se praticarem atos que a lei prevê como pressuposto da conformidade legal de atos e contratos.

Tais perceções não devem ser entendidas como causa desculpante, mas nelas assente deve este Tribunal formular um alerta a altos responsáveis pela gestão do Estado.

46. Existem igualmente nestes processos indícios de deficiente funcionamento dos sistemas de controlo interno do INEM.



IV – DECISÃO

47. Pelos fundamentos indicados, nos termos do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto às adendas acima identificadas nos n.ºs 1 e 2.
48. Mais decidem, face à matéria constante dos n.ºs 35 a 39 e 44, mandar prosseguir o processo para efeitos de eventual efetivação de responsabilidades financeiras.
49. Face a toda a matéria do acórdão e em particular ao referido nos n.ºs 8 b), 21, 45 e 46, decidem ainda mandar remeter a presente decisão ao Senhor Ministro da Saúde.
50. Face ao referido no n.º 46 decidem também mandar remeter cópia do acórdão à competente área de responsabilidade da 2ª Secção deste Tribunal.
51. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas²⁷.

Lisboa, 12 de dezembro de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(José Mouraz Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)

Fui presente
O Procurador-Geral Adjunto

(José Gomes de Almeida)

²⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril.