



Secção: 1ª S/SS

Data: 07/01/2020

Processo: 3532/2019

RELATOR: Conselheiro António Francisco Martins

NÃO TRANSITADO EM JULGADO

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Alcochete (doravante MA) submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato, tendo por objeto uma “Empreitada de obra pública de reabilitação do espaço público do Valbom”, celebrado em 04/10/2019, entre essa entidade e “Discoverdi - Plantas e Jardins, S.A.”, pelo valor de 522 940,75 €, a que acresce IVA à taxa em vigor.

2. Em sede de devolução administrativa e tendo em vista uma melhor instrução do processo, solicitou-se ao MA a prestação de esclarecimentos, designadamente os seguintes: a) como considera ter sido dado cumprimento ao disposto na parte final da alínea b) do n.º 1 e n.º 9, do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos¹ (doravante CCP), uma vez que, tendo existido alteração do preço base, a mesma configura uma alteração substancial em relação ao anterior procedimento por concurso público; b) fundamento de facto e de direito a opção pela realização do ajuste direto em detrimento da consulta prévia, tendo em conta o disposto no artigo 27.º-A do CCP.

II. FUNDAMENTAÇÃO

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008 de 29.01, com sucessivas alterações legislativas, a última das quais introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31.08, com início de vigência em 1 de janeiro de 2018.



A – DE FACTO

3. Com relevo para a presente decisão, para além do descrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

a) O MA celebrou com “Discoverdi – Plantas e Jardins, S.A.”, em 04/10/2019, na sequência de um procedimento por ajuste direto (Processo I-30/19/CP), um contrato de empreitada, pelo valor de 522 940,75 €, a que acresce IVA à taxa em vigor.

b) O fundamento para o recurso ao ajuste direto, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, apresentado pela entidade fiscalizada, constante da Proposta DAGR n.º 45/2019, aprovada em reunião de Câmara de 26 de junho de 2019, foi o seguinte:

“1. Decidiu este órgão na sua reunião de 6 de março de 2019, proceder à abertura de concurso público para a “Empreitada de Reabilitação do Espaço Público do Valbom”. O referido procedimento decorreu de acordo com a tramitação da legislação aplicável à contratação pública.

2. Da aplicação da Lei resultou a exclusão dos concorrentes do procedimento concursal. Em reunião de Câmara de 15 de maio findo foi deliberada a decisão de não adjudicação do referido concurso, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP. Mais foi revogada a decisão de contratar, com a inerente extinção do procedimento, nos termos do artigo 80.º do mesmo diploma legal.

3. Em face do exposto e dada a necessidade de contratar a empreitada em referência, autorizando a inerente despesa no valor estimado de 522 944,63€ (...) acrescido de IVA, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 36.º (...).

4. Adotar para o efeito o procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, considerando o valor do contrato a celebrar, e aprovar as peças do procedimento de acordo com o n.º 2 do artigo 40.º do CCP (...)

5. Convidar através do ofício convite, a apresentar proposta, no âmbito do referido procedimento, nos termos do n.º 1 do artigo 113.º do CCP a entidade/empresa Discoverdi – Plantas e Jardins, S.A. (...).”



c) No seguimento de tal convite foi apresentada proposta pela adjudicatária, tendo oferecido o valor de 522,940,75 €, que veio a ser contratualizado;

d) Anteriormente a este procedimento de ajuste direto, que culminou com a celebração do contrato em análise, o MA tinha lançado um concurso público (Processo I-04/19/CP), tendo sido apresentada uma única proposta (pelo concorrente Decoverdi - Plantas e Jardins, S.A.) cujo preço (519.253,50€) respeitava o parâmetro base do preço contratual (528.944,63€);

e) Outros seis concorrentes intervieram nesse concurso público, declarando não ter condições para apresentar proposta, e outros dois concorrentes (Cordivias - Engenharia, Lda., e Vibeiras - Sociedade Comercial de Plantas, S.A.) vieram ao procedimento indicar preços superiores àquele preço base (respetivamente, 664.877,89€ e 770.000,00€);

f) Naquele concurso público aquela única proposta foi excluída por estritas razões formais, concretamente, por a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, que instruíra a proposta nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP, “não estar devidamente assinada e, ainda que estivesse, não estar instruída com documento demonstrativo dos poderes de representação de quem assina ou deveria assinar (além do mais) aquele referido documento”;

g) Na sequência do esclarecimento solicitado, descrito em 2.a) supra, o MA pronunciou-se, crendo ser *“genuína convicção do Município, [que] terá sido dado integral cumprimento ao disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 9 do artigo 24.º do CCP”* e, depois de invocar doutrina e jurisprudência que crê ser aplicável ao contrato sujeito a fiscalização, considera que *“o caderno de encargos do presente contrato apenas difere do caderno de encargos concursado num aspecto que, nas suas dimensões qualitativa e quantitativa, se pensa ser absolutamente insignificante: concretamente, procedeu-se à supressão de um artigo referente à manutenção de espaços verdes, no valor orçamentado de 6.000€ (a alteração do parâmetro base, sublinhe-se, verificou-se, pois, no sentido da redução do preço e não do seu acréscimo). Isto é, trata-se do mesmo caderno de encargos, «sem prejuízo de pequenas modificações assentes em boas razões» (v. o mencionado Acórdão do TCAS, de 21-03-2013) - designadamente, a razão ponderada de aquela tipologia de prestações suprimidas*



ser pouco relacionada com a lógica do estrito processo construtivo e mais condizente com um modelo de serviço, que extravasava o núcleo essencial do complexo obrigacional pretendido”, terminando por concluir:

“Em síntese conclusiva, assim justificado o ajustamento feito no caderno de encargos, pensa-se que não seria pela expressão financeira (redução de 6.000€, face ao orçamento inicial de 528.944,63€) que resultaria prejudicada aquela intuída ideia «de inutilidade de novo apelo» concorrencial (v. douto Acórdão do Tribunal de Contas n° 12, de 03.07.2012), nem pela dimensão qualitativa da tipologia das prestações suprimidas (porque as referidas prestações de manutenção de espaços verdes revestiam caráter perfeitamente residual e acessório face ao núcleo das prestações principais do contrato e porque, se nisso existisse efetivo interesse, qualquer operador que o pretendesse poderia ter participado no concurso com um parceiro designado, dessa especialidade, conforme faculdade que hoje se consigna no n° 2 do artigo 3° da Portaria n° 372/2017, de 14 de dezembro).

Por outras palavras, a supressão das prestações relativas à manutenção dos espaços verdes não parece suscitar dúvidas de legalidade na medida em que tais prestações não parecem determinantes para definir o interesse ou desinteresse do mercado no contrato - porquanto, por referência ao núcleo essencial das prestações do contrato, (i) por um lado, revestem uma natureza de perfeita acessoriedade (aliás, exigir-se-ia a justificação do requisito da incidibilidade, previsto no artigo 32.º/1 do CCP); e, (ii) por outro lado, assumem uma expressão financeira insignificante.”

h) Em resposta ao esclarecimento solicitado, descrito em 2.b) supra, o MA pronunciou-se crendo *“que o ajuste direto se justifica, sem qualquer conjeturado juízo de censura, pela própria natureza do critério material e do circunstancialismo factual que revestiu a sua adoção: tendo sido feito um concurso anunciado - portanto, um convite irrestrito a todo e qualquer operador a participar no procedimento -, e apenas tendo existido um único operador a manifestar interesse em contratar em condições substancialmente aceitáveis, pensa-se que sempre seria de considerar que decorre da axiologia intrínseca do critério material utilizado a conclusão de que, no caso, seria contraproducente - e, aliás, artificial - estar a repetir qualquer convite direto a outros dois operadores do mercado, designadamente, (i) aqueles que não manifestaram resquício de interesse em participar no concurso, (ii) aqueles que expressamente declararam não ter condições para concorrer ou (iii)*



aqueles que se propuseram a contratar, todavia, com um preço superior ao preço base em mais de 25% e 45% (a saber, 664.877,89€ e 770.000,00€)”.

*

B – DE DIREITO

4. Não se suscitam dúvidas sobre a circunstância de o contrato de empreitada remetido pelo MA estar sujeito a fiscalização prévia deste Tribunal, considerando que o seu valor excede o limiar de sujeição a visto, legalmente fixado em 350.000,00 € - cf. art.ºs 46.º, n.º 1, alínea b), e 48.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas² (doravante LOPTC) conjugado com o art.º 255.º, n.º 1, da Lei n.º 71/2018, de 31/12 (Orçamento do Estado para 2019).

Por outro lado, considerando que o valor do contrato em causa não excede o limiar de 950.000,00 € previsto no art.º 45.º, n.º 4, da LOPTC, trata-se de contrato que pode produzir efeitos materiais – mas não efeitos financeiros (cf. n.º 1 do art.º 45º citado) - antes da obtenção de visto e, nessa medida, foi possível à entidade remetente ter procedido à consignação da obra.

5. Considerando a factualidade assente cumpre, com base nela, apreciar as questões enunciadas e suscitadas junto da entidade requerente, relacionadas com o procedimento adotado, na sequência do qual foi celebrado o contrato objeto de fiscalização prévia e, em função das conclusões dessa análise, extrair as devidas consequências em termos de decisão de concessão ou de recusa de visto a tal contrato.

Tais questões podem, no essencial, colocar-se nos seguintes termos:

a) Foi legal o recurso ao procedimento de ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea b), do CCP, considerando a alteração/redução do objeto do contrato e do preço base, em relação ao anterior concurso público?

² Aprovada pela Lei n.º 98/97 de 26.08, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro, Lei n.º 1/2001, de 4 de janeiro, Lei n.º 55-B/2004, de 30 de dezembro, Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, que a republicou, Lei n.º 35/2007, de 13 de agosto, Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro, Lei n.º 2/2012, de 6 de janeiro, Lei n.º 20/2015, de 9 de março, que a republicou, e Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro.



b) Teve fundamento, factual e legal, a não realização de consulta prévia, atento o estatuído no art.º 27.º-A do CCP?

Vejam os, cada uma destas questões.

*

B-1. Da legalidade do recurso ao procedimento por ajuste direto

6. Em breve síntese e como ressalta da factualidade descrita, constata-se que o preço base do anterior procedimento por concurso público foi alterado, para o presente procedimento de ajuste direto, de 528 944,63€ para 522 944,63€. Subjacente a tal alteração de preço estará uma alteração ao caderno de encargos que difere do caderno de encargos aprovado para o ajuste direto pela supressão de um artigo referente à manutenção de espaços verdes, no valor orçamentado de 6.000€, configurando-se assim, por esta via, uma alteração/redução do objeto do próprio contrato a celebrar.

7. O MA vem propugnar, como se referiu supra, pela legalidade de tal procedimento por ajuste direto, estribando-se no art.º 24º, n.º 1, al. b) do CCP.

Afigura-se-nos, pelo contrário, que o recurso a tal procedimento, nas circunstâncias concretas do contrato em análise, foi ilegal, como adiante se procurará evidenciar.

8. Previamente, porém, não pode deixar de se salientar, ainda que incidentalmente, que não se compreende a decisão de exclusão, por estritas razões formais, da única proposta apresentada no âmbito do concurso publico realizado.

Com efeito, a irregularidade em causa, não estar devidamente assinada a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, que instruía a proposta nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 57.º do CCP ou estar assinada, mas não estarem demonstrados os poderes de representação de quem assinava, era suscetível de ser suprida e o júri deveria ter solicitado ao concorrente esse suprimento, em face do estatuído no nº 3 do art.º 72º do CCP, incluindo, se fosse o caso, através da junção de documento comprovativo dos necessários poderes de representação.

Aquele nº 3 do art.º 72º citado foi introduzido na sequência do DL 111-B/2017 de 31.08 e tem o claro propósito, como se salienta no preâmbulo deste diploma, de *“recuperação da possibilidade de sanar a preterição de formalidades não essenciais pelas propostas*



apresentadas, evitando exclusões desproporcionadas e prejudiciais para o interesse público”, sendo aliás qualificada naquele preâmbulo como uma das “medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização previstas neste diploma”.

Não se compreende assim, minimamente, aquela decisão de exclusão, sem se ter dado a possibilidade de supressão da irregularidade, ainda para mais em face das previsíveis consequências a gerar, prejudiciais para o interesse público. Desde logo a necessidade de lançamento de um novo procedimento, com os inerentes atrasos. Mais grave é que a isso acresceu que, na sequência de exclusão da proposta de realização da empreitada e prestação de serviços (a manutenção de espaços verdes) constante do caderno de encargos do concurso público, pelo preço de 519.253,50 €, acaba por lançar-se um procedimento de ajuste direto em que vem a adjudicar apenas a empreitada (já não a manutenção de espaços verdes) e por um preço superior, 522 940,75 €, mas curiosamente à mesma concorrente que anteriormente tinha apresentado proposta para realizar a empreitada e a prestação de serviços por um preço inferior.

9. Mas vamos à evidenciação da ilegalidade do recurso ao procedimento de ajuste direto.

Nos termos do estatuído na al. b) do nº 1 do art.º 24º do CCP, pode adotar-se o ajuste direto, qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, quando *“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”.*

Para efeitos do disposto nesta alínea vem depois considerar-se, no nº 9 do mesmo preceito, *“que o caderno de encargos e os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira são substancialmente alterados quando as alterações sejam suscetíveis de impedir a verificação das situações previstas nessas alíneas, nomeadamente quando sejam modificados os parâmetros base fixados no caderno de encargos”.*

Importa ainda tomar em consideração que, nos termos dos nºs 3 e 4 do art.º 42º do CCP, os parâmetros base *“podem dizer respeito a quaisquer aspetos da execução do contrato, tais como o preço a pagar...pela entidade adjudicante”* e que as cláusulas do caderno de encargos podem fixar os parâmetros base a que as propostas estão vinculadas.



Acresce que, nos termos do art.º 96º, nº 1, al. d) e 7, do CCP, o preço contratual ou os elementos necessários à sua determinação, fazem parte do clausulado do contrato, sob pena de nulidade.

10. Ora se em relação ao primeiro requisito da al. b) do nº 1 do art.º 24º do CCP, exclusão de propostas apresentadas, não se suscitam dúvidas sobre o seu preenchimento, já quanto ao segundo requisito, não alteração substancial dos parâmetros base fixados no caderno de encargos, o mesmo não se verifica.

Com efeito, sendo inquestionável que o preço a pagar é um parâmetro base, assim como o tipo e a quantidade das prestações a realizar por força do contrato, prestações essas identificadas no caderno de encargos, as alterações ocorridas naquele preço e nestas prestações, do concurso público para o procedimento por ajuste direto, nas circunstâncias em que ocorreram, devem qualificar-se como uma alteração substancial do caderno de encargos.

11. Não estamos, ao contrário do que propugna a entidade requerente, no domínio de uma alteração *“absolutamente insignificante”*.

Aliás, a entidade requerente tem a plena noção de que a *“tipologia das prestações suprimidas (a manutenção de espaços verdes)”* poderia ter implicado para um *“operador que o pretendesse [poderia] ter participado no concurso com um parceiro designado, dessa especialidade”*.

Ou seja, pode ter havido concorrentes que, no concurso público, não apresentaram propostas porquanto não estavam disponíveis para participar no concurso com um parceiro, para este realizar uma especialidade que, como a própria entidade requerente reconhece, estava *“pouco relacionada com a lógica do estrito processo construtivo e mais condizente com um modelo de serviço, que extravasava o núcleo essencial do complexo obrigacional pretendido”*.

Assim como é plausível ter acontecido que alguns operadores económicos tenham decidido não apresentar propostas porquanto as suas competências se situavam no domínio do processo construtivo e não as tinham no domínio da prestação acessória de manutenção de espaços verdes.

12. Por outras palavras, a forma como foi delineado o concurso público, em que ao núcleo essencial do contrato, a realização de uma empreitada de obra pública, se agregou uma prestação de serviços (manutenção de espaços verdes), levou a que a concorrência tivesse ficado restringida a quem estivesse disponível para a realização de ambas as prestações.

Nessa medida, ao alterar, no posterior ajuste direto, as prestações a contratar, limitando-a apenas à realização da empreitada, além da violação dos parâmetros base, quanto à tipologia das prestações e ao preço, foi afetado o princípio da concorrência, dado que não foram dadas oportunidade de concorrer a todos os que, perante esse pressuposto – realização apenas da empreitada – poderiam estar disponíveis para concorrer.

13. Assim, considerando a afetação do princípio da concorrência, por força da forma como o procedimento de ajuste direto alterou o leque de possíveis operadores económicos interessados, percebe-se que não tem relevo a argumentação da entidade requerente no sentido de que a afetação do parâmetro base foi *“no sentido da redução do preço e não do seu acréscimo”*.

Acompanha-se a jurisprudência deste Tribunal de Contas, constante do Acórdão nº 8/2019 da 1.ª S/SS, de 25.03.2019³, no sentido de que o relevante, nesta dimensão da alteração substancial prevista no art.º 24º, nº 1, al. a), do CCP, é o seu aspeto qualitativo e não quantitativo.

Também por esse fundamento não assiste razão à entidade requerente na invocação que faz, na resposta aos esclarecimentos solicitados, da doutrina e jurisprudência que aí refere como *“aplicável ao contrato aqui sujeito a fiscalização”*.

Na verdade, assinalando precisamente que *“resulta claro do disposto no nº 9 que está fora de hipótese considerar que o advérbio *substancialmente* foi aplicado para exprimir um conceito quantitativo da alteração ... Trata-se antes de impor um limite qualitativo à alteração...”* - cf. JORGE ANDRADE DA SILVA, Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado, Almedina, 2019 – 8º edição, pp.118-119).

Também Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira situam a dimensão substancial em tornar os parâmetros do caderno de encargos *“mais flexíveis”* e, por força dessa alteração, ela ser *“susceptível, num juízo de prognose, de impedir a ocorrência da falta de candidaturas ou*

³ Acessível, assim como os acórdãos adiante citados deste Tribunal, em www.tcontas.pt



propostas” (cf. Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, Coimbra, 2011, p. 752).

No que tange à jurisprudência, não estamos, *in casu*, perante “pequenas modificações assentes em boas razões ou assentes no programa original, incapazes de afetar a escolha feita no procedimento original”, para assim apelar ao acórdão do TCASul, de 21.03.2013⁴. Sendo ainda certo que este aresto versa sobre questão que não é necessariamente similar à presente, a da celebração de contratos ao abrigo de acordos-quadro e de naqueles “não poderem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos”, considerando o estatuído no art.º 257º, nº 2, do CCP.

14. Igualmente a jurisprudência deste Tribunal de Contas invocada pela entidade requerente não é de molde a acolher a sua argumentação.

Na verdade, no Acórdão nº 12/2012 de 03.07, da 1ª S/PL, expressamente se considera ser “indubitável que o objeto do contrato e o preço base devem ser considerados parâmetros base. Ambos dizem respeito a aspetos da execução do contrato, submetidos à concorrência”.

Igualmente no Acórdão nº 7/2015 de 09.06 da 1ª S/SS, confirmado pelo Acórdão nº 13/2016 de 14.07 da 1ª S/PL se considerou que o “preço base é um dos principais elementos condicionadores do preço que, por sua vez, é um dos aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência, muito especialmente quando o critério de adjudicação é o do mais baixo preço”.

E embora a decisão no citado Acórdão nº 12/2012 tenha sido no sentido de concluir que as alterações introduzidas no caderno de encargos não violaram a lei, tal asserção teve por base a consideração de que “as alterações introduzidas no caderno de encargos tiveram pois como escopo uma melhor observância do princípio da concorrência e, por esta via, a obtenção de melhores soluções para a satisfação de necessidades públicas”, o que não se evidencia *in casu*.

15. Em súmula, é de concluir em função das alterações introduzidas, quer quanto ao preço, quer quanto ao tipo de prestações a realizar por força do contrato, que estamos

⁴ Proferido no processo nº 09580/12, acessível em www.dgsi.pt em Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul.



perante uma alteração substancial do caderno de encargos, do concurso público para o procedimento por ajuste direto, sendo assim ilegal o recurso a este procedimento adotado pela entidade requerente, por não se verificarem os pressupostos do art.º 24º, nº 1, al. b) e 9, do CCP.

Assim, na sequência da revogação da decisão de contratar, no âmbito do concurso público (Processo I-04/19), impunha-se que a entidade requerente tivesse adotado um novo procedimento concursal aberto, com pleno respeito pelos princípios da legalidade, da imparcialidade, da publicidade, da transparência e da concorrência, todos com consagração no art.º 1º-A do CCP e, em função do valor do contrato, observasse os critérios de escolha de um dos procedimentos previstos nas alíneas a) ou b) do art.º 19º do CCP, concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.

*

B-2. Da não realização da consulta prévia

16. Na análise desta questão importa relembrar, em breve síntese factual, que a entidade adjudicante não efetuou consulta prévia e, quando instada a fundamentar, de facto e de direito, a opção pela realização do ajuste direto com convite apenas a uma entidade, sem a realização de consulta prévia a pelo menos três entidades, respondeu nos termos transcritos em 3. h) supra, ou seja, em súmula, que considera que “seria contraproducente - e, aliás, artificial - estar a repetir qualquer convite direto a outros dois operadores do mercado”.

17. Analisada tal resposta, em confronto com a lei, afigura-se-nos que não assiste razão à entidade adjudicante.

18. O art.º 27º-A do CCP estatui:

“Nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento” (o sublinhado é da nossa autoria para evidenciar o carácter imperativo do preceito).

Tal preceito foi aditado ao CCP pelo citado DL 111-B/2017 de 31.08, na sequência daquilo que no preâmbulo deste diploma é destacado como uma “*medida(s) de transparência e de*



boa gestão pública”, a “consagração de um novo procedimento de consulta prévia, com consulta a três fornecedores, limitando o recurso ao ajuste direto”.

Mas que também pode ser entendida e considerada como uma forma de o legislador potenciar o princípio da concorrência.

19. Nas circunstâncias do caso, a ser compatível a adoção do procedimento por recurso ao ajuste direto ao abrigo do art.º 24º, nº 1, al. b) do CCP – o que não era possível, como anteriormente se demonstrou, mas aqui apenas se considera para efeitos de raciocínio - e na medida em que o recurso a mais do que uma entidade era possível, não estava na disponibilidade ou possibilidade da entidade requerente não adotar tal procedimento e limitar-se a fazer o convite a uma única entidade, em regime de ajuste direto.

Na verdade, considerando que estamos perante uma empreitada de obra pública, o mercado dos operadores não era limitado – pelo menos não está demonstrado que o fosse – aos que anteriormente tinham intervindo no concurso público anterior e, assim, nada impedia, antes tudo aconselhava, a possibilidade de consultar outros operadores, no âmbito dum procedimento de consulta prévia.

Mesmo em relação aos operadores que no anterior concurso declararam não ter condições para apresentar proposta, não era de excluir – pelo menos não está demonstrado que assim fosse - que algum deles, nas novas circunstâncias, já considerasse ser adequado apresentar proposta.

Não se vislumbra, assim, que tais convites a pelo menos três entidades, em procedimento de consulta prévia, fossem contraproducentes ou artificiais, como argumenta a entidade requerente.

Aliás, nessa linha de argumentação, também seria de questionar o convite que foi feito pela entidade adjudicante, por ajuste direto, à concorrente que, no concurso público anterior, não tinha demonstrado estar em condições de assumir e vincular-se ao conteúdo do caderno de encargos.

20. Em conclusão e, em resumo, a considerar-se que tinha havido fundamento para a adoção do procedimento por recurso ao ajuste direto ao abrigo do art.º 24º, nº 1, al. b) do



CCP, teria havido incumprimento do disposto no art.º 27º-A do CCP, por não se ter adotado o regime de consulta prévia.

Porém, considerando a conclusão antecedente, no sentido de que não havia fundamento para a adoção do procedimento por ajuste direto, ao abrigo do art.º 24º, nº 1, al. b), do CCP, não há que retirar consequências, em termos desta decisão, ou seja, para efeitos de concessão ou recusa do visto, do incumprimento do disposto no art.º 27º-A do CCP.

*

B-3. Consequências da ilegalidade do recurso ao procedimento por ajuste direto

21. Como atrás se justificou foi ilegal o recurso, por parte da entidade requerente, ao procedimento adotado de ajuste direto, por não se verificarem os pressupostos do art.º 24º, nº 1, al. b) e 9, do CCP.

Deveria antes ter adotado um novo procedimento concursal aberto, concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, com pleno respeito pelos princípios da legalidade, da imparcialidade, da publicidade, da transparência e da concorrência, em observância do estatuído nos art.ºs 1º-A e alíneas a) ou b) do art.º 19º, ambos do CCP.

22. Ou seja, foi omitido, de forma total e absoluta, o procedimento legalmente devido, nas circunstâncias do caso, um concurso público ou um concurso limitado por prévia qualificação

Tal ilegalidade consubstancia assim a prática dum ato com «*preterição total do procedimento legalmente exigido*», com a conseqüente cominação de nulidade, conforme previsto no artigo 161.º, n.º 2, alínea I), do Código do Procedimento Administrativo (doravante CPA), porquanto não vem alegado nem foi demonstrado qualquer “*estado de necessidade*”.

A invalidade de tal ato acarreta a nulidade do contrato subsequente por força do estatuído no n.º 2 do artigo 284.º do CCP, nos termos do qual “*Os contratos são nulos quando se verifique algum dos fundamentos previstos ... no artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo*”.

A mesma consequência, nulidade do contrato, se extrai da aplicação do art.º 283º, nº 1, do CCP, ao determinar que “*Os contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo*”

porquanto, in casu, o ato procedimental nulo pode ainda ser judicialmente declarado como tal.

23. Esta desconformidade do contrato em causa com as leis em vigor, geradora de nulidade, constitui fundamento de recusa de visto, conforme estatuído na al. a) do n.º 3 do art.º 44º da LOPTC.

Nesta medida impõe-se a este Tribunal a prolação de decisão no sentido de recusar o visto ao contrato submetido a fiscalização prévia.

24. Acresce, como se procurou justificar supra, que o procedimento adotado de recurso ao ajuste direto não respeitou, em pleno, os princípios da legalidade, da imparcialidade, da publicidade, da transparência e, especialmente, da concorrência, consagrados no art.º 1º-A do CCP.

Ora, como tem sido repetidamente afirmado por este Tribunal e como bem se salienta no Acórdão n.º 16/2011, de 12.07, da 1.ª S/PL “é através de procedimentos concorrenciais abertos, e, respeitando princípios como os da igualdade e da concorrência, que se garante a todos os potenciais interessados em contratar, quer o mais vasto acesso aos procedimentos, quer a mais ampla observância de outros princípios que estão intimamente relacionados com aqueles: o da transparência e o da publicidade”

E prosseguindo, conclui-se nesse aresto, conclusão que aqui se subscreve inteiramente: “esse é, também, o melhor modo de garantir a protecção dos interesses financeiros públicos, já que é, em concorrência, que se formam as propostas mais competitivas e em que a entidade adjudicante pode escolher aquela que, técnica e financeiramente, melhor e mais eficientemente satisfaça o fim por ela pretendido”.

25. A violação do princípio da concorrência, no âmbito do procedimento concursal é, pois, uma ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato a celebrar.

Estamos assim também perante outro fundamento de recusa de visto, consagrado na al. c) do n.º 3 do art.º 44º, da LOPTC, sendo despidiendo, *in casu*, equacionar a possibilidade prevista no n.º 4 deste preceito, atento o outro fundamento de recusa de visto, acima evidenciado.



*

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados e ao abrigo do art.º 44º, n.º 3, alíneas a) e c), da LOPTC, **acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato identificado no § 1 supra.**

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (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).

Lisboa, 07 de janeiro de 2020

Os Juízes Conselheiros,

(António Francisco Martins)

(Maria da Conceição dos Santos Vaz Antunes)

(Fernando Oliveira Silva)

Fui presente



A Procuradora-Geral Adjunta,
