



INSPEÇÃO-GERAL DA AGRICULTURA, DO MAR, DO AMBIENTE E DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO (IGAMAOT)

PROCESSO N.º NUI/AU/AF/000003/20.9.AF

EX.º SENHOR INSPETOR DIRETOR

ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS (ERSAR), visada no âmbito do processo de auditoria acima identificado, tendo sido notificada do relatório preliminar n.º I/02419/AF/20, vem, ao abrigo do disposto no artigo 23.º do Regulamento do Procedimento de Inspeção da Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, aprovado pelo Despacho n.º 10466/2017, de 30 de novembro, exercer o contraditório, o que faz nos termos e com os fundamentos seguintes:

I. QUESTÃO PRÉVIA:

1. A ERSAR reitera integralmente aquilo que oportunamente já referiu a propósito da legitimidade e competência da Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAMAOT) para a prática dos atos de natureza inspetiva agora materializados no relatório sob pronúncia.
2. Com efeito, a ERSAR, nos termos do artigo 1.º, n.º 1 dos seus Estatutos, é uma "*entidade administrativa independente com funções de regulação e de supervisão, dotada de autonomia de gestão, administrativa e financeira*".
3. Como é próprio desta tipologia de entidades administrativas, a ERSAR atua com independência, não estando sujeita a superintendência ou tutela do Governo.

4. Isto mesmo é, aliás, expressamente afirmado no artigo 2.º, n.º 1 dos seus Estatutos, onde se dispõe de forma absolutamente clara: *“A ERSAR é independente no exercício das suas funções, nos termos previstos na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e nos presentes estatutos, não se encontrando sujeita a superintendência ou tutela governamental no âmbito desse exercício.”*
5. Salvo melhor opinião, a IGAMAOT labora num equívoco, o qual ficará a dever-se, provavelmente, a uma interpretação errónea do artigo 6.º da Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia (MAOTE), atualmente Ministério do Ambiente e da Ação Climática (MAAC), que, na sua alínea a), menciona a ERSAR entre *“as entidades administrativas independentes de regulação, no âmbito do MAOTE”*.
6. Esta norma vem dar cumprimento ao artigo 9.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (“LQER”), aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que dispõe o seguinte:

«Artigo 9.º

Ministério responsável

1 – Sem prejuízo da sua independência, cada entidade reguladora está adstrita a um ministério, abreviadamente designado como ministério responsável, em cuja lei orgânica deve ser referida.

2 – A entidade reguladora considera-se adstrita ao ministério cujo membro do Governo seja o responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora.»

7. No entanto, destas disposições conjugadas não resulta, de forma alguma, comprometida a independência da ERSAR e da sua atuação face ao “ministério responsável”, não apenas porque o próprio artigo 9.º da LQER expressamente adverte que a adstrição das entidades reguladoras a um ministério se concretiza “sem prejuízo da sua independência”, mas também porque tal resulta expressamente consignado nos Estatutos da ERSAR.
8. No artigo 2.º, que já atrás citámos, mas também no artigo 49.º, onde se dispõe o seguinte:

«Artigo 49.º

Independência

- 1 - A ERSAR é independente no exercício das suas funções e não se encontra sujeita a superintendência ou tutela governamental, nos termos dos presentes estatutos e da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.
- 2 - Os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes da ERSAR sobre a sua atividade reguladora nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução.
- 3 - O membro do Governo responsável pela área do ambiente pode solicitar informações aos seus órgãos sobre a execução dos planos de atividades, anuais e plurianuais, bem como dos orçamentos e respetivos planos plurianuais.
- 4 - Carecem de aprovação prévia, no prazo de 60 dias após a sua receção, por parte dos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pela área do ambiente, o orçamento relativo ao exercício seguinte, o respetivo plano plurianual, bem como o relatório de gestão e o balanço e as contas do exercício anterior.
- 5 - As aprovações previstas no número anterior apenas podem ser recusadas mediante decisão fundamentada em ilegalidade ou prejuízo para os fins da ERSAR ou para o interesse público ou ainda em parecer desfavorável emitido pelo conselho consultivo.
- 6 - Decorrido o prazo previsto no n.º 4, sem que sobre eles seja proferida decisão expressa, consideram-se os respetivos documentos tacitamente aprovados.
- 7 - Carecem ainda de autorização prévia por parte dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do ambiente, sob pena de ineficácia jurídica:
- a) A aceitação de doações, heranças ou legados;
 - b) A aquisição ou alienação de bens imóveis, nos termos da lei.»
9. Ora, deste preceito resulta reforçada a independência da ERSAR face ao Governo, a inexistência de superintendência ou tutela e, ainda, os deveres desta entidade reguladora para com o MAAC, que se encontram limitados ao conteúdo dos n.ºs 3 a 7.
10. Vale isto por dizer que a competência de fiscalização atribuída à IGAMAOT, enquanto serviço inspetivo do atual MAAC, está, como não poderia deixar de ser

funcionalizada aos poderes de que Ministro do Ambiente e da Ação Climática dispõe sobre os órgãos, serviços ou entidades fiscalizadas.

11. No caso em apreço, não dispondo o Ministro do Ambiente e da Ação Climática de poderes de superintendência ou tutela sobre a ERSAR que lhe permitissem atuar sobre esta, não faria, evidentemente, qualquer sentido que a ERSAR se encontrasse submetida à fiscalização da IGAMAOT.
12. E se isto é assim no plano dos princípios, a Lei Orgânica da IGAMAOT confirma-o de forma expressa, ao dispor no artigo 2.º, n.º 1 que esta entidade "*tem por missão avaliar o desempenho e a gestão dos serviços e organismos do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia (MAOTE) e do Ministério da Agricultura e do Mar (MAM), ou sujeitos à tutela dos respetivos ministros.*"
13. O mesmo é reforçado, ainda, nas várias alíneas do n.º 2 do mesmo preceito onde expressamente se faz referência aos organismos e entidades dependentes dos referidos Ministérios ou sujeitos à respetiva tutela.
14. De resto, na alínea especificamente atributiva da competência para a realização de auditorias - a alínea a) - prevê-se expressamente que essas auditorias incidem exclusivamente sobre "*a atividade prosseguida pelos organismos, serviços e entidades dependentes do MAOTE e do MAM, ou sujeitos à tutela dos respetivos ministros*".
15. Recorde-se que a IGAMAOT, enquanto serviço inspetivo integrado na Administração direta do Estado, está sujeita ao princípio da legalidade (cfr. artigo 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa ⁽¹⁾ e 3.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo ⁽²⁾).
16. Constitui uma dimensão essencial deste princípio a precedência de lei, ou seja, os órgãos administrativos só podem atuar com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos, estando, justamente, limitados pela competência que a lei lhes atribui.

¹ Artigo 266.º, n.º 2 da CRP: "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé."

² Artigo 3.º, n.º 1 do CPA: " Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins."

17. Sendo, ainda, decorrência destes princípios fundamentais a ideia de que a competência não se presume, carecendo de previsão legal expressa.
18. Com efeito, não sendo a ERSAR uma entidade dependente do MAAC, nem sujeita à tutela do respetivo Ministro, é entendimento desta entidade reguladora que a IGAMAOT não tem competência legal para proceder à presente auditoria que, além do mais, incide sobre matéria – regularidade dos procedimentos de contratação pública promovidos pela ERSAR – cuja fiscalização, como é sabido, está legalmente cometida a outras entidades.
19. Aliás, a demonstração acabada da falta de previsão legal para a atuação da IGAMAOT é a circunstância de perante os insistentes pedidos da ERSAR no sentido de que fossem identificadas em concreto as normas legais atributivas de competência inspetiva a IGAMAOT limitou-se a indicar que cumpria ordens emanadas por despacho do Ministro do Ambiente e da Ação Climática, não sendo capaz, como seria de esperar, de proceder ao enquadramento normativo da atuação administrativa que se propunha empreender.
20. O que vimos de dizer configura, em si próprio, fundamento jurídico suficiente para que seja determinada, imediata e liminarmente, a extinção do presente procedimento inspetivo.

II. CONDICIONANTES E LIMITAÇÕES [Ponto 16 do Relatório]:

21. Relativamente às alegadas condicionantes e limitações, reiteramos que a posição da ERSAR foi, como é natural, a da defesa da sua independência enquanto entidade reguladora e a verdade é que, tal como atrás assinalámos, a IGAMAOT nunca foi capaz de fornecer um enquadramento jurídico-normativo adequado para sustentar a ação inspetiva que se propunha realizar.
22. Registe-se, ainda, que apesar de não reconhecer, como não reconhece, competência legal à IGAMAOT para a promoção de ações inspetivas aos seus serviços, a ERSAR, exacerbando para além até do que seria juridicamente exigível a postura de colaboração institucional e transparência administrativa, forneceu todos os elementos que lhe foram solicitados no prazo mais curto que lhe foi possível em função da disponibilidade dos seus serviços, inevitavelmente mais reduzida por

força da situação pandémica que assolou o país e das baixas médicas da diretora do Departamento Administrativo, Financeiro e de Recursos Humanos (DAFRH) e de uma das técnicas afetas às matérias de contratação pública.

23. Acresce, ainda, que a legislação excecional aprovada conferia inclusivamente à ERSAR o direito à suspensão de todos os prazos nos procedimentos, incluindo os prazos para a entrega de informação e documentos junto da IGAMAOT, direito de que a ERSAR até abdicou.
24. Mostrando-se, portanto, abusiva a imputação de qualquer atraso nos trabalhos de inspeção à ERSAR.

III. MISSÃO E ATRIBUIÇÕES [Pontos 26 e seguintes do Relatório]:

25. No ponto (27), (a), (iv) do relatório sob análise, é referido que *"a dissolução do CA, ou a destituição de qualquer dos seus membros, só pode ocorrer mediante resolução, devidamente fundamentada, do Conselho de Ministros, encontrando-se, entre outros, o "desrespeito grave ou reiterado das normas legais e estatutos, bem como dos regulamentos e orientações da ERSAR" e o "incumprimento substancial e injustificado do plano de atividades ou do orçamento da ERSAR", entre os motivos considerados pelos referidos estatutos como fundamentados"*.
26. Desde logo, esta asserção encontra-se manifestamente incompleta, uma vez que o procedimento de dissolução do Conselho de Administração e a destituição de qualquer dos seus membros, por força das imprescindíveis garantias legais e constitucionais de que deve revestir, é bastante mais complexo, implicando, necessariamente, inquérito (com contraditório) instruído por entidade independente do Governo, parecer do conselho consultivo e audição da comissão competente da Assembleia da República.
27. Por outro lado, indica-se no ponto (27), (b), (iii) que o mandato do fiscal único se encontra extinto por caducidade.
28. Tal conclusão não tem, porém, correspondência com a realidade.
29. O fiscal único foi, por despacho n.º 9408/2019, de 3 de outubro, do Ministro das Finanças e do Ministro do Ambiente e da Transição Energética, publicado no Diário

da República, 2ª série, n.º 201, de 18 de outubro de 2019, designado para um período de quatro anos, com início a 18 de outubro de 2019.

30. Estando, por conseguinte, em curso o seu mandato.

IV. ESTRUTURA FUNCIONAL E FINANCEIRA [Pontos 28 e seguintes do Relatório]:

31. À data em que foi realizada a consulta à página da internet da ERSAR, a que se referem os pontos (29) e (34) do relatório, o balanço social e as contas de 2019 ainda não haviam sido publicados na medida em que fazem parte integrante do Relatório de Atividades e Contas da ERSAR de 2019, o qual, naquele momento, aguardava, ainda, a emissão de parecer legalmente obrigatório por parte do Conselho Consultivo.

32. Uma vez emitido o parecer (no passado mês de junho) foram esses documentos devidamente publicados, encontrando-se disponíveis para consulta em <http://www.ersar.pt/pt/a-ersar/instrumentos-de-gestao/relatorio-de-funcionamento>.

33. Acresce que, ao contrário do que se infere do relatório sob pronúncia, mais concretamente do ponto (34), naquela data há muito se encontrava publicado Relatório de Atividades de 2018, não existindo, por conseguinte, qualquer falta neste âmbito.

V. APRECIÇÃO DA CONFORMIDADE E LEGALIDADE [Pontos 46 e seguintes do Relatório]:

Para facilidade de exposição, será reproduzida a argumentação da IGAMAOT constante do relatório preliminar e, subsequentemente, apresentada a pronúncia da ERSAR.

Ponto 47 do Relatório – Documentos de habilitação:

IGAMAOT:

"Da análise efetuada para avaliar a adesão dos processos de contratação em apreço às normas e aos procedimentos definidos no CCP, constatou-se um conjunto de

desconformidades. Desde logo, invalidades em diversos procedimentos no que concerne a documentos de habilitação, entre as quais:

a) Falta de apresentação de todos os documentos de habilitação devidos aquando da adjudicação, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do CCP em 13 dos 29 procedimentos, por ajuste direto, da amostra (Anexos 17, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 30, 33, 35, 36 e 42):

- nos procedimentos n.ºs 2, 4, 5, 8, 9 e 12 falta a declaração emitida conforme modelo constante no anexo II do CCP;

- nos procedimentos n.ºs 15, 20 e 21, falta essa declaração e ainda os documentos comprovativos de não estarem nas condições de impedimento constantes nas alíneas b) e h) do n.º 1 do artigo 55.º do CCP, bem como os certificados de registo criminal e de registo comercial da empresa, respetivamente;

- no procedimento n.º 27 apenas foi apresentada a certidão de não dívida à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) e declaração de situação contributiva regularizada ao Instituto da Segurança Social, I.P. (ISS), faltando os demais documentos.

b) A conclusão anterior vale igualmente para documentos de habilitação insuficientes e inidóneos, como os referentes ao «procedimento n.º 10 – [...]», pois, nem a declaração de situação contributiva regularizada da ISS, nem a certidão de não dívida da AT se encontravam temporalmente válidas, tal como a declaração do anexo II do CCP que nem sequer respeitava ao procedimento em causa."

Pronúncia da ERSAR:

34. Constata-se, efetivamente, que, no passado, verificou-se nos procedimentos pré-contratuais da ERSAR um problema em matéria dos documentos de habilitação.
35. Note-se, aliás, que já o tínhamos admitido numa resposta a uma questão colocada pela IGAMAOT no conjunto de perguntas interpostas previamente ao relatório inspetivo.
36. Todavia, é de realçar, desde já, que, tal como manifestámos na referida resposta, o problema na falta de entrega de todos os documentos de habilitação legalmente exigíveis no artigo 81º do CCP, deveu-se, em grande parte, ao documento de notificação para a entrega dos documentos de habilitação produzido pela ERSAR (que seguirá em anexo).
37. Na verdade, o mencionado documento solicitava apenas a entrega de dois documentos de habilitação legalmente exigíveis, no artigo 81.º n.º 1 alínea b) do

CCP, concretamente as certidões comprovativas da situação tributária e contributiva regularizadas.

38. Naturalmente que uma notificação para a entrega dos documentos de habilitação deste tipo se encontra manifestamente incompleta e foi a grande causa para as omissões verificadas no passado, no campo dos documentos de habilitação nos procedimentos de contratação da ERSAR.
39. Isto porque os adjudicatários ao serem notificados apenas para a entrega de dois documentos de habilitação, naturalmente, que não entregavam os restantes documentos legalmente exigíveis.
40. Com efeito, por causa de um único lapso de natureza meramente administrativa, produziu-se um vício numa boa parte dos procedimentos da amostra.
41. Não obstante, considera-se que neste âmbito têm ainda que ser tidos em conta outros tipos de considerações e elementos, a saber:
42. Por um lado, antes de mais, o problema com a entrega dos documentos de habilitação já tinha sido identificado pela ERSAR ainda antes da realização desta auditoria.
43. Para além de identificado, procedeu-se de imediato à implementação de ações de melhoria, de forma a corrigir a omissão, designadamente, elaboração de uma nova notificação para a entrega dos documentos de habilitação.
44. Neste novo documento são solicitados ao adjudicatário todos os documentos de habilitação legalmente exigíveis, nos termos do artigo 81.º do CCP.
45. Ou seja, foi identificada a principal causa responsável pelas irregularidades assinaladas e expurgada a mesma pela ERSAR.
46. Por outro lado, e talvez mais importante, em todos os procedimentos identificados em que ocorreu algum tipo de irregularidade na entrega dos documentos de habilitação, **apenas houve uma única proposta admitida no procedimento.**
47. De seguida, explicaremos o porquê da enorme relevância do circunstancialismo comum a todos os procedimentos inseridos na problemática em análise e que acabámos de referir no parágrafo acima. Ora vejamos:
48. De acordo com o plasmado no n.º 1 do artigo 86.º do CCP, com a epígrafe "Não apresentação dos documentos de habilitação", a adjudicação caduca se, por facto

que lhe seja imputável, o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação nos termos e no prazo fixado no convite /programa do procedimento.

49. A primeira nota a deixar é a de que a irregularidade identificada e constatada na matéria dos documentos de habilitação, resultou, em grande medida, de uma omissão administrativa da ERSAR e não dos adjudicatários
50. No caso de caducidade da adjudicação por falta de entrega dos documentos de habilitação, a lei, mais concretamente o n.º 4 do artigo 86.º do CCP, "manda" o órgão competente para a decisão de contratar adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente.
51. Ora, como se pode constatar **em todos** os procedimentos em que ocorreu uma anomalia na entrega dos documentos de habilitação **não havia proposta seguinte**, na medida em que, **apenas foi admitida uma única proposta**.
52. Ou seja, o efeito legalmente direto da falta de entrega dos documentos de habilitação previsto no n.º 4 do artigo 86.º do CCP, a adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente, em nenhum dos nossos procedimentos poderia ter existido. Isto porque, não existia uma segunda proposta.
53. Este aspeto é indubitavelmente de extrema importância, essencialmente, por duas razões, a saber:
54. Por um lado, apesar da existência de irregularidade respeitante aos documentos de habilitação em vários procedimentos, em nenhum deles foi prejudicado ou sequer melindrado um interesse ou direito legalmente protegido de um concorrente.
55. Efetivamente, ao não existir em nenhum dos procedimentos, uma segunda proposta passível de ser adjudicada, não existe nenhum concorrente que se possa sentir lesado ou "beliscado" nos seus interesses ou direitos.
56. Ora, o facto de, apesar da omissão quanto aos documentos de habilitação, nenhum concorrente ou terceiro ter sido afetado por causa desse vício, é um elemento que, evidentemente, não pode ser descurado e que elimina os efeitos e a gravidade da falta.
57. Ainda neste âmbito, é de registar que o princípio da concorrência não foi diminuído por causa da irregularidade cometida, uma vez que, não existia um segundo concorrente ao qual pudesse ser adjudicado o procedimento, como estipula o n.º 4 do artigo 86.º do CCP.

58. Por outro lado, a ausência de um segundo concorrente e, por isso, a impossibilidade de proceder a um segundo ato de adjudicação a outro concorrente, é reveladora da total falta de intenção por parte da ERSAR de prejudicar ou beneficiar algum operador económico.
59. Neste âmbito, veja-se o entendimento do Tribunal Central Administrativo Sul, vertido no Acórdão relativo ao processo n.º 1539/17.4BELRA, de 10-05-2018, segundo o qual a razão para que a falta de entrega de documentos de habilitação tenha "*(...) uma sanção tão drástica (..) decorre da garantia dos princípios da concorrência e da transparência e da necessidade de salvaguardar a posição jurídico-subjetiva do concorrente colocado em 2.º lugar da lista de graduação*".
60. Nos procedimentos adjudicatórios em que se verificaram insuficiências na entrega dos documentos de habilitação, a salvaguarda daqueles princípios e da posição jurídica do concorrente colocado em 2.º lugar não careciam de defesa, uma vez que, como já demonstramos, não existia um segundo concorrente, uma segunda proposta.
61. Logo, não existia a necessidade de acautelar a posição de um terceiro, nem o princípio da concorrência era "convocado" para os procedimentos, na medida em que, não existia concorrência. Em todos os procedimentos só houve uma proposta admitida e um possível adjudicatário.
62. Com efeito, por via de uma interpretação *a contrario* do entendimento do Tribunal Central Administrativo do Sul reproduzido, podemos concluir que não existindo um segundo concorrente nos nossos procedimentos não havia necessidade de salvaguardar a posição jurídico-subjetiva do concorrente colocado em 2.º lugar, nem preocupações concorrenciais, logo, também não havia, nem há, razão para uma sanção tão drástica.
63. Na verdade, apesar da falta cometida da responsabilidade da ERSAR, o facto de os "vencedores" dos procedimentos não poderem ter sido outros que aqueles que efetivamente foram, denota que materialmente o resultado final do procedimento seria sempre o mesmo, independentemente da existência ou não da falha identificada.
64. Na verdade, da instrução dos respetivos procedimentos, bem como da prestação dos nossos esclarecimentos quanto à omissão em análise, resulta claramente que

na problemática em apreço, estamos perante uma mera irregularidade administrativa (incompleta notificação para a entrega dos documentos de habilitação) e ineficiente mecanismo de controlo interno de verificação dos documentos de habilitação.

65. Felizmente, como conseguimos comprovar, a gravidade da falta por nós admitida não teve consequências negativas, nem prejudiciais para nenhum operador económico, uma vez que nenhum terceiro foi lesado nos seus superiores interesses e porque, independentemente da existência ou não do vício, o ato de adjudicação não poderia recair noutro concorrente, logo não há uma modificação subjetiva do procedimento, nem tão-pouco lesões concorrenciais.
66. Importa realçar que **em todos** os procedimentos em que se consumaram a referida irregularidade são ajustes diretos.
67. Pelo que, ainda que o procedimento tivesse sido extinto ao abrigo do artigo 80.º e a ERSAR tivesse lançado novo procedimento, seria novamente convidado o adjudicatário excluído que, cumprindo a ERSAR corretamente a notificação dos documentos de habilitação, se tornaria o adjudicatário do novo procedimento⁽³⁾.
68. Ou seja, seguindo o caminho estipulado pela lei para a problemática em apreço, o resultado final seria o mesmo, isto é, não existiria nenhuma alteração subjetiva, nem nenhuma alteração do conteúdo do contrato.
69. Não obstante e, como referimos, apesar da ERSAR ter localizado a principal origem do problema em estudo (incorreta notificação de entrega dos documentos de habilitação), o Conselho de Administração da ERSAR (daqui em diante designado, de forma abreviada, CA) não vai deixar ainda de solicitar ao Departamento responsável pelos procedimentos contratuais da nossa "casa", o Departamento Administrativo, Financeiro e de Recursos Humanos (doravante denominado, sumariamente, por DAFRH), que torne o mecanismo de controlo da entrega dos documentos de habilitação mais eficaz.

³ Note-se que a grande maioria dos adjudicatários aqui em causa, foram, no passado ou à posteriori dos procedimentos aqui referidos, novamente adjudicatários noutros procedimentos e com um processo de habilitação regularizado, no qual se mostraram habilitados.

70. Neste campo, julgamos que a insuficiência verificada no mapa de pessoal da ERSAR de recursos com formação jurídica na altura dos fatos em juízo possa ter contribuído decisivamente para algumas faltas de controlo na matéria dos documentos de habilitação.
71. Nesse sentido, de notar, aliás, que, o CA da ERSAR, já há alguns meses, aprovou um processo de recrutamento para o DAFRH. Neste preciso momento, a ERSAR encontra-se apenas a aguardar autorização do Ministério das Finanças para encetar o referido processo de recrutamento, com vista precisamente a que alguns procedimentos internos possam ser melhorados, designadamente, os mecanismos de controlo interno de documentos e de prazos.
72. No entanto, nunca é de mais de frisar que as faltas neste domínio identificadas ao abrigo da presente auditoria fazem parte do passado da ERSAR e que no presente as referidas faltas já não são cometidas.
73. Terminamos com o essencial desta análise, a saber: apesar da insuficiência identificada e por nós admitida, as particulares circunstâncias dos procedimentos, nomeadamente apenas uma proposta admitida, impossibilidade de nova adjudicação à proposta ordenada em lugar subsequente e tratarem-se de ajustes diretos (que permite o convite apenas a uma entidade), evidenciam que o vício não implicou qualquer alteração do resultado do procedimento, nem afetou lesivamente a posição e os interesses jurídicos de outrem.

IGAMAOT:

c) No «procedimento n.º 31 – [.....]», foram apresentados intempestivamente os documentos de habilitação e, também, a caução exigida. Tais factos, quando imputáveis ao adjudicatário, acarretam a caducidade da adjudicação (cfr. artigos 86.º, n.º 1 alínea a) e 91.º, n.º 1 do CCP).

Pronúncia da ERSAR:

74. A alegada irregularidade identificada pela IGAMAOT está desprovida de fundamento e de validade, como de seguida demonstraremos.
75. Vejamos, em primeira instância, o que dispõe a lei nesta matéria:

76. Segundo o artigo 81.º do CCP, nos procedimentos de formação de quaisquer contratos o adjudicatário tem de apresentar os documentos de habilitação legalmente exigíveis.
77. Por sua vez, nos termos do disposto no artigo 86º do CCP, a adjudicação caduca se, por facto que lhe seja imputável, o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação nos termos e no prazo fixado no programa do procedimento.
78. O programa de procedimento do concurso *sub judice* estabelecia que o adjudicatário deveria apresentar os documentos de habilitação legalmente exigíveis, através da plataforma **e no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar da notificação da decisão de adjudicação.**
79. Realçamos que o prazo para a apresentação dos documentos de habilitação é **de 10 dias úteis a contar da notificação da decisão de adjudicação.**
80. Noutro sentido, *in casu*, atendendo ao preço contratual era exigível ao adjudicatário a prestação da caução (artigo 88.º do CCP).
81. Com efeito, impõe-se saber o que estipula a lei quanto ao modo da prestação da caução, sendo que, para o efeito, "chamamos à colação" o disposto no artigo 90.º do CCP: "O adjudicatário deve prestar a caução devida no prazo de 10 dias a contar da data da notificação prevista no n.º 2 do artigo 77.º CCP", isto é, **no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar da notificação da decisão de adjudicação.**
82. Ou seja, após esta pequena "viagem legal" sobre o regime jurídico da habilitação e caução, concluímos que o prazo para apresentação, quer dos documentos de habilitação quer da prestação da caução é o mesmo, a saber, 10 (dez) dias úteis a contar da notificação da decisão de adjudicação.
83. Posto isto, compete agora avaliar se a conclusão da IGAMAOT de que "No «procedimento n.º 31 – [...]», foram apresentados intempestivamente os documentos de habilitação e, também, a caução exigida (...)", corresponde à realidade dos factos ou, ao invés, é uma conclusão errónea.
84. Para o efeito, vamos nos socorrer da "radiografia" do procedimento, isto é, do *Workflow* do procedimento disponibilizado pela "anoGov", a plataforma eletrónica onde decorreu o procedimento e onde, nos termos legais, se procedeu às notificações/comunicações entre a ERSAR (entidade adjudicante) e a [.....] (adjudicatária).

85. Ora, no final da página 9 do citado *Workflow* (comprovativo que seguirá em anexo) comprova-se, objetivamente, que a notificação de adjudicação do procedimento por parte da ERSAR, à entidade adjudicatária, decorreu no dia 18 de março de 2019.
86. De notar que, da página do referido documento, também resulta que a ERSAR, simultaneamente com a notificação da decisão de adjudicação, notificou a adjudicatária para apresentar os documentos de habilitação exigidos, prestar caução e para se pronunciar sobre a minuta do contrato, conforme dispõem as alíneas do n.º 2 do artigo 77.º do CCP: "Juntamente com a notificação da decisão de adjudicação, o órgão competente para a decisão de contratar deve notificar o adjudicatário para:
- a) apresentar os documentos de habilitação exigidos nos termos do disposto no artigo 81.º;
 - b) prestar caução, se esta for devida, indicando expressamente o seu valor;
 - d) se pronunciar sobre a minuta de contrato, quando este for reduzido a escrito;"
87. Portanto, desde já, concluímos que a ERSAR cumpriu "religiosamente" com todos os trâmites legais exigíveis nas matérias referidas: notificação da adjudicação; documentos de habilitação; caução, bem como, minuta do contrato.
88. Pelo exposto, também já conseguimos localizar que o prazo, a partir do qual começa a contar a data para a entrega dos documentos de habilitação, **é o dia 18 de março de 2019, por ser nesta data que a ERSAR notificou a adjudicatária através da plataforma eletrónica.**
89. Posto isto, para o "juízo final" de saber se os documentos de habilitação e a caução foram ou não foram entregues tempestivamente, resta-nos perceber em que dia esses documentos foram inseridos na plataforma.
90. Ora, dos documentos que fazem parte da instrução do processo, nomeadamente do próprio *Workflow* e relatório do procedimento (que também segue em anexo) resulta claro que aqueles elementos foram entregues a 1 de abril de 2019.
91. Com efeito, procedendo-se à contabilização do prazo, nos termos legais, apura-se que a entrega dos documentos pela adjudicatária, a [...], foi realizada dentro do prazo legal estabelecido para o efeito, isto é, dentro dos 10 dias úteis a contar da data da notificação da decisão de adjudicação.

92. Destarte, conclui-se que a avaliação da IGAMAOT vertida no relatório inspetivo, nomeadamente, "de que foram apresentados intempestivamente os documentos de habilitação e, também, a caução exigida", carece de validade, na medida em que, os factos e os documentos do procedimento demonstram precisamente o inverso, concretamente: os documentos de habilitação e a caução foram entregues tempestivamente.
93. Logo, ao contrário do que a IGAMAOT diz, o procedimento não padece de qualquer tipo de vício que implique a caducidade da adjudicação.
94. Aliás, como podemos constatar, a regularidade de todo o processo de habilitação e caução do procedimento é inatacável.
95. Por fim, apesar de a IGAMAOT, infelizmente, não fundamentar com datas o porquê de considerar que os documentos tinham sido entregues fora do prazo, nós antecipamos qual poderá ter sido o seu lapso.
96. A avaliação errónea da IGAMAOT poderá ter-se devido ao facto de atender ao dia 13 de março de 2019 (data esta que consta do documento da notificação de adjudicação) para começar a contabilizar o referido prazo de 10 dias úteis.
97. Contudo, a data de 13 de março de 2019 diz respeito à data da decisão de adjudicação do CA, como se pode constatar através da Informação Interna de adjudicação n.º I-000367/2019, e não à data da notificação da adjudicação.
98. A data da notificação da decisão de adjudicação, como já ficou evidenciado, foi posterior, exatamente, no dia 18 de março de 2019, sendo que é a partir desta data que o legislador diz que o prazo deve começar a contar.
99. Face ao exposto, fica, de forma objetiva e fundamentada, reposta a veracidade dos factos e, por essa razão, a validade de todo o procedimento n.º 31 – [.....].

Ponto 48 do Relatório - Procedimentos n.º 15 e 18 – [.....]

IGAMAOT:

"a) O procedimento n.º 18 teve como fundamento o critério material previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP quando não se verificam os pressupostos para o efeito.

Tal, resulta do facto de se verificar, no portal dos contratos públicos, a existência, desde 2009 até ao presente procedimento, de 8 contratos, com idêntico objeto, outorgados entre a ERSAR e o presente adjudicatário.

Estes contratos resultam sempre de ajustes diretos, sendo que os 6 imediatamente precedentes ao ora em apreço tinham como fundamento não um critério material, mas o critério do valor do contrato a celebrar, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP. Decorreram entre 2015 e 2017.

Subjacente à diferente fundamentação destes ajustes diretos está a alteração no ordenamento jurídico. Efetivamente, o procedimento sob análise decorre da nova redação do CCP dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que apenas permite a aquisição de serviços por “Ajuste direto, quando o valor do contrato for inferior a (euro) 20.000.”, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º.

A isto acresce o facto do n.º 2 do artigo 113.º do CCP vedar o convite à apresentação de propostas a entidades “(...) às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas (...) alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de quaisquer contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas.”.

Deste modo, havia deixado de ser possível à ERSAR proceder à contração dos serviços da [...] por ajuste direto, nos mesmos termos dos 6 procedimentos precedentes, uma vez que o preço contratual acumulado in casu – 41.940,00 € – excedia o referido limite de 20.000,00 €.

Vedada essa via, a ERSAR enquadrou o procedimento, no critério material da subalínea ii, alínea e) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP, que lhe permitia o ajuste direto para a formação de quaisquer contratos, independentemente do seu valor com fundamento em que o serviço em causa só poderia ser confiado à sociedade por não existir concorrência por motivos técnicos.

Como razões para a adoção do novo procedimento indica a ERSAR que a sociedade adjudicatária detinha especialização em diversas áreas de atuação, bem como experiência e competências em matéria de regulação e recursos hídricos, e em matéria de contratação pública e contencioso administrativo, além de que estava já a prestar apoio judiciário em processos nos quais a ERSAR era parte envolvida.

As indicadas razões apresentam-se, porém, insuficientes, quando não mesmo infundadas.

Desde logo porque, como é público e notório, é forte a concorrência entre as sociedades de advogados que prestam serviços especializados nas indicadas áreas (regulação e recursos hídricos, contratação pública e contencioso administrativo); depois porque na contratação dos mesmos serviços nos seis 6 procedimentos anteriores, a ERSAR recorreu ao ajuste direto fundamentado no critério de valor, o que revela o reconhecimento da existência de concorrência.

O que antecede indicia que a real motivação para a mudança de procedimento foi a vontade da ERSAR em assegurar a continuidade dos serviços da sociedade adjudicatária, apesar da mudança operada na lei, o que, não é, porém, ilustrativo da inexistência de «concorrência por motivos técnicos», fundamento legal do procedimento em apreço que, assim, apresenta pouca aderência na realidade.

Não se verificam, pois, os pressupostos na base do ajuste direto fundado no critério material supracitado, resultando na violação do princípio da concorrência, da igualdade e da transparência a que alude no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, que deveria ter sido salvaguardado com a aquisição do serviço mediante concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, ou consulta prévia.

A ausência de concurso implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a nulidade do procedimento, bem como a nulidade do contrato celebrado, nos termos do n.º 1 do artigo 283.º do CCP.

Pronúncia da ERSAR:

100. Analisadas, com a devida atenção, todas as considerações efetuadas pela IGAMAOT no que concerne ao procedimento n.º 18 [.....], de forma a refutar a sua visão e, sobretudo, a imputação da "real intenção" que não se aceita, podemos sumariar as suas conclusões da seguinte forma:
101. Por um lado, o critério material previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP adotado ao procedimento não podia ser aplicado ao caso.
102. Por outro lado, a ERSAR apenas recorreu ao critério material da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, de forma a contornar as regras previstas no artigo 113.º do CCP que já não permitiam convidar a sociedade de advogados através do ajuste direto pelo critério do valor.

103. A IGAMAOT parte da seguinte premissa errada e que a conduz a uma conclusão naturalmente também errada: a de considerar que se os serviços jurídicos na ERSAR antecedentes foram sempre contratados por ajuste direto pelo critério do valor, então o procedimento em análise também teria de ser pelo critério do valor.
104. Trata-se de um enorme equívoco da IGAMAOT derivado, essencialmente, de dois motivos, a saber:
105. Primeiro - um serviço análogo a outros que foram contratados no passado por ajuste direto por valor, não significa, evidentemente, que tenha de ser contratado sempre com base nesse critério. Ou seja, pode ser mobilizado para esse serviço o ajuste direto ao abrigo de um critério material.
106. Efetivamente, a escolha do procedimento pressupõe uma avaliação casuística. Tudo depende se o caso concreto possa ser abarcado numa das situações previstas nos artigos 24.º a 27.º do CCP.
107. Segundo - o mesmo caso pode justificar o recurso ao ajuste direto pelo critério do valor e, simultaneamente, legitimar a escolha do ajuste direto por critério material.
108. Na verdade, podemos ter uma aquisição de valor contratual inferior ao limite do ajuste direto - alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP (20 mil euros) - e constituir, igualmente, uma das situações que permite o acesso ao ajuste direto por critério material.
109. Com efeito, a existência de um critério não exclui o outro.
110. O entendimento da ERSAR é que, com o devido respeito, todas estas conclusões da IGAMAOT são infundadas e carecem de qualquer tipo de validade. O juízo da IGAMAOT no que respeita ao procedimento *sub judice*, como vimos, parte e assenta em premissas e pressupostos incorretos que conduziram a uma avaliação manifestamente insustentada e despegada da realidade.
111. Nesse sentido, daqui em diante, vamos desmontar a "tese" apresentada pela IGAMAOT de que a ERSAR apenas "lançou mão" de um critério material para conseguir "escapar" às regras do artigo 113.º do CCP.
112. Cumpre, desde logo, esclarecer que a escolha do tipo de procedimento pode ser baseada em dois critérios: por um lado, o critério do valor previsto nos artigos 18.º a 20.º do CCP, em que o legislador fixou valores contratuais limites até aos quais as entidades podem recorrer a determinado tipo procedimento (por exemplo, o ajuste

direto, atualmente, apenas pode ser adotado para contratos com valores contratuais inferiores a 20 mil euros), por outro lado, critérios materiais que são situações tipificadas na lei nos artigos 24.º a 27.º do CCP que permitem a adoção de procedimentos fechados (ajuste direto ou consulta prévia) independentemente do valor do contrato.

113. Frisamos, desde já, que o artigo 113.º n.º 2 do CCP apenas funciona quando se escolhe o procedimento de ajuste direto ou consulta prévia com base no critério do valor, não sendo aplicável a procedimentos com base em critérios materiais.
114. Assim, a primeira questão que deve ser respondida é a de saber se a ERSAR podia ou não ter adotado o critério material previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, concretamente as prestações que constituem o objeto do contrato só podem ser confiadas a determinada entidade por não existir concorrência por motivos técnicos.
115. Neste aspeto particular, a ERSAR constata que a fundamentação indicada não corresponde, de facto e por mero lapso da instrutora, à fundamentação material seguida e aplicável ao caso.
116. Todavia, apesar do lapso por nós admitido, não podemos dar por encerrada a avaliação de saber se ao procedimento n.º 18 [...] poderia ou não ser aplicado um critério material.
117. Aliás, muito pelo contrário, assume enorme relevância e urge responder a uma segunda pergunta: saber se o procedimento em análise poderia ou não ser realizado ao abrigo de um dos critérios materiais estabelecidos pelo legislador nos artigos 24.º a 27.º do CCP.
118. Efetivamente, a resposta a esta questão é imprescindível e primordial para apurar a regularidade do procedimento. Se a resposta for afirmativa, para além da "teoria" da IGAMAOT perder toda a sua base, a verdade é que, não obstante o erro na identificação do critério, o procedimento podia ser realizado por ajuste direto material e, por essa razão, o mesmo não está "ferido" de regularidade.
119. Ora, relativamente a esta questão a ERSAR não tem qualquer hesitação em responder afirmativamente. Ou seja, o procedimento n.º 18 [...], podia ser, como foi realizado ao abrigo de um critério material.

120. Sem mais diferimentos, o critério material aplicável ao caso e que devia constar do processo é o previsto na alínea b) do n.º 1 do art. 27.º do CCP, a saber: *"Sem prejuízo do disposto no artigo 24.º, no caso de contratos de aquisição de serviços, pode adotar-se o ajuste direto quando: A natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, nos termos do disposto no artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida"*.
121. De seguida, vamos demonstrar que se encontravam no caso em estudo verificados todos os requisitos exigíveis para aplicar o critério material reproduzido. Ora vejamos:
122. Para mobilizar o critério material citado é necessário, então, que se verifiquem os seguintes pressupostos, a saber: (i) a natureza das respetivas prestações não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, e (ii) desde que a definição quantitativa, no âmbito de um procedimento concursal, de outros atributos das propostas seja desadequada a essa fixação, tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida; e (iii) quando o respetivo preço base seja inferior aos valores resultantes da aplicação da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º.
123. De notar, desde logo, que são requisitos de natureza cumulativa, isto é, têm de se verificar todos no caso concreto para que o critério material possa ser mobilizado.
124. No que diz respeito à condição relativa à natureza das prestações contratuais impossibilitar a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas como critério de adjudicação, importa, de imediato, lembrar que o objeto do presente procedimento abarca a representação judiciária da ERSAR.
125. Cumpre realizar uma "viagem" ao passado, a meados de junho de 2018, data em que o órgão competente tomou a decisão de contratar, de forma a perceber o

contexto e os circunstancialismos naquele momento que rodeavam a matéria objeto do contrato.

126. Em 2018, a [.....]. representava a ERSAR nos seguintes processos judiciais:
 - Processo 523/16.OBEBRG – Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga;
 - Processo 747/16.OBELSB – Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa;
 - Processo 650/17.6BEBRG – Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga;
 - Processo 1143/18.OBESNT – Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra;
 - Processo 283/09.OBECTB – Tribunal Administrativo e Fiscal de Castelo Branco;
 - Processo 714/10.7BEAVR – Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro.
127. Na verdade, a [.....], era a entidade com conhecimento e com a representação das ações judiciais em curso naquela data, pelo que, era, sem dúvida, a sociedade em melhores condições para representar e proteger os interesses jurídicos da ERSAR.
128. Ora, a representação judiciária da ERSAR nas ações pendentes foi sempre realizada por uma única sociedade, a sociedade [.....].
129. No caso concreto, como já evidenciámos, existia uma pendência volumosa e variada, sendo que a linha orientadora de defesa dos interesses da ERSAR coube sempre à sociedade [.....].
130. Na verdade, toda a metodologia e estratégia de defesa dos interesses da ERSAR nas ações em curso, foi arquitetada pela sociedade citada.
131. Com efeito, é indubitável a existência de um "cordão umbilical" entre as ações pendentes da ERSAR e a sociedade [.....].
132. "Cordão" este que não deve ser abruptamente "cortado", sob pena de dificultar e prejudicar os interesses e as posições processuais da ERSAR e, conseqüentemente, do interesse público.
133. Isto não significa evidentemente que a [.....] tenha de ser sempre, no futuro, a representante judiciária da ERSAR.

134. Naturalmente que o "cordão umbilical" entre a Sociedade e a ERSAR apenas existe e diz respeito às ações que a sociedade desde o início representou a ERSAR definindo, assim, a sua estratégia ⁽⁴⁾.
135. Ora, relativamente a outras ações que, entretanto, sejam intentadas contra a ERSAR ou em matéria de assessoria, nada obsta a que a ERSAR escolha outra mandatária judicial.
136. Isto porque são processos a iniciar em que não existe todo um trabalho prévio, uma estratégia definida previamente por uma determinada entidade.
137. No caso em apreço, atendendo ao vasto trabalho desenvolvido pela [.....] no âmbito dos processos identificados, designadamente, conhecimento do histórico e conteúdo dos processos, especialização devido ao estudo que realizou sobre os domínios das ações e conceção/definição da estratégia processual a desenvolver, não era viável a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que fossem definidos os atributos qualitativos para a fixação de um critério de adjudicação.
138. De facto, questionamos, de forma retórica, que tipo de atributos qualitativos a ERSAR poderia fixar para garantir, dos eventuais concorrentes, todo o Know-how que a sociedade [.....] adquiriu ao longo do tempo com acompanhamento desde o início das ações pendentes?
139. Que tipo de requisitos poderia a ERSAR estabelecer para salvaguardar a concordância e coerência da estratégia delineada pela sociedade [.....], nas ações e todos os atos processuais pendentes?
140. A possibilidade de substituição dos mandatários das ações a decorrer acarretaria seguramente dificuldades acrescidas para a defesa das posições da ERSAR.
141. Para mais, em termos de eficiência financeira, seria seguramente prejudicial para a ERSAR.
142. Isto porque, imagine-se o tempo que outro advogado iria despender só para se inteirar dos processos.

⁴ Este "cordão umbilical" deve ser cortado de forma natural, ou seja, com o fim judicial dos respetivos processos.

143. Até aqui demos mais ênfase à ligação previamente existente entre a entidade adjudicatária e o objeto do contrato celebrado.
144. No entanto, fulcral neste domínio é entender que a própria natureza dos serviços a contratar inviabiliza a fixação de especificações contratuais suficientemente precisas para definir atributos qualitativos das propostas que possam concretizar o critério de adjudicação.
145. Na verdade, as prestações contratuais presentes num contrato como o contrato em apreciação são de natureza intelectual, as quais implicam e exigem, por um lado, uma enorme liberdade de pensamento e de metodologia, e, por outro lado, criatividade e originalidade intelectual.
146. Naturalmente, que todos os elementos referidos são insuscetíveis de ser fixados, muito menos de ser avaliados através atributos das propostas.
147. Veja-se, aliás, neste exato sentido, o entendimento do Tribunal Administrativo e Fiscal de Penafiel, numa sentença proferida a 27 de dezembro de 2018, num processo análogo ao caso *sub judice*, na qual concluiu que "*(...) pela natureza do processo, dos serviços em concreto (...) faz com que as prestações a adquirir assumam a natureza sui generis, de tal ordem que não é possível estabelecer especificações contratuais suficientemente precisas para definir atributos qualitativos das propostas*", concluindo mais a frente que "*estavam no caso concreto preenchidos os requisitos para a escolha do procedimento de ajuste direto, nos termos do artigo 27.º n.º 1 al. b) do CCP, pelo que ocorre a violação das normas citadas ou dos princípios enunciados*".
148. Noutro sentido, salientamos também outro aspeto que não pode ser descurado, muito pelo contrário, que se traduz na fundamental confiança que deve existir entre a ERSAR e a sua equipa de advogados.
149. Efetivamente, a base da relação de uma entidade com o seu mandatário assenta na confiança, numa confiança recíproca entre as partes.
150. Veja-se a este propósito o plasmado no artigo 97.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados, concretamente: "a relação entre o advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca".
151. Estamos, sem dúvida, perante um contrato de natureza "intuitu personae".

152. Ora, pela sua natureza, a confiança é um elemento insuscetível de ser objeto de avaliação, daí que, sendo a confiança indispensável para a existência e manutenção da relação entre uma entidade e a sua representante jurídica, a contratação de serviços jurídicos a este nível não se coaduna com a fixação de atributos qualitativos para a definição de um critério de adjudicação.
153. Nesta linha, enfatizamos a confiança técnica e profissional que a ERSAR tinha e tem no trabalho prestado por aquela sociedade nos processos judiciais em que a ERSAR é parte.
154. Assim, o convite permite à ERSAR delimitar, *a priori*, a entidade na qual tem confiança para que seja a sua mandatária e a partir desse momento, assegurada a confiança indispensável, o critério de adjudicação será mais facilmente determinado.
155. No tipo de serviços a contratar, devido às particularidades inerentes à sua natureza intelectual e subjetividade cognitiva, a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que fossem qualitativamente definidos atributos das propostas como critério de adjudicação, é absolutamente inexequível.
156. Noutro sentido, no que concerne ao requisito da desadequação da definição quantitativa de atributos, advogamos que, atendendo à natureza e especificidade do objeto contratual, concretamente serviços de natureza intelectual/representação judiciária, salvo melhor opinião, o critério financeiro do mais baixo preço não pode ser valorizado e muito menos decisivo na escolha do adjudicatário.
157. Na verdade, o critério de adjudicação de natureza quantitativa seria manifestamente desadequado face aos objetivos da aquisição pretendida, já que o grande propósito da ERSAR é assegurar a obtenção de serviços jurídicos de elevada qualidade e confiança e não a obtenção de um qualquer serviço ao mais baixo preço.
158. Ora, a contratação de serviços de advocacia, como é evidente, não se compagina com a consulta ao mercado, utilizando o critério do mais baixo preço.
159. A ERSAR não buscava serviços baratos, mas sim serviços competentes, meritosos e rigorosos, capazes de tutelar as posições e os superiores interesses da ERSAR.

160. Na verdade, atendendo à natureza e complexidade dos serviços em causa, selecionar um adjudicatário com base no critério do mais baixo preço seria incompreensível e um "atentado" aos interesses da ERSAR.
161. Por fim, quanto ao último requisito, nomeadamente relativo ao preço base, é evidente o seu preenchimento.
162. Isto porque, atendendo ao preço base proposto para o presente procedimento, no valor de € 9.810,00 (nove mil oitocentos e dez euros), ao qual é acrescido do IVA à taxa legal em vigor, é manifesto que é bastante inferior ao previsto na alínea b) do n.º 3 do art. 474.º do CCP, € 221 000,00 (duzentos e vinte e um mil euros).
163. Posto isto, conclui-se com evidências e fundamento que todos os requisitos exigíveis para o acesso ao critério material do art. 27.º n.º 1 alínea b) do CCP, encontravam-se preenchidos para o procedimento n.º 18.º da auditoria e, nesse sentido, a ERSAR não cometeu qualquer ilegalidade, nem pretendeu "fugir" a qualquer tipo de regra de contratação pública.
164. Tratou-se apenas de um lapso na identificação do critério aplicável.
165. Mas em termos de validade material fica demonstrado que o procedimento podia ter sido realizado ao abrigo de um ajuste direto pelo critério material.
166. Não obstante a evidência dos requisitos exigidos pelo art. 27.º n.º 1 alínea b) do CCP se encontrarem observados, não podemos deixar de reforçar a nossa visão sobre a problemática "em jogo", por um lado, com opções legislativas, por outro lado, com a autoridade de decisões judiciais e, por fim, com os valiosos e competentes ensinamentos da doutrina.
167. Na verdade, nesta matéria o próprio legislador Europeu também entende que o tipo de serviços aqui em apreço não são conciliáveis com a abertura à concorrência, conforme resulta do proclamado no artigo 10.º da Diretiva 2014/24,UE com a epígrafe "Exclusões específicas para os contratos de serviços", mais precisamente o n.º 1 alíneas c) e d) que dispensam sempre, independentemente do valor, a adoção de um procedimento concorrencial, designadamente, os serviços de arbitragem e conciliação, os serviços jurídicos de patrocínio judiciário ou de assessoria e aconselhamento que sejam diretamente conexos com este.
168. Com efeito, o próprio legislador comunitário reconhece e proclama que os serviços jurídicos não são compatíveis com a abertura de procedimentos concorrenciais.

169. Ora, atendendo à absoluta necessidade de assegurar a continuidade das prestações realizadas pelo adjudicatário dos anteriores contratos, a ERSAR, seguindo o mesmo espírito e linha de raciocínio que presidiu à consagração na Diretiva Comunitária daquelas exceções, considerou indispensável o recurso ao ajuste direto material.
170. Para além do legislador europeu, o legislador do regime jurídico dos contratos públicos na Região Autónoma dos Açores também adotou a posição de exclusão dos serviços de representação judiciária do âmbito de aplicação do código (cfr. artigo 5.º n.º 2 alínea f) do Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/A).
171. Ou seja, em muitos casos é o próprio legislador que, *a priori*, exclui das regras da contratação pública os serviços inerentes ao patrocínio judiciário, como é o caso do procedimento n.º 18 [.....].
172. Isto, por si só, é revelador da especial particularidade que estes serviços assumem e que atestam a opção da ERSAR de recorrer ao critério material.
173. Ao nível da jurisprudência recorreremos a uma decisão do Tribunal de Contas, provavelmente, a autoridade nacional e judicial que mais postula uma exigente e restritiva interpretação acerca da aplicação de critérios materiais do CCP.
174. Veja-se, por exemplo, o entendimento deste Tribunal espelhado na Sentença n.º 1/2015-3.ª Secção-PL (Proc. 03JFR/2014), a saber: "*Não existe óbice legal à contratação pública de serviços jurídicos com convite apenas a um prestador em quem se deposite confiança técnica e profissional, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP, relativamente a processos ou procedimentos pendentes, bem como a processos ou a procedimentos a instaurar em que esteja em causa a tutela urgente do interesse público, e não seja possível, em prazo útil, proceder à avaliação técnica do seu prestador através de parâmetros objetivos (..).*"
175. Face ao exposto, o nosso entendimento sobre a problemática em causa e a nossa proposta de ajuste direto, por via de critério material, para o presente procedimento é "escudada" pela própria visão do Tribunal de Contas, sem dúvida, um dos principais "guardiões" da excecionalidade do recurso aos critérios materiais.
176. Podemos também apontar, neste âmbito, a sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Penafiel de 27 de dezembro de 2018, proferida no processo n.º 454/18.9BEPNF, que corrobora inteiramente o nosso entendimento de que os

serviços aqui em causa são subsumíveis ao critério material previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

177. Por seu turno, no campo da doutrina são inúmeros os defensores da legitimidade de recorrer ao critério material da alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP no caso de patrocínio judiciário.
178. Veja-se, por exemplo, os ensinamentos de Professores João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez⁽⁵⁾: (...) *o tipo de prestações contratuais aqui em causa, em especial, serviços de advocacia – constitui justamente o exemplo ideal de um tipo de atividade económica que se revela pouco consentâneo com um apelo genérico à concorrência de mercado e com uma abertura indiscriminada à livre competição de todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração*".
179. Destacam, ainda, a indispensabilidade de uma relação de confiança entre as partes neste tipo de relação contratual:
180. *"(...) esta característica inerente à prestação de serviços de advocacia – sem a qual, insista-se, a relação entre advogado e o seu cliente não pode sequer subsistir – produz implicações no âmbito do Direito da Contratação Pública. Com efeito, se uma relação contratual já iniciada tem forçosamente de terminar logo que se extinga o vínculo da confiança subjetiva entre o beneficiário e o prestador de serviços, é manifesto que, por maioria de razão, tal relação não pode sequer iniciar-se se, no momento em que se seleciona o operador económico a quem entrega a tutela das suas pretensões jurídicas, o beneficiário dos serviços não deposita nele a sua plena e cabal confiança"*⁽⁶⁾.
- Esclarecem ainda que: *"A ordem jurídica proíbe a imposição da adoção de um procedimento pré-contratual que possa concluir na seleção de um prestador sobre o qual não recai a plena confiança dos titulares dos órgãos da Entidade Adjudicante competentes para a decisão de contratar"*⁽⁷⁾.
181. Concluem os citados Professores que: *"(...) a adoção do ajuste direto que assegura que tal abertura concorrencial não porá em perigo a natureza da relação de confiança inerente à prestação de serviços de assessoria jurídica: isto porque, no*

⁵ In: Artigo publicado em "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia", Vol. II, págs. 373 a 413, com o título "A Contratação Pública de Serviços de Assessoria Jurídica".

⁶ Última obra citada, página 393.

⁷ Última obra citada, página 398.

âmbito de um ajuste direto, só são convidados os operadores a quem a Entidade Adjudicante efetivamente reconhece qualidade e relativamente aos quais tem pois fundadas razões para confiar na sua intrínseca aptidão para a execução do contrato com o nível de qualidade pretendido"⁽⁸⁾.

182. Por fim, também Gonçalo Guerra Tavares, de reconhecido mérito no seio da contratação pública, advoga com clareza "*que uma das situações enquadráveis na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP é o dos serviços jurídicos*"⁽⁹⁾.
183. Aliás segundo a opinião deste ilustre advogado: "*(...) a Parte II do Código não deveria sequer ser aplicável quando se trata de contratação de mandato judicial, dado nomeadamente o art. 67.º n.º 2 do Estatuto da Ordem dos Advogados. É que, como decorre da referida norma, o mandato é uma relação de confiança não podendo ser objeto, por qualquer forma, de medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante*".
184. Posto isto, cremos que a opção da ERSAR de recorrer ao ajuste direto por via do critério material é justificada e tem apoio na jurisprudência e doutrina.
185. Também no campo da prática, é recorrente o tipo de serviços em análise ser contratado pelas entidades adjudicantes por intermédio do critério material citado¹⁰.
186. De lamentar apenas a incorreta identificação do critério que, no entanto, não invalida o procedimento, na medida em que o mesmo podia ser realizado ao abrigo de um critério material.
187. Por último, não olvidar que, desde 2018, nos termos do artigo 27.º A do CCP, "*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*".
188. Ou seja, no caso de critérios materiais o recurso ao ajuste direto apenas é admissível em última instância, nomeadamente quando não seja possível, nem compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento convidar mais que uma entidade.

⁸ Última obra citada página 408.

⁹ Em: *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2018, páginas 174.

¹⁰ Como resulta de uma pesquisa ao Portal Base.

189. Quanto a esta condição, é o próprio espírito subjacente ao critério material previsto no critério do artigo 27.º n.º 1 alínea b) do CCP, que fundamenta e demonstra que o recurso a mais de uma entidade não seria compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.
190. Caso assim não se entendesse, esvaziávamos o sentido e a razão de ser do próprio fundamento.
191. Também neste sentido, veja-se a citada sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Penafiel: "(...) não sobra viabilidade para recorrer ao procedimento de consulta prévia, nos termos do artigo 27.º A do CCP, considerando que não existe compatibilidade entre o fundamento invocado e a adoção deste procedimento (...)".
192. Além de que não podemos olvidar que se trata de uma relação contratual de natureza "*intuitu personae*", ou seja, é um contrato celebrado em razão da pessoa do contraente, que influi decisivamente para tal celebração.
193. É em função das características pessoais e profissionais do prestador do serviço que o mesmo é contratado.
194. A relação de confiança entre as partes é indispensável, sendo que o convite a outras entidades, que não aquela sociedade, não assegurava a confiança exigida, para além de que poderia quebrar a confiança existente entre a ERSAR e a sociedade mandatária.
195. Com o mesmo entendimento que o nosso, veja-se, por exemplo, o Professor Pedro Gonçalves ⁽¹¹⁾ que considera ser impossível o convite a mais que uma entidade nos casos subsumíveis ao critério do artigo 27.º n.º 1 alínea b) do CCP.
196. Face ao exposto, "caem por terra" as considerações realizadas pela IGAMAOT relativamente ao procedimento em apreciação, nomeadamente de que ERSAR incorreu na violação do princípio da concorrência, da igualdade e que a aquisição do serviço deveria ter sido por consulta prévia, concurso público ou concurso limitado.
197. Na verdade, por intermédio dos esclarecimentos por nós agora prestados, resulta, claramente, que o procedimento em causa podia ter sido realizado por via do ajuste direto material, como foi realizado.

¹¹ Obra citada, página 489.

198. Assim, o mero lapso na identificação do correto critério material, não lesa, naturalmente, a validade do procedimento, pois o resultado seria sempre o mesmo: a possibilidade de convite apenas a uma entidade ao abrigo de um critério material.
199. Com efeito, podendo a aquisição sob análise ser efetuada por ajuste direto material, fica, desde logo, refutada, por via do presente contraditório, a suposta intenção, invocada pela IGAMAOT, de contornar o n.º 2 do artigo 113.º do CCP.
200. Isto porque, devemos ter sempre presente que a disposição legal mencionada apenas é aplicável quando se escolhe o procedimento de ajuste direto ou consulta prévia com base em critérios de valor e não com base em critérios materiais.
201. Na verdade, no caso de ajuste direto adotado com critério material, a aquisição não tem de passar pelo "crivo" do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, pois o disposto neste preceito não vale para o ajuste direto material.
202. Assim sendo, a ERSAR nunca poderia ter pretendido "fugir" ao artigo, uma vez que este nem sequer era aplicável, pois o caso configura uma das situações tipificadas na lei como critério material de acesso ao ajuste direto, independentemente do valor e das restrições previstas no n.º 2 do artigo 113.º do CCP.
203. Não obstante ter sido já demonstrada a regularidade de todo o procedimento, não podemos deixar de "desfazer" por completo a "tese" da IGAMAOT assente na convicção de que a ERSAR apenas recorreu a um critério material com a intenção real de "escapar" às regras do artigo 113.º do CCP.
204. "Tese" essa que, de resto, se rejeita por completo.
205. Nas palavras da IGAMAOT, o n.º 2 do artigo 113.º do CCP impossibilitava à ERSAR proceder à contratação dos serviços da [...] por ajuste direto por critério do valor, visto que preço contratual acumulado in casu – 41.940,00 € – excedia o referido limite de 20.000,00 €.
206. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a decisão de contratar do procedimento em análise é de 2018 e, por isso, são aplicadas as alterações ao CCP por via da reforma de 2018, operadas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.
207. Assim sendo, aplica-se ao caso a atual redação do n.º 2 do artigo 113.º do CCP que proíbe o convite à apresentação de propostas a entidades *“(...) às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados*

nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19 e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de quaisquer contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas”.

208. O que se impõe perceber é como o mesmo deve ser aplicado, ou seja, que valores adjudicados devem ser contabilizados para efeitos de determinar se determinada entidade, no nosso caso, a sociedade de advogados [.....] podia ou não ser convidada para um ajuste direto pelo critério do valor.
209. A IGAMAOT, para esse efeito, contabilizou os ajustes diretos pelo critério do valor entre a ERSAR e a [.....] efetuados em 2016 e 2017.
210. A questão que se coloca é a de saber se os valores adjudicados nesses anos devem contar para o cômputo a efetuar para apurar o cumprimento das regras do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.
211. Antecipamos, sem protelamentos, que a nossa resposta é claramente negativa, isto é, no caso em apreço não devem ser apurados os valores adjudicados em 2016/2017 entre a ERSAR e a sociedade [.....].
212. Aliás daí também resulta o nosso total espanto e surpresa pela asserção da IGAMAOT de que a ERSAR tinha optado por um critério material no caso em apreço para "fugir" do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.
213. Na verdade, para nós o n.º 2 do artigo 113.º do CCP não determinava qualquer tipo de impedimento ou restrição na decisão de escolha do procedimento para a aquisição do serviço em causa, pelo que a ERSAR não tinha qualquer razão ou motivo para procurar "escapar" das regras impostas do artigo 113.º n.º 2 do CCP.
214. No caso em estudo, não existia qualquer restrição derivada do disposto no artigo 113.º n.º 2 do CCP, pois a ERSAR entende que, com a reforma vigente a partir de 2018, se iniciou um novo ciclo para o cômputo dos valores adjudicados acumulados para efeitos do citado preceito.
215. Esse novo ciclo começa evidentemente a partir de 2018 e, por essa razão, os valores anteriores a 2018 não têm de ser obrigatoriamente contabilizados.
216. No fundo, em 2018, fez-se um "reset" na máquina calculadora utilizada para apurar o cumprimento das regras do artigo 113.º n.º 2 do CCP.

217. Antes de explicarmos a razão de ser do nosso entendimento, sentimo-nos na obrigação de deixar a seguinte pergunta no ar:
218. Se do artigo 113.º do CCP não resulta nenhuma limitação ou impedimento para a decisão da ERSAR na escolha do tipo de procedimento a adotar para a aquisição em análise, então quais seriam as razões/motivos para que a ERSAR tenha tido a alegada intenção de fugir ao artigo mencionado?
219. Na verdade, esses motivos não existiam.
220. Isto por si só, é revelador que no espírito das decisões da ERSAR, relativamente a este procedimento (bem como, a todos os outros), nunca esteve, nem estará qualquer tipo de desiderato de contornar uma norma legal.
221. As suas decisões são sempre fundadas na lei e na interpretação legal que faz do regime jurídico aplicável ao caso concreto.
222. Salientamos que a nossa posição sobre a matéria em discussão, isto é, que os valores adjudicados anteriores a 2018 não devem ser tidos em conta para a avaliação do artigo 113.º do CCP, reúne um enorme unanimismo na doutrina. Veja-se, entre outros, Pedro Goncalves⁽¹²⁾, Licínio Martins⁽¹³⁾, Bernardo Azevedo⁽¹⁴⁾, Margarida Cabral⁽¹⁵⁾, Gonçalo Guerra Tavares⁽¹⁶⁾, Direção-Geral da Administração da Justiça⁽¹⁷⁾ e até o próprio Regulador dos Contratos Públicos, o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P. (IMPIC, I.P.)⁽¹⁸⁾.
223. Isto apenas para demonstrar que a interpretação que a ERSAR faz da norma não é inovadora, nem isolada no "mundo da contratação pública", muito pelo contrário.
224. Na exposição que se segue, explicaremos a razão de ser e os argumentos que sustentam e validam a posição por nós sufragada.

¹² Em: Direito dos Contratos Públicos, páginas 500 e ss.

¹³ Em: "Revista de Direito Administrativo", n.º 2, páginas 55 e seguintes.

¹⁴ Em: "Revista de Direito Administrativo", n.º 2, páginas 55 e seguintes.

¹⁵ Em: "Revista de Direito Administrativo", n.º 2, páginas 49 e 50.

¹⁶ Obra citada, página 401.

¹⁷ Orientação Técnica de 1 de setembro de 2019. Disponível em:

https://dgaj.justica.gov.pt/Portals/26/1-SOBRE%20A%20DGAJ/Concursos%20p%C3%BAblicos/Orienta%C3%A7%C3%B5es%20t%C3%A9cnicas/Orienta%C3%A7%C3%A3o%20T%C3%A9cnica_113%20n2%20CCP.pdf?ver=2019-09-23-090124-737

¹⁸ No esclarecimento prestado relativa à sua "Orientação Técnica 01/2018", admite que os valores de 2016 e 2017 possam não ser contabilizados.

225. Cumpre, *a priori*, fazer todo o enquadramento legal da problemática em apreço e, uma vez que, de 2017 para 2018, como sabemos, operaram-se mudanças no regime jurídico nos domínios em análise, impõe-se também assinalar as mudanças pertinentes para o nosso caso.
226. Como não podia deixar de ser, começamos com a norma central na matéria controvertida aqui em causa, ou seja, o reformado n.º 1 e 2 do artigo 113.º do CCP nos termos do qual⁽¹⁹⁾: "*Sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 128.º, a escolha das entidades convidadas a apresentar proposta nos procedimentos de consulta prévia ou de ajuste direto cabe ao órgão competente para a decisão de contratar*". "*Não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas*".
227. Este artigo sofreu várias alterações com implicações práticas importantes, mas, porventura, a que tem mais impacto é a que diz respeito à eliminação da referência a "*celebração de contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar*".
228. Ou seja, a partir de 2018 não é necessário, para o cálculo a fazer para as regras do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, que haja identidade das prestações entre o contrato a celebrar e os contratos celebrados anteriormente.
229. O único requisito é relativo à identidade do operador económico.
230. Isto é, contabilizam-se contratos celebrados com a mesma entidade⁽²⁰⁾.

¹⁹ Esta é a redação atual da norma fruto da reforma ao CCP pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017.

²⁰ Note-se que prestações do mesmo tipo, não equivale a dizer contratos do mesmo tipo. Por isso, não devem ser contabilizados contratos com a mesma entidade, mas de tipo diferente. Por exemplo, não pode ser somado no mesmo cômputo o valor de um contrato de empreitada de obras públicas e um contrato de aquisição de serviços celebrados pela mesma entidade. São tipos de contrato diferentes que estão previstos em alíneas diferentes do código e que o legislador, na própria norma, afasta a acumulação, como se pode confirmar pela respetiva letra legal: "*(...) adotados nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, consoante o caso (...)*".

231. Com efeito, a partir de 2018 o regime legal das restrições ao convite para a apresentação de propostas tem um âmbito de aplicação objetivo muito mais vasto.
232. Isto porque, o legislador no "reformado" n.º 2 do artigo 113.º do CCP "ao fazer cair" o requisito respeitante à identidade de prestações entre os contratos anteriormente celebrados, abre, em larga escala, o "raio de ação" do citado artigo que, por esse motivo, será mobilizado para um maior número de casos.
233. De facto, o requisito qualitativo respeitante à prestação entre contratos restringia e comprimia imenso o alcance do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.
234. Com a reforma do Decreto Lei n.º 111-B/2017 para efeitos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, só é necessário um requisito: identidade do operador económico. Se o operador económico for o mesmo, então é chamado à colação o n.º 2 do artigo 113.º do CCP.
235. A alteração identificada e explicada, por si só, revela que a partir de 2018 estamos perante um novíssimo quadro legal, no que concerne às regras da escolha das entidades a apresentar proposta à luz do Código dos Contratos Públicos.
236. Todavia, talvez a mudança mais relevante operada em 2018, para o nosso caso concreto, é a que diz respeito ao tipo e procedimento que é aplicado a norma.
237. Até 2017 este artigo só se aplicava ao procedimento de ajuste direto, a partir da reforma em vigor, desde 2018, tem aplicabilidade a um transfigurado ajuste direto, mas também a outro procedimento, a consulta prévia.
238. A razão de ser desta alteração reside no facto de o Decreto-Lei n.º 111-B/2017 ter reformado o quadro legal dos procedimentos pré-contratuais fechados, ou seja, procedimentos que se iniciam com convite a apresentação de propostas.
239. De facto, antes da última reforma ao CCP o único procedimento de natureza fechada era o ajuste direto que se caracterizava por ser o procedimento em que a entidade adjudicante podia convidar diretamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta.
240. Por outro lado, as entidades adjudicantes podiam "lançar mão" do ajuste direto para contratos de valor inferior a 75 mil euros.
241. Ora, em 2018 o desenho legal dos procedimentos fechados é radicalmente outro, a saber:

242. Em primeiro lugar, a configuração do ajuste direto é substancialmente diferente. Por um lado, foi o "parente pobre" da reforma ao ver os seus limiares de acesso reduzidos a 20 mil euros.
243. Por outro lado, agora admite apenas um convite a uma entidade, se uma entidade quiser convidar mais que uma entidade tem que recorrer a outro procedimento.
244. Por fim, também ao nível de tramitação são visíveis as diferenças, não há constituição do júri, não há elaboração de relatórios, não há audiência prévia, nem possibilidade de negociação.
245. Assim sendo, não existe comparação possível entre o atual ajuste direto e o "velho" ajuste direto.
246. O atual é muito mais "magro" ao nível de valores contratuais e muito mais "pequeno" no campo procedimental. Idêntico, na verdade, só mesmo o nome.
247. Por outro lado, como já avançámos, foi criado um procedimento novo, a consulta prévia, um procedimento que se caracteriza por implicar o convite a, pelo menos, três entidades e poder ser aplicado a contratos de valor inferior a 75 mil euros.
248. Face ao exposto, concluímos que, face às enormes alterações introduzidas pela reforma no domínio em estudo, estamos perante uma "nova era" no que toca ao n.º 2 do artigo 113.º do CCP, daí que não seja viável comparar ou equiparar os procedimentos fechados até 2017 com os procedimentos fechados resultantes da reforma em vigor desde 2018.
249. Com efeito, coloca-se a questão de saber se é possível e se é razoável contabilizar para o atual ajuste direto e consulta prévia os valores adjudicados em 2016 e 2017 através do antigo ajuste direto.
250. A consulta prévia nem sequer existia, pelo que é impossível proceder a qualquer contabilização respeitante ao passado.
251. Por outro lado, sendo o atual ajuste direto um procedimento tão díspar do passado, forçar a sua equivalência, meramente para efeitos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, seria uma enorme incoerência quanto ao quadro legal dos procedimentos e uma contradição respeitante ao próprio espírito que subjaz ao n.º 2 do artigo 113.º do CCP que pressupõe, evidentemente, que o cômputo seja entre procedimentos do mesmo tipo e características.

252. Atendendo ao novo figurino do artigo 113.º n.º 2 do CCP: alcance restritivo e impeditivo bastante maior derivado da eliminação do requisito da identidade das prestações, agora apenas basta para que o artigo opere que os contratos sejam com a mesma entidade.
253. Por outro lado, o redesenho profundo dos procedimentos por convite faz com que não existam grandes dúvidas de que o espírito do legislador subjacente a todas estas alterações foi o de "inaugurar" um novo ciclo de cúmulo com novas regras e para novos procedimentos.
254. Destarte, com regras tão distintas e procedimentos com lógicas e princípios tão diferentes, o legislador nesta matéria optou, naturalmente, por começar do zero, sob pena de gerar incompatibilidades, contradições e muitas dúvidas na matéria em apreço.
255. Para além disso, evidentemente que a consideração de factos pretéritos, para efeitos da aplicação do novo regime, representaria sempre uma "fraude" às legítimas expectativas das entidades adjudicantes que, com base no enquadramento legal então em vigor, planearam as suas contratações futuras e que agora ficariam, eventualmente, impedidas de convidar operadores económicos que, se o regime anterior se tivesse mantido, poderiam ainda convidar.
256. A reforçar esta tese está o facto de o legislador não ter previsto para a disciplina em discussão uma norma transitória específica no Decreto-Lei reformador⁽²¹⁾.
257. Ora as normas transitórias visam precisamente esclarecer e regulamentar a forma de intervenção de uma lei nova a factos, situações jurídicas que vêm do passado (antes da entrada em vigor da lei) e que possam persistir durante a sua vigência.
258. A problemática em apreço é um caso típico de estipulação legal transitória, não tendo sido essa a opção do legislador, é mais um indício forte de que a sua intenção foi a de afastar o "contágio" dos valores acumulados nos anos de 2016 e 2017 ao

²¹ Também neste sentido, Pedro Gonçalves, Licínio Martins e Bernardo Azevedo advogam que caso fosse intenção do legislador aplicar o regime previsto no artigo 113.º n.º 2 do CCP a contratos celebrados por procedimentos iniciados antes de 1 de janeiro de 2018, teria previsto uma norma transitória como fez no campo da caução de liberação das cações. Em: *Newsletter CEDRIPE n.º 8*, "A designada regulação da contratação pública e as orientações técnicas".

seu novo modelo de cálculo previsto no n.º 2 do artigo 113.º e aos novos procedimentos.

259. Não obstante, caso ainda restem dúvidas quanto à vontade do legislador, então recorreremos à regra geral para os problemas de aplicação da lei no tempo previsto no n.º 1 do artigo 12.º do Código Civil, segundo o qual a " lei só dispõe futuro".
260. Já o n.º 2 do mesmo preceito aclara que "quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa factos novos".
261. Com efeito, tal como o Professor Pedro Gonçalves⁽²²⁾, a ERSAR considera que o novo regime do artigo 113.º n.º 2 do CCP não se pode aplicar em função de "factos passados".
262. Também neste sentido, veja-se, aliás, o entendimento da Direção-Geral da Administração da Justiça sobre esta matéria vertida na Orientação Técnica de 1 de setembro de 2019 : "*Considerando que a lei só dispõe para o futuro, por aplicação do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, é nosso entendimento que, com a entrada em vigor do novo regime (i.e., em 1 de janeiro de 2018), se iniciou um novo ciclo para a contabilização do "preço contratual acumulado", para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, quer para o ajuste direto, quer para a consulta prévia. **Não se deve, pois, considerar o histórico de adjudicações anteriores àquela data**"⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾.*
263. Por fim, ainda, assinalamos um argumento de natureza literal, uma vez que a letra do renovado n.º 2 do artigo 113-º do CCP faz referência a contratos celebrados por ajuste direto nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do artigo 19.º e c) e d) do artigo 20.º, alíneas que só existem depois da entrada em vigor da reforma, ou seja, só existem a partir de 2018.

²² Obra citada página 504, nota de rodapé n.º 499.

²³ Sublinhados e negritos da nossa autoria.

²⁴ Disponível em:

https://dgaj.justica.gov.pt/Portals/26/1-SOBRE%20A%20DGAJ/Concursos%20p%C3%BAblicos/Orienta%C3%A7%C3%B5es%20t%C3%A9cnicas/Orienta%C3%A7%C3%A3o%20T%C3%A9cnica_113%20n2%20CCP.pdf?ver=2019-09-23-090124-737

264. Portanto, da própria letra da lei podemos inferir que a intenção do legislador foi a de apenas considerar para efeitos do artigo, os procedimentos celebrados ao abrigo do código revisto⁽²⁵⁾.
265. Com efeito, avaliando toda a problemática em apreço, quer por intermédio de uma análise ao novo regime jurídico de 2018, quer numa perspetiva de aplicação da lei no tempo, a conclusão ou a resposta à questão supra colocada é a mesma:
266. **Não devemos contabilizar os valores adjudicados de 2016 e 2017 a contratos a iniciar em 2018 com a mesma entidade.**
267. Tal solução, é, aliás, a única solução compaginável com os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da não retroatividade, que o legislador certamente não pretendeu ver abalada.
268. Espelhadas as razões e os argumentos que sustentam não obrigatoriedade de contabilizar os valores adjudicados em 2016 e 2017, no caso em apreço cremos que ficou demonstrado que nunca foi intenção da ERSAR "fugir" ao disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP.
269. A posição da ERSAR relativa a essa norma é a de que a mesma só vale para o futuro e não obriga a atender a valores adjudicados antecedentes à entrada em vigor da reforma, ou seja, 2018.
270. Note-se que a posição da ERSAR sobre esta matéria é a mesma que têm entidades de enorme e inegável relevo no mundo da contratação pública, como são o IMPIC e a Direção Geral da Administração da Justiça.
271. Com efeito, no momento da decisão de contratar do procedimento n.º 18 [...], a ERSAR não tinha, por via do n.º 2 do artigo 113-º do CCP, qualquer restrição ou impedimento de recorrer ao ajuste direto critério do valor.
272. Apenas não o fez porque à data da decisão contratar foi dado mais relevo e importância aos circunstancialismos do caso, os quais permitiam a adoção pelo critério material.
273. Nesse sentido, após esta longa exposição fica claro, a nosso ver, que o procedimento podia ter sido adotado ao abrigo de critérios materiais, por outro

²⁵ Também neste sentido, Margarida Olazabal Cabral, "O artigo 113.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, em: *Revista de Direito Administrativo*, página 50.

lado, muito menos a ERSAR teve alguma intenção de "fugir" a qualquer norma do Código.

274. Note-se, aliás, de que o referido critério material é recorrentemente utilizado pelas entidades adjudicantes para a contratação de serviços jurídicos.

275. As opções tomadas pela ERSAR neste processo resultam apenas, naturalmente, da interpretação do regime jurídico aplicável ao caso.

Em suma:

276. Toda e qualquer opção tomada pela a ESRAR num procedimento pré-contratual assenta sempre visão, leitura e interpretação que os seus quadros técnicos fazem sobre quadro legal e o regime jurídico em vigor e aplicável ao caso.

277. Assim, repudiamos e rejeitamos em absoluto o que perpassa nas alegações da IGAMAOT, nomeadamente de que a ERSAR procurou de alguma forma neste procedimento "fugir" a alguma regra legal mais restritiva.

278. De facto, não podemos aceitar esse juízo. Do atual contraditório fica evidenciado que a interpretação levada a cabo pela ERSAR neste domínio foi a seguinte:

279. Por um lado, o procedimento preenchia e podia ser realizado ao abrigo de um critério material do ajuste direto, concretamente, o artigo 27.º n.º 1 alínea b) do CCP⁽²⁶⁾.

280. Logo e consequentemente, as regras da escolha das entidades a convidar previstas no n.º 2 do artigo 113.º do CCP, não tinham aplicação e, por isso, não deviam ser consideradas no caso em apreço.

281. Isto porque, como é do conhecimento de todos, o preceito apenas abrange a adjudicação de contratos por consulta prévia e ajuste direto em função do critério do valor do contrato, excetuando a escolha do procedimento com base em critérios materiais.

282. Com efeito, a precipitada presunção da IGAMAOT vertida no relatório de que a ERSAR procurou "escapar" ao n.º 2 do artigo 113-º do CCP, é, desde logo, ilidida pelo simples facto de que a norma nem sequer era aplicada ao caso.

283. Mas mesmo que assim não se entendesse, isto é, que não podia ser adotado um critério material – o que apenas se concebe para mero exercício de demonstração,

²⁶ Neste campo apenas de lamentar o manifesto lapso na indicação do correto critério material.

por via de um esforço meramente fantasioso e, desse modo, imaginando que o artigo era aplicável ao procedimento, a ERSAR ainda refutou liminarmente a conclusão da IGAMAOT presente no relatório de que, o n.º 2 do artigo 113.º do CCP, vedava a possibilidade de a ERSAR convidar novamente a sociedade [.....] por ajuste direto em função do valor económico.

284. Na verdade, resulta do nosso contraditório que, de modo transparente e fundado legalmente e doutrinariamente, o disposto no n.º 2 do artigo 113.º do CCP (mesmo que fosse aplicado) não impunha qualquer tipo de impedimento ou obstáculo legal a um novo convite à sociedade mencionada para apresentar proposta.
285. Efetivamente, a perceção da ERSAR sobre o regime reformado pelo legislador, desde 2018, do n.º 2 do artigo 113.º do CCP é a de que não devem ser contabilizados os valores adjudicados em anos económicos anteriores à entrada em vigor da reforma promovida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/ 2017 de 31 de agosto, ou seja, os valores de 2016 e 2017.
286. Nesse sentido, há um "apagão" no "cadastro" dos valores adjudicados de 2016 e 2017, pelo que, no caso *sub judice*, nada obstava legalmente à ERSAR proceder a um novo convite à [.....] para apresentar proposta num ajuste direto pelo critério do valor.
287. Realçamos que a nossa leitura é a única que respeita na íntegra e é compatível com os mandamentos dos princípios da segurança jurídica e da não retroatividade e, por outro lado, é a mesma interpretação legal que é **recomendada** por outras entidades de inquestionável importância, designadamente, a Direção-Geral da Administração da Justiça⁽²⁷⁾.
288. Posto isto, é entendimento da ERSAR que a referida "real motivação" patente no relatório resulta de um juízo factual e legal precipitado e, salvo o devido respeito, leviano por parte da IGAMAOT e que se traduz apenas num momento menos conseguido da sua parte.
289. Como ficou demonstrado, o procedimento em análise obedece a todas as regras legais, na medida em que era legalmente admissível a contratação ao abrigo de um critério material do ajuste direto; o artigo 113.º n.º 2 do CCP nem sequer era

²⁷ E também como admite o IMPIC.

aplicado ao caso e, mesmo que fosse chamado à colação, não oferecia qualquer limitação às opções da ERSAR.

IGAMAOT:

b) O procedimento n.º 15 indicia o recurso indevido à celebração de contratos sucessivos por recurso ao procedimento de ajuste direto com convite a apenas uma entidade e fracionamento da despesa.

Tal resulta, desde logo, da supramencionada informação presente no portal dos contratos públicos onde se verifica que, desde 2009 até à presente data, foram celebrados 11 contratos, com idêntico objeto e obrigações ao adjudicatário, e a mesma contraparte – [...], todos resultantes de procedimentos por ajuste direto. No que concerne especificamente ao procedimento em análise, verifica-se que, entre 2015 e 2017, aqueles contratos resultam de procedimentos de ajuste direto com fundamento em critério de valor nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP. Na versão do mencionado artigo, então em vigor, a escolha do procedimento por ajuste direto apenas permitia a celebração de contratos de valor inferior a 75.000,00€. Embora nenhum dos contratos celebrados de, per si, no período supra exceda esse limiar, o mesmo já não sucede com o seu valor global que ascende a 99.750,00 €.

Tal, contende com as limitações impostas pelo n.º 2 do artigo 113.º do CCP, então em vigor, que visa garantir os princípios da igualdade, transparência e concorrência – n.º 4 do artigo 1.º do CCP – quando as entidades adjudicantes optam pela contratação do mesmo adjudicatário sucessivamente.

Consequentemente, a sociedade adjudicatária já não poderia ter sido convidada a apresentar proposta no procedimento aquisitivo sob análise, devendo os serviços em causa ter sido adquiridos através de procedimento por concurso público ou por concurso limitado por prévia qualificação. Nestes termos, foram violados o n.º 2 do artigo 113.º e a alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP.

A ausência de concurso implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, invalidade que se estende ao contrato celebrado, nos termos do n.º 1 do artigo 283.º do CCP.

Acresce que a repartição de despesa por diversos procedimentos por ajuste direto com convite apenas à sociedade de advogados em causa, indicia:

– *intenção de contornar os limites fixados na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º e n.º 2 do 113.º do CCP, subtraindo-se, assim, a utilização de procedimento contratual mais exigente; e,*

– *a previsibilidade e continuidade da despesa in casu.*

Tal é demonstrável pelo histórico de contratação, pela natureza dos serviços a prestar – serviços jurídicos que se revelam imprescindíveis para o normal funcionamento da ERSAR – e pela total identidade de objeto dos diferentes contratos.

Pronúncia da ERSAR:

290. Relativamente a este processo, urge, em primeiro lugar, esclarecer o quadro legal aplicável ao procedimento.

291. Dado que a decisão de contratar constante na Informação interna n.º I-001340/2017 é datada de 2 de outubro de 2017, a lei aplicável ao caso, ao contrário do procedimento da auditoria n.º 18, é a do CCP anterior à reforma promovida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017.

292. Por outro lado, uma vez que, a IGAMAOT no âmbito da avaliação que faz ao procedimento *sub judice* alega, essencialmente, um vício de fracionamento da despesa, devemos começar por fazer algumas considerações sobre o fracionamento da despesa.

293. Para isso recorreremos aos sempre meritosos ensinamentos do Professor Pedro Gonçalves⁽²⁸⁾, segundo o qual "*em si mesmo o fracionamento de compras não corresponde a um desvalor jurídico e, portanto, não infringe qualquer regra ou princípio*" e daí conclua que o "*fracionamento não é proibido*".

294. De facto, como muito bem advoga este Professor, o fracionamento por si só não é contrário à lei, nem é censurável.

295. Ora, o fracionamento da despesa apenas acarreta alguma invalidade ou desvalor caso seja motivado para "fugir" a alguma regra legal mais exigente ou restrita.

296. Aliás, é isso resulta da própria lei, veja-se o que proclama o DL n.º 197/99, de 08 de junho (Regime Jurídico Realização Despesas Públicas e da Contratação Pública) no seu artigo 16.º n.º 2: é proibido o fracionamento da despesa com a intenção de a subtrair ao regime previsto no presente diploma.

²⁸ Obra citada, página 409 e seguintes.

297. Com efeito, caso a ERSAR tenha realizado algum tipo de fracionamento da despesa, o mesmo só pode ser objeto de um juízo de descrédito legal caso seja provado que a ERSAR teve como propósito "escapar" a alguma regra legal mais exigente por via desse fracionamento.
298. De acordo com a IGAMAOT, a ERSAR de 2015 a 2017 celebrou vários contratos com a [.....] que, no seu conjunto, contabilizaram valores de adjudicação superiores ao limite fixado para a adoção do ajuste direto pelo critério do valor. Por essa razão, a IGAMAOT diz que a ERSAR estava impedida de voltar a contratar a sociedade mencionada por ajuste direto pelo critério do valor.
299. Para nós contestarmos a acusação feita pela IGAMAOT, começamos por fazer o "retrato legal" aplicável à problemática.
300. Em primeiro lugar, chamamos à colação o artigo 20.º n.º 1 alínea a) do CCP (norma vigente na altura dos fatos relativa aos limites do ajuste direto pelo critério do valor para a aquisição de serviços), nos termos do qual: no caso de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de contratos de aquisição de serviços: a) A escolha do ajuste direto só permite a celebração de contratos de valor inferior a (euro) 75000.
301. Em segundo lugar, o artigo 113.º n.º 2 do CCP com a redação vigente em 2017, segundo o qual: *"Não podem ser convidadas a apresentar propostas entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de ajuste direto adotado nos termos do disposto na alínea a) do artigo 19.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar, e cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas"*.
302. Com efeito, de acordo com o preceito reproduzido, a ERSAR não podia convidar a apresentar proposta para um procedimento de ajuste direto a entidade:
- I. Com quem já tivessem sido celebrados contratos no ano económico em curso e nos dois anos anteriores,

- II. Cujo preço contratual acumulado fosse igual ou superior ao limite estabelecido na alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP (o aplicável ao nosso caso),
 - III. Que tais contratos tivessem sido celebrados na sequência de um procedimento de ajuste direto adotado com base no critério do valor⁽²⁹⁾, e
 - IV. Que os contratos anteriormente celebrados e o contrato que a ERSAR pretendesse vir a celebrar compreendessem prestações do mesmo tipo ou idênticas.
303. O momento para proceder à operação prevista no artigo em estudo é antes de ser feito o convite à apresentação de proposta.
304. É nesta fase que deve ser efetuado o apuramento de saber se determinada entidade encontra-se ou não impedida de ser novamente convidada a apresentar proposta num procedimento de ajuste direto.
305. Frisamos, por outro lado, que para efeitos do cômputo do n.º 2 do artigo 113.º do CCP não tem de ser contabilizado o valor do contrato a celebrar, ou seja, o valor do contrato a celebrar "fica de fora destas contas".
306. Logo, o operador só se encontra impedido de ser novamente convidado, caso, no ano económico do contrato a celebrar (sem contabilizar o valor contratual deste), e nos dois anos anteriores, tenha celebrado, ao abrigo do procedimento de ajuste direto com base no critério do valor, contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior a 75 mil euros.
307. Feito o enquadramento legal da causa, impõe-se averiguar, de acordo com a factualidade do procedimento, se a ERSAR contrariou alguma norma legal.
308. Como já esclarecemos, a decisão de abertura do procedimento aqui em causa, procedimento – n.º 15 [.....], foi em 2017.

²⁹ Para cálculo do artigo 113.º n.º 2 do CCP não são contabilizados os ajustes diretos aplicados ao abrigo de critérios materiais.

309. Destarte, para efeitos do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, devem ser contabilizados os contratos com prestações idênticas celebrados entre a ERSAR e a [.....], entre o período de 2015 a 2017.
310. Compulsadas todas as relações contratuais entre a ERSAR e a [.....], no período de 2015 a 2017, a contabilizar para o cálculo do artigo 113.º n.º 2 do CCP resultam as seguintes conclusões:
311. Entre 2015 a 2017 (antes da adjudicação do procedimento – n.º 15 [.....]), foram celebrados quatro contratos entre a ERSAR e a [.....]);
312. O preço contratual acumulado desses quatro contratos é de 50.750 €.
313. Posto isto, concluímos que, ao contrário do que a IGAMAOT alega, a ERSAR, no âmbito do procedimento – n.º 15 [.....]), não violou nenhuma norma legal. Ora vejamos:
314. Como vimos, nos termos do artigo 20.º n.º 1 alínea a) do CCP, a escolha do ajuste direto permite a celebração de contratos até valor inferior a (euro) 75000.
315. Por outro lado, para determinar se a [.....] podia ser convidada para um novo ajuste direto por critério do valor (o procedimento – n.º 15 da auditoria - processo aqui em julgamento), a ERSAR tinha de averiguar se a referida sociedade passava pelo "crivo" do n.º 2 do artigo 113.º do CCP.
316. Ora, de acordo com as regras de cálculo previsto e para efeito do n.º 2 do artigo 113.º do CCP, é claro e objetivo que não há qualquer tipo de infração legal da parte da ERSAR, ou seja, a ERSAR não se encontrava impedida de convidar a [.....], a apresentar proposta para o procedimento n.º 15 da auditoria.
317. Na verdade, a soma do preço contratual de todos os contratos do ano económico em curso e nos dois anos anteriores, ou seja, contratos adjudicados de 2015 a 2017, contabilizam um preço acumulado de 66.500 mil euros.
318. Isto é, bem abaixo do limite previsto no artigo 20.º n.º 1 alínea a) do CCP, de 75 mil euros.
319. Aliás, nem sequer é compreensível como é que a IGAMAOT chega à seguinte conclusão: *"No que concerne especificamente ao procedimento em análise, verifica-*

se que entre 2015 e 2017 aqueles contratos resultam de procedimentos de ajuste direto com fundamento em critério de valor nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP. Na versão do mencionado artigo, então em vigor, a escolha do procedimento por ajuste direto apenas permitia a celebração de contratos de valor inferior a 75.000,00 €. Embora nenhum dos contratos celebrados de per si no período supra exceda esse limiar, o mesmo já não sucede com o seu valor global que ascende a 99.750,00 €".

320. Questionamos qual foi o apuramento que a IGAMAOT fez para chegar ao valor de 99.750,00€ referido nas suas alegações?
321. Será que somou o valor do contrato a celebrar, n.º 15 da amostra da autoria, em completo arrepio às regras legais do n.º 2 do artigo 113.º do CCP? Também não nos parece, pois, mesmo somando o preço contratual do preço do procedimento n.º 15 [.....], não chegamos ao valor de 99.750€.
322. Entende a ERSAR que competia à IGAMAOT nas suas alegações explicitar, de forma rigorosa e objetiva, o cálculo que fez para chegar ao valor 99.750€.
323. Uma vez que, lamentavelmente, não o fez e o apuramento a que chegou é impercetível, diríamos que, muito provavelmente, se tratou de um lapso da sua parte no cômputo que realizou para, nos termos e de acordo com o n.º 2 do artigo 113.º do CCP, determinar se a entidade [.....] podia ser novamente convidada para um ajuste direto critério do valor, concretamente, para o procedimento n.º 15 da amostra.
324. Por outro lado, nem se sequer se percebe a razão para a IGAMAOT somar os valores contratuais de todos os contratos existentes.
325. Isto porque, para efeitos de apurar se um determinado fracionamento da despesa teve ou não em vista a "fuga" a um procedimento legal mais exigente deve ter-se em conta o ano económico.
326. Ou seja, não devem ser somados todos os contratos existentes entre as partes, mas apenas os que se iniciaram e celebraram no mesmo ano.

327. Veja-se, neste sentido, também o Tribunal de Contas na Sentença n.º 7/2019 –, Processo n.º 8/2019-JRF⁽³⁰⁾: "*É certo que, por força das disposições conjugadas dos art.ºs 16º, n.º 1 e 22º, ambos do DL 197/99 e, ainda, art.º 22º do CCP, na redação então vigente, as aquisições de bens e serviços, relativamente a prestações do mesmo tipo, devem observar o princípio da unidade da despesa para o ano económico, considerando que o procedimento contratual a adotar deve ter em consideração o “custo total...da aquisição de bens ou serviços⁽³¹⁾".*
328. Também neste sentido, ou seja, de que se deve somar o valor dos contratos celebrados no mesmo ano para efeitos de escolha do tipo de procedimento, veja-se o antigo e a redação reformada do artigo 22.º do CCP.
329. Ou seja, o exercício a realizar neste campo é somar os valores contratuais relativos ao ano económico em causa e concluir se o valor limite para o acesso ao ajuste direto pelo critério do valor, de 75 mil euros, previsto no artigo 20.º n.º 1 alínea a) do CCP, foi ultrapassado.
330. Claramente que o valor limite de 75 mil euros não foi ultrapassado, pelo que o artigo 20.º n.º 1 alínea a) do CCP em momento algum foi respeitado.
331. Com efeito, após a presente exposição fica, indubitavelmente, atestada toda a regularidade do procedimento n.º 15 [.....].
332. Fica demonstrado que o preço contratual acumulado de todos os contratos do ano de 2017 e dos dois anos anteriores, 2016 e 2015, como manda o artigo 113.º n.º 2 do CCP, não atinge os 75 mil euros (limite máximo fixado da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP).
333. Logo, a entidade [.....] podia ser novamente convidada.
334. Por outro lado, apesar da sucessão de contratos com o mesmo objeto, o artigo 20.º n.º 1 alínea a) do CCP foi sempre observado pela a ERSAR.

³⁰ Disponível:

<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Sentencas/3s/Documents/2019/st007-2019-3s.pdf>

³¹ Negritos e sublinhados da nossa autoria.

335. Efetivamente, somando os valores contratuais que devem ser contabilizados, a ERSAR em momento algum ultrapassou o limiar de acesso ao ajuste direto pelo critério do valor estabelecido no artigo 20.º n.º 1 alínea a) do CCP.
336. Ainda que se entendesse que a ERSAR fracionou a despesa, o que só por mero exercício de raciocínio se admite, tal fracionamento jamais teve como intenção a subtração por parte da ERSAR a alguma norma legal ou a alguma exigência formal mais exigente ou restrita.
337. Assim, mesmo que se entendesse que existiu fracionamento da despesa, o mesmo não é objeto de qualquer desvalor jurídico, isto porque, como já foi esclarecido, o fracionamento, por si só, não é proibido, apenas é proibido o fracionamento que tenha sido realizado com o propósito de fugir a regras mais exigentes.
338. Ora, no caso *sub judice*, já concluímos que a ERSAR podia ter recorrido ao ajuste direto pelo critério do valor, não sendo necessária a utilização de um outro procedimento.
339. Portanto, neste âmbito, não há qualquer intenção por parte da ERSAR de se subtrair, assim, à utilização de procedimento contratual mais exigente.
340. Em suma, não há em todo este procedimento, ao contrário do postulado pela IGAMAOT, qualquer violação de normas legais por parte da ERSAR, nomeadamente alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º e n.º 2 dos 113.º ambos do CCP, bem como, o artigo 16.º n.º 2 do DL n.º 197/99, de 8 de junho (Regime Jurídico Realização Despesas Públicas e da Contratação Pública).
341. A ERSAR, na verdade, observou, de forma rigorosa, todas estas normas legais, daí que não possa ser apontado nenhum tipo de vício a estes procedimentos.

IGAMAOT:

c) Ainda a propósito destes procedimentos – n.ºs 15 e 18 – e no que ao período temporal de vigência do contrato respeita, deveriam os mesmos de ter uma duração de 3 anos, prazo máximo previsto no CCP — ou mesmo superior, nos termos do artigo 48.º do mesmo código estabelece —, num claro propósito de prevenir a perpetuação de relações contratuais no tempo e de prevenção de circunstâncias de favorecimento de fornecedores através da renovação sucessiva dos mesmos vínculos contratuais

Pronúncia da ERSAR:

342. Por fim, quanto ao juízo da IGAMAOT acerca do período temporal de vigência dos contratos, concretamente de que os contratos deveriam ter 3 anos, respeitamos o seu entendimento, mas tal exigência não tem o mínimo suporte na lei.
343. Isto porque, em nenhum momento, a lei refere, impõe ou sugere esse período temporal.
344. Na verdade, a ERSAR tem privilegiado o período anual de vigência, desde logo, porque desta forma permite que a ERSAR possa recorrer a outro operador económico ao final de um ano.
345. Já no caso de um contrato de 3 (três) anos de duração, a ERSAR ficaria "presa" à citada sociedade durante um período demasiado extenso, o que poderia ser prejudicial aos interesses da ERSAR.
346. Ademais, não olvidar as restrições anuais da LOE. Ou seja, a ERSAR todos os anos não pode "gastar mais" do que pagou no ano anterior relativamente ao mesmo objeto contratual.
347. Ora, se a ERSAR quisesse num determinado ano celebrar um contrato de três anos, certamente que teria de prever uma despesa superior ao ano anterior.
348. Logo, teria que ser feito um pedido de autorização ao Ministério do Ambiente e da Ação Climática e, de seguida, ao Ministério das Finanças.
349. Todas estas formalidades, autorizações e aprovações externas, protelam bastante a abertura e conclusão do procedimento.
350. Atente-se que o objeto contratual aqui em causa não é, muitas vezes, compaginável com diferimentos processuais.
351. O patrocínio judiciário implica sempre respostas imediatas.
352. Por outro lado, importa esclarecer que o artigo 48.º do CCP, ao contrário da interpretação que a IGAMAOT transparece no seu relatório, não visa prevenir a renovação sucessiva de vínculos contratuais.
353. O espírito da norma é evitar a duração de contratos muito longos no tempo e, assim, obrigar as entidades adjudicantes irem mais vezes ao mercado.
354. A comprovar o nosso entendimento sobre a norma legal em estudo, veja-se o que considera o Professor Miguel Assis Raimundo sobre a regra da vigência máxima de três anos de duração dos contratos: " esta regra de limitação da duração máxima

dos contratos é tributária de um entendimento do princípio da concorrência nos contratos públicos...segundo o qual a concorrência deve ser periodicamente renovada"⁽³²⁾.

355. Efetivamente, os vínculos contratuais muito duradouros conduzem à eternização das relações contratuais entre as entidades adjudicantes e os mesmos fornecedores, reduzindo-se, assim, as idas ao mercado e a igualdade de oportunidades entre os operadores económicos.
356. Atente-se, ainda, relativamente à duração contratual superior a três anos, o legislador impõe que a mesma seja objeto de fundamentação acrescida (vide artigo 48.º do CCP), o que é um indicador do carácter excecional que os vínculos contratuais longos devem assumir na contratação pública.
357. É inegável a existência de contratos sucessivos, mas isso tem explicação em motivos de diversa natureza, designadamente uma certa imprevisibilidade temporal da necessidade aquisitiva, opção de a ERSAR de não se "algemar" à sociedade adjudicatária durante um período contratual muito longo e restrições orçamentais fruto das limitações impostas pelo LOE.

Ponto 49 do relatório - Procedimento de concurso público n.º 33_34_35_36_37 – [.....]

IGAMAOT:

- a) Não foi alvo de publicação do anúncio do concurso no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), obrigação a que ERSAR se encontrava adstrita nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP.*

Pronúncia da ERSAR:

358. O procedimento em apreço foi realizado ao abrigo de um concurso público internacional, com a devida publicidade o Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), conforme se pode provar por via do anexo que segue apenso.

³² In: "O Estado – Consumidor – contratos de aquisição de bens móveis no Código dos Contratos Públicos", em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, Almedina, 2011. Página 622.

359. Aliás, basta uma pesquisa no próprio JOUE para atestar a publicidade internacional do procedimento.
360. Com efeito, a ERSAR procedeu, em conformidade com todas as regras legais aplicáveis, à abertura de um concurso público com publicidade internacional, como manda a alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP e com a devida publicação do anúncio do concurso no JOUE.
361. Efetivamente, nada se pode apontar à ERSAR neste capítulo, muito pelo contrário, a ERSAR cumpriu escrupulosamente com todos os comandos legais relativos à escolha do tipo de procedimento, bem como as exigências de publicidade inerentes ao procedimento.
362. Em suma, a ERSAR procedeu à adequada publicitação da sua intenção de contratar promovendo o conhecimento e a existência do respetivo procedimento, por via da publicação do anúncio quer a nível nacional, quer a nível internacional.
363. Ou seja, permitiu a todo e qualquer potencial interessado participar no procedimento.
364. No fundo, "convocou" todos operadores nacionais, bem como todos os operadores internacionais.
365. Uma "convocatória" que, assim, não deixou ninguém de fora, em total obediência aos princípios da transparência, concorrência e de igualdade de tratamento e de oportunidades.

IGAMAOT:

- b) "A cláusula trigésima quinta n.º 1 alínea b) do Caderno de Encargos (CE), viola o n.º 1 do artigo 49.º do CCP — e consequentemente os princípios da igualdade e da concorrência a que o procedimento se encontra especialmente vinculado nos termos do n.º 4 do artigo 1.º do mesmo código —, na medida em que impõem uma especificação técnica suscetível de limitar o universo dos potenciais concorrentes."*

Pronúncia da ERSAR:

366. Cumpre, em primeiro lugar, retificar a classificação dada pela IGAMAOT à matéria aqui em causa, na medida em que não estamos perante uma especificação técnica, como advoga a IGAMAOT.

367. Assim, impõe-se aclarar, desde já, em que consiste uma especificação técnica.
368. A definição de especificação técnica encontra-se definida numa Diretiva Europeia⁽³³⁾, nos termos da qual, entende-se por especificação técnica o seguinte: "*No caso de contratos públicos de fornecimentos ou de serviços, uma especificação constante de um documento que define as características exigidas a um produto ou a um serviço, tais como os níveis de qualidade, os níveis de desempenho ambiental e climático, a conceção que preveja todas as utilizações (incluindo a acessibilidade por parte das pessoas com deficiência) e a avaliação da conformidade, o desempenho, a utilização do produto, a segurança ou as dimensões, incluindo as prescrições aplicáveis ao produto no que se refere ao nome sob o qual é vendido, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e rotulagem, as instruções de utilização, os procedimentos e métodos de produção em qualquer fase do ciclo de vida do produto ou serviço e os procedimentos de avaliação da conformidade*".
369. Reproduzido o que a legislação entende por especificação técnica num contrato de aquisição de serviços, importa atender ao disposto no clausurado citado. Vejamos, então, o que diz a Cláusula Trigésima Quinta n.º 1 alínea b) do CE:
370. Para a execução do Contrato a celebrar no âmbito do presente procedimento, o adjudicatário deverá constituir, por lote, equipas multidisciplinares integradas por elementos com as seguintes funções:
- (...)
- b) - 1 (um) Coordenador das auditorias técnicas que deve ter, no mínimo, experiência de 2 (dois) anos de realização de auditorias nas áreas das águas e resíduos no âmbito da avaliação da qualidade do serviço da ERSAR.
371. Naturalmente que o disposto na cláusula reproduzida não constitui, nem pode ser entendida como especificação técnica nos termos legais reproduzidos, pois não diz respeito às características técnicas do objeto do contrato.

³³ Na altura dos factos a Diretiva Europeia vigente era DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014, o conceito de especificação técnica encontra-se no Anexo VII n.º 1 alínea b).

372. Trata-se apenas da fixação de um requisito quanto às equipas alocar ao contrato, não às auditorias propriamente ditas.
373. Como clarifica o Professor Pedro Gonçalves⁽³⁴⁾, "*as especificações técnicas definem o objeto do contrato, não as condições ou aspetos de execução do contrato*". Acrescenta ainda que as "*especificações técnicas são descrições do objeto (do que se quer comprar) e não da execução do contrato (de como se quer que o contrato seja executado)*".
374. Com efeito, a alegação da IGAMAOT de que a ERSAR neste procedimento violou o artigo 49.º do CCP não tem fundamento, desde logo, porque este artigo nem sequer foi aplicado no procedimento, logo não pode ter sido objeto de violação.
375. No caso concreto, estamos, na realidade, perante um termo ou condição da proposta, isto é, um aspeto da **execução do contrato não submetido à concorrência** formulado mediante a fixação de um limite mínimo a que a proposta, o concorrente tem de se vincular. Ou seja, fixado mediante um parâmetro base (artigo 42.º n.º 4 e 5 do CCP), nomeadamente, "um coordenador técnico com um mínimo de experiência de 2 anos de realização de auditorias nas áreas das águas e resíduos (...).
376. Neste sentido, veja-se o que refere o Tribunal Central Administrativo do Norte no Acórdão de 31-01-2020, processo n.º 00231/19.0BEMDL: "parâmetro base é um aspeto da execução do contrato relativamente ao qual o caderno de encargos fixa um limite máximo e/ou um limite mínimo a que as propostas estão vinculadas (artigo 42.º, n.º 3); termos ou condições são aspetos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante, na fase pré contratual, não submete à concorrência, pretendendo vincular os concorrentes a observá-los nos termos ou condições que declararem na sua proposta. Por isso, aspetos da execução, embora não submetidos à concorrência, o caderno de encargos não pormenoriza nem fixa, limitando-se a estabelecer os limites dentro dos quais as propostas se devem situar, não podendo ficar aquém ou ir além deles, consoante seja um limite mínimo ou máximo. Porque se trata de aspetos da execução não estão submetidos à

³⁴ *Direito dos contratos públicos*, 2ª edição- Vol. - I, Almedina, Coimbra, página 831.

concorrência, a forma como o preenchimento desse máximo e mínimo é feito pela proposta não pode influir na avaliação desta.⁽³⁵⁾”

377. "De modo que, no tocante aos aspetos da execução do contrato subtraídos à concorrência pelo caderno de encargos, as propostas estão vinculadas a observar, inclusivamente, os parâmetros-base fixados nos termos ou condições, configurados por limites máximos ou mínimos fixados no caderno de encargos, o que significa que em caso de violação serão excluídas (vide artigos 42.º n.º 5 e 70.º n.º 2 b) 2ª parte CCP)".
378. Posto isto, de notar que os requisitos previstos na cláusula trigésima quinta do caderno de encargos do procedimento de concurso público n.º 33_34_35_36_37 da auditoria não dizem respeito aos concorrentes, mas sim e apenas à composição da equipa a alocar aos serviços.
379. Ou seja, não eram as entidades/concorrentes que tinham de cumprir os requisitos previstos naquela cláusula, eram apenas os elementos da equipa que eles propunham nas suas propostas para realizar a execução dos serviços.
380. O conteúdo daquela cláusula constituía exigências relativamente à experiência e qualificações dos membros da equipa técnica a afetar ao contrato e não a fatores respeitantes, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes.
381. O que a ERSAR pretendeu foi definir a composição e as características da equipa que os concorrentes deveriam propor para a execução dos serviços.
382. Esclarecido o âmbito de aplicação subjetivo dos requisitos do CE, depreende-se logo que se os mesmos se aplicavam somente aos elementos da equipa a consignar ao contrato e não aos operadores económicos, qualquer entidade podia apresentar proposta.
383. De facto, não tendo a ERSAR colocado nenhum termo ou condição respeitante aos concorrentes, qualquer operador económico estaria em condições de apresentar proposta.

³⁵ Citando JORGE DE ANDRADE, in *Código dos Contratos Públicos, Anotado, 8.ª Edição Revista e Atualizada*, pág. 261.

384. Ou seja, e que para fique claro, não eram apenas as entidades que já tinham executado o serviço de auditorias nos anos anteriores à ERSAR que conseguiam cumprir os requisitos do CE do concurso e, por essa razão, podiam concorrer.
385. Todo e qualquer operador económico que tivesse interesse no concurso podia concorrer, os requisitos não diziam respeito aos concorrentes, mas sim à equipa a constituir para os trabalhos.
386. Efetivamente, a possibilidade de definição no CE da composição de uma equipa, bem como, a fixação da experiência profissional e habilitações que a mesma deverá cumprir é, desde o Acórdão Ambisig, uma matéria assente na contratação pública³⁶.
387. O Acórdão Ambisig é do Tribunal de Justiça da União Europeia (UE), de 26 de março de 2015, proferido no âmbito de um reenvio prejudicial formulado pelo Supremo Tribunal Administrativo.
388. A decisão do Tribunal de Justiça da UE foi clara no sentido de que não existe obstáculo a que se defina e avalie a experiência concreta da equipa técnica a afetar à execução de um contrato⁽³⁷⁾.
389. Ademais, até o próprio Direito Europeu, desde 2014, com a Diretiva n.º 2014/24/UE começou a prever expressamente essa possibilidade.
390. Veja-se o plasmado na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva n.º 2014/24, a saber: A adjudicação pode ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa, como por exemplo, "Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato".
391. Com efeito, desde 2014, que a definição e avaliação das equipas concretas a afetar aos serviços de elevada complexidade tem cobertura legal a nível europeu.

³⁶ No nosso caso, estamos perante um termo ou condição da proposta respeitante à definição da equipa a alocar aos serviços. Já no Acórdão Ambisig o que estava em causa era um atributo da proposta. No entanto, como veremos, o tratamento legal deve ser o mesmo para as duas situações.

³⁷ Para mais desenvolvimentos sobre este importantíssimo Acórdão veja-se: "*Acórdão Ambisig: A queda de um mito ou a admissibilidade da avaliação da experiência técnica a afetar à execução de um contrato como fator do critério de adjudicação*". Em: Revista de Contratos Públicos n.º 14 (maio –agosto, 2014, páginas 71-102), CEDRIPE, Coimbra.

392. Também na doutrina existe um largo consenso sobre esta matéria, vide, por exemplo Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, que, desde 2011, entendem "(...) *ser legítima a adoção de fatores destes para aferir da valia de propostas que pressupõem um juízo sobre os recursos efetivamente comprometidos para a execução do contrato*"⁽³⁸⁾.
393. O contrário é que seria estranho.
394. Isto é, seria, de certo modo, preocupante que num concurso público não se pudesse definir e ou avaliar os meios (humanos, neste caso) efetivamente a alocar à execução dos serviços, o que, em última instância, poderia acarretar efeitos nefastos no serviço público que é prestado.
395. De facto, a última consideração referida é especialmente relevante considerando o objeto do concurso em apreço, isto é, tratando-se de um serviço que resulta, essencialmente, da capacidade técnica e Know-how dos Auditores e Coordenador.
396. Em suma e face ao exposto, concluímos que qualquer operador podia concorrer ao concurso, não existindo qualquer tipo de limitação ou sequer "beliscão" ao princípio da concorrência.
397. O que a ERSAR pretendeu e fez foi fixar um nível mínimo de características para a equipa que, em concreto, ia executar o contrato, pelo que cada concorrente tinha de se comprometer na sua proposta que, caso fosse escolhido adjudicatário, os serviços eram executados por uma equipa com aquela tipologia e perfil.
398. Note-se que a experiência e as habilitações da equipa a consignar ao contrato podem ser tidas em consideração, quer como atributo da proposta, ou seja, aspeto submetido à concorrência, quer como termo ou condição da proposta, isto é, não submetidos à concorrência, em que é o concorrente é obrigado a se vincular. No nosso caso concreto, o caderno de encargos definia a experiência da composição da equipa como uma condição, isto é, aspeto não submetido à concorrência.
399. Neste sentido, RICARDO PRELHAZ FONSECA advoga que "(..) a definição de um perfil enquanto um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência deverá ter o mesmo tratamento aplicável aos elementos de avaliação de propostas,

³⁸ Em: *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, páginas 967 e 968.

pois estão em causa, nas duas situações, aspetos de execução do contrato cujo cumprimento o concorrente se compromete a realizar no futuro"⁽³⁹⁾.

400. Logo por aqui concluímos que, das cláusulas do CE do procedimento em julgamento, não existe qualquer limitação à concorrência, na medida em que as mesmas não dizem respeito a elementos de facto relativos os concorrentes, mas apenas aos profissionais que vão compor a equipa a afetar aos serviços a executar.
401. Não obstante, de seguida, vamos deixar claro que os elementos de uma equipa, como aquela que se encontra definida no CE do concurso, não têm de ter trabalhado na ERSAR, nem para a ERSAR anteriormente.
402. Isto porque, cremos que a IGAMAOT possa considerar que estamos na presença de uma limitação à concorrência, no procedimento em análise, porque julgou que o teor da cláusula trigésima quinta n.º 1 alínea b) do Caderno de Encargos (CE), fazia com que só pudessem concorrer entidades ou elementos de equipas que já tivessem trabalhado na ERSAR.
403. Recordemos, então, a letra da cláusula: 1 (um) Coordenador das auditorias técnicas que deve ter, no mínimo, experiência de 2 (dois) anos de realização de auditorias nas áreas das águas e resíduos no âmbito da avaliação da qualidade do serviço da ERSAR.
404. Talvez, admitimos nós, que a referência na cláusula a "âmbito da avaliação da qualidade do serviço da ERSAR", possa ter induzido a IGAMAOT a crer que só alguém que já tenha prestado aquele tipo de serviços na ERSAR pudesse cumprir o requisito.
405. Nesse sentido, urge esclarecer a IGAMAOT que tal pensamento ou ideia não corresponde à verdade.
406. Efetivamente, o teor da citada cláusula não limita, nem restringe o seu cumprimento apenas a pessoas que já efetuaram o serviço de auditorias na ERSAR.
407. Naturalmente que, se assim fosse, a IGAMAOT tinha toda a razão em considerar que existia uma violação à concorrência.
408. Assim, no que respeita à limitação de potenciais concorrentes por imposição de cláusula específica do Caderno de Encargos sobre a disposição do coordenador técnico possuir um mínimo de dois anos de experiência em realização de auditorias

³⁹ In: *e-publica*, "A experiência e qualificações do pessoal encarregado da execução do contrato como fator de densificação do critério de adjudicação", VOL. 4 N.º 2 novembro 2017, página 112.

"nas áreas de águas e resíduos no âmbito da qualidade de serviço da ERSAR", somos a informar e esclarecer o seguinte:

409. Desde logo, como já tivemos oportunidade de explicar, a cláusula não é relativa aos concorrentes, logo, a afirmação que a IGAMAOT faz de que só a [...] e a [...] seriam, à partida, as únicas entidades capazes de preencher o requisito porque foram as únicas que desenvolveram o mesmo serviço do objeto do procedimento, nos três anos anteriores, carece de validade.
410. Os requisitos são respeitantes aos elementos da equipa a afetar aos serviços, não aos concorrentes, logo qualquer operador económico podia contratar, subcontratar recursos humanos que cumprissem os requisitos do CE.
411. Por outro lado, não só os elementos das equipas que executaram o serviço de auditorias anteriormente na ERSAR estão em condições de cumprir os referidos requisitos.
412. É isto que importa realçar, o conteúdo da cláusula trigésima primeira não limita o acesso ao concurso apenas às entidades que já prestaram o serviço de auditorias na ERSAR, nem apenas aos elementos que, em concreto, realizaram essas auditorias.
413. Por outro lado, cumpre assinalar, desde já, que qualquer operador económico pode contratar ou subcontratar recursos humanos que preencham os requisitos dos perfis exigidos. Note-se, aliás, que, como pudemos constatar com o histórico das auditorias na ERSAR é mesmo prática recorrente neste tipo de serviços as empresas recorrerem à contratação de técnicos externos com o currículo necessário para o concurso⁽⁴⁰⁾.
414. É aquela ideia errónea que é necessário desmistificar, na verdade, o universo de pessoas que podem cumprir os requisitos aqui "em jogo" não são somente aqueles que já executaram o serviço de auditorias na ERSAR, bem pelo contrário.
415. É um conjunto muito vasto de recursos humanos que "habitam laboralmente" nas áreas das águas e dos resíduos.
416. Vejamos:
417. O processo de Avaliação de Qualidade de Serviço é realizado anualmente e assenta num conjunto de dados e indicadores, patentes no Guia Técnico n.º 22 da ERSAR,

⁴⁰ Por exemplo, no último contrato a equipa apresentada pela [...] integrava muitos técnicos para a componente de engenharia recrutados externamente apenas para efeitos no "nosso" concurso.

os quais são anualmente reportados pelas entidades gestoras dos sistemas de águas e resíduos.

418. Para o desidrato dos mesmos são necessárias inúmeras tarefas recorrentes que levam a que, as entidades gestoras, desenvolvam processos próprios de gestão operacional, monitorização e avaliação, integrando estes dados e indicadores, não só para o reporte no sistema de avaliação de qualidade de serviço à ERSAR, mas, sobretudo, para a gestão operacional e melhoria da qualidade do serviço na sua gestão interna.
419. Nesta medida as entidades gestoras auditam os seus serviços e sistemas de gestão, o que apenas poderá ser efetivado, de forma independente, através do recurso a auditorias externas, que se incluem nos padrões descritos no Caderno de Encargos, o que resulta que qualquer entidade, bem como os concretos elementos da equipa que tenham realizado essas auditorias, pudessem concorrer ou fazer parte das equipas a alocar ao referido Concurso.
420. De facto, como pode ser observado no Guia Técnico n.º 22, referente à 3.ª geração de indicadores do sistema de avaliação da qualidade dos serviços de águas e resíduos, os dados requisitados para a avaliação da qualidade do serviço, são dados também utilizados para alimentar os sistemas de gestão da qualidade e ambiente das empresas com certificação, respetivamente, pela ISO 9001 e ISO 14001, individualmente, ou em conjunto, em sistema de gestão integrados de qualidade, ambiente e segurança.
421. A sua certificação exige auditorias externas periódicas habilitando, nesse sentido, estas empresas auditoras e os recursos humanos que as executam, a concorrer ao concurso de avaliação de qualidade de serviço lançado pela ERSAR.
422. Nesta medida, todo o universo de empresas auditoras/consultoras estará na abrangência do presente Concurso e não só [.....], ou a [.....].
423. Acresce informar que, num primeiro concurso realizado pela ERSAR, trabalharam inúmeras outras empresas e trabalhadores individuais subcontratados pela [.....] e pela [.....], à qual foi adjudicado esse Concurso. Ao longo dos anos foram inúmeras as empresas e trabalhadores individuais subcontratados pela [.....], [.....] e [.....], num universo muito significativo para o setor, pelo que o lote de empresas

habilitado para concorrer a futuros concursos se manifestará bastante abrangente no domínio da concorrência.

424. Como já demos nota, é prática habitual neste tipo de concursos as empresas concorrentes aparentarem uma equipa para a execução dos serviços da qual faz parte um número significativo de elementos recrutados externamente, apenas para o efeito.
425. Importa, ainda, notar que também os técnicos ou ex-colaboradores das entidades gestoras que utilizam, na gestão dos serviços, parte ou a totalidade dos indicadores de avaliação da qualidade de serviço, têm a experiência necessária para poderem cumprir com o critério definido no CE, salvo possíveis conflitos de interesses, ultrapassáveis caso esse técnico não tenha intervenção nas auditorias de Entidades Gestoras onde possa ter tido vínculo contratual.
426. Reforça-se, por último, que a experiência na realização de auditorias do processo de avaliação de qualidade do serviço (AQS) pode ser adquirida internamente dentro das Entidades Gestoras, quer pela aplicação do sistema de indicadores da ERSAR, quer dos sistemas de indicadores dos sistemas de gestão (certificados ou não), pelo que o universo está suficientemente alargado.
427. Ao introduzir no CE a referência "no âmbito da qualidade de serviço da ERSAR" está-se a indicar que a experiência profissional deve remeter para a análise de dados relativos aos serviços regulados pela ERSAR, como seria natural, e não apenas a dados das "áreas de água e resíduos" que são áreas de conhecimento muito latas, podendo assim incluir âmbitos externos aos serviços regulados, sem trazer mais valia ao processo.
428. Por exemplo, ao não incluir a referência ao sistema de avaliação da qualidade de serviço poderiam concorrer profissionais da área da gestão de recursos hídricos, sem nenhuma experiência e capacidade de análise crítica sobre os dados a analisar, fundamental nas auditorias da ERSAR.
429. Concluindo, o universo concorrencial é, assim, alargado a qualquer profissional que tenha experiência na gestão de serviços de águas e resíduos regulados, incluindo todo o processo operacional de gestão destes serviços ou na análise de dados que alimentam o sistema de Avaliação da Qualidade do Serviço, na realização de estudos em auditorias (dentro ou fora do ciclo de regulação da ERSAR), entre outras

atividades, não se cingindo, em estrito senso, ao processo da ERSAR de Avaliação da Qualidade do Serviço em si, pelo que nos parece natural fazer esta exigência num concurso, ou seja, a de uma coordenação de dois anos a quem já tenha tido contacto com estes processos.

430. Posto isto, concluímos que, quer ao nível de entidades, quer ao nível de recursos humanos capazes de cumprir os requisitos do CE, o potencial concorrencial era enormíssimo e não se limitava aos concorrentes ou aos elementos que integraram as equipas que realizaram auditorias na ERSAR, anteriormente.
431. De facto, como vimos, no setor das águas e resíduos, existem muitas entidades e pessoas com experiência na realização de auditorias, sendo que todas elas podiam concorrer e fazer parte das equipas a apresentar pelos concorrentes.
432. Daí que a cláusula do CE em estudo não limitasse o acesso ao concurso a pessoas que já tivessem trabalhado em processos de auditoria para ou na ERSAR.
433. Em suma e face ao exposto, a cláusula trigésima quinta n.º 1 alínea b) do Caderno de Encargos (CE), não constitui uma limitação à concorrência, uma vez que, como tivemos oportunidade de comprovar, não diz respeito aos concorrentes, mas apenas aos elementos das equipas a alocar aos serviços, logo não é suscetível de limitar o universo dos potenciais concorrentes.
434. Por outro lado, dizendo respeito aos recursos humanos a propor para a execução das auditorias, o teor da cláusula não restringe o concurso apenas aos trabalhadores que já efetuaram auditorias na ERSAR, pois todo e qualquer recurso que já tenha efetuado auditorias no âmbito dos serviços das águas e resíduos respeita e cumpre os requisitos exigíveis no CE.
435. Concluímos, com a certeza que a ERSAR observou todas as regras legais do CCP, por um lado, e que a IGAMAOT cometeu um erro de análise jurídica, uma vez que, o artigo 49.º do CCP não é, nem pode ser convocado para a presente apreciação, visto que não estamos perante uma especificação técnica.
436. Logo, a ERSAR não pode ter violado o citado preceito, como alega a IGAMAOT, pois o mesmo não é aplicável ao caso.

IGAMAOT:

"C) O júri do procedimento foi dispensado da condução do mesmo ao abrigo do n.º4 do artigo 67.º do CCP quando essa norma não se encontrava em vigor ao tempo, pois foi aditada ao CCP, pelo DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, onde se estipula que "(...) só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor – 01/01/2018 -, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos.", nos termos do n.º 1 do artigo 12.º e artigo 13.º do referido código. Uma vez que o procedimento se iniciou a 16/11/2017, a dispensa do júri ocorreu à revelia de qualquer previsão legal, consubstanciando vício procedimental que acarreta a anulabilidade do contrato, nos termos do n.º 2 do artigo 283.º do CCP."

Pronúncia da ERSAR:

437. Na verdade, tal como a IGAMAOT no decorrer da presente auditoria incorreu inúmeras vezes no erro de aplicar a um procedimento, iniciado em 2017, uma norma que não se encontrava em vigor ao tempo, pois foi aditada ao CCP, pelo DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto⁽⁴¹⁾, também a ERSAR cometeu, neste processo, um erro da mesma natureza.
438. Todavia, mais importante que o equívoco admitido no domínio da aplicação da lei no tempo é aclarar se o mesmo implicou ou não alguma consequência, algum efeito relevante no fecho do procedimento.
439. Para esse efeito, importa elaborar o "desenho" de como decorreu o procedimento em apreço, desde a sua abertura até à adjudicação.
440. Em primeiro lugar, o tipo de procedimento aberto pelo CA da ERSAR, na decisão de contratar, foi o de concurso público, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP (não revisto), com publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).
441. Em segundo lugar, findo o prazo para a apresentação de propostas, apenas um operador económico apresentou proposta, concretamente, a [.....].

⁴¹ Recordemo-nos das inúmeras perguntas que a IGAMAOT colocou, no âmbito de processo iniciados em 2017, respeitantes à consulta preliminar ao mercado e ao artigo 35.º A do CCP. Como é sobejamente conhecido, a figura da consulta preliminar só passou a ter consagração legal a partir de 2018.

442. Por fim, existindo apenas uma proposta, após atestada a sua regularidade, a mesma foi objeto de adjudicação.
443. Descrito o "caminho" percorrido pelo procedimento em análise, estamos em condições de apurar se a intervenção do júri no procedimento era necessária e, por outro lado, se a dispensa do júri teve qualquer tipo de influência no desenrolar do procedimento e/ou no resultado final do mesmo.
444. No caso concreto, apenas foi apresentada uma única proposta, pelo que não houve sequer a necessidade de comparar propostas, porventura, a "missão" mais importante de um júri.
445. Por outro lado, a proposta apresentada cumpria todos os requisitos legais, daí que tenha sido admitida pelos serviços da ERSAR, tal como aconteceria, necessariamente, com a existência do júri.
446. Ou seja, a concreta configuração que o procedimento assumiu, isto é, apenas um concorrente cuja proposta era regular, demonstra, na verdade, que a participação do júri, após a fase da abertura das propostas, era desnecessária e irrelevante.
447. Nesse sentido, neste âmbito "convocamos" alguns dos principais princípios do Direito Administrativo e que constituem princípios norteadores de toda a atividade administrativa.
448. Desde logo, o princípio da boa administração, com consagração legal no artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), nos termos do qual o agente público deve pautar a sua atividade por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.
449. Também o princípio da economia dos atos públicos aponta para que se devam evitar tomar decisões que, globalmente consideradas, se manifestem desnecessárias.
450. Por fim, o princípio da adequação formal previsto no artigo 56.º do CPA atribui alguma legitimidade à opção tomada, visto que atribui aos responsáveis pela direção do procedimento alguma liberdade na respetiva estruturação, que deve ser orientada e motivada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão.
451. Ora, todas as diretrizes extraídas destes princípios da atividade administrativa apontam para que, de facto, a continuidade do júri no procedimento *sub judice* fosse dispensado, uma vez que, não tinha pertinência e razão de ser.

452. Veja-se, aliás, o próprio legislador reformador de 2018 ao consagrar, no n.º 4 do artigo 67.º do CCP, a dispensa do júri nos procedimentos em que seja apresentada uma única proposta, confirma e atesta o nosso entendimento de que, neste caso particular de apresentação de uma única proposta, a continuidade do júri é perfeitamente dispensável porque o seu papel deixa de ser relevante.
453. Podia, no caso em apreço, estar em causa a violação de um direito fundamental como é a audiência prévia dos interessados. Porém, neste campo atente-se ao disposto no artigo 124.º n.º 1 alínea f) do CPA, segundo o qual pode não ser realizada audiência dos interessados quando os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão inteiramente favorável aos interessados. Ora, no nosso caso o único interessado era a [.....] e, como bem sabemos, a decisão tomada era totalmente favorável à mesma, pelo que se encontravam reunidos todos os pressupostos legais para dispensar a realização da audiência prévia.
454. Portanto, em nome da realização e promoção de todos princípios gerais da atividade administrativa mencionados, consideramos que, atentas as circunstâncias concretas do caso, a opção tomada de dispensa do júri no procedimento em apreciação foi válida e a que melhor prosseguiu o interesse público à luz das diretrizes e mandamentos daqueles princípios norteadores de um agente e atividade administrativa.
455. Noutra sentido, não olvidar que a preterição da formalidade tinha e tem como principal fim assegurar o respeito pelo princípio da concorrência e a correta análise e avaliação das propostas. Ora, devido ao facto de, no procedimento, apenas ter sido apresentada uma proposta, não se colocava qualquer tipo de juízo ou preocupação de natureza concorrencial.
456. Na verdade, a ERSAR "convocou" todo o mercado, quer Nacional (anúncio em Diário da República), quer Europeu (publicidade no JOUE), a participar no procedimento. Porém, infelizmente, a resposta do mercado foi muito "tímida", uma vez que, apenas um operador compareceu à "convocatória", isto é, apenas uma entidade apresentou proposta.
457. Com efeito, as finalidades que a formalidade preterida visava assegurar no procedimento, encontravam-se salvaguardadas por outras circunstâncias do

próprio procedimento, nomeadamente: a apresentação de apenas uma proposta e por esta se mostrar regular.

458. Assim sendo, entramos no campo de aplicação da "teoria das formalidades (não) essenciais", amplamente aplicada pela jurisprudência, de acordo com a qual: uma formalidade essencial (cuja preterição poderia conduzir à invalidade do acto) se degrada em não essencial (ou seja, em mera irregularidade e, por essa razão, sem afetar a validade do acto) se o desiderato que a norma visava proteger se tenha observado ou respeitado, por outro meio, no caso concreto, apesar da sua inobservância.
459. Ou seja, como advoga Rodrigo Esteves de Oliveira⁽⁴²⁾, "em caso de notória inocuidade procedimental ou decisória do incumprimento de formalidades legais ou regulamentares, por a finalidade que se tinha em vista com a sua previsão se ter realizado na mesma, não há aí, pese a sua inobservância, qualquer vício invalidante".
460. Todos as finalidades que o júri prossegue, nomeadamente, respeito pela concorrência, bem como, a correta aplicação da adjudicação, foram asseguradas no caso concreto, pelo que mesmo que, caso se entenda que a dispensa do júri constituiu um vício procedimental, o mesmo não afeta a validade do ato, nos termos postulados pela teoria das formalidades (não) essenciais.
461. Na verdade, a concorrência foi assegurada, no ponto de partida do procedimento, com a devida publicação do anúncio do concurso. Posteriormente, aquando da apresentação de uma única proposta, a necessidade da defesa e promoção da concorrência praticamente desapareceu pela falta de interesse, do mercado, no concurso que fez com que não houvesse competição entre propostas.
462. Por outro lado, como a IGAMAOT teve a oportunidade de atestar, a proposta apresentada cumpria todos os requisitos legais, daí que a mesma tivesse de ser objeto da decisão de adjudicação.
463. Com a apresentação de uma única proposta, não há avaliação de propostas, nem há necessidade de ordenação de propostas, o júri neste caso apenas se limita a

⁴² Estudos de Contratação Pública I, "Os princípios gerais da contratação pública", CEDRIPE, página 110.

verificar a legalidade da proposta para efeitos de admissão da mesma, como foi realizado no nosso caso.

464. Logo, apesar da ausência do júri, o procedimento foi desenrolado e teve o resultado subjetivo e financeiro que obrigatoriamente tinha que ter.
465. Assim, quer a defesa da concorrência, quer a regularidade do procedimento foram observadas no caso concreto e, por essa razão, as finalidades da constituição do júri foram concretizadas, no caso em apreço, não obstante a sua dispensa.
466. Com efeito, mesmo que se considere que a dispensa do júri foi irregular - o que dificilmente se aceitará e entenderá -, naturalmente que se trata de uma mera irregularidade sem qualquer tipo de contágio invalidante na adjudicação e no subsequente contrato.
467. Neste sentido, somos obrigados a ainda a "convocar" para o campo em apreço o princípio que se exprime pela fórmula "utile per inutile non vitiatur".
468. Em Portugal "nasceu" fruto dos Doutrinários das teses substancialistas⁽⁴³⁾, mas desde há muito tempo que o princípio do aproveitamento do ato administrativo tem uma intensa aplicação jurisprudencial⁽⁴⁴⁾.
469. Talvez pela relevância da sua aplicação pelos Tribunais, o princípio do aproveitamento do ato administrativo tenha merecido estatuto legal a partir de 2015 com a aprovação do novo Código do Procedimento Administrativo (CPA)⁽⁴⁵⁾. Na verdade, o n.º 5 do artigo 163.º do "novo" CPA veio oferecer força normativa a um princípio com forte tradição prática nos nossos Tribunais.

⁴³ Por exemplo, Professor Vieira de Andrade, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, 1992, páginas 306 e ss; Rui Manchete, *A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa*, "Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. 3, 2006, página 851 e ss.

⁴⁴ Há mesmo quem se refira ao princípio do aproveitamento do ato administrativo como um verdadeiro costume jurisprudencial. Vide, Edmilson dos Santos Conde, "Algumas reflexões sobre o artigo 163.º n.º 5 do CPA: O "novo" princípio do aproveitamento do acto administrativo", em: E-publica, Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 3 n.º 1 abril, 2016, página 153.

⁴⁵ Sobre o papel da jurisprudência e da doutrina, ver Ana Celeste Carvalho, "A anulação e o Princípio do Aproveitamento do Ato Administrativo", em: *O Novo Código do Procedimento Administrativo*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_novo_CPCA.pdf

470. Sem mais diferimentos, o princípio do aproveitamento do ato administrativo diz respeito a situações em que, em primeira instância, um ato administrativo é inválido porque padece de um vício formal ou material, porém, em última instância, a invalidade é purgada por a lei prever um fundamento que justifica o afastamento do contágio invalidante.
471. No fundo, o afastamento do efeito invalidante só ocorre quando o vício tenha sido irrelevante para o resultado final do procedimento, isto é, que não tenha afetado ou influenciado o conteúdo da decisão final.
472. Este apuramento deve ser realizado através de um exercício de juízo de prognose póstuma capaz de determinar a (in) existência de um nexo causal entre o vício e a sentido da decisão final.
473. A purga anulatória só se verificará caso se conclua que, independentemente, da existência do vício a decisão/resultado final seria o mesmo.
474. Assim, desde 2015, que existe um "poder-dever" de não anulação do ato administrativo, avaliando, no caso concreto de um vício, se encontram preenchidos os requisitos ou os pressupostos legais previstos nas alíneas do n.º 5 do artigo 163.º do CPA.
475. Com efeito, impõe-se apurar se o caso *sub judice* é reconduzido a alguma das situações tipificadas no n.º 5 do artigo 163.º do CPA, concretamente:
"5 - Não se produz o efeito anulatório quando: a) O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível; b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via; c) se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo."
476. Das hipóteses legais reproduzidas e atendendo ao circunstancialismo do caso concreto, julgamos que o mesmo preenche quer a situação descrita na alínea b) quer da alínea c).
477. Ora, como já vimos, as finalidades da constituição do júri foram integralmente alcançadas e observadas no nosso caso.
478. Efetivamente, quer a regularidade do procedimento, quer a salvaguarda e o respeito pelo princípio da concorrência foram indubitavelmente cumpridos e

respeitados no procedimento de concurso público n.º 33_34_35_36_37 – [.....].

479. Por outro lado, também já tivemos oportunidade de comprovar, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo. Na realidade, independentemente da dispensa do júri, o procedimento deveria ter sido adjudicado e devia ter adjudicado à única concorrente – [.....]. Ou seja, a adjudicação teria exatamente o mesmo conteúdo e, de igual forma, o contrato que daí foi celebrado.
480. Assim, como refere o Supremo Tribunal Administrativo no Acórdão, n.º 0161/07, de 22 de maio de 2007, " À face deste princípio não se justifica a anulação de um acto, mesmo que enferme de um vício de violação de lei ou de forma, quando a existência desse vício não se veio a traduzir numa lesão em concreto para o interessado cuja proteção a norma visa, designadamente, no caso de um vício procedimental, quando a sua ocorrência não teve qualquer reflexo no procedimento administrativo".
481. Ademais, atente-se ao próprio regime do artigo 283-º do CCP, segundo o qual o efeito anulatório do vício pode ser afastado do procedimento caso "se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial".
482. Somos da opinião, sem hesitações, que no caso *sub judice* a dispensa do júri não teve qualquer tipo de interferência na escolha do adjudicatário. Ou seja, existindo ou não júri, a adjudicação do procedimento teria sido sempre a favor do mesmo operador económico, na medida em que, foi o único concorrente a apresentar proposta.
483. Na verdade, tendo sido a [.....] o único operador a apresentar proposta no âmbito do concurso público em análise e tendo apresentado a proposta em termos regulares, naturalmente que a opção de adjudicação da ERSAR, independentemente, da existência do júri só podia ser uma, a saber: decisão de adjudicação à proposta apresentada pela única concorrente do procedimento, a [.....].

484. Com efeito, está inequivocamente demonstrado que o vício em causa não implicou uma modificação subjetiva no contrato celebrado, na medida em que, o adjudicatário não poderia ter sido outro que não aquele que efetivamente foi.
485. Por outro lado, a dispensa do júri não também não provocou qualquer tipo alteração essencial ao contrato, uma vez que, a proposta (porque era a única), os valores contratuais e o adjudicatário seriam exatamente os mesmos.
486. Nesse sentido, encontram-se verificados os pressupostos para o afastamento do efeito do anulatório do eventual vício procedimental.
487. Ou seja, mesmo que se considere que o vício procedimental da dispensa do júri acarreta a anulabilidade - o que reforçamos, uma vez mais, nos parece um juízo já por si descabido legalmente -, o ordenamento jurídico diz-nos, por vários mecanismos, que o vício pode gerar uma mera irregularidade do ato, sendo que se o ato for apenas irregular não há invalidade derivada do contrato.
488. Ao longo da presente exposição já atestámos o preenchimento de vários instrumentos legais, nomeadamente, teoria das formalidades não essenciais; o regime do artigo 283.º do CCP; o "utile per inutile non vitiatur", n.º 5 do artigo 163.º do CPA, que afastam a anulabilidade do nosso procedimento e postulam uma mera irregularidade, pelo que não há invalidade derivada do contrato em causa.
489. Finalizamos, porém, a salientar que, para nós, em nome e obediência à celeridade e eficiência administrativa, a solução de afastamento do júri no procedimento não carece de validade, pois a prossecução do interesse público na adjudicação legitimou a opção tomada.

IGAMAOT:

"d) Ainda no âmbito do mesmo procedimento não foi demonstrada, pela ERSAR, evidência de notificação da adjudicação, tal como do envio da minuta do contrato e de solicitação ao adjudicatário da apresentação dos documentos de habilitação, em incumprimento do disposto nos artigos 77.º e 104.º do CCP."

Pronúncia da ERSAR:

490. O procedimento decorreu todo na plataforma, sendo que, por isso, quer a notificação da adjudicação, quer o envio da minuta de contrato, quer a solicitação dos documentos de habilitação, tiveram lugar na plataforma Anogov.
491. Ora, da análise atenta ao *Workflow* do procedimento (que seguirá em anexo), comprova-se e evidencia-se a existência das notificações mencionadas, nomeadamente, nas páginas 9, 10 e 11.
492. Assim, consta do processo todo o tipo de evidências referidas pela IGAMAOT, daí que não exista nenhum tipo de omissão.

Ponto 50 do relatório – Procedimento de ajuste direto n.º 29 -
[.....].

IGAMAOT:

"Também no procedimento de ajuste direto n.º 29 - [.....] ocorreu a dispensa do júri nos termos supracitados, o que consubstancia igualmente vício procedimental e cause de anulabilidade do contrato, nos termos do n.º 2 do artigo 283.º do CCP (Anexo 44).

Pronúncia da ERSAR:

493. No caso em apreço, como veremos, não existe o alegado vício procedimental que a IGAMAOT alega.
494. Antes de mais, a primeira operação a realizar é saber qual a lei aplicável ao caso.
495. Ora, como a decisão de abertura do procedimento foi em 2017, então, aplicamos a redação do CCP em vigor em 2017, ou seja, ainda sem as alterações promovidas pelo Decreto-Lei n.º 117-B/2017, de 31 de agosto.
496. Isto porque, nos termos do artigo 12.º do citado decreto, as suas normas apenas são aplicáveis aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua entrada em vigor, ou seja, após 1 de janeiro de 2018, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos.
497. Localizada a lei aplicável ao caso, importa averiguar a concreta configuração que o procedimento adotou, com vista a aclarar a matéria do júri "aqui em jogo".

498. O procedimento lançado foi o de ajuste direto, mas com a particularidade de terem sido convidadas mais que uma entidade.
499. Nesse sentido, na informação da decisão de abertura do procedimento foi proposto e nomeado a constituição de um júri para o procedimento.
500. Posteriormente, findo o prazo para a apresentação de propostas, constatou-se que apenas uma entidade apresentou proposta.
501. Face ao exposto, atente-se ao plasmado no n.º 1 do artigo 67.º do CCP: "**Salvo no caso de ajuste direto em que tenha sido apresentada uma única proposta**⁽⁴⁶⁾, os procedimentos para a formação de contratos são conduzidos por um júri, designado pelo órgão competente para a decisão de contratar, composto, em número ímpar, por um mínimo de três membros efetivos, um dos quais presidirá, e dois suplentes."
502. Com efeito, como se pode comprovar existe previsão legal para que no caso *sub judice* o júri fosse dispensado, na medida em que se tratou de um ajuste direto e apenas foi apresentada uma proposta.
503. Ainda, no caso concreto, tem aplicação o artigo 125.º do CCP, segundo o qual "**Quando tenha sido apresentada uma única proposta**⁽⁴⁷⁾., compete aos serviços da entidade adjudicante pedir esclarecimentos sobre a mesma e submeter o projeto da decisão de adjudicação ao órgão competente para a decisão de contratar, sendo que não há lugar às fases de negociação e de audiência prévia, nem à elaboração dos relatórios preliminar e final, podendo, porém, o concorrente ser convidado a melhorar a sua proposta" (vide o n.º 1 e 2 do artigo 125.º do CCP)".
504. Em suma, concluímos que o procedimento ajuste direto n.º 29 – [...], não padece de qualquer tipo de vício, visto que a dispensa do júri era legalmente admissível e até aconselhável, por razões de eficiência.

Ponto 51 do Relatório - Procedimento por ajuste direto n.º 3 – [...]

⁴⁶ Negritos e sublinhados da nossa autoria.

⁴⁷ Negritos e sublinhados da nossa autoria.

IGAMAOT:

"Apurou-se existir desconformidade entre o conteúdo das propostas e o exigido pelo caderno de encargos (CE), uma vez que a primeira não faz qualquer referência aos requisitos fixados na cláusula 31.ª do CE, designadamente: aos indicadores do PENSAAR 2020, à análise de fatores que justificam eventuais diferenças entre os padrões de custos operacionais e aos custos de tratamento das águas (Anexo 18).

Esta desconformidade apesar de devidamente reconhecida pela ERSAR, não acarretou qualquer consequência. Ora, sabendo-se que o contrato a celebrar implicaria a não observância daqueles requisitos, deveria a proposta ter sido excluída ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, o que, não tendo ocorrido, inquina o ato de adjudicação de ilegalidade, e, conseqüentemente, o contrato de anulabilidade, nos termos do n.º 2 do artigo 283.º e do n.º 1 do artigo 284.º, ambos do CCP."

Pronúncia da ERSAR:

505. Relativamente a esta questão, não podemos deixar de manifestar surpresa pelo facto de a IGAMAOT ter baseado a sua posição numa avaliação meramente técnica da proposta realizada por um recurso da ERSAR com perfil técnico e não jurídico.
506. Da análise técnica realizada pela nossa colaboradora, é imprescindível que a mesma seja objeto de uma análise e leitura jurídica.
507. Na realidade, por via de uma apreciação jurídica de todos os elementos do procedimento relevantes na problemática aqui presente, facilmente se concluirá, como em seguida veremos, que não há qualquer motivo para a exclusão da proposta.
508. Mas vamos por partes.
509. Em primeiro lugar, cumpre atender, antes de mais, ao disposto na cláusula sexta do caderno de encargos (CE) com a epígrafe "Documentos que instruem a proposta".
510. Esta cláusula é importantíssima, visto que é através do seu conteúdo que identificamos o que o concorrente era obrigado a apresentar na sua proposta.
511. Vejamos então o plasmado na citada cláusula:
- A proposta deve ser instruída com os seguintes documentos:
 - Declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I do CCP;

- Documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, caso essa situação se verifique.
- Sem prejuízo do disposto no número anterior deverão, ainda, figurar na proposta os seguintes elementos:
- Preço total, com base nas especificações dos pontos anteriores, com indicação expressa da não inclusão de IVA, da taxa de IVA aplicável e das condições e prazos de pagamento;
- Metodologia e faseamento para a realização dos trabalhos;
- Número e duração de reuniões de trabalho com a ERSAR;
- Constituição da equipa técnica.

512. Assim, sumariamente, o concorrente, na sua proposta, tinha de apresentar os seguintes elementos/dados: a declaração de aceitação do caderno de encargos; o preço; a metodologia e o faseamento para a realização de trabalhos; número e duração de reuniões de trabalho e constituição da equipa.

513. Ora, da proposta apresentada constam todos os elementos solicitados.

514. Aliás, esta conclusão também consta da análise à proposta efetuada pela colaboradora da ERSAR, [.....], onde se pode ler o seguinte: "Numa apreciação global, a proposta apresentada pelo [.....] cumpre os requisitos do Caderno de Encargos, nomeadamente em termos dos objetivos e conteúdo do estudo a desenvolver, do faseamento e cronograma propostos para a sua realização e da apresentação de relatórios intercalares, do relatório final e da aplicação informática".

515. Face ao exposto, confirmamos que todos os elementos solicitados no caderno de encargos foram apresentados pelo concorrente na sua proposta.

516. Nas palavras da IGAMAOT "*apurou-se existir desconformidade entre o conteúdo das propostas e o exigido pelo caderno de encargos (CE), uma vez que a primeira não faz qualquer referência aos requisitos fixados na cláusula 31.ª do CE, designadamente: aos indicadores do PENSAAR 2020, à análise de fatores que justificam eventuais diferenças entre os padrões de custos operacionais e aos custos de tratamento das águas*".

517. A primeira nota a assinalar é a de que **uma desconformidade implica algo contrário entre o conteúdo da proposta e o exigido pelo caderno de encargos.**

518. Assim sendo, o fundamento apontado pela IGAMAOT para dizer que existe uma desconformidade, nomeadamente (...) *a primeira não faz qualquer referência aos requisitos fixados na cláusula 31.ª do CE, designadamente: aos indicadores do PENSAAR 2020, à análise de fatores que justificam eventuais diferenças entre os padrões de custos operacionais e aos custos de tratamento das águas*", não constitui uma desconformidade, pois o concorrente não diz nada em contrário ao CE, não viola em momento algum o disposto no CE.
519. No limite, podíamos estar perante uma omissão.
520. No entanto, questionamos o seguinte: No convite a apresentação de propostas ou no caderno de encargos em algum momento a ERSAR exige que o concorrente se pronuncie sobre o conteúdo da cláusula 31.ª do CE que tem como epígrafe "Objetivos"?
521. A resposta é objetiva: não.
522. Questionamos ainda se existe alguma norma no Código dos Contratos Públicos que exija que os concorrentes se pronunciem sobre todo o conteúdo do caderno de encargos?
523. Também é evidente que não.
524. Portanto, o facto de o concorrente na sua proposta não se pronunciar pela matéria presente na cláusula 31.ª do CE, nem sequer se trata de uma omissão, na medida em que, apenas existe uma omissão quando existe algo em falta.
525. Ora, no caso em apreço, não existe nenhum elemento em falta.
526. O concorrente não se pronunciou sobre a citada cláusula porque não lhe era exigido que se pronunciasse.
527. A IGAMAOT alega que a proposta devia ter sido objeto de exclusão, ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, pelo que vejamos o que está consagrado no preceito mencionado:
- "2 - São excluídas as propostas cuja análise revele:*
- (...)*
- b) **Que apresentam atributos que violem** os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições **que violem** aspetos da*

execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 4 a 6 e 8 a 11 do artigo 49.º⁽⁴⁸⁾".

528. Ou seja, para mobilizar este motivo de exclusão de uma proposta **é conditio sine qua non que haja alguma violação ao caderno de encargos ou a aspetos de execução do contrato não submetidos à concorrência.**
529. Com efeito, questionamos, uma vez mais, a proposta apresentada pela [.....] viola/contraria algum aspeto do CE?
530. A resposta é claramente não.
531. **A proposta apresentada no procedimento em momento algum viola o que quer que seja do CE. Nenhum elemento da proposta é desconforme, contrário ou está em contraposição com o CE.**
532. Note-se, aliás, que mesmo da análise técnica efetuada pela nossa colaboradora, em nenhum momento, é dito que existe algo na proposta que viola ou é desconforme ao caderno de encargos.
533. Com efeito, ao contrário do que a IGAMAOT postula, não existe qualquer motivo, nem fundamento para excluir a proposta apresentada.
534. Mesmo que a IGAMAOT entenda, sinceramente não percebemos como, que a proposta seja omissa em algum aspeto, a solução nunca poderia passar pela exclusão da proposta.
535. De facto, não olvidar que um dos elementos que os concorrentes têm de apresentar, aquando da apresentação das propostas é, nos termos do artigo 57.º do CCP, a declaração de aceitação do caderno de encargos (anexo I do CCP).
536. Por intermédio da declaração do Anexo I, o concorrente aceita, sem reservas, todo o clausurado do CE.
537. Logo se, no caso concreto, estivéssemos numa situação de omissão de pronúncia por parte do concorrente a algum aspeto do CE, o "caminho legal" a seguir seria o de fazer valer a declaração de aceitação do caderno de encargos.
538. Ademais, por outro lado, recordar ainda outras duas normas do CCP que poderiam ser "convocadas" e que são relevantes na problemática em estudo.

⁴⁸ Negritos e sublinhados da nossa autoria.

539. Por um lado, o artigo 96.º n.º 5 do CCP que prevê que, em caso de divergência entre o CE e a proposta, prevalece o CE.
540. Com efeito, mesmo no caso de algumas desconformidades entre o CE e a proposta, o CCP dispõe de uma regra de prevalência suscetível de sanar violações menores.
541. Como refere o Professor Pedro Gonçalves "*é desproporcionada a sanção de exclusão de uma proposta especialmente ditada para prevenir um problema que a lei resolve*".
542. Ou seja, mesmo em alguns casos de divergências entre o conteúdo da proposta e o disposto no CE, o artigo 70.º n.º 2 alínea b) do CCP pode não ser com vista a excluir a proposta, uma vez que o próprio regime legal prevê mecanismos que permitem ainda salvar a proposta que padeça de alguma patologia não grave.
543. Por fim, é, ainda, de frisar que, nos termos do artigo 96.º n.º 2 do CCP, o CE faz parte integrante do contrato.
544. Destarte, mesmo que, no caso concreto, houvesse uma omissão (o que não é o caso, porque não foi solicitado ao concorrente que se pronunciasse sobre a matéria da cláusula 31.º do CE), a parte do CE omitida iria sempre fazer parte do contrato.
545. Daí, aliás, a lógica e o sentido de o concorrente não ter que se pronunciar sobre todos os aspetos do caderno de encargos, uma vez que o articulado desta peça é sempre integrado no contrato.
546. Face ao exposto, como vemos, antes de chegar à opção de exclusão de uma proposta, devemos antes verificar se o próprio regime jurídico relevante neste domínio permite outro tipo de soluções, outros "caminhos menos repressivos".
547. E, na matéria *sub judice*, existem várias considerações e avaliações a fazer antes de propor a exclusão da proposta.
548. Note-se, todavia, que no nosso caso concreto nem seriam necessárias aquele tipo de análises, isto porque a proposta estava totalmente "limpa".
549. Isto é, não padecia de qualquer vício, integrava todos os elementos solicitados no caderno de encargos e em momento algum violou ou contradisse o disposto no clausulado do CE.
550. Na verdade, o exercício que a IGAMAOT fez foi unicamente de se agarrar a uma avaliação técnica (aliás, muito bem realizada) por uma colaboradora da ERSAR, mas

"despida" de qualquer visão jurídica e, por esta via, postular que a proposta devia ser excluída.

551. Naturalmente, que uma avaliação técnica dum proposta posteriormente carece de um "olho jurídico", com vista a se poder averiguar da sua conformidade ou desconformidade legal.
552. Ora, através dum análise jurídica de todos os elementos do processo, peças e proposta, a conclusão só pode ser uma: não existe qualquer motivo/fundamento legal para a proposta ser excluída.
553. Note-se, aliás, que mesmo da análise técnica, na qual a IGAMAOT alicerça o seu entendimento, não se poderia concluir o que a IGAMAOT concluiu de haver motivo para excluir a proposta, isto porque a colaboradora da ERSAR em momento algum diz que há uma violação ou contradição entre a proposta e o CE.
554. Logo, mesmo pela leitura da análise técnica da proposta, esta não poderia ser excluída.
555. Para este efeito, importa não esquecer a aplicação do artigo 70.º n.º 2 alínea b) do CCP, que pressupõe que haja violação da proposta ao CE, o que claramente não ocorreu no nosso caso.
556. Em suma, a proposta apresentada encontra-se totalmente conforme com o que foi solicitado e não viola nenhum aspeto das peças do procedimento.
557. Portanto, a proposta não padecia de nenhum fundamento legal para ser excluída, muito pelo contrário, a proposta tinha "via verde" legal para ser admitida no procedimento e, posteriormente, ser objeto de adjudicação.

Ponto 52 do Relatório - Procedimento por ajuste direto n.º 8 – [.....]

IGAMAOT:

"carece da devida fundamentação quanto à escolha do adjudicatário aquando da decisão de contratar (Anexo 23)."

Pronúncia da ERSAR:

558. Importa realçar, desde logo, que este procedimento foi aberto pela primeira vez ainda durante o mandato do anterior Conselho de Administração da ERSAR.
559. Ora, uma vez que o procedimento, ou seja, os serviços prestados, transitaram do anterior Conselho de Administração, aquando do termo do contrato, o novo Conselho de Administração verificou que a necessidade se mantinha e que o serviço prestado era meritoso, pelo que decidiu contratar novamente, nos mesmos termos.
560. Não obstante, no que respeita à problemática aqui em apreço, é entendimento da ERSAR que, salvo o devido respeito, IGAMAOT baralha/confunde alguns conceitos, nomeadamente: decisão de contratar, escolha da entidade a convidar proposta, escolha da entidade adjudicatária.
561. São decisões/escolhas sobre aspetos muito distintos, tomadas em momentos processuais diferentes, com incomparáveis efeitos jurídicos, justificações, regimes e natureza díspares.
562. Assim, são decisões/escolhas que não podem ser confundidas, pelo que urge, antes de mais, em nome do rigor jurídico, aclarar, em primeiro lugar, em que consiste cada uma dessas decisões/escolhas.
563. Iniciaremos com a decisão de contratar pois, de todas as decisões a tomar pelo órgão competente, é temporalmente a primeira a ter que ser tomada e que marca o início do procedimento.
564. Quanto à natureza jurídica da decisão de contratar, recorreremos aos sempre valiosos ensinamentos dos Professores Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁴⁹, segundo os quais *"trata-se, ainda, em qualquer dos casos, de decisões jurídicas internas, porque para o exterior da pessoa coletiva, até agora, não "passou" nada. E enquanto não "passar", ninguém tem direitos ou deveres em relação a ela, ninguém pode aceitar ou rejeitar essa decisão ou opô-la à Administração. O órgão que tomou a decisão ou deliberação pode, horas ou semana depois, decidir diferentemente – que afinal, não há obra, (...) que, em vez do ajuste direto, se deve*

⁴⁹ *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Almedina, Coimbra, 1998, página 235 e ss.

optar por um concurso público – que, externamente, ainda ninguém tem nada com isso"⁽⁵⁰⁾.

565. É por via desta decisão que o órgão competente para a decisão de contratar: conclui e identifica a existência de uma necessidade que é preciso satisfazer, define o que se pretende e em que termos para colmatar a necessidade, verifica se não dispõe de recursos próprios para o efeito e decide ter que ir ao mercado satisfazer a necessidade.
566. Como muito bem sintetiza o Professor Pedro Gonçalves⁽⁵¹⁾, "*a decisão de contratar reclama ponderações de vária ordem, por ex., (...) custos de transação, custos financeiros do próprio contrato, ou seja, de todas as exigências financeiras e orçamentais que a contratação vai implicar. Por outro lado, a decisão de contratar deve delimitar de forma objetiva o objeto do contrato, daí que seja indispensável uma reflexão séria e completa que seja capaz de permitir identificar e avaliar corretamente as necessidades levantadas e a melhor forma de as satisfazer. Ao órgão competente compete então na decisão de contratar constatar os seguintes elementos: identificar a necessidade; explicar o porquê dessa necessidade; sustentar bem a delimitação do objeto; proceder ao enquadramento da despesa, justificar e demonstrar a razão de ser do valor da despesa associado*".
567. Ora, o fim e o alcance da decisão de contratar não abrange a matéria da escolha das entidades a convidar a apresentar proposta.
568. A decisão de contratar, efetivamente, não trata e não está relacionada com esse domínio.
569. A escolha das entidades a convidar é uma reflexão já posterior à decisão de contratar e é uma escolha/decisão autónoma daquela.
570. Portanto, a ERSAR, na decisão de contratar, não tinha de tratar, nem de se pronunciar sobre a escolha das entidades a convidar.
571. A ERSAR devia, como fez, identificar a necessidade, justificar o porquê dessa necessidade e definir bem o objeto contratual capaz de satisfazer a necessidade identificada.

⁵⁰ Também o Professor Pedro Gonçalves classifica a decisão de contratar como um ato meramente interno, sem projeção fora da esfera da entidade adjudicante. Em: *Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, página 403.

⁵¹ *Direito dos Contratos Públicos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, página 394.

572. Todos estes elementos foram ponderados e constam da decisão de contratar do processo em estudo.
573. Por outro lado, a IGAMAOT refere no relatório que a decisão de contratar devia ser fundamentada.
574. Ora, relativamente a este aspeto devemos registar, desde logo, que a decisão de contratar deste procedimento foi tomada em 2017, logo, a lei aplicável ao procedimento é anterior o CCP ainda não reformado pelo Decreto-lei n.º 111-B/ de 31 de agosto de 2017.
575. Segundo o "antigo" artigo 36.º do CCP, 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, podendo essa decisão estar implícita nesta última.
576. Veja-se agora a redação do reformado artigo 36.º do CCP fruto da reforma ao CCP que entrou em vigor: "*O procedimento de formação de qualquer contrato inicia -se com a decisão de contratar, a qual deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, podendo essa decisão estar implícita nesta última*"⁽⁵²⁾.
577. Face à reprodução legal, comprovamos que existe uma grande diferença, ao nível da fundamentação, entre a redação em vigor até 2017, que é aplicável a este contrato, e a redação em vigor desde 2018, a saber: só a partir de 2018 é que o legislador considerou e, por essa razão, consagrou legalmente, o dever de fundamentação da decisão de contratar.
578. Ou seja, até 2018, o legislador dispensou as entidades adjudicantes de fundamentarem a sua decisão de contratar.
579. Por conseguinte, a fundamentação acima explicitada, já era mais do que suficiente para refutar por completo toda a alegação da IGAMAOT neste processo.
580. Isto porque, por um lado a decisão da escolha da entidade a convidar ou do adjudicatário não cabe no domínio ou no âmbito da decisão de contratar e, por outro lado, como atestámos, a decisão de contratar de 2017 não tinha de ser fundamentada.

⁵² A qual deve ser fundamentada.

581. Não obstante, seguiremos a nossa exposição em homenagem ao rigor jurídico que deve estar sempre em todo o raciocínio e alegação jurídica e que, pelo menos, a ERSAR, a si mesma, o exige.
582. A par da decisão de contratar, ocorre paralelamente a decisão de escolha do procedimento e é esta que tinha e que continua a ter que ser fundamentada.
583. Veja-se o disposto no artigo 38.º do CCP: "*A decisão de escolha do procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no presente Código, **deve ser fundamentada** e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar*"⁽⁵³⁾.
584. Ora, esta decisão incide sobre o caminho, isto é, o tipo de procedimento a adotar com vista a aquisição pretendida.
585. Esta decisão deve ser fundamentada pelo critério geral do valor do contrato ou pelos critérios materiais da escolha do procedimento.
586. Os dois grandes critérios que presidem à escolha do tipo de procedimento. Naturalmente que consta do procedimento em análise a devida fundamentação.
587. A fundamentação desta decisão consta da instrução do processo, concretamente, da informação de abertura do procedimento.
588. Posteriormente e diferentemente surge a escolha da entidade ou entidades a convidar a apresentar proposta.
589. Esta escolha, como o próprio nome indica, consiste apenas na escolha das entidades a convidar para participarem no procedimento, através da apresentação de uma proposta.
590. Apesar de, de forma surpreendente, a IGAMAOT no relatório nunca se referir a esta decisão/escolha, julgamos que é precisamente a esta decisão que se quer referir.
591. Relativamente a esta decisão não encontramos na lei qualquer tipo de obrigação ou dever de fundamentação para a escolha das entidades a convidar.
592. Na verdade, ao contrário, por exemplo da decisão do tipo de procedimento, em nenhum preceito legal encontramos referência à necessidade de fundamentação desta escolha.
593. Efetivamente, no que concerne à escolha das entidades a convidar a apresentar proposta, a lei estabelece apenas as regras previstas no artigo 113.º do CCP e o

⁵³ Sublinhados e negritos da nossa autoria.

número de entidades a convidar para o ajuste direto e para a consulta prévia no artigo 111.º do CCP.

594. Ou seja, a decisão da escolha das entidades a convidar a apresentar proposta apenas deve espelhar e observar o cumprimento dessas regras.
595. Caso a decisão cumpra o critério do número das entidades a convidar e as entidades a convidar possam, nos termos do artigo 113.º do CCP, ser convidadas, não pode ser apontado qualquer vício à decisão.
596. Sobre esta matéria, vide a crítica ao legislador reformador por parte do Professor Rui Medeiros, para quem *"de facto numa má solução, o n.º 1 do artigo 112.º admite, simplisticamente, que a entidade adjudicante escolha livremente, sem necessidade de explicitar qualquer critério de escolha, as entidades a convidar. Por isso o legislador deveria, por exemplo, ter exigido a explicitação numa decisão fundamentada do critério subjacente à opção da entidade adjudicante de convidar as concretas entidades selecionadas"*⁽⁵⁴⁾.
597. Portanto, o conteúdo e o sentido da crítica do citado Professor valida e comprova o nosso entendimento de que a escolha dos operadores a convidar para um determinado procedimento não tem que ser justificada, na medida em que, lei não o exige.
598. Na realidade, no nosso caso, o cumprimento das regras é evidente, pelo que não existe qualquer tipo de irregularidade na decisão tomada pela ERSAR.
599. A lei não obriga a um dever de fundamentação quanto a esta decisão/escolha, logo, a IGAMAOT não pode identificar qualquer tipo de irregularidade neste campo.
600. Recordamos, no entanto, que, uma vez que, o procedimento, ou seja, os serviços prestados, transitaram do anterior CA, o atual CA apenas constatou que, aquando do término do contrato, a necessidade se mantinha e que o serviço prestado era meritoso, pelo que, de forma perfeitamente lógica e natural, decidiu novamente contratar, nos mesmos termos.
601. Isto é, mantendo o mesmo objeto contratual e convidar a mesma entidade.
602. A justificação é muito simples, a entidade convidada a apresentar proposta tinha prestado o serviço objeto do contrato na ERSAR, sendo que, para ter sido

⁵⁴ Em: "Strees tests à revisão do CCP", in: *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, página 39.

novamente convidada, é porque, naturalmente, a ERSAR estava satisfeita com o trabalho prestado.

603. Por fim, temos a decisão da escolha adjudicatária que, na realidade, se traduz na entidade sobre a qual recai a decisão de adjudicação.
604. A IGAMAOT refere-se, erradamente, julgamos nós, por diversas vezes, à escolha da entidade adjudicatária.
605. Ora, esta escolha resulta da análise e avaliação das propostas e da aplicação do critério de adjudicação.
606. Nas palavras da IGAMAOT: "*a escolha da entidade adjudicatária deve ser fundamentada por critérios objetivos e não por motivos de mera conveniência*".
607. Não se compreende o sentido desta consideração, pois a escolha da entidade adjudicatária é fruto duma análise e avaliação da proposta apresentada.
608. Ora, dessa análise e avaliação concluiu-se que a proposta era regular e cumpria as exigências do CE, daí que a mesma tenha sido admitida no procedimento e objeto de proposta de adjudicação.
609. A tarefa de análise e avaliação da proposta, bem como a averiguação da sua conformidade com o CE é de uma enorme objetividade.
610. Logo, é incompreensível a posição da IGAMAOT nesta matéria.
611. A decisão da escolha da entidade adjudicatária é justificada pelo facto de a sua proposta cumprir com todos os requisitos legais e por observar todas as exigências estabelecidas pela ERSAR para a execução dos serviços.
612. É por estas razões que a entidade adjudicatária foi escolhida.
613. Aliás, é a própria lei que determina as regras para que uma concorrente seja a adjudicatária do procedimento.
614. No caso concreto, o concorrente [.....] apresentou a sua proposta e após análise e avaliação da mesma, a ERSAR apurou que a mesma cumpria com a lei e exigências do CE, conseqüentemente, a mesma foi objeto da decisão de adjudicação.
615. Portanto, o fundamento para a escolha da entidade adjudicatária está na regularidade da sua proposta com a lei e requisitos das peças do procedimento.
616. A escolha é realizada de acordo com os critérios legais vigentes nestas matérias e não por conveniência, naturalmente.

617. Noutro sentido, também não se entende a seguinte referência por parte da IGAMAOT no relatório: "carece da devida fundamentação quanto à escolha do adjudicatário aquando da decisão de contratar".
618. A decisão da escolha do adjudicatário ocorre num momento procedimental posterior à decisão de contratar.
619. Esta ocorre no início do procedimento, marcando, aliás, o princípio do procedimento.
620. A decisão de adjudicação acontece na "reta final" do procedimento.
621. Com efeito, são decisões insuscetíveis de acontecerem ao mesmo tempo, são, aliás, decisões, do ponto vista temporal e conceptual, opostas, uma marca o início do procedimento, a outra determina o fim do processo de adjudicação.
622. Se a IGAMAOT pretende referir-se à escolha da entidade para convidar a apresentar proposta, também é uma alegação que peca por legitimidade ou sustentação legal, pois, como vimos, a decisão da escolha da entidade a convidar não faz parte do âmbito da decisão de contratar e, principalmente, é uma escolha que não tem de ser fundamentada à luz do CCP, quer do antigo, quer do reformado.
623. Noutro sentido a IGAMAOT, certamente diríamos nós, por não encontrar nenhum preceito legal no CCP para sustentar a sua crítica de falta de fundamentação na escolha da entidade a apresentar proposta (e não na decisão da entidade adjudicatária), procurou então uma última "boia" legal no CPA que pudesse de alguma forma sustentar a sua posição.
624. Todavia, o seu esforço na procura de uma base legal para a sua alegação vai, como veremos, demonstrar-se totalmente inglório.
625. Atente-se ao disposto no artigo 151.º do CPA no que toca ao dever de fundamentação:
- 1 - Sem prejuízo de outras referências especialmente exigidas por lei, devem constar do ato: (...) A fundamentação, **quando exigível**;⁽⁵⁵⁾.
626. Ora, a própria lei consagra o dever de fundamentação, apenas quando seja exigível.

⁵⁵ Negritos e sublinhados da nossa autoria.

627. Como já tivemos oportunidade de atestar, não existe nenhuma norma no CCP que obrigue uma entidade adjudicante a fundamentar as suas escolhas quanto à(s) entidade(s) a convidar para apresentar proposta num determinado procedimento.
628. Destarte, é o próprio CPA que também desobriga a ERSAR, no caso e na matéria *sub judice*, de proceder a qualquer tipo de fundamentação.
629. A "salvação" do entendimento da IGAMAOT sobre esta matéria poderia estar no disposto no artigo 152.º do CPA.
630. Contudo, vide o plasmado no mencionado preceito:

«Artigo 152.º

Dever de fundamentação

"1 - Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os atos administrativos que, total ou parcialmente: a) Neguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções;

b) Decidam reclamação ou recurso;

c) Decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial;

d) Decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais;

e) Impliquem declaração de nulidade, anulação, revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior.

2 - Salvo disposição legal em contrário, não carecem de ser fundamentados os atos de homologação de deliberações tomadas por júris, bem como as ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos em matéria de serviço e com a forma legal.»

631. Face ao texto legal reproduzido, concluímos, com enorme naturalidade, que nenhuma das alíneas se aplica ao nosso caso concreto.
632. Muito pelo contrário, a maioria destas alíneas tem como desiderato obrigar a um dever de fundamentação caso o ato possa ser negativo, lesivo ou contra os interesses ou aspirações do seu destinatário.

633. No nosso caso, acontece completamente o oposto.
634. O destinatário do ato, o Senhor [.....], recebeu um convite para poder participar num procedimento pré-contratual.
635. Ou seja, aquilo que a IGAMAOT pretendia que fosse a sua "boia legal" para fundamentar a sua alegação é, na verdade, mais um argumento revelador da falta de razão da IGAMAOT.
636. Em suma, e após reposto o rigor jurídico e conceptual da matéria aqui em análise, concluímos, de forma indiscutível, que não assiste o mínimo de razão e validade nas alegações apontadas pela IGAMAOT. O procedimento encontra-se construído de forma totalmente regular e com as fundamentações exigidas.

Ponto 53 do Relatório - Procedimento de concurso público n.º 30 – [.....]

IGAMAOT:

"É omissa a fundamentação da decisão da não contratação por lotes, incumprindo o disposto no n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP."

Pronúncia da ERSAR:

637. No procedimento de concurso público n.º 30 - [.....] constatamos, na verdade, que não se procedeu como deveria ter sido feito, nos termos do novíssimo n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP, à justificação da não contratação por lotes.
638. Admitido o lapso, impõe-se apurar se o mesmo assume alguma gravidade e se é suscetível de acarretar alguma consequência.
639. Para o efeito, importa, desde logo, atender ao disposto no n.º 2 do artigo 46.º A do CCP, que determina:2 — *Na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135 000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500 000, a decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada, constituindo fundamento, designadamente, as seguintes situações:*

a) Quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incindíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante;

b) Quando, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante."

640. Posto isto, percebemos que o próprio preceito legal avança, de forma exemplificativa, alguns fundamentos para a decisão de não contratação por lotes.

641. Assim sendo, compete-nos averiguar se, no caso concreto, existia ou não fundamento para uma decisão de não contratação por lotes.

642. Para isso, recordemos o objeto contratual aqui em causa: Aquisição de serviços de manutenção aplicacional corretiva e evolutiva do Portal ERSAR", que abrange, sumariamente, o seguinte: "a) Desenvolvimento aplicacional evolutivo do Portal ERSAR, de acordo com o levantamento de necessidades e respetivos requisitos funcionais/técnicos devidamente identificados na Clausula Vigésima Sétima no Caderno de Encargos do procedimento; b) Manutenção aplicacional corretiva das funcionalidades já existentes no atual portal ERSAR".

643. Desde logo é fácil perceber que estamos presente um objeto contratual muito particular, maioritariamente técnico e de enormíssima complexidade.

644. O que, de seguida, se vai avaliar e perceber é se o objeto contratual "aqui emjogo" era passível ou não de ser dividido em lotes.

645. Se bem que avançamos, desde já, que o objeto contratual do procedimento de concurso público n.º 30 – [...], pela sua própria natureza e características particulares não era suscetível de ser dividido em partes, isto é, em lotes.

646. Mas vejamos a explicação técnica: Por um lado, o objeto sobre o qual os desenvolvimentos se realizam é, objetivamente, um e único, incindível, não podendo a separação das atividades a) e b) ser realizada.

647. De facto, a eventual separação daquelas atividades conduziria a um enorme risco de introduzir desenvolvimentos antagónicos, por desenvolvimento realizado por equipas distintas, mesmo considerando atividades de análise funcional e técnica suficientemente finas e detalhadas que permitissem essa divisão, pois o desenvolvimento da atividade de programação/codificação é diretamente

dependente de estilos individuais e de técnicas de gestão de projetos, inconciliáveis e de difícil alinhamento.

648. É, portanto, fundamental concentrar as atividades de Engenharia de Software (análise, desenho e desenvolvimento) numa mesma entidade.
649. Compreenda-se que a tecnologia utilizada, [.....], permite uma abordagem de desenvolvimento AGILE, eventualmente segregando o desenvolvimento de funcionalidades entre equipas de desenvolvimento distintas.
650. No entanto, a lógica de projeto proposta, na fase de candidatura à participação SAMA, ditou a definição *a priori* de todos os requisitos, levando a que a abordagem de execução de projeto tivesse de ser feita em projeto de abordagem clássica, *plan driven*, e logo de forma concentrada numa única equipa.
651. Por outro lado, na fase de pós-produção, a atribuição de responsabilidades decorrentes da garantia associada aos referidos desenvolvimentos fica absolutamente comprometida se se separarem as atividades a) e b), considerando que o objeto é incindível, não sendo possível atribuir essas responsabilidades de forma clara às entidades envolvidas, considerando que alterações em determinadas zonas do objeto podem condicionar o correto funcionamento de outras zonas do mesmo objeto, pela lógica subjacente de ser única e una e portanto ser suscetível de ser afetada pela introdução de lógicas locais distintas, quer em termos de estruturas de dados, quer em termos de abordagens algorítmicas, decorrentes de serem desenvolvidas por entidades distintas.
652. Como exemplo, em sistemas críticos (como é o caso, por exemplo, do software de aviação), os sistemas são desenvolvidos na sua globalidade, de forma individual, por entidades distintas. A introdução de sistemas redundantes diminui a possibilidade de falha das funcionalidades e nunca é permitido o desenvolvimento de um sistema por mais do que uma entidade.
653. Por outro lado, a introdução de equipas de desenvolvimento em paralelo constituiria um risco adicional de desenvolvimentos conflitantes, em termos de lógica de processamento e em termos de lógica de tratamento de dados.
654. Dita a boa prática de desenvolvimento de software que, caso a abordagem de desenvolvimento seja feita recorrendo a uma abordagem clássica, *plan driven*, em cascata, como foi o caso, os desenvolvimentos devem ser alocados à mesma

entidade pois as fases do projeto são estruturadas na sequência lógica do desenvolvimento: análise, desenho, desenvolvimento e testes.

655. Com esta abordagem, separar o desenvolvimento de funcionalidades por equipas distintas aumenta o risco de desenvolvimentos incoerentes entre equipas e a introdução de erros no código, levando a custos de desenvolvimento adicionais decorrentes das correções necessárias, com os associados atrasos.
656. Por ultimo, tornar-se-ia extremamente difícil identificar responsabilidades com equipas distintas a aceder e manipular o código interconectado.
657. No caso de identificação de erros em produção, a equipa de desenvolvimento evolutivo poderia responsabilizar a equipa de manutenção corretiva e vice-versa.
658. Dita a boa prática que estes desenvolvimentos sejam realizados, em paralelo, pelas mesmas equipas, debaixo da mesma coordenação e gestão de projeto.
659. Em suma, o caso *sub judice* configura, claramente, uma das situações que o próprio legislador avançou na lei, no n.º 2 do artigo 46.º A do CCP, como fundamento para a decisão de não contratação por lotes, a saber: "*Quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incidíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante;*".
660. O objeto e situação do procedimento em estudo é, sem dúvida, como explicámos e demonstrámos *supra*, enquadrável na previsão legal reproduzida, na medida em que é manifestamente incidível e a sua, eventual, divisão em lotes causaria certamente enormes riscos e graves inconvenientes de diversa natureza à ERSAR, nomeadamente temporal com atrasos decorrentes da resolução de problemas adicionais ocorridos e decorrentes da abordagem escolhida, risco acrescido de introdução de erros, levando a tempo adicional de correção e custos acrescidos associados a essa mesma correção, para além da imagem pouco credível do software e, no limite da ERSAR, para com as entidades do setor, nomeadamente junto das entidades reguladas.
661. Colocando, desse modo, em sério risco, a prossecução do interesse público.
662. Concluímos, portanto, que, independentemente da omissão na justificação da não contratação por lotes, o procedimento em apreço nunca poderia ser dividido em lotes, por impossibilidade técnica.

663. Com efeito, se a configuração do procedimento seria obrigatoriamente a mesma, isto é, a sua não divisão em lotes, a omissão que se cometeu não afetou o princípio da concorrência e da igualdade.
664. Isto porque, o resultado seria sempre e obrigatoriamente o mesmo: a não divisão do objeto contratual em lotes por impossibilidade natural e inerente ao próprio objeto.
665. Assim sendo, quer o princípio da concorrência, quer o princípio da igualdade não se podem sentir "diminuídos ou comprimidos" pela falta da fundamentação identificada, na medida em que o concreto "desenho " seria sempre igual: a não contratação por lotes.
666. Neste âmbito e perante este contexto, devemos "convocar" outros elementos que nos conduzem a outro tipo de considerações de extrema utilidade e relevância jurídica e que permitirão concluir pela não gravidade da "falta".
667. Nesse sentido, atente-se ao regime do artigo 283.º do CCP, segundo o qual o efeito anulatório do vício pode ser afastado do procedimento caso "*se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial*".
668. Nesse sentido, é imprescindível apurar se a falta de fundamentação da não contratação por lotes implicou algum tipo de modificação subjetiva no contrato celebrado, isto é, se o adjudicatário podia ter sido outro operador económico e, por outro lado, se provocou alguma alteração essencial ao contrato, por exemplo ao nível do objeto.
669. cremos que se conclui, com relativa naturalidade, que, no caso *sub judice* e com a exposição supra, a omissão na fundamentação da decisão de contratar sem ser por lotes, não teve qualquer tipo de interferência na escolha do adjudicatário.
670. Na verdade, existindo ou não a referida fundamentação, a construção do procedimento seria sempre aquela que foi, a não divisão em lotes, por impossibilidade de se enveredar por este caminho de "partir o objeto em partes".
671. Logo, quer a titularidade subjetiva do procedimento, quer o seu conteúdo essencial permaneceriam intocáveis, independentemente da omissão.
672. A não justificação em falta foi totalmente irrelevante para o decorrer e fecho do procedimento.

673. Posto isto, verificamos que a omissão não passa de uma mera irregularidade sem qualquer tipo de influência/contágio/ interferência no procedimento.
674. A justificação, na verdade, em nada alterava o procedimento.
675. Noutro sentido, consideramos que deve ficar evidenciado de que a falta de fundamentação se tratou de um lapso pontual neste procedimento.
676. Veja-se, por exemplo, o procedimento n.º 31 – [...] da amostra, em que era exigível a fundamentação da decisão da não contratação por lotes e a mesma foi realizada e consta do procedimento.
677. Por fim, de notar que, muito antes da consagração deste novíssimo artigo 46.º A do CCP que visa a promoção das pequenas e médias empresas, a ERSAR já adotava, sempre que possível e desejável, a contratação por lotes.
678. Na verdade, desde 2012, a ERSAR utiliza a modalidade de contratação por lotes, nomeadamente, no procedimento das auditorias.
679. Ou seja, ainda o legislador não promovia este tipo de contratação e já a ERSAR impulsionava a contratação por lotes, promovendo, assim, a participação de pequenas e médias empresas nos procedimentos

IGAMAOT:

- b) Nos termos do workflow do procedimento presente na plataforma eletrónica (Anogov), constam determinados trabalhadores da ERSAR como “júri”, quando não foram nomeados para o efeito pelo CA.*

Pronúncia da ERSAR:

680. Como a IGAMAOT identifica neste concreto procedimento, na plataforma eletrónica (Anogov) figuram, como júri, elementos que não foram nomeados para o efeito pelo Conselho de Administração.
681. Esta situação deveu-se a motivos de ordem técnica.
682. O procedimento para ser lançado na citada plataforma eletrónica exige o acesso de todos os intervenientes do procedimento à plataforma, isto é, o responsável pelo procedimento e todos os elementos do júri têm de aceder à plataforma⁽⁵⁶⁾.

⁵⁶ De notar que, para se ter novos códigos, é necessário pedir um novo cartão de cidadão.

683. Ora, para aceder à plataforma é indispensável que todos aqueles elementos tenham conhecimento dos códigos originais dos seus cartões de cidadão.
684. A plataforma apenas permite o acesso após a indicação e confirmação desse código, caso contrário o elemento é impossibilitado de aceder.
685. De notar que todos têm de aceder para que o procedimento possa ser lançado.
686. No caso em apreço, nem todos os elementos do júri conheciam os códigos do seu cartão de cidadão, o que impossibilitava o acesso à plataforma.
687. Logo, o procedimento não podia ser lançado na plataforma eletrónica, com a agravante de que o mesmo já tinha sido publicado em Diário da República.
688. Face a esta impossibilidade de natureza técnica de lançamento do procedimento na plataforma, a solução encontrada foi solicitar a técnicos do DAFRH que tinham conhecimento dos referidos códigos que se inscrevessem na plataforma como júri, única e exclusivamente, para o efeito pretendido, isto é, para o lançamento do procedimento na plataforma.
689. De facto, dada a urgência para encontrar uma solução que pudesse resolver o imbróglho técnico e evitar o desajustamento da publicação do procedimento em Diário da República e a disponibilização/lançamento do mesmo na plataforma, foi esta a solução encontrada para resolver o problema de forma imediata, como o caso exigia.
690. Todavia, realçamos que a intervenção de elementos não nomeados para o júri pelo Conselho de Administração apenas teve como fim e o efeito de disponibilização do procedimento.
691. Como, aliás, se pode comprovar pelo *Workflow* do próprio procedimento que segue em anexo.
692. Por outro lado, também dos próprios elementos que constam da instrução do procedimento resulta que as funções e a missão que competem ao júri foram efetivamente realizadas pelos elementos nomeados pelo Conselho de Administração.
693. De acordo com a informação de abertura do procedimento (I-000340/2018) o júri nomeado pelo órgão competente foi o seguinte: [.....].

694. Ora, como podemos comprovar pela instrução do procedimento, quer o relatório preliminar, quer o relatório final (remetidos oportunamente à IGAMAOT) foram elaborados e assinados pelos membros nomeados como júri pelo Conselho de Administração⁵⁷.
695. Ou seja, pelos próprios elementos compulsados do processo, constatamos que as tarefas que competem ao júri foram realizadas por elementos devidamente nomeados pelo Conselho de Administração.
696. De facto, as principais funções do júri num procedimento pré-contratual, como decorre do artigo 69.º do CCP, são, numa primeira instância, a análise das propostas e, posteriormente, a avaliação das mesmas.
697. Estas tarefas concretizam-se através da elaboração do relatório preliminar e final.
698. Como já constatámos, apesar da anomalia técnica verificada no início do procedimento, as atribuições e as tarefas do júri não deixaram de ser realizadas pelos elementos a quem foi atribuída essa competência e legitimidade.
699. Não obstante a patologia inicial identificada não assumir qualquer gravidade, a ERSAR, numa atitude proactiva, tomou medidas para evitar que, no futuro, o mesmo problema técnico pudesse voltar a acontecer.
700. Na nova manifestação da necessidade elaborada ainda em 2019 (documento interno por intermédio do qual um Departamento da ERSAR identifica uma necessidade e peticiona uma aquisição com vista a colmatar essa necessidade), já se encontra a indicação/alerta de que os membros propostos para o júri têm obrigatoriamente de dispor dos códigos do seu cartão de cidadão.
701. Com esta medida a ERSAR visa criar um mecanismo interno capaz de evitar que situações, como as que aconteceram no procedimento em análise, voltem a repetir.

IGAMAOT:

- c) Não foi possível aferir o cumprimento dos artigos: 34.º, 35.º-A, 36.º, 46.º-A, 62.º, 67.º, 77.º, 79.º, 80.º, 85.º, 104.º, 131.º, 136.º, 138.º, 147.º e 148.º, todos do CCP, pois não foram disponibilizadas, pela ERSAR, as correspondentes evidências de suporte*

⁵⁷ Seguem uma vez mais em anexo.

Pronúncia da ERSAR:

702. Todas as evidências de suporte que sejam relativas a disposições de conteúdo legal obrigatório seguem anexadas ao presente contraditório.
703. As restantes, ou seja, as de conteúdo legal facultativo, como por exemplo, a respeitante à do artigo 35.º A do CCP (consulta preliminar ao mercado), se não foram anexadas evidências é porque as mesmas não foram realizadas, nem tinham de ser.
704. Vide, uma vez mais, o disposto no artigo 35.º A do CCP: "*Antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, a entidade adjudicante **pode realizar** consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação, sem prejuízo do disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 55.º⁵⁸.*
705. Ou seja, a consulta preliminar ao mercado consiste num “instrumento” que pode ser utilizado pela entidade adjudicante para o planeamento do seu procedimento pré-contratual.
706. Sendo, portanto, uma faculdade e não uma obrigação das entidades adjudicantes.
707. Se não foi mostrada evidência de realização da consulta preliminar é porque a mesma não foi realizada.
708. Por outro lado, outros elementos solicitados pela a IGAMAOT são passíveis de ser evidenciados desde o início por documentos já anexados ao processo. Por exemplo, a composição do júri sempre pode ser verificada na informação de abertura do procedimento. Também o prazo de apresentação de propostas consta do anúncio do procedimento e foi de 30 dias após o envio do anúncio
709. Apenas existe um preceito legal que não foi observado no procedimento, nomeadamente, o artigo 46.º A do CCP, respeitante à decisão de não adjudicação por lotes, relativamente ao qual a ERSAR já se pronunciou supra.

⁵⁸ Sublinhados e negritos da nossa autoria.

IGAMAOT:

"apurou-se que, aquando da sua adjudicação já a prestação de serviço estava toda executada."

"No caso vertente pode dizer-se que o ajuste direto apenas visou formalizar factos já consumados".

Pronúncia da ERSAR:

710. Antes de mais, em nome do rigor jurídico, somos obrigados a corrigir, com elevada consideração, a IGAMAOT no que toca à classificação que faz da problemática aqui em causa.
711. Na verdade, não estamos perante um procedimento pré-contratual de ajuste direto, mas apenas diante de um processo de autorização da despesa.
712. Como decorre da informação interna n.º I-000463/2018⁽⁵⁹⁾, a "Aquisição de bens e serviços e espaço de locação, para o 12.º Fórum Nacional de Resíduos", encontrava-se excluída do âmbito de aplicação do CCP, na medida em que a [.....], beneficiava de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, pelo que as prestações contratuais não eram sujeitas à concorrência (vide o artigo 5.º n.º 1 do CCP).
713. Encontrando-se a aquisição afastada das regras do CCP, obviamente que a mesma não foi realizada ao abrigo de um procedimento pré-contratual previsto no código.
714. Daí que seja descabida e totalmente incorreta a classificação do procedimento aqui em causa como ajuste direto.
715. Na verdade, tratou-se apenas de uma autorização da despesa pelo órgão competente, visto que, com a "fuga" ao CCP, não é necessário qualquer outro tipo de formalidade procedimental.
716. Aliás como se pode comprovar através da comunicação realizada ao Portal Base que seguirá em anexo.

⁵⁹ Informação que já faz parte da instrução do processo.

717. A retificação referida é muito relevante para o esclarecimento da matéria controvertida em estudo e, essencialmente, para refutar a tese da IGAMAOT, nos termos da qual "(..) não foram observados os trâmites que regulam este procedimento - que é suposto ser o conjunto ordenado de atos e formalidades documentalmente suportados para a formação de um contrato e sua execução -, nomeadamente:
- O artigo 36.º do CCP: “O procedimento de formação de qualquer contrato se inicia com a decisão de contratar, a qual deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar (...)”. Esta decisão formula os aspetos essenciais do que se pretende contratar tem que ser tomada antes da prestação se realizar;
 - O artigo 38.º do CCP: “A decisão de escolha do procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no presente Código, deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar”. Também, aqui a decisão fundamentada deve ser tomada antes da realização da prestação”.
718. Ora, se a aquisição *sub judice* “foge” do âmbito de aplicação do CCP, naturalmente que os preceitos legais referidos pela IGAMAOT não eram aplicáveis ao caso em apreço.
719. Portanto, todo o raciocínio da IGAMAOT assentou na alegada preterição de normas procedimentais do CCP por parte da ERSAR, quando tais normas não eram aplicáveis ao caso. Logo não tinham de ser observadas, conseqüentemente, não houve qualquer preterição ou violação.
720. Com efeito, a asserção da IGAMAOT relativamente a este procedimento perde todos os “alicerces” em que se fundou e, nesse sentido, deixa de ter qualquer validade.
721. Não olvidar que no capítulo das autorizações de despesa, a ERSAR dispõe, nos termos do artigo 45.º dos seus Estatutos, aprovados pela Lei n.º 10/2014, de 06 de março, de autonomia própria quanto à gestão financeira e patrimonial.
722. Por outro lado, atente-se ao plasmado no n.º 2 do mesmo normativo, a saber: as regras da contabilidade pública, o regime dos fundos e serviços autónomos, nomeadamente, as **normas relativas à autorização de despesas**, à transição e

utilização dos resultados líquidos de exercício e às cativações de verbas **na parte que não dependam de dotações do orçamento do Estado não são aplicáveis à ERSAR**⁽⁶⁰⁾.

723. Ou seja, conforme o proclamado no normativo legal reproduzido, na parte relevante para o caso em concreto, as normas relativas à autorização de despesas não são aplicáveis à ERSAR, porquanto esta entidade reguladora não tem dotações do orçamento de Estado.
724. Assim sendo, por um lado, atendendo à autonomia da ERSAR na matéria em análise, e, por outro lado, por não lhe serem aplicáveis as normas relativas às autorizações de despesas, torna-se impossível imputar ao procedimento qualquer tipo de preterição ou vício procedimental.
725. Não obstante darmos como atestada toda a regularidade na autorização de despesa verificada no processo n.º 17, ainda deixamos referência a alguns factos prévios à autorização que evidenciam a particularidade do contexto da aquisição em análise.
726. O Fórum Nacional de Resíduos realiza-se todos os anos, pelo que a ERSAR prevê, todos os anos, no seu orçamento, a organização deste evento.
727. Até é passível de ser classificada como uma despesa corrente da ERSAR.
728. A cerimónia de entrega dos Selos de Qualidade do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos às entidades gestoras dos serviços de resíduos distinguidas pelo galardão decorre durante o Fórum Nacional de Resíduos.
729. Para a atribuição dos selos, é constituído um júri que tem por incumbência seleccionar as entidades a quem estes serão atribuídos.
730. A ata de constituição de júri é datada de 18.10.2017 e consta da Informação interna n.º I-001253/2017.
731. A informação n.º I-00178/2018, de 14 fevereiro, com os Termos de Referência para a aquisição em causa, propõe o número de inscrições de técnicos da ERSAR.
732. Todos os membros do Conselho de Administração tomaram conhecimento dessas inscrições, conforme demonstra o comentário no histórico da informação de 27.02.2018.
733. Como vemos, a despesa aqui em causa era previsível e do conhecimento da ERSAR, conforme comprovam os factos pretéritos descritos, que se encontram diretamente

⁶⁰ Negritos e sublinhados da nossa autoria.

ligados à aquisição e que pressupõem mesmo a existência de uma autorização tácita para a realização da mesma.

734. Posto isto resulta claramente do exposto, que a autorização da despesa citada não viola nenhuma norma legal de contratação pública, pelo que a imputação efetuada pela IGAMAOT neste processo, nomeadamente: *"O desrespeito das regras procedimentais enunciadas – destinadas a assegurar os princípios que regem a contratação pública- inquina o procedimento de nulidade"* não colhe, pois não tem fundamento, nem base legal.
735. A análise jurídica elaborada pela IGAMAOT relativamente a este processo, assentou numa base manifestamente desacertada, concretamente o procedimento aqui em causa ser um ajuste direto e serem aplicáveis as normas do CCP.
736. No entanto, os elementos do próprio processo, como a informação de abertura, evidenciam que a aquisição "fugiu" do âmbito de aplicação do CCP e que, por isso, tratou-se apenas de uma autorização de despesa e de nenhum tipo de procedimento pré-contratual."
737. Escapando" ao CCP, constituiu uma aquisição excluída do CCP não lhe sendo aplicável, desse modo, as normas de contratação pública. Logo, toda a construção jurídica da IGAMAOT padece de manifesta invalidade.

Ponto 55 do Relatório - Ajuste direto n.º 23 – [.....]

IGAMAOT:

"-A ERSAR não respeitou o prazo para prestação de esclarecimentos solicitados na fase da apresentação das propostas, nos termos do n.º 2 do artigo 50.º do CCP41;

-A adjudicação foi efetuada intempestivamente, atento o disposto no artigo 76.º do CCP."

Pronúncia da ERSAR:

738. Admitimos, desde já, que as observações por parte da IGAMAOT são válidas e têm razão de ser.
739. No entanto, nenhum dos vícios enumerados provocam qualquer tipo de lesão real nos princípios da concorrência ou da igualdade.

740. Na verdade, o não cumprimento escrupuloso das regras legais aqui "beliscadas" em nada alterava o desenrolar e o resultado final do procedimento.
741. A irrelevância dos desvios é aliás revelada pela ausência de qualquer reclamação ou protesto por parte dos interessados no procedimento.
742. Com efeito, os vícios assacados ao procedimento constituem meras irregularidades insuscetíveis de produzir qualquer tipo de invalidade.
743. Juízo este que a própria IGAMAOT muito bem reconhece.

Ponto 56 do relatório - Procedimento n.º 27 – [.....]

IGAMAOT:

"a) Embora tenham sido rececionadas 2 propostas, apenas a proposta da [...] se encontrava em conformidade com o CE, pois a segunda proposta apresentava atributos que violavam os parâmetros base e os termos ou condições fixadas no capítulo referente às Cláusulas Técnicas do CE, tendo, nessa sequência, sido excluída.

Pese embora na informação de adjudicação e no relatório final seja referido o envio do relatório preliminar, para efeitos de audiência prévia, a todas as entidades em simultâneo, apenas foi remetida a esta Inspeção-Geral evidência desse envio à [.....].

Como mencionado nos mesmos documentos, não nos foram remetidas evidências de, que:

- a apresentante da proposta excluída se pronunciou sobre o relatório preliminar;*
- demonstrou ter remetido os documentos considerados em falta pelo júri;*
- atualizou a informação classificada de insuficiente pelo júri."*

Pronúncia da ERSAR:

744. Todas as evidências referidas pela IGAMAOT e que ainda não foram demonstradas vão ser anexadas ao presente contraditório.
745. Estas evidências permitem, de resto, verificar que foram observadas todas as formalidades legais no procedimento em análise (nomeadamente: o envio dos relatórios a todos os concorrentes (vide o ofício enviado à concorrente [.....] que segue em anexo); a pronúncia de uma das concorrentes (vide email da [.....] através do qual a concorrente se pronuncia e junta mais

documentos, que segue também em anexo) e a consequente avaliação dessa pronúncia por parte do júri no relatório final, que também contém a proposta final a submeter ao CA, órgão competente para a decisão de adjudicação (elementos já enviados e que já fazem parte da instrução dos processos).

746. Portanto, como a IGAMAOT terá oportunidade de atestar pelas evidências apenas foram, naturalmente, observadas todas as formalidades e regras legais no procedimento em análise.

747. Logo, a IGAMAOT chegará facilmente à conclusão de que não existe qualquer tipo de inconformidade ou desvio a apontar ao procedimento n.º 27 – [.....].

IGAMAOT:

"b) Com vista ao cumprimento do disposto no disposto no n.º 2 do artigo 50.º do OE para 2017, previamente à decisão de contratar, devem ser consultados outros organismos da Administração Pública, no quadro do mesmo ministério, sobre a capacidade e disponibilidade para realizar os serviços que se pretende contratar."

Pronúncia da ERSAR:

748. No que respeita a esta questão em concreto, a IGAMAOT apenas refere que não acompanha o entendimento da ERSAR de que o objeto contratual em apreço não constitui um estudo, nem um projeto, nem, tão-pouco, uma consultoria ou trabalho especializado.

749. A IGAMAOT apenas diz que não acompanha a nossa posição, todavia, não explicita o seu entendimento.

750. Portanto, fica a dúvida e a curiosidade de saber o que a IGAMAOT efetivamente considera quanto à classificação do objeto contratual em apreço: formação.

751. Para a IGAMAOT este objeto é um estudo? Um Projeto? Uma consultoria? E quais são os fundamentos para a sua posição?

752. Da nossa parte, voltamos a reafirmar que o objeto do procedimento n.º 27 – [.....] não constitui um estudo, nem de um projeto, nem, tão pouco, uma consultoria ou trabalhos especializados.

753. E não se trata apenas de uma mera opinião, a ERSAR sustenta o seu entendimento na lei vigente sobre esta matéria, mais concretamente no "Regime jurídico dos códigos de classificação económica das receitas e das despesas públicas", aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26/2002, de 14 de fevereiro.
754. Por outro lado, a visão da ERSAR é reforçada pela posição da própria Direção-Geral do Orçamento (DGO) que corrobora/atesta a classificação atribuída pela ERSAR ao objeto contratual em análise⁽⁶¹⁾. Senão vejamos:
755. O contrato *sub judice* constitui uma aquisição de serviços de formação em Modelação e Corporate Finance destinado aos trabalhadores da ERSAR no âmbito da formação profissional prevista, com o objetivo de aprofundar conhecimentos técnicos e competências essenciais à prossecução da missão organizacional da ERSAR no serviço público que presta.
756. Esta ação de formação destinou-se *"a aprofundar os conhecimentos dos colaboradores na utilização de ferramentas avançadas de Microsoft Excel e Visual Basic for Applications (VBA), com foco no desenvolvimento de análises financeiras (...)" e a "(...) reforçar as competências das equipas em análise financeira, discutindo os conceitos-chave de Corporate Finance e aplicando-os à avaliação de projetos e concessões e à estimação da taxa de remuneração de ativos regulados."*
757. Assim, dado que a aquisição de serviços em causa é para formação dos trabalhadores da ERSAR, foi a mesma devidamente classificada na rubrica de classificação económica 020215B000 – Formação – Outros, na medida em que na rubrica de classificação económica 020215 - Formação se devem incluir *"as despesas com os cursos de formação profissional dos funcionários, quando prestados por outras entidades (pessoas ou entidades externas)"*.
758. Esta rubrica é desagregada em 020215A000 – Formação – Tecnologias de Informação e Comunicação e em 020215B000 – Formação - Outros, pelo que, no caso em concreto, a despesa foi classificada nesta última.
759. Por sua vez, na rubrica de classificação económica de "020214 - estudos, pareceres, projetos e consultadoria" são incluídas as despesas relativas a estudos, pareceres,

⁶¹ Para mais desenvolvimentos da posição da DGO, vide o seguinte link:
https://www.dgo.pt/legislacao/documents/NotasExplic_DL-26-2002.pdf

projetos e consultoria de organização, apoio à gestão e serviços de natureza técnica prestados por particulares ou outras entidades.

760. Devem ser classificados, igualmente, nesta rubrica, de entre outros, os encargos com a organização de projetos informáticos e estudos económico-financeiros. Note-se que esta rubrica se desagrega em 020214A000 - estudos, pareceres, projetos e consultoria – serviços de natureza informática; 020214B000 - estudos, pareceres, projetos e consultoria – serviços de natureza jurídica, 020214C00 - estudos, pareceres, projetos e consultoria – serviços de natureza económica e financeira e 020214D000 - estudos, pareceres, projetos e consultoria – outros.
761. Por outro lado, na rubrica de "020220 - outros trabalhos especializados" incluem-se as despesas relativas aos serviços técnicos prestados por outras empresas que o próprio organismo não pode superar pelos seus meios, tais como serviços informáticos, análises laboratoriais, trabalhos tipográficos, entre outros.
762. Também esta rubrica se desagrega em 020220A000 – outros trabalhos especializados – serviços de natureza informática (que por sua vez se desagrega em 020220A0A0 – outros trabalhos especializados – serviços de natureza informática - desenvolvimento de software, 020220A0B0 – outros trabalhos especializados – serviços de natureza informática – contratos impressão e 020220A0B0 – outros trabalhos especializados – serviços de natureza informática – outros), 020220B000 – outros trabalhos especializados – pagamento à ESPAP; 020220C000 – outros trabalhos especializados – pagamentos à AMA, 020220D000 – outros trabalhos especializados – patrocínio judiciário e 020220E000 – outros trabalhos especializados – outros.
763. Face à explicação sumária *supra*, que tem como fonte de informação e segue as orientações de um documento da autoria e responsabilidade da DGO ("Notas explicativas ao classificador económico"), do que deve ser integrado em cada rubrica, conclui-se que o serviço de formação não é enquadrável em nenhuma das rubricas respeitantes a estudos, pareceres, projetos, consultoria ou trabalhos especializados.
764. Por conseguinte, a aquisição em apreciação não está sujeita ao "caminho legal do ponto de vista orçamental" do artigo 50.º n.º 2 da LOE.

765. Na verdade, a aquisição em análise visa a celebração de um contrato para a formação dos trabalhadores da ERSAR, assim sendo não deveria a mesma ser classificada noutra rubrica que não formação.
766. Posto isto e em suma, fica totalmente comprovado que, de acordo com as regras legais, não existe qualquer tipo de vício no que concerne à classificação do objeto contratual como formação.
767. Efetivamente, é o próprio regime jurídico dos códigos de classificação económica das despesas públicas que assim o define.
768. Logo, a ERSAR não tinha que atender ao disposto no artigo 50º n.º 2 da LOE, pois o mesmo não era aplicável ao caso.

Ponto 57 do Relatório - Procedimento n.º 39 – [.....]

IGAMAOT:

"o CA, através de despacho exarado na informação n.º I-000068/2018, aprovou o júri do procedimento de Consulta Prévia com convite a 3 entidades. A referida aprovação é, porém, genérica, não procedendo a uma designação nominal dos elementos que haveriam de constituir esse júri, desconhecendo-se, portanto, se a sua composição responde ao previsto no artigo 67.º do CCP."

Pronúncia da ERSAR:

769. Como logo admitimos nas questões prévias ao presente relatório interpostas pela IGAMAOT, tratou-se, na irregularidade aqui assinalada, de uma redação menos feliz por parte da instrutora do procedimento.
770. O que se pretendeu propor foi a dispensa de constituição do júri e a condução do procedimento pelos serviços da entidade adjudicante, no caso em apreço, pelo DAFRH.
771. A intenção foi a não constituição e, por isso, a não nomeação do júri, sendo que, em alternativa à existência deste órgão, o procedimento seria conduzido pelo DAFRH.
772. Veja-se o que consta da informação para a decisão de contratar acerca deste domínio: *"Por força do disposto no n.º 1 do artigo 67.º do CCP deverá o órgão competente para a decisão de contratar designar um júri para a condução do*

procedimento, pelo que se propõe seja o mesmo conduzido pelos serviços da entidade adjudicante, nomeadamente pelo Departamento Administrativo, Financeiro e de Recursos Humanos, abreviadamente designado de DAFRH, nos termos do disposto do n.º 3 do mesmo artigo e diploma legal".

773. Pelo excerto reproduzido, infere-se perfeitamente bem que a intenção da instrutora foi dispensar o júri e propor a condução do procedimento pelos serviços da entidade adjudicante.
774. Aliás, é feita referência ao n.º 3 do artigo 67.º do CCP que prevê o seguinte: *"Tratando-se de consulta prévia ou de concurso Público urgente, o órgão competente para a decisão de contratar pode decidir que os procedimentos sejam conduzidos pelos serviços da entidade adjudicante".*
775. Assim, é evidente que a intenção foi a de lançar mão da faculdade estabelecida neste preceito legal, certamente por razões de celeridade e eficiência administrativa.
776. Face ao exposto, chegamos à conclusão que a posterior proposta de constituição de júri genérica não foi mais que um lapso.
777. Como se disse, o que se pretendeu efetivamente fazer e foi, aliás, feito, foi a condução do procedimento pelos serviços da ERSAR e a não constituição do júri.
778. Com efeito, apesar de uma redação menos conseguida na instrução sobre o domínio do júri neste processo, a verdade é que o que foi realizado tem cobertura legal no n.º 3 do artigo 67.º do CCP: *"Tratando -se de consulta prévia ou de concurso Público urgente, o órgão competente para a decisão de contratar pode decidir que os procedimentos sejam conduzidos pelos serviços da entidade adjudicante".*
779. Em suma, constatamos que não se verificou qualquer tipo de irregularidade no caso concreto e que o procedimento decorreu todo de acordo com a lei.

Ponto 58 do Relatório:

IGAMAOT:

"A ERSAR recorreu de forma reiterada ao ajuste direto concretizado em convite a uma única entidade. Sendo certo que, no âmbito deste procedimento, a formulação de convite único não evidencia, por si só, uma violação aos princípios concorrenciais que assistem

à contratação pública, a promoção de múltiplos convites acautela o pleno respeito desses princípios."

Pronúncia da ERSAR:

780. Neste âmbito, a primeira e mais relevante pergunta que deve ser formulada é a seguinte: os ajustes diretos realizados foram todos feitos de acordo com a lei?
781. Sem dúvida que a resposta é afirmativa.
782. Em todos os ajustes diretos realizados, a ERSAR cumpriu escrupulosamente os critérios legais para a escolha deste tipo de procedimento.
783. Todos os ajustes diretos foram realizados de acordo com a lei.
784. Já, quanto ao facto de a ERSAR recorrer de forma reiterada ao ajuste direto com convite a uma entidade, importa não esquecer, desde já, **que desde 2018 o ajuste direto apenas permite o convite a uma entidade.**
785. Ou seja, desde de 2018 que a ERSAR, mesmo querendo, não pode, ao abrigo do ajuste direto, convidar mais que uma entidade.
786. Por outro lado, a IGAMAOT identifica aquisições que, na realidade, só podiam ser realizadas a uma entidade, nomeadamente os processos da [.....] n.º 20 e 21.
787. Ademais, como decorre dos procedimentos integrados na amostra da auditoria, são inúmeros os exemplos de ajustes diretos com convites a mais de uma entidade realizados pela ERSAR.
788. Ou seja, apesar de a lei permitir convidar apenas uma entidade, a ERSAR muitas vezes optou por convidar mais que uma entidade.
789. Esta realidade demonstra que a ERSAR sempre que, atentas as circunstâncias do caso concreto, considerou ser uma mais-valia para os seus superiores interesses abrir o procedimento a mais que uma entidade, fê-lo sem hesitações.
790. A escolha do tipo de procedimento deve resultar de uma avaliação casuística.
791. Certamente que, em todos os casos de ajuste direto, a reflexão/ponderação por parte da ERSAR no caso concreto conduziu à conclusão de que o melhor "caminho", aquele que melhor salvaguardava os interesses da ERSAR para colmatar a necessidade, seria a escolha pelo ajuste direto.

792. Não podemos olvidar que o ajuste direto é o procedimento que cumpre uma missão essencial e de extrema relevância no seio da atividade aquisitiva pública.
793. De facto, é o procedimento que permite às entidades adjudicantes em inúmeras situações fazer face a uma necessidade imprevista ou uma necessidade que exige uma solução imediata.
794. O ajuste direto é um instrumento imprescindível para fazer cumprir o princípio da eficiência e da celeridade administrativa.
795. Devemos ter consciência que muitas aquisições/procedimentos "apelam" mais à presença e primazia do princípio da concorrência, ou seja, a uma "convocatória" alargada ou a todo o mercado.
796. No entanto, em muitas outras aquisições/procedimentos a concorrência não deverá ser a prioridade, mas sim outros valores e princípios jurídicos como a eficiência administrativa e a celeridade.
797. Ora, nestes casos, sem dúvida que o ajuste direto e mais recentemente, a consulta prévia, são os "aliados" para almejar a concretização daqueles princípios.
798. Por fim e, como veremos mais a frente, a ERSAR, atendendo ao "cadastro" nesta matéria de todas entidades adjudicantes, certamente que não é vista pelo princípio da concorrência como uma *persona non grata*, muito pelo contrário.

Ponto 59 do Relatório - Falta de identificação das assinaturas nos despachos do Conselho de Administração

IGAMAOT:

"É transversal a todos os procedimentos analisados a não identificação das assinaturas nos despachos do CA, referentes à decisão de contratar e de adjudicar, contrariando o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 151.º do CPA, o que, consubstanciando uma irregularidade, não contende, porém, com os princípios da contratação pública."

Pronúncia da ERSAR:

799. O tema das assinaturas é um domínio em que, na realidade, a ERSAR pode e deve proceder a algumas melhorias.

800. Na verdade, não obstante o atual sistema de assinaturas permitir identificar os autores das mesmas, cremos que poderá ser adotado um novo sistema que permita, com mais facilidade, a identificação dos seus autores.
801. Damos nota, aliás, que, logo após a receção do presente relatório, o Conselho de Administração decidiu que todas as informações passassem a conter os nomes de todos os membros do Conselho de Administração, de forma a que assinatura de cada membro seja aposta na parte superior do seu nome e, assim, identifique de forma clara e objetiva a assinatura. Em anexo ao presente contraditório seguirá um exemplo, de forma a que a IGAMAOT possa visualizar a melhoria implementada.
802. Por outro lado, também no campo da assinatura da manifestação da necessidade vão ser tomadas medidas no sentido de tornar obrigatória a sua aposição.
803. Lembra-se que, a manifestação da necessidade constitui um documento interno por intermédio do qual um Departamento da ERSAR identifica uma necessidade e peticiona uma aquisição com vista a colmatar essa necessidade.

Ponto 60 do Relatório - Incumprimento do prazo para publicitação no portal dos contratos públicos - Base.Gov

IGAMAOT:

"Sete procedimentos excederam o prazo de 20 dias úteis contados da outorga do contrato para a sua publicitação no portal dos contratos públicos - Base.Gov, conforme estabelece a alínea j), do artigo 8.º da Portaria n.º 57/2018, de 26 de fevereiro (Anexos 18, 28, 32, 33, 35, 42 e 46)."

Pronúncia da ERSAR:

804. No que concerne à problemática da publicitação dos contratos no portal dos contratos públicos – Base.Gov, cremos que desta auditoria resultam duas conclusões essenciais, a saber:
805. Em primeiro lugar, que todos os contratos celebrados pela ERSAR, sem exceção, são publicitados no Portal Base, cumprindo-se o princípio da publicidade e transparência.

806. Em segundo lugar, a ERSAR nunca efetuou, nem efetua nenhum pagamento antes de o contrato ser publicitado.
807. Na verdade, encontra-se implementado um mecanismo de controlo interno que impede que seja realizado algum pagamento antes da publicação do contrato no Portal Base.
808. Assim, as finalidades presentes nas normas da publicitação dos contratos públicos, são integralmente satisfeitas/cumpridas na atividade aquisitiva da ERSAR.
809. No que toca ao pontual incorreto cumprimento do prazo nesta matéria, o mesmo, por vezes, deve-se a questões burocráticas, como por exemplo, o atraso no envio do contrato por parte do co-contratante.
810. Posto isto, atendendo a que sempre foi observada e cumprida a condição de eficácia, na medida em que os pagamentos dos respetivos procedimentos são todos, sem exceção, posteriores à respetiva publicação, o vício em análise consubstancia uma mera irregularidade.
811. Basta ter presente os "mandamentos" da teoria das formalidades não essenciais, já por diversas vezes por nós convocada para o presente contraditório, para perceber que estamos perante uma mera irregularidade.
812. Vamos abster-nos de expor, novamente, em que consiste a citada doutrina, uma vez que, a própria IGAMAOT classifica o vício aqui presente como uma mera irregularidade.
813. Tal como a IGAMAOT admite, apesar de o incumprimento no prazo não assumir qualquer gravidade, pois foi sempre cumprida a condição de eficácia, a ERSAR não deixará de considerar que é um mecanismo de controlo interno que deverá ser aperfeiçoado.
814. Por exemplo, centralizar apenas num colaborador a missão da publicidade dos contratos. Com esta medida a ERSAR procura criar um controlo interno mais eficiente e centralidade na responsabilidade da publicação dos contratos públicos.

Ponto 61 do Relatório - Obrigações impostas pelas Leis Orçamentais

IGAMAOT:

"Os procedimentos contratuais também se encontravam sujeitos a obrigações impostas pelas Leis Orçamentais então em vigor, observando-se as seguintes falhas:

- A) *Nos procedimentos por ajuste direto n.º 20 e 21 ambos adjudicados à [...], não foi efetuada consulta prévia à decisão de contratar a outros organismos da Administração Pública, no quadro do mesmo ministério, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 59.º do OE para 2018, por a ERSAR considerar que o objeto contratual a isso não obrigar (Anexos 35 e 36)."*

Pronúncia da ERSAR:

815. Uma vez mais, a IGAMAOT, infelizmente, não fundamenta o seu entendimento, apenas diz que houve uma falha, mas não refere, nem sustenta a razão de ser da sua posição.
816. À ERSAR apenas resta reafirmar que aos procedimentos n.ºs 20 e 21 não é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 59.º da LOE 2018, porquanto o objeto contratual dos procedimentos não constitui nenhum estudo, projeto, consultoria ou trabalho especializado.
817. Para além de reafirmar a sua posição, a ERSAR, ao contrário da IGAMAOT, fundamenta o seu entendimento com a lei.
818. Ou seja, não se trata de uma mera opinião da ERSAR, é a própria lei que não classifica o objeto contratual em causa como estudo, projeto, consultoria ou trabalho especializado.
819. Na verdade, o "Regime jurídico dos códigos de classificação económica das receitas e das despesas públicas", o Decreto-Lei n.º 26/2002, de 14 de fevereiro, classifica o objeto daqueles dois procedimentos em "02.02.19 — «Assistência técnica». — Incluem-se as despesas referentes à assistência técnica dos bens, no âmbito de contratos realizados
820. Também a própria Direção Geral do Orçamento (DGO) corrobora/atesta a classificação atribuída pela ERSAR nos casos citados⁽⁶²⁾.

⁶² Para mais desenvolvimentos da posição da DGO, vide o seguinte link:
https://www.dgo.pt/legislacao/documents/NotasExplic_DL-26-2002.pdf

821. Posto isto e em suma, fica totalmente comprovado que, de acordo com as regras legais, não existe qualquer tipo de vício no que concerne à classificação do objeto contratual.
822. Efetivamente, é o próprio regime jurídico da classificação económica das despesas públicas que assim o define.
823. Logo, a ERSAR não tinha que atender ao disposto no n.º 2 do artigo 59.º da LOE 2018, pois o mesmo não era aplicável ao caso.

IGAMAOT:

B) No procedimento de concurso público n.º 33_34_35_36_37 – [.....] não foi realizada consulta prévia conforme o disposto no n.º 2 do artigo 50.º OE para 2017 (Anexo 48).

Pronúncia da ERSAR:

824. Tal como a IGAMAOT reconhece no seu relatório, os procedimentos em causa partilham o mesmo objeto e as respetivas especificações contratuais são análogas.
825. No entanto, para a IGAMAOT, a norma "in casu" não permite a presunção da sua observância.
826. Concordamos com a IGAMAOT, mas apenas porque o que está aqui em causa não é uma questão de presunção.
827. Nem nunca a ERSAR se referiu a presunção, note-se.
828. A temática aqui em causa e a solução do caso concreto nada tem haver com uma questão de presunção, mas sim com uma questão de raciocínio e uma atuação administrativa imbuída de diretrizes extraídas dos relevantíssimos princípios gerais administrativos.
829. De facto, os procedimentos de concurso público n.º 33_34_35_36_37 nesta problemática, em análise, suplicavam pela intervenção/atuação de alguns dos princípios fundamentais da atividade administrativa.
830. Nesse sentido, em muitos problemas práticos do quotidiano, exige-se um agente administrativo "bebedor " das diretrizes e comandos dos princípios.
831. Veja-se a função e a importância dos princípios jurídicos através da "lente" e pensamento de Robert Alexy "Os Princípios são normas que orientam e impõem

que algo se realize na maior medida do possível, segundo as possibilidades de facto e de direito, deles resultando normas comportamentais, de conduta"⁽⁶³⁾.

832. Já, segundo o Constitucionalista Professor Doutor Gomes Canotilho "os princípios configuram normas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos"⁽⁶⁴⁾.
833. E, sem dúvida, que, como considera o Professor Rodrigo Esteves de Oliveira , os princípios jurídicos são "uma fonte de direito fundamental no sistema da contratação pública"⁽⁶⁵⁾.
834. Demonstrada a enorme relevância dos princípios jurídicos, vamos apurar se o nosso caso concreto apelava à intervenção de algum ou alguns princípios jurídicos.
835. Vejamos os factos relevantes do processo para a causa em estudo: a consulta prévia, conforme o disposto no n.º 2 do artigo 50.º OE para 2017, já tinha sido realizada para um procedimento com o mesmo objeto contratual. O objeto era exatamente o mesmo entre os procedimentos. Para além do mesmo objeto contratual, também tinham em comum as especificações técnicas. A consulta foi realizada para o procedimento "gémeo" e todas as entidades consultadas demonstraram total desinteresse e indisponibilidade para o realizar.
836. Face ao exposto, questionamos qual o sentido, o interesse em realizar uma nova consulta nos termos do citado preceito orçamental, quando todas as entidades já tinham tido a oportunidade de manifestar o seu interesse e não o fizeram?
837. Recordamos que este tipo de consulta implica várias coisas, nomeadamente ocupação de recursos e tempo na elaboração de informações para ser efetuada e obriga a aguardar o decurso do prazo de 10 dias contados a partir da data em que foi feita a consulta.
838. Face a todos os elementos factuais que compõem o processo, não temos dúvidas de que a realização de uma nova consulta, que já tinha sido realizada para um procedimento "gémeo" ao do nosso caso concreto, seria completamente inócua e constituiria um mero expediente dilatatório.

⁶³ ROBERT ALEXY, *Derecho y Razón Práctica*, 2.ª ed., México: Fontamara, 1998. Referência retirada da publicação "*Os princípios da contratação pública: O princípio da concorrência*, Publicações CEDIPRE – 34.

⁶⁴ Em: "*Direito Constitucional* ", 2003, p. 1161.

⁶⁵ Os "Princípios Gerais da Contratação Pública", *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, CEDIPRE, p. 51.

839. Na realidade, através da consulta realizada no primeiro procedimento ficou claramente demonstrada a impossibilidade de satisfação da necessidade por via de recursos próprios das entidades consultadas.
840. A falta de pronúncia daquelas entidades é indubitavelmente reveladora da sua incapacidade e indisponibilidade para a execução do tipo de auditorias pretendidas.
841. Com efeito, uma nova consulta daquele tipo seria, no caso em apreço, manifestamente desnecessária e burocrática, provocando apenas o protelar do procedimento.
842. É neste contexto que podemos e devemos convocar alguns princípios jurídicos que possam salvaguardar que outros valores e interesses jurídicos sejam alcançados e que impeçam decisões/atos apenas suscetíveis de protelar o procedimento.
843. Nesta sede, "convocamos", desde logo, o princípio da boa administração, nos termos do qual o agente público deve pautar a sua atividade por critérios de eficiência, economicidade e celeridade (vide o artigo 5.º do CPA).
844. Por outro lado, também o princípio da economia dos atos públicos "reza" para que se devam evitar tomar decisões que, globalmente consideradas, se manifestem desnecessárias.
845. Por fim, o princípio da adequação formal, previsto no artigo 56.º do CPA, confere legitimidade à opção tomada, visto que atribui aos responsáveis pela direção do procedimento alguma liberdade na respetiva estruturação que deve ser orientada e motivada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão.
846. Todos estes princípios emanam comandos no sentido de legitimar e reforçar a opção tomada pela ERSAR, no caso *sub judice*.
847. Não tendo qualquer utilidade a realização de uma nova consulta, então, em nome do princípio da eficiência a mesma não devia ser realizada.
848. Assim sendo, uma vez mais, chamamos à colação a "teoria das formalidades (não) essenciais" que postula: uma formalidade essencial se degrada em não essencial (ou seja, em mera irregularidade) se o desiderato que a norma visava proteger se tenha observado ou respeitado, por outro meio, no caso concreto, apesar da sua inobservância.

849. Ou seja, como advoga Rodrigo Esteves de Oliveira, "*em caso de notória inocuidade procedimental ou decisória do incumprimento de formalidades legais ou regulamentares, por a finalidade que se tinha em vista com a sua previsão se ter realizado na mesma, não há aí, pese a sua inobservância, qualquer vício invalidante*"⁽⁶⁶⁾.
850. Como já ficou devidamente atestado, a finalidade na norma inobservada já se demonstrava aferida no caso concreto.
851. As entidades já tinham sido consultadas e questionadas sobre o seu interesse em realizar os serviços de auditoria.
852. Noutro sentido, mas ainda no mesmo campo, é de notar que toda as alterações legislativas em matéria de contratação pública e de Direito Administrativo em geral, nos últimos tempos, têm tido como um dos desideratos principais a simplificação, celeridade e eficiência administrativa.
853. Ora, o legislador tem feito o seu papel no propósito de procurar "limpar" a imagem da atividade administrativa portuguesa como pesada, burocrática, lenta e com excessivos formalismos. Assim sendo, depois compete às entidades adjudicantes e agentes administrativos, na prática administrativa do dia a dia, assumirem uma conduta/ postura com vista a tomarem decisões e praticarem atos com vista a concretizar aqueles ideais que visam, essencialmente, a eficiência administrativa.
854. Neste sentido, veja-se a lição do Professor Mário Aroso de Almeida ao considerar que "*a eficiência da Administração Pública, possui relevância jurídica, no sentido de que, nos dias de hoje, se deve entender a eficiência da atividade de gestão de recursos públicos para satisfação, das necessidades gerais que a Administração desenvolve na prossecução do interesse público não se impõem apenas, nem principalmente ao legislador (...), mas, muito mais que isso, se impõem diretamente à própria Administração*". Consagrando, desse modo, "*um comando geral de sujeição da atividade administrativa aos critérios de eficiência, economia e celeridade*".⁽⁶⁷⁾

⁶⁶ Estudos de Contratação Pública I, "Os princípios gerais da contratação pública", CEDRIPE, página 110.

⁶⁷ In: "Teoria Geral do Direito Administrativo O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, páginas 57 e 58.

855. Na verdade, exige-se às entidades e agentes administrativos que, nas suas decisões, tenham em consideração e presente os instrumentos legais, regras e princípios jurídicos que permitam uma decisão/atividade administrativa cada vez mais meritosa, célere e eficiente.

Em suma, a opção tomada no processo de não efetuar uma nova consulta que, a priori, se revelava totalmente inútil, é totalmente válida, legítima e mais acertada à luz dos princípios gerais administrativos mencionados.

IGAMAOT:

C) ajuste direto n.º 11 – [...] a consulta prévia foi realizada a 13/08/2018 e a decisão de contratar a 09/08/2018, logo foi posterior á decisão de contratar, contrariando o disposto do supracitado preceito (Anexo 26); "

Pronúncia da ERSAR:

856. A conclusão da IGAMAOT aqui patenteada é incorreta e, em rigor, não corresponde à realidade dos factos.

857. Vejamos em seguida o que realmente aconteceu.

858. O DAFRH, departamento responsável pela instrução e condução dos procedimentos, em nome da eficiência e da celeridade, propôs ao CA, na Informação Interna n.º I-001012/2018 para a decisão de contratar, a decisão de abertura do procedimento, no entanto condicionada à verificação da consulta prévia às entidades do mesmo programa orçamenta exigida pela Lei do Orçamento de Estado.

859. Como se pode comprovar através da leitura da informação da decisão de abertura n.º I-001012/2018⁽⁶⁸⁾:

"Submete-se à consideração superior:

a) A aprovação e autorização de submissão do pedido, junto das entidades a consultar, acompanhado do formulário devidamente preenchido, o qual segue em anexo, bem como de toda a comunicação necessária e que, eventualmente,

⁶⁸ Já faz parte da instrução do processo.

venha a ser solicitada posteriormente à ERSAR, com vista ao cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 59.º da Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2018);

b) A autorização condicionada à verificação prévia do disposto na alínea anterior, do procedimento pré-contratual de ajuste direto, ao abrigo da alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Contratos Públicos”⁽⁶⁹⁾.

860. Ou seja, a alegação da IGAMAOT neste domínio carece de validade, pois a consulta prévia não foi posterior à decisão de contratar.
861. Isto porque, como podemos comprovar, a decisão de abertura encontrava-se condicionada à realização da referida consulta.
862. Logo, a decisão de abertura só se tornava eficaz após o decurso do prazo de 10 dias contados a partir da data da consulta.
863. Portanto, neste domínio não existe nenhuma patologia ou irregularidade que possa ser apontada ao procedimento em análise.
864. Quanto às razões para aquela opção parecem-nos bastante óbvias: eficiência e celeridade.
865. Basta apontar, uma vez mais, para o preconizado pelo princípio da adequação formal previsto no artigo 56.º do CPA, de acordo com o qual os responsáveis pela direção do procedimento têm alguma liberdade na respetiva estruturação que deve ser orientada e motivada pelos interesses públicos da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão.
866. Por fim, aproveitamos a oportunidade para registar que a matéria aqui em apreciação consubstancia e demonstra mais um bom exemplo de que a ERSAR, sempre que possível, procura e promove os princípios da celeridade e eficiência administrativa.

IGAMAOT:

"d) Por fim, em 12 procedimentos por ajuste direto⁴⁸ não foi dado cumprimento ao n.º 4 do artigo 49.º do OE para 2017 o qual determina que a “celebração ou renovação de contrato de aquisição de serviços é obrigatoriamente comunicada, no prazo de 30 dias

⁶⁹ Negritos e sublinhados da nossa autoria.

contados da assinatura do contrato, ao membro do Governo responsável pela área das finanças, em termos a fixar por portaria deste.”, pois a comunicação foi efetuada intempestivamente, ou não foi efetuada (caso do procedimento n.º 21) (Anexos 17, 19, 20, 22, 24, 27, 34, 36, 39, 40, 41 e 43).”

Pronúncia da ERSAR:

867. Neste campo cremos que devem ser tidas em conta algumas particularidades legislativas que, salvo melhor opinião, esclarecem que não houve intempestividade na comunicação prevista do artigo 49.º do OE 2017.
868. A Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para o ano de 2017 (LOE 2017), previa, no n.º 4 do seu artigo 49.º, que a *"A celebração ou renovação de contratos de aquisições de serviços é obrigatoriamente comunicada, no prazo de 30 dias contados da assinatura do contrato, ao membro do Governo responsável pela área das finanças, **em termos a fixar por portaria deste**"*⁽⁷⁰⁾.
869. A LOE 2017 entrou em vigor a 1 de janeiro de 2017, mas como se depreende do texto legal reproduzido, a comunicação exigida no n.º 4 do seu artigo 49.º devia ser efetuada nos termos a fixar numa portaria.
870. Ou seja, a referida comunicação ficou pendente da publicação de uma portaria através da qual o governo iria definir o modo como a comunicação teria de ser feita.
871. A Portaria que regulamentou, para o ano de 2017, os termos e a tramitação do parecer prévio vinculativo do membro do Governo responsável pela área das finanças e da Administração Pública apenas foi publicada passados 8 meses, em agosto, a Portaria n.º 257/2017, de 16 de agosto, sendo que entrou em vigor no dia seguinte à sua publicação⁽⁷¹⁾.
872. Face a esta particularidade de natureza legislativa, nomeadamente, o hiato temporal existente entre a LOE 2017 e a Portaria da qual a comunicação estava

⁷⁰ Negritos e sublinhados da nossa autoria.

⁷¹ A mencionada Portaria definiu no seu artigo 6.º as regras relativas às comunicações previstas no n.º 4 do artigo 49.º da LOE 2017. Nos termos do seu artigo 5.º, os pedidos de parecer prévio e as comunicações deviam ser efetuados no Sistema de Informação das Aquisições de Serviços (SIAS), disponível em www.dgaep.gov.pt.

dependente, naturalmente que os contratos celebrados até agosto de 2017 não foram comunicados no prazo de 30 dias contados desde a sua assinatura.

873. Mas não foram porque a comunicação era inviável, só em agosto é que o legislador, através daquela portaria, definiu os termos da comunicação.
874. Com efeito, após a publicação da Portaria todos os contratos foram comunicados nos termos da mesma, dando-se, assim, cumprimento ao dever de comunicação.
875. Neste âmbito, cumpre notar, ainda, que a Direção-Geral da Administração e do Emprego Público (DGAEP), via email (que seguirá em anexo), prorrogou o prazo da comunicação dos contratos de aquisição de serviços celebrados ou renovados durante o ano de 2017 até ao dia 30 de março de 2018.
876. Em suma, feito o enquadramento legislativo da problemática e atendendo aos elementos dos processos, conclui-se que não se verificou qualquer intempestividade no dever de comunicação ao abrigo do n.º 4 do artigo 49.º da LOE 2017.
877. A comunicação, na realidade, foi efetuada pelos serviços da ERSAR a partir do momento em que legalmente se tornou possível, após a publicação da citada portaria, tendo sido a comunicação efetuada até ao término do prazo fixado.
878. A única irregularidade que localizamos neste domínio é, de facto, quanto ao procedimento n.º 21, porventura, o facto de a informação de adjudicação ser datada de dezembro de 2016 e a celebração do contrato em janeiro de 2017 possa ter levado a alguma descoordenação dos serviços administrativos da ERSAR.
879. Salientamos, todavia, que mesmo quanto a este procedimento, foi observado e respeitado o dever fundamental de comunicação e publicidade no Portal Base. Ou seja, mesmo neste caso o princípio da transparência e da publicidade foram integralmente realizados.

VI. PARTE III - EXECUÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA [pontos 62 e seguintes do Relatório]:

Pontos 62 e 63 do Relatório:

IGAMAOT:

"Compulsada toda a documentação disponibilizada pela ERSAR ao nível da execução técnica e financeira, dos 39 processos de contratação pública analisados, observou-se que, regra geral, foi cumprido o estipulado no contrato. No entanto, embora melhor detalhadas nos anexos 16 a 50, salientam-se, nos parágrafos seguintes, as situações que não se encontram corretas, ou devidamente comprovadas.

À data da execução da presente auditoria, e pese embora todos os procedimentos tenham já atingido o limite temporal contratualmente estabelecido, 4 procedimentos, encontravam-se com execução técnica inferior a 100%.

Pronúncia da ERSAR:

880. Os procedimentos em referência dizem respeito ao **processo n.º 8 – [.....], processo n.º 12 – [.....], processo n.º 15 – [.....] e 31 – [.....]**, pelo que as situações identificadas são devidamente clarificadas quanto à execução técnica e, conseqüentemente, financeira.

881. No que respeita ao **processo n.º 8 – [.....]**, somos a informar que a conclusão do auditor não confere com a real execução técnica do contrato, uma vez que lhe faltaram elementos essenciais para a aferição em causa. Estando em falta determinados elementos, alguns dos quais devidamente identificados pelo auditor, e tendo sido admitidos, pelo mesmo, outros elementos que não deveriam constar da análise em causa, o auditor não poderia concluir e aferir da total e completa execução técnica do contrato em questão. De facto, por lapso, a fatura de março de 2018 referente aos trabalhos desse mesmo mês, fatura-recibo n.º 166, no valor de € 2.352,00, não foi enviada junto com as restantes faturas remetidas no 1.º pedido de documentação efetuado pela IGAMAOT, pelo que a ERSAR junta agora a fatura em falta (Anexo 1), bem como, a respetiva relação dos serviços prestados

(Anexo 2), a correspondente autorização de pagamento (Anexo 3) e o pagamento (Anexo 4).

882. Acresce referir que a fatura-recibo n.º 162, no valor de € 3.769,57, considerada pela IGAMAOT no âmbito do processo n.º 8, não pertence ao referido processo e, conseqüentemente, ao contrato objeto de análise, mas ao contrato anteriormente celebrado com [...], o qual não fez parte da amostra do processo de auditoria em curso. Esta fatura não foi remetida pela ERSAR, em nenhum dos pedidos efetuados pela IGAMAOT, mas constava de uma autorização de pagamento remetida à IGAMAOT na qual eram pagas duas faturas do respetivo fornecedor, o que terá dado origem à suposição por parte do auditor de que a referida fatura pertencia ao processo em referência.
883. Considerando a relação das horas executadas referentes à fatura de março, que se encontrava em falta, bem como a relação das horas executadas em maio (junta agora ao processo, que por lapso também não tinha sido remetida (Anexo 5)) o número de horas previsto no contrato, no total de 576 h, para o prazo inicial de vigência (6 meses), foi cumprido, verificando-se o total cumprimento da sua execução técnica, ao contrário do que é referido pela IGAMAOT que refere que esta se ficou pelos 72%. Para melhor entendimento da situação anexa-se quadro ilustrativo da execução técnica:

Fatura	N.º de horas prestadas
161	35
163	81,5
164	106,5
165	96,5
166	101,5
167	96
169	97,5
Total	614,5

884. Ainda de acordo com o clausulado contratual o contrato previa um prazo de vigência inicial de 6 (seis) meses, havendo a possibilidade de renovação por igual período até

ao limite máximo de 1 (um) ano. Importa, assim, salientar que apesar do contrato em análise ter previsto a possibilidade de renovação, essa renovação não se verificou, tendo-se dado por terminado o contrato em apreço no final do prazo de vigência inicial de 6 (seis) meses. Nesta sequência, para o período inicial de vigência, o valor da execução técnica ficou totalmente cumprida, bem como a respetiva execução financeira que ascendeu a € 14.112,00 (valor s/IVA). Nestes termos, o contrato fica totalmente executado – técnica e financeiramente - para o período em causa, não se encontrando, por isso, em falta qualquer outra demonstração de execução técnica e financeira.

885. Relativamente ao **processo n.º 12 – [.....]**, o contrato em causa não foi executado a 100%, nem será executado, uma vez que o mesmo foi dado por terminado face à reprovação da candidatura ERSAR ao Portugal 2020, subjacente ao mesmo. De facto, o contrato em apreço não vai ser alvo de mais execução técnica e financeira para além da enviada à IGAMAOT, porquanto a ERSAR teve conhecimento de que a candidatura subjacente ao referido contrato foi reprovada conforme termo de decisão final que se anexa (Anexo 6) para comprovação da situação em concreto. Assim, a execução técnica e financeira relativa ao contrato em referência diz apenas respeito à 1.ª fase - Preparação dos conteúdos, elaboração e submissão da candidatura, monitorização do processo de candidatura e acompanhamento da contratação dos apoios financeiros (vide cláusula quarta do contrato), a qual foi devidamente efetivada nos termos do contratado. A 2.ª fase, face à reprovação da candidatura, não ocorreu nem irá ocorrer, não havendo lugar a qualquer execução técnica e financeira, tendo-se dado, após conhecimento do termo de decisão final, conforme referido, por terminado o contrato em análise.
886. Nestes termos, não se encontra em falta, por parte da ERSAR, qualquer outra demonstração da execução técnica e financeira, contrariamente ao que é referido pela IGAMAOT, sendo que a indicação dada a 17/04/2020 de que o contrato em questão não tinha ainda terminado, porque as candidaturas SAMA a que estaria associado ainda não se encontravam encerradas, não passou de um mero lapso por parte da ERSAR, uma vez que a ERSAR tem outras candidaturas SAMA em fase de execução e em fase de conclusão/encerramento.

887. O **processo n.º 15** – [...] refere-se a um contrato de prestação de serviços para apoio jurídico e de contencioso à ERSAR, que iniciou a sua vigência a 1.11.2017, por um período de 6 meses, pelo que o termo do contrato era a 30.04.2018, independentemente das horas contratadas, num limite máximo de 175h, terem sido ou não esgotadas. Àquela data, as relações de horas remetidas à ERSAR, em anexo às faturas a que diziam respeito, foram escrutinadas e analisadas entre as partes envolvidas no contrato. Efetivamente, as horas constantes das relações de horas anexas às referidas faturas não perfaziam o total de horas realmente consumidas pelo prestador de serviços em causa, tendo sido o assunto devidamente esclarecido em reunião havida na ERSAR. Mais se refere que àquela data se percebeu que estavam em falta horas relativas a: "Análise da questão jurídica, legislação, preparação e redação de informação jurídica sobre as Carreiras", "Análise da questão jurídica, legislação, preparação e redação de informação jurídica sobre Recrutamento", "Pesquisa sobre Estatutos de outras entidades reguladoras, a fim de perceber melhor o regime aplicável aos trabalhadores da ERSAR", "Diligências relacionadas com a execução fiscal n.º 3522200701137638 (HLC)", "Análise da questão jurídica relativa à mobilidade/cedência interesse público, em concreto relativa a três trabalhadores - houve uma análise aprofundada sobre a alteração dos direitos tendo em conta a LVCR, que foi objeto de um estudo aprofundado tendo em conta toda a doutrina publicada até à data sobre a questão", "Análise da questão jurídica, legislação, preparação e redação de informação jurídica sobre CCP" e "Análise da questão jurídica, legislação, preparação e redação de informação jurídica sobre Regulamento de Avaliação de desempenho". Ao exposto acrescem os contactos telefónicos e esclarecimentos prestados por essa mesma via durante o período do contrato e que não foram alvo de referência pelo prestador do serviço em causa, bem como todos pontos de situação efetuados durante esse período.
888. Em face do exposto, informou-se o prestador de serviços em causa que a relação de horas deveria compreender, sempre, o total de horas efetivamente consumidas pelo próprio relativamente aos trabalhos prestados para a ERSAR, de forma a não existirem quaisquer dúvidas sobre as mesmas.

889. Nestes termos, realça-se que no contrato celebrado com o mesmo prestador de serviços constante da amostra da auditoria, com o n.º 18, a situação anteriormente descrita já não se verificou.
890. Quanto ao **processo 31 – [.....]**, informa-se que o contrato em questão está a ser faturado dentro do previsto, tendo o mesmo uma duração de 17 meses, terminando apenas em 04/09/2020, contrariamente ao que é dado a entender pela IGAMAOT que refere que "(24) Conforme cláusula 4.ª, o contrato tem a duração de 17 meses, contados da data da sua assinatura, pelo que se manteve em execução até 04/04/2020". Ora, o contrato em análise, à data da presente auditoria, não poderia estar executado técnica e financeiramente a 100%, uma vez que a sua execução só termina em setembro do presente ano, porquanto a sua data de início é o dia 5 de abril de 2019, em conformidade com a cláusula quarta do mesmo.
891. Acresce referir que se constatou, nesta data, que a fatura relativa aos serviços prestados no mês de agosto de 2019 não foi remetida, por lapso, para a IGAMAOT, pelo que se anexa a mesma (Anexo 7) ao processo em causa na presente data, bem como a correspondente autorização de pagamento (Anexo 8) e pagamento (Anexo 9).
892. Mais se refere que de janeiro até à data foram rececionadas as faturas de fevereiro, março e abril, as quais já foram, entretanto, pagas, juntando-se as mesmas ao processo (Anexo 10), bem como as respetivas autorizações de pagamento (Anexo 11) e pagamentos (Anexo 12). Assim, face ao exposto, dá-se nota que a execução financeira do contrato em apreço ascende, a esta data, a 76,5% e não a 53% conforme indicado pela IGAMAOT.
893. Reforça-se, porém, que o contrato só termina em setembro de 2020, pelo que o mesmo não pode estar, a esta mesma data, concluído técnica e financeiramente.

Ponto 64 do Relatório:

IGAMAOT:

"Por falta de evidência da data de receção dos produtos intercalares e finais dos processos e/ou de execução do serviço contratado, não foi possível aferir da correta execução técnica e/ou temporal em 9 dos 39 processos da amostra"

Pronúncia da ERSAR:

894. No que concerne ao **processo n.º 3 – [.....]**, o contrato celebrado pelo período de 240 dias, teve início a 8.08.2017, terminando a 5.04.2018, conforme cláusula 6.ª do mesmo. O n.º 6 da cláusula 3.ª do referido contrato refere que deverão ser entregues vários relatórios, a saber: "Relatório intercalar I: análise da informação disponibilizada pela ERSAR e recolha de informação em falta, o qual deverá ser entregue até ao final do mês 2; Relatório intercalar II: custos operacionais de referência para os sistemas de abastecimento de água, o qual deverá ser entregue até ao final do mês 5; Relatório intercalar III: custos operacionais de referência para os sistemas de saneamento de águas residuais e os custos operacionais de referência para resposta aos indicadores do PensaAR 2020, o qual deverá ser entregue até ao final do mês 7 e Relatório Final (volume 1 - custos operacionais de referência para infraestruturas associadas ao ciclo urbano da água - e volume 2 - documento para utilização interna na ERSAR onde constem os trabalhos desenvolvidos e as justificações para as tomadas de decisão) e aplicação informática, o qual deverá ser entregue até ao final do mês 8.". Atendendo que a IGAMAOT refere não ter a evidência da data da receção dos relatórios intercalares e finais relativo ao contrato em apreço, procede-se ao envio, nesta data, das evidências em causa (Anexos 1, 2, 3 e 4).
895. Importa salientar, que de acordo com o n.º 2 e o n.º 3 da cláusula 5.ª do contrato, *"...2 - A Fase I iniciar-se-á com a análise da informação disponibilizada pela ERSAR (Atividade 1), seguindo-se a recolha da informação em falta necessária ao desenvolvimento do trabalho (Atividade 2), de forma a que o estudo tenha a robustez necessária ao cumprimento dos seus objetivos. Para o efeito, deverão ser solicitados dados operacionais às entidades gestoras dos sistemas de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, tanto na vertente em alta como na*

vertente em baixa, e deverão ser realizadas consultas a empresas fornecedoras de equipamentos, de reagentes químicos e de outros consumíveis. Complementarmente, poderão ser utilizadas outras fontes bibliográficas, nacionais ou internacionais, com relevância para o estudo. 3 - A Fase I, conforme descrita no número anterior, é de extrema relevância para a qualidade do trabalho final, na medida em que os custos de referência serão calculados com base na informação recolhida. Por outro lado, os custos de referência apresentados deverão ser classificados de acordo com o grau de incerteza associado decorrente da qualidade de informação disponível para o seu estabelecimento. Por exemplo, nos casos em que as fontes de informação sejam consideradas insuficientes em número ou não representativas da realidade nacional, o custo de referência terá uma maior incerteza associada."

896. Efetivamente este trabalho tinha por base a recolha e análise de dados de exploração de entidades gestoras. Assim, foi selecionado um conjunto de EGs que admitimos que nos iriam fornecer dados de exploração fidedignos e correspondentes a um cenário de eficiência. A ERSAR enviou ofícios a essas EGs a enquadrar o estudo e a solicitar o preenchimento de ficheiros Excel preparados pela FUNDEC. Contudo, as respostas tardaram e vieram bastante incompletas. A [...] mostrou muita relutância em fornecer dados operacionais, pelo que foi necessário realizar 2 reuniões com a [...] / ERSAR / [...] para esclarecer o âmbito do estudo e para percebermos o nível de desagregação dos dados possível (pretendíamos dados por infraestrutura e a [...] dizia que o programa SAP apenas permitia extrair dados por subsistema) e ainda tivemos que insistir bastante para nos enviarem a informação acordada nas reuniões. Por outro lado, a [...] foi insistindo com as EGs em baixa. Algumas EGs apenas forneceram informação "macro", relativa à prestação dos serviços AA e/ou AR no seu todo, ficando em falta a informação desagregada por infraestrutura: custos de energia, custos com pessoal, custos com reagentes, entre outros, tendo sido argumentado pelas EGs que não tinham a informação com o nível de desagregação pretendido.
897. Pelos motivos expostos, a etapa de recolha de dados prolongou-se no tempo e ditou o atraso na realização do trabalho, não por responsabilidade da [...] ou, até mesmo, da ERSAR, mas por causa das EGs que tardaram a remeter a informação

base para o estudo. Pese embora o sucedido, os serviços a prestar para a elaboração do estudo objeto do contrato foram executados integralmente e com sucesso, conforme se podem verificar pelos relatórios intercalares e final entregue, cujas evidências anexamos (já tinham sido enviados no 2.º pedido).

898. Relativamente ao **processo n.º 38 – [.....]**, o contrato teve início a 22 de junho e termo a 31 de outubro, conforme decorre da cláusula 9.ª do mesmo. A cláusula 3.ª do referido contrato determina que até 26 de junho de 2018 deve ser entregue o estudo draft sobre os parâmetros definidos, até 6 de julho de 2018 deve ser entregue a versão do relatório para audiência prévia, bem como, ficheiro Excel editável e com clara identificação das fontes utilizadas para inputs e cálculos intermédios e até 11 de outubro de 2018 o relatório final, incorporando eventuais contributos das entidades gestoras após o período de audiência prévia e ficheiro Excel, editável e com clara identificação das fontes utilizadas para inputs e cálculos intermédios. Atendendo a que a IGAMAOT refere não ter a evidência da data da receção dos relatórios intercalares e finais relativos ao contrato em apreço, procede-se ao envio, nesta data, das evidências em causa (Anexos 5, 6 e 7).
899. O artigo 26.º do novo Regulamento Tarifário de Resíduos (RTR) faz referência aos parâmetros estabelecidos para o setor e para cada entidade gestora. Estes parâmetros devem ser sempre estabelecidos com base na informação existente na ERSAR, o mais atualizada possível, relativa às entidades gestoras alvo dos referidos parâmetros. Nesta sequência a ERSAR, de acordo com os serviços contratados, deveria ter tido condições para submeter toda a informação mais atualizada possível em causa para a [.....]. A [.....], por essa razão, começou a prestar o serviço com os dados, remetidos pela ERSAR, das contas reais das 11 EGs Estatais, ainda, não validados/aceites pela ERSAR. Posteriormente, ao envio pela [.....] do estudo draft sobre os parâmetros definidos, é que a ERSAR procedeu ao envio das contas reais de 2017, das 11 entidades gestoras da EGF, aceites e que utilizou para o projeto de decisão do ajustamento aos proveitos permitidos. Este envio só ocorreu a 23 de julho, como pode ser confirmado no e-mail em anexo (Anexo 8).
900. O atraso verificado pela ERSAR no envio da informação para a prestação dos serviços em causa teve por base as seguintes razões: - ter pela primeira vez

coincido a análise das contas reais para a aferição dos ajustamentos a efetuar aos proveitos permitidos definidos para 2019, em simultâneo com a análise das contas previsionais das 11 entidades gestoras, no âmbito do novo RTR, para além de todas as restantes tarefas rotineiras do departamento, dando origem à proposta de definição dos proveitos permitidos totais, incluindo os ajustamentos do ano de 2017 (resultado da avaliação das CRR2007) e a trajetória tarifária esperada para o período regulatório de 2019-2021, de cada uma das entidades gestoras, o que requereu um esforço enormíssimo dada a dimensão da equipa existente e os timings existentes; - ter sido nesta altura que se deu a reorganização da ERSAR e por conseguinte a tarefa de proposta de definição das CRR e CRP terem sido efetuadas por equipas recentemente criadas, a que acresce o facto de a atual versão do RTR ter sido publicada apenas em janeiro de 2018, havendo necessidade de aprofundamento do seu conteúdo pela equipa técnica, de forma a poder melhor definir os proveitos permitidos em causa.

901. Pese embora o sucedido, os serviços a prestar para a elaboração do estudo objeto do contrato foram executados integralmente e com sucesso, conforme se pode verificar pelos documentos intercalares e relatório final entregue.
902. Quanto aos **processos n.ºs 20 e 21 – [.....]** importa salientar que ambos os processos dizem respeito a um mesmo tipo de serviço, o qual consiste no direito de acesso a um serviço de manutenção baseado em serviço de update e upgrade de produto e em serviço de apoio a clientes. Na realidade este serviço consiste na possibilidade de utilização do software em causa sem que a ERSAR esteja a utilizar o referido software de forma ilegal. Estes serviços, por opção da ERSAR, são acionados sempre que necessário. No caso das atualizações, a ERSAR recebe as mesmas sempre que estas se encontrem disponíveis para o efeito, podendo ou não ser instaladas tendo em consideração a sua compatibilidade com as versões instaladas de outros softwares. Relativamente ao acesso ao serviço de apoio a clientes, a ERSAR, recorre ao mesmo de acordo com as necessidades e com os problemas de funcionamento que possam surgir ao longo da utilização do software em causa. Assim, tendo em consideração as características inerentes a este tipo de serviço, as melhores evidências inerentes ao mesmo, decorrem da possibilidade que a ERSAR tem de usar o software em apreço de forma contínua e legal. Anexa-se uma

imagem do ecrã que evidencia, no nosso servidor principal de base de dados, a instalação da atualização de versão 7.0.214.0, realizada no dia 8 de janeiro de 2019, ainda no âmbito do contrato correspondente ao processo n.º 20 da [...] (Anexo 9).

903. Quanto ao **processo n.º 24 – [...]**, conforme constante da cláusula 3.ª do contrato celebrado entre a ERSAR e a [...], foi prevista a entrega de vários relatórios intercalares, de relatório preliminar e de relatório final, os quais se anexam nesta data ao processo (Anexos 10, 11, 12, 13, 14 e 15). Remete-se, igualmente, as evidências da entrega dos mesmos pelo respetivo prestador de serviços (Anexos 16, 17, 18 e 19).
904. A consulta pública, prevista na cláusula 3.ª do contrato, contemplava um período de 30 dias, terminando no dia 31 de janeiro de 2018, contudo, a ERSAR decidiu prolongar o prazo dessa mesma consulta pública para o dia 9 de fevereiro, conforme email anexo com a respetiva evidência de prorrogação do prazo (Anexo 20).
905. Pese embora o sucedido, os serviços a prestar para a elaboração do estudo objeto do contrato foram executados integralmente e com sucesso, conforme se podem verificar pelos relatórios intercalares, preliminar e relatório final entregue.
906. No que respeita ao **processo n.º 28 – [...]**, conforme consta da cláusula 4.ª do contrato celebrado entre a ERSAR e a [...], foi prevista a entrega de vários relatórios intercalares, de relatório preliminar e de relatório final. Anexam-se, nesta data, ao processo os relatórios intercalares e o relatório preliminar, bem como as evidências da entrega dos mesmos pelo respetivo prestador de serviços, assim como, a evidência de entrega do relatório final, o qual já havia sido remetido para a IGAMAOT (Anexos 21, 22, 23, 24, 25, 26 e 27).
907. Importa salientar que, estando a realizar-se quase em simultâneo o Guia Técnico de Implementação de Sistemas pay-as-you-throw (PAYT), correspondente ao contrato do processo 24 – [...], no qual se tinha previsto previamente a realização de uma consulta pública, com base no relatório preliminar apresentado pela [...], entendeu a ERSAR ser igualmente útil submeter o relatório preliminar do Estudo de avaliação de sinergias da integração da recolha seletiva com a indiferenciada e a partilha de infraestruturas e serviços à consulta do setor.

908. Essa fase, que não estava prevista no contrato celebrado com a [...], correspondente ao processo 28 – [...], foi, no entanto, acordada com essa entidade no pressuposto de que se prolongaria o prazo de entrega do relatório final, de forma a que o mesmo pudesse vir a contemplar os contributos que nos chegassem durante a consulta pública ao setor. Anexa-se o ofício que deu origem à referida consulta pública como evidência da mesma (Anexo 28).
909. Por último, refere-se que a chegada à ERSAR dos contributos do setor, anteriormente mencionados, ao estudo em causa, coincidiu praticamente com a reorganização das atividades da ERSAR e, conseqüentemente, com a alteração da estrutura orgânica da ERSAR, dos departamentos, suas competências e trabalhadores afetos, o que, a adicionar a um conjunto vasto de outras tarefas mais urgentes, limitou a capacidade de acompanhamento da análise dos contributos recebidos e, conseqüentemente, do relatório final.
910. Pese embora o sucedido, os serviços a prestar para a elaboração do estudo objeto do contrato foram executados integralmente e com sucesso, conforme se podem verificar pelos relatórios intercalares, preliminar e relatório final entregue.
911. Quanto ao **processo n.º 31** – [...], tal como já se teve oportunidade de referir no ponto anterior (63), o contrato em questão está a ser executado dentro do previsto, tendo o mesmo uma duração de 17 meses, terminando apenas em 04/09/2020.
912. Na sequência do indicado pela IGAMAOT sobre o processo em causa, cumpre-nos dizer que os relatórios que foram entregues incluem os relatórios finais. De facto, foram enviados documentos de trabalho (mas não "preliminares" como é referido pela IGAMAOT) e as versões finais, que apesar de referirem draft, importa dizer que são versões finais. Os consultores da [...] nunca referem a versão final como "versão final", uma vez que a ERSAR pode querer adicionar mais algum aspeto. Por outro lado, depois da entrega do relatório, existem muitas vezes reuniões com as Concedentes/concessionárias (em que o consultor da [...] participa) que levam à necessidade de ajustamento do documento. Por outro lado, os relatórios centram-se na análise dos elementos disponíveis à data e, nalguns casos, quando recebemos informação posteriormente, os relatórios podem ser ajustados.

913. Aproveita-se a oportunidade para remeter o relatório sobre a nova análise a [.....] e o relatório sobre a análise à [.....] (Anexos 29 e 30).
914. Por fim, reforça-se, porém, que o contrato só termina em setembro de 2020, pelo que o mesmo não pode estar, a esta mesma data, concluído tecnicamente.
915. Relativamente ao **processo n.º 32 – [.....]**, remete-se para a explicação dada no processo anterior (processo 31 – [.....]) no que concerne aos documentos de trabalho, relatórios e versões finais. Acresce referir que apenas uma das faturas remetidas à IGAMAOT (e não duas como referido), relativas ao processo em apreço, apesar de não referir qual o consultor que consumiu as horas faturadas (usando a mesma expressão da IGAMAOT), permite concluir que o contrato foi, por um lado, totalmente executado e, por outro, perceber que as horas em referência só podem ser do elemento da equipa técnica com o perfil de doutorado. A fatura em referência, sem indicação do nome do consultor, tem na descrição dos serviços prestados o seguinte: "Prestação de serviços no âmbito do projeto de reequilíbrio e de renegociação de contratos (97h*120 euros relativamente a [.....])", correspondendo à revisão que o consultor, com o perfil de doutorado, fez sobre as análises efetuadas pelos demais consultores licenciados. De facto, como se pode confirmar pelas restantes faturas do processo em análise, verifica-se que o consultor [.....] analisou o processo relativo a [.....] e o consultor [.....] analisou os processos relativos a [.....]. Nestes termos, a prestação de serviços em causa foi integralmente executada.
916. Por fim, anexa-se, a lista com as reuniões havidas entre a ERSAR e a [.....] realizadas entre 22.10.2018 e 25.06.2020, que abrange o período contratual do processo 31 e 32. A lista remetida, para além das datas das ditas reuniões especifica, também, o assunto das mesmas (Anexo 31).
917. Por último, relativamente ao processo n.º 10 – [.....], anexa-se a evidência da entrega do estudo objeto do contrato celebrado entre a ERSAR e o [.....] (Anexo 32).
918. Salienta-se que para a realização do estudo, ficou acordado que a ERSAR providenciaria o acesso do [.....] à base de dados do Portal ERSAR para recolha da

informação necessária. Contudo, em janeiro de 2019, a ERSAR concluiu não ser possível, tecnicamente, conceder esse acesso a entidade externa à ERSAR. Como alternativa, a solução encontrada na ERSAR foi aguardar pelos desenvolvimentos previstos no Portal, que permitiriam exportar os dados necessários em formato Excel, pelo que se acordou com o [...] a suspensão do prazo de entrega, conforme cópia de email em anexo (Anexo 33).

919. A possibilidade de exportação dos dados do Portal ficou concluída no final de fevereiro, a partir dos quais o [...] pôde continuar o trabalho de análise e interpretação dos dados. Nesta fase do estudo foi ainda necessário completar, validar e harmonizar a informação da base de dados sobre as captações de água existentes no Portal, o que implicou diversas interações entre o [...], a ERSAR e as entidades gestoras. Situação esta que se arrastou entre fevereiro e abril. Este processo acabou por ser muito mais trabalhoso do que o previsto, provavelmente pelo cariz inovador de um estudo deste tipo. Contudo, com a total colaboração, interesse e disponibilidade do [...] para responder às diferentes solicitações da ERSAR, acabou por se ganhar uma base de dados mais completa e fiável, requisito essencial ao tipo de Estudo em apreço. Depois da entrega da versão zero do estudo à ERSAR, a 13 de maio, conforme email em anexo (Anexo 34), o [...] mostrou a sua disponibilidade e abertura para discutir, em reunião com a ERSAR, a abordagem metodológica e os resultados obtidos. Nessas reuniões de discussão foram acordadas entre as partes algumas revisões à estrutura do estudo, o que levou à entrega do documento final e faturação do serviço para dezembro de 2019, conforme documento E-009592/2019 (Anexo 32).
920. Pese embora o sucedido, os serviços a prestar para a elaboração do estudo objeto do contrato foram executados integralmente e com sucesso.

Ponto 65 do Relatório:

IGAMAOT:

"Tendo por base a data de emissão da última fatura de cada um dos procedimentos analisados, bem como a documentação de suporte à execução técnica disponibilizada e

ainda os contratos constatou-se que 7 dos 39 procedimentos analisados foram tecnicamente concluídos após a data contratada"

Pronúncia da ERSAR:

921. No que concerne ao **processo n.º 3 – [.....]** e ao **processo 28 – [.....]** remete-se, para melhor entendimento da situação relatada no presente ponto, para as respostas contidas no ponto 64 do presente relatório relativamente a cada um dos processos em causa.
922. Quanto ao **processo n.º 13 – [.....]**, somos a informar que houve a necessidade de proceder a algumas correções no decurso do projeto, conforme se pode comprovar na evidência da entrega do modelo final que foi objeto contratual deste processo. Estas correções eram indispensáveis ao cumprimento dos requisitos regulatórios e necessárias à exigida qualidade da execução dos trabalhos e dos resultados. Contudo, cumpre salientar que os objetivos do projeto foram integralmente cumpridos.
923. Quanto ao **processo n.º 29 – [.....]**, tal como já se teve oportunidade de comunicar à IGAMAOT aquando do envio das respostas ao último pedido (3.º) de informação remetido pela referida entidade, o contrato em análise previa duas fases de trabalhos, uma primeira fase, com a entrega de determinados "deliverables" a que corresponderia um pagamento de 70% do preço contratual e, uma segunda fase, com a entrega da proposta dos termos de referência (cláusulas técnicas) para a abertura de um concurso público para a contratação de serviços de desenvolvimento informático para o portal da ERSAR, a que corresponderia os restantes 30% do preço contratual. Pelos motivos já expostos à IGAMAOT, a conclusão dos trabalhos esteve pendente de uma reunião com o Conselho de Administração para a análise do draft de Termos de Referência apresentados pela [.....]. A referida reunião não se realizou, por motivos relacionados com a ERSAR, no prazo pensado e desejável, tendo ocorrido apenas em 2018. Nesse sentido, apesar dos trabalhos estarem concluídos, a reunião de análise e avaliação do serviço só foi realizada muito depois, pelo que o pagamento dos 30% correspondentes à execução dos trabalhos apenas ocorreu em 2018.

Contudo, frisa-se que o trabalho em causa foi integralmente executado, tendo os objetivos do referido contrato sido integralmente cumpridos.

924. Quanto ao **processo n.º 18 – [.....]**, conforme entendimento da ERSAR exposto no ponto 68 do presente documento, o contrato em causa só terminaria quando o total das horas contratadas, 116h, se tivessem esgotado, o que aconteceu a 19 de maio de 2019. De acordo com o entendimento expresso o contrato foi tecnicamente executado dentro do estabelecido contratualmente.
925. No que respeita ao **processo n.º 27 – [.....]**, importa salientar que a ação de formação apenas ocorreu nos dias 10 e 11 de maio, porquanto a ERSAR solicitou o adiamento da referida ação de formação, por um lado, por indisponibilidade de agenda dos participantes nas datas que inicialmente nos tinham sido propostas e, por outro, pelo processo de reorganização e reestruturação pelo qual a ERSAR estava a passar, conforme se pode comprovar pela troca de emails juntos em anexo (Anexo 1). Salienta-se que a ERSAR, àquela data, se encontrava no início do processo de reorganização da sua estrutura organizacional, mediante o qual os colaboradores tinham sido recentemente posicionados nas correspondentes áreas funcionais, pelo que se considerou que os trabalhadores não iriam absorver os conteúdos pedagógicos com a maturidade pretendida. Nestes termos, foi, a pedido da ERSAR, alterada a data da ação de formação em causa, tendo havido o acordo da [.....].
926. Por último, relativamente ao **processo n.º 30 – [.....]**, contrariamente ao mencionado pela IGAMAOT no presente ponto, realça-se que os trabalhos técnicos desenvolvidos pelo prestador de serviços e imputáveis ao contrato foram todos realizados antes do término do mesmo, ou seja, foram todos realizados até à data de 30/6/2019, conforme evidências oportunamente enviadas para a equipa auditora. Realça-se que, na sequência da conclusão desses trabalhos, e fazendo parte da sequência normal deste tipo de atividades, é necessária a realização de atividades da responsabilidade da ERSAR, a saber: a) testes de aceitação e b) passagens a produção.
927. Nestes termos, considerando que o contrato de aquisição de serviços para a Manutenção Aplicacional Corretiva e Evolutiva do Portal ERSAR, na sua Cláusula 26.ª

– Metodologia, ponto 2, alínea h), refere “Após a realização de testes e respetiva validação pela equipa de desenvolvimentos, a equipa ERSAR de controlo de qualidade valida a operacionalidade das funcionalidades que, quando em conformidade com o pretendido, são disponibilizadas em ambiente produtivo” e que na cláusula 26.ª – Metodologia, ponto 2, alínea i), é referido “os desenvolvimentos poderão ser disponibilizados à totalidade dos utilizadores do Portal ERSAR no dia da entrada em produção, no final do sprint, ou em alternativa, caso sejam desenvolvidos nessa lógica, entrar em produção e ser disponibilizados posteriormente em data a acordar (funcionalidade prevista e existente no Portal ERSAR)” dá-se nota que a validação da operacionalidade das funcionalidades, referida na alínea h), comumente referida como “testes de aceitação”, é a mencionada nos documentos previamente disponibilizados à IGAMAOT como evidências. Assim, considerando o conjunto avolumado de trabalho de “testes de aceitação”, a realizar pela equipa da ERSAR, associado ao conjunto de subprojectos terminados no final do projeto em causa, foi necessário desenvolver esses “testes de aceitação” já durante o mês de julho, fazendo graduais passagens a produção, nas datas 2/7/2019, 9/7/2019 e 18/7/2019, conforme indicado nas evidências apresentadas, decisão suportada pela alínea i), do ponto 2 da cláusula 26.ª do contrato. Tal facto, não constitui um atraso por parte do prestador de serviços em causa, porquanto os trabalhos indicados – testes de aceitação e as passagens a produção - eram da responsabilidade da ERSAR.

928. Ao exposto acresce mencionar que, no que concerne ao início do período de garantia e decorrente do contrato em análise, o n.º 2 da cláusula 4.ª sob o tema "Prazos de Execução e Vigência", determina que “Após o termo do prazo do contrato, indicado no ponto anterior, deverá ser assegurada uma obrigação complementar, designada por garantia, correspondente a um período mínimo de 24 meses, de forma a garantir e assegurar o correto funcionamento dos módulos que venham a ser desenvolvidos no âmbito do contrato a celebrar”. O ponto n.º 1 da mesma cláusula determina que os serviços objeto do presente contrato devem estar concluídos até 30.06.2019. Neste sentido, é entendimento da ERSAR que desta redação nada indica que a data de início do período de garantia tenha de ser consecutivo ao término do período contratual, fazendo jus ao facto de que os bens

em garantia ainda não estarem em utilização, não por incumprimento do prestador de serviços, mas por conveniência da ERSAR.

929. Compulsada a informação, frisa-se, por um lado, que a validação dilatada no tempo tem como objetivo a adequada verificação, com qualidade, dos bens adquiridos, em prol do bem público e, por outro, não se pode inferir em absoluto que o contrato em análise não foi cumprido, uma vez que as atividades desenvolvidas posteriormente a 30/6/2019 eram da responsabilidade da ERSAR. Em suma, os interesses e os fins do contrato foram integralmente cumpridos com a execução do mesmo, não tendo resultado nenhum prejuízo para as partes envolvidas.
930. Por último, conclui-se, ainda, que a garantia se iniciou a partir de 18.07.2019, por um período de 24 meses, neste caso, até 17.07.2021, com total acordo por parte do prestador de serviços em causa.

Ponto 66 do Relatório:

IGAMAOT:

"Relativamente ao procedimento n.º 3 – [.....], pese embora a data limite de execução do contrato seja 05/04/2018, a data estabelecida para apresentação do último relatório é o final do mês, ou seja 30/04/2018."

Pronúncia da ERSAR:

931. Efetivamente, existe um lapso entre a data de termo do contrato, o dia 5 de abril de 2018, atendendo que o mesmo começou a 08.08.2017, constante da cláusula 6.ª do contrato – "prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias contados da data de assinatura do presente Contrato" – e a data indicada para a entrega do relatório final, mencionada na cláusula 3.ª do mesmo, que determina que o relatório final deve ser entregue até ao final do mês 8 após o início do contrato, isto é, o dia 30/04/2018. Contudo, tal não passou de um mero lapso na redação da cláusula 3.ª do contrato, designadamente na indicação da data para entrega do relatório final que resultou do facto de se utilizar a mesma terminologia indicada em contrato, na referida cláusula 3.ª, para as demais entregas dos relatórios intercalares I, II e III.

Ponto 67 do Relatório:

IGAMAOT:

O contrato referente ao procedimento n.º 8 – [.....], estabelece que o prestador do serviço se obriga a entregar, mensalmente, aquando do envio da fatura, o detalhe dos trabalhos desenvolvidos bem como as horas despendidas nos mesmos, o que não sucedeu no mês de maio de 2018.

Pronúncia da ERSAR:

932. Junta-se a relação dos serviços prestados pelo [.....] correspondentes ao mês de maio (Anexo 1), a qual foi oportunamente remetida pelo prestador de serviços em causa. A relação dos serviços prestados em maio não foi remetida para a IGAMAOT, em anexo à fatura correspondente, por mero lapso, corrigindo-se a situação em causa, nesta mesma data.

Ponto 68 do Relatório:

IGAMAOT:

"O cruzamento das horas contratadas com as consumidas, no âmbito do procedimento n.º 18 – [.....], demonstra que a sua execução se situou nos 101,03%."

Pronúncia da ERSAR:

933. De acordo com o número 1 da cláusula 4.ª do contrato "1- O contrato tem a duração de 4 (quatro) meses, com início no dia 1 de julho (ou na data da sua assinatura) e termina no dia 31 de outubro de 2018, ou no momento em que se esgotar o número de horas contratadas de 116 (cento e dezasseis) horas.", tendo o mesmo sido assinado em 20 de julho de 2018. Contrariamente ao entendimento da IGAMAOT e ao que a IGAMAOT diz ser o entendimento da ERSAR, deixa-se, desde já claro, que o entendimento da ERSAR foi no sentido de o contrato terminar a 31 de outubro, se as horas contratadas estivessem todas esgotadas, nessa data, ou não estando esgotadas, nessa data, o contrato só terminaria na data em que as mesmas se

esgotassem. Nestes termos, o referido contrato teve início a 20 de julho de 2018 tendo terminado no momento em se esgotaram as horas contratadas, num total de 116 h, o que ocorreu depois de 31 de outubro de 2018, mais precisamente em 19 de maio de 2019.

934. Importa, ainda, salientar que, contrariamente ao mencionado pelo auditor, o clausulado contratual do processo n.º 15 da amostra, não é o mesmo, nem a interpretação da ERSAR foi similar à do auditor, porquanto o número 1 da cláusula 4.ª do contrato em questão refere "1. O presente Contrato é válido por um período de 6 (seis) meses e produz efeitos a partir de 1 de novembro p.f. ou da data de assinatura do presente Contrato, caso a mesma venha a ocorrer em data posterior a 1 de novembro.", sendo que o número 2 da cláusula primeira determina que "2. O presente Contrato abrange a afetação dos profissionais necessários, em função dos serviços a prestar, até ao limite máximo de 175 (cento e setenta e cinco) horas para um período de 6 (seis) meses, com uma distribuição média de 29 (vinte e nove) horas mensais". Ora, o contrato relativo ao processo n.º 15, teve início a 1 de novembro de 2017 e término a 30 de abril de 2018, vigorando por 6 meses, tendo subjacente um limite máximo de 175 h. Significa isto que o contrato em causa, independentemente, do número de horas efetuadas (limite máximo de 175h) terminaria sempre a 30 de abril, não se prolongando para além dessa data, mesmo que o número de horas efetuado fosse inferior ao número de horas estabelecido como o limite máximo contratado. É exatamente por este entendimento que a ERSAR, na Informação I-000805/2018, de 11/06/2018, refere no ponto 9 o seguinte "9. Assim, tendo cessado o atual Contrato a sua vigência (contrato celebrado a 31 de outubro de 2017, pelo período de 6 meses, no valor de € 15.750,00 (quinze mil, setecentos e cinquenta euros) sem IVA incluído, e tendo em consideração a necessidade de se assegurar a prestação de serviços de apoio jurídico e de contencioso à ERSAR, importa desencadear o respetivo procedimento com vista à celebração de novo Contrato para os serviços em causa.", dando início à abertura de procedimento que viria a culminar com a celebração de contrato correspondente ao processo n.º 18 da amostra.

935. Dá-se, igualmente, nota de que o valor contratual estabelecido para o processo n.º 18, € 10.440,00 (sem IVA), tem subjacente um número de horas contratadas, isto é,

116 h, sendo que as faturas emitidas tiveram por base o valor hora contratual versus as horas consumidas e constantes do relatório de horas anexo a cada uma das faturas em questão. A IGAMAOT não interpretou corretamente a quantidade faturada e constante de cada fatura, uma vez que não percebeu que essa quantidade consistia na conversão dos minutos para horas para efeitos de determinação do valor a faturar, tal como se demonstra no quadro infra:

Fatura	Horas Consumidas	Transformação p/ Número
FA 2018/83	13h35min	13,58
FA 2018/105	12h	12
FA 2018/118	5h40min	5,67
FA 2019/78	84h45min	84,75
Total	116h	

936. Em suma, conclui-se que o número de horas faturadas e constantes das faturas, por via da quantidade, coincidem com o número de horas dos respetivos relatórios, não havendo qualquer diferença. Desta forma, contrariamente ao referido pela IGAMAOT, não só não foram pagas horas a mais (é referido que foi paga 1h20min a mais), isto é, para além das 116h contratadas, como não existe nenhum valor de € 108,00 que não tem enquadramento legal que suporte o seu pagamento. De notar que o valor pago pela ERSAR foi o valor contratualizado correspondente às 116h, ou seja, € 10.440,00 (sem IVA), o equivalente a € 12.841,21 (com IVA).

Ponto 69 do Relatório:

IGAMAOT:

"Não foi possível aferir da taxa de execução técnica do procedimento n.º 32 – [...], porquanto duas das faturas emitidas não mencionam nem o consultor nem a quantidade de horas cobradas. Esta situação denota ainda uma clara falha no controlo da execução dos contratos."

Pronúncia da ERSAR:

937. Carece de clarificação, desde já, que apenas uma das faturas associadas ao **processo n.º 32** – [...] não menciona o nome do consultor, contrariamente ao indicado pela IGAMAOT que refere que duas das faturas emitidas não mencionam nem o consultor nem a quantidade de horas cobradas. Efetivamente, a última fatura do referido processo apenas indica o número de horas, num total de 97h, sem indicar o consultor. Contudo, dado que o contrato previa, na alínea b) do n.º 3 da cláusula 12.ª que "b) tendo subjacente um número total de 350h, em função de cada um dos perfis a afetar aos serviços, nos seguintes moldes: 250h globais do perfil Licenciado em Gestão ou Economia (...) e 100h globais do perfil Doutorado em Finanças.", é fácil de concluir que as horas em causa dizem respeito ao consultor com o perfil de Doutorado, uma vez que as entidades objeto de análise pelo referido consultor são as mesmas que as constantes das demais faturas anexas ao processo. Logo, o número de horas em causa, apenas pode dizer respeito ao consultor com o perfil de Doutorado, já que o mesmo deveria rever o trabalho do consultor com o perfil de Licenciado.
938. Para melhor compreensão do exposto, listam-se as faturas, anexas ao processo, bem como as horas constantes das mesmas e os respetivos consultores.

Fatura n.º	N.º Horas	Entidade	Consultor
Fatura 291	36h	[.....]	[.....]
Fatura 292	32h	[.....]	[.....]
Fatura 317	100h	[.....]	[.....]
Fatura 22	35h	[.....]	[.....]
Fatura 23	50h	[.....]	[.....]
Fatura 26	97h	[.....]	-

939. Nestes termos, conclui-se que o contrato foi tecnicamente cumprido, não existindo qualquer falha, ao contrário do que é apontado pelo auditor, no controlo da execução dos contratos.

Ponto 70 do Relatório:

IGAMAOT:

"À data da execução da presente auditoria, e pese embora todos os procedimentos tenham já atingido o limite temporal contratualmente estabelecido, 7 procedimentos encontravam-se com execução financeira inferior a 100%."

Pronúncia da ERSAR:

940. Quanto ao **processo n.º 1 – [.....]**, o contrato foi celebrado por um período de 12 meses, de 1 de fevereiro de 2018 a 31 de janeiro de 2019. Tal como já se teve oportunidade de referir noutros pontos do presente relatório, atendendo a que o período da auditoria se debruçava sobre o ano de 2017 e de 2018, tendo sido pedida a execução dos contratos nos referidos anos, a ERSAR não procedeu ao envio de faturas relativas ao ano de 2019 nas situações em que os contratos tiveram execução nesse mesmo ano, por se ter considerado que tal não era pretendido. Assim, procede-se ao envio da fatura de janeiro de 2019 (Anexo 1), correspondente autorização de pagamento (Anexo 2) e comprovativo de pagamento (Anexo 3). Desta forma, dá-se por demonstrada a execução financeira a 100% do respetivo contrato, conforme se pode comprovar pelo total global das 12 faturas emitidas e pagas.
941. No que concerne ao **processo n.º 8 – [.....]**, tal como já se teve oportunidade de referir no ponto 63) do presente relatório, o contrato foi totalmente executado – técnica e financeiramente – para o prazo inicial de vigência correspondente a 6 meses. De facto, conforme referido oportunamente, o contrato apesar de prever no seu clausulado a possibilidade de renovação por igual período (6 meses) até ao limite máximo de 1 (um) ano, tal não veio acontecer, tendo-se dado por terminado no final do primeiro período de vigência correspondente a 6 meses. Atento os factos descritos, à data da presente auditoria, o contrato em causa encontra-se executado financeiramente a 100%, para o período inicial de vigência, não havendo lugar a qualquer execução adicional, uma vez que o contrato não foi renovado por mais 6 meses, contrariamente ao que é referido pela IGAMAOT que refere que a execução financeira é de apenas 42% correspondente a 11.760,00 (s/IVA). Recordar-se que a IGAMAOT não tinha na sua posse a fatura-recibo n.º 166, no valor de € 2.352,00, correspondente aos serviços prestados em março de 2018

e considerou, erradamente, a fatura-recibo n.º 162 como pertencente ao processo em causa, quando tal fatura não pertence ao processo em referência (conforme já se teve oportunidade de referir no ponto 63).

942. Assim, remetidas todas as faturas, relações de horas prestadas pelo prestador de serviços, autorizações de pagamento e pagamentos, pode a IGAMAOT verificar e concluir que o contrato se encontra executado financeiramente a 100%, para o período inicial de vigência, não tendo havido subsequentemente mais nenhum período contratual na medida em que o contrato em análise não foi renovado por igual período de 6 meses.
943. Relativamente ao **processo n.º 12 – [.....]**, tal como já se teve oportunidade de mencionar na resposta ao ponto 63 do presente relatório, o contrato em causa foi dado por terminado, após conhecimento do termo de decisão final (remetido em anexo ao ponto 63) da candidatura subjacente ao referido contrato, na medida em que a candidatura em causa foi reprovada. Por este motivo, de acordo com o clausulado contratual (vide cláusula quarta do contrato), apenas se verificou a execução técnica e financeira relativa à 1.ª fase - Preparação dos conteúdos, elaboração e submissão da candidatura, monitorização do processo de candidatura e acompanhamento da contratação dos apoios financeiros, a qual foi devidamente efetivada nos termos do contratado. O montante faturado à ERSAR e por esta pago foi de € 1.250,00 (sem IVA), correspondente a € 1.537,50, tal como decorre da alínea a) do n.º 4 da cláusula sexta do contrato e devidamente verificado pela IGAMAOT.
944. A 2.ª fase contratual, face à reprovação da candidatura, não ocorreu nem irá ocorrer, não havendo lugar a qualquer execução técnica e financeira, tendo-se dado, após conhecimento do termo de decisão final, conforme referido, por terminado o contrato em análise.
945. Em suma, contrariamente ao exposto pela IGAMAOT, refere-se que o contrato objeto de análise encontra-se executado financeiramente a 100%, uma vez que o mesmo terminou pelas razões supra expostas.
946. O **processo n.º 14 – [.....]**, diz respeito a um contrato celebrado por um período de 12 meses, de 19 fevereiro de 2016 a 18 fevereiro de 2017, com possibilidade renovação por igual período, até ao limite de 2 renovações,

sendo que o processo em causa se refere à renovação efetuada para o período compreendido entre 2018.02.19 e 2019.02.18. Tal como já se teve oportunidade de referir noutros pontos e neste mesmo ponto do presente relatório, atendendo que o período da auditoria se debruçava sobre o ano de 2017 e de 2018, tendo sido pedida a execução dos contratos nos referidos anos, a ERSAR não procedeu ao envio de faturas relativas ao ano de 2019 nas situações em que os contratos tiveram execução nesse mesmo ano, por se ter considerado que tal não era pretendido. Assim, procede-se ao envio, nesta data, das faturas relativas ao mês de janeiro, fevereiro e março de 2019 (Anexos 4, 5 e 6), bem como das respetivas autorizações de pagamento (Anexos 7, 8 e 9) e comprovativos de pagamento (Anexos 10, 11 e 12).

947. Acresce referir que o objeto contratual, conforme decorre da cláusula 1.^a do contrato, é o fornecimento de combustíveis rodoviários em postos de abastecimento públicos para as viaturas da ERSAR, o que significa que o contrato foi celebrado com base num valor de consumo de combustíveis estimado para o referido período contratual. Contudo, o consumo de combustíveis estimado dificilmente coincide com o valor dos combustíveis realmente consumidos e, conseqüentemente, faturados. Logo, considerando todas faturas relativas ao período contratual, de 2018.02.19 a 2019.02.18, o valor realmente consumido e faturado é inferior ao valor estabelecido contratualmente, atendendo às características já mencionadas do contrato em análise. Assim, considera-se que o contrato foi integralmente executado financeiramente, pese embora, por valor inferior ao considerado aquando da celebração do contrato, não decorrendo da situação em causa qualquer tipo de incumprimento contratual.
948. O **processo n.º 22** – [.....] refere-se ao contrato de fornecimento de energia elétrica em regime de mercado livre para as instalações do 8.º piso, celebrado por um período de 36 meses, de 17.04.2017 a 16.04.2020. Importa desde já clarificar que o contrato em apreço, à data de início da presente auditoria, não poderia estar totalmente executado financeiramente, porquanto o mesmo só terminou em abril de 2020. Esclarece-se, igualmente, que a data de início do contrato esteve dependente da transferência de operador e aumento de potência contratada.

949. Tal como já se teve oportunidade de referir noutros pontos e neste mesmo ponto do presente relatório, atendendo que o período da auditoria se debruçava sobre o ano de 2017 e de 2018, tendo sido pedida a execução dos contratos nos referidos anos, a ERSAR não procedeu ao envio de faturas relativas ao ano de 2019 e 2020 nas situações em que os contratos tiveram execução nesses mesmos anos, por se ter considerado que tal não era pretendido. Assim, procede-se ao envio, nesta data, das faturas relativas ao ano de 2019 e 2020 (Anexos 13 a 28), bem como das respetivas autorizações de pagamento (Anexos 29 a 43) e comprovativos de pagamento (Anexos 44 a 58).
950. Mais uma vez, o contrato em análise é celebrado tendo por base um consumo de energia elétrica estimado para efeitos do período contratual que, muito provavelmente, não coincide com o consumo de energia elétrica real para o mesmo período temporal. Logo, considerando todas faturas relativas ao período contratual, o valor realmente consumido e faturado é inferior ao valor estabelecido contratualmente, atendendo às características já mencionadas do contrato em análise. Assim, considera-se que o contrato foi integralmente executado financeiramente, pese embora, por valor inferior ao considerado aquando da celebração do contrato, não decorrendo da situação em causa qualquer tipo de incumprimento contratual.
951. Quanto ao **processo n.º 25 – [.....]** tendo em consideração o exposto no ponto 79 do presente relatório, refere-se que atentas as características do contrato em questão, bem como o objeto contratual em causa, é possível que a execução financeira se possa cifrar em valores inferiores ao valor contratado, não resultando daí qualquer irregularidade contratual. De facto, sendo o contrato em questão, um contrato de seguro de acidentes de trabalho e que tem por base a massa salarial anual, numa primeira fase, estimada e, numa segunda fase, real, comunicada pela ERSAR à entidade em causa, é normal que se verifiquem diferenças entre ambos os valores e, conseqüentemente, daí resultem ajustamentos, neste caso em concreto, a favor da ERSAR (estorno), o que originou um valor global a pagar inferior ao valor global contratado.
952. Quanto ao **processo n.º 31 – [.....]**, de acordo com o explanado no ponto 63 do presente relatório, o contrato em questão está a ser

faturado dentro do previsto, tendo o mesmo uma duração de 17 meses, terminando apenas em 04/09/2020, pelo que, à data da presente auditoria, não poderia estar executado técnica e financeiramente a 100%, uma vez que a sua execução só termina em setembro do presente ano, porquanto a sua data de início é o dia 5 de abril de 2019, em conformidade com a cláusula quarta do referido contrato.

953. Ao exposto, acresce o facto de se ter constatado que a fatura relativa aos serviços prestados no mês de agosto de 2019 não foi remetida, por lapso, para a IGAMAOT (junta em anexo ao ponto 63). Dado que, durante o decorrer da presente auditoria, foram rececionadas as faturas de fevereiro, março e abril, as quais foram, entretanto, pagas, juntaram-se as mesmas ao processo (vide ponto 63). Assim, pode-se concluir que a execução financeira ascende, a esta data, a 76,5% (e não a 53%), correspondente a € 152.941,23 (sem IVA) e a € 188.117,71 (com IVA), reforçando-se que o contrato só termina em setembro de 2020, pelo que o mesmo não pode estar, à data da presente auditoria, concluído técnica e financeiramente.

Ponto 71 do Relatório:

IGAMAOT:

"Em 56 faturas das 181 disponibilizadas à equipa de inspeção, no âmbito dos 39 procedimentos analisados, a ERSAR, incumpriu o prazo de pagamento, porquanto a autorização de pagamento (AP) ocorreu após o prazo de vencimento da fatura, encontrando-se, assim, violado o estipulado no n.º 1 do artigo 299.º do CCP, que dispõe que o pagamento deve ocorrer no prazo de 30 dias.

O referido incumprimento corresponde a 324.088,44 €, de um valor total de 1.412.688,98 € e a 31% em termos de número de faturas e de 23% em valor."

Pronúncia da ERSAR:

954. Antes de mais, realça-se que a ERSAR é uma entidade pública sem quaisquer dívidas a fornecedores, no conceito decorrente dos chamados "pagamentos em atraso". Efetivamente, a ERSAR preza-se por ter todos os pagamentos em dia.
955. A IGAMAOT menciona que 56 faturas foram pagas com atraso, considerando a data de autorização de pagamento, contudo a ERSAR apenas contabiliza um total de 50

faturas pagas com atraso, considerando a data efetiva do pagamento, sendo que o atraso em causa decorre, em algumas das situações, por responsabilidade do próprio prestador de serviços ou fornecedor de bens, na medida em que não remete em tempo útil comprovativo da situação contributiva ou tributária devidamente regularizada (9 faturas) ou, ainda, pelo facto de remeter tardiamente, em algumas situações, até mesmo após o prazo de vencimento, a referida fatura (5 faturas). Por outro lado, verifica-se que 26 das faturas em causa foram conferidas pelo responsável pelo contrato com ligeiro atraso, o qual resulta, maioritariamente, do facto de ser necessário existirem esclarecimentos adicionais relativos ao contrato e às faturas em específico. Os esclarecimentos em causa, entre a ERSAR e o fornecedor, nem sempre foram tão céleres quanto o desejado, sendo que essa responsabilidade recai inúmeras vezes sobre o fornecedor respetivo. Também o facto de, em algumas das situações já identificadas pela IGAMAOT, a publicitação ocorrer tardiamente, originou que o pagamento fosse para além do prazo de vencimento (7 faturas), uma vez que a ERSAR não pagou nenhuma fatura sem que o contrato estivesse devidamente publicitado. Por último, por razões administrativas internas, num total de 3 faturas, as mesmas foram pagas com atraso.

956. Salienta-se que 13 das faturas em referência foram pagas entre 1 a 8 dias após a data de vencimento; 12 faturas foram pagas entre 11 a 20 dias após a data de vencimento; 4 faturas foram pagas entre 20 a 30 dias após a data de vencimento e 3 faturas foram pagas entre 30 a 49 dias após a data de vencimento. As outras restantes 18 faturas, não especificadas em termos de dias de atraso de pagamento, têm subjacente explicações necessariamente dependentes do fornecedor/prestador de serviço.
957. Por fim, salienta-se que, apesar dos pagamentos terem sido efetuados após a data de vencimento, a ERSAR não foi sujeita a quaisquer juros de mora por parte dos respetivos fornecedores/prestadores de serviços, porquanto a ERSAR, numa boa parte das situações não foi responsável pelo pagamento tardio, conforme oportunamente referido e porque é considerada, no seio da administração pública, como boa pagadora

Ponto 72 do Relatório:

IGAMAOT:

"Apenas para 8 das 181 faturas analisadas foi possível aferir o efetivo pagamento, porquanto para as restantes não foram disponibilizados os comprovativos do correspondente meio de pagamento."

Pronúncia da ERSAR:

958. Antes de mais, importa salientar que a situação pandémica em que o país se encontrava, à data da presente auditoria, e a situação em que o país ainda se encontra, não afetou apenas a equipa auditora, como é facilmente perceptível. Por uma questão de saúde pública, os trabalhadores da ERSAR iniciaram a sua prestação em regime de teletrabalho a 16 de março, o que dificultou, com as restrições governamentais de circulação impostas, a deslocação à sede da ERSAR para digitalização de documentos físicos de suporte aos pedidos de informação endereçados pela IGAMAOT e, em particular, a disponibilização dos comprovativos de pagamento das faturas associadas aos vários processos que constituíram a amostra da auditoria, num total de 181 faturas (número contabilizado pela IGAMAOT).

959. Acresce referir que, na segunda reunião realizada a 10 de março de 2020, foram comunicados os constrangimentos inerentes à escassez de recursos com que a ERSAR se pauta e que a própria DGAEP já reconheceu, tendo sido, inclusive verificado pelos auditores, aquando da apresentação da equipa afeta ao Departamento Administrativo, Financeiro e de Recursos Humanos que, apenas dois técnicos se encontravam afetos à área de aquisições, situação posteriormente agravada e comunicada à equipa inspetora pela ausência, por baixa médica, de uma técnica, por motivo de gravidez de risco. Àquela data, a equipa auditora, ciente das limitações que verificaram e que lhes foram comunicadas, transmitiu, na reunião de 10 de março, que eram flexíveis ao nível dos prazos de apresentação de documentos, uma vez que tal dependeria da capacidade de resposta das organizações face aos recursos afetos e que tinham total compreensão

relativamente a esta situação, pelo que se entranha que este reparo e este ponto tenha sido incluído no relatório preliminar sem mais nenhuma observação.

960. Ao exposto, dá-se nota que, mesmo que a ERSAR pretendesse obter os referidos comprovativos de pagamento por acesso via on-line no *homebanking* do IGCP, certo é que essa informação só se encontra disponível por um período de 3 meses, pelo que a ERSAR já não poderia seguir essa via. A única alternativa disponível implicava necessariamente a deslocação de trabalhadores às instalações, o que dada a situação em que o país se encontrava não era de todo desejável. Relembre-se que as recomendações da DGS iam exatamente no sentido contrário, isto é, no sentido dos trabalhadores ficarem sob o regime de teletrabalho, regime obrigatório conforme declaração do estado de emergência proclamada pelo Exmo. Sr. Presidente da República.
961. Atento o exposto, pese embora as limitações e restrições com que a ERSAR se deparou e depara, junto se anexam, os comprovativos de pagamento das faturas (Anexos 1 a 32) associadas aos vários processos que constituíram a amostra da auditoria.

Ponto 73 do Relatório:

IGAMAOT:

"Para 19 das 181 faturas não foi remetida a AP."

Pronúncia da ERSAR:

962. Esclarece-se, desde já, que dado que a auditoria em curso incidia sobre o ano de 2017 e 2018, abarcando procedimentos encetados e em curso nos referidos anos, a ERSAR, apenas enviou as autorizações de pagamento das faturas emitidas e pagas nesse mesmo período para os processos da amostra em causa. Contudo, havendo processos com execução técnica e financeira, ainda, em 2019, foram remetidas algumas faturas emitidas nesse mesmo ano, para as quais, efetivamente, não se remeteram as respetivas autorizações de pagamento por se ter considerado que estas não eram pretendidas pela equipa auditora.

963. Anexa-se, a esta data, as autorizações de pagamento para as 19 faturas referenciadas pela IGAMAOT. As faturas em causa dizem respeito ao processo n.º 10 – [.....] (Autorização de pagamento correspondente à I-002309/2019) – (Anexo 1), processo n.º 11 – [.....] (Cheque e respetivo extrato bancário do IGCP e Autorização de pagamento correspondente à I-000551/2020) – (Anexo 2), processo n.º 18 – [.....] (Autorização de pagamento correspondente à I-000971/2019) – (Anexo 3), processo n.º 22 – [.....] (Autorizações de pagamento correspondentes à I-000261/2019; I-000488/2019; I-000687/2019; I-000797/2019; I-000892/2019; I-000971/2019; I-001046/2019; I-001131/2019; I-001375/2019; I-001600/2019; I-002019/2019; I-000119/2020 e I-000475/2020)– (Anexo 4) e processo n.º 32 – [.....] (Autorizações de pagamento correspondentes à I-000261/2019 e I-000430/2019) – (Anexo 5).

Ponto 74 do Relatório:

IGAMAOT:

"Das 7 faturas relativas ao procedimento n.º 8 – [.....], apenas foram remetidas 6. Não obstante, foram disponibilizadas as AP correspondentes à totalidade das faturas. "

Pronúncia da ERSAR:

964. Efetivamente, conforme já referido relativamente aos pontos 63) e 70) do relatório, por lapso, a ERSAR não remeteu, conjuntamente com as faturas remetidas no 1.º pedido de documentação efetuado pela IGAMAOT, a fatura-recibo n.º 166 referente ao processo n.º 8, datada de 30/03/2018, correspondente aos serviços prestados nesse mesmo mês, no valor de € 2.352,00 e anexa, nesta data, ao ponto 63).
965. Também como já se teve oportunidade de referir a propósito do ponto 63) a fatura-recibo n.º 162, no valor de € 3.769,57, considerada pela IGAMAOT no âmbito do processo em apreço, não pertence ao referido processo, mas sim a um outro procedimento não abrangido na amostra do processo de auditoria em curso. Esta fatura não foi remetida pela ERSAR, em nenhum dos pedidos efetuados pela

IGAMAOT, mas constava de uma autorização de pagamento remetida à IGAMAOT na qual eram pagas duas faturas do respetivo fornecedor, o que terá dado origem à suposição por parte do auditor de que a referida fatura pertencia ao processo em referência.

966. Em suma, do procedimento n.º 8 devem constar 7 faturas, a saber: n.º 161, 163, 164, 165, 166, 167 e 169, as quais totalizam o valor de € 14.112 (valor s/IVA), que corresponde ao valor contratual para o período inicial de vigência de 6 meses.

Ponto 75 do Relatório:

IGAMAOT:

"A faturação relativa ao procedimento n.º 10 – [.....] não foi efetuada conforme definido contratualmente, já que a cláusula 12.ª do contrato, estabelece que:

a. a primeira prestação corresponde a 25% do preço contratado e é faturada a 30/11/2018;

b. a segunda prestação corresponde, igualmente, a 25% do preço contratado e é faturada a 30/12/2018;

c. a terceira, e última, prestação corresponde aos restantes 50% do preço contratado é faturada após a entrega definitiva do estudo e apenas foi emitida uma fatura, correspondente a 50% do preço contratado, em 14/12/2018."

Pronúncia da ERSAR:

967. Em concreto, o contrato previa três pagamentos, um primeiro de 25% do período contratual, um segundo de 25% do período contratual e um último pagamento correspondente a 50% do referido preço. O [.....] emitiu duas faturas, uma em dezembro de 2018, correspondente a 50% do preço contratado, no valor de € 12.238,50 (valor com IVA) e outra, em dezembro de 2019, dos restantes 50%, após a entrega do relatório final correspondente ao estudo objeto contratual. Realça-se que, contrariamente ao referido pela IGAMAOT, a última fatura é datada de dezembro de 2019 e não de 2018.

968. Efetivamente, embora a faturação não tenha sido efetuada de acordo com o definido contratualmente, porquanto o prestador de serviços emitiu uma única fatura que congregou a primeira e a segunda prestação, certo é, que a ERSAR não foi em nada prejudicada, nem o prestador de serviços foi beneficiado, uma vez que essa fatura não foi emitida na data prevista para a primeira prestação (30.11.2018), tendo sido emitida apenas em dezembro.

Ponto 76 do relatório:

IGAMAOT:

" A definição das condições de pagamento, relativas ao procedimento n.º 11 – [...] e, permite que possam existir horas consumidas, mas impossibilitadas de faturar, conforme melhor explanado no respetivo anexo.

Ainda no âmbito do mesmo procedimento, e da análise efetuada às faturas verifica-se que estas não indicam o número de horas consumidas, nem o valor unitário, pelo que não é possível aferir da correta faturação. Acresce que, contrariamente ao estabelecido em contrato, as horas contratadas foram cobradas apenas em 2 faturas."

Pronúncia da ERSAR:

969. O n.º 2 da cláusula 10.ª do contrato previa que: "As quantias devidas pela ERSAR serão pagas nos seguintes moldes:

1.ª prestação até 31 de outubro, correspondente ao número de horas consumidas até àquela data, mediante apresentação da fatura;

2.ª prestação até 31 de dezembro, correspondente ao número de horas consumidas, de 31 de outubro até à data em referência, mediante apresentação da fatura;

3.ª prestação, no momento em que as horas consumidas atingirem 50% das horas por consumir a 31 de dezembro, mediante apresentação da fatura;
última prestação com o consumo da totalidade das horas contratadas, no termo do contrato, mediante apresentação da fatura."

970. Contrariamente ao referido pela IGAMAOT, no ponto 28 do anexo 26.03_A ao presente relatório, julga-se que não haveria razões para que fossem deixadas de

fora, por faturar, horas, uma vez que a 31.10 deveriam ser faturadas todas as horas prestadas pelo prestador de serviços até essa data, até 31.12 deveriam ser faturadas as horas prestadas entre 31.10 e 31.12, a 3.ª prestação ocorreria quando 50% das horas por consumir até 31 de dezembro fossem prestadas e a última prestação seria com as restantes horas consumidas, até ao total das 200 h contratadas.

971. Nestes termos, foram emitidas pelo prestador de serviços duas faturas, uma com data de 31.10.2018 e outra com data de 19.08.2019.
972. A primeira fatura emitida, conforme email anexo (Anexo 1), procede à faturação de 100h de trabalho prestado, a que corresponde um valor de € 9.900,00, sem IVA incluído. Conforme se pode verificar pelo email ora remetido, as horas prestadas pelo prestador de serviços em causa foram devidamente controladas pelo Gestor do Contrato, não tendo havido horas faturadas a mais ou a menos do que aquelas que o referido gestor considerou como sendo as corretas. Face ao exposto, a primeira prestação ocorreu na data devida e com o número de horas, igualmente, devido, sendo que o prestador de serviços, apenas, voltou a emitir nova fatura, no termo do contrato, com a conclusão dos trabalhos. Assim, a última fatura contemplou as restantes horas por faturar, no caso em concreto, 100 h, ou seja, até ao limite do que havia sido contratado.
973. Mais uma vez se realça que o facto de a faturação não ter sido de acordo com o contratualmente estabelecido, em nada prejudicou a ERSAR ou beneficiou o prestador de serviços, porquanto as horas faturadas nunca foram acima das horas aceites pelo gestor do contrato ou antecipadas face ao contratualmente previsto.

Ponto 77 do Relatório:

IGAMAOT:

"Pese embora os contratos estabeleçam que as faturas são pagas a 30 dias, nos procedimentos n.ºs 15 e 18, ambos da [.....], os referidos documentos apresentação como condição de pagamento "pronto pagamento".

Pronúncia da ERSAR:

974. A dissonância verificada entre a condição de pagamento contratualmente estabelecida a 30 dias nos procedimentos n.ºs 15 e 18, em conformidade com o disposto no artigo 299.º, n.º 1, do CCP, e a menção a “pronto pagamento” inscrita nas correspondentes faturas (ou documentos equivalentes), encerra um mero erro de natureza lápsica, que devido a diversos fatores não foi objeto da devida e atempada correção. De todo o modo, sempre se dirá que esse evidente e reconhecido lapso, sempre seria resolvido à luz do artigo 51.º, nos termos do qual "as normas constantes do presente Código relativas à fase de formação e de execução do contrato prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes."
975. Assim, fica, desde logo, integralmente salvaguardada a posição do contraente público, neste caso, da ERSAR, caso fosse necessário o recurso àquela disposição legal.

Ponto 77 do Relatório:

IGAMAOT:

"Ainda relativamente ao procedimento n.º 15, importa referir que as faturas não foram emitidas tendo por base um valor hora, mas como se de uma prestação mensal se tratasse – tendo assim sido pago o valor total embora a execução técnica se tenha ficado nos 43%."

Pronúncia da ERSAR:

976. Para entendimento deste ponto remete-se para a resposta do ponto 63) do presente relatório.

Ponto 78 do Relatório:

IGAMAOT:

"Não obstante os contratos, dos procedimentos n.ºs 20 e 21, ambos da [.....], estabelecerem na sua cláusula 6.ª que os pagamentos são efetuados nos

termos da proposta adjudicada, nestas propostas não consta qualquer termo de pagamento."

Pronúncia da ERSAR:

977. No que respeita ao **processo n.º 20 e 21 – [.....]**, pese embora na proposta adjudicada não conste os termos de pagamento para os serviços de manutenção de software (note-se que constam os termos de pagamento para a aquisição de software), no n.º 2 da cláusula 6.ª do contrato sob o título "Preço e condições de pagamento" é referido que "2- As quantias devidas pela ERSAR serão pagas nos termos indicados na proposta adjudicada, com as condições constantes nos números seguintes.". Os números seguintes referem que os pagamentos serão realizados após a receção e conferência das faturas pela ERSAR, as quais apenas poderão ser emitidas após o vencimento da correspondente obrigação; que as faturas se vencem no prazo máximo de 30 dias, a contar da data de aceitação das mesmas pela ERSAR; que em caso de discordância, quanto aos valores indicados nas faturas, a ERSAR deve comunicar ao cocontratante, por escrito, os respetivos fundamentos, ficando este obrigado a prestar os esclarecimentos necessários ou proceder a emissão de nova fatura devidamente retificada; que salvo convenção em contrário, as faturas são pagas através de transferência bancária, de acordo com o IBAN indicado pelo prestador de serviços e que não são, em caso algum, concedidos adiantamentos. Também na cláusula 11.ª do caderno de encargos sob o título "condições de pagamento" podemos encontrar as mesmas normas constantes do contrato e anteriormente mencionadas.
978. Assim, prevalecendo quer o contrato, quer o caderno de encargos sobre a proposta adjudicada e tendo a [.....] aceite o conteúdo de ambos, considera-se que os termos de pagamento estão claramente definidos.

Ponto 79 do Relatório:

IGAMAOT:

"Toda a faturação correspondente ao procedimento n.º 25 – [.....] foi emitida dentro do prazo contratual, no entanto, verifica-se que o valor faturado foi inferior ao contratado em 344,77 €."

Pronúncia da ERSAR:

979. O contrato em causa é um contrato de seguro de acidentes de trabalho, o qual está naturalmente associado à massa salarial global da ERSAR para o período contratual em referência. Aquando da abertura de procedimento é estimada uma massa salarial que serve de base ao respetivo contrato e que irá determinar o valor a pagar mensalmente ao longo de todo o período do contrato.
980. No caso em concreto, o primeiro aviso emitido, n.º P2018001/00928984, no valor de € 2.530,69, tomou por base uma massa salarial que não correspondia à massa salarial considerada para efeitos do procedimento em causa, pelo que o referido aviso não foi emitido pelo montante correto de € 2.483,06, mas sim por € 2.530,69, tendo tal situação sido devidamente identificada pela ERSAR e sujeita, posteriormente, a correção.
981. Assim, conforme mencionado, houve a necessidade de ser emitido um aviso de estorno para corrigir a situação devidamente identificada. O estorno emitido, o E 2018001/00069094, datado de 24/07/2018, totalizou o valor de € 392,39, uma vez que além de corrigir o valor entre a massa salarial considerada para efeitos da emissão do primeiro aviso e a massa salarial considerada para efeitos de procedimento e que daria origem a um estorno no valor de € 47,63, também procedeu à correção entre a massa salarial estimada e a massa salarial real, entretanto, comunicada para o mês em causa, o que originou um estorno correspondente a € 344,77. Nestes termos, o valor faturado foi inferior ao valor global do contrato, no montante de € 344,77, uma vez que foram feitos os acertos acima mencionados. A [.....] entendeu, por bem, proceder de imediato ao acerto em causa, uma vez que este dizia respeito ao mês de dezembro.
982. É de salientar que, neste tipo de contratos, a massa salarial anual estimada para efeitos de procedimento (e que serve de base à faturação mensal durante o período

do contrato) raramente corresponde à massa salarial anual real comunicada para o mesmo período temporal, pelo que, por regra, no final do contrato e, após o termo do mesmo, são feitos os acertos adequados. Assim, caso se verifique que a massa salarial anual estimada considerada para efeitos do contrato foi superior à massa salarial anual real comunicada ao longo do mesmo, que só é conhecida pela ERSAR com o encerramento do processamento salarial em cada um dos doze meses do ano, será emitido um estorno global que procederá à correção dos valores faturados e pagos pela ERSAR. No caso em concreto, a [...] fez um estorno que corrigiu o primeiro mês do contrato, o mês de dezembro de 2017 e, no termo do contrato, terá emitido novo estorno verificada a situação da massa salarial anual estimada ser superior à massa salarial anual comunicada.

983. Em suma, pese embora, se tenha verificado uma faturação inferior em € 344,77, certo é, que essa diferença resulta das próprias características do contrato objeto de análise, não havendo nada a observar à mesma, porquanto esta diferença era devida à ERSAR e decorre do próprio contrato dada a tipologia do mesmo e a prática no mercado segurador.

Ponto 79 do Relatório:

IGAMAOT:

"Relativamente a este procedimento acresce referir que 2 das 12 faturas têm data de emissão posterior à data do despacho de AP. "

Pronúncia da ERSAR:

984. Por lapso, aquando do envio dos documentos para a IGAMAOT anexou-se o recibo referente ao pagamento do mês de agosto (Fatura recibo n.º 2071871) e não o aviso de pagamento (Aviso n.º 2233254) desse mesmo mês (não tendo o auditor, pela conclusão a que chega, dado conta da troca efetuada), pelo que se procede ao envio do referido aviso de pagamento (Anexo 1). Assim, conforme se pode verificar, a data de emissão do aviso de pagamento em causa é 23/06/2018, anterior à data de autorização de pagamento (13/07/2018).

985. Por outro lado, o aviso de novembro, com o n.º 2018001/03413294, foi autorizado pagar na autorização de pagamento correspondente à I-1478/2018, datada de 9/11/2018 e, devidamente, autorizada a 10.11.2018 e não a 13.09.2018 como é referido pela IGAMAOT, pelo que o referido documento não tem data posterior à autorização de pagamento como é indicado pelo auditor.

986. Para melhor entendimento das situações expostas apresenta-se o quadro infra:

N.º Aviso/Data emissão	Data entrada ERSAR	Data autorização pagamento
Aviso n.º 928984 - 2018-02-27	2018-03-07	2018-05-14
Aviso n.º 01248126 – 2018-03-27	2018-04-11	2018-05-21
Aviso n.º 1248138 – 2018-03-27	2018-04-11	2018-05-21
Aviso n.º 1248133 – 2018-03-27	2018-04-11	2018-05-21
Aviso n.º 1248132 – 2018-03-27	2018-04-11	2018-05-21
Aviso n.º 1883039 – 2018-05-26	2018-06-06	2018-06-13
Aviso n.º 1885720 – 2018-05-26	2018-06-06	2018-07-13
Aviso n.º 1922085 – 2018-05-27	2018-06-06	2018-07-13
Fatura recibo n.º 2071871 – 2018-07-18 (errado)	2018-07-24	2018-07-13
Aviso n.º 2233254 – 2018-06-23 (correto)	2018-06-23	2018-07-13
Aviso n.º 02667998 – 2018-07-28	2018-08-02	2018-08-21
Aviso n.º 3023659 – 2018-08-25	2018-09-10	2018-09-14
Aviso n.º 3413294 – 2018-09-23	2018-10-08	2018-11-10

987. Conclui-se, assim, que não existem faturas cuja data de emissão seja posterior à data de autorização de pagamento no referido processo.

Ponto 80 do Relatório:

IGAMAOT:

"Para o procedimento n.º 30 – [.....], o valor pago em 2018 foi inferior ao previsto, o que se refletiu num acréscimo do valor pago em 2019, sem que para isso tenha havido uma alteração do valor dos compromissos plurianuais superiormente aprovados."

Pronúncia da ERSAR:

988. Contrariamente ao referido pela IGAMAOT, dá-se nota que foi elaborada a informação n.º I-002099/2018, datada de 19/12/2018, aprovada pelo Conselho de Administração em 20/12/2018, junta em anexo (Anexo 1), que procede à alteração dos compromissos plurianuais relativos ao processo n.º 30 – [...], ajustando-se, assim, os valores a pagar em 2018 e 2019 face ao que inicialmente tinha sido previsto.

Ponto 81 do Relatório:

IGAMAOT:

"Conforme já mencionado no parágrafo (69), 2 das 6 faturas rececionadas, no âmbito do procedimento n.º 32 – [...], não permitem aferir da correta execução financeira."

Pronúncia da ERSAR:

989. Tal como já se teve a oportunidade de referir no ponto 64 e 69 do presente relatório, apenas uma das faturas remetidas à IGAMAOT não refere em específico o nome do consultor que consumiu as referidas horas, num total de 97h. Contudo, tal como foi oportunamente explicado, é facilmente perceptível que as horas em causa se referem ao consultor com o perfil de Doutoramento, porquanto as entidades mencionadas na referida fatura são as mesmas que foram sujeitas a análise por parte do consultor com o perfil de Licenciado constante das demais faturas. Note-se que o consultor com o perfil de Doutoramento deveria rever o trabalho efetuado pelo consultor com o perfil de Licenciado. Assim, contrariamente ao mencionado pelo auditor, conclui-se que é possível aferir da correta execução financeira do contrato.

Ponto 82 do Relatório:

IGAMAOT:

"Relativamente ao procedimento n.º 39 – [.....], o despacho de AP emitido pela Diretora Administrativa, Financeira e de Recursos Humanos na informação n.º I-001014/2018, autoriza o pagamento de vencimentos e não das faturas constantes no documento em causa."

Pronúncia da ERSAR:

990. Como se poderá facilmente depreender, tal situação relatada pela IGAMAOT não passou de um mero lapso não identificado por nenhum dos elementos da equipa do Departamento Administrativo, Financeiro e de Recursos Humanos da ERSAR, envolvidos no processo de autorização e pagamento da despesa em causa. Contudo, apesar do despacho não coincidir com o despacho de autorização de pagamento de fatura (mas sim de vencimentos), certo é, que esse era o despacho que se pretendia ter colocado, tendo sido dada a respetiva autorização de pagamento.

Ponto 82 do Relatório:

IGAMAOT:

"Ainda no que concerne a este procedimento, é de referir que a última fatura foi rececionada e autorizado o pagamento antes da total prestação do serviço, contrariando, assim, o contratualmente estabelecido. "

Pronúncia da ERSAR:

991. Importa salientar que a autorização de pagamento é de 27.12.2018, correspondente a uma quinta-feira, o que significa, de acordo com o contrato celebrado, que só haveria mais um dia de prestação efetiva do respetivo serviço, correspondente à sexta-feira, dia 28.12.2018, uma vez que o dia 31/12/2018 era tolerância de ponto.

992. Atendendo que o período em causa corresponde ao final do ano económico, pretendendo a ERSAR deixar, neste caso, a fatura paga ainda no referido ano económico, foi autorizado o pagamento já que o serviço seria sempre realizado pelo

prestador de serviços. Note-se que estamos a falar de um contrato de prestação de serviços de limpeza das instalações, prestado por uma empresa e não por um trabalhador individual, que à falta de uma das trabalhadoras afetas ao serviço, tem trabalhadoras suplentes para a sua substituição. Logo, não era compaginável que o serviço, na sexta-feira, dia 28.12.2018, não fosse de forma alguma realizado. Acresce mencionar que o prestador de serviços em apreço, para aceder às instalações da ERSAR, necessita de efetuar o registo no sistema biométrico para abertura das respetivas portas. Este registo serve também para a ERSAR poder aferir da correta execução diária da prestação de serviços. Anexa-se, por isso, o registo biométrico (Anexo 1), retirado do sistema naquela data, comprovando que o serviço no dia 28.12.2018 foi efetivamente realizado.

993. Atento o exposto, tal situação não prejudicou nem beneficiou qualquer uma das entidades (ERSAR ou prestador de serviços) em causa.

VII. OUTRAS QUESTÕES [Pontos 83 e seguintes do Relatório]:

Pontos 83 e seguintes do Relatório:

IGAMAOT:

(83) "Pese embora a amostra selecionada para análise, no âmbito da presente auditoria, tenha recaído sobre 39 processos, conforme referido no parágrafo (9) e no ANEXO 8, existem outras questões relativas a esta temática que, dada a sua importância, convém evidenciar.

(84) A ERSAR, nos anos de 2017 e 2018, desenvolveu 277 processos aquisitivos retratados no quadro seguinte:

Quadro 1 - Caracterização dos processos aquisitivos

Tipo de procedimento	N.º de contratos	Montante (s/IVA)	%	Intervalo de valores	
				< valor	> valor
Acordo Quadro	1	259 404,87 €	11,03%		259 404,87 €
Ajuste direto	40	719 633,63 €	30,59%	377,40 €	85 490,24 €
Ajuste direto com convite a várias entidades	10	272 967,43 €	11,60%	4 179,58 €	58 671,25 €
Ajuste direto simplificado	200	173 060,18 €	7,36%	1,01 €	7 714,29 €
Concurso público	8	725 364,69 €	30,83%	18 388,96 €	339 594,00 €
Consulta prévia	7	128 659,40 €	5,47%	7 098,23 €	34 500,00 €
Contratação excluída	10	57 262,05 €	2,43%	320,00 €	11 320,75 €
não identificado	1	16 267,44 €	0,69%		16 267,44 €
total	277	2 352 619,69 €	100,00%		

Fonte: ERSAR

(85) A grande maioria dos processos desencadeados, no período analisado, recaiu sobre a escolha do procedimento de ajuste direto – 250 processos (cerca de 90%) -, tendo a ERSAR justificado que adotou cada um dos procedimentos (ajuste direto, ajuste direto com convite a várias entidades e o ajuste direto simplificado), conforme as regras legais em vigor à data da decisão de contratar (Anexo 51).

Pronúncia da ERSAR:

994. cremos que o quadro caracterizador dos processos aquisitivos da ERSAR nos anos 2017 e 2018 elaborado pela IGAMAOT será, sem dúvida, uma mais-valia para o presente processo de auditoria.
995. Através do citado quadro será possível extrair algumas conclusões que não devem deixar de ser referidas e ficar assinaladas/evidenciadas no presente processo inspetivo. Vejamos:
996. Em primeiro lugar, como é observado pela IGAMAOT, do total de 277 processos realizados em 2017 e 2018, a maioria foram ao abrigo do ajuste direto, cerca de 90%.
997. No que concerne a esta particular característica da atividade aquisitiva da ERSAR 2017-2018, é imprescindível deixar algumas notas.
998. A mais relevante de todas, sem dúvida, é a de que, como será possível constatar com o presente processo de auditoria, os mesmos foram todos desencadeados e realizados de acordo com as regras legais.
999. Esta conclusão no final do processo inspetivo será incontestável/indubitável.

1000. Por outro lado, a decisão de realizar as respectivas aquisições, por via do ajuste direto, resultou de uma ponderação séria e casuística em que o órgão competente para a decisão de contratar considerou que, atentas as circunstâncias e o contexto de cada caso, os superiores interesses da ERSAR e a realização do interesse público seriam melhor salvaguardados ou alcançados com a escolha do tipo de procedimento de ajuste direto.
1001. Mas mesmo quanto à percentagem dos ajustes diretos é indispensável aprofundar e interpretar alguns dos indicadores presentes no quadro para que se possa formar uma posição e se ter uma leitura mais correta e rigorosa da realidade.
1002. Atente-se, desde já, ao dado interessante do quadro e que ajuda a explicar a predominância do ajuste direto na ERSAR.
1003. Repare-se no enorme peso que o regime simplificado assume no número total de procedimentos.
1004. Dos 277 procedimentos desencadeados pela ERSAR, 200 são ajustes diretos simplificados.
1005. Salienta-se, desde já, que, no quadro acima exposto, estão indevidamente incluídos os procedimentos de "contratação excluída" e "não identificado", os quais deviam ter sido expurgados deste apuramento.
1006. Não obstante, evidenciado o indicador marcante e maioritário do ajuste direto simplificado, temos que ter presente que o espírito legal do ajuste direto simplificado reside em disponibilizar um instrumento às entidades adjudicantes que lhes permita, de um modo muito célere e eficiente, fazer face a necessidades imediatas e do seu quotidiano.
1007. Tem subjacente os valores e os princípios da simplificação, celeridade e eficiência administrativa, daí que seja uma sub-modalidade procedimental que dispensa quaisquer formalidades (vide o artigo 128.º do CCP).
1008. Efetivamente devido aos seus valores contratuais muito reduzidos, o legislador entende/presume que as aquisições suscetíveis de serem realizadas pelo ajuste direto simplificado não "despertam" no mercado concorrencial grande interesse.
1009. Não existindo grandes interesses e preocupações concorrenciais, importa acautelar outros valores e interesses, como a celeridade, a eficiência na prossecução do interesse público.

1010. Representando o ajuste direto simplificado a "maior fatia" dos procedimentos da ERSAR, isso não significa, como se depreende, que a concorrência se sinta lesada, menosprezada ou oprimida pela ERSAR.
1011. Encontramo-nos num campo em que é o próprio legislador que nos diz que a concorrência é irrelevante e que manda as entidades atribuírem primazia e prioridade a outro tipo de preocupações e valores.
1012. Não obstante o exposto, a ERSAR, mesmo neste domínio, em regra, previamente à decisão de abertura/adjudicação, procura realizar um estudo de mercado por forma a apurar qual o fornecedor que oferece as melhores condições contratuais.
1013. Noutro sentido, tem que ser assinalado e evidenciado o facto de que a percentagem representativa dos ajustes diretos e consultas prévias no período em estudo na ERSAR ser inferior à media nacional nos últimos anos, como veremos.
1014. Na verdade, o cenário/quadro característico do mercado público aquisitivo nacional "pintado" com os indicadores anuais oficiais disponibilizados pelo IMPIC, concretamente, o relatório anual sobre a contratação pública em Portugal relativo ao ano de 2017⁽⁷²⁾ 2018⁽⁷³⁾, revela um peso dos procedimentos fechados a nível nacional maior do que o apurado na ERSAR. Vejamos:
1015. A representação do ajuste direto na ERSAR em 2017 é de 81%⁽⁷⁴⁾ do total dos procedimentos.
1016. Isto sem contar, naturalmente, com os ajustes diretos simplificados, tal como o IMPIC também não os contabiliza nos seus relatórios anuais.
1017. Efetivamente, atendendo às suas características muito particulares e ao seu valor financeiro insignificante, esta sub-modalidade não deve contar para "estas contas".
1018. Já em 2017, o peso do ajuste direto em Portugal foi de 97% do total de procedimentos⁽⁷⁵⁾, ou seja, tem uma representação maior à verificada na ERSAR.

⁷² Disponível em:

http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/Relatorio_Anual_ContratosPublicos_2017.pdf

⁷³ Disponível em:

http://www.impic.pt/impic/assets/misc/relatorios_dados_estatisticos/RelContratosPublicos_2018.pdf

⁷⁴ Salientamos que as percentagens aqui apresentadas, arredondadas à unidade mais próxima, resultam do apuramento do número de procedimentos de uma determinada(s) modalidades face ao número total de procedimentos, excluindo os de "contratação excluída" e "não identificado".

⁷⁵ Fonte: Relatório anual do IMPIC 2017.

1019. Por outro lado, resulta da amostra que o ajuste direto e a consulta prévia em conjunto representaram, no ano de 2018, 74 % do total de procedimentos realizados na ERSAR naquele biénio.
1020. Em contraposição, a média nacional dos procedimentos fechados em 2018, isto é, do ajuste direto e do novo procedimento da consulta prévia, simbolizaram cerca de 79% de todos os procedimentos pré-contratuais.
1021. Ou seja, os procedimentos fechados na ERSAR têm uma representação inferior quando comparados com a média do resto das entidades adjudicantes portuguesas.
1022. A comparação entre os dados da ERSAR e a média nacional no que concerne aos procedimentos fechados, por si só, é bastante reveladora do exemplo que a ERSAR é neste domínio, a nível nacional.
1023. Não obstante, ainda no âmbito da avaliação da percentagem dos ajustes diretos é ainda indispensável esmiuçar alguns aspetos.
1024. Em primeiro lugar, importa não esquecer que a ERSAR encetou, não raras vezes, o procedimento de ajuste direto com convite a várias entidades.
1025. Ou seja, apesar de a lei possibilitar o convite direto apenas a uma entidade, a ERSAR muitas vezes convidou mais que uma entidade, promovendo, assim, a concorrência e competitividade entre operadores económicos⁽⁷⁶⁾.
1026. Em várias adjudicações, não obstante, terem sido efetuadas ao abrigo do ajuste direto, verificou-se um cariz concorrencial no decurso do procedimento, na medida em que, foram convidados vários operadores económicos e, conseqüentemente, houve competição entre propostas.
1027. Ademais, também no caso da consulta prévia encontramos vários exemplos de procedimentos em que, não obstante a lei exigir o convite a, pelo menos, três entidades, a ERSAR convidou mais entidades do que o mínimo legal exigível, isto é, convidou mais que três entidades a apresentarem proposta.

⁷⁶ Nesse sentido, concluímos que todos os princípios invocados na questão foram respeitados no procedimento, através do cumprimento de todas as regras legais a observar para o caso concreto e seguindo a recomendação em vigor na data dos factos do Conselho de Prevenção da Corrupção do Tribunal de Contas de 7 de janeiro de 2015, que recomenda ser fomentada a consulta a mais do que uma entidade.

1028. Ou seja, a ERSAR embora tenha a possibilidade legal de realizar um procedimento completamente fechado à concorrência, sempre que considera pertinente promove e realiza um procedimento mais aberto ao mercado, em nome do princípio da concorrência.
1029. Por outro lado, mas no mesmo sentido, também de registrar que a ERSAR recorreu ao Concurso Público, o procedimento predileto da concorrência, quando não era obrigada a fazê-lo.
1030. Isto é, o valor contratual não impunha a adoção do concurso público, ou seja, não era superior a 75 mil euros, mas, não obstante, considerou que o "melhor caminho" para a realização dos superiores interesses da ERSAR era o concurso público e não a adoção de um procedimento fechado⁽⁷⁷⁾.
1031. Mais um elemento revelador que a ERSAR, ao nível da concorrência, não se limita a "cumprir os mínimos" e, por vezes, atentas as circunstâncias da aquisição, convoca todo o mercado a participar no procedimento, ao invés de convidar diretamente uma ou várias entidades.
1032. Efetivamente, sempre que as circunstâncias do procedimento o permitam e o reclamem, a ERSAR nos seus procedimentos de contratação pública procura estimular a concorrência entre operadores.
1033. Não obstante, note-se que, não raras vezes, não é fácil promover a concorrência como seria desejável.
1034. Isto porque muitas vezes as necessidades surgem de forma imediata, outras vezes os procedimentos carecem de prévias autorizações externas que diferem o início dos mesmos, daí que nestes casos se requeira a escolha de um procedimento mais célere e menos formal, como é o ajuste direto com convite apenas a uma entidade ou a consulta prévia.
1035. Todavia a ERSAR, sempre que seja desejável para a prossecução dos seus interesses e do interesse público, procura promover a concorrência nos seus

⁷⁷ A mero título de exemplo, veja-se o procedimento de "Serviços de consultoria técnico-científica para acompanhamento dos contratos de concessões municipais atuais", no valor de 42 mil euros que foi realizado ao abrigo de um concurso público. Naturalmente que podia ser feito apenas com um convite a apenas a 3 entidades. No entanto, a ERSAR optou pelo procedimento concorrencial de excelência.

procedimentos pré-contratuais e, por essa razão, o princípio da concorrência se "sente" certamente cumprido e realizado na "nossa casa".

1036. O facto de a ERSAR, numa boa parte dos seus procedimentos, ir mais longe do que o legislador exige ao nível de acesso aos procedimentos fechados, é muito elucidativo de que a concorrência é um princípio especialmente "querido" para a ERSAR.

1037. Em suma, a ERSAR não é uma *persona non grata* para o princípio da concorrência, é antes uma entidade adjudicante "amiga" e, desse modo, promotora da concorrência.

1038. Noutro sentido, no que concerne aos procedimentos concorrenciais de eleição, é de destacar que o concurso público que representou cerca de 3% do total de procedimentos da ERSAR.

1039. Comparando com os números nacionais, constatamos que a ERSAR desencadeou mais procedimentos concorrenciais que a média nacional, que se situou apenas em 1,9% de concursos públicos.

1040. Por outro lado, mas ainda no campo do concurso público, registe-se que, em termos monetários, o concurso público é o procedimento com mais significado ao nível financeiro, nos procedimentos da ERSAR, representando 32% do total dos valores adjudicados.

1041. Ou seja, numa perspetiva de valores contratuais, o procedimento com maior relevo e peso na ERSAR é o procedimento concorrenciais por excelência no seio da contratação pública, isto é, o concurso público.

1042. Mais um dado demonstrativo do valor que a concorrência assume na ERSAR.

1043. Posto isto e face ao exposto, podemos até afirmar, de forma perentória, que a ERSAR e o princípio da concorrência, ao contrário da grande maioria das entidades adjudicantes, andaram sempre de "mão dada" durante os anos de 2017 e 2018.

1044. Assim e em jeito de conclusão, somos da opinião que a "pintura" do quadro em análise é um excelente instrumento caracterizador dos procedimentos pré-contratuais da "nossa casa" e que permite produzir várias conclusões sobre a atitude e os princípios que norteiam a ERSAR na sua atividade aquisitiva, em comparação com as outras entidades adjudicantes nacionais.

1045. A leitura analítica do "quadro desenhado" pela IGAMAOT, permite-nos, sem vaidade, mas realisticamente, realçar a ERSAR como um modelo de boas práticas concorrenciais a nível nacional no que toca à contratação pública.

1046. Os números falam por si e não enganam.

IGAMAOT:

(86) Apurou-se, porém, que tal assunção não é correta uma vez que o procedimento “Ajuste direto simplificado” foi utilizado para montantes superiores a 5.000,00 €, limite legal definido no CCP, no seu artigo 128.º.

Pronúncia da ERSAR:

1047. A "sentença" aqui proferida pela a IGAMAOT também terá de ser revista, como adiante demonstraremos.

1048. Segundo a IGAMAOT, "Na listagem, disponibilizada pela ERSAR, em 04/03/2020, verificaram-se dois processos, cujo valor da despesa excedeu o montante legal estipulado:

1049. – [.....], para uma deslocação a Macau, no montante de 5.040,19 €;

1050. – [.....], para a aquisição do fornecimento dos serviços de energia elétrica para as instalações do 7.º piso da ERSAR, no montante de 7.714,29".

1051. Na verdade, da listagem enviada para a IGAMAOT constavam essas duas aquisições e com o valor indicado associado.

1052. No entanto, quanto à aquisição à [.....], o procedimento adotado foi o de ajuste direto regime geral (alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º) e não o ajuste direto simplificado, nos termos do artigo 128.º do CCP.

1053. Todavia, a sentença da IGAMAOT resultou de um lapso por parte da ERSAR que, na referida listagem, fez constar a indicação de que teria sido um ajuste direto simplificado. Nesse sentido, assumimos que o erro da sentença aqui presente "nasce" de um lapso da ERSAR, pelo que aquele deve ser imputável à ERSAR.

1054. Todavia, na realidade, como facilmente se comprova pela Informação de abertura (I-000492/2017) e de adjudicação (I-000551/2017)⁽⁷⁸⁾ da aquisição *sub judice*, o procedimento adotado foi o de ajuste direto regime geral e não o de ajuste direto simplificado, pelo que não existe qualquer tipo de irregularidade na escolha do tipo de procedimento, como comprovam as respetivas peças que se sobrepõem, como facilmente se depreende, à listagem remetida.
1055. Voltamos a reafirmar, a ERSAR, quer no passado quer no presente, sempre respeitou escrupulosamente as regras, os critérios na escolha dos procedimentos para as suas aquisições.
1056. Já no que concerne à aquisição do fornecimento dos serviços de energia elétrica para as instalações do 7.º piso da ERSAR, no montante de 7.714,29 [.....], uma vez mais, foi um erro da responsabilidade da ERSAR que levou a IGAMAOT a tecer uma conclusão errada sobre a regularidade do procedimento.
1057. Efetivamente, do mapa Excel enviado à IGAMAOT⁽⁷⁹⁾, este procedimento "aquisição do fornecimento dos serviços de energia elétrica para as instalações do 7.º piso da ERSAR, no montante de 7.714,29 [.....]", encontra-se repetido, ou seja, só existiu um procedimento, sendo que a única aquisição que se realizou com este objeto, entidade e preço contratual tratou-se sempre de um caso de contratação excluída e não de ajuste direto simplificado.
1058. Localizado o lapso cometido pela ERSAR, que originou o incorreto "julgamento" por parte da IGAMAOT, estamos em condições de afirmar que a aquisição em apreço não sofre de qualquer tipo de irregularidade.

IGAMAOT:

(87) O mesmo aconteceu na adoção do “Ajuste direto” em contratos cujo montante ultrapassou os 75.000,00 €, limite legal definido no CCP, no seu artigo 20.º.

⁷⁸ Informações que seguem em anexo ao contraditório.

⁷⁹ Seguirá também em anexo, evidenciado a amarelo o lapso na repetição dos procedimentos, nomeadamente a linha 71 e 209. Efetivamente a linha 71 não deve ser tida em conta, uma vez que nunca houve um ajuste direto simplificado para a aquisição de serviços de energia elétrica para o 7.º piso da ERSAR.

Na listagem, disponibilizada pela ERSAR, em 04/03/2020, verificou-se um processo, cujo valor do contrato excedeu o montante legal estipulado:

- [.....], para a aquisição de Serviços informáticos de suporte à plataforma [.....], no montante de 85.490,24 €.

Pronúncia da ERSAR:

1059. O procedimento apontado pela IGAMAOT, nesta questão, é o da [.....], - Serviços informáticos de suporte à plataforma [.....].

1060. Ora, o procedimento para a aquisição de Serviços Informáticos de suporte à Plataforma [.....], no montante de 85.490,24 €, foi realizado ao abrigo de um ajuste direto material e não pelo critério do valor, naturalmente.

1061. Como é apanágio da ERSAR, uma vez mais, cumpriu-se religiosamente, como aliás se constata com este processo de auditoria, os limiares monetários de cada procedimento fechado.

1062. A ERSAR, efetivamente, nunca adotou um procedimento pré-contratual sem observar todos os requisitos para a adoção desse procedimento.

1063. No caso em análise, o mesmo foi realizado ao abrigo de um ajuste direto por via material, logo, independentemente, do valor contratual a ERSAR poderia "ativar" o ajuste direto.

1064. Assim, não existe qualquer vício que possa ser apontado à escolha do tipo de procedimento tomada para prosseguir a aquisição citada.

1065. O equívoco por parte da IGAMAOT prende-se com a listagem dos procedimentos, remetida em formato Excel, que não diferenciava os ajustes diretos adotados pelo critério pelo valor dos ajustes diretos por critérios materiais.

1066. No entanto, como resulta da informação de abertura do procedimento, bem como, da publicitação do respetivo contrato no portal base, é, por demais evidente e esclarecedor que o ajuste direto aqui presente foi aplicado nos termos e de acordo com um critério material (artigo 24.º alínea e) ponto iii do CCP)⁽⁸⁰⁾.

⁸⁰ Elementos que já constam do processo.

IGAMAOT:

(88) Da consulta ao «portal dos contratos públicos - Base.Gov», constatou-se que também em 2019 a ERSAR adotou o procedimento de “Ajuste Direto Regime Geral”, para um montante de 68.723,49 €, para a “Aquisição de serviços para a realização de auditorias no âmbito de Regulação da Qualidade do Serviço e da Regulação Económica relativa aos dados de 2018 reportados pelas entidades gestoras”.

(89) Pese embora a fundamentação tenha assentado no artigo 27.º, n.º 1, alínea a) do CCP, os princípios previstos no seu artigo 1.º-A não se encontram salvaguardados, nomeadamente, o da concorrência, tal como referido se deixou já na análise aos processos de aquisição n.ºs 33 a 37 da amostra da presente ação.

Pronúncia da ERSAR:

1067. Ora, como este procedimento não faz parte do âmbito da auditoria, naturalmente que a IGAMAOT não solicitou e, por isso, não teve acesso aos documentos do procedimento, entre os quais a informação da decisão de contratar.

1068. Assim, lamentamos o facto de a IGAMAOT julgar, a priori, o procedimento, quando nem conhece as circunstâncias do caso concreto e principalmente desconhece a argumentação e a fundamentação constante na informação para a decisão de contratar para a aplicação do critério material.

1069. A IGAMAOT, na realidade, em momento algum, refuta a justificação apresentada para a aplicação de um critério material, mas, em abono da verdade também não a podia refutar, uma vez que, nem a conhece. Assim, a sua conclusão não se apoia em nenhum elemento objetivo e, por essa razão, é totalmente infundada.

1070. O procedimento aqui em análise foi realizado ao abrigo de um ajuste direto material como se encontra devidamente fundamentado e sustentado nos documentos que instruem o processo.

1071. Aliás, com o devido respeito, é incompreensível a seguinte consideração feita pela a IGAMAOT: "os princípios previstos no seu artigo 1.º-A não se encontram salvaguardados nomeadamente, o da concorrência, tal como referido se deixou já na análise aos processos de aquisição n.ºs 33 a 37 da amostra da presente ação".

1072. Ora, os procedimentos de aquisição n.ºs 33 a 37 foram efetuados ao abrigo de um concurso público ⁽⁸¹⁾.
1073. A analogia que a IGAMAOT faz entre os procedimentos 33 a 37 que advêm de um concurso público, com o ajuste direto material de 2019 em apreço, com vista a justificar a sua asserção de que, neste último, não se encontra salvaguardado o princípio da concorrência, peca, de facto, por ausência de qualquer sentido lógico.
1074. Em termos de valorizações e juízos concorrenciais não podemos comparar um procedimento por concurso público e um ajuste direto por critério material. No primeiro procedimento, a concorrência é elevada ao topo das prioridades, no segundo procedimento, a concorrência é claramente o "elo mais fraco".
1075. Relativamente ao ajuste direto material de 2019, o único raciocínio a fazer é se o mesmo podia ser feito por critério material. No que toca a este aspeto, encontra-se devidamente demonstrado nos elementos do processo que o critério material do artigo 27.º, n.º 1, alínea a) do CCP poderia ser aplicado no caso concreto. Note-se que a IGAMAOT em parte alguma contesta o uso do critério material.
1076. Ora, apurada a legitimidade no recurso ao ajuste direto material, no caso em análise, desaparecem os juízos e preocupações concorrenciais. Na verdade, o ajuste direto material com o convite a apenas uma entidade, constitui um desvio à concorrência porque as próprias circunstâncias do caso preenchem uma situação tipificada na lei em que é o próprio legislador a autorizar/legitimar, a reconhecer que há justificação para atribuir apenas a uma entidade e, assim, desconsiderar a concorrência, por esta ser inexistente face à especificidade em apreço.
1077. Com efeito, no caso em julgamento em que a aquisição foi correta e legitimamente efetuada ao abrigo de um critério material, não se consegue compreender ou sequer imaginar a razão pela qual a IGAMAOT diz que o princípio da concorrência não foi salvaguardado pela ERSAR.
1078. Num ajuste direto material com convite a apenas uma entidade, não existe concorrência a ser salvaguardada, é um tipo de procedimento que, pela sua própria natureza e características, constitui uma exceção à concorrência, ao invés, do concurso público que é o procedimento de excelência da contratação pública em

⁸¹ Pelo que, obviamente, a ERSAR não apresentou qualquer fundamentação para adotar o ajuste direto por via material.

que tem de ser assegurado, a todo e qualquer interessado, a possibilidade de acesso ao procedimento.

1079. A comparação entre o procedimento de concurso público n.ºs 33 a 37 da amostra com ajuste direto material citado, com vista a procurar fundamentar a alegada violação da concorrência no ajuste direto, certamente que se tratou apenas de um momento menos feliz por parte da IGAMAOT.

1080. Da nossa parte, apenas cumpre reafirmar que o procedimento de ajuste direto observou todas as regras legais, em especial as que dizem respeito à escolha do tipo de procedimento.

1081. Nesse sentido, o princípio da concorrência, em momento algum, neste procedimento se pode sentir "ofendido" ou "reprimido" pela ERSAR, isto porque, derivado das próprias características e natureza do tipo de procedimento, há uma ausência de qualquer preocupação ou interesse concorrencial.

VIII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1082. Não podemos terminar o exercício do nosso contraditório sem deixar algumas notas e considerações sobre o processo inspetivo levado a cabo pela IGAMAOT.

1083. A atuação da ERSAR neste processo foi, como é natural, a da defesa do estatuto de independência que decorre da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e dos seus Estatutos.

1084. Apesar de não reconhecer, como não reconhece, competência legal à IGAMAOT para a presente inspeção, a ERSAR, exacerbando para além até do que seria juridicamente exigível a postura de colaboração institucional e transparência administrativa, forneceu todos os elementos que lhe foram solicitados ao longo da presente auditoria.

1085. Não obstante, a ERSAR não deixa de reconhecer que a Inspeção identificou oportunidades de melhoria nos processos de contratação pública e não deixará, evidentemente, de tomar em boa consideração e aceitação as recomendações que

possam vir a ser feitas pela IGAMAOT em sede de relatório final, em prol da melhoria dos procedimentos aquisitivos.

1086. Noutro sentido, não podemos deixar de referir o contexto excecional e muito adverso em que decorreu esta auditoria, a qual, fruto do cenário pandémico que o País vive, infelizmente, não pôde decorrer nas instalações da ERSAR.
1087. Ora, esta impossibilidade levou a que o processo de auditoria decorresse em circunstâncias nada favoráveis para ambas partes e dificultou quer o trabalho inspetivo da IGAMAOT, quer o trabalho aclarador da ERSAR.
1088. Na verdade, por exemplo, se tivesse sido possível às partes terem reunido presencialmente durante o processo inspetivo, tal como previsto no planeamento da auditoria, indubitavelmente que, por um lado, muitas das construções elevadas pela IGAMAOT no relatório não existiriam, pois a ERSAR prontamente aclararia as questões/ dúvidas *in loco* aos Senhores Inspectores⁽⁸²⁾, e, por outro lado, também a ERSAR não incorreria em lapsos como sucedeu ⁽⁸³⁾.
1089. Ou seja, não temos dúvidas que o trabalho de ambas partes teria sido muito mais eficiente e, essencialmente, que muita da matéria supostamente controvertida no presente contraditório teria sido dada como assente em virtude do diálogo e cooperação pró-ativa entre as duas entidades.
1090. Aliás, num passado recente e com a amostra de procedimentos muito idêntica, decorreu também um processo de auditoria aos processos aquisitivos da ERSAR, por parte do Tribunal de Contas (de ora em diante "TC").
1091. Contudo, ao contrário da inspeção da IGAMAOT, a auditoria levada a cabo pelos Senhores Inspectores do TC decorreu nas instalações da ERSAR. Ora, na verdade, a presença e o contacto diário entre os Senhores Inspectores do TC e os colaboradores da ERSAR, em particular com os do Departamento responsável pelas aquisições, permitiu que muitas das dúvidas dos Senhores Inspectores ou aspetos menos claros fossem prontamente aclarados através reuniões ou pedidos de esclarecimento presenciais.
1092. De facto, lamentamos que, devido ao cenário pandémico que vivemos, não tivesse sido possível ser realizada a presente auditoria na "nossa casa" pois,

⁸² Por exemplo, procedimentos n.ºs 15 e 18.

⁸³ Os erros verificados na classificação dos procedimentos no mapa Excel enviado para a IGAMAOT.

certamente que, tal como aconteceu com o TC, muitas das questões colocadas no presente relatório teriam sido, de imediato, esclarecidas.

1093. No final da atual inspeção também transparece que algumas irregularidades identificadas pela IGAMAOT, designadamente, no que toca aos documentos de habilitação, já tinham sido detetadas pela ERSAR e que as mesmas fazem parte do passado dos nossos processos aquisitivos.

1094. Por outro lado, resultam da auditoria algumas imperfeições na instrução ou explicação de algumas matérias de contratação pública, designadamente, no campo do júri. Neste campo, realçamos que a amostra da auditoria incide sobre procedimentos que decorreram num período em que entrou em vigor a reforma ao CCP operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. Esta particularidade, atendendo às inúmeras novidades da reforma e, não raras vezes, às redações menos felizes e confusas por parte do legislador reformador, podem, em parte, explicar algumas irregularidades meramente formais detetadas num ou outro procedimento.

1095. Todavia, mesmo neste capítulo, demonstrámos no presente contraditório que a grande maioria dessas imperfeições não passaram disso mesmo, ou seja, meras irregularidades sem qualquer tipo de invalidade associada. E mesmo no caso de, porventura, existir um vício invalidante, o que não se admite, este seria expurgado sem "contagiar" o procedimento ou o contrato, na medida em que, como decorre do regime do artigo 283.º do CCP, dele não resultou qualquer modificação subjetiva ou alteração essencial do contrato.

1096. Neste âmbito destacamos, ainda, o nosso recurso e apelo, não raras vezes, à Teoria das Formalidades não essenciais e ao aproveitamento do ato administrativo que, tantas vezes, são aplicados e promovidos pela Jurisprudência num claro esforço dos nossos Tribunais de evitar decisões desproporcionais face à (ausência da) gravidade dos factos.

1097. Também não podemos deixar de fazer referência ao facto de que a análise exaustiva aos processos aquisitivos da ERSAR deixa em evidência o esforço dos seus colaboradores na promoção e cumprimento, sempre que possível e desejável, dos princípios da eficiência e celeridade administrativa que são, hoje em dia, cada vez mais prementes e exigíveis na atividade administrativa das entidades adjudicantes.

1098. No entanto, a grande mais valia, a par das recomendações, que constituirão o output deste processo inspetivo levado a cabo pela IGAMAOT é, sem dúvida, a confirmação, uma vez mais, de que toda a atividade aquisitiva da ERSAR é caracterizada pelo estrito cumprimento de todo o quadro legal e regimes jurídicos.
1099. Na verdade, ressalta dos procedimentos adjudicatórios desencadeados e executados pela ERSAR um respeito rigoroso por todas as normas de contratação pública.
1100. Sobressai, também, que o espírito e a razão de ser das opções vertidas, pela ERSAR, em cada aquisição, tiveram sempre em mente e como grande desiderato a prossecução e a salvaguarda do interesse público.
1101. Não restam dúvidas, na realidade, que, quer os técnicos nas suas propostas, quer o CA da ERSAR, nas suas deliberações, procuraram e tiveram sempre em vista e como fim último a melhor defesa dos superiores interesses da ERSAR e, conseqüentemente, a realização do interesse público.
1102. Bem sabemos, e realçámos por diversas vezes ao longo do atual exercício, que a prossecução do interesse público exige uma ponderação casuística e que o resultado dessa ponderação, caso a caso, conduz o decisor público a seguir caminhos diferentes para atingir o superior interesse público.
1103. Uma vez, a "viagem" a realizar exige do decisor opções e medidas que privilegiem o cumprimento absoluto do princípio da legalidade e a realização máxima das diretrizes do princípio da concorrência. No entanto, outras vezes, o contexto e as circunstâncias da necessidade identificada, implicam que a defesa do interesse público seja procurada por intermédio de um caminho diferente onde se destacam outros princípios, como o da eficiência e o da celeridade.
1104. Como "pano de fundo" na mente do decisor público deve estar sempre presente o n.º 1 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual a Administração Pública existe para que o interesse público seja prosseguido.

1105. Assim sendo e como advogam alguns dos "Pais" da nossa Constituição, os Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira⁽⁸⁴⁾, independentemente do caminho que prossiga e dos princípios jurídicos que privilegie, o decisor público deverá ter sempre como objetivo final a salvaguarda daquele interesse.
1106. Uma das grandes certezas que decorrerá desta auditoria é a de que, quer os colaboradores da ERSAR, quer o CA da ERSAR, independentemente, do caminho que propuseram e decidiram, respetivamente, todos, sem exceção, nortearam a sua atuação e conduta na busca e na defesa do superior interesse público.
1107. Na verdade, a ERSAR na sua atividade aquisitiva procura sempre assegurar, quer na fase da formação quer na fase de execução de um contrato público, o primado e a supremacia do interesse público.
1108. Por fim, mas não menos interessante, outra asserção apurada por intermédio da realização da presente inspeção, é a de a ERSAR constituir, em alguns domínios da contratação pública, um bom exemplo a nível nacional.
1109. Efetivamente, por via da "pintura do quadro" caracterizador dos procedimentos contratuais "desenhado" pela IGAMAOT, foi possível realizar um exercício, nunca antes por nós realizado, de comparar alguns números dos procedimentos pré-contratuais da ERSAR com os números a nível nacional.
1110. Dessa comparação ressaltam alguns indicadores que indiscutivelmente "pintam" uma imagem positiva e exemplar da ERSAR no panorama nacional de contratação pública.
1111. A título de exemplo, veja-se a diferença da representação do ajuste direto na ERSAR em 2017 e 2018 em comparação com a média nacional do ajuste direto em Portugal; ou o peso do ajuste direto e da consulta prévia em conjunto, em contraposição com a média nacional, que denotam que a ERSAR, no que concerne à concorrência é, provavelmente, uma boa referência a nível nacional.
1112. Certamente que a ERSAR ocupará neste domínio um lugar no "pódio" das entidades adjudicantes que menos recorre a procedimentos fechados e, por essa razão, mais potencia e "amiga" da concorrência.

⁸⁴ In: Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, 4.ª edição, páginas 795 e ss.

1113. Não obstante, como tivemos oportunidade de explicar, a concorrência não é, nem pode ser o único valor ou princípio a priorizar ou a salvaguardar no âmbito da atividade aquisitiva, mas, reconhecemos que o resultado daquela comparação deixou a ERSAR satisfeita e constitui um indicador positivo dos nossos processos de aquisição.

A Vogal

[.....]

([.....])

O Presidente

[.....]

([.....])