

Data: 31/07/2019
Processo: 2166/2019

RELATOR: Alziro Antunes Cardoso

I. O requerimento e fiscalização prévia

1. O presente processo de fiscalização prévia, instaurado por iniciativa de Infraestruturas de Portugal, S.A. (IP), visa a pronúncia do Tribunal de Contas (TdC) sobre a eventual sujeição a fiscalização prévia do denominado contrato de “*Subconcessão Alterado da Autoestrada Transmontana*”, celebrado, em 26.02.2018, entre requerente Infraestruturas de Portugal, S.A. (anteriormente «Estradas de Portugal, S.A.»), enquanto subconcedente, e Autoestradas XXI – Subconcessionária Transmontana, S.A.
2. Conclui pela dedução de um *pedido* que formula nos seguintes termos:
 - «1. *Mantém que o denominado Contrato de Subconcessão Alterado da Autoestrada Transmontana (e demais documentação contratual formalizada entre as Partes) não está sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, quer no cenário em que os pagamentos contingentes são considerados, quer no cenário em que o não são; quer ainda por considerar que a integração dos pagamentos contingentes no modelo remuneratório do contrato de Subconcessão Reformado da Autoestrada Transmontana e, portanto, a sua ponderação no âmbito da respetiva renegociação e celebração do contrato de Subconcessão Alterado da Autoestrada Transmontana não configura uma alteração substancial;*
 2. *Subsidiariamente, na hipótese de o Tribunal de Contas discordar deste nosso entendimento, a IP, de acordo com a jurisprudência firmada pelos Acórdãos (ainda que não transitados em julgado face ao recurso para o Tribunal Constitucional que a IP interpôs no dia 14 de junho de 2019 do Acórdão n.º 13/2019), submete à fiscalização prévia o Contrato de Subconcessão Alterado da Autoestrada Transmontana [...] (e demais documentação contratual formalizada entre as Partes), nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos*

2.º, n.º 2, alínea b), 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º, n.º 1, alínea b), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.»

II. Enquadramento

II.1 Enquadramento factual

3. Com relevo para a decisão a proferir, e com base nos elementos constantes dos autos, consideram-se assentes os seguintes factos:

a) O contrato inicial de subconcessão da Autoestrada Transmontana foi celebrado, em 9.12.2008, entre Estradas de Portugal (EP) e a AUTO-ESTRADAS XXI — Subconcessionária Transmontana, S.A., na sequência de concurso público internacional;

b) O contrato foi remetido para fiscalização prévia, tendo dado origem ao processo n.º 32/2009 no âmbito do qual foi recusado visto através do acórdão n.º 161/2009-2.NOV-1.ª S/SS¹;

c) Subsequentemente, teve esse contrato uma *versão reformada*, outorgada em 01.06.2010, que foi submetida a fiscalização prévia no Processo n.º 733/2010 e foi objeto de *concessão de visto*, através da Decisão n.º 613/2010, de 15/7/2010, na qual o Tribunal fez as seguintes recomendações à entidade fiscalizada:

- *Dê rigoroso cumprimento ao disposto no art.º 6.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 86/2003, redação do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27.7., providenciando-se, assim, pela elaboração do designado “Estudo comparativo do sector Público” em fase prévia ao lançamento das parcerias público-privadas;*

- *Assegure o cumprimento do disposto nos artigos 152.º, n.ºs 3 e 4, do Códigos dos Contratos Públicos, por forma a que, no âmbito da negociação de propostas, não sejam escolhidas propostas finais com pontuação global inferior às constantes das respetivas versões iniciais;*

¹O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/ac-2009.shtm>.

- *Se dê rigoroso cumprimento ao disposto no artigo 79.º, n.º 1, al. d), do Código dos Contratos Públicos [causas de não adjudicação] sempre que ocorram pressupostos suficientemente relevantes e que justifiquem o respetivo acionamento;*
- *Se fixe o preço do fornecimento das peças concursais de harmonia com o estabelecido no art.º 133.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos e Lei n.º 46/2007, de 24.08.*

Mais se decidiu:

- *Informar a “EP - Estradas de Portugal, S.A.”, de que o não acatamento injustificado das recomendações deste Tribunal constitui infração financeira sancionatória punida com multa;*
- *Determinar à “EP - Estradas de Portugal, S.A.”, o envio a este Tribunal da documentação referente a atos de reposição do equilíbrio financeiro da subconcessão, acompanhada do respetivo fundamento jurídico e demonstração do cálculo do seu montante;*
- *Remeter cópia desta Decisão ao Senhor Primeiro Ministro, no sentido de serem adotados procedimentos que conduzam ao efetivo cumprimento do regime legal que enquadra as parcerias público-privadas e ser ponderada a matéria refletida e sugerida em II., desta Decisão:*
- *A comunicação desta Decisão à 2.ª Secção deste Tribunal;*

d) A Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, de 10 de novembro, aprovou o plano Estratégico dos Transportes, tendo por referência a vinculação de Portugal ao Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Resolução que compreende um capítulo 5-7, no qual «*face às projeções futuras da dívida da Estradas de Portugal, S. A. e às implicações que as mesmas representam, o Governo estabeleceu a implementação urgente de um conjunto de medidas de viabilização do modelo de financiamento da empresa*». Referindo-se, nomeadamente, no subcapítulo 5-7.2: «*Está a ser estudado o cancelamento, suspensão ou revisão de um conjunto de troços incluídos nas subconcessões em curso, em virtude das atuais condições financeiras. Esta medida abrange dois tipos de troços:*

«Troços de conceção/construção ou aumento de vias incluídos, cujos trabalhos ainda não se tenham iniciado ou se encontrem numa fase inicial;

Troços de requalificação/beneficiação/conservação/operação e manutenção passíveis de serem cancelados, assumindo a Estradas de Portugal, S. A, a responsabilidade pela sua manutenção, como na generalidade da rede rodoviária nacional.»

«Elencam-se de seguida as subconcessões em causa: Subconcessão Transmontana; Subconcessão Douro Interior; Subconcessão Litoral Oeste; Subconcessão Baixo Tejo; Subconcessão Pinhal Interior; Subconcessão Algarve; Subconcessão Baixo Alentejo.»

«Estima-se que o cancelamento, suspensão ou revisão dos troços enunciados tenha um impacto líquido de redução de mais de mil milhões de euros, entre CAPEX e OPEX.»;

e) No dia 10-5-2012 foi aprovado por unanimidade, em plenário da 2.^a Secção do TdC, o Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário², no qual designadamente se refere:

«268. Em auditoria, foi detetada a existência de acordos entre os Bancos financiadores, as Subconcessionárias e a E.P., S.A., consagrando um conjunto de denominadas "compensações contingentes", as quais, nos termos acordados, são devidas às subconcessionárias sem reservas ou condições.

«269. Veja-se, a título de exemplo, o teor da carta do banco financiador relativa à subconcessão do Algarve Litoral, onde se refere o seguinte:

"a) Todos os pagamentos a efetuar pelo concedente ao abrigo do Caso Base que constitui o Anexo 5 ao Contrato de Subconcessão (conforme alterado pela Cláusula Segunda (Caso Base) da Minuta do Contrato Reformado - o "Caso Base Modificado"), seja qual for a respetiva natureza e fundamento são considerados como receita da subconcessionária para todos os efeitos do Contrato de Subconcessão, dos Finance Documents, ou dos documentos que os substituam em caso de Refinanciamento da Subconcessão;

b) O referido na alínea a) aplica-se, designadamente e sem reservas ou condições, à rubrica identificada como "compensação contingente" no Caso Base Modificado;

c) O pagamento das verbas respeitantes a essa "compensação contingente" ocorrerá nas datas indicadas na Cláusula 71.14 do Contrato de subconcessão e pelos precisos montantes inscritos na linha 3841 da folha "4. Semestrelly Inputs do referido Caso Base Modificado e detalhados no Anexo // à presente;"

«270. Estes acordos, não obstante serem concomitantes à outorga dos contratos reformados, não foram referenciados nesses contratos nem sequer indicados como

seus anexos e também não foram juntos aos processos de fiscalização prévia acima referidos.

«271. Ao contrário do que foi alegado pelo MOPTC do XVIII Governo Constitucional, no primeiro contraditório, e pela E.P., S.A., a referência às "compensações contingentes" nos Casos Bases não era suficiente para evidenciar a sua natureza remuneratória nem para fundamentar juridicamente o eventual pagamento. Nos termos da própria definição contratual, o Caso Base é tão só um "conjunto de pressupostos, projeções e outros dados de natureza económico-financeira" que "representa a equação financeira com base na qual será efetuada a reposição do equilíbrio financeiro da subconcessão". Os valores nele referidos são, como resulta da sua própria definição, meras projeções financeiras que poderão, ou não, ocorrer. Os pagamentos ou remunerações devidas nos termos de um contrato têm de encontrar o seu fundamento nas cláusulas contratuais que definem o respetivo regime jurídico (se, quando, como e a quem são devidos). Os próprios contraentes reconheceram isso, ao considerarem necessário explicitar a obrigatoriedade e termos de pagamento das compensações em acordos subscritos na mesma altura em que foram outorgados os contratos reformados.

«272. Não procede também a alegação de que as "compensações contingentes" estão juridicamente sustentadas pela concessão do visto aos contratos reformados. Como já se referiu, as cláusulas remuneratórias desses contratos não contêm qualquer referência a essas compensações, as quais encontram o seu único fundamento nos acordos referidos no parágrafo 269, os contratos principais não mencionam esses acordos como seus anexos e os mesmos não foram juntos aos processos. Não foram, pois, conhecidos nem visados por este Tribunal.

«273. Os acordos em causa constituíram uma forma adicional de remuneração das subconcessões que não estava prevista nos cadernos de encargos, não foi objeto de apreciação no âmbito da análise e da classificação das propostas, não foi espelhada no texto dos contratos principais, designadamente, nas cláusulas que, nos mesmos, definiram as remunerações das subconcessionárias, e não foi visada por este Tribunal.

«274. Assim, este Tribunal alerta para a falta de fundamentação legal das referidas "compensações contingentes". Caso os respetivos pagamentos venham a ocorrer, podem os mesmos constituir infrações financeiras puníveis, a que o Tribunal de Contas estará atento.»;

f) Por despacho, datado de 3-12-2012, do Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, foi determinado o relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes às PPP do setor rodoviário, como as concessões das ex-SCUT do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve, concessões Norte e da Grande Lisboa, bem como das subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral;

g) Pelo Despacho n.º 16198-o/2012³, do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, foi constituída e nomeada uma comissão para a renegociação dos contratos referentes às seguintes PPP do setor rodoviário: i) Concessões ex-SCUT do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve; ii) Concessões Norte e da Grande Lisboa; iii) Subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral (alterada pelo Despacho n.º 13007/2014⁴ e pelo Despacho n.º 104574/2016⁵, de 18 de agosto);

h) O artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31-12 que aprovou o Orçamento de Estado para 2013, com a epígrafe *Redução de encargos nas parcerias público-privadas do setor rodoviário, estabeleceu:*

«1- O Governo obriga-se, na estrita defesa do interesse público, a realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos de parcerias público-privadas do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público, liquidados diretamente pelo Estado Português ou através da EP - Estradas de Portugal, S. A., recorrendo, para tal, aos meios legalmente disponíveis e tendo por referência as melhores práticas internacionais.

2- A redução de encargos brutos para o erário público expectável em 2013 é de 30 % face ao valor originalmente contratado.»;

i) Por força do artigo 1.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio, com efeitos a partir de 1-6-2015, a Rede Ferroviária Nacional (REFER, E.P.E.) incorporou, por fusão, a

³ Publicado no Diário da República, II Série, de 19.12.2012.

⁴ Publicado no Diário da República, II Série, de 27.10.2014.

⁵ Publicado no Diário da República, II Série, de 19.08.2016.

Estradas de Portugal (EP, S.A.), convertendo-se em sociedade anónima (S.A.) passando a designarse Infraestruturas de Portugal, S.A.;

j) O denominado contrato de “*Subconcessão Alterado da Autoestrada Transmontana*”, resultante do processo de negociação com o parceiro privado impulsionado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, de 10/11 (esta editada na sequência da vinculação de Portugal ao “Memorando de Entendimento Sobre as Condiionalidades de Política Económica”, acordado em 17/5/2011), agora submetido à apreciação do Tribunal de Contas, é o mesmo que foi remetido a este Tribunal, por ofício de 28.02.2018, e que deu origem ao Processo n.º 564/2018, no qual foi proferida, em 4.05.2018, Decisão de indeferimento liminar.

II.2 Enquadramento jurídico

4. O contrato agora submetido é exatamente o mesmo que foi objeto da decisão de indeferimento liminar proferida em 4.05.2018 no referido processo de fiscalização prévia n.º 564/2018.
5. A entidade requerente continua a defender, em primeira linha, a tese de que o contrato em presença não se encontra sujeito a fiscalização prévia (desde logo, porque sustenta que, com ou sem “pagamentos contingentes”, não ocorre qualquer agravamento de *despesa* ou de *encargos* relativos a esse contrato), mas formula subsidiariamente pedido de tal sujeição, se assim for entendido pelo Tribunal.
6. Assim, a primeira questão que importa apreciar e decidir, consiste em saber se, em face da causa de pedir invocada pela Requerente, o contrato submetido se encontra sujeito a fiscalização prévia.

Vejamos,

7. A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia. Enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c)

e 46.º a 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8⁶.

8. No plano processual, a competência do TdC de fiscalização prévia é conformada pelo princípio do pedido, cujo exercício compete às entidades sujeitas subjetivamente a essa fiscalização, nos termos do artigo 81.º, n.º⁵ 1 e 4, da LOPTC.
9. Segundo o princípio do pedido, o órgão de iniciativa (a entidade subjetivamente sujeita à jurisdição do TdC é o titular do poder / dever de ação de fiscalização prévia) não pode ser substituída por outro, manifestando-se esse princípio (e a indissociável responsabilização das entidades requerentes), nomeadamente, na norma processual estabelecida no artigo 2.º, n.º 1, da Resolução n.º 14/2011 do plenário da 1.ª secção do Tribunal de Contas⁷, aprovada ao abrigo dos artigos 77.º, n.º 1, alínea b), e 81.º, n.º 1, da LOPTC.
10. As entidades fiscalizadas têm uma responsabilidade própria ao outorgar instrumentos contratuais e identificarem novos contratos sujeitos a visto (incluindo os casos de alteração substancial de anterior contrato), modificações objetivas de contratos visados sujeitas a visto ou modificações objetivas de contratos não visados sujeitas a visto — variantes contratuais que, no plano processual, conformam específicos ónus de alegar em sede de formulação do requerimento de fiscalização prévia.
11. E ao apresentarem um pedido assumem uma determinada valoração e devem formular uma pretensão juridicamente concretizada sobre determinado(s) ato(s) remetendo o respetivo original — sem olvidar que um único suporte pode compreender uma pluralidade de contratos (e até de relações subjetivas entre diversos contratantes) e se houver conexões funcionais com outros contratos as mesmas devem ser especificamente discriminadas e comprovadas documentalmente.
12. Nos termos do artigo 44.º, n.º 1 da LOPTC, «a fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de

⁶ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-01; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-08; 35/2007, de 13-08; 3-B/2010, de 28-04, 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-01, 20/2015, de 9-03; e 42/2016, de 28-12.

⁷ Publicada no Diário da República, II Série, de 16-08-2011.

responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria»

13. Os atos e contratos sujeitos a fiscalização prévia são os enunciados no n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, sendo de considerar, porém, as isenções e as dispensas de visto previstas, respetivamente, nos artigos 47.º, n.º 1 e 48.º, n.º 1, ambos da referida lei.
14. Nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC estão sujeitos à fiscalização prévia *«os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras»*.
15. Norma que exige o preenchimento de dois requisitos cumulativos:
 - a) A qualificação, *«atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados»*, a qual tem uma conexão necessária com um contrato anterior (o modificado);
 - b) Além da referida qualificação, o instrumento contratual tem de implicar *«um agravamento dos [...] encargos financeiros ou responsabilidades financeiras»* do contrato visado.
16. Requisitos que dependem de factos exógenos ao texto do ato ou contrato fiscalizado carecidos de alegação e prova, e essenciais para o TdC em sede de fiscalização prévia poder empreender a apreciação do mérito do ato ou contrato, isto é para prolação de uma decisão sobre a conformidade dos atos ou contratos com as leis em vigor, nomeadamente, se contêm algum elemento que implique nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras ou ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.
17. Cabe à entidade requerente *«alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir»* - cf. artigos 3.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do CPC *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC.
18. Ora, atendendo à causa de pedir invocada pela Requerente e aos elementos disponíveis no âmbito do presente processo, resulta que estamos perante uma modificação a um contrato visado, pelo que, nos termos do artigo 46.º, n.º 1, al. d) da LOPTC, a mesma apenas estará

sujeita a visto se implicar um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras.

19. Aumento de encargos que a requerente alega não se verificar, e a análise efetuada, com as limitações inerentes às normas processuais aplicáveis ao processo de fiscalização prévia, designadamente em matéria de instrução do processo e prazos processuais - dado que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria, prova pericial ou outra investigação direta do Tribunal no âmbito deste processo, e a decisão está sujeita a um prazo perentório estabelecido nos n.ºs 1 e 3 do artigo 85.º da LOPTC - não permite contrariar, nesta sede, a alegação de que a modificação do contrato não implica aumento de encargos.
20. Assim, e em síntese, estando em causa um contrato que formaliza uma modificação objetiva de contrato visado e que segundo a entidade sujeita a fiscalização prévia do *TdC* não implica um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras assumidas no contrato anteriormente visado, não se enquadra na previsão da citada alínea d), do n.º 1, do artigo 46.º da LOPTC.
21. Porém, a circunstância de não estar sujeito a fiscalização prévia não obsta a que a que deva ser objeto de apreciação pelo *TdC* em sede de fiscalização concomitante e sucessiva.
22. Sendo que, nessa sede, as relações subjacentes aos instrumentos contratuais podem ser objeto de indagações significativamente mais abrangentes, através de iniciativas probatórias desenvolvidas com meios próprios do TdC. Domínio em que além de contratos objeto de pedido de visto se pode, nomeadamente, investigar outros acordos com hipotéticas relações funcionais com aqueles e mesmo a inadmissibilidade de pagamentos relativos aos mesmos - cf. a título ilustrativo o relatório de auditoria referido na alínea e) dos factos considerados assentes.

IV- Decisão

Pelo exposto, e em sessão diária de visto, decide-se:

1. Reconhecer que o contrato submetido, denominado contrato de “*Subconcessão Alterado da Autoestrada Transmontana*”, celebrado, em 26.02.2018, entre Infraestruturas de

Portugal, S.A. (IP), enquanto subconcedente, e Autoestradas XXI – Subconcessionária Transmontana, S.A., não está sujeito a fiscalização prévia;

2. Determinar a devolução do contrato à Requerente Infraestruturas de Portugal, S.A;
3. Determinar a remessa à área VII da 2.^a Secção do Tribunal de Contas de cópias em suporte papel da presente decisão, do relatório final e do requerimento inicial da subconcedente, para serem ponderadas nessa sede eventuais medidas no quadro das respetivas competências de fiscalização concomitante e sucessiva.

*

Sem emolumentos.

Comunique-se

Lisboa, 31 de julho de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Alzira Antunes Cardoso, relator)

(Ana Margarida Leal Furtado)