

2021

Processo: 1182/2021

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. Relatório

- § 1. O presente processo inicia-se com requerimento de Infraestruturas de Portugal, S.A. (IP) requerendo ao Tribunal de Contas (TdC) a fiscalização prévia de um designado «Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão do Baixo Tejo e respetivos Anexos»¹ com AEBT – Autoestradas do Baixo Tejo, S.A..
- § 2. O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) do TdC, para informação ou esclarecimento complementar pela entidade requerente, tendo a requerente, nomeadamente, alegado:

«O detalhe de todo o processo negocial, bem como da redução de encargos alcançada com esta negociação, encontra-se detalhada no ponto ‘3.4. Análise Financeira’ do Relatório da Comissão de Negociação, para o qual se remete, apresentando-se em todo o caso uma súmula do mesmo. Assim e de acordo com o referido Relatório da Comissão de Negociação, em termos de detalhe do processo negocial, importa referir que:

1) A 4 de junho de 2019, a AEBT apresentou, no âmbito do pedido de reposição formulado junto da IP, um modelo financeiro que refletia, na sua perspetiva, o resultado da impossibilidade de construção da ER 377-2. Esse modelo partia do CBR, de 2009, e aplicava sobre o mesmo uma série de modificações, entre as quais se destacam as seguintes:

a. Eliminação de todo o investimento de construção diretamente relacionado com a ER377 2 (+ € 30 967 364);

b. Eliminação de todas as receitas de disponibilidade diretamente associadas à ER377 2 (- €88 833 620);

c. Eliminação de todo o tráfego diretamente associado à ER377-2 e respetivas receitas de serviço e de exploração das Áreas de Serviço (- € 20 628 250);

d. Introdução de custos já incorridos com a construção da ER377-2, tais como Expropriações, Estudos e Projetos e Equipamento de Controlo e Gestão de Tráfego (- € 2 430 520);

e. Introdução de custos adicionais solicitados por terceiros, nomeadamente o montante reclamado pelo construtor ACE pela supressão da ER 377-2 (- € 10 153 702);

f. Introdução de poupanças indiretas resultantes da supressão da ER 377 2, tais como a redução do custo anual de Operação e Manutenção (+ €2 003 471).

Esta versão do modelo financeiro (ainda antes do reperfilamento dos pagamentos por disponibilidade) diminuía a TIR acionista de 11,00% para 0,54%. Alterando os pagamentos por disponibilidade para repor a TIR acionista em 11,00% (bem como os demais critérios-chave do

¹ Anexo 1 – Versão Consolidada do Corpo do Contrato de Subconcessão Alterado; Anexo 2 – Versões Atualizadas dos Anexos 5 (Caso Base Alterado), 8 (Definição dos Lanços e Sublanços e 9 (Critérios Chave); Anexo 3 – Acordos de Aditamento; Anexo 4 – Versão Inovatória do Anexo 21 (Recalendarização do aumento do número de vias); Anexo 5 (aditado) Aumento do número de vias/Elementos de referência das soluções técnicas.

Anexo 9), este modelo financeiro originava uma redução dos encargos totais para a IP, medida em VAL, de 8,6 milhões de euros (6,0M€ a preços correntes).

Indicamos ainda que este mecanismo de reperfilamento dos pagamentos por disponibilidade foi o utilizado ao longo desta negociação para repor o equilíbrio económico-financeiro da subconcessão.

2) Esta proposta foi analisada pela Comissão de Negociação e a mesma foi genericamente aceite, salientando-se apenas dois pontos negociais na qual a Comissão de Negociação exigiu alterações (que após algumas etapas negociais foram aceites pela Subconcessionária):

a. A compensação a pagar ao construtor ACE não deveria ser de 10.153.702,00€, tal como proposto pela Subconcessionária, mas de apenas 2.767.187,25€;

b. A poupança em custos de O&M não deveria ser de 2.003.471€, mas antes de 8.450.000€.

Estas alterações aumentaram a poupança alcançada para a IP, em VAL, em 6,2M€ (12,2M€ em preços correntes), elevando a poupança total, em VAL, para 14,8M€ (18,2M€ em preços correntes).

3) A Subconcessionária propôs ainda a inclusão, no modelo financeiro, dos valores efetivamente pagos a título de disponibilidade ao abrigo do MdE 2015. Até este ponto, os modelos financeiros propostos consideravam, na componente da disponibilidade, apenas uma exclusão linear dos referidos pagamentos históricos (até 2018) resultante da não execução do lanço da ER377-2 (cerca de 13% do total dos pagamentos por disponibilidade, correspondendo esta percentagem aos quilómetros da Subconcessão afetos ao lanço da ER377-2), mas, com a inclusão dos pagamentos referidos, a Subconcessionária dispôs-se a dirimir em sede negocial o litígio que se encontrava em tribunal arbitral.

Esta inclusão diminuiu a poupança alcançada nos pagamentos da IP, em VAL, em 6,5M€ (19,6M€ a preços correntes), totalizando, até este ponto, uma poupança total, em VAL, de 8,4M€ (1,4M€ de aumento de encargos, a preços correntes).

4) Paralelamente ao ponto supra, a Comissão de Negociação entendeu que se deveria considerar o efeito do deslizamento temporal do aumento do número de vias dos lanços referentes ao IC20 e do IC32 (posteriormente redenominado A33), em linha com o prazo que viesse a fixar-se para a conclusão dessas obras (desde logo se tendo considerado que esse prazo ocorreria, de uma forma geral, antes de 2023). Considerou-se desde logo importante considerar no modelo financeiro este atraso na construção já que o mesmo representa um ganho financeiro para a Subconcessionária (fruto da necessidade de investimento apenas ocorrer mais tarde) e de, conseqüentemente, a inclusão do mesmo gerar um impacto positivo ao nível da redução dos pagamentos por disponibilidade.

Esta redução de encargos da IP é valorizada em 15,6M€, em VAL (33,6M€ a preços correntes) e eleva a poupança total, com os pontos até agora mencionados, para 24,0M€ (32,2M€ a preços correntes).

5) Foram ainda considerados dois pontos de menor impacto na modelização, mas que ainda assim trouxeram poupanças para os encargos da IP:

a. O spread da remuneração dos suprimentos acionistas foi modificado a pedido da Subconcessionária. Esta alegava que os suprimentos deveriam ter sido reembolsados em 2014 e 2015, algo que não se verificou devido às limitações dos contratos de financiamento e, como tal, o spread deveria ser atualizado para refletir o custo 'all-in' da dívida da Subconcessionária. O spread foi então modificado, de 1,5% para 6,0%, após receber a validação dos bancos envolvidos e considerando não existir qualquer objeção da IP e da Comissão de Negociação.

b. Foi considerada uma poupança de 0,7M€ (a preços correntes) decorrente da não construção de um Centro de Manutenção e Assistência, por manifesta falta de necessidade do mesmo.

Estas alterações diminuíram os pagamentos por disponibilidade, medidos em VAL, em 1,5M€ (2,6M€ a preços correntes), elevando a redução de encargos total para 25,5M€ (34,8M€ a preços correntes).

6) Por fim, o último ganho negocial alcançado está relacionado com o Efeito temporal dos pagamentos, que agora melhor explicamos. Apesar de a negociação ter sido concluída em novembro de 2020, as várias introduções ao modelo financeiro mencionadas supra, foram seguidas

de um reperfilamento dos pagamentos por disponibilidade ainda de 2019 e de 2020 (bem como 2021 e 2022) – não obstante estes valores apenas virem a ser desembolsados pela IP mais tarde. No entanto, a consideração destes valores tal como se tivessem sido pagos nos anos de 2019 e 2020, confere-lhes mais valor para a Subconcessionária (atendendo a que os mesmos desvalorizam à taxa de rentabilidade acionista de 11% ao ano) pelo que, fossem estes considerados na altura em que efetivamente serão realizados (2021) o aporte financeiro da IP, para repor a TIR acionista, teria que ser superior.

Este ponto representa uma poupança para a IP, medida em VAL, de 2,5M€, elevando assim a redução de encargos para 27,9M€ (esta consideração não tem qualquer impacto ao nível dos preços correntes, pelo que a poupança total, assim medida, se mantém em 34,8M€).

Nesta conformidade e espelhando os resultados alcançados ao nível da redução de encargos, reproduz-se seguidamente a waterfall ilustrativa do impacto dos vários pontos agora mencionados:



Em sùmula e nos termos expostos, a outorga do aditamento contratual em causa e a conseqüente das alterações ao contrato acordadas, alcança poupanças que se cifram num montante total de 27,9M€ em VAL e 34,8M€ a preços correntes.»

§ 3. A alegação no requerimento inicial afirmava que não havia alteração substancial relativamente ao contrato visado e existia uma mera modificação objetiva que não gerava aumento de encargos financeiros da IP, tendo, afirmado, nomeadamente que:

«Assim, ao contrário de anteriores negociações, não se anulou a linha de compensações contingentes do designado Caso Base Reformado (CBR) com a conseqüente consideração dos efeitos dessa anulação no apuramento de poupanças. Nesse sentido, no entendimento da Comissão de Negociação e desta empresa, as compensações contingentes não foram consideradas na renegociação.

Nos termos da Cl. 88.1 do contrato "o Caso Base [constante do Anexo 5 — cfr. Cl. 1.1.(j) — o designado CBR] representa a equação financeira com base na qual será efetuada a reposição do equilíbrio financeiro da Subconcessão, nos termos estabelecidos no número 89..". Nesta medida, a Comissão de Negociação apurou o reequilíbrio com base no CBR, que inclui a linha de compensações contingentes, sendo que, como referido, não efetuou qualquer alteração quanto à mesma.

Por fim, mantemos a nossa posição de não efetuar quaisquer pagamentos contingentes, como tivemos oportunidade de reiterar junto da Subconcessionária e do Governo.»

§ 4. Em todas as intervenções processuais a entidade fiscalizada sustentou que o instrumento submetido, além da modificação objetiva de um contrato visado, não integra quaisquer obrigações advenientes de outros acordos relativos ao modelo remuneratório que não tinham sido objeto de visto, ou novas obrigações com relevo fundamental nos direitos e deveres das partes.

II. Fundamentação

II.1. Factos essenciais

§ 5. O contrato de Subconcessão (reformado) do Baixo Tejo foi visado, após reforma de 28-4-2010 (de um anterior instrumento que não chegou a ter eficácia jurídica), em sessão diária de visto de 9-6-2010 (processo de fiscalização prévia n.º 577/2010).

§ 6. O valor do contrato de subconcessão que foi considerado para efeitos de fiscalização prévia foi de 545.937.121,00 € em Valor Atual Líquido (VAL) — correspondendo 363.188.106,00 € ao VAL da remuneração por disponibilidade e 182.749.015,00 € ao VAL da remuneração por serviço — o que equivale a 1.205.588.264,00 € a preços correntes — 659.906.889,00 € relativos a pagamentos por disponibilidade e 545.681.375,00 € a pagamentos por serviço —, de acordo com o seguinte quadro elaborado pela entidade fiscalizada:

CSC - Reformado (2009)					
Ano	Disponibilidade	Serviço	Contingentes	Pagamentos à E	Total
2009	-	-	-	-	-
2010	-	-	-	-	-
2011	-	-	-	-	-
2012	-	-	-	-	-
2013	-	-	-	-	-
2014	58 877 323	10 465 069	-	-	69 342 392
2015	73 697 471	13 588 737	-	-	87 286 208
2016	74 021 266	14 270 815	-	-	88 292 081
2017	69 184 401	14 918 021	-	-	84 102 422
2018	67 482 752	15 595 245	-	-	83 077 998
2019	69 861 020	16 292 415	-	-	86 153 435
2020	71 409 902	17 044 944	-	-	88 454 846
2021	69 626 876	17 746 906	-	-	87 373 782
2022	66 961 635	18 482 872	-	-	85 444 507
2023	23 484 243	19 242 408	-	-	42 726 650
2024	12 750 000	20 064 373	-	-	32 814 373
2025	2 550 000	20 742 533	56 000 000	(127 000 000)	(47 707 467)
2026	-	21 434 799	56 000 000	(61 750 000)	15 684 799
2027	-	22 150 684	56 000 000	(66 500 000)	11 650 684
2028	-	22 933 149	56 000 000	(62 250 000)	16 683 149
2029	-	23 648 264	56 000 000	(64 050 000)	15 598 264
2030	-	24 410 745	56 000 000	(69 400 000)	11 010 745
2031	-	25 208 776	56 000 000	(68 100 000)	13 108 776
2032	-	26 087 797	56 000 000	(68 500 000)	13 587 797
2033	-	26 890 554	56 000 000	(66 500 000)	16 390 554
2034	-	27 746 918	56 000 000	(66 000 000)	17 746 918
2035	-	28 646 627	56 000 000	(68 500 000)	16 146 627
2036	-	29 642 421	56 000 000	(70 700 000)	14 942 421
2037	-	30 556 008	56 000 000	(61 000 000)	25 556 008
2038	-	31 525 576	56 000 000	(75 300 000)	12 225 576
2039	-	6 344 720	-	-	6 344 720
2040	-	-	-	-	-
Σ Total	659 906 889	545 681 375	784 000 000	(995 550 000)	994 038 264
VAL	363 188 106	182 749 015	201 442 882	(261 034 433)	486 345 570

§ 7. No processo de fiscalização prévia n.º 577/2010 foi, assim, considerado, apenas, o valor de 1.205.588.264,00€ (a preços correntes), como encargo resultante do regime remuneratório estabelecido no clausulado contratual e foi este e apenas este, o valor considerado pela própria I.P. (então E.P., S.A.) nos documentos financeiros apresentados ao TdC.

§ 8. Em 20-6-2011 iniciou-se a XII Legislatura durante a qual foi empossado e exerceu funções o XIX Governo Constitucional.

§ 9. 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.»

§ 10. 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 rodoviário (no âmbito do processo n.º 35/09 AUDIT)², no qual designadamente se refere:

«266. Após a recusa de visto àqueles contratos, os mesmos vieram a ser “reformados”, com o afirmado objetivo de assegurar o cumprimento da regra concursal de não agravamento das condições financeiras das propostas da 1.ª para a 2.ª fase do concurso. Uma vez que, de acordo com os elementos constantes dos processos, a reforma dos procedimentos apontava para a reposição do cumprimento dessa regra, o Tribunal veio a conceder o visto aos contratos reformados, formulando recomendações para o futuro. 267. Considerando que as alegadas alterações de condições resultantes da crise financeira internacional, por serem anteriores à outorga dos contratos, não poderiam também fundamentar o seu reequilíbrio financeiro, o TC, nos acórdãos^{3[nota 88]} proferidos, determinou, ainda, que a E.P., S.A. lhe remetesse toda a documentação relativa a eventuais atos de reequilíbrio financeiro das subconcessões.

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

² O qual foi junto aos presentes autos e pode ser consultado no sítio eletrónico do TdC.

³[nota 88 do relatório] Acórdão n.º 12/2010-1.ª S/SS, Decisões n.ºs 499/2010-1.ª S/SS, 611/2010-1.ª S/SS, 612/2010-1.ª S/SS, 613/2010-1.ª S/SS, 672/2010-1.ª S/SS e 703/2010-1.ª S/SS [o relatório compreende no trecho constante outras notas de rodapé que, contudo, não se transcreveram]

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 II 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 devidos 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.»

§ 11. Nesse processo de auditoria tinha sido conferida a possibilidade à EP de, antes da aprovação do relatório referido no § 2.9, exercer o contraditório.

- a. A EP pronunciou-se, por ofício de 30-6-2011, sobre as referências ao sentido e âmbito das decisões de recusa e concessão de visto, nomeadamente proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 (*supra* §§ 2.1 a 2.5):

«Não nos parece adequado voltar a referir decisões de recusa de vistos e acórdãos de 2009, ponto 37, quando o próprio Tribunal já considerou ultrapassadas essas questões ao aceitar as justificações da EP e os estudos e demonstrações feitos, concedendo os respetivos vistos. [...]

Perante a evidência da crise financeira, o Tribunal de Contas veio a aceitar os argumentos da EP e os empreendimentos foram financiados a taxas mais favoráveis das que hoje seriam possíveis no mercado e conseguiu financiar os projetos sem sofrer na íntegra o ónus do impacto da crise financeira internacional. [...]

As compensações contingentes constituem um mecanismo para voltar a ser possível ter os encargos a níveis de antes da crise internacional, com recurso a refinanciamento feito em época mais propícia. Esta solução deu resposta à questão colocada pelo Tribunal de que os benefícios posteriores seriam repartidos, quanto o encargo da crise tinha sido suportado pelo promotor dos projetos.» [pp. 11-12 da resposta da EP, cf. pp. 135-137 do 2.º volume do relatório de auditoria n.º 15/2012]

«No ponto 266, dever-se-ia precisar que o TdC recusou o visto a alguns contratos de subconcessões e que posteriormente concedeu o visto a todos esses contratos.» [p. 19 da resposta da EP]

[Sobre os futuros pontos 267 a 272 do relatório que veio a ser aprovado]: «uma vez que em todos os instrumentos de reforma (cujo conteúdo damos aqui por integralmente reproduzido e cujas cópias foram integralmente facultadas aos auditores) o Caso Base foi alterado; que neste Caso Base as “Compensações Contingentes” estão expressa e devidamente identificadas; que é manifesto que, quanto ao anexo 5, ou seja, quanto ao Caso Base, o contrato entre as partes foi objeto de reforma; e que esses instrumentos de reforma e respetivos anexos, incluindo os Casos Base Reformados, instruíram a submissão dos contratos Reformados à fiscalização prévia do TdC, é manifesto que “reescrevendo” a afirmação dos TdC, “estas compensações referenciadas ao Caso Base, resultam do instrumento de reforma e alteram o contrato outorgado entre as partes, pelo que não carecem de fundamentação jurídica”, ou seja, as “Compensações Contingentes” foram, também elas, tidas em consideração na decisão de concessão do visto. Nem podia deixar de ser assim pois a não ser assim, tal seria objeto de oportuna interpelação, que não ocorreu em momento algum, antes, durante, ou após a reforma dos contratos e a concessão dos respetivos Visto.» [p. 19 da resposta da EP]

- b. A transcrita alegação da EP foi rejeitada no relatório n.º 15/2012 aprovado por unanimidade pela 2.ª secção do TdC, tendo, antes dessa aprovação, sido objeto de especificada apreciação, onde se considerou, nomeadamente, o seguinte:

«Contratos reformados:

13. A EP, S.A. reitera a sua pronúncia, alegando que o contrato de subconcessão não é apenas composto pelo corpo do contrato, mas que integra também, todos os seus anexos, incluindo o Caso Base, onde estão referenciadas as “compensações contingentes”, que, por isso, foram tidas em consideração na decisão de visto.

14. Mais alega que “os auditores ao interpretarem o sentido, alcance e âmbito de decisões – já transitadas em julgado – que o Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia e de acordo com a regulação prevista na lei tomou, concedendo o Visto a todos e cada um dos Contratos de Subconcessão Reformados, estão, materialmente, a reabrir os processos de fiscalização prévia”, reabertura que não estando prevista na Lei do TC, também não respeita o princípio do contraditório.

15. O Tribunal sublinha que só teve conhecimento da existência dos acordos paralelos sobre as denominadas “*compensações contingentes*” no decorrer do processo de auditoria, uma vez que não foram mencionados nem juntos como anexos aos contratos apreciados em fiscalização prévia. Esses acordos não foram, pois, conhecidos nem visados por este Tribunal. A análise da sustentabilidade financeira das subconcessões da EP, S.A. enquadra-se no papel que o InLR, I.P. deve ter como entidade reguladora, pelo que, essa análise, não poderia deixar de ter em conta as “*compensações contingentes*”. Assim sendo, a avaliação das “*compensações contingentes*” cabe perfeitamente no âmbito da presente auditoria, nos termos do artigo 55.º, n.º1, da Lei n.º 98/97, segundo o qual o Tribunal pode “*para além das auditorias necessárias à verificação externa de contas, realizar a qualquer momento, por iniciativa sua ou a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados actos, procedimentos ou aspetos da gestão financeira de uma ou mais entidades sujeitas aos seus poderes de controlo financeiro*”.

16. Como se afirma nos pontos 269 e 270, a referência a essas “*compensações contingentes*”, nos casos base, não era suficiente para evidenciar a sua natureza remuneratória nem para fundamentar juridicamente o respetivo pagamento.» [cf. p. 445 do 2.º volume do relatório de auditoria n.º 15/2012]

§ 12. Posteriormente, na fundamentação da decisão n.º 1615/2017, de 11-12-2017, no processo n.º 3601/2017 da 1.ª secção do TdC (relativo a um primeiro requerimento inicial sobre o contrato de subconcessão do Algarve Litoral) foi sublinhado:

«No caso concreto, o contrato da subconcessão rodoviária do Algarve Litoral é conformado pelo caso julgado estabelecido pela decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 (*supra* §§ 2 e 4 do capítulo II.1) que subsiste, dentro dos respetivos limites (cf. *supra* § 8 do capítulo II.1). [...]

«Como se explanou acima (*supra* capítulo II.2), a fiscalização prévia é conformada pelo princípio do pedido que, por força do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, obsta à prolação nessa sede de uma decisão de mérito sobre a conformidade com as leis em vigor de instrumentos contratuais quando os mesmos alegadamente apenas formalizam modificações objetivas de um contrato visado e não implicam um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras que foram assumidos no contrato visado. Nessa sede subsiste a força de caso julgado da anterior decisão de visto, a qual no caso do contrato de subconcessão rodoviária do Algarve Litoral já foi expressamente referida em auditoria da 2.ª secção do TdC (*supra* § 8 do capítulo II.1).»

[...].

«Existem alguns motivos para se entender que estão reunidos um conjunto de fatores especialmente relevantes para a referida fiscalização concomitante e sucessiva:

1) A decisão que visou o contrato em 14-7-2010 no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 (*supra* § 4 do capítulo II.1) compreendeu um conjunto de ressalvas e recomendações, sendo certo, para além do mais, o respetivo caso julgado tem determinados limites objetivos cuja captação se recorta pelo teor dos fundamentos dessa decisão, sem olvidar o caso julgado do acórdão proferido no processo n.º 1352/09 (*supra* § 2 do capítulo II.1).

2) O Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário identificou a existência de outros acordos interligados com aquele contrato, tendo sublinhado que os mesmos não são abrangidos pelo caso julgado da decisão de visto prévio proferida no processo n.º 727/2010 (cf. *supra* § 8 do capítulo II.1).

3) Acresce que o caso julgado da decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 se apresenta irrelevante para efeitos de legitimação de acordos que já consubstanciem alterações substanciais (nomeadamente por via da integração no contrato de acordos passados que não o integravam originariamente ou outras alterações), os quais sendo realizados constituem novos contratos sujeitos a fiscalização prévia fora do quadro invocado pelo requerente nos presentes autos.

4) Por outro lado, a eventual celebração de acordos de modificação objetiva de acordos não visados pode ter de ser submetida a fiscalização prévia do TdC ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 46.º do LOPTC, em que a ausência de caso julgado de uma anterior decisão de fiscalização prévia altera os dados da questão relativamente ao disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º do LOPTC, e em particular os ónus específicos de alegação e prova do requerente (especialmente se o anterior acordo não visado tivesse sido abrangido por uma fiscalização do TdC que se pronunciasse sobre a inadmissibilidade de quaisquer pagamentos ao abrigo do mesmo).

Como se destacou acima (*supra* § II.2), os pressupostos processuais sobre a admissibilidade do pedido de fiscalização prévia e os ónus do requerente estão relacionados com o quadro operativo desse processo, em que o TdC não tem competência nem meios (nomeadamente no plano temporal) para empreender uma indagação do processo negocial prévio àquela formalização, em particular quanto a matérias que extravasam o âmbito do contrato que tinha sido visado no passado pelo TdC, e eventuais acordos ou outros negócios que não foram objeto de fiscalização prévia pelo TdC, e/ou as eventuais conexões funcionais com outros contratos suscetíveis de preencher uma coligação de contratos.

Impõe-se ter presente que a posição assumida de forma inequívoca no Relatório de Auditoria n.º 15/2012 constante do § 8 do capítulo II.1 deve ser inteiramente reiterada na presente sede, e, nesta medida, sublinhado que os acordos relativos a designadas *compensações contingentes* não foram objeto de qualquer visto do TdC, carecem de “fundamentação legal” e caso determinem quaisquer pagamentos relativos “podem os mesmos constituir infrações financeiras puníveis”.»

§ 13. Também no Acórdão n.º 29/2018.20Jun-1ªS/SS (entretanto transitado em julgado), proferido no âmbito do Processo n.º 685/2018 relativo ao contrato de subconcessão do Algarve Litoral se considerou o seguinte:

«O ato que considera, para efeitos de renegociação do contrato de subconcessão, as compensações contingentes como integrando o modelo de remuneração do contrato visado (contrato reformado) viola a decisão n.º 612/2010 (processo n.º 727/2010) o que constitui ofensa do caso julgado, na medida em que aquela decisão sobre o visto vincula diretamente a IP, quanto ao âmbito do contrato visado que, como se demonstrou acima, exclui do modelo remuneratório quaisquer compensações contingentes (...).»

§ 14. O Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23-5, criou a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP), com a natureza de «entidade administrativa dotada de autonomia administrativa, na dependência direta do membro do Governo responsável pela área das finanças», para assumir responsabilidades «no âmbito da preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos de PPP e assegurar um apoio técnico especializado ao Governo, e em especial ao Ministério das Finanças, em matérias de natureza económico-financeira». Essa entidade pode, ainda, conforme se refere no preâmbulo do diploma, «prestar apoio técnico a entidades públicas na gestão de contratos, assumir a

qualidade de gestora de contratos e promover ações de formação, bem como de prestar apoio técnico no desenvolvimento, contratação e acompanhamento de grandes projetos de infraestruturas não enquadráveis na definição legal de PPP».

- § 15. 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.
- § 16. Em 23-8-2012 foi celebrado, entre a subconcedente e a subconcessionária da Subconcessão do Baixo Tejo, um memorando de entendimento através do qual se comprometeram a encetar conversações com vista a uma potencial modificação do âmbito do Contrato de Subconcessão vigente.
- § 17. Pelo Despacho n.º 16198-F/2012 do Coordenador da UTAP⁴, 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 13007/2014⁵ e pelo Despacho n.º 10457-A/2016⁶, de 18 de agosto).
- § 18. 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.»
- § 19. Com a constituição da comissão de negociação foi iniciado um processo negocial no âmbito específico da Subconcessão do Baixo Tejo, em cuja sede veio a ser identificado um conjunto de potenciais modificações às condições de exploração da Subconcessão do Baixo Tejo que a Subconcedente entendia viáveis e que, na conjuntura que se verificava, contribuíssem, na ótica da mesma, para a sustentabilidade do sistema de gestão rodoviária a curto, médio e longo prazo, assim salvaguardando a prossecução do interesse público, cujos termos foram refletidos no memorando de entendimento assinado entre as partes em 27 de julho de 2015, o qual veio a ser alterado pelos aditamentos de 31 de março de 2016, 30 de junho de 2016, 31 de outubro de 2016, 1 de março de 2017, 30 de junho de 2017 e 29 de dezembro de 2017 (MdE 2015).

⁴ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 19-12-2012.

⁵ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 27-10-2014.

⁶ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 19-8-2016.

- § 20. Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 65-F/2015, de 28 de agosto, o Governo autorizou a subconcedente a redefinir o âmbito dos trabalhos integrados no objeto do Contrato de Subconcessão Vigente.
- § 21. O MdE 2015 caducou em 30 de setembro de 2018.
- § 22. Em junho de 2019 a subconcessionária apresentou um pedido de reposição do equilíbrio financeiro da concessão, no quadro da reposição das condições contratuais constantes do Contrato de Subconcessão Reformado, após a suspensão de algumas das suas cláusulas, na vigência do MdE 2015.
- § 23. Através do Despacho n.º 7169/2019, de 22 de julho, da Coordenadora da UTAP, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 154, de 13 de agosto de 2019, foi dissolvida a comissão de negociação nomeada e constituída pelo Despacho n.º 16198-F/2012, do Coordenador da UTAP e foi constituída uma nova comissão de negociação, nos termos e para os efeitos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, tendo em vista, *inter alia*, encontrar uma solução negociada quanto à alteração de certas condições de exploração cuja concretização não foi possível efetuar no âmbito do processo negocial referido no Considerando (J), a saber e desde logo, as decorrentes da impossibilidade de construção da ER-377-2 e, bem assim, as resultantes da caducidade do MdE 2015, *maxime* quanto à recalendarização do aumento do número de vias.
- § 24. Foram colhidos os pareceres favoráveis da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) e do Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT), em março de 2021.
- § 25. Através dos Despachos do Secretário de Estado das Finanças e do Secretário de Estado das Infraestruturas, ambos de 25.05.2021 foi aprovado o relatório final, e respetivos anexos que o integram, de 8 de janeiro de 2021, da Comissão de Negociação constituída pelo Despacho n.º 7169/2019, de 22 de julho, da Coordenadora da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP), referente à subconcessão do Baixo Tejo, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.
- § 26. Em 4 de junho de 2021, foi celebrado um Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente, cujo Anexo 1 integra o Contrato de Subconcessão Alterado;
- § 27. As negociações assim como o Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente, versaram sobre os seguintes aspetos:
- a. Supressão do lanço da ER 377-2 – Costa da Caparica/Fonte da Telha (incluindo a Beneficiação da Avenida do Mar, entre a Fonte da Telha e Belverde) – Impactos ao nível do desenvolvimento físico do empreendimento e impactos ao nível da execução financeira do contrato;
 - b. Consensualização quanto ao aumento do número de vias (recalendarização dos alargamentos e novas soluções técnicas por via da vigência e caducidade do MdE 2015);
 - c. Acerto de pagamentos por disponibilidade realizados ao abrigo do MdE 2015;
 - d. Supressão da construção de um Centro de Assistência e Manutenção (CAM de Coia);
 - e. Alteração do spread da remuneração dos suprimentos acionistas de 1,5% para 6%.
- § 28. De acordo com os dados remetidos ao Tribunal pela entidade requerente o contrato renegociado traduz-se num esforço financeiro líquido para a IP no valor total de 513.819.707,00€ em VAL (correspondendo 337.717.146,00 € ao VAL da remuneração por disponibilidade e 176.102.561,00 € ao VAL da remuneração por serviço), o que será equivalente a 1.151.077.674,00

€ a preços correntes (625.136.250,00 € relativos a pagamentos por disponibilidade e 525.941.424,00 € a pagamentos por serviço), nos seguintes termos:

CSC - Alterado (novembro 2020)					
Ano	Disponibilidade	Serviço	Contingentes	Pagamentos à IF	Total
2009	-	-	-	-	-
2010	-	-	-	-	-
2011	-	-	-	-	-
2012	-	-	-	-	-
2013	-	-	-	-	-
2014	52 775 781	10 072 959	-	-	62 848 740
2015	42 025 567	13 081 839	-	-	55 107 406
2016	59 031 527	13 741 227	-	-	72 772 754
2017	58 457 990	14 367 084	-	-	72 825 073
2018	56 090 385	15 021 646	-	-	71 112 032
2019	104 686 667	15 695 096	-	-	120 381 763
2020	95 018 066	16 421 767	-	-	111 439 833
2021	84 379 259	17 099 476	-	-	101 478 736
2022	41 060 254	17 809 679	-	-	58 869 932
2023	16 310 752	18 542 244	-	-	34 852 996
2024	12 750 000	19 334 774	-	-	32 084 774
2025	2 550 000	19 989 852	56 000 000	(127 000 000)	(48 460 148)
2026	-	20 658 622	56 000 000	(61 750 000)	14 908 622
2027	-	21 349 905	56 000 000	(66 500 000)	10 849 905
2028	-	22 105 234	56 000 000	(62 250 000)	15 855 234
2029	-	22 795 674	56 000 000	(64 050 000)	14 745 674
2030	-	23 531 812	56 000 000	(69 400 000)	10 131 812
2031	-	24 302 282	56 000 000	(68 100 000)	12 202 282
2032	-	25 150 866	56 000 000	(68 500 000)	12 650 866
2033	-	25 925 982	56 000 000	(66 500 000)	15 425 982
2034	-	26 752 818	56 000 000	(66 000 000)	16 752 818
2035	-	27 621 574	56 000 000	(68 500 000)	15 121 574
2036	-	28 583 119	56 000 000	(70 700 000)	13 883 119
2037	-	29 465 547	56 000 000	(61 000 000)	24 465 547
2038	-	30 401 758	56 000 000	(75 300 000)	11 101 758
2039	-	6 118 590	-	-	6 118 590
2040	-	-	-	-	-
Σ Total	625 136 250	525 941 424	784 000 000	(996 550 000)	939 527 674
VAL	337 717 146	176 102 561	201 442 882	(261 034 433)	454 228 156

§ 29. Segundo a entidade requerente, a redução de encargos resultará dos seguintes montantes:

Δ CSC - Alterado / CSC - Reformado					
Ano	Disponibilidade	Serviço	Contingentes	Pagamentos à IF	Total
2009	-	-	-	-	-
2010	-	-	-	-	-
2011	-	-	-	-	-
2012	-	-	-	-	-
2013	-	-	-	-	-
2014	(6 101 542)	(392 110)	-	-	(6 493 652)
2015	(31 671 904)	(506 898)	-	-	(32 178 802)
2016	(14 989 738)	(529 588)	-	-	(15 519 327)
2017	(10 726 412)	(550 938)	-	-	(11 277 349)
2018	(11 392 366)	(573 599)	-	-	(11 965 965)
2019	34 825 647	(597 319)	-	-	34 228 329
2020	23 608 164	(623 177)	-	-	22 984 987
2021	14 752 383	(647 429)	-	-	14 104 954
2022	(25 901 382)	(673 194)	-	-	(26 574 575)
2023	(7 173 491)	(700 164)	-	-	(7 873 655)
2024	-	(729 599)	-	-	(729 599)
2025	-	(752 680)	-	-	(752 680)
2026	-	(776 177)	-	-	(776 177)
2027	-	(800 780)	-	-	(800 780)
2028	-	(827 915)	-	-	(827 915)
2029	-	(852 590)	-	-	(852 590)
2030	-	(878 934)	-	-	(878 934)
2031	-	(906 494)	-	-	(906 494)
2032	-	(936 931)	-	-	(936 931)
2033	-	(964 573)	-	-	(964 573)
2034	-	(994 100)	-	-	(994 100)
2035	-	(1 025 052)	-	-	(1 025 052)
2036	-	(1 059 302)	-	-	(1 059 302)
2037	-	(1 090 461)	-	-	(1 090 461)
2038	-	(1 123 818)	-	-	(1 123 818)
2039	-	(226 130)	-	-	(226 130)
2040	-	-	-	-	-
Σ Total	(34 770 639)	(19 739 952)	-	-	(54 510 591)
VAL	(25 470 960)	(6 646 454)	-	-	(32 117 413)

§ 30. No Relatório Final da Comissão de Negociação, de 8-1-2021, destaca-se que:

«O resultado da renegociação da PPP descrita neste Relatório acarreta para a IP uma redução significativa e, do nosso ponto de vista, inquestionável dos encargos futuros que irá suportar com esta Subconcessão. Nesse contexto, em concreto, as alterações contratuais a outorgar na sequência do processo negocial aqui em causa consubstanciam uma modificação objetiva a contrato visado, por redução de objeto (eliminação por impossibilidade superveniente da construção da ER 377-2), mas implicam uma redução dos encargos financeiros e/ou das responsabilidades financeiras originalmente contratualizadas pelo parceiro público; de igual modo, não consubstanciam modificações substanciais do objeto do contrato inicial, razão pela qual, como referido, admitimos que o Tribunal de Contas vir a concluir que o Acordo de Aditamento, incluindo o Contrato de Subconcessão Alterado não está sujeito a fiscalização prévia ou mesmo rejeitar a apreciação do contrato em sede de fiscalização prévia caso a redução de encargos dele adveniente seja sinalizada.»

II.2. Apreciação jurídica

II.2.1. Sujeição a fiscalização prévia

II.2.2.1 Enquadramento jurídico-processual

§ 31. A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste tribunal 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), 46.º, 47.º e 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

§ 32. A primeira questão processual que se impõe esclarecer reporta-se à existência de um efetivo pedido válido para prolação de decisão do TdC sobre o contrato remetido com o requerimento inicial, matéria sobre a qual se reitera o enquadramento jurídico-processual empreendido no Acórdão n.º 29/2018-26.JUN-1.ªS/SS:

«9 Segundo o princípio do pedido o titular do poder de iniciativa (a entidade subjetivamente sujeita à jurisdição do TdC com o poder / dever de impulso da fiscalização prévia) não pode ser substituída por outro interveniente, 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 Contas, aprovada ao abrigo dos artigos 77.º, n.º 1, alínea b), e 81.º, n.º 1, da LOPTC.

10 O princípio do pedido em sede de fiscalização prévia constitui a concretização de um programa processual que conforma a margem de ação e repartição de responsabilidades dos intervenientes, existindo uma componente de jurisdicionalidade que determina um específico *iter* no qual são reconhecíveis e analiticamente autonomizáveis a interposição do requerimento, a apreciação dos pressupostos processuais sobre o âmbito subjetivo e objetivo da competência material de fiscalização prévia, e, em face do pedido e juízo positivo sobre aqueles pressupostos, o controlo do mérito do ato ou contrato em sede de decisão judicial final cujo objeto é delimitado pelo pedido.

11 Neste quadro, 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.

12 As entidades abrangidas pela jurisdição do TdC ao apresentarem um requerimento devem assumir uma determinada alegação e valoração (em face da enumeração taxativa do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC) e formular uma pretensão juridicamente concretizada sobre determinado(s) ato(s), remetendo para o efeito 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.

13 O interesse direto no processo de fiscalização prévia que conforma a legitimidade para o requerimento inicial — atentas as disposições conjugadas dos artigos 80.º e 81.º, n.º 1, da LOPTC e artigo 30.º, n.º 1, do CPC — é indissociável do âmbito subjetivo da jurisdição do TdC nesse domínio, delimitado, nomeadamente, pelo artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC.»

- § 33. No plano jurídico-processual, o tribunal não pode apreciar a questão relativa a fiscalização prévia «sem que a resolução lhe seja pedida» e à entidade requerente «cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir» — artigos 3.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.
- § 34. 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 específicas responsabilidades processuais em sede de formulação do requerimento de fiscalização prévia.
- § 35. No quadro específico do processo de fiscalização prévia, o ónus do requerente em muitos casos pode ser satisfeito, no essencial, com a submissão do instrumento submetido a fiscalização o que, por si só, pode ser suficiente para a respetiva qualificação jurídica em face do âmbito objetivo da fiscalização estabelecido no artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC.
- § 36. Contudo, os ónus do requerente em sede de impulso processual já se apresentam reforçados quando a causa de pedir se reporte a um ato ou contrato que para preencher o âmbito objetivo da fiscalização prévia depende de factualidade pretérita cuja enunciação constitui *conditio sine qua non* para se poder considerar que estão preenchidos os factos essenciais que constituem a aludida causa de pedir.
- § 37. Isto é, quando os pressupostos processuais enquanto condições necessárias para a prolação de uma decisão de mérito compreendem um ou mais elementos exógenos ao texto contratual, afigura-se necessária a indicação de todos os factos juridicamente relevantes para o preenchimento desses pressupostos.
- § 38. É o que sucede quando a situação se apresenta enquadrada pela alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, em que o âmbito objetivo da fiscalização prévia depende do 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.

§ 39. Segundo o requerimento inicial da IP e todas as intervenções processuais dessa entidade não se preenchia o pressuposto de nenhuma alínea do artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC, o que constitui *conditio sine qua non* para uma decisão de mérito de fiscalização prévia, pois o instrumento não se apresenta enquadrável na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º introduzida em 2011, por não compreender aumento de encargos relativamente ao *contrato modificado* —nem na alínea *e*) desse artigo relativa à modificação de contratos não visados —, nem na previsão da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC por, alegadamente, manter o núcleo do *contrato modificado* (*supra* §§ 2 a 7, 27 a 30).

II.2.2.2 Apreciação do requerimento no caso concreto

§ 40. Subjacente a todas as alíneas do artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC encontra-se o estabelecimento de um elenco taxativo de instrumentos (atos e contratos) que delimitam o âmbito objetivo da fiscalização prévia (cf. § 12 do Acórdão n.º 29/2018-26.JUN-1.ªS/SS) conjugado com aspetos particulares reportados ao âmbito subjetivo, o qual estando estabelecido em termos genéricos no artigo 5.º, n.º 1, alínea *c*), da LOPTC pode sofrer recortes reportados a alguns atos e contratos, como sucede com os *instrumentos geradores de dívida pública*.

§ 41. Afigura-se evidente que o instrumento submetido não preenche a previsão da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC (vd. por todos a jurisprudência do Plenário da 1.ª Secção do Tribunal sobre a matéria, estabelecida no Acórdão 11/2019-9.ABR-1.ªS/PL).

§ 42. A eventual sujeição do instrumento objeto do requerimento inicial a fiscalização prévia apenas poderia ser suscitada enquanto o mesmo pudesse ser integrado no elenco de atos e contratos relativos a *instrumentos geradores de despesa pública* (artigo 46.º, n.º 1, alíneas *b*) a *e*), da LOPTC), em particular, previstos:

a. No artigo 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC, norma relativa a *contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa* quando reduzidos a escrito por força da lei — sendo o visto dispensado no caso de contratos que fiquem abaixo do limiar fixado no artigo 48.º, n.º 1, da LOPTC 750.000 € — para um enquadramento histórico do regime de dispensa de fiscalização prévia vd. §§ 35 a 44 do Acórdão 18/2021-7.JUL-1.ªS/PL;

b. Na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, em que o âmbito objetivo da fiscalização prévia depende do preenchimento de dois requisitos cumulativos acima referidos (*supra* §§ 36 a 39).

§ 43. O conceito de modificação de contrato envolve dimensões relativas às categorias jurídicas de direito interno — podendo ter de se atender, de acordo com a legislação atual e consoante os casos, ao disposto nos artigos 311.º a 315.º e 339.º a 342.º do Código de Contratos Públicos (CCP) — interpretado em conformidade com o direito da União Europeia, atentos os princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

§ 44. Acrescente-se que alguma flexibilidade reconhecida no direito da União Europeia no quadro da execução de contratos de longa consideração, reporta-se a situações verificadas nessa execução e não à legitimação de vícios originários da contratação, como aliás resulta evidente no considerando n.º 76 da Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão: «as autoridades e entidades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram a concessão, em especial quando a sua execução abrange um maior período de tempo. Nesses casos, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar a concessão a essas circunstâncias sem um novo procedimento de adjudicação. O conceito de

circunstâncias imprevisíveis refere-se a circunstâncias que não podiam ter sido previstas, apesar de a autoridade ou entidade contratante ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível. Contudo, este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global da concessão, por exemplo, substituindo as obras a realizar ou os serviços a fornecer por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de concessão, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado».

- § 45. Em abstrato, a realização de um *acordo* relativo a um anterior contrato público pode ter uma multiplicidade de enquadramentos, designadamente, constituir *modificação objetiva de contrato* [artigo 311.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)], ser reportado a *trabalhos a mais* ou *complementares* (artigo 370.º do CCP) eventualmente qualificáveis ou não como *erros e omissões* (artigo 376.º do CCP), bem como ser consequência de *reposição do equilíbrio financeiro* do contrato (para o que carece de ser enquadrado nos artigos 282.º ou 354.º do CCP).
- § 46. Os regimes indicados refletem-se na fiscalização pelo TdC, pois são sujeitos a fiscalização prévia atos enquadráveis no regime geral sobre *modificação objetiva de contrato* (cf. artigo 46.º, n.º 1, alíneas *d*) e *e*), da LOPTC), mas, determinados factos relativos a regimes especiais de modificações de contratos ou outras questões sobre execução de contratos visados são apenas suscetíveis de *fiscalização concomitante* — v.g. artigos 47.º, n.º 1, alínea *d*), e 49.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC — ou de fiscalização sucessiva — cf. artigo 50.º, n.º 1, da LOPTC.
- § 47. Na exposição de motivos da proposta de lei n.º 17/XII, que deu origem à alteração da LOPTC operada pela Lei n.º 61/2011, informava-se que o articulado, nomeadamente, previa «que os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas passem a estar sujeitos a visto prévio ou declaração de conformidade do Tribunal de Contas, sempre que impliquem um agravamento significativo dos encargos ou responsabilidades financeiras do Estado Português».
- § 48. Em sintonia, no n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC da proposta de lei constava uma nova alínea com o seguinte teor: «Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras, sempre que, somados ao valor de anteriores modificações, excedam em 15% o valor do contrato visado»;
- § 49. O trecho final — sempre que, somados ao valor de anteriores modificações, excedam em 15% o valor do contrato visado — veio a ser eliminado por proposta conjunta das bancadas da então maioria PSD e CDS-PP, na sequência de audição dos então Presidente, Vice-Presidente e Diretor-Geral do TdC em 7-10-2011 .
- § 50. Concluindo: a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC é o resultado de um programa de ampliação da competência de fiscalização prévia passando a poder abranger algumas meras modificações objetivas de contratos visados.
- § 51. No caso presente, o designado «Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão do Baixo Tejo e respetivos Anexos» de acordo com a alegação do requerente envolve duas vertentes que, no plano analítico, podem ser distinguidas para efeitos de se apreciar a sujeição a fiscalização prévia do instrumento objeto do presente processo:
- a. Um acordo sobre *reposição do equilíbrio financeiro* do contrato;
 - b. Uma *modificação objetiva do contrato*.
- § 52. O instrumento remetido tem uma vertente relativa a alteração adveniente de a Declaração de Impacte Ambiental (DIA), válida antes do concurso para lançamento da subconcessão, ter

sido anulada, por sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada, em 7 maio de 2012, que terá transitado em julgado, em junho de 2012, em razão de ter sido rejeitado, por extemporaneidade, o recurso jurisdicional interposto pela antecessora da IP (a EP, S.A.).

- § 53. A Subconcessionária apresentou, em junho de 2019, um pedido de reposição do equilíbrio económico e financeiro do contrato, com fundamento na impossibilidade objetiva de cumprimento das suas obrigações contratuais quanto à construção da ER577-2.
- § 54. O regime de fiscalização prévia previsto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC apresenta-se reportado à *modificação objetiva de contrato* prevista no artigo 311.º do CCP e por referência ao conteúdo obrigacional do contrato, enquanto o regime legal da *reposição do equilíbrio financeiro* do contrato (estabelecido no artigo 282.º do CCP) pode ser reportado a contingências na execução do contrato.
- § 55. Pelo que, na parte relativa a reposição de equilíbrio financeiro falta o primeiro dos requisitos previstos na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC pois o ato ou contrato não formaliza modificação objetiva de contrato, enquanto ato enquadrável na execução do contrato inicial determinado por uma vicissitude do mesmo.
- § 56. Contudo, de acordo com a alegação reiterada do requerente, o instrumento submetido a fiscalização prévia, não se limita a essa vertente e compreende alterações resultantes das negociações com o parceiro privado integradoras também de uma modificação objetiva do contrato.
- § 57. Relativamente à componente essencial em que o aditamento se apresenta qualificado como modificação objetiva de contrato visado, o mesmo só estaria sujeito a fiscalização prévia se dele resultasse aumento de encargos, não se verificando tal facto (*supra* §§ 36 a 39), o aditamento não estará sujeito a fiscalização prévia, face ao estabelecido na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.
- § 58. Os pressupostos processuais para uma decisão do TdC sobre a suscetibilidade de um ato ser sujeito a fiscalização prévia apresentam-se distintos dos reportados a uma decisão de mérito sobre a concessão de visto, campo em que se deve atender, ainda, aos princípios da cooperação, boa-fé processual e adequação formal estabelecidos nos artigos 7.º, n.º 1, 8.º e 547.º do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.
- § 59. No universo específico da fiscalização prévia se um requerimento inicial invoca como causa de pedir um instrumento insuscetível de ser sujeito a fiscalização prévia à 1.ª Secção do TdC está vedada a apreciação de mérito sobre a respetiva legalidade.
- § 60. Acrescente-se que a norma do artigo 46.º da LOPTC também constitui uma norma sobre competência material pelo que tendo por referência a causa de pedir assumida no requerimento a decisão sobre não sujeição a fiscalização prévia impunha-se, ainda, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 3.º, 5.º, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

II.2.1. Sujeição a fiscalização concomitante e sucessiva

- § 61. Em sede de fiscalização concomitante e sucessiva as relações subjacentes aos instrumentos contratuais podem ser objeto de indagações significativamente mais abrangentes, através de iniciativas probatórias desenvolvidas com meios próprios do TdC — artigos 46.º, n.º 1, al. *b*), 49.º, n.º 1, al. *b*) (*a contrario sensu*), 50.º, n.º 1, 51.º, n.º 1, al. *o*), 52.º, n.º 4, 54.º, n.º 1, e 55.º, n.º 1, da LOPTC —, quadro complementado pela alocação de recursos humanos e materiais para essas auditorias no âmbito da 2.ª Secção do TdC, com um espectro funcional consideravelmente mais amplo do que o da fiscalização prévia.

- § 62. Desenvolvimento de indagações oficiosas, em sede de fiscalização concomitante e/ou sucessiva, em que além de contratos objeto de pedido de visto, se pode, nomeadamente, investigar acordos com hipotéticas relações funcionais com aqueles e mesmo a inadmissibilidade de pagamentos relativos aos mesmos.
- § 63. No caso concreto, o ato submetido reporta-se a uma figura de acordo que não é subsumível em nenhuma das indicadas na lei como suscetíveis de fiscalização concomitante pela 1.ª Secção do TdC (artigos 47.º, n.º 1, alínea *d*), e 49.º, n.º 1, alínea *a*), da LOPTC).
- § 64. Fiscalização concomitante e/ou sucessiva que pode ser oficiosamente determinada pelo TdC (artigo 46.º, n.º 4, da LOPTC), pelo que, a fiscalização prévia não obsta à realização de auditorias pelo tribunal que abranjam atos ou contratos visados (ou atos que não tenham dado origem a qualquer processo de fiscalização prévia ou pelo menos a uma apreciação de mérito nessa sede).
- § 65. Em síntese, a inadmissibilidade legal de uma decisão de mérito em processo de fiscalização prévia não obsta a que o instrumento contratual em questão deva ser objeto de apreciação pelo TdC em sede de fiscalização concomitante e sucessiva — tanto na parte relativa à *reposição do equilíbrio financeiro* acordada, como na vertente que integra uma *modificação objetiva de contrato*, como ainda, quanto a todos os aspetos relevantes no plano financeiro em sede de execução contratual (incluindo pagamentos) e controlo da mesma, como ainda, eventuais acordos contemporâneos, precedentes ou supervenientes ao instrumento objeto do requerimento inicial.
- § 66. Fiscalização concomitante e/ou sucessiva em que se pode empreender a avaliação das questões de legalidade do acordo remetido como ainda de todas as decisões com impacto financeiro, controlo dos gastos públicos e conformação com os deveres legais de economia, eficácia e eficiência, e, de uma forma geral, da efetividade do cumprimento dos deveres do ente público.
- § 67. No caso concreto, existem motivos para se entender que estão reunidos um conjunto de fatores relevantes para apreciação pela 2.ª Secção do TdC, daí impor-se a respetiva comunicação conforme já foi preconizado em anteriores decisões da 1.ª secção do TdC.

III. Decisão

Em face do exposto, em sessão diária de visto, decide-se:

- 1- Indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia do instrumento objeto do requerimento inicial, de acordo com a alegação e dados probatórios apresentados pelo requerente, foi apresentado como uma modificação objetiva de contrato que não implicando agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras, como exigido pela alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), nem sendo suscetível de enquadramento em nenhuma das outras alíneas do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, não está sujeito a fiscalização prévia, atentas, ainda, as disposições dos artigos 5.º, alínea *c*), e 80.º da LOPTC conjugadas com as dos artigos 3.º, 5.º, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.
- 2- Consequentemente, não apreciar para efeitos de visto prévio o instrumento submetido.
- 3- Determinar o envio à área VII da 2.ª Secção do TdC da presente decisão e do relatório do DECOP.

*

Sem emolumentos.

Comunique-se (DN).

Publique-se, imediatamente a seguir à notificação do requerente, no sítio eletrónico do TdC, devendo ser publicitado nos «atos do Tribunal» apresentados na página inicial. DN.

Lisboa, 20 de julho de 2021

O Juiz Relator,

(Paulo Dá Mesquita)

O Juiz Adjunto,

(Nuno Ribeiro Coelho)