

Processo de fiscalização prévia n.º 0409/2024

1.ª Secção do Tribunal de Contas

DECISÃO

I. Questões de legalidade suscitadas

1. A Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I.P. (ARSLVT) submeteu a fiscalização prévia o contrato de gestão do complexo hospitalar do Hospital de Lisboa Oriental em regime de parceria público-privada, outorgado em 02/02/2024, com o cocontratante HLO - Sociedade Gestora do Edifício, S.A., com um prazo de vigência de 30 anos, prorrogável até ao limite máximo de 24 meses, após o visto ou declaração de conformidade deste Tribunal de Contas (TdC).

Este mesmo contrato veio a ser objeto de devoluções subsequentes, por este TdC, para esclarecimento de diversas questões legais, formulação de adendas ou prática de atos necessários, sendo que na sequência veio a ser apresentada uma minuta aprovada de “clarificações de redação no Contrato de Gestão”,

Posteriormente, a entidade fiscalizada veio juntar aos autos o despacho do Ministro de Estado e das Finanças e da Ministra da Saúde, datado de 22.04.2024, que aprova a minuta do contrato e delega na entidade fiscalizada a competência para a representação do Estado Português na outorga da adenda, bem como, a adenda ao contrato outorgada e a deliberação do Conselho Diretivo da ARSLVT, I.P., com a designação do gestor do contrato.

Também após resposta dessa entidade o valor do contrato foi apontado em € 832.298.035,65, correspondente ao montante da despesa (sem IVA), a preços correntes, e em € 257.711.750,20, concernente ao valor global líquido, descrito na alteração contratual minutada como “preço contratual”.

Na Sessão Diária de Visto de 06/05/2024, o tribunal ordenou uma última devolução para exercício de contraditório quanto às questões ali suscitadas, tendo a entidade fiscalizada apresentado resposta em 20/05/2024, através do requerimento n.º 1424/2024, devidamente ponderada na presente decisão.

Chegados a este momento, como sabemos, há que decidir pela não concessão ou pela concessão de visto, com ou sem recomendações ou advertências, sabido que, para além de outras questões, este processo suscita uma questão mais incisiva de legalidade deste contrato, nomeadamente a propósito dos ajustamentos ao seu conteúdo já no final do procedimento pré-contratual, no que respeita ao seu financiamento, modelo remuneratório, com previsão de adiantamento de preço inicialmente não previsto.

No despacho devolutivo antecedente já se deixou enquadrada a matéria relevante respeitante a esta **alteração do modelo da parceria no tocante ao financiamento, decidida pela entidade fiscalizada, já no final do procedimento pré-contratual em sede de ajustamentos à minuta do contrato.**

Consideremos, em primeiro lugar, o regime jurídico-legal aplicável a esta contratação.

2. As parcerias público-privadas (PPP's) devem observar o regime jurídico consagrado no Decreto-Lei (DL) n.º 111/2012, de 23 de maio, o qual, conforme estipula o seu Art.º 3.º, prevalece sobre

quaisquer outras normas, gerais ou especiais, relativas a parcerias, tal como referidas no Art.º 2.º do mesmo diploma.

Estando em causa uma parceria em saúde em regime de gestão e financiamento privados, é-lhe igualmente ainda aplicável o disposto no DL n.º 185/2002, de 20 de agosto, em tudo o que não tenha sido alterado pelo DL n.º 111/2012, de 23 de maio, que constituiu a primeira iniciativa legislativa, de carácter transversal.

De referir que este DL n.º 185/2002 veio a ser revogado pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, que aprovou a Lei de Bases da Saúde, revogação, porém, condicionada à entrada em vigor de legislação de desenvolvimento que define os termos da gestão pública dos estabelecimentos do SNS, de acordo com a mencionada Base 6, através do Decreto-Lei n.º 23/2020, de 22 de maio, o qual, no entanto, se aplica às parcerias cujo processo, nos termos do Art.º 9.º do DL n.º 111/2012, de 23 de maio, se tenha iniciado depois da sua entrada em vigor, que teve lugar em 23/05/2020.

No caso, este contrato de gestão assume-se como instrumento de regulação jurídica da parceria, tal qual se encontra previsto no Art.º 2.º, n.º 4, alínea e), do DL n.º 111/2012, e no Art.º 8.º do DL n.º 185/2002, o qual, no específico âmbito de parcerias em saúde, “tem por objeto principal assegurar as prestações de saúde promotoras, preventivas ou terapêuticas, correspondentes ao serviço público de saúde através de um estabelecimento de saúde, ou parte funcionalmente autónoma, integrado ou a integrar no Serviço Nacional de Saúde”.

Refira-se, no entanto, que, na presente situação, não constitui objeto da concessão a exploração, pela “Entidade Gestora do Edifício”, do “Edifício Hospitalar” – que será assegurada, após a “Conclusão da Instalação do Edifício Hospitalar” por uma entidade pública a designar pelo Ministério da Saúde (“Entidade Gestora do Hospital”) –, mas apenas o aí descrito “Complexo Hospitalar”.

O contrato em apreço configura, assim, uma parceria público-privada, na modalidade de contrato de gestão, na aceção do Art.º 2.º, n.ºs 1, e 4, alínea e), do mencionado DL n.º 111/2012, mediante a qual uma entidade privada/parceiro privado – o concessionário HLO - Sociedade Gestora do Edifício, S.A. – se obriga, de forma duradoura, por um período de 30 anos, eventualmente prorrogável até ao limite de 24 meses, perante um parceiro público, no caso, o Estado Português, através da Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I.P. (concedente), a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva (a gestão do “Complexo Hospitalar”, enquanto conjunto de bens a que se refere o n.º 1 da cláusula 11.ª, do futuro Hospital de Lisboa Oriental), em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

Trata-se de um contrato de gestão, em regime de parceria público-privada, para conceção, construção, financiamento, conservação e exploração de um complexo hospitalar (Hospital de Lisboa Oriental), na modalidade apontada no Art.º 8.º, n.º 2, do pretérito DL 185/2002, de 20/8.

Finalizado o procedimento decorrente da aplicação do DL n.º 111/2012, de 23 de maio e tendo-se concluído pelas vantagens da adoção do modelo de parceria público-privada, face a outros modelos tradicionais de contratação, além da definição do custo público comparado (CPC), deu-se início a um novo procedimento pré-contratual, para a formação do contrato de parceria, que teria de observar o regime previsto no Código dos Contratos Públicos (CCP). De salientar, no entanto, que os pressupostos em que assentou a decisão de adoção do modelo de PPP permanecem e condicionam o próprio procedimento pré-contratual (concurso público) e o seu desfecho, nos termos dos Art.ºs 14.º a 18.º do aludido DL n.º 111/2012, de 23 de maio, na sua atual redação.

Sobre o regime jurídico-legal a que deve estar sujeita esta contratação específica, inserida na categoria das parcerias público-privadas, no cruzamento entre os âmbitos de aplicação do CCP (enquanto regime geral da contratação pública), e do regime jurídico das PPP's (Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio), consulte-se Miguel Assis Raimundo, “Regime de formação de contratos de

concessão - a articulação entre o CCP e o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23.05)”, in Revista de Contratos Públicos, N.º 25 (Janeiro 2021), pp. 11-21.

Assim, diz o mesmo autor neste artigo, a pp. 16-17, que “os vários regimes de PPP têm-se apresentado sempre, até aqui, como “regimes de cúpula”, e isto em vários sentidos: na previsão de um regime geral que pressupõe e permite regimes sectoriais (como o da Saúde), e na circunstância de o(s) sucessivos RJPPP se concentrarem em aspetos específicos e limitados, quer do ponto de vista procedimental, quer do ponto de vista institucional e organizatório. Torna-se evidente que estes regimes não se propõem regular todas as matérias, quer em termos de procedimento de formação, quer em termos de regime substantivo, dos contratos que configuram uma PPP. Na verdade, o RJPPP torna bem visível esse seu carácter circunscrito, com uma norma geral de remissão direta para o CCP, em matéria de procedimentos pré-contratuais (artigo 15.º, n.º 1)”.

Sendo que neste mesmo Art.º 15.º, n.º 1, do citado DL n.º 111/2012, de 23 de Maio, se desenvolve a disciplina normativa do lançamento da parceria com o seguinte dispositivo:

“Artigo 15.º

Procedimento aplicável

1 - A escolha do procedimento para a formação do contrato de parceria deve observar o regime previsto no Código dos Contratos Públicos.

2 - No procedimento pode ser autonomizada a componente de financiamento, com respeito pelos princípios aplicáveis à contratação pública, caso em que deve indicar-se na documentação do procedimento, designadamente, a taxa global de custo de capital alheio a considerar, o nível de fundos próprios exigidos e a maturidade e composição dos fundos alheios, bem como o respetivo serviço da dívida.

3 - Os elementos a que se refere o número anterior, quando aplicáveis, servem de referência para efeitos de avaliação das propostas”.

3. Assim, em cumprimento do CCP, o contrato em causa foi precedido de procedimento de concurso público, com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, nos termos do disposto no Art.º 20.º, n.º 1, alínea a) do CCP, tendo presente a data da decisão de contratar (27/11/2017) e que, conforme o disposto no Art.º 12.º, n.º 1 do DL 111-B/2017, de 31 de agosto, as alterações aí previstas só são aplicáveis “aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor”, a qual teve lugar em 01/01/2018, conforme seu Art.º 13.º.

De acordo com o Art.º 18.º, n.ºs 1 e 2 do programa do concurso, e Anexo 9 ao mesmo, o critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, densificado pelos fatores “Qualidade” e “Preço”, com as ponderações de 60% e 40%, respetivamente, incluindo o primeiro, os subfactores de avaliação das propostas enunciados supra, na sinopse do procedimento.

Ainda, e com enquadramento no Art.º 149.º do CCP, foi adotada uma fase de negociação que incidiu sobre todos os atributos das propostas, conforme artigos 24.º a 26.º do programa do concurso.

Após a análise e aplicação do critério de adjudicação estabelecido no artigo 18.º, e Anexo 9, do programa do concurso, o júri elaborou o primeiro relatório preliminar, datado de 23/07/2020, no qual fundamentou as razões por que propôs a exclusão de 5 das 8 propostas apresentadas.

Os fundamentos de exclusão das propostas, relacionados com a violação do valor da remuneração base estabelecida no artigo 11.º do programa do concurso e na cláusula 76.ª do caderno de encargos, ou com a incompletude das propostas em elementos que configurariam atributos das mesmas, como seja quanto à indicação do “valor global atual líquido esperado dos pagamentos a efetuar pela Entidade Pública Contratante à Entidade Gestora do Edifício ao abrigo do Contrato de Gestão”, não suscita dúvidas de legalidade, em face das causas de exclusão previstas nos Art.ºs 70.º, n.º 2, alínea d), e 146.º, n.º 2, alínea d), do mesmo CCP.

De acordo com o previsto no artigo 20.º do programa do concurso, eram selecionados para a fase de negociação das propostas os concorrentes “cuja proposta (fossem) ordenadas nos 2 (dois)

primeiros lugares” ou “cujas propostas (fossem) ordenadas nos 3 (três) primeiros lugares (usualmente denominada “short list”) caso a proposta ordenada em terceiro lugar apresentasse, em termos de pontuação global, uma distância de menos de 1,5% para a proposta ordenada em segundo lugar”, considerando “a ordenação das propostas apresentadas decorrente da aplicação do critério de adjudicação e do critério de desempate previstos no artigo 18.º”.

Assim sendo, e tendo em consideração que a proposta n.º 8, ordenada em terceiro lugar, apresentava, em termos de pontuação global, uma distância de 7,2% face à proposta n.º 7, ordenada em 2.º lugar, resultou que fossem selecionados para a fase de negociação os concorrentes n.ºs 5 e 7, cujas propostas se encontravam ordenadas, respetivamente, nos 1.º e 2.º lugares.

Uma vez notificado aquele relatório aos concorrentes, para efeitos de audiência prévia, foram apresentadas pronúncias pelos concorrentes n.ºs 5, 7 e 8.

No primeiro relatório final, datado de 15/04/2021, e na sequência da ponderação das pronúncias apresentadas e da consequente reanálise e reavaliação das propostas, o júri alterou as pontuações parciais das propostas, mantendo, no entanto, todas as demais propostas e as conclusões do primeiro relatório preliminar.

Após o termo da fase de negociação, que decorreu entre 10 de maio e 16 de junho de 2021, os concorrentes foram notificados para apresentarem as versões finais das suas propostas, as quais vieram ambas a ser admitidas em sede da elaboração do segundo relatório preliminar, em 10/02/2022.

No âmbito deste relatório, e resultante da avaliação das propostas finais apresentadas pelos concorrentes n.ºs 5 e 7, o júri propôs que as propostas fossem ordenadas da seguinte forma:

1. Proposta apresentada pelo Concorrente n.º 7;
 2. Proposta apresentada pelo Concorrente n.º 5,
- bem como que fosse adjudicada a proposta apresentada pelo concorrente n.º 7.

Por sua vez, no segundo relatório final de análise e avaliação das propostas, datado de 06/07/2022, o júri ponderou as pronúncias apresentadas pelos concorrentes n.ºs 5 e 7, em sede de audiência prévia ao segundo relatório preliminar, e deliberou considerar improcedentes as pretensões formuladas pelos concorrentes, quer de reponderação da avaliação atribuída à sua proposta, quer da classificação atribuída à versão final da proposta do outro concorrente, quer ainda de exclusão da outra proposta (no caso da pronúncia do concorrente n.º 5) e, por conseguinte, manter a ordenação das propostas e propor a adjudicação da proposta apresentada pelo concorrente n.º 7.

Esta adjudicação, assim como a aprovação da minuta do contrato, veio a acontecer entre 18/7/2022 e 31/1/2024.

4. Entretanto, na sequência da decisão de execução do Conselho Europeu veio a ser atribuída pela Estrutura da Missão Recuperar Portugal uma contribuição financeira no valor máximo de € 100.000.000,00 a este projeto de construção do complexo do Hospital Lisboa Oriental.

Ora, da análise do processo constatou-se que na sequência dessa atribuição, após negociações, foram introduzidos ajustamentos ao conteúdo do contrato decorrentes da afetação de apoio financeiro do PRR à construção do Complexo Hospitalar, no montante máximo de 100.000.000,00€, que colocaram dúvidas sobre o facto de terem supostamente conduzido a uma alteração do modelo financeiro da concessão, no sentido da sua suposta flexibilização em termos preponderantes e sem que tenha sido permitido a potenciais interessados, nem aos concorrentes preteridos, ajustar as propostas em conformidade com essa aparente significativa alteração.

Razão pela qual a entidade fiscalizada foi interpelada a justificar como considerava que são suscetíveis de se manter os pressupostos da decisão de contratar, particularmente no que se refere à repartição de responsabilidades entre parceiros público e privado do financiamento da atividade contratada, tendo por referência os termos do caderno de encargos submetidos à concorrência e,

atendendo, nomeadamente, ao disposto no Art.º 18.º, n.º 3 do identificado Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, e nos Art.ºs 79.º, n.º 1, e 99.º, ambos do CCP.

Questionando-se se os mesmos ajustamentos previstos não teriam como consequência a redução do financiamento das atividades objeto da concessão, inicialmente a cargo do concessionário na sua totalidade, e, nessa medida, constituiriam uma alteração/modificação objetiva ou substantiva das obrigações contratuais das partes, da matriz de risco do contrato e do próprio modelo financeiro da parceria, em relação ao que foi posto inicialmente a concurso, sendo certo que se trata de aspeto não submetido à concorrência de todo o universo concorrencial.

5. Ora, quando se fala de alteração do equilíbrio económico do contrato de gestão aqui em causa, modalidade de parceria público-privada, terá de adequar-se à própria natureza desse contrato, definido pelo Art.º 2.º, n.º 1, do mesmo DL 111/2012 de 23/5, como aquele contrato ou a união de contratos “por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”.

A partilha de riscos obedece a um princípio de clareza e integralidade da sua enunciação, tal como se pode concluir do disposto no Art.º 7.º do mesmo diploma, que, nos seus vários números, estatui o seguinte:

“1 - A partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados deve estar claramente identificada contratualmente e obedece às seguintes regras:

a) Os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos;

b) O estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado;

c) A criação de riscos que não tenham adequada e fundamentada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes deve ser evitada;

d) O risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado.

2 - Os contratos devem incluir um anexo com a matriz de riscos, em formato de tabela ou outro de natureza semelhante, donde conste uma descrição sumária daqueles, que permita a clara identificação da tipologia de riscos assumidos por cada um dos parceiros”.

A preparação, o estudo, a avaliação das propostas e o lançamento da parceria que antecede a adjudicação terá de obedecer, nos termos do disposto nos Art.ºs 8.º a 14.º deste DL 111/2012, a uma especial preparação do ponto de vista técnico e procedimental, sendo que o lançamento da parceria, como decisão, é baseada num relatório fundamentado onde devem constar, a quantificação, designadamente, dos encargos brutos, diretos e indiretos, para o setor público, bem como o impacto potencial dos riscos, direta ou indiretamente, afetos ao setor público, além dos seguintes elementos:

a) O programa do procedimento;

b) O caderno de encargos;

c) A composição do júri do procedimento;

d) A análise das opções que determinaram a configuração do projeto;

e) A descrição do projeto e do seu modo de financiamento;

f) A demonstração do seu interesse público;

g) A justificação da opção pelo modelo de parceria;

h) A demonstração da comportabilidade e do impacto dos encargos e riscos decorrentes da parceria em função da programação financeira plurianual do setor público administrativo;

i) A declaração de impacto ambiental, quando exigível nos termos da lei aplicável (assim, tal como decorre do vertido nos n.ºs 2 e 4 do Art.º 14.º do mesmo DL 111/2012).

Depois, tal como se poder retirar expressamente do Art.º 15.º, n.ºs 2 e 3, do mesmo DL 111/2012, a obediência aos princípios da contratação pública no que respeita à componente de

financiamento deve estar expressa no procedimento (taxa global de custo do capital alheio, fundos próprios exigidos e composição dos fundos alheios) e servir de referência para efeitos de avaliação das propostas.

A *ratio* dos citados normativos prende-se, assim, por um lado, com a necessidade de acautelar que a parceria constitui o instrumento jurídico que melhor salvaguarda a economia e o acréscimo de eficiência na gestão dos recursos públicos face a outros modelos de contratação e, por outro lado, o procedimento da parceria não venha a sofrer quaisquer vicissitudes, na fase procedimental pré-contratual, com implicações, quer no objeto da parceria, quer financeiros, refletidos nas propostas dos concorrentes e que subverteram, a final, os termos inicialmente definidos.

6. Nesse enquadramento, dificilmente uma alteração relevante e subsequente dos riscos de financiamento para a entidade gestora (adjudicatária) pode ser assumida sem que a mesma não possa ser considerada como uma violação do procedimento de adjudicação.

Isto é, mesmo que estejam previstos alguns ajustamentos do conteúdo do contrato de parceria a celebrar, estes nunca poderão implicar a violação dos parâmetros base fixados no caderno de encargos nem a violação dos aspetos de execução desse mesmo contrato não submetidos à concorrência – assim, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do Art.º 99.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Pergunta-se, pois, se uma injeção de 100 milhões de euros por parte do Estado, em financiamento público proveniente de fundos europeus (PRR), podem ser acomodados neste contrato, já após a fase concorrencial, e mediante a esta figura dos ajustamentos.

Será que se deve tomar como lícita este reajustamento do modelo financeiro, com recurso às cláusulas destacadas pela entidade fiscalizada e que se encontrariam já previstas no caderno de encargos, e que vieram, aqui, a ser objeto de ajustamentos?

Ora, após abertura de contraditório e análise da equação contratual aqui em causa, não obstante as dúvidas suscetíveis, suscitam uma resposta positiva relativa à licitude desta alteração, tomando como horizonte os seguintes pressupostos:

- a cláusula 9.ª do contrato inicial (CE) previa, desde logo, a possibilidade de futuramente haver financiamento comunitário disponível, pelo que todos os concorrentes estavam avisados disso;

- o ponto 6o da matriz de risco também previa um risco partilhado entre entidade adjudicante e entidade gestora em face da eventual existência de financiamento comunitário; e

- da análise dos modelos financeiros e da vasta documentação dos autos não se pode concluir por uma efetiva alteração substancial do contrato.

Assim, recorde-se que no Anexo 24 ao contrato constam as condições de utilização dos fundos do PRR e aí se diz o seguinte:

“i. no Anexo:

3. Condições de atribuição do financiamento

A Entidade Pública Contratante aloca à construção do Complexo Hospitalar o valor máximo definido de 100.000.000,00 € (cem milhões de euros), que será por esta pago à Entidade Gestora do Edifício, nos termos e condições previstos no Contrato de Gestão e neste Anexo, assegurando a manutenção e plena implementação dos Fundos PRR, bem como o cumprimento dos referidos documentos, durante a vigência das obrigações previstas no presente anexo, salvo em situações que, nos termos do Contrato de Gestão ou do presente anexo, sejam imputáveis à Entidade Gestora do Edifício.

A taxa de financiamento a conceder à operação relativa à construção do edifício do Hospital de Lisboa Oriental é de 100% do valor global elegível, até ao limite máximo definido de 100.000.000,00 € (cem milhões de euros). Considera-se o valor global elegível a soma dos valores das despesas consideradas elegíveis, nos termos do ponto anterior. Os apoios a conceder assumem a modalidade de adiantamento e de reembolso de custos elegíveis efetivamente incorridos e pagos pela Entidade Gestora do Edifício ao Empreiteiro.

(...)

5. Metodologia de pagamento do apoio financeiro à Entidade Gestora do Edifício

Os pagamentos do apoio financeiro à Entidade Gestora do Edifício são processados de acordo com a seguinte sequência:

a) Processamento de um primeiro pagamento a título de adiantamento, com o início de produção de efeitos do Contrato, de 23% do valor de 100.000.000,00 € (cem milhões de euros);

b) Processamento de pagamentos, a título de reembolso, de despesas incorridas e pagas com a realização dos trabalhos de construção das partes do Edifício Hospitalar supra identificadas e mediante apresentação das faturas emitidas pelo Empreiteiro, acompanhadas dos respetivos autos de medição devidamente validados pela Fiscalização;

c) Processamento de um último pagamento, a título de saldo final, em sede de encerramento da operação, confirmando a execução dos trabalhos nos termos contratados”.

ii. no Apêndice B:

7. Condições de operacionalização do investimento

Conforme supra indicado, o presente investimento destina-se ao reforço dos serviços do SNS, sendo um programa estruturado de atribuição de apoios financeiros ao Beneficiário Final nos termos do Contrato de Gestão.

Os montantes recebidos pelo Beneficiário Final que sejam disponibilizados ao seu cocontratante que assume a qualidade de Entidade Gestora do Edifício, provenientes deste apoio financeiro PRR, serão utilizados de acordo com as exigências previstas na legislação ou regulamentação que lhes forem aplicáveis e terão sempre como objetivo último, a redução do esforço financeiro cometido ao Estado no âmbito do Contrato de Gestão do Hospital Oriental de Lisboa.

Nesse sentido, o valor da remuneração base anual a pagar pelo Estado será reduzido de forma a assegurar, em qualquer caso, a não ocorrência de qualquer benefício ou prejuízo para a Entidade Gestora do Edifício”.

Esta previsão das regras de utilização contratualizadas entre a entidade que gere os fundos do PRR e a entidade fiscalizada foi clara ao garantir que aqueles mesmos fundos só podiam ser utilizados se se mantivesse o equilíbrio do contrato.

A entidade fiscalizada alega várias vezes nas respostas que apresentou que a atribuição dos fundos do PRR ao Projeto do HLO, no montante total de 100.000.000,00€, se traduz numa menor necessidade de investimento por parte da Entidade Gestora do Edifício, mas também da própria Entidade Pública Contratante, com uma redução nos pagamentos por disponibilidade no montante total de 134.880.000,00€ (ambos os valores constam no Modelo Financeiro, na folha ‘Debt_h’, linhas 1035 e 1038, respetivamente).

Este ponto foi fulcral, porque, confirmado, é a tradução no contrato do que aquele Anexo 24 e Apêndice B impõem como obrigação para a utilização dos fundos: não constituírem nem uma vantagem, nem um prejuízo, para nenhuma das partes do contrato.

Certo que a cláusula 9. do caderno de encargos foi alterada extensivamente na matéria em apreço, pelo que se pode concluir pela evidente comparação entre os respetivos articulados (antes e após a alteração).

Mas, tal como alude agora a entidade fiscalizada, também se poderá concluir que

“(…) todos os ajustamentos introduzidos, salvo aqueles que correspondem à correção de lapsos ou os ajustamentos exigidos para a transformação de uma peça procedimental num contrato, correspondem unicamente aos ajustamentos estritamente necessários para regular a alocação dos fundos PRR e para dar cumprimento ao disposto nos n.ºs 4 e 5 da cláusula 9.ª, que determinam que quaisquer fundos recebidos, direta ou indiretamente, pelo Adjudicatário, têm de ter como objetivo último a redução do esforço financeiro cometido à Entidade Pública Contratante, não podendo resultar daqueles qualquer benefício ou prejuízo para o Adjudicatário, designadamente em termos de TIR.

Nesta medida, não podemos aqui concordar com a conclusão do Tribunal de Contas de que “a cláusula 9. do caderno de encargos foi extensamente alterada na matéria em apreço”. Com efeito, não obstante terem sido acrescentados dois números, estes não são mais do que a concretização dos seus n.os 3 a 5, já constantes do Caderno de Encargos, ou seja, o que está em causa é apenas a concretização de algo que já estava previsto como possível nas peças do procedimento, sem afetar o equilíbrio do contrato, como melhor veremos.

No que concerne ao novo Anexo 24, gostaríamos de salientar que este também não tem qualquer carácter inovatório, visando única e exclusivamente clarificar as normas e o procedimento de atribuição dos fundos comunitários, de acordo com a legislação nacional e comunitária aplicável à sua atribuição, conforme já previsto na cláusula 9.ª, n.º 4, do Caderno de Encargos. Note-se que, sem essas regras, não seria possível operacionalizar a atribuição desses fundos e daí retirar os consequentes benefícios para o projeto e para a Entidade Pública Contratante. Aliás, na elaboração do mesmo, houve o estrito cuidado de não permitir qualquer alteração às demais regras concursadas, nomeadamente no que respeita à matriz de risco”.

Por outro lado, no que respeita à aludida alteração substantiva, sempre se poderá concluir, como faz a entidade fiscalizada na sua resposta, que:

“os valores a pagar pela Entidade Pública Contratante à Entidade Gestora do Edifício por via de mobilização de meios oriundos do PRR (cláusula 9.ª, n.º 6, e Anexo 24, ambos do Contrato de Gestão) não consubstanciam, quanto a nós, um verdadeiro adiantamento de preço contratual, mas sim uma alocação de fundos financeiros comunitários, cuja possibilidade já se encontrava consagrada na cláusula 9.ª do Caderno de Encargos. O que vale por dizer que, no presente caso, o pagamento referido por este douto Tribunal como “adiantamento” enquadra-se unicamente no quadro da alocação de fundos comunitários, nos termos exigidos pelas normas do PRR. Ora, estas normas que regulam a alocação desses fundos do PRR têm uma natureza especial e encontram a sua base no Direito da União Europeia (cuja preferência aplicativa face ao Direito Nacional é imposta pelo princípio do primado), como aquelas que resultam do Apêndice 2 do Anexo 24 e desse próprio anexo, assim como da legislação para a qual aqueles documentos remetem, não sendo, por conseguinte, aplicável o 292.º, n.º 1 a 3, do CCP.

Neste sentido, o n.º 4 da cláusula 9.ª do Caderno de Encargos dispõe que quaisquer fundos comunitários “(...) são utilizados de acordo com as exigências previstas na legislação ou regulamentação que lhes forem aplicáveis e/ou com as condições que sejam impostas pela entidade gestora desse apoio (...)” (realce nosso). Ora, de acordo com as regras do PRR só serão elegíveis as despesas especificamente previstas no Contrato e no Contrato de Empreitada, incorridas e pagas correspondentes aos valores a pagar ao Empreiteiro pela Entidade Gestora do Edifício pela construção das partes objeto do PRR até 30 de junho de 2026.

Note-se que enquanto num adiantamento do preço, o que vai ser abatido ao preço estipulado corresponde exatamente ao valor adiantado, no presente caso de alocação de fundos europeus, existe um abatimento aos encargos públicos decorrentes do Contrato.

A haver um processo de adiantamento de preços conforme referido no artigo 292.º do CCP seria da Entidade Gestora do Edifício para o Empreiteiro. É neste contexto, aliás, que o Anexo 24 refere que os apoios de financiamento a conceder assumem a modalidade de adiantamento e de reembolso de custos elegíveis efetivamente incorridos e pagos pela Entidade Gestora do Edifício ao Empreiteiro e não pela Entidade Pública Contratante (...).

7. Termos em que não persistem razões para entender que a mencionada redução do financiamento das atividades objeto da concessão, inicialmente a cargo do adjudicatário na sua totalidade, face às alterações contratuais agora clarificadas, redundaria, na verdade, numa alteração/modificação objetiva das obrigações contratuais das partes, da matriz de risco do contrato e do próprio modelo financeiro da parceria, em relação ao que foi posto inicialmente a concurso.

Ainda assim, persistem razões para a formulação de uma recomendação no sentido da entidade fiscalizada, doravante, vir a prever, de modo mais claro, um mecanismo de alterações contratuais consideradas necessárias para a acomodação de uma linha de financiamento europeu no equilíbrio económico público e privado da parceria em causa, compatível com os princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes, da não discriminação e da obrigação da transparência (cfr. Art.º 1.º-A, n.º 1, do CCP) que subjazem ao princípio da estabilidade ou da imodificabilidade das peças procedimentais da contratação pública (cfr. Art.º 79.º, n.º 1, al. d), do mesmo CCP).

8. Entre as demais questões analisadas, temos um alegado **incumprimento das prescrições técnico-legais do comportamento sísmoresistente do complexo hospitalar a construir, objeto deste contrato de gestão.**

Realça-se, ainda, tal como já resulta do relatório inicial, que foi criado o Processo de Denúncia n.º 60/2024 – apenso ao presente processo e remetido ao DFP pela Comunicação Interna n.º 346/2024 - ST - DAP, de 26/02/2024, sendo requerentes/participantes do mesmo, vários professores universitários na área da Engenharia Civil, e que a matéria denunciada está relacionada, essencialmente, com a alegada violação de prescrições técnico-legais de comportamento sísmoresistente de Edifícios Hospitalares.

Segundo a mesma denúncia, o projeto da HLO aqui em presença, viola as *leges artis* da construção anti-sísmica uma vez que não prevê o isolamento de base contra sismos, contraria as especificações técnicas para o comportamento sísmo-resistente de edifícios hospitalares adotado pelo Ministério da Saúde em 2007 e revisto em 2020, caracteriza-se por um insustentável risco económico devido à ausência desse mesmo sistema de isolamento de base e, finalmente, não tem em linha de conta a experiência internacional neste domínio.

Note-se que esta matéria foi incluída num pedido de esclarecimentos mais abrangente em sede de devolução, tendo a entidade respondido inicialmente e agora, por último, juntando um parecer com esclarecimentos subscrito pelos quatro subscritores das Especificações Técnicas ACSS ET 05/2007 (V. 2020)(Especificações Técnicas para o Comportamento Sísmo-Resistente de Edifícios Hospitalares¹), nessa qualidade, e como professores universitários do Instituto Superior Técnico, da Universidade de Lisboa.

Neste parecer, os mesmos engenheiros concluem da seguinte forma:

“As Normas Portuguesas, Especificações Técnicas ACSS e Recomendação ACSS, a serem observadas no projeto de estruturas e fundações do complexo hospitalar a construir, não obrigam à adoção de solução de isolamento sísmico. Assim, pode afirmar-se que, no que se refere à não utilização de isolamento de base, não há violação das prescrições técnico-legais de comportamento sísmoresistente de edifícios hospitalares.

A não adoção de uma solução de isolamento sísmico no complexo hospitalar a construir não contraria objetivamente as ET 05/2007 (V. 2020) (Especificações Técnicas para o Comportamento Sismo-Resistente de Edifícios Hospitalares), que, embora considere e valorize esse tipo de soluções técnicas, não obriga à sua adoção.

As prescrições técnico-legais a serem observadas no projeto de estruturas e fundações do complexo hospitalar a construir procuram garantir a resistência das estruturas e fundações dos edifícios a uma ação sísmica com um período de retorno da ordem de 1300 anos (consideravelmente superior àquele considerado em estruturas de edifícios correntes) sem colapso local ou global, mantendo a sua integridade estrutural e uma capacidade resistente residual depois do sismo. De igual forma, se impõe o cumprimento do requisito de limitação de danos e operacionalidade para uma ação sísmica de ocorrência menos improvável (período de retorno da ordem de 300 anos), explicitando a verificação de segurança para os elementos construtivos não estruturais, instalações básicas e equipamentos listados. No referente à proteção do património, nomeadamente dos equipamentos, impõem-se verificações que pretendem salvaguardar a integridade dos equipamentos mais onerosos e importantes para a ação sísmica com um período de retorno mais alargado.

O conjunto de normas que obrigatoriamente têm que ser cumpridas no projeto do HLO (Eurocódigos, Especificações Técnicas ET 05/2007 (V. 2020) e Recomendações e Especificações Técnicas para o Edifício Hospitalar), são a garantia de um comportamento sísmico adequado às exigências de desempenho, nomeadamente às exigências de operacionalidade após e durante um sismo. A verificação do cumprimento destas normas só será possível em fase mais avançada do projeto de estruturas e fundações, pelo que se realça a necessidade de garantir um sistema rigoroso e eficaz de monitorização do mesmo projeto, assim como, subsequentemente, da construção e fiscalização da obra”.

Ora, sobre este ponto de não somenos importância procedimental e até social, cumpre referir que não cabe a este TdC, em sede de fiscalização da legalidade, pronunciar-se sobre a adequação técnica de projetos. Mas faz parte da sua competência aplicar as regras e princípios que permitam aferir da legalidade dos contratos submetidos (cfr. Art.º 44.º, n.º 3, als. b) e c), da LOPTC). De entre eles, está o princípio da tutela do interesse financeiro do Estado (Art.º 52.º, n.º 3, al. c) da Lei do enquadramento orçamental - LEO) e o princípio da boa administração, tal como consagrado no Art.º 5.º do Código de Procedimento Administrativo.

Por outro lado, os princípios de contratação pública tal como consagrados no Art.º 1.º-A, n.ºs 1 e 2, do CCP, projetam bem a importância de na formação e na execução dos contratos – e portanto nas fases subsequentes de execução do contrato agora apresentado a visto – as entidades públicas respeitarem os princípios gerais decorrentes da boa administração, da prossecução do interesse público, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como as regras aplicáveis nos domínios técnicos em referência.

Tendo em conta o investimento público, deve estar inequivocamente demonstrado – para este como qualquer outro - que as mais rigorosas técnicas das *legis artis* foram adotadas para a futura construção de uma infraestrutura crítica, como esta, que se manterá em funcionamento durante dezenas de anos e na qual a entidade pública irá instalar equipamentos médicos de grande valor económico e onde irá realizar-se uma atividade pública de tão grande relevância humana e social. Com efeito, é necessário provar que os riscos futuros, previsíveis, que a possam atingir, ou danificar, com isso lesando-se o interesse financeiro público, estão devidamente acautelados.

Há que pensar, muito bem, que as estruturas hospitalares deverão ser sempre as mais resistentes e as mais resilientes justamente para acudir às vítimas de um evento sísmico de larga escala que possa vir a ocorrer na zona metropolitana como Lisboa. Tanto mais que este será o maior Hospital dessa área geográfica, recaindo sobre ele grande parte do socorro às populações em caso de emergência sísmica, tendo por essa razão que ser objeto de especial atenção e cuidado.

Por outro lado, há que garantir, do mesmo modo, a operacionalidade dos edifícios e a efetividade um princípio maximizante da redução dos danos, mesmo os danos provocados em equipamentos instalados tão necessários como aqueles presentes nos hospitais.

No caso concreto, atendendo às elevadas credenciais científicas dos autores da denúncia (14 Professores de engenharia civil e, com especialidade, dentro dela, na matéria científica em questão, de quase todas as Faculdades e institutos públicos do país, v.g., Instituto Superior Técnico, Universidade do Porto, Universidade de Aveiro, Universidade Nova de Lisboa, Universidade de Coimbra), parece evidenciado que tal não sucede e que o projeto não respeitou as *legis artis*, o que significa uma atuação contrária à prudência profissional, violando, ao mesmo tempo, o princípio da boa administração e o princípio da tutela do interesse financeiro do Estado. Atendendo aos bens em jogo, isso representaria uma notória violação do dever de cuidado exigível, em face do princípio da precaução aqui evidenciado.

Não é necessário recorrer a argumentos técnicos fechados e herméticos quando as realidades e os riscos se podem explicar em termos que permitem, no essencial, a sua apreensão.

No caso concreto, recorre-se à explicação, muito clara (de 10 de abril de 2024), do Professor Luís Guerreiro, Professor associado, com agregação no departamento de Engenharia Civil do Instituto Superior Técnico, e presidente Sociedade Portuguesa de Engenharia Sísmica, que foi um dos subscritores do parecer remetido pela entidade em resposta a devolução do tribunal, disponível in: spessismica.pt/wp-content/uploads/2024/04/e07-sismar-com-luis-guerreiro.mp3. (no *site* da Sociedade Portuguesa de Engenharia Sísmica - spesssimica.pt).

Explica, este mesmo Professor, desta forma simples, o sistema de isolamento de base:

“É, portanto, é uma forma de isolar, do ponto de vista do movimento do solo para o edifício. (...) São blocos de borracha, que se formam na horizontal e que na vertical são praticamente rígidos, e, portanto, o edifício quase como que ginga, digamos assim, na horizontal sobre o terreno, fazendo com que o sismo não se sinta dentro do edifício.”

Perante as observações das entrevistadoras (AC e MAF)

AC: Isso parece ser o ideal, não é, para os hospitais.

MAF: Para os hospitais e para infraestruturas críticas, não é? Mas sim, principalmente para os hospitais, porque temos os equipamentos, e as pessoas que estão ligadas a equipamentos, que não é suposto estarem a abanar, não é? E a cair...

Afirma:

LG (Luís Guerreiro): “Exato. Vamos lá ver, no limite seria ideal para qualquer edifício. Agora, como sendo uma coisa mais sofisticada, faz sentido utilizar em edifícios onde é mais necessário, digamos assim. Sobretudo, onde é necessário garantir a operacionalidade após o sismo, ou durante o sismo, mesmo. Portanto, nessa altura, é uma forma de quebrar o movimento do solo para o edifício, e permitir até manter a atividade plena durante a ocorrência de um sismo.”

A entrevista é singela e paradigmática, quanto a nós, da situação que temos entre mãos.

O não acautelamento destes riscos, acima descritos, num país, como o nosso, com um traço geológico tão impressionante na nossa história, não pode ficar a pairar sobre a responsabilidade dos decisores e também sobre quem tem o dever público e constitucional de fiscalização jurisdicional de um contrato com este alcance financeiro e estrutural. Sendo que não parecerá suficiente considerar que este aspeto será de novo analisado na fase de revisão por terceira entidade na fase de elaboração do projeto de execução.

Nesse sentido, este TdC irá conceder o visto, mas com uma firme, incisiva e solene advertência à entidade fiscalizada que está obrigada, dando cumprimento ao princípio da boa administração e ao

princípio da tutela do interesse financeiro do Estado, a incluir no projeto de execução da obra, também, a solução de sistema de isolamento de base, para além de garantir um sistema rigoroso e eficaz de monitorização do projeto de estruturas e fundações, com as mais exigentes *leges artis* aplicáveis, sem prejuízo de um rigoroso cumprimento e fiscalização das HLO (Eurocódigos, Especificações Técnicas ET 05/2007 (V. 2020) e Recomendações e Especificações Técnicas para o Edifício Hospitalar).

II. Assim, em Sessão Diária de Visto, decide-se:

1. Conceder o visto ao contrato de gestão do complexo hospitalar aqui submetido a fiscalização prévia.
2. Recomendar à entidade fiscalizada ao abrigo do disposto no Art.º 44.º, n.º 4, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), que, em futuros procedimentos, vir a prever, de modo mais claro, um mecanismo de alterações contratuais consideradas necessárias para a acomodação de uma linha de financiamento europeu no equilíbrio económico público e privado da parceria em causa, compatível com os princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes, da não discriminação e da obrigação da transparência (cfr. Art.º 1.º-A, n.º 1, do CCP) que subjazem ao princípio da estabilidade ou da imodificabilidade das peças procedimentais da contratação pública (cfr. Art.º 79.º, n.º 1, al. d), do mesmo CCP).
3. Fixar os emolumentos de acordo com o critério previsto na alínea b) do n.º 1 do Art.º 5.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (RJETdC), tomando em linha de conta o valor do contrato posteriormente assumido pela entidade fiscalizada, sendo que não se julga como inconstitucional a conjugação normativa da mesma alínea b) do n.º 1 do Art.º 5.º com o n.º 2 do Art.º 6.º, ambos do mesmo RJETdC, tal como apreciado no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 478/2020 de 1/10, e na Decisão n.º 188/2019 deste Tribunal de Contas, 1.ª Secção, em SDV.

Adverte-se a entidade fiscalizada para a obrigação, dando cumprimento ao princípio da boa administração e ao princípio da tutela do interesse financeiro do Estado, de tudo vir a fazer para integrar no projeto de execução da obra a descrita solução de isolamento sísmico de base, para além da garantia de um sistema rigoroso e eficaz de monitorização do projeto de estruturas e fundações, com as mais exigentes *leges artis* aplicáveis e sem prejuízo do estrito cumprimento e fiscalização das HLO (Eurocódigos, Especificações Técnicas ET 05/2007 (V. 2020) e Recomendações e Especificações Técnicas para o Edifício Hospitalar em causa).

Adverte-se, do mesmo modo, a entidade que o cumprimento dessa obrigação poderá ser objeto de análise, por este mesmo TdC, em sede de fiscalização concomitante ou sucessiva.

Publique-se a presente decisão e comunique-se, o teor da mesma, ao Departamento de Fiscalização Concomitante e Apuramento de Responsabilidade Financeira e à área competente (Saúde) do Departamento de Fiscalização Sucessiva.

DN.

Os Juízes Conselheiros,

Nuno M. P. R. Coelho

Miguel Pestana Vasconcelos