



ACÓRDÃO N° 28 /10 – 03. NOV. 2010 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 13/2010

(Proc. n° 108/2010)

DESCRITORES:

Empresas municipais.
Contratação pública.
Constitucionalidade da fiscalização prévia do Tribunal de Contas.
Contrato administrativo.
Contrato de prestação de serviços.
Modificação do contrato.
Concurso público.
Princípios da publicidade, da igualdade, da transparência e da concorrência.
Nulidade.
Código do Procedimento Administrativo.
Directiva n° 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

SUMÁRIO: I – As empresas municipais estão sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, nos termos do disposto no artigo 2º, n°1, al. c), da Lei n° 98/97, na redacção dada pela Lei n° 48/2006 de 29 de Agosto;

II - Com a alteração efectuada ao artigo 5º, n°1, al. c) da Lei n° 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC) pela Lei n° 48/2006, foi objectivo do legislador - e constituiu finalidade da norma – abranger, na submissão a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, entidades que, formalmente, se enquadram no n°2, do artigo 2º da LOPTC, como é o caso das empresas municipais, e que, de outro modo, se eximiriam a tal forma de fiscalização;



- III – O exercício da fiscalização prévia a contratos celebrados pelas empresas municipais, decorrente da aplicação dos artigos 5º, nº1, al.c), 44º, nº3, 46º, nº1, al. b) e 47º, nº1, al. a), todos da LOPTC, não viola os princípios da separação de poderes, da legalidade, da eficiência e do desenvolvimento do sector público, previstos nos artigos 111º, 203º e 214º da Constituição da República Portuguesa.
- IV – O contrato de prestação de serviços de recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos, celebrado em 1996, entre o Município de Sintra e um consórcio de empresas, atento o seu objecto e o conteúdo das respectivas cláusulas, deve qualificar-se como um contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública, o qual reveste a natureza de contrato administrativo, nos termos do artigo 178º, nº2, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), disposição em vigor à data da sua outorga.
- V - A uma modificação unilateral das prestações do contrato referido no ponto anterior, efectuada antes da entrada em vigor do DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, era aplicável o artigo 180º do CPA, que possibilitava tal alteração, por iniciativa do Município de Sintra, desde que respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro.
- VI – Não consubstancia uma mera alteração do prazo do contrato referido no ponto IV, – mas, ao invés, a celebração de um contrato novo - um instrumento contratual que, relativamente ao objecto daquele contrato, tem as seguintes estipulações contratuais distintivas:
- Tem em vista substituir o sistema de recolha de resíduos sólidos de recolha traseira, por um sistema de recolha lateral robotizado, com implantação de contentorização de grande capacidade;
 - Altera o prazo contratual de 48 meses, renováveis por igual período, para um prazo contratual de 96 meses, renováveis por igual período;
 - Tem em vista substituir contentores de recolha de resíduos sólidos com capacidade para 800 e 1000



litros, por contentores novos, de carga lateral, com capacidade para 3.200 litros;

- Tem em vista substituir contentores de recolha selectiva com capacidade para 2.500 litros, por outros, novos, de carga lateral e com capacidade para 3.200 litros;
- A alteração de processos, bem como a substituição dos equipamentos antigos – designadamente camiões - por equipamentos novos, implicam um avultado investimento.

VII – Ao instrumento contratual referido no ponto anterior, dado ter sido obtido por acordo das partes, e não por acção unilateral do Município de Sintra, não é aplicável o disposto no artigo 180º do CPA, apesar de ter sido celebrado antes da revogação deste normativo pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro.

VIII – A celebração do instrumento contratual mencionado no ponto VI deveria ter sido precedida de um procedimento pré-contratual que acautelasse os princípios da legalidade, da publicidade, da transparência e da concorrência, inerentes à contratação pública.

IX – Atento o valor do instrumento contratual submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, – largamente superior ao limiar estabelecido na al. b), do artigo 7º, da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, na redacção dada pelo Regulamento (CE) nº 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro, em vigor à data da outorga daquele instrumento - e tendo ainda em conta o disposto nos artigos 87º, nº2, 191º, nº1, al. a) e 194º, nº1 do DL nº 197/99 de 8 de Junho, tal instrumento deveria ter sido antecedido da realização de um concurso público, com publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*.

X – A omissão de concurso público, quando obrigatório, implica a nulidade da adjudicação e do contrato, nos termos dos



Tribunal de Contas

artigos 133º, nº1 e 185º, nº1, ambos do Código do Procedimento Administrativo.

XI – A desconformidade dos contratos e outros instrumentos geradores de despesa, com as leis em vigor, que implique a existência de nulidade, é fundamento da recusa de visto, de harmonia com o disposto no artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



ACÓRDÃO Nº28 /10 – 03.NOV. 2010 - 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 13/2010

(Proc. nº 108/2010)

Acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1ª Secção:

I – RELATÓRIO

1. Recorreu a “**HPEM – Higiene Pública, EEM**” (adiante também designada por **HPEM**) do Acórdão nº 20/10, de 1 de Junho de 2010, da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, que recusou o visto a um instrumento de alteração ao contrato de “Recolha e Transporte de Resíduos Sólidos Urbanos produzidos nas áreas das freguesias de Agualva-Cacém e Queluz”, existente entre o Município de Sintra e a sociedade “SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, SA”.

Tal decisão foi proferida com base no disposto no artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, e, em síntese, com os seguintes fundamentos:

- a) O instrumento contratual, submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, envolve uma modificação substancial a uma das condições essenciais do contrato anteriormente celebrado;
- b) Em face disto, tal instrumento contratual consubstancia, na prática, a adjudicação de um novo contrato, que deveria ter sido precedida da realização do procedimento pré-contratual adequado;
- c) No caso presente, atento o valor contratual e o disposto nos artigos 1º, nºs 2, al. d) e 9, 7º, al. b), 35º, nº2 e 36º, categoria 16 do Anexo II-A e Anexo VIII, da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, na redacção dada pelo Regulamento (CE) nº 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007 e, ainda, nos artigos 191º,



nº1, al. b), 194º, nº1 e 87º, nº2, todos do DL nº 197/99 de 8 de Junho, seria obrigatória a realização de um concurso público, com publicação no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, o que não aconteceu;

- d) A ausência de concurso público, quando obrigatório, como era o caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA).
- e) A nulidade transmite-se ao instrumento contratual celebrado, nos termos do nº1, do artigo 185º, do mesmo CPA e é fundamento de recusa de visto nos termos do artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

2. Nas suas alegações, a “HPEM – Higiene Pública, EEM” formulou as seguintes conclusões:

- “I. O presente recurso é interposto do douto Acórdão nº 20/10, de 1 de Junho de 2010 em que se decidiu recusar o visto ao instrumento de alteração ao Contrato nº 85/96, de 23 de Outubro.*
- II. Para nós, e antes de mais, o Tribunal de Contas não tem competência para fiscalizar previamente o presente instrumento de alteração da Recorrente e, mesmo que assim não se entendesse, sempre deveria ser concedido o visto.*
- III. Neste sentido, veja-se ainda o Parecer do Mestre em Direito Mário Melo Rocha, bem como o Parecer do Dr. José Paulo Correia de Matos, juntos aos autos e que se dão por integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais e processuais.*
- IV. A não consideração da sua incompetência tem como consequência nefasta a violação do princípio constitucional da separação de poderes, da legalidade e do princípio do desenvolvimento do sector público, provocando uma inconstitucionalidade da decisão recorrida, que poderia ter sido evitada.*



V. *A evolução do direito financeiro português, nesta parte, tem sido constante no aprofundamento do poder de fiscalização sobre as empresas públicas, mas com prevalência dos poderes de fiscalização concomitante e sucessiva, em detrimento do poder de fiscalização prévia.*

VI. *Toda e qualquer empresa pública é criada com um fim e um objecto públicos, que, caso o Estado não tivesse optado pela empresarialização, seriam realizados pela respectiva Administração Pública, enquadrando-se, ultima ratio, num sentido amplo de “funções administrativas”.*

VII. *A ratio da norma de competência de visto tem por isso necessariamente de ser outra, pois, se não o for, então todas as empresas municipais estarão submetidas a esse tipo de fiscalização, o que não era desejado pelo legislador.*

Neste contexto, bem se vê tendo sido tomada a opção política depois concretizada pelo legislador, de isentar de visto prévio determinados tipos de actos, contratos e títulos – art. 47º da LOPTC – praticados pelas empresas municipais, não pode o Tribunal de Contas interpretar esta norma no sentido de diminuir o seu âmbito de aplicação, através da qualificação indevida de instrumentos contratuais adicionais como novas adjudicações, frustrando a aplicação da isenção aí prevista.

VIII. *Tal situação provoca uma disfuncionalidade económica prejudicial à empresa municipal que destrói a sua eficiência e provoca perturbações de gestão que inutilizam a vantagem da sua transformação em empresa. Se era para ficarem sujeitas às mesmas restrições de actividade que os demais serviços públicos integrados na Administração Pública, então não valia a pena terem sido sujeitas à transformação societária.*

IX. *Com a ampliação da interpretação da sua competência de fiscalização prévia, o Tribunal de Contas está a violar o princípio da separação de poderes tal como ele se encontra concretizado na Constituição e a violar o comando constitucional que o sujeita à lei, além de estar a prejudicar o sector público em detrimento de outros sectores sociais económicos.*



- X. *O Tribunal de Contas põe em causa os objectivos constitucionais que constituem incumbências prioritárias do Estado, de zelar pela eficiência do sector público e de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantindo a equilibrada concorrência entre empresas.*
- XI. *Ora, tendo sido tomada a opção política depois concretizada pelo legislador, de não submeter a fiscalização prévia todos os contratos, actos e títulos, designadamente os contratos adicionais, não pode o Tribunal de Contas interpretar esta norma de competência no sentido de frustrar o seu âmbito de aplicação.*
- XII. *Ou seja, a única opção que não viola a Constituição é uma interpretação restritiva da norma de competência. A norma não permite ao intérprete preenchê-la como bem entenda ou simplesmente gorar a sua aplicação.*
- XIII. *Em síntese, a norma que determina a isenção de visto prévio de determinados contratos, actos ou títulos expressamente previstos – art. 47º/1 LOPTC -, conjugada com as normas de competência dos arts. 44º/3/a) e 46º/1/b) LOPTC, na interpretação feita pelo Tribunal de Contas, são inconstitucionais por violação do princípio da separação de poderes, do princípio da legalidade e do princípio da eficiência e do desenvolvimento do sector público consagrados nos artigos 111º, 203º, 82º, nº1 e 214º da Constituição.*
- XIV. *Sucedo que, mesmo em caso de competência do Tribunal para a apreciação do presente instrumento de alteração em sede de visto prévio, este deveria ser concedido, por inexistência de qualquer ilegalidade ou pelo menos por a actuação da HPEM ter sido lícita ao abrigo da lei aplicável e dos Princípios Gerais de Direito a que deve obediência, face às circunstâncias do caso concreto.*
- XV. *Trata-se, de resto, do mesmo entendimento que consta do Parecer do Professor Doutor Sérvulo Correia e Dr. João Amaral e Almeida, no Parecer do Mestre em Direito Mário Melo Rocha, bem como no Parecer do Dr. José Paulo Correia de Matos, juntos*



aos autos, e que se dão integralmente por reproduzidos para todos os efeitos legais e processuais.

XVI. Deve ainda ser tido em conta que a actuação da HPEM não lesou os dinheiros públicos, pelo contrário da sua actuação resultaram evidentes benefícios para os cidadãos e para os contribuintes.

XVII. Com efeito, em primeiro lugar, não é verdade que o instrumento de alteração consubstancia uma modificação substancial das condições de realização das prestações contratuais e não há nenhuma prova disso.

XVIII. Salvo o devido respeito – e é verdadeiramente muito – não podemos, pois, concordar com este entendimento.

XIX. Trata-se de uma mera alteração do prazo contratual, pelo que a afirmação do Tribunal de Contas de que são substancialmente alteradas as características, capacidade e tipologia do equipamento de recolha através do mesmo, não tem no clausulado do instrumento de alteração contratual correspondência verbal, pelo que, como é evidente, não pode estar na base da relação causal estabelecida por esse douto Tribunal para justificar a ínsita violação dos limites à modificação vertidos no art. 180º/a do CPA.

XX. Acresce que tal afirmação resulta, antes sim, do enquadramento e qualificação jurídica efectuada pelos venerandos Juízes Conselheiros – que muito se respeitam – relativamente aos considerandos tecidos na acta da reunião do Conselho de Administração da HPEM, de 26 de Junho de 2008, da proposta apresentada pela SUMA e do preâmbulo do instrumento de alteração (cfr. Ac. nº 20/10 – 1.Jun – 1ª S/SS, Dos factos, parágrafo p), a fols.3).

XXI. Entende esse douto Tribunal que tais considerandos – os quais dão nota de uma mera ocorrência normal com referência à execução do contrato – promovem uma alteração das circunstâncias, capacidade e tipologia do equipamento de recolha, em violação dos parâmetros de análise das propostas e



de escolha do adjudicatário no procedimento concursal que antecedeu a celebração do contrato.

XXII. Ora, não se concebe que a mera actualização de equipamentos pelo adjudicatário, efectuada em prol da satisfação mais eficiente do interesse público subjacente à execução do contrato em referência, determine in casu uma violação dos parâmetros de análise das propostas e de escolha da adjudicatária no procedimento concursal que antecedeu a celebração do contrato.

XXIII. Isto porque o Programa de Concurso não fixou qualquer critério específico de análise das propostas, muito menos um critério que determinasse que a escolha do adjudicatário se encontrava, total ou parcialmente, dependente das características, capacidade e tipologia do equipamento de recolha proposto.

XXIV. Por seu turno, o Caderno de Encargos também não contém qualquer disposição que fixe os meios a empreender para a execução do contrato ou restrinja a actualização de tais meios.

XXV. E também não tem fundamento na motivação do Júri que conduziu à escolha do adjudicatário no caso sub judice, i. e. aos pressupostos de adjudicação que conduziram à celebração do contrato em causa, vertida no relatório de apreciação de propostas deste concurso (v. relatório de apreciação de propostas relativas ao concurso público nº 1/94 – D. H. P.).

XXVI. Salvo o devido respeito, que é muito, de todo o procedimento apenas resulta a tese contrária aquela vertida no douto aresto em apreciação, no sentido da plena admissibilidade da actuação da HPEM neste particular.

XXVII. Deve aliás ser dito que a actualização dos meios utilizados pela adjudicatária, que apenas constitui um considerando do presente instrumento de alteração, não apenas não põe em causa os pressupostos que conduziram à adjudicação da sua proposta como promove a confirmação desses pressupostos à luz das exigências formuladas nas peças do procedimento.



XXVIII. Os equipamentos propostos pelo adjudicatário em sede de actualização, preenchem inteiramente as premissas estabelecidas no Caderno de Encargos, sendo, fundamentalmente, mais sofisticados, mais silenciosos, menos poluentes, mais modernos e com menor impacto visual, em sùmula, correspondem a uma acrescida possibilidade (actualmente) dos serviços prestados às populações.

XXIX. Finalmente, cumpre referir ainda que não existe qualquer economia financeira para o adjudicatário, mantendo-se na íntegra os preços contratuais.

XXX. Neste sentido, o instrumento de alteração, que estritamente procede à prorrogação do prazo de vigência, promove um reequilíbrio financeiro do contrato, por melhoria na execução das prestações, em benefício do ambiente e qualidade de vida das populações (especialmente de noite).

XXXI. Pelo que, - salvo o devido respeito, que é muito, não pode, com base no instrumento contratual em causa, considerar-se procedente a existência de uma modificação substancial das prestações contratuais, nem uma melhoria das condições económicas para o co-contratante, o que releva, e muito, em defesa da manutenção dos pressupostos que conduziram à celebração do contrato, e pela qual entendemos que inexistente qualquer acto de adjudicação inovatório, substitutivo ou complementar do inicialmente praticado, pondo assim em crise o entendimento expandido no aresto em apreciação.

Mas cumpre ainda referir o seguinte, em particular, relativamente à invocada inadmissibilidade da prorrogação do prazo contratual que, no entendimento do TC, conduz igualmente a uma modificação substancial do contrato inicial.

XXXII. Em primeiro lugar, sublinhe-se que não pode considerar-se in casu que as peças do procedimento – Programa do Concurso e Caderno de Encargos – constituam qualquer restrição à alteração do prazo contratual, antes pelo contrário.



XXXIII. *A título de conclusões e sem prejuízo do exposto no corpo das presentes alegações, veja-se, em especial, o que se diz na alínea a) do artigo 16º do Caderno de Encargos,*

“Os concorrentes deverão apresentar preço mensal discriminado para cada uma das Freguesias e também preço mensal global considerando as duas Freguesias em conjunto, tendo em conta as seguintes hipóteses:

1º: Período contratual de 12 meses.

2º: Período contratual de 24 meses.

*3º: **Período contratual de 48 meses ou superior**”.*

XXXIV. *O preceito não pode ser mais claro, em sentido contrário ao entendimento contrário ao expandido no douto aresto em apreciação.*

XXXV. *Em segundo lugar, cumpre explicitar que em sede de análise das propostas neste concurso, o prazo contratual não constitui critério de adjudicação, tendo apenas sido aferidos os seguintes factores:*

“a) Experiência comprovada no âmbito dos trabalhos previstos no presente concurso.

b) Capacidade e aptidão técnica para a sua execução.

c) Curriculum dos concorrentes.

d) Preço e demais condições financeiras.”

(v. relatório de apreciação de propostas relativas ao concurso público nº 1/94 – D.H.P.).

XXXVI. *Em terceiro lugar, importa não esquecer o que o clausulado inicial do contrato e que foi oportunamente visado pelo TC em 1996, permite a renovação do contrato pelo período de execução contratual,*

*“O contrato tem um período de duração de 48 meses, **renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar por escrito, até 6 meses antes do seu termo.**”*

XXXVII. *Pode assim concluir-se, com referência às peças procedimentais e ao próprio contrato, pelo menos, que*

- foi expressamente previsto um período contratual de 48 meses ou superior;



- *é inequívoco que o prazo contratual não constituiu um parâmetro de análise das propostas;*
- *foi expressamente previsto que o contrato é renovável por iguais períodos contratuais.*

XXXVIII. Com efeito as peças procedimentais são inequívocas no sentido de estabelecerem a possibilidade de o período contratual ser superior a 48 meses, contanto tal se justifique face ao interesse público subjacente à execução do contrato em causa, admitindo, ademais, a sua renovação em função do prazo contratual.

XXXIX. Acresce ainda que, como sabemos, o concurso público que conduziu à escolha do adjudicatário e, conseqüentemente, à celebração, em 23 de Outubro de 1996, do contrato número 85/96, referente à prestação de serviços – recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos nas áreas das freguesias de Agualva-Cacém e Queluz, encontrava suporte regulatório nos artigos 2º/1/2/3 e 7º a 9º do Decreto-Lei nº 390/82 de 17 de Setembro.

XL. Como também sabemos, o interesse do legislador nacional na regulamentação específica e detalhada do regime substantivo dos contratos administrativos quanto aos contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços é recente, pelo que, à data da celebração do contrato, tinham aplicação os dispositivos previstos nos artigos 178º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

XLI. Na verdade, não se suscitando dúvidas que o procedimento foi concluído, com a adjudicação (e a subsequente celebração do contrato), quando ainda se encontrava em vigor o Decreto-Lei nº 390/82, de 17 de Setembro, também não pode ser posto em causa que o regime de execução do contrato em questão se encontra submetido ao preceituado no Capítulo II do Código do Procedimento Administrativo, e não ao CCP de 2008.

XLII. Isto porque, até à aprovação do Código dos Contratos Públicos pelo Decreto-Lei nº 18/2008 de 29 de Janeiro, não existia outro diploma que disciplinasse em especial a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços, e o CCP



delimita a sua aplicação em termos que impedem a sua aplicação ao contrato em causa, dispondo, no artigo 16º/2, que

“2 – O Código dos Contratos Públicos não se aplica a prorrogações, expressas ou tácitas, do prazo de execução das prestações que constituem o objecto de contratos públicos cujo procedimento tenha sido iniciado previamente à data de entrada em vigor daquele.”

XLIII. Neste sentido, é forçoso reconhecer que, estabelecendo o legislador, de forma tão explícita, que o CCP não tem aplicação, não podem aplicar-se as restrições actuais estabelecidas no art. 313º/1.

XLIV. Assim, a decisão proferida carece também de fundamento, por inconstitucionalidade, dos arts. 44º/3/a), 46º/1/b) e 47º/1 da LOPTC, conjugados com o art. 16º/2 do Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro e art. 313º do Código dos Contratos Públicos, se interpretados no sentido de que os contratos celebrados antes de 1996, como é o caso, estão sujeitos aos limites do direito comunitário actual relativos à modificabilidade das suas prestações, das condições e/ou prazo.

XLV. Assim, e em razão do que já tivemos a oportunidade de explicitar, não podemos concordar minimamente que se conclua que,

“o instrumento contratual em análise consubstancia, na prática, a adjudicação de um novo contrato, que deveria ter sido precedida da realização do procedimento pré-contratual adequado.”

XLVI. Neste sentido, consideramos ainda não procedentes as alegações desse douto Tribunal no sentido da inexistência de procedimento pré-contratual adequado, bem como o reenquadramento da questão de competência do TC em sede de fiscalização prévia, no pretexto da existência de um novo contrato administrativo de prestação de serviços.

XLVII. Pelo que, atento o sentido e alcance do instrumento contratual em questão, e sendo certo que, ao que releva, sempre deve ser tido em conta que a actuação da HPEM não lesou os



dinheiros públicos, pelo contrário da sua actuação resultaram evidentes benefícios para os cidadãos e para os contribuintes, sempre deveria ter visado o instrumento de alteração sub judice.

Terminou as suas alegações referindo que o acórdão recorrido deve ser revogado e substituído por outro que considere a incompetência do Tribunal de Contas para apreciação do presente contrato, em sede de fiscalização prévia, ou, subsidiariamente, conceda o visto prévio ao contrato, por inexistirem ilegalidades com repercussões financeiras negativas, ou, ainda subsidiariamente, conceda o visto prévio com as recomendações que forem consideradas necessárias.

3. O Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de que “deverá ser mantida a douta decisão recorrida, já que não assiste qualquer razão à recorrente no recurso apresentado”.

4. Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – MATÉRIA DE FACTO

1. Tendo em conta o disposto no artigo 100º, nº2, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, o que consta da Decisão recorrida e as alegações do recorrente, considera-se assente a seguinte matéria de facto:

- a) Em 1994, o Município de Sintra realizou um *concurso público* para a prestação de serviços de recolha dos resíduos sólidos urbanos produzidos na área das freguesias de Agualva-Cacém e Queluz, do concelho de Sintra, e o seu transporte para a central industrial de tratamento de resíduos sólidos e/ou aterro sanitário adjacente, localizados em Trajouce, concelho de Cascais; ¹

- b) Na sequência desse concurso, o *Município de Sintra* e o consórcio formado pelas empresas “*Mota e C^a.*”, “*Dragados y Construcciones, SA*” e “*Ramalho Rosa, SA*” celebraram, em 23 de Outubro de 1996, um

¹ Cfr. fls. 66 e seguintes do processo.



contrato para a Recolha e Transporte de Resíduos Sólidos Urbanos produzidos nas áreas das freguesias de Agualva-Cacém e Queluz; ²

c) Referia-se nesse contrato:

“O contrato tem o período de duração de 48 meses, renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar por escrito, até 6 meses antes do seu termo”;

d) Esse contrato foi visado por este Tribunal em 26 de Setembro de 1996;

e) Em 31 de Agosto de 1998 foi lavrado um contrato de cessão de posição contratual, através do qual o Consórcio referido cedeu à sociedade *SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, SA.* a sua posição no contrato referido na alínea **b**).

f) Esta cessão foi celebrada com intervenção e autorização da Câmara Municipal de Sintra, que nela também outorgou; ³

g) Em 18 de Março de 1999 foi outorgado um adicional ao contrato referido em **b**), aditando ao mesmo o fornecimento de contentores, a recolha selectiva e a recolha de monstros⁴;

h) Esse contrato adicional foi remetido para fiscalização prévia deste Tribunal, não tendo, no entanto, sido apreciado no prazo legal, pelo que se verificou relativamente a ele a formação de visto tácito;

i) Em 23 de Outubro de 2000 foi efectuada a 1.^a renovação do contrato referido em **b**), por mais 48 meses; ⁵

j) Em 2000, foi criada a empresa municipal *HPEM, Higiene Pública, EM*, para a qual o Município de Sintra transmitiu, em 31 de Outubro de 2000, a sua posição no contrato referido em **b**);

² Cfr. fls. 4 e seguintes dos autos.

³ Cfr. fls. 12 e seguintes do processo.

⁴ Cfr. fls 17 e seguintes.

⁵ Cfr. informação prestada a fls. 50.



Tribunal de Contas

- k) Em 19 de Maio de 2004, a HPEM e a SUMA outorgaram uma alteração ao contrato referido em b), alterando o período de duração do mesmo para 12 meses, renovável por iguais períodos; ⁶
- l) A fundamentação para esta alteração consta da acta da reunião do Conselho de Administração da HPEM, ⁷ de 7 de Abril de 2004, constatando-se que essa alteração foi solicitada pela empresa municipal a fim de proceder à reavaliação global do sistema de recolha de resíduos no concelho e adoptar um novo modelo uniformizado;
- m) Em 23 de Outubro de 2004, 23 de Outubro de 2005, 23 de Outubro de 2006 e 23 de Outubro de 2007, o contrato foi sucessivamente renovado por períodos de 12 meses; ⁸
- n) Em 27 de Junho de 2008, a HPEM e a SUMA outorgaram uma nova alteração à duração do contrato, estabelecendo, desta vez, o seguinte:
“O contrato tem um período de 96 meses, renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar por escrito, até doze meses antes do seu termo”;
- o) Em 26 de Janeiro de 2010, a HPEM remeteu o instrumento contratual relativo a esta alteração ao Tribunal de Contas, sendo este o acto que ora se aprecia;
- p) No entanto, no ofício de remessa, ⁹ a HPEM invoca considerar não existir motivo para novo visto deste Tribunal;
- q) A justificação para a alteração contratual consta, designadamente, da acta da reunião do Conselho de Administração da HPEM de 26 de Junho de 2008, ¹⁰ da proposta apresentada pela SUMA ¹¹ e do preâmbulo do instrumento de alteração;
- r) Nesses documentos invoca-se:

⁶ Vide fls. 53 e 54.

⁷ Cfr. fls. 135.

⁸ Cfr. informação prestada a fls 50.

⁹ Cfr. fls. 1.

¹⁰ Cfr. fls. 132 a 134.

¹¹ Cfr. fls 128 e 129.



- A vontade da HPEM em harmonizar o serviço prestado aos municípios;
- A vontade da HPEM em centrar a sua actividade de recolha no sistema de recolha lateral robotizada em substituição da recolha traseira;
- A implantação, pela HPEM, de contentorização de grande capacidade;
- A anuência da SUMA em alterar o sistema de recolha existente para o preferido pela HPEM;
- O avultado investimento, por parte da SUMA, necessário para a mudança do sistema, traduzido em:
 - Recolha de resíduos sólidos urbanos: substituição dos contentores actuais de 800 e 1.000 litros, por contentores novos de carga lateral com capacidade de 3.200 litros cada;
 - Recolha selectiva: substituição sempre que possível dos contentores actuais “cyclea” de 2.500 litros, por contentores novos de carga lateral com capacidade de 3.200 litros cada, sofrendo o número destes ecopontos a implantar um incremento bastante significativo (um ecoponto junto a cada ponto de recolha de RSU);
 - Introdução de camiões novos de recolha e lavagem de contentores com sistema de carga lateral, para operação da contentorização anteriormente mencionada;
- A indicação, por parte da SUMA, de um período de 8 anos como *“o tempo mínimo necessário para a amortização parcialmente aceitável dos avultados investimentos”* a fazer;
- Que o novo prazo de vigência corresponde à amortização necessária aos investimentos requeridos em novos equipamentos, garantindo assim o princípio do equilíbrio financeiro do contrato;

s) Dos documentos relativos ao concurso público realizado em 1994 ¹² consta que:

¹² Cfr. fls. 66 e seguintes.



- De acordo com o artigo 5.º, alínea a), do Caderno de Encargos, ¹³ *“os trabalhos devem ser efectuados por viaturas apropriadas, apetrechadas com sistema elevatório para contentores normalizados, de dimensões adequadas ao percurso a realizar e em número e com capacidade suficiente para garantir a execução dos circuitos estabelecidos.”*
 - Do critério de adjudicação fez parte a avaliação da capacidade e aptidão técnica dos concorrentes para a execução do contrato; ¹⁴
 - No âmbito deste subcritério foram analisados em pormenor os meios a afectar à execução do contrato, em especial os relativos à tipologia e capacidade das viaturas de recolha a utilizar; ¹⁵
 - Embora tivessem sido pedidos preços para vários cenários de duração contratual, *“de acordo com indicação superior, após análise prévia, apreciaram-se apenas as propostas referentes a um período contratual de 48 meses”*; ¹⁶
- t) O preâmbulo do instrumento de alteração menciona ainda, como justificação para a modificação contratual, a circunstância de *“os valores recentemente contratados em concursos públicos, para prestações de serviços de cariz idêntico, se cifrarem em valores semelhantes aos do contrato vigente”* e *“não se antever portanto mais-valia significativa em recorrer ao mercado”*.

III – O DIREITO

1. Como se referiu acima, e agora se relembra, a Decisão recorrida recusou o visto ao instrumento de alteração do contrato de “Recolha e Transporte de Resíduos Sólidos Urbanos produzidos nas freguesias de Agualva-Cacém e Queluz”, essencialmente, com fundamento em que:

¹³ Cfr. fls. 68.

¹⁴ Cfr. fls. 76.

¹⁵ Cfr. fls 79 e seguintes.

¹⁶ Cfr. relatório de apreciação de propostas, a fls. 76.



Tribunal de Contas

- a) O instrumento contratual submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas envolve uma modificação substancial a uma das condições essenciais do contrato anteriormente celebrado;
- b) Em face disto, tal instrumento contratual consubstancia a adjudicação de um novo contrato, que deveria ter sido precedida da realização do procedimento pré-contratual adequado;
- c) No caso presente, atento o valor contratual e o disposto nos artigos 1º, nºs 2, al. d) e 9, 7º, al. b), 35º, nº2 e 36º, categoria 16 do Anexo II-A e Anexo VIII, da Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, na redacção dada pelo Regulamento (CE) nº 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, e, ainda, nos artigos 191º, nº1, al. b), 194º, nº1 3 87º, nº2, todos do DL nº 197/99 de 8 de Junho, seria obrigatória a realização de um concurso público, com publicação no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, o que não aconteceu;
- d) A ausência de concurso público, quando obrigatório, como era o caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133º do CPA;
- e) A nulidade transmite-se ao instrumento contratual celebrado, nos termos do nº1, do artigo 185º do mesmo CPA e é fundamento de recusa de visto nos termos do artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

2. Para avaliar da justeza – ou não - da Decisão recorrida, importa avaliar os seus fundamentos.

É o que se fará de seguida.

Em primeiro lugar, analisaremos a **questão prévia** levantada pela recorrente, ou seja a eventual incompetência do Tribunal de Contas, para fiscalizar previamente o instrumento de alteração contratual ora em causa.

Diz a HPEM que o Tribunal de Contas não tem competência para fiscalizar previamente o presente instrumento de alteração contratual.



Para tanto e, em síntese, alinha os seguintes argumentos:

- A não se entender pela incompetência do Tribunal de Contas, tal significa que o Tribunal se substitui ao político, ao legislador e ao próprio administrador, invadindo a reserva de poderes própria de cada um, tal como constitucionalmente consagrada;
- A não consideração da sua incompetência, tem como consequência negativa a violação do princípio constitucional da separação de poderes e do princípio do desenvolvimento do sector público, o que seria inconstitucional;
- A evolução do direito financeiro português tem sido constante no aprofundamento do poder de fiscalização sobre as empresas públicas, *maxime* as empresas municipais, mas com prevalência dos poderes de fiscalização concomitante e sucessivo, em detrimento do poder de fiscalização prévia;
- Toda e qualquer empresa pública é criada com um fim e um objecto públicos que, caso o Estado não tivesse optado pela empresarialização, seriam realizados pela Administração Pública, enquadrando-se num sentido amplo de “funções administrativas”;
- Tendo sido opção política, concretizada pelo legislador, a de isentar de visto prévio certos contratos – artigo 47º da LOPTC – praticados por empresas municipais, não pode o Tribunal de Contas interpretar esta norma no sentido de diminuir o seu âmbito de aplicação, através da qualificação indevida de instrumentos contratuais adicionais, como novas adjudicações, frustrando a aplicação da isenção aí prevista;
- Tal situação provoca uma disfuncionalidade económica, prejudicial à empresa municipal, que destrói a sua eficiência e provoca perturbações de gestão, que inutilizam a vantagem da sua transformação em empresa;
- O Tribunal de Contas põe em causa os objectivos constitucionais, que constituem incumbências prioritárias do Estado, de zelar pela eficiência do sector público e de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantindo a equilibrada concorrência entre as empresas;
- A norma que determina a isenção de visto prévio de determinados contratos – artigo 47º, nº1, da LOPTC – conjugada com as normas de competência dos artigos 44º, nº3, al. a) e 46º, nº1, al. b) da mesma LOPTC, na interpretação feita pelo Tribunal de Contas, são inconstitucionais por violação do princípio de separação de



Tribunal de Contas

poderes, do princípio da legalidade e do princípio da eficiência e do desenvolvimento do sector público, consagrados nos artigos 111º, 203º, 82º, nº1, e 214º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

2. 1. Vejamos, então, o regime legal da fiscalização prévia, actualmente em vigor, a fim de avaliar se assiste razão à recorrente, na questão prévia que invocou.

2. 1. 1. O artigo 2º, nº 1, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC) estabelece que estão sujeitos à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, o Estado e seus serviços, as Regiões Autónomas e seus serviços, as autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como as áreas metropolitanas, os institutos públicos e as instituições de segurança social.

Por seu lado, a alínea c), do nº 2, do mesmo normativo,¹⁷ determina que também estão sujeitas àquela jurisdição e àqueles poderes de controlo, as *empresas municipais*.

Deste modo, sendo a recorrente HPEM uma empresa municipal, está a mesma sujeita à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro, por força desta disposição legal.

A Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto, veio introduzir alterações relevantes no que concerne à competência do Tribunal de Contas para o exercício da fiscalização prévia, no âmbito dos poderes de controlo financeiro, especificando as entidades e os actos e contratos incluídos na referida competência e submetidos àquela fiscalização.

Para tanto, modificou a redacção dos artigos 2º, 5º, 46º e 47º, da LOPTC.

Assim, no que respeita ao artigo 2º, deve dizer-se que, na alínea c), do seu nº2, se estabelece que estão sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas as *empresas municipais*, quando, na antiga redacção, se contemplavam as sociedades constituídas nos termos da lei comercial pelo Estado, ou por outras entidades públicas, ou por ambos em associação.

¹⁷ Na redacção dada pela Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto.



Tribunal de Contas

No que se refere ao artigo 5º, da LOPTC, que contém a epígrafe “*Competência material essencial*”, vejamos o que resulta da sua redacção actual, e, designadamente, a alínea c) do seu nº1:

Estabelece agora a alínea c), do nº 1, do artigo 5º, da LOPTC, na sua primeira parte, que estão sujeitos a fiscalização prévia - no que respeita à sua legalidade e cabimento orçamental – *os actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para a entidades referidas no nº 1 do artigo 2º.*

Na segunda parte da mesma alínea c), estipula-se, por seu lado, que também estão sujeitos a fiscalização prévia – igualmente no que toca à sua legalidade e cabimento orçamental – *os actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos ou responsabilidades, das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia.*

No que se refere à *fiscalização prévia*, e à sua incidência, há que atender, ainda, aos artigos 46º e 47º da LOPTC, na redacção introduzida pela citada Lei nº 48/2006 de 29 de Agosto, disposições essas que se articulam com a al. c), do nº1, do citado artigo 5º:

No que para aqui releva, importa dizer que o artigo 46º da LOPTC – com a epígrafe “*Incidência da fiscalização prévia*” - estabelece que estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da alínea c), do nº1, do artigo 5º, os actos e contratos mencionados nas alíneas a), b) e c), do seu nº1, com a concretização/interpretação constante do nº2.

Por seu lado, segundo a alínea a), do nº1, do artigo 47º, da LOPTC, (que tem por epígrafe “*Fiscalização prévia: isenções*”) - também na redacção dada pela mesma Lei nº 48/2006 – excluem-se da sujeição a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, os actos e contratos praticados ou celebrados pelas entidades referidas nos nºs 2 e 3 do artigo 2º, sem prejuízo do disposto na alínea c) do nº1, do artigo 5º.



Tribunal de Contas

2. 1. 2. Para perceber melhor a actual formulação legal, importa efectuar uma breve excursão sobre a história da alínea c), do nº 1, do mencionado artigo 5º, da LOPTC.

A segunda parte desta alínea c), foi, como se disse, introduzida pela Lei nº 48/2006, sendo que tal alteração constava da redacção original da proposta de Lei do Governo nº 73/X, ¹⁸ em cuja exposição de motivos se refere:

“... No que respeita à fiscalização prévia estende-se o seu âmbito a novas entidades que, por não estarem até à data sob a jurisdição do Tribunal, eram frequentemente utilizadas e instrumentalizadas como mecanismo de fuga a estes poderes...”

Na apresentação desta proposta de Lei, na Assembleia da República, o Secretário de Estado do Tesouro e das Finanças referiu também: ¹⁹

“...Clarifica-se o âmbito da fiscalização prévia, face a entidades que apenas formalmente são empresariais, mas que exercem funções de natureza administrativa...”

Como refere o Conselheiro JOÃO FIGUEIREDO, ²⁰ subjacente à alteração legislativa introduzida pela Lei nº 48/2006, estava um movimento de criação de entidades públicas sob diversas formas – designadamente empresariais, associativas e fundacionais – de que resultava a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, dado que, na sua redacção original, a alínea c), do nº1, do artigo 5º, da LOPTC restringia tal fiscalização às entidades mencionadas no nº1, do artigo 2º, da mesma Lei.

Ora, estas novas entidades, assim criadas, passariam a estar, sobretudo, abrangidas pelo nº2 do citado artigo 2º, e, dessa forma, excluídas do âmbito da fiscalização prévia.

¹⁸ Aprovada na generalidade a 23 de Junho de 2006, na especialidade a 18 de Julho do mesmo ano, tendo a votação final global ocorrido a 26 de Julho de 2006. Veja-se, a este propósito o Conselheiro JOÃO FIGUEIREDO, “Contributos para a determinação do âmbito da Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas”, in Revista do Tribunal de Contas, nº 51, Janeiro/Junho, pág.75

¹⁹ Intervenção perante o plenário da Assembleia da República, em 24 de Junho de 2006.

²⁰ In ob. e loc. citis. e que seguiremos de perto, nesta parte.



Tribunal de Contas

Face às consequências que adviriam da criação dessas entidades, no âmbito da legislação em vigor à data, percebem-se, pois, melhor, as razões subjacentes à nova redacção da alínea c), do nº1, do artigo 5º, da LOPTC.

Ora, alude este normativo a:

- *“Entidades de qualquer natureza”*: Devem, assim, incluir-se aqui entidades públicas ou privadas, criadas sob a forma de empresas, associações, fundações, etc.;
- *“Criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas”*: Deve, pois, entender-se que a criação daquelas entidades pode ter sido operada pelo Estado ou por qualquer entidade pública (designadamente, região autónoma, município, etc.) ou pela conjugação de vontades e acções de várias entidades públicas;
- *“Para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública”*: Trata-se do exercício de actividades que estavam anteriormente cometidas ao Estado ou a outras pessoas colectivas públicas, para satisfação de necessidades colectivas;
- *“Com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou”*: Significa que as novas entidades foram instituídas com fundos/encargos suportados por meio de transferências dos orçamentos das entidades que as criaram.
- *“Sempre que daí ²¹ resulte a subtracção... à fiscalização prévia do Tribunal de Contas”*: Deve, com esta expressão, entender-se que a criação das novas entidades, na ausência de nova e adequada norma legal, teria, como efeito necessário, a não sujeição à fiscalização prévia de actos e contratos anteriormente submetidos a tal fiscalização.

Convirá, também, lembrar o que, a este propósito, referiu o Conselheiro LÍDIO DE MAGALHÃES: ²²

“... A inclusão destas entidades é coerente com a crescente preocupação que os administrativistas mostram em relação à necessidade de manter as vinculações de natureza publicística, qualquer que seja a forma organizacional que a actividade

²¹ Quer significar-se “ da criação dessas entidades”.

²² Vide *“A Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas na Lei nº 48/2006”*, in Revista da Administração Local, Julho de 2007.



Tribunal de Contas

administrativa possa utilizar.... De resto seria estranho que o legislador se desinteressasse destas entidades que, circulando na órbita da Administração Pública e consumindo os seus recursos, poderiam, por mecanismos formais, dispor de uma 'liberdade de movimentos' desajustada à proveniência dos seus fundos...".

Do que vem de dizer-se, e por recurso, designadamente, aos elementos histórico e teleológico de interpretação da lei, logo se compreende que foi objectivo do legislador – e constituiu a finalidade da norma – abranger, na submissão à fiscalização prévia, entidades que, formalmente, se enquadram no nº2, do artigo 2º, da LOPTC, como é o caso das *empresas municipais*, e que, de outro modo, se eximiriam a tal forma de fiscalização.

Efectivamente, no que, especificamente, se refere às empresas municipais, estamos perante entidades que foram criadas pelos órgãos dos municípios, com encargos suportados por transferências dos orçamentos destes, para desempenhar funções administrativas que lhes estavam legalmente cometidas, e que, por força desse mecanismo de criação, se subtrairiam à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, no caso de não ser estabelecida norma jurídica que isso previsse.

O legislador, com as alterações que introduziu através da Lei nº 48/2006, não se quis opor à criação destas entidades, provavelmente porque admitiu que essa solução poderia ser útil a uma boa e eficiente gestão pública, em face dos mecanismos de gestão empresarial que iriam ser adoptados, para além de não ser tal diploma legal o instrumento adequado a tratar a matéria.

O que efectivamente quis, foi que os actos e contratos celebrados por tais entidades continuassem a estar sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, como já o estavam no âmbito dos organismos e serviços da Administração Autárquica.

Aliás, bem se entende que estas entidades se devam considerar como enquadradas na al. c) do nº1, do mencionado artigo 5º, da LOPTC:

É que, no desenvolvimento do que atrás se disse, deve salientar-se que os recursos financeiros públicos, que são transferidos para as entidades ora criadas, deixam de figurar no orçamento das entidades criadoras e passam a beneficiar as novas entidades, contribuindo para o seu funcionamento e para as suas actividades.



Tribunal de Contas

Por outro lado, importa referir, ainda, que as novas entidades produzem bens e serviços que não são mercantis e que o seu financiamento continua a assentar, primordialmente, em impostos e taxas, e, por isso, em receitas que não resultam, essencialmente, da produção de bens e da prestação de serviços.

Aliás, e como igualmente salienta o Conselheiro JOÃO FIGUEIREDO,²³ esta posição tem também correspondência com o que é propugnado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,²⁴ acerca da condição do financiamento público, para que uma entidade possa ser considerada como um organismo de direito público, à luz das Directivas n.ºs 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992 e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

2. 1. 3. A dado passo das suas alegações, diz a recorrente que com a ampliação da sua competência de fiscalização prévia, o Tribunal de Contas está a violar o princípio da separação de poderes tal como se encontra concretizado na Constituição e a violar o comando constitucional que o sujeita à lei, para além de estar a prejudicar o sector público em detrimento de outros sectores económicos.

Seria compreensível a preocupação da recorrente com a defesa do sector público.

Porém, a tese que sustenta não é nada consentânea com essa pretensa preocupação:

Efectivamente, anteriormente à criação das empresas municipais, e no domínio do artigo 5.º, n.º1, al. c), da LOPTC, antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2006, nenhum obstáculo jurídico se levantava, quanto à sujeição a fiscalização prévia, dos actos e contratos celebrados pelas autarquias locais.

Não se ousava, então, dizer que, com o exercício da fiscalização prévia, estava o Tribunal de Contas a violar o princípio da separação de poderes ou qualquer comando constitucional com este relacionado.

Ora, com a Lei n.º 48/2006, nenhuma alteração se verificou quanto à natureza jurídica da fiscalização prévia da legalidade e do cabimento orçamental de actos e contratos celebrados por entidades públicas,

²³ In loc. cit. págs. 91 e seg.

²⁴ Cita-se, a propósito o Acórdão de 13 de Dezembro de 2007, no processo n.º C-337/06.



Tribunal de Contas

designadamente no âmbito autárquico, nem quanto ao respeito pelo princípio da separação de poderes ora invocado.

O que se verificou, foi que, como vimos, o legislador entendeu que devia submeter à jurisdição do Tribunal de Contas entidades recém criadas – entidades só formalmente empresariais, pois que exercem funções de natureza administrativa - que eram frequentemente utilizadas como mecanismos de fuga aos poderes de controlo do Tribunal.

Seria, na verdade, estranho que o legislador se desinteressasse de controlar a legalidade e o cabimento orçamental de actos e contratos de entidades que, desenvolvendo a sua actividade na órbita da Administração Pública e consumindo os seus recursos, poderiam, através de mecanismos formais, ter uma liberdade de utilização desses recursos tão ampla quanto desajustada relativamente à sua proveniência.

Um eventual desinteresse do legislador, nessa matéria, é que seria fortemente revelador de pouca preocupação com os dinheiros públicos e de elevada probabilidade de prejuízo para o sector público.

Aliás, e ao contrário do que, incompreensivelmente, sustenta a recorrente, se algo poderia, eventualmente, questionar-se, seria se o legislador teria adoptado todas as providências que, nesta matéria, pudessem salvaguardar a boa utilização dos dinheiros públicos.

Uma vez que o Tribunal de Contas apenas age segundo o disposto na lei, não se vê como pode afirmar-se, ainda, que este órgão de soberania se substitui ao legislador.

A recorrente não concorda é com a solução legislativa encontrada.

Todavia, isso não lhe permite referir que o Tribunal se substitui ao legislador, quando exerce a sua competência no âmbito da fiscalização prévia, de acordo com as opções tomadas pelo ... legislador.

2. 1. 4. Diz a recorrente, também, que a interpretação que o Tribunal de Contas faz dos artigos 47º, nº1, 44º, nº3, al. a) e 46º, nº1, al. b) da LOPTC, conjugados com o artigo 16º, nº2, do DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro e o artigo 313º do CCP, acarreta a inconstitucionalidade daquelas normas, por violação do referido princípio da separação de poderes, bem como dos princípios da legalidade, da eficiência e do desenvolvimento do sector público, consagrados nos artigos 111º, 203º, 82º, nº1 e 214º, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

◇

◇ Ora, nada de menos exacto!



Tribunal de Contas

Por um lado, o Tribunal de Contas é o órgão de soberania, independente, encarregado de fiscalizar a legalidade das despesas públicas e que apenas está sujeito à lei, de harmonia com o que dispõem os artigos 110º, nº1, 203º e 214º, nº1, todos da CRP.

Por outro lado, e como vimos, não está aqui em causa qualquer afrontamento do princípio da separação de poderes, uma vez que o Tribunal de Contas não questionou as atribuições e a organização das autarquias locais, nem a competência dos seus órgãos.

A invocação do artigo 82º, nº1 da CRP, - que estabelece que *é garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção* - como sendo violado por qualquer interpretação feita pelo Tribunal de Contas, só pode dever-se a mero lapso, uma vez que nunca foi posto em causa tal princípio, nem se vislumbra onde possa alicerçar-se tal afirmação.

Além disso, não se vê como é que se pode afirmar – como faz a recorrente – que o Tribunal de Contas, ao fiscalizar previamente a legalidade de actos e contratos, pode ocasionar uma disfuncionalidade económica, prejudicial à empresa municipal, que destrói a sua eficiência e provoca perturbações de gestão.

Não se percebe esta visão tão pessimista!...

Efectivamente só a falta de controlo da legalidade e do cabimento orçamental, é que pode dar azo a abusos intoleráveis – esses sim propícios a gerar perturbação de gestão e violação de princípios básicos como o da legalidade e da concorrência.

Por outra parte, deve dizer-se que o Tribunal de Contas não fez nenhuma interpretação inconstitucional das normas do artigo 47º, nº1, conjugado com os artigos 44º, nº3, al. a) e 46º, nº1, todos da LOPTC.

Na verdade, o que sucedeu foi que o Tribunal de Contas, exercendo a competência que deriva do artigo 5º, nº1, al. c), e tendo em conta o disposto no artigo 46º, nº1, al. b), ambos do citado diploma legal, procedeu à fiscalização prévia do presente instrumento contratual, sem violar qualquer dos princípios apontados pela recorrente.

Finalmente, importa salientar que, no direito financeiro português, não ocorre qualquer prevalência das fiscalizações concomitante e sucessiva, sobre a fiscalização prévia.



Tribunal de Contas

Cada uma destas tem o seu campo de aplicação próprio (vide os artigos 49º e 50º da LOPTC).

O que acontece é que há determinados contratos – e não é a situação aqui em apreço - que estão dispensados da fiscalização prévia e estão submetidos a outro tipo de fiscalização: é o caso dos contratos adicionais (vide o artigo 47º, nºs 1, al. d) e 2, da LOPTC).

O Tribunal de Contas não está aqui a fazer nenhuma interpretação restritiva, ou ampliativa, das normas indicadas pela recorrente, mas apenas a aplicar a lei em vigor, no estrito cumprimento das competências que a lei lhe confere.

Improcede, assim, a questão prévia levantada.

3. Defende a recorrente, por outro lado, que o instrumento contratual, a que se reportam os autos, não consubstancia uma modificação substancial das condições de realização das prestações contratuais, mas antes uma mera alteração do prazo contratual.

Para sustentar esta afirmação, refere a HPEM, em síntese:

- A única alteração promovida ao contrato de prestação de serviços, pelo instrumento aqui em causa, consiste na mera alteração do prazo contratual, dado que o *presente instrumento contratual* tem um período de duração de 96 meses, renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar por escrito, até 12 meses antes do termo, e o *contrato inicial* tem um período de duração de 48 meses, renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar até 6 meses antes do termo;
- O enquadramento efectuado pelo Acórdão recorrido resulta dos considerandos tecidos na Acta da reunião do Conselho de Administração da HPEM, de 26-06-2008, da proposta da SUMA, bem como do preâmbulo do presente instrumento contratual, mas não se concebe que a mera actualização de equipamentos, pelo adjudicatário, para satisfação mais eficiente do interesse público, subjacente à execução do contrato, determine uma violação dos parâmetros de análise das propostas e de escolha da adjudicatária. E isto porque o Programa de Concurso não fixou qualquer critério específico de análise das propostas;



- O instrumento de alteração promove um reequilíbrio financeiro do contrato, por melhoria na execução das prestações, em benefício do ambiente e qualidade de vida das populações, mantendo na íntegra os preços contratuais.

3. 1. Efectivamente, a questão fundamental a resolver no presente recurso é a de saber se a alteração introduzida no contrato se resume a uma modificação do prazo da realização das prestações - e a relevância desta modificação - ou, ao invés, tipifica um novo contrato, desvirtuando o conteúdo da adjudicação anteriormente efectuada.

Antes de enfrentar esta questão, deve referir-se, por um lado, que a recorrente não pôs em causa a matéria de facto dada por assente e, por outro, que a solução jurídica a encontrar, há-de resultar da qualificação dos factos dados por provados.

Importa, pois, ter em conta a factualidade assente no probatório, e designadamente o seguinte:

- Em 23-10-1996 o Município de Sintra celebrou, com o consórcio indicado na alínea **b)** do probatório, um contrato de prestação de serviços de recolha dos resíduos sólidos urbanos produzidos nas freguesias de Agualva-Cacém e Queluz, por um período de 48 meses, renovável por iguais períodos;
- Em 31-08-1998, o citado consórcio cedeu a sua posição contratual à sociedade “SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, SA”;
- Em 31-10-2000, o Município de Sintra cedeu a sua posição contratual à empresa municipal “HPEM – Higiene Pública, EM”;
- Em 19-05-2004, a HPEM e a SUMA outorgaram uma alteração ao contrato acima indicado, alterando o período de duração do mesmo, para 12 meses, renovável por iguais períodos;
 - Após renovações do contrato efectuadas em Outubro de 2004, Outubro de 2005, Outubro de 2006 e Outubro de 2007, a HPEM e a SUMA outorgaram, em 27 de Junho de 2008, uma nova alteração ao contrato, estabelecendo que este tem um período de duração de 96 meses, renovável por iguais períodos;
- A outorga da alteração do contrato de prestação de serviços efectuada pela HPEM e pela SUMA, foi deliberada na reunião do Conselho de



Administração da HPEM havida em 26-06-2008, conforme resulta da Acta respectiva.²⁵

- A deliberação de alteração do citado contrato, tal como consta da dita Acta, fundou-se, essencialmente, nas seguintes razões:
 - Os valores recentemente contratados em concursos públicos, para prestações de serviços de cariz idêntico, cifraram-se em valores semelhantes aos do contrato vigente;
 - Não se antevia mais valia significativa em recorrer ao mercado;
 - A vontade de HPEM em centrar a sua actividade de recolha no sistema de recolha lateral robotizada, em substituição da recolha traseira;
 - A implantação, pela HPEM, de contentorização de grande capacidade;
 - A anuência da SUMA em alterar o sistema de recolha existente para o preferido pela HPEM;
 - O avultado investimento efectuado pelo prestador de serviços, necessário para a mudança de sistema e traduzido em:
 - a) Recolha de resíduos sólidos - Substituição dos contentores actuais de 800 e 1000 litros, por contentores novos de carga lateral com capacidade de 3.200 litros cada;
 - b) Recolha selectiva – Substituição, sempre que possível, dos contentores actuais “cyclea” de 2.500 litros, por contentores novos de carga lateral com capacidade de 3.200 litros cada;
 - c) Introdução de camiões novos de recolha e lavagem de contentores com sistema de carga lateral, para operação da contentorização anteriormente mencionada.
 - O novo prazo de vigência do contrato (96 meses renovável por iguais períodos) ser fruto da amortização necessária aos investimentos requeridos em novos equipamentos, garantindo assim o princípio do equilíbrio financeiro do contrato.
- De acordo com o artigo 5º do Caderno de Encargos (CE) do procedimento que antecedeu o contrato celebrado em 1996, os trabalhos deviam ser efectuados por viaturas apropriadas, apetrechadas com sistema elevatório para contentores normalizados, de dimensões adequadas ao percurso a efectuar e em número e com capacidade suficiente para garantir a execução dos circuitos;
- No mesmo artigo 5º, desse CE, os veículos deviam ainda ser dotados de caixa de carga estanque e sistema de compactação dos resíduos e corresponder às exigências de higiene, segurança e insonorização;

²⁵ Acta que consta de fols. 132 e seg. dos autos e onde, contrariando o disposto no artigo 27º, nº1 do Código do Procedimento Administrativo, não se contém a forma e o resultado da votação havida, sendo que apenas refere que o vogal Jaime da Mata votou contra a deliberação, indicando-se os motivos desta posição.



- Entre os factores do critério de adjudicação, estabelecidos nos termos do artigo 11º do Programa de Concurso do mesmo procedimento, constava a avaliação da capacidade e aptidão técnica para a execução dos trabalhos do contrato;
- No âmbito deste factor, foram analisados os meios a afectar à execução do contrato, especialmente os relativos à tipologia e capacidade das viaturas de recolha a utilizar;

3. 2. Como se sustenta no parecer produzido pela sociedade de advogados Sêrvulo Correia & Associados, apresentado pela recorrente e junto os autos, o contrato celebrado em Outubro de 1996, entre o Município de Sintra e o consórcio que veio a ceder a sua posição contratual à SUMA, atento o seu objecto e as respectivas cláusulas contratuais, deve qualificar-se como um *contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública*, o qual, de acordo com o disposto no artigo 178º, nº2, al. h), do CPA, - vigente à época - reveste a natureza de *contrato administrativo*.

Sendo um contrato administrativo, e atenta a data em que o mesmo foi celebrado, são aplicáveis à modificação unilateral das suas prestações, as normas do Código de Procedimento Administrativo, e, designadamente, o seu artigo 180º, disposição vigente ao tempo, ²⁶ tal como se decidiu no Acórdão recorrido.

O artigo 180º, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) – disposição que tem como epígrafe “*Poderes da Administração*” - consentia que a Administração Pública pudesse modificar *unilateralmente* o conteúdo das prestações do contrato, desde que respeitado o objecto deste e o seu equilíbrio financeiro, salvo se a lei, ou a natureza do contrato, o impedisse.

Parece, porém, isento de dúvidas que uma modificação contratual, assim efectuada, devia fundar-se em motivos de interesse público e com o objectivo primordial da prossecução do interesse público. ²⁷

²⁶ O artigo 180º do CPA veio a ser revogado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, diploma que aprovou o Código dos Contratos Públicos (CCP).

²⁷ Nesta poderia dizer-se, com LAUBADÈRE, apud “*Traité Elementaire de Droit Dministratif*”, vol. I, págs. 699 e 700, que o artigo 180º do CPA consagra alguns princípios subjacentes à natureza jurídica do contrato administrativo, como:

- princípio das exigências do serviço público;
- princípio da conciliação entre “poder público” e contrato;



Tribunal de Contas

Ora, entre os pressupostos legalmente exigidos para a modificabilidade do contrato, ao abrigo do disposto no referido artigo 180º do CPA, estavam, como se disse, o respeito pelo objecto do contrato e pelo seu equilíbrio financeiro.

Nestes termos, importa verificar se o instrumento contratual, ora em apreço, respeitou o objecto do contrato anterior, e apenas constituiu uma mera alteração do prazo do contrato – como defende a recorrente – ou se, ao invés, constitui um contrato diferente, por resultar de um acordo das partes, - e não de uma atitude unilateral da Administração - e ter conteúdo e âmbito diversos.

Efectivamente, se era possível a modificação unilateral do contrato administrativo, observado que fosse o condicionalismo estabelecido no citado artigo 180º do CPA, parece evidente que era possível a modificação do contrato, por acordo das partes contratantes.

Todavia, resultando este instrumento contratual, não de uma modificação unilateral do contrato, efectuada pela Administração, mas sim do acordo estabelecido entre as partes, não se está perante uma modificação contratual regida pelo artigo 180º do CPA.

Esta questão tem toda a relevância dado que, tendo o contrato de 1996 sido celebrado na sequência de procedimento pré-contratual, onde se acautelaram princípios que presidiam à contratação pública, como os da publicidade, da transparência e da concorrência, entre outros, também estes princípios devem estar ínsitos na celebração de novo contrato, ou da modificação do objecto do anterior contrato.²⁸

Ora, por um lado, e como vimos acima, a recorrente, com o presente instrumento contratual, para além de prever um prazo de execução - 96 meses, renováveis – totalmente diverso do prazo de execução previsto no contrato anterior, bem como das renovações que haviam sido alcançadas, pretendeu substituir o sistema de recolha de resíduos sólidos que estava em uso até aí – de recolha traseira – por um sistema de recolha lateral robotizada, com a implantação de contentorização de grande capacidade.

-
- princípio da mutabilidade do contrato administrativo;
 - princípio do equilíbrio honesto das prestações.

²⁸ Neste sentido confira-se PEDRO GONÇALVES, em Anotação ao “Acórdão *Presstext: modificação do contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*” in “*Cadernos de Justiça Administrativa*”, nº73, Janeiro-Fevereiro de 2009.



Tribunal de Contas

Além disso, e no desenvolvimento desta intenção, o instrumento contratual aqui em apreço teve em vista, entre outras finalidades, substituir os contentores de recolha de resíduos sólidos urbanos existentes, - com a capacidade de 800 e 1000 litros - por outros, novos, de carga lateral e com capacidade de 3.200 litros.

Por outro lado, teve ainda em vista substituir os contentores para recolha selectiva existentes, - com a capacidade de 2.500 litros - por outros, novos, de carga lateral com capacidade de 3.200 litros.

Esta alteração de processos de recolha de resíduos implicou a realização de um investimento avultado, por ser necessário substituir os antigos equipamentos por outros novos, designadamente os camiões antigos por outros novos de recolha e lavagem de contentores com sistema de carga lateral.

É, assim, óbvio que o instrumento contratual, através do qual se efectivou e tornou possível, para além da alteração do prazo contratual, a substituição do sistema de recolha de resíduos, bem como dos equipamentos a estes adstritos, não se traduz numa mera alteração do prazo contratual, - como vem defendido - mas antes numa substancial alteração do objecto do anterior contrato, o que conforma o presente instrumento como um novo contrato.

Efectivamente, face à natureza das prestações que constituem o objecto de ambos os instrumentos contratuais - o anterior contrato e o presente instrumento de alteração - forçoso é concluir que, no caso presente, não se está perante uma identidade do respectivo objecto, por não haver identidade no que respeita ao conteúdo das respectivas prestações.

Aliás, deve acentuar-se que a utilização dos novos equipamentos, bem como as condições em que se desenham as prestações contratuais, são nucleares no que se refere às razões determinantes da celebração do instrumento contratual aqui em apreço, muito embora o fim último deste instrumento seja, tal como o do primitivo contrato, a recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos.

Deste modo, e no circunstancialismo descrito, podem dizer-se duas coisas:

Uma, é a de que, por não se tratar de uma modificação unilateral do contrato anterior, efectuada pela Administração, não lhe é aplicável o disposto no artigo 180º do CPA;



Tribunal de Contas

Outra, é a de que, por não ter haver identidade de objecto entre os dois instrumentos contratuais, estamos, aqui, perante um instrumento que não apenas constitui uma descaracterização do contrato anterior, como corporiza um novo contrato.

Assim, este novo contrato não dependia apenas de haver razões de interesse público na sua concretização.

Devia, ainda, ter sido celebrado na sequência de um procedimento que acautelasse os princípios da legalidade, da publicidade, da concorrência e da transparência que são inerentes à contratação pública, não só nacional, como comunitária, como decidiu o Acórdão recorrido.

Deve, inclusivamente, abrir-se aqui um parêntesis para lembrar que, conforme consta da Acta da reunião do Conselho de Administração da HPEM, havida em 26 de Junho de 2008, e em que foi discutida a proposta de alteração do contrato de prestação de serviços até aí vigente, foi colocada em causa a falta de observância da legislação sobre contratação pública e sobre a livre concorrência.

Por outro lado, e a respeito dos princípios que regem a contratação pública, devem ter-se em conta – como também salientou o Acórdão aqui posto em crise – os importantes contributos que a legislação nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias nos fornecem, nesta matéria.

Na verdade, desce há muito que, nomeadamente as Directivas comunitárias sobre contratação pública, atribuem um relevo decisivo ao respeito pelos *princípios da publicidade*, da *igualdade*, da *transparência* e da *concorrência* no âmbito dos procedimentos que disciplinam o acesso aos mercados públicos, quer na fase de formação dos contratos, quer na fase da sua execução.²⁹

Deve, aliás, recordar-se, aqui, o que se disse no Acórdão n.º 32/09, de 14 de Julho de 2009, da 1.ª Secção, deste Tribunal, em Plenário:³⁰

Um dos valores fundamentais, característicos dos procedimentos pré-contratuais, é o da observância do *princípio da concorrência*.

²⁹ A este respeito confirmam-se, entre outros, os Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias citados na decisão recorrida

³⁰ In Recurso Ordinário n.º 14/2009.



Tribunal de Contas

E isto porque, só com um procedimento que assegure a concorrência, é possível obter a satisfação do interesse público.

Como refere LUÍS S. CABRAL DE MONCADA ³¹ o objectivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados, no pressuposto de que é o mercado livre que, seleccionando os mais capazes, logra orientar a produção para os sectores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afectação dos recursos económicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços.

A concorrência é, assim, e segundo este Autor, encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação económica, quer ao nível do consumidor, quer ao nível dos produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objectivo de política económica.

Um dos instrumentos necessários para assegurar o princípio da concorrência é, por outro lado, a observância de um outro princípio fundamental neste âmbito: *o princípio da publicidade*.

Para que se obtenha a participação do maior número possível de concorrentes aos procedimentos pré-contratuais, necessário é que o mercado da contratação pública seja o mais aberto possível, o que pressupõe que as entidades adjudicantes publiquem pelo modo mais adequado a sua vontade de contratar.

Assim, poderá dizer-se que sem publicidade não haverá uma verdadeira concorrência.

4. Do que vem de dizer-se, pode concluir-se que o instrumento contratual submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas corporiza a adjudicação de um novo contrato, o qual devia ter sido precedido da realização do adequado procedimento pré-contratual.

O valor do contrato – correspondente ao valor do contrato de 1996 (1.738.012.800\$00), com as alterações efectuadas em 1999, com as correcções de preços contratualmente estabelecidas e o ajustamento decorrente do período contratual – é largamente superior ao limiar fixado na alínea b), do artigo 7º, da Directiva nº 2004/18/CE, supra referida, na redacção dada pelo Regulamento

³¹ In “*Direito Económico*”, 5ª edição, Revista e Actualizada, Coimbra Editora, pág. 486 e seg.



Tribunal de Contas

(CE) nº 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro, em vigor à data da celebração do presente instrumento contratual, limiar esse que era de € 206.000,00.

Ora, tendo em conta este limiar, bem como o disposto no artigo 191º, nº1, al. b) do DL nº 197/99 de 8 de Junho, seria aplicável ao procedimento de adjudicação o disposto no artigo 194º, nº1 e no artigo 87º, nº2, ambos deste DL nº 197/99.

Seria, assim, obrigatória a realização de um concurso público com publicação do anúncio no *JOUE*.³²

Como é jurisprudência pacífica e reiterada deste Tribunal, a omissão de concurso público, quando obrigatório, como era o caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação que determina a nulidade desta e do contrato, nos termos dos artigos 133º, nº1 e 185º, nº1, ambos do CPA.

A nulidade é, por sua vez, fundamento de recusa do visto, de harmonia com o que estabelece o artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Não sofre, assim, qualquer censura o Acórdão recorrido.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao recurso, confirmando, assim, a decisão recorrida.

São devidos emolumentos (artigo 16º, nº1, al. b) do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 3 de Novembro de 2010.

³² A obrigatoriedade da realização de um concurso, bem como da publicitação no *JOUE*, advinha também do fixado nos artigos 1º, nºs 2, al. d) e 9, 7º, al. b), 35º, nº2 e 36º, categoria 16 do Anexo II A e Anexo VIII da Directiva nº 2004/18/CE, supra mencionada.



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(Carlos A. Morais Antunes)

Fui presente
O Procurador-Geral Adjunto

(Daciano Pinto)