

**ACÓRDÃO N.º 07/2013 - 10.set.2013 - 1ª S/PL**

**Recurso Ordinário n.º 31/2011**

**(Processo n.º 1796/2010)**

**DESCRITORES:** Contrato de Compra e Venda / Programa de Concurso / Princípio da Concorrência / Princípio da Igualdade / Concurso Público / Parceria Público-Privada / Princípio da Legalidade / Princípio da Transparência / Princípio da Estabilidade das Regras Concursais / Avaliação das Propostas / Princípio da Imparcialidade / Aquisição de Acções / Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Recusa de Visto

**SUMÁRIO:**

1. As exigências técnicas e financeiras estabelecidas no Programa do Concurso para admissão de concorrentes para a constituição de uma parceria público-privada institucionalizada, designadamente, que os concorrentes detivessem cumulativamente experiência anterior em contratos de idêntica complexidade técnica e dimensão financeira, para universos idênticos de consumidores, são excessivas face às exigências que decorrem do princípio da concorrência e da igualdade consagrados no art.º 9.º, n.º 1 e 10.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.
2. A contratação relativa à locação e aquisição de bens ou serviços deve ser precedida de concurso público, de concurso limitado ou de procedimento de negociação, com ou sem publicação prévia de anúncio (cfr. art.º 78.º do Decreto-Lei n.º 197/99).
3. O estabelecimento e realização de uma fase de negociação no concurso público, sem dimensão concorrencial, ou seja, à qual foi apenas admitido o concorrente classificado em primeiro lugar, viola o disposto nos artigos 7.º a 10.º, 14.º, n.º 2 e 3, 143.º e 150.º do Decreto-Lei n.º 197/99 e os princípios da legalidade, da transparência, da igualdade, da concorrência e da estabilidade.

4. O estabelecimento de uma escala de pontuações - de 0 a 5 - dos factores e subfactores de avaliação das propostas em momento posterior ao da entrega das mesmas, no caso, foi relativamente indiferente, uma vez que os resultados seriam com elevada probabilidade os mesmos, e foi suficientemente sólida para se considerar que os princípios da transparência, da imparcialidade e o da fundamentação foram observados.
5. A não previsão da celebração de um contrato de assistência técnica, constante do anexo ao contrato principal, nos documentos do procedimento, viola o disposto nos artigos 7.º, n.º 1, 8.º, n.ºs 1 e 2, 9.º, n.º 1, 10.º e 12.º, n.º 1, 80.º e 87.º do Decreto-Lei n.º 197/99.
6. O estabelecimento no contrato de uma opção de compra, nos termos da qual se reconhece ao município o direito de compra ao parceiro privado da totalidade das suas ações e créditos, e em que o correspondente preço será determinado e pago nos termos de cláusula não constante da proposta apresentada pelo adjudicatário, viola o disposto no n.º 2 do art.º 14.º do Decreto-Lei 197/99 e os princípios da igualdade, da concorrência, da transparência e da imparcialidade.
7. As violações de lei referidas enquadram-se no disposto da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, constituindo fundamento de recusa de visto

**Conselheiro Relator: João Figueiredo**



## ACÓRDÃO N.º 7 /10.SET.2013 – 1.ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 31/2011

(Processo n.º 1796/2010)

### I – RELATÓRIO

1. A Câmara Municipal de Santarém (doravante também designada por Câmara Municipal ou por CMS), notificada do Acórdão n.º 38/2011, de 19 de maio — 1.ª S/SS, que recusou o visto ao “*Contrato de compra e venda de ações – Aquisição de 49% do capital social da “A.S. – Empresa das Águas de Santarém – E.M., S.A.”*”, celebrado, em 15.11.2010, entre o Município de Santarém (doravante também designado por Município) e a “*Aquascallabis, S.A.*”, no valor de 15.325.937 €, do mesmo veio interpor recurso.
2. O acórdão recorrido procedeu à recusa de visto, com base na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC<sup>1</sup>, considerando terem sido violados os seguintes princípios e disposições legais:

*“a. Os princípios da concorrência e da igualdade, por inclusão no Programa do Concurso (...) de exigências que condicionam e restringem o amplo acesso de concorrentes ao procedimento, comprometendo, assim, a salvaguarda do interesse público e afectando a clareza e precisão das propostas;*

*As Directivas n.ºs 2004/17/CE [vd. o art.º 54.º, n.ºs 2 e 5] e 2004/18/CE [art.º 2.º], art.º 266.º, da Constituição da República Portuguesa, e art.ºs 9.º e 10.º, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06., por comprovada restrição do acesso ao concurso e decorrente do exigido modelo de comprovação da solidez económica, capacidade financeira e capacidade técnica do concorrente (...);*

*b. Os art.ºs 31.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 09.08., art.ºs 14.º, 143.º e 150.º, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06., e, bem assim, os princípios da igualdade e da concorrência, por implementação da fase de negociações não admitida e em ambiente não concorrencial e versando matérias introdutoras de alterações à proposta inicial que, por não serem acessórias, constituía acto interdito à entidade adjudicante (...);*

---

<sup>1</sup> Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



- c. Os art.ºs 7.º a 10.º e 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06. e art.º 17.º, do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 09.08., por aquisição de serviços sem observância do tipo procedimental exigido e não acatamento das exigências sobrevindas aos princípios da Publicidade, da Concorrência e da Proporcionalidade, ínsitos à contratação pública (...);
- d. O art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06., e, indutivamente, os Princípios da Transparência e da Publicidade, por não definição atempada da pontuação a atribuir aos factores e subfactores (...);
- e. O art.º 14.º, n.os 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06., e, inerentemente, os Princípios da Igualdade e da Concorrência, por adopção de negociações pré-adjudicatórias, ocorridas em ambiente não concorrencial, e relativamente a matéria alteradora da proposta inicial da concorrente [também adjudicatária!] caracterizada como essencial (...)"
3. A CMS, na sua petição, requer que se dê provimento ao recurso e se revogue a decisão recorrida, "devendo o contrato ser visado, porventura com as recomendações julgadas necessárias", formulando as suas conclusões nos seguintes termos:
- "I) Por Acórdão proferido em 19 de Maio de 2011, deliberaram os Exmos Senhores Juízes Conselheiros da 1ª Secção desse Tribunal, no âmbito do processo à margem referenciado, recusar o visto ao «Contrato de Compra e Venda de Acções - Aquisição de 49% do Capital Social da "AS - Empresa de Águas de Santarém - EM, SA"».*
- II) Consideraram os Senhores Juízes Conselheiros padecer o procedimento de ilegalidades que "porque susceptíveis de determinar a alteração do resultado financeiro do contrato em apreço, fundam a recusa do Visto [vd. art.º 44º, n.º 3, al. c), da Lei n.º 98/97. de 26.08]"*
- III) Sublinhando que «de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, a densificação da expressão "ilegalidade que possa alterar o respectivo resultado", basta-se com o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro.»*
- IV) Por outro lado, entendeu o colégio de Senhores Juízes não ser de conceder o Visto e fazer recomendações aos organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades, ao abrigo do n.º 4 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97 de 26/08,*
- V) isto porque a "introdução de alterações à proposta inicial' em sede de negociações sem ambiência concorrencial, a "formulação de exigências em sede de Programa de Concurso" limitativas do amplo acesso ao procedimento e a "inobservância do tipo de procedimento legal e adequado para la aquisição de serviços" constituem opções que violam, por forma grave, a lei aplicável e alguns Princípios estruturantes de toda a contratação Pública,*
- VI) e de modo particular, o princípio da concorrência, porquanto, "a sua exercitação não visa apenas a salvaguarda dos interesses dos concorrentes, mas mui*



*especialmente, a garantia de um adequado funcionamento do mercado e, consequentemente, da protecção do interesse financeiro público.* "(sublinhado nosso).

- VII) *Antes de mais, considera o Acórdão Recorrido que o contrato sob judice se abriga no conceito de **Parceria Público-Privada Institucional** e que "é inequívoco que a relação obrigacional presente se abriga ao conceito de prestação de serviços",*
- VIII) *Aplicando a este, por força do DL n.º 197/99 de 08/06, art. 77º n.º 1 alínea j), a Directiva 93/38/CEE, o DL 223/2001 de 09/08 (fornecimento e prestação de serviços no sector excluído) e na parte por este não regulada o DL 197/99 de 08/06.*
- IX) *Salvo o devido respeito por opinião contrária, faz o Douto Acórdão uma errónea interpretação da lei e dos princípios jurídicos, errando na aplicação que faz dos mesmos.*
- X) *Desde logo porque, para efeitos de qualificação jurídica do contrato, não pode, em rigor, falar-se de Parceria Público-Privada, porquanto o respectivo regime jurídico não integra as Autarquias Locais no seu âmbito de aplicação subjectiva (alínea a) do n.º 2 do art. 2º do DL 86/2003 de 26/04 na sua redacção actual) e ainda porque os contratos de alienação de participação social das empresas municipais não se integram os instrumentos de regulação das relações jurídicas de colaboração entre entes públicos e privados constantes da enunciação taxativa e exhaustiva das alíneas a) a f) do n.º 3 do art.º 2º do DL 86/2003 de 26/04 na sua redacção actual.*
- XI) *Como não pode subsumir-se o presente contrato a uma prestação de serviços pela entidade privada.*
- XII) *Na verdade, o Município já havia delegado a gestão e exploração dos serviços municipais de captação e distribuição de água e de drenagem e tratamento de todo o tipo de águas residuais no concelho de Santarém na Empresa Municipal pré-existente,*
- XIII) *com o procedimento concursal em apreço o Município pretendeu seleccionar um co-contratante que adquirisse uma parte minoritária do capital social da referida Empresa Municipal e, por essa via, com ele colaborasse (minoritariamente) na gestão da Empresa e permitisse a esta mobilizar recursos financeiros e aportar know-how e racionalidade de gestão aos processos,*
- XIV) *Sendo certo que é à Empresa - e não à entidade privada - que, objectivamente, compete a exploração da actividade que lhe foi previamente delegada pelo Município.*
- XV) *Assim, em 4 de Janeiro de 2008, o Município de Santarém lançou o "**Concurso Público para Selecção de um Parceiro Privado para a A.S. - EMPRESA DAS ÁGUAS DE SANTARÉM - EM, S.A.**"*



# Tribunal de Contas

---

- XVI) *É pois a essa data que há-de reportar-se a legislação aplicável, bem como a densificação de princípios jurídicos, i.é., as funções de interpretação e aplicação do direito*
- XVII) *O procedimento concursal encontra-se, pois, desde logo subordinado ao Regime Jurídico do Sector Empresarial Local: a **Lei n.º 53-F/2006 de 29 de Dezembro***
- XVIII) *que "À selecção das entidades privadas aplicar-se-ão os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão e, subsidiariamente, nos regimes jurídicos da contratação pública em vigor, cujo objecto melhor se coadune com a actividade a prosseguir pela empresa". (sublinhado nosso)*
- XIX) *O Município estava ciente da necessidade de adoptar um procedimento público e transparente de escolha do co-contratante para integrar a Empresa Municipal **que adaptasse ao caso** - venda de acções de uma Empresa Municipal pré-existente – o regime da "concessão do serviço público em questão": DL n.º 379/93 de 5 de Novembro, DL n.º 147/95 de 21 de Junho e subsidiariamente o DL n.º 197/99 de 08 de Junho,*
- XX) *designadamente as adaptações que se impõem por força das características distintivas entre "gestão delegada" exercida por uma entidade pública empresarial de âmbito local e a "concessão" exercida por uma entidade privada,*
- XXI) *bem como as resultantes das indefinições, vazios, incertezas e incoerências dos regimes jurídicos.*
- XXII) *Sublinhe-se que as Directivas Europeias sobre contratação pública então em vigor eram as 92/50/CEE, de 18 de Junho, 93/37/CEE, de 14 de Junho e 93/38/CEE, de 14 de Junho (entretanto revogadas e substituídas pelas Directivas 2004/17/CE, de 31 de Março e 2004/18/CE, de 31 de Março). Todavia, como se sabe, os contratos de concessão de serviços não se encontram imperativamente sujeitos às Directivas Comunitárias que regem acerca da contratação pública e, como tal, não eram objecto da legislação sobre contratação vigente à data do lançamento do Concurso.)*
- XXIII) *Não existe fundamento para se considerarem indiscriminadamente aplicáveis à delegação de serviços em empresa do sector empresarial local as exigências instituídas na lei para o regime concessório, já que esta constitui um modelo jurídico distinto da concessão de serviços.*
- XXIV) *Sem prejuízo do exposto, o Município, aquando da abertura do concurso, da sua tramitação e adjudicação e da celebração do Contrato, deu cumprimento aos requisitos de salvaguardada do interesse público e dos inerentes princípios da concorrência, igualdade, transparência e imparcialidade, acompanhando e adoptando aquelas que, naquela data, eram as melhores práticas do mercado e do sector.*
- XXV) *O Município definiu de forma clara a situação económico-financeira da empresa, definiu as orientações estratégicas para a mesma, mostrando a todos os concorrentes o que pretende que seja o essencial da actividade da empresa no*



*período de referência e, dentro dos limites legais então em vigor, definiu as regras para a tramitação do respectivo procedimento.*

XXVI) *O Município consultou na altura a entidade reguladora do sector, o Instituto Regulador de Água e Resíduos (IRAR), que veio substituir o Observatório Nacional de Ambiente, sobre o procedimento concursal, procurando, não só certificar-se que o procedimento público cumpria todos os dispositivos legais aplicáveis, como melhorar a sua redacção e conteúdo tendo em consideração a defesa e protecção do interesse público, do mercado relevante e dos munícipes do concelho de Santarém.*

XXVII) *O procedimento de concurso público, à semelhança do que sucedia no sector com todos os restantes procedimentos comparados, compreendia uma fase de negociações devidamente publicitada (que à data se designava vulgarmente por "negociação directa") que justifica parte das alterações introduzidas ao complexo contratual que integra o Contrato, resultando numa solução mais adaptada à realidade e vantajosa para o Município, e, em última instância, para a defesa e prossecução do interesse público, como melhor veremos adiante.*

XXVIII) *Por fim, no decurso do procedimento de contratação em questão, o quadro legal dos sistemas municipais e multimunicipais e das entidades gestoras de serviços públicos de abastecimento de água, de saneamento e tratamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, foi objecto de alterações legislativas significativas introduzidas pelos **Decretos-Lei n.º 194/2009** e n.º 195/2009, ambos de 20 de Agosto, e com entrada em vigor no dia 1 de Janeiro de 2010, tendo-se desde logo (mas já após a ordenação das propostas e de seleccionada a proposta mais vantajosa) ensaiado uma adaptação dos contratos às normas constantes dos referidos diplomas (cfr. artigo 80º n.º 1 e n.º 4 do Decreto-Lei n.º 194/2009), por forma a evitar futuras modificações unilaterais do Contrato e respectivos reequilíbrios ou renegociações deste. Este esforço foi, aliás, elogiado pela Entidade Reguladora, aquando da sua pronúncia relativamente à minuta do Contrato enviada para esse efeito.*

XXIX) *Na verdade, muito embora o Decreto-Lei n.º 194/2009 não seja aplicável ao procedimento em apreço, ele é de **aplicação obrigatória à Empresa Municipal em 20 de Agosto de 2011 (dentro de pouco mais de 30 dias!), tendo o Legislador concedido a estas entidades um período de 2 anos para procederem à sua adaptação. A posterior alteração unilateral por parte do Município iria certamente fundamentar pedidos de reequilíbrio financeiro dos contratos com os consequentes custos acrescidos para o Município.***

XXX) *Sem prescindir, sempre se dirá que, caso se adopte a solução subscrita pelos Exmos Senhores Juízes a pág. 26 (último parágrafo), terá de se concluir que o Legislador pretendeu deixar um vazio legislativo quanto ao regime a aplicar aos contratos de selecção de entidade privada para aquisição de capital em empresas municipais e, conseqüentemente, que o procedimento é não vinculado. Aplicando-*



*se então à situação em apreço os princípios gerais de direito, designadamente ínsitos no DL n.º 197/99.*

**XXXI) Quanto aos fundamentos para a recusa de Visto, invoca-se em primeiro lugar O PROGRAMA DE CONCURSO E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA CONCORRÊNCIA:** *por violação da Concorrência e da Igualdade e das Directivas n.ºs 2004/17/CE [vd art.º 54º, n.ºs 2 e 5] e 2004/18/CE [art.º 2º], art.º 266º da CRP e art.º 9.º e 10.º do DL n.º 197/99 de 08/06, por comprovada restrição do acesso ao concurso decorrente do exigido modelo de comprovação da solidez económica, capacidade financeira e capacidade técnica do concorrente.*

**XXXII) Porém,** *o regime das referidas concessões era regulado no Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, cujo artigo 10º n.º 1 estatui que o contrato de concessão deve, por regra, ser precedido de concurso público e no n.º 2 estipula que do respectivo programa do concurso devem constar "e) Os requisitos de admissibilidade respeitantes às exigências técnicas, económica e financeiras mínima", constituindo assim fundamento legal da admissibilidade das exigências mínimas de capacidade dos concorrentes fixadas no artigo 3.1 do Programa do Concurso em apreço, ou seja, mais do que fundamentar a admissibilidade de tais exigências, a norma legal inculca mesmo a respectiva obrigatoriedade ou pelo menos conveniência.*

**XXXIII) Era entendimento pacífico,** *à época, que também o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, admitia expressamente a possibilidade (quando não a obrigatoriedade ou conveniência) de prévia avaliação da capacidade financeira e técnica dos Concorrentes como condição de admissibilidade dos mesmos a concurso.*

**XXXIV) Sendo pois neste contexto que não-de interpretar-se as normas do seu art.º 9º e 10º e bem assim a disposição constitucional referida e alegadamente violada.**

**XXXV) De resto, é, também, claro que a alegada violação da estrutura principiológica da contratação pública - nomeadamente, do princípio da igualdade e da concorrência - não existe.** *Não só o entendimento operativo, consensualmente seguido pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União, do que são as exigências do princípio da concorrência, não legitima o entendimento de que há alguma restrição desproporcionada no que respeita às condições de admissibilidade dos potenciais agentes económicos interessados na concreta relação com a Câmara Municipal de Santarém, no âmbito da empresa municipal em causa, como, de resto, nenhum desses interessados (ainda que eventuais interessados potenciais) manifestou algum sentimento de discriminação. Consequentemente a igualdade também não é desrespeitada, enquanto princípio fundamental de toda a contratação pública.*

**XXXVI) Importa, percorrendo, ainda, o mesmo sentido, conjugar e harmonizar o princípio da concorrência (em particular) com outros princípios jurídicos, desde logo o do interesse público e os inerentes ao serviço geral em causa, legalmente**



*imposto: i) O princípio da prossecução do interesse público; ii) O princípio do carácter integrado dos sistemas; iii) O princípio da prevalência da gestão empresarial; iv) O princípio da eficiência (o que não é feito no Douro Acórdão Recorrido).*

*XXXVII) À Administração cabe definir e publicitar quais os critérios e os elementos ou aspectos que lhe permitem a comparação pretendida: os requisitos, os modelos, os projectos, as especificações - quantitativas e qualitativas - do bem ou utilidade pretendidos pela entidade adjudicante constituem, pois, um ponto de referência obrigatória para todos os concorrentes, a fim de tornar efectiva a concorrência na fase procedimental.*

*XXXVIII) Assim, desde que as regras e critérios aplicáveis à selecção da entidade privada fossem claras, adequadas e publicitadas, de modo a respeitar o princípio da concorrência e igualdade entre os interessados e a imparcialidade do processo (como sucede no caso vertente), os requisitos em causa eram perfeitamente legais e podiam mesmo revelar-se desejáveis.*

*XXXIX) O procedimento adoptado e os requisitos exigidos aos concorrentes seguiram os termos e parâmetros praticados pelos diversos municípios nos procedimentos de selecção de entidades privadas para a participação em empresas do sector empresarial local das águas, bem como para concessões (contratos existentes nos Concelhos de S João da Madeira, Cartaxo, Azambuja, Elvas Covilhã, Campo Maior, Abrantes, Espinho, Matosinhos e na Comunidade Urbana da Lezíria do Tejo, cujos procedimentos concursais incluíram nos seus programas de concurso condições de admissibilidade mínimas aos concorrentes em razão da sua capacidade técnica e financeira, em tudo semelhantes, senão mesmo iguais) - doc.1.*

*XL) Procedimentos esse que obtiveram Visto favorável do Tribunal de Contas.*

*XLI) O Município consultou, na altura, a entidade reguladora do sector, o Instituto Regulador de Água e Resíduos (IRAR) sobre o procedimento concursal, procurando certificar-se que o procedimento público cumpria todos os dispositivos legais aplicáveis, bem como melhorar a sua redacção e conteúdo, tendo em consideração a defesa e protecção do interesse público, do mercado relevante e dos munícipes do concelho.*

*XLII) Em segundo lugar invoca O CONCURSO PÚBLICO, A FASE DE NEGOCIAÇÕES E RESPECTIVO ENQUADRAMENTO LEGAL: por violação do art. ° 31 n. ° 2 do DL n. ° 223/2001 de 09/08; do art. 14°, 143° e 150° do DL n.° 197/99 de 08/06 e dos Princípios da Igualdade e da Concorrência, por implementação da fase de negociações em ambiente não concorrencial e versando sobre matérias introdutoras de alterações à proposta inicial tidas por não acessórias.*

*XLIII) Porém, o Princípio da Estabilidade dos procedimentos, enquanto corolário do Princípio da Concorrência, foi integralmente cumprido. Porque nem sempre a lei prevê tudo, exige-se que a organização e condução do procedimento obedeça aos*



*trâmites previstos na lei e no programa (resultante de maior ou menor discricionariedade, em função do grau de formalização imposta).*

*XLIV) De qualquer modo, encontra-se respeitado o princípio da concorrência, porquanto uma vez adoptadas no programa de concurso, as suas regras e formalidades passaram a vincular a entidade adjudicante e os concorrentes, tendo o Município dado pleno cumprimento às mesmas.*

*XLV) É que este princípio por um lado não é absoluto, sendo que, por outro, não se realiza segundo um modelo ou espécie única, nem se projecta sempre da mesma maneira ou com o mesmo rigor em todos os procedimentos, de tal modo que até no ajuste directo há projecções da concorrência.*

*XLVI) O Município consultou a entidade reguladora do sector, o Instituto Regulador de Água e Resíduos (IRAR) sobre o procedimento concursal, procurando certificar-se que cumpria todos os dispositivos legais aplicáveis.*

*XLVII) De igual modo e face à inovação que a modalidade contratual representava, o Município procurou informar-se daquelas que eram as práticas correntes (ou existentes) no sector, tendo adoptado um procedimento que foi igualmente utilizado nas selecções de parceiros privados para aquisição de capital social nas empresas municipais de águas do concelho de S. João da Madeira e da Covilhã. doc 2 e doc 3.*

*XLVIII) Foram ainda absolutamente respeitados os princípios da transparência e da imparcialidade, e o do interesse público.*

*XLIX) Como os princípios não são absolutos, mas porosos e conflituais, haverá que ponderar aqui ainda o princípio da segurança e certeza - quer do procedimento quer ainda do ordenamento jurídico e o interesse público que se tenta prosseguir. Importa assim adoptar uma relativa e teleológica desconsideração de certas formalidades dos procedimentos adjudicatórios, sobretudo quando não constem da lei - o que não é feito no Douto Acórdão Recorrido.*

*L) Mas, uma coisa é o procedimento adoptado e o facto de este consentir uma fase de negociações, outra bem distinta é pretender que esta se destinou a modificar ilegitimamente elementos essenciais do contrato. A primeira era legítima, encontrava escrupulosamente publicitada com indicação dos aspectos sujeitos a ela. A segunda resulta de uma imposição da lei, manifestação clara do fait du prince e que sempre viria a verificar-se (apenas se antecipou o seu momento para garantir a inexistência de fundamentos para reequilíbrios económicos e em nome da transparência) - distinções que não foram fundada e suficientemente ponderados no Douto Acórdão Recorrido.*

*LI) Não se encontra violada a norma do DL 223/2001, uma vez que, como decorre do que se afirmou em I, este diploma não tem aplicação ao caso; não se encontra violada qualquer das normas do DL 197/99 de 08/06 referidas (14°, 143° e 150°).*

*LIi) Finalmente, sempre se dirá que na tese perfilada no douto Acórdão recorrido, da inaplicabilidade da Lei n. ° 53-F /2006, art. ° 12° n. °2, ao procedimento*



*contratual em apreço, então o Município apenas se encontrava obrigado a adoptar um procedimento não vinculado, público, transparente e concorrencial. Nunca se podendo configurar qualquer das violações apontadas.*

- LIII) Em terceiro lugar invoca O CONTRATO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E RESPECTIVA CONFORMAÇÃO LEGAL por violação do art.º 7º, art.º 10º e n.º 1 do 12º do DL n.º 197/99 de 08/06 e do art.º 17º do DL n.º 223/2001 de 09/08, por aquisição de serviços sem observância do tipo procedimental exigido e não acatamento das exigências dos Princípios de Publicidade, Concorrência e Proporcionalidade.*
- LIV) O contrato aqui em apreço, surge autonomizado no âmbito da negociação ocorrida, como forma de permitir e proceder à adaptação progressiva ao regime do DL 194/2009 de 30 de Agosto (como já exposto), que passou a clarificar estes serviços, referindo no seu 27º, n.º 4 que "Os aspectos deixados à concorrência pelas peças do procedimento, sobre os quais incide o critério de adjudicação devem ser seleccionados de entre os seguintes: (...) e) Natureza dos serviços de apoio a gestão a serem contratados pela empresa municipal delegatária e respectivo custo."*
- LV) O Município de Santarém tomou a opção acima referida com o objectivo de proceder à gestão dos seus sistemas de uma forma empresarial, de maneira a poder usufruir de novas técnicas no âmbito da gestão e exploração dos sistemas, e em respeito pelos princípios da contratação pública, designadamente da unidade da despesa (com consagração no DL n.º 197/99 de 08/06).*
- LVI) E por ser possível às entidades envolvidas celebrar aquele tipo de contrato, o abrigo do artigo 10º, n.º 3, do Caderno de Encargos, a possibilidade de subcontratação também se encontra prevista no artigo 47º, n.º 2 do Decreto- Lei n.º 194/2009, de 30 Agosto.*
- LVII) A subcontratação é instrumental à exploração das actividades públicas que constituem objecto da empresa municipal e, como tal, esta (ou o Município seu accionista) goza de título legítimo para as cometer a terceiros, sem prejuízo naturalmente das obrigações e responsabilidades que assumiu no processo e pelas quais responde sempre em primeira mão.*
- LVIII) A inclusão de custos ou de contratos de assistência técnica é um procedimento comum neste concurso e em quase todos (senão todos) os concursos existentes no sector. Razão pela qual todas as propostas contemplarem uma retribuição associada à assistência técnica a prestar à empresa municipal pelo co-contratante, retribuição esta constante como custo dos respectivos estudos económico-financeiros, e assim submetida, em todas as vertentes, ao crivo da avaliação concursal.*
- LIX) Em face do exposto, resulta com evidência não terem sido violados os princípios da legalidade, da concorrência, nem o da publicidade.*
- LX) Em Quarto lugar invocou-se A PONTUAÇÃO ATRIBUÍDA A FACTORES E SUBFACTORES por violação do n.º 1 do art.º 8º do DL n.º 197/99 de 08/06 e dos*



*Princípios da Transparência e da Publicidade, por não definição atempada da pontuação a atribuir aos factores e subfactores.*

*LXI) Não obstante, o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, diz que o “critério de adjudicação enumerando os factores relevantes por ordem decrescente de importância, entre os quais constem, necessariamente, o montante e o regime de retribuição a pagar ao município ou municípios concedentes, o regime tarifário, a qualidade do serviço e a segurança da sua prestação.”*

*LXII) O Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho (na redacção vigente à data de lançamento do concurso) referia no art.º 7º (hoje 8º) n.º 1 que “O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura; no art.º 55º que “O critério de adjudicação escolhido deve ser indicado nos documentos que servem de base ao procedimento, com explicitação, no caso da alínea a) do número anterior, dos factores que nele intervêm, por ordem decrescente de importância. (...)”: no 89.º 1) que “o critério de adjudicação, com explicitação, no caso de o mesmo ser o da proposta economicamente mais vantajosa, dos factores que nela intervêm, por ordem decrescente de importância. ”. Tendo todos sido integralmente cumpridos quer no ponto 19 do Programa de Concurso, quer no decurso do procedimento.*

*LXIII) No caso, o Júri, por pretender impor a máxima transparência na avaliação, teve o cuidado de autonomizar a escala classificativa que pretendia utilizar, assim como o número de casas decimais dos valores finais de avaliação, razão pela qual fixou tais parâmetros na mencionada acta de 14/05/2008.*

*LXIV) E não se pretenda que a fixação destes parâmetros para os sub-factores por não ter ocorrido previamente à entrega das propostas (mas apenas antes da abertura das mesmas) implica automática quebra da igualdade e imparcialidade devidas.*

*LXV) Verifica-se que a escala efectivamente fixada (de 0 a 5), aliada à possibilidade de as classificações conterem 2 casas decimais, admite uma avaliação com 500 patamares gradativos (de 0,01 a 5,00), o que possibilita uma análise pormenorizada e rigorosa das propostas. Isto é, o facto de se ter permitido o recurso a números decimais e centesimais contribui objectivamente para o rigor e transparência da avaliação.*

*LXVI) Atente-se que os concorrentes, ainda que tenham criticado alguns aspectos formais do concurso, não sentiram qualquer discriminação a respeito da escala classificativa seleccionada ou do número de casas decimais dos valores classificativos finais, pois de contrário tê-lo-iam referido em sede de audiência prévia ao Relatório Inicial ou até em reclamação ou impugnação autónomas.*

*LXVII) Pelo contrário, e como se afigura por demais evidente, a clarificação quanto à escala e número de casa decimais não teve qualquer influência na imparcialidade e rigor que presidiu à apreciação e ponderação do mérito das propostas e na sua*



*correcta avaliação global. Assim sendo, mesmo que se considerasse formalmente irregular o momento da fixação daqueles parâmetros, o que face à lei vigente na altura se não concede, ainda assim o princípio do favor do concurso e dos concorrentes, refractário dos princípios da conservação dos actos públicos e do princípio geral de direito *utile per inutile non vitiatur*, inculcariam pela irrelevância de uma tal irregularidade.*

*LXVIII) O Município entendeu que o estabelecido nas peças concursais era suficiente para a garantia da transparência, igualdade, imparcialidade, concorrência e, no limite, do interesse público subjacente ao Concurso, possibilitando a escolha da proposta economicamente mais vantajosa, em termos que não foram questionados pelos concorrentes na fase de esclarecimentos nem aquando da apresentação das propostas.*

*LXIX) Importante é que os Concorrentes estavam de posse de todos os critérios, subcritérios e micro critérios avaliativos, e respectivas ponderações, previamente à apresentação das propostas em cumprimento do estipulado na lei, o que terá permitido a todos conformá-las de modo adequado à optimização da respectiva classificação, no perfeito respeito pelos princípios da concorrência, igualdade, imparcialidade e transparência e, reflexamente, no melhor cumprimento do interesse público.*

*LXX) Em face do exposto, resulta com evidência não terem sido violados os princípios da transparência e da publicidade, bem como do art.º 8 do DL 197/99 de 08/06. Tendo ainda ficado demonstrada a irrelevância de tal procedimento, no caso concreto, em termos de conformação e ordenação das propostas.*

*LXXI) Finalmente sempre se dirá que na tese perfilhada no douto Acórdão recorrido, da inaplicabilidade da Lei n.º 53-F/2006, art.º 12º n.º 2, ao procedimento contratual em apreço, então o Município apenas se encontrava obrigado a adoptar um procedimento não vinculado, público, transparente e concorrencial. Nunca se podendo configurar qualquer das violações apontadas.*

*LXXII) Em quinto e último lugar, invoca-se O CONTRATO DE OPÇÃO DE COMPRA DAS ACÇÕES por violação dos n.ºs 2 e 3 do art.º 14º do DL n.º 197/99 de 08/06 e dos Princípios da Igualdade e da Concorrência por adopção de negociações pré-adjudicatórias, ocorridas em ambiente não concorrencial, e relativamente a matéria alteradora da proposta inicial caracterizada como essencial.*

*LXXIII) A autonomização do Contrato de Opção de Compra surge no âmbito da adaptação progressiva da empresa ao DL 194/2009, de 20 de Agosto, que poderia sempre ser imposto pelo Município ao abrigo do seu poder de imperium ou fait du prince .*

*LXXIV) Ao contrário do que sucede nas parcerias puramente contratuais em que o termo do contrato se opera pelo mero decurso do tempo, no caso da caducidade, ou por actuação de sanções contratuais e ainda por resgate, o presente contrato*



*implica a saída do privado da sociedade, sendo assim essencial que esteja regulada através de opções de compra / venda.*

*LXXV) A opção de compra representa um verdadeiro direito potestativo do Município, que este poderá discricionariamente exercer quando existam divergências significativas no âmbito da gestão da empresa. A formulação jurídica desta opção de compra, que foi objecto de uma avaliação muito positiva nos relatórios inicial e final de adjudicação, manteve o seu rigor e clareza na versão final da proposta.*

*LXXVI) Uma vez aberto o concurso, ficou o Município a ele auto-vinculado por um lado, e por outro todos os interessados dele tiveram conhecimento, designadamente os concorrentes. Tendo sido conferida igualdade de oportunidades de selecção aos concorrentes para a fase de negociação, não se violou o princípio da concorrência, como não se violou o princípio da igualdade. E tanto assim que, notificados os concorrentes da selecção da proposta, em sede de audiência prévia, nenhum concorrente apresentou qualquer reclamação sobre a questão aqui em apreço.*

*LXXVII) Como já afirmado no ponto III b), foi escrupulosamente respeitado o princípio da concorrência, bem como os princípios da transparência e da imparcialidade.*

*LXXVIII) Sendo certo que a eventual perturbação provocada ao princípio da estabilidade haverá de ser ponderada e harmonizada com o valor da segurança jurídica que se pretendeu acautelar (na definição clara de aspectos que se tornam relevantes para as partes) e da eficiência. Considerando sempre que grande parte dos efeitos da celebração do contrato sempre acabariam por se verificar, por força da aplicação do DL 194/2009 à empresa municipal.*

***LXXIX) Em face do exposto, e como supra sobejamente afirmado, resulta com evidência não terem sido violados os princípios da igualdade e da concorrência bem como o da transparência e o da publicidade. Resultando a perturbação ao princípio da estabilidade do contrato de ponderação que se impõe fazer do valor da segurança jurídica que se pretendeu acautelar (na definição clara de aspectos que se tornam relevantes para as partes) e da eficiência.***

*LXXX) De tudo o exposto e considerando que os princípios não são absolutos, mas porosos e conflituais, importa assim adoptar uma relativa e teleológica desconsideração de certas formalidades dos procedimentos adjudicatórios, sobretudo quando não constem da lei e mais ainda quando se trata de não penalizar concorrentes por faltas ou irregularidades das propostas que não ponham em causa a sua apreciação ou ordenação.*

*LXXXI) Na verdade, são várias as correntes que consideram que nem todas as formalidades são indispensáveis à validade dos actos da entidade adjudicante, por haver que considerar desvios a esse rigor que são tanto mais necessários quanto é certo que a variada adopção de figuras jurídicas contratuais novas no nosso ordenamento, os textos da lei e das peças concursais não são claros, precisos e coerentes.*



LXXXII) *Por outra via, e com o mesmo fim, a chamada teoria dos actos (não essenciais, defende que uma formalidade essencial (cuja violação implica invalidade do acto) se transforma em não essencial (mera irregularidade sem afectar a validade do acto), quando a sua omissão não tenha impedido a consecução dos valores ou objectivos que se destinava a servir, ou seja, no caso de notória inocuidade procedimental ou decisória.*

LXXXIII) *Também no mesmo sentido impõe o princípio do aproveitamento dos actos administrativos que a preterição de formalidades não deve conduzir à invalidade do acto administrativo quando se imponha concluir que o seu conteúdo não podia em concreto ser outro.*

LXXXIV) *Nas palavras de Rodrigo Esteves de Oliveira, impõe-se, pois, "dever evitar-se - e este é um ponto especialmente importante, considerando a entrada em vigor do CCP e as novas soluções que ele traz - que ideias formadas com base em concepções abstractas apriorísticas dos princípios da contratação pública prevaleçam sobre a ordenação legal, ou seja, sobre as regras legítimas postas pelo legislador para a disciplina dos procedimentos adjudicatórios de direito público." (Rodrigo Esteves de Oliveira, Estudos da Contratação Pública). O que o Tribunal não fez ferindo o Acórdão Recorrido.*

LXXXV) *Por sua vez, e como se demonstrou, não padece o procedimento dos vícios que fundamentam a susceptibilidade de alteração do seu resultado financeiro, não podendo, por via disso, ser enquadrado na hipótese prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.*

*Ainda que assim se não considere, sempre se dirá que:*

LXXXVI) *Entendendo-se que se verifica in casu a hipótese prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC, sempre deveriam os Senhores Juízes ter feito uso da faculdade prevista pelo n.º 4 do referido artigo.*

LXXXVII) *Até porque "Não estando adquirida a ocorrência efectiva de uma alteração do resultado financeiro do contrato, mas tendo já a entidade adjudicante sido objecto de recomendações anteriores (...), não se mostra reunido o condicionalismo que permita o uso da faculdade prevista no n.º 4 artigo 44º da referida Lei [LOPTC]' - Cfr Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 43/2009 de 27FEV2009 e n.º 162/09 de 02NOV2009.*

LXXXVIII) *Não se encontrando provado no caso dos autos, o agravamento do resultado financeiro do contrato;*

LXXXIX) *A Recorrente não foi objecto de qualquer Recomendação por parte deste Tribunal no âmbito do citado normativo legal;*

XC) *Razões pelas quais se impõe a utilização da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44º da LOPTC, devendo o contrato em causa ser visado, porventura, com as recomendações julgadas necessárias. Nestes termos e nos demais de Direito se requer a V.Exa se digne declarar a nulidade do Acórdão Recorrido, por errónea interpretação e erro na aplicação da lei e dos princípios jurídicos, revogando-o e*



*substituindo-o por outro que conceda o Visto ao contrato, dando por conseguinte integral provimento ao recurso ora apresentado.*

4. O Ministério Público pronunciou-se pela improcedência do recurso, em bem fundamentado parecer. Nesse parecer refere-se nomeadamente:
  - a) “[R]ecorre a CMS que, no essencial, não se afastou da mesma argumentação que já havia utilizado na fase da instrução do processo de “fiscalização prévia””;
  - b) “O concurso público internacional foi viciado, logo à partida, pela fixação abusiva de pré-condições, relativas à qualificação dos possíveis concorrentes”;
  - c) “Adoptou-se uma “fase de negociações” (antes da adjudicação), quando tal não era legalmente consentido segundo o “princípio da tipicidade” previsto no art. 70 n.º 1 do D. L. n. 197/99 de 08/06; e, ainda para mais, abriu-se uma tal fase, restringindo-a a um único concorrente”;
  - d) “A agravar isto, aproveitou-se essa “fase negocia/” para, com consentimento da CMS e no directo interesse do único concorrente, admitido às ditas negociações, alterar aspectos substanciais, dos pressupostos da contratação pública, anteriormente fixados no Programa do Concurso”;
  - e) “[O] denominado “contrato de assistência técnica”, que apareceu em anexo ao contrato principal e que foi um produto da tal “fase negocial”, para além de não previsto nas peças concursais, conformadoras do procedimento, aconteceu ao arrepio das regras gerais da contratação pública, porquanto resultou de um autêntico “ajuste directo””;
  - f) “[P]arece-nos mais do que evidente, que a CMS, com toda esta operação contratual, apenas pretendeu obter, para a citada E.M., uma via de co-financiamento privado, fora do circuito creditício normal”.
5. Foram colhidos os vistos legais.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

6. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto elencada na decisão recorrida. Dá-se pois por assente tal matéria.

Passe-se pois às questões de direito.

7. Analisada a petição de recurso, a presente decisão deve dilucidar sobre a conformidade legal das soluções adotadas no procedimento de formação do contrato e nos textos contratuais nas seguintes matérias:



- a) As exigências técnicas e financeiras fixadas no programa do concurso para admissão de concorrentes;
  - b) O estabelecimento de uma fase de negociações no concurso à qual foi admitido o concorrente classificado em primeiro lugar;
  - c) O estabelecimento de uma escala de pontuações dos factores e subfactores de avaliação das propostas em momento posterior ao da entrega das propostas;
  - d) A previsão de celebração de um contrato de assistência técnica, constante de anexo ao contrato principal, não estando tal previsão nos documentos do procedimento;
  - e) O estabelecimento no contrato de uma opção de compra, nos termos da qual se reconhece ao Município de Santarém o direito de compra ao parceiro privado da totalidade das suas ações e créditos, e em que o correspondente preço será determinado e pago nos termos de cláusula não constante da proposta apresentada pelo adjudicatário.
8. A decisão sobre a conformidade legal das soluções adotadas naquelas matérias assenta naturalmente na determinação do quadro legal aplicável. Também sobre tal determinação e sobre a solução que se estabeleceu na decisão recorrida se suscitaram objecções na petição de recurso. E conexas com tais questões, outras se levantaram: a de saber se no presente processo estamos perante uma parceria público-privada institucional e a de caracterizar substancialmente as relações contratuais constituídas ou a constituir. Teremos pois de enfrentar tais questões em primeiro lugar.
9. Deve contudo referir-se já que o facto de outros contratos com características idênticas terem, no passado, obtido decisão favorável no âmbito da fiscalização prévia, não é circunstância limitadora dos poderes de apreciação e decisão deste Tribunal neste processo.

## **II.A – O regime jurídico aplicável**

10. Relembre-se à partida que o programa de concurso estabeleceu que este se regia pelas disposições relativas ao procedimento de concurso público de âmbito comunitário, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.
11. Nesta matéria fundamental, na decisão recorrida defendeu-se essencialmente o seguinte:
- a) “[A] relação contratual estabelecida e agora sob apreciação [abrige-se] ao conceito de “Parceria Público-Privada Institucional””;
  - b) “[É] inequívoco que a relação obrigacional presente se abriga ao contrato de prestação de serviços”;



- c) Fundamentando-se o procedimento no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, *“a apreensão do alcance e sentido de tal injunção deverá ser temperada com o apelo ao art.º 77.º, n.º 1, al. j), do citado Decreto-Lei (...), o qual afasta a aplicabilidade dos capítulos III e seguintes deste último diploma legal sempre que aos contratos seja aplicável a Directiva n.º 93/38/CEE, do Conselho, de 14.06., que contempla os sectores de água, energia, transportes e telecomunicações”*;
- d) *“Considerando que o Município é entidade adjudicante, que se nos depara uma prestação de serviços no domínio da água e que o valor da prestação de serviços supera o valor de € 412 000,00 [vd. art.º 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 223/2001, na redacção concedida pelo Decreto-Lei n.º 234/2004, de 15.12], à relação contratual estabelecida entre o Município e o parceiro privado é aplicável o regime constante do Decreto-Lei n.º 223/2001 e, na parte não regulada neste último diploma legal, convocar-se-á, subsidiariamente, o Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06”*.

12. Note-se, à partida, que o Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de agosto, prevê o concurso público como uma das modalidades de procedimentos admissíveis para a formação dos contratos (vide o artigo 17º) e determina que supletivamente tais concursos obedecem ao disposto no Decreto-Lei n.º 197/99 (vide o artigo 1º). Note-se igualmente que aquele diploma prevê um processo por negociação, como procedimento alternativo ao concurso público (vide artigos 17º, 31º e 32º). O Decreto-Lei n.º 197/99 prevê igualmente, como se sabe, um procedimento por negociação, alternativo ao concurso público.

Assim, seguindo o entendimento da decisão recorrida, o concurso público agora em causa deveria obedecer ao disposto no Decreto-Lei n.º 223/2001, alterado pelo Decreto-Lei n.º 234/2004 – que pouco dispõem quanto à marcha procedimental, reconheça-se – e, supletivamente, ao disposto no Decreto-Lei n.º 197/99.

13. A recorrente contestou tal entendimento, referindo fundamentalmente o seguinte:

- a) *“O procedimento concursal encontra-se (...) desde logo subordinado ao Regime Jurídico do Sector Empresarial Local: a Lei n.º 53-F/2006 de 29 de Dezembro”*;
- b) Face ao que se dispõe no artigo 12º deste diploma legal *“[à] selecção das entidades privadas aplicar-se-ão os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão e, subsidiariamente, nos regimes jurídicos da contratação pública em vigor, cujo objecto melhor se coadune com a actividade a prosseguir pela empresa”*;



- c) Face a tal disposição teria pois de ser seguido “o regime da *concessão do serviço público em questão*”: DL n.º 379/93 de 5 de Novembro, DL n.º 147/95 de 21 de Junho”;
- d) “[E] subsidiariamente o DL n.º 197/99 de 08 de Junho”.

14. Note-se que o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, prevê o concurso público como o procedimento para a formação dos contratos de concessão (vide o artigo 10º) e, como nada mais dispõe, o procedimento deve seguir a disciplina geral da contratação pública, sendo neste caso o Decreto-Lei n.º 197/99 que, como já se referiu, prevê um procedimento por negociação, alternativo ao concurso público.
15. Em conclusão do que agora se referiu, deve notar-se que ambos os entendimentos, seguindo embora caminhos diferentes, concluem no mesmo sentido: o concurso público, no caso *sub judicio*, deveria obedecer nos seus aspetos essenciais ao disposto no Decreto-Lei n.º 197/99.
16. Assim se disse na decisão recorrida, assim o reconhece a recorrente no recurso e assim o reconheceu também no programa do concurso.

Contudo não devemos ignorar os referidos caminhos diferentes e analisá-los, ainda que sucintamente, para que sobre tudo haja pronúncia.

Vejamos.

17. A questão fundamental a dirimir é a de saber se é ou não aplicável no caso o artigo 12º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, que dispunha:

*“Artigo 12.º*

***Normas de contratação e escolha do parceiro privado***

*1 - Sem prejuízo do disposto nas normas comunitárias aplicáveis, as empresas devem adotar mecanismos de contratação transparentes e não discriminatórios, assegurando igualdade de oportunidades aos interessados.*

*2 - À seleção das entidades privadas aplicar-se-ão os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão e, subsidiariamente, nos regimes jurídicos da contratação pública em vigor, cujo objeto melhor se coadune com a atividade a prosseguir pela empresa.*

*3 - O ajuste direto só é admissível em situações excecionais previstas nos diplomas aplicáveis, nos termos do número anterior.”*



18. Defende-se na petição de recurso que o nº 2 do artigo se aplicava na situação presente e, daí, que de seguida considere que se devia recorrer ao disposto no diploma das concessões.

Discorda-se de tal entendimento, por razões de natureza sistemática.

Note-se que no nº 1 do mesmo artigo se estabelecia que *“as empresas devem adotar mecanismos de contratação transparentes e não discriminatórios, assegurando igualdade de oportunidades aos interessados”*. É pois claramente uma disposição que se aplicava às empresas locais, quando estas contratam e escolhem parceiros privados. E neste nº 1 o que se consagrava é que em tal contratação devia haver observância dos princípios da transparência, da igualdade e da imparcialidade.

O nº 2 continuava a estabelecer o regime de tal contratação pelas empresas locais, mas agora estabelecendo-se que devia ser observado o princípio da concorrência: *“À seleção das entidades privadas aplicar-se-ão os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão e, subsidiariamente, nos regimes jurídicos da contratação pública em vigor”*.

E o nº 3 abordava matéria de maior delicadeza na medida em que estabelecia uma regra relativa à não observância do princípio da concorrência, consagrado no nº 2: *“O ajuste direto só é admissível em situações excecionais previstas nos diplomas aplicáveis”*.

Isto é: o artigo 12º estabelecia os princípios que as empresas locais deviam respeitar na escolha de parceiros privados e na sua contratação.

Ora, no presente caso, **é o Município e não a empresa que seleciona o parceiro privado.**

19. Argumentar-se-á que assim não se dá adequado acolhimento ao que se dispunha no nº 2 quando nele se previam *“os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão”*. Por este inciso, dir-se-ia que a norma se aplicava aos próprios municípios enquanto entidades concessionárias.

Não é assim, necessariamente.

Note-se que no inciso se refere não ao *“regime jurídico da concessão dos serviços públicos”*, mas ao *“regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão”*.



Para esclarecimento, repare-se que no artigo 5º se estabelecia que “[as] empresas têm obrigatoriamente como objeto a exploração de atividades de interesse geral, a promoção do desenvolvimento local e regional e a gestão de concessões”.

Assim se compreende melhor o disposto no artigo 12º, nº 2: quando uma empresa local, **gerindo uma concessão**, procedesse à contratação e escolha de um parceiro privado, deveria atender ao regime a que obedecia a concessão **em questão**, e supletivamente aos regimes jurídicos gerais da contratação pública.

20. Conclui-se pois que o artigo 12º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, não era aplicável ao caso concreto.

E, por estas razões, subscreve-se o entendimento da decisão recorrida quando de imediato faz apelo ao disposto no Decreto-Lei nº 197/99, e dá adequada relevância ao disposto na alínea j) do nº 1 do artigo 77º que afasta a aplicabilidade dos capítulos III e seguintes do diploma sempre que aos contratos seja aplicável a Diretiva n.º 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de junho, que contempla os sectores de água, energia, transportes e telecomunicações.

Por essa via, e por razões que abaixo se explicitarão a propósito da natureza substancial das relações contratuais celebradas, deveria ser feito apelo ao disposto no Decreto-Lei n.º 223/2001 e, na parte não regulada neste último diploma legal, aplicando-se, subsidiária e finalmente, o Decreto-Lei n.º 197/99.

Este é o regime jurídico aplicável e que suporta a presente decisão. Mas como acima se referiu, na prática, ambos os caminhos interpretativos conduziram efetivamente, em aspetos essenciais, às mesmas soluções: as do Decreto-Lei n.º 197/99. Que, como se referiu, o programa do procedimento indicava expressamente.

## **II.B – A caracterização do complexo contratual como PPPI**

21. Uma outra avaliação feita na decisão recorrida suscitou a contestação da recorrente: a de que, no caso presente, o conjunto de contratos celebrados ou previstos celebrar, corporiza uma parceria público-privada institucionalizada.

Note-se que o contrato de compra e venda de ações celebrado entre o Município e o parceiro privado tem como anexos um acordo parassocial, celebrado também entre eles e um contrato de gestão delegada celebrado entre o Município e a empresa municipal. No acordo parassocial, por sua vez, prevê-se a celebração de um contrato de prestação de serviços entre o Município e a empresa municipal, um contrato de assistência técnica celebrado entre a empresa municipal e o parceiro privado e um contrato de opção de compra e venda de ações.



Pese embora a qualificação deste complexo contratual como PPPI não tenha sido determinante para o sentido da decisão, como foi expressamente contestada deverá ser brevemente analisada.

22. Disse-se na decisão recorrida: “(...) a factualidade disponível, comprovada documentalmente, permite concluir que a **relação contratual estabelecida e agora sob apreciação se abriga ao conceito de “Parceria Público-Privada Institucional”**. E, na pegada da definição legal de tal conceito, contida no Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26.04 [vd., ainda, a alteração constante do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27.07.], a parceria público-privada de cariz institucional substancia-se pela associação a um ente privado com vista à prossecução integral das suas atribuições, materializável mediante cedência a este último de parte da participação social detida pelo parceiro público em entidade personalizada previamente existente [«in casu», “Empresa das Águas de Santarém – E.M., S.A.”].

23. Contestou a recorrente dizendo: “ (...) para efeitos de qualificação jurídica do contrato, não pode, em rigor, falar-se de Parceria Público-Privada, porquanto o respectivo regime jurídico não integra as Autarquias Locais no seu âmbito de aplicação subjectiva (alínea a) do n.º 2 do art. 2º do DL 86/2003 de 26/04 na sua redacção actual) e ainda porque os contratos de alienação de participação social das empresas municipais não se integram os instrumentos de regulação das relações jurídicas de colaboração entre entes públicos e privados constantes da enunciação taxativa e exhaustiva das alíneas a) a f) do n.º 3 do art.º 2º do DL 86/2003 de 26/04 na sua redacção actual.

Vejamos brevemente.

24. Apesar de pelo presente complexo de contratos que corporiza o negócio, não se proceder à criação *ex novo* de um terceiro ente em que se concretiza a parceria entre entidades do setor público e do setor privado, claramente aquele complexo traduz uma parceria público-privada institucionalizada (PPPI).

Vejamos a questão, desde já no plano doutrinal. Diz-se na Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas <sup>2</sup>:

“Na prática, a criação de uma PPPI traduz-se habitualmente:

— na criação de uma nova empresa, cujo capital pertence conjuntamente à entidade adjudicante e ao parceiro privado — nalguns casos especiais a

---

<sup>2</sup> Comunicação 2008/C 91/02, publicada no JOUE de 12.4.2008.



*várias entidades adjudicantes e/ou a vários parceiros privados — e na adjudicação de um contrato público ou de uma concessão a essa entidade de capital misto recém-criada, ou*

- *na participação de um parceiro privado numa empresa pública pré-existente, que executa contratos públicos ou concessões atribuídas no passado no quadro de uma relação «interna»”.*

Ora, parece da maior evidência que o que se passa no presente processo está claramente retratado na segunda alternativa referida na Comunicação.

E a propósito repesque-se um trecho que, nessa Comunicação, diz com interesse para o presente processo:

*“Um processo equitativo e transparente de seleção do parceiro privado de uma PPPI garante o cumprimento do objetivo da livre concorrência não falseada e do princípio da igualdade de tratamento, nomeadamente evitando que a empresa privada que participa no capital da PPPI beneficie de vantagens indevidas em relação aos seus concorrentes. Assim, a criação de uma PPPI mediante um processo de seleção equitativo e transparente do parceiro privado dessa entidade no capital misto responde às exigências do TJCE”.*

Na seleção do parceiro privado – designadamente para participação no capital de sociedade pública pré-existente – deverá pois conduzir-se um processo equitativo e transparente.

Vejamos a questão no plano legal.

25. É verdade, como diz a recorrente, que o regime jurídico aplicável, em matéria de parcerias público-privadas – o Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de abril, com as alterações que nele foram introduzidas - não incluía no seu objeto as parcerias constituídas por municípios <sup>3</sup>.

Mas de tal constatação não poderá retirar-se a conclusão de que a construção contratual patente no presente processo não é uma parceria. É, como já se viu. Poderia sim concluir-se que, sendo uma parceria constituída por um município, não tinha

---

<sup>3</sup> A recorrente afirma também que “os contratos de alienação de participação social das empresas municipais não se integram os instrumentos de regulação das relações jurídicas de colaboração entre entes públicos e privados constantes da enunciação taxativa e exaustiva das alíneas a) a f) do n.º 3 do art.º 2º do DL 86/2003 de 26/04 na sua redacção actual”. Esta afirmação não é rigorosa por uma razão muito simples: a enumeração constante do nº 4 do artigo 2º – crê-se que é a este número que a recorrente se refere - não é taxativa nem exaustiva: é exemplificativa.



disciplina jurídica expressa e diretamente aplicável. Mas então a tarefa do intérprete passa a ser a de a encontrar. O que deverá fazer-se, como se sabe, com apelo às regras de interpretação do Código Civil (CC).

Ora, não existindo regime jurídico diretamente aplicável às parcerias promovidas pelas autarquias locais, parece ser necessário reconhecer a existência de uma lacuna a ser integrada com recurso à analogia, com a aplicação do referido Decreto-Lei nº 86/2003, na medida em que muito claramente neste caso omissis procedem “*as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei*”, como se dispõe no artigo 10º do CC.

Relembre-se agora que o referido Decreto-Lei nº 86/2003 estabelece como conceito de PPP “*o 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 o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*”.

Pese embora no presente caso se proceda à alienação de capital social a um terceiro privado, é também verdade que é através dessa alienação que um parceiro privado, se obriga, de forma duradoura, perante um parceiro público, a participar no desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração passam a incumbir, pelo menos em parte, ao parceiro privado. E essa obrigação surge desenhada na união de contratos que constituem objeto de análise do presente processo.

A aplicação do regime jurídico das PPP estaduais ao presente caso é útil para a presente decisão sobretudo numa dimensão: é que no nº 5 do artigo 10º do Decreto-Lei nº 86/2003 se afirma que “[o] lançamento da parceria é feito segundo o procedimento adjudicatório aplicável, nos termos da legislação relativa à contratação pública”.

Esta determinação é conforme pois às conclusões já antes retiradas.

26. A caracterização do complexo contratual como PPP é aliás expressamente assumida no próprio programa do concurso, quando neste se afirma no seu nº 1.2. que “[com] a seleção do parceiro privado, a CMS pretende assegurar a capacidade de mobilização dos recursos financeiros (...) bem como o acompanhamento e disponibilização à Empresa da sua experiência em construção, gestão e exploração de infra-estruturas do Ambiente (...) criando uma estrutura empresarial eficiente”. Ou ainda no nº 19.2



onde se afirma: “[o] critério de adjudicação das propostas dos concorrentes considerados aptos para a celebração de uma parceria...”.

E no volume IV do processo do concurso que inclui o estudo preliminar de referência diz-se: “ A análise realizada teve por base a constituição de uma Empresa Municipal (...) em regime de parceria público-privada”.

E, nesse estudo, confirmando-se tudo o que acima se defendeu, diz-se ainda: “A C.M. Santarém pretende agora (...) avançar (...) para a gestão e exploração dos sistemas de abastecimento de água para consumo público e saneamento do Município em regime de parceria público-privada nos termos da Lei nº 53-/2006 de 29 de Dezembro”.

## **II.C – A caracterização substancial do contrato como um contrato de prestação de serviços**

27. Outro aspeto abordado na decisão recorrida, e contestado na petição de recurso, diz respeito à caracterização substancial da relação contratual ou das relações contratuais estabelecidas com a presente PPPI.

28. Disse-se na decisão recorrida:

*“(...) nos termos do contrato sob fiscalização prévia, [o parceiro privado] adquiriu 49% do capital social da empresa [municipal], [que] tem por objecto (...) a gestão e exploração dos sistemas públicos de captação e distribuição de água, drenagem e tratamento de todo o tipo de águas residuais na área do Concelho de Santarém.*

*Logo, e necessariamente, [aquele parceiro privado] associar-se-á à consecução do objecto [daquela empresa municipal]. De resto, e a propósito, tal é confirmado pelo teor do contrato sob apreciação que, nas cláusulas 4.ª e 5.ª do (...) Acordo Parassocial, atribui àquela empresa privada intervenção activa no domínio da gestão da empresa [municipal]”.*

*Apesar do exposto, sempre importará indagar se tal intervenção se subsume ao âmbito dos contratos públicos [de obra pública ou de prestação de serviços], ou, diferentemente, se integra no domínio das concessões de obra pública e de serviços públicos. (...)*

*«In casu», porque ao parceiro privado é garantida pelo Município uma remuneração mínima do capital accionista (...) e o mesmo não assume o risco de exploração da actividade face ao regime legal vigente à data da abertura do procedimento, é inequívoco que a relação obrigacional presente se abriga ao contrato de prestação de serviços”.*

29. Contestou tal afirmação a recorrente, dizendo no essencial que:



*“(...) não pode subsumir-se o presente contrato a uma prestação de serviços pela entidade privada. (...) Na verdade, o Município já havia delegado a gestão e exploração dos serviços municipais de captação e distribuição de água e de drenagem e tratamento de todo o tipo de águas residuais no concelho de Santarém na Empresa Municipal pré-existente, (...). [C]om o procedimento concursal (...) o Município pretendeu seleccionar um co-contratante que adquirisse uma parte minoritária do capital social da referida Empresa Municipal e, por essa via, com ele colaborasse (minoritariamente) na gestão da Empresa e permitisse a esta mobilizar recursos financeiros e aportar know-how e racionalidade de gestão aos processos (...). Sendo certo que é à Empresa - e não à entidade privada - que, objectivamente, compete a exploração da actividade que lhe foi previamente delegada pelo Município”.*

Vejamos.

30. É verdade que o complexo contratual sob análise inclui uma alienação de capital social da empresa municipal.

Mas também é verdade que tal alienação se concretiza, por um lado, na obtenção de recursos financeiros vultuosos para a Câmara Municipal, mas dá origem também, por outro, a uma “rede” de prestações de serviços que se entretetece entre as entidades envolvidas.

Aliás dizia o programa do concurso que se pretendia *“assegurar a capacidade de mobilização dos recursos financeiros (...) bem como o acompanhamento e disponibilização à Empresa da sua experiência em construção, gestão e exploração de infra-estruturas do Ambiente”.*

Não é pois uma “simples” alienação de capital social.

31. Sobre o primeiro aspeto – a obtenção de recursos financeiros vultuosos para a CMS - não se debruçou a decisão recorrida e, portanto, também não a petição de recurso. Por isso, não se procederá à sua análise, pese embora o Ministério Público a tenha afluído, mas sem expressa fundamentação, quando afirma que *“parece-nos mais do que evidente, que a CMS, com toda esta operação contratual, apenas pretendeu obter, para a citada E.M., uma via de co-financiamento privado, fora do circuito creditício normal”.*



32. Quanto ao segundo aspeto, relembre-se que o contrato celebrado de compra e venda de ações celebrado entre o Município e o parceiro privado tem como anexo um acordo parassocial, celebrado também entre eles <sup>4</sup>.

E neste acordo parassocial estabelece-se que:

- a) O parceiro privado se compromete a prosseguir a gestão operacional da empresa municipal <sup>5</sup>;
- b) Caberá ao parceiro privado a intervenção predominante em termos operacionais na exploração dos sistemas de modo a assegurar e promover a eficiência técnica e empresarial <sup>6</sup>.

Refira-se ainda que neste acordo parassocial se prevê a celebração de um contrato de prestação de serviços entre o Município e a empresa municipal, e de um contrato de assistência técnica entre a empresa municipal e o parceiro privado, bem reveladora da “rede” de prestações de serviços envolvida nesta PPPI.

Pelo contrato de prestação de serviços entre o Município e a empresa municipal, esta executa os serviços de exploração e gestão do sistema de águas pluviais recebendo por isso a quantia anual de 500 mil euros<sup>7</sup>.

Pelo contrato de assistência técnica entre a empresa municipal e o parceiro privado, este presta serviços de assistência técnica à gestão e exploração do serviço delegado pelo município à empresa municipal (gestão e exploração dos sistemas públicos de captação e distribuição de água e de drenagem e tratamento de águas residuais <sup>8</sup>). Por tal prestação de serviços, o parceiro privado receberá uma quantia anual variável correspondente a 4% do valor de proveitos de exploração da empresa municipal <sup>9</sup>.

Tais prestações de serviços são de tal modo importantes neste negócio que, no acordo, se estabelece que, na hipótese de o Município proceder à rescisão unilateral do contrato de assistência técnica a celebrar com o parceiro privado, ou do contrato de prestação de serviços a celebrar com a empresa municipal, o parceiro privado adquire o direito de vender ao Município, que se obriga a comprar, a totalidade das ações detidas na empresa municipal<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Número 8 do contrato.

<sup>5</sup> Número 3.7. do acordo.

<sup>6</sup> Número 5. do acordo.

<sup>7</sup> Cláusulas 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup>, 12<sup>a</sup> e 18<sup>a</sup>.

<sup>8</sup> Cláusula 2.1. do contrato de gestão delegada.

<sup>9</sup> Cláusulas 1.1. e 3.1. do contrato de assistência técnica.

<sup>10</sup> Número 6.2. do acordo.



Isto é: a prestação de serviços desempenha efetivamente um papel central na PPPI construída.

Neste complexo contratual erguido a partir do contrato *sub judicio* consagram-se pois relações de aquisição e de prestação de serviços entre a CMS, a empresa municipal e o parceiro privado.

Relembre-se que “*a contratação (...) de prestação de serviços pelas entidades adjudicantes*” no domínio da “*colocação à disposição, a exploração e a alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte ou distribuição de água potável*” regia-se pelo disposto no Decreto-Lei n.º 223/2001 <sup>11</sup>.

Existem pois argumentos bastantes a militar no sentido da conclusão da decisão recorrida: a de que substancialmente se está no âmbito de uma aquisição e prestação de serviços, pelo que face ao disposto na alínea j) do n.º 1 do artigo 77º do Decreto-Lei n.º 197/99, deveria ser feito apelo ao disposto no Decreto-Lei n.º 223/2001 e, na parte não regulada neste último diploma legal, aplicando-se, subsidiária e finalmente, aquele primeiro diploma legal.

Reconhece-se contudo, face à importante dimensão que tem a disponibilização de relevantes recursos financeiros para a CMS, por via da alienação de capital social, que a PPPI sob apreciação constitui uma operação atípica que não se subsume a um dos contratos típicos estabelecidos no regime da contratação pública então em vigor, tendo embora uma importantíssima dimensão de prestação de serviços.

33. Contudo como já antes se disse, dado que o Decreto-Lei n.º 223/2001 pouco dispõe no que mais interessa para decidir no presente processo, sempre seremos reencaminhados para a disciplina do Decreto-Lei n.º 197/99.

Assim, apesar da polémica instalada no processo, sempre se conclui no mesmo sentido do programa de concurso que, como se referiu, estabeleceu a aplicação desse diploma legal.

34. Antes ainda de passar à apreciação das questões de fundo, uma última questão deve ser analisada, no que respeita ao regime jurídico aplicável.

A recorrente defendeu a aplicação no caso dos Decretos-Lei n.º 194/2009 e n.º 195/2009, ambos de 20 de Agosto, porque “*no decurso do procedimento de contratação em questão, o quadro legal dos sistemas municipais e multimunicipais e*

---

<sup>11</sup> Vide artigo 1º e alínea a) do artigo 3º do referido diploma, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 234/2004.



*das entidades gestoras de serviços públicos de abastecimento de água, de saneamento e tratamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, foi objecto de alterações legislativas significativas introduzidas [por aqueles diplomas legais] com entrada em vigor no dia 1 de Janeiro de 2010, tendo-se desde logo (mas já após a ordenação das propostas e de seleccionada a proposta mais vantajosa) ensaiado uma adaptação dos contratos às normas constantes dos referidos diplomas (cfr. artigo 80º n.º 1 e n.º 4 do Decreto-Lei n.º 194/2009), por forma a evitar futuras modificações unilaterais do Contrato e respectivos reequilíbrios ou renegociações deste. Este esforço foi, aliás, elogiado pela Entidade Reguladora, aquando da sua pronúncia relativamente à minuta do Contrato enviada para esse efeito”.*

Não se contestam as intenções do que foi feito. Contudo, não pode deixar de dizer-se que aqueles diplomas, face às datas relevantes do procedimento, não vigoravam efetivamente, não podiam ser então observados, e as suas soluções só poderiam ser seguidas se o regime efetivamente então aplicável o permitisse e na medida em que o permitisse.

E lembre-se que foi intenção expressa do legislador que o diploma não se aplicasse, como resulta do nº 4 do seu artigo 80ª que dispôs:

*“O presente decreto-lei não se aplica aos procedimentos (...) para a seleção de parceiros privados para empresas municipais em curso à data da sua entrada em vigor, nos quais já tenha havido apresentação de propostas.”*

E diga-se igualmente que não foi contestada a avaliação feita na decisão recorrida de que *“o modo de apuramento do valor de aquisição das acções nem sequer observa a regra fixada no art.º 26.º, n.ºs 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20.08”.*

## **II.D – As exigências técnicas e financeiras fixadas no programa do concurso para admissão de concorrentes**

35. Estabeleceu-se no programa de concurso que apenas eram admitidas ao concurso empresas, ou agrupamentos de empresas, que satisfizessem, cumulativamente, as seguintes exigências mínimas:

- a) Participar direta ou indiretamente em contratos de concessão ou em sociedades de delegação de gestão de serviços de abastecimento de água ou de saneamento que servisse mais de 30 000 consumidores ou utentes ou 60 000 habitantes. Tratando-se de uma participação indireta, esta deverá ser, no mínimo, superior a 30% do capital social;
- b) Volume de negócios cujo valor acumulado nos últimos cinco anos relativo às mesmas atividades antes referidas, não tenha sido inferior a € 25 000 000,00;



c) Dispor de, pelo menos, € 2 500 000,00 de capitais próprios no último exercício.

36. Na decisão recorrida considerou-se que *“a exigência, materializada na prévia participação, directa ou indirecta, em contratos de concessão ou em Sociedades de Delegação de Gestão de Serviços de Abastecimento de Água ou de Saneamento, apesar da natural preocupação [visar-se-á a identificação de candidatos com experiência comprovada nesta área de intervenção] que encerra, se revela incompatível com os princípios da igualdade e da concorrência, os quais, transversalmente, informam toda a contratação pública. (...) Ora, a exigência em causa – a constante [da alínea a)] – mostra-se formulada em termos tais que, antecipadamente, obsta a que determinados operadores económicos e possíveis concorrentes demonstrem que detêm aptidão técnica, organizacional e financeira para assegurar a prestação dos serviços objecto do contrato a celebrar e nos termos exigidos. Ou seja, e dito de outro modo, veda-se a formulação de candidaturas a todos aqueles que, anteriormente, não tenham prestado serviços de igual natureza”*.<sup>12</sup>

37. Perante tal avaliação, a recorrente afirma no essencial o seguinte:

- a) *“[O] regime das (...) concessões era regulado no Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, cujo artigo 10º n.º 1 estatui que o contrato de concessão deve, por regra, ser precedido de concurso público e no n.º 2 estipula que do respectivo programa do concurso devem constar "e) Os requisitos de admissibilidade respeitantes às exigências técnicas, económica e financeiras mínima”, “norma legal [que] inculca mesmo a respetiva obrigatoriedade ou pelo menos conveniência”;*
- b) *“Era entendimento pacífico, à época, que também o Decreto-Lei n.º 197/99 (...) admitia expressamente a possibilidade (quando não a obrigatoriedade ou conveniência) de prévia avaliação da capacidade financeira e técnica dos Concorrentes como condição de admissibilidade dos mesmos a concurso”;*
- c) *“De resto, é, também, claro que a alegada violação da estrutura principiológica da contratação pública - nomeadamente, do princípio da igualdade e da concorrência - não existe. Não só o entendimento operativo, consensualmente seguido pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União, do que são as exigências do princípio da concorrência, não legitima o entendimento de que há alguma restrição desproporcionada no que respeita às condições de admissibilidade dos potenciais agentes económicos interessados na concreta relação com a Câmara Municipal de Santarém, no âmbito da empresa municipal em causa, como, de resto, nenhum desses interessados (ainda que eventuais interessados potenciais) manifestou algum sentimento de discriminação. Consequentemente a igualdade também não é*

---

<sup>12</sup> Negritos nossos.



*desrespeitada, enquanto princípio fundamental de toda a contratação pública”;*

- d) *“Assim, desde que as regras e critérios aplicáveis à seleção da entidade privada fossem claras, adequadas e publicitadas, de modo a respeitar o princípio da concorrência e igualdade entre os interessados e a imparcialidade do processo (como sucede no caso vertente), os requisitos em causa eram perfeitamente legais e podiam mesmo revelar-se desejáveis”.*

38. Em síntese, o Município argumenta que as exigências em questão são legais e, no mínimo, convenientes.

Quanto à não aplicação do Decreto-Lei nº 379/93 já antes se falou.

39. Deve notar-se que a decisão recorrida não afasta a possibilidade de serem fixadas exigências de aptidão dos concorrentes com base em critérios assentes na sua capacidade profissional, técnica ou financeira.

A decisão recorrida contesta sim o “*quantum*” fixado em termos de capacidade técnica e financeira.

40. Não se discute a necessidade de adoção de exigências mínimas que os concorrentes deverão respeitar, em especial se o objeto do contrato for complexo e de especial interesse público, como este é. Contudo, estas exigências mínimas não deverão ser formuladas em termos que obstem logo à partida que determinados operadores económicos possam, pelo menos, tentar demonstrar que estão aptos tecnicamente e que oferecem condições organizacionais e financeiras que assegurarão a prestação do serviço requerido, independentemente de já terem assegurado prestações iguais. A não ser assim, corre-se o risco de se eternizarem como únicos concorrentes aptos a concorrer aqueles que já operam no mercado para aquele tipo de prestação, restringindo-se assim a entrada de novos operadores ou a possibilidade de continuação da atividade por aqueles que ainda não asseguraram a prestação, mas àquele nível agora exigido.

41. As exigências estabelecidas no programa do concurso apontavam no fundo para que os concorrentes tivessem experiência anterior em contratos de **idêntica** complexidade e **idêntica** dimensão financeira, para universos **idênticos** de consumidores<sup>13</sup>.

Ora, deve dizer-se que na petição de recurso **nada** foi dito que permita contestar-se a avaliação feita na decisão recorrida de que as exigências fixadas eram excessivas.

---

<sup>13</sup> Vd <http://www.cm-santarem.pt/concelho/caracterizacaodoconcelho/Paginas/socioeconomica.aspx>



42. E foram excessivas, face às exigências que decorrem do princípio da concorrência e do princípio da igualdade – consagrados nos artigos 9.º n.º 1 e 10.º do Decreto-Lei n.º 197/99 - sendo neste domínio irrelevante se “*as regras e critérios aplicáveis à seleção da entidade privada fossem claras, adequadas e publicitadas*” ou se “*nenhum desses interessados (ainda que eventuais interessados potenciais) manifestou algum sentimento de discriminação*”.

## **II.E - O estabelecimento e realização de uma fase de negociações no concurso**

43. O programa de concurso estabeleceu que após a receção do relatório final de avaliação das propostas, a CMS procederia à indicação do concorrente selecionado para uma fase de negociação dos elementos contratuais e, caso não houvesse acordo, procederia à seleção do concorrente graduado em segundo lugar, para efeitos de nova fase de negociações.

A negociação realizada com o concorrente selecionado e adjudicatário teve por objeto a negociação das minutas de vários instrumentos jurídicos: o contrato de compra e venda de ações, o projeto de estatutos da empresa municipal, o acordo parassocial, o contrato de gestão delegada e respetivos anexos técnicos, o contrato de assistência técnica e, por fim, o contrato de prestação de serviços para a exploração e gestão das redes de águas pluviais e respetivos anexos técnicos.

Na negociação realizada foram consagradas soluções contratuais não previstas nos documentos concursais e na proposta apresentada, da maior importância para o desenho da PPPI. Nomeadamente:

- a) O direito dos acionistas – e portanto também do parceiro privado - a uma distribuição mínima do lucro de exercício;
- b) O direito a uma remuneração mínima também em favor do parceiro privado;
- c) O direito do parceiro privado a revender ao Município as ações por si tituladas.

Tais soluções estão longe de se poderem considerar ajustamentos ou condições acessórias, como estabelece o n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

44. Ora, como já antes se fez, relembre-se que o Decreto-Lei n.º 223/2001 prevê, no seu artigo 17.º, que, por escolha da entidade adjudicante, podem ser adotadas as seguintes modalidades de procedimento:

- a) Concurso público;
- b) Concurso limitado;



c) Processo por negociação.

Ora, no caso do concurso público e no do concurso limitado, não prevê a lei a possibilidade de realização de negociações. E para o caso de condução de um processo de negociações, aquele diploma legal também refere no n.º 2 do seu artigo 31.º que o processo “*segue, com as necessárias adaptações, os termos do concurso por negociação ou do processo normal por negociação com publicação prévia de anúncio, consoante se trate de empreitada ou de fornecimento e prestação de serviços*”.

Assim – e como já se disse *ad nauseum* – quer se admita, quer não se admita a aplicação daquele diploma legal, estaremos sempre conduzidos a seguir o disposto no Decreto-Lei n.º 197/99.

45. O Decreto-Lei n.º 197/99, como também já se disse, prevê igualmente, no seu artigo 78.º, que a contratação relativa à locação e aquisição de bens ou serviços deve ser precedida, nomeadamente, de concurso público, de concurso limitado ou de procedimento de negociação, com ou sem publicação prévia de anúncio.

E dispõe ainda no n.º 1 do seu artigo 7.º que “[na] formação e execução dos contratos, as entidades públicas e privadas devem observar as regras e princípios previstos no presente diploma, não podendo, designadamente, ser adotados procedimentos diferentes dos nele tipificados, exceto quando previstos na lei”.

Ora, a lei não prevê a possibilidade de concurso com negociação.

46. E mesmo que se admitisse, face à singularidade do complexo contratual presente, a condução de um procedimento atípico, inspirado no concurso público com uma fase de negociações, esta teria de incluir uma dimensão concorrencial <sup>14</sup> que, no caso presente, não existiu de todo. Efetivamente, como se disse, à fase negocial foi admitido somente o primeiro classificado no procedimento concursal e, por via das negociações, foram consagradas soluções da maior importância, não previstas nem nos documentos do procedimento, nem na própria proposta apresentada.

Como se disse na decisão recorrida, foram pois violados os artigos 7.º a 10.º, 14.º n.º 2 e 3, 143.º e 150.º do Decreto-Lei n.º 197/99, e os princípios consagrados naquelas primeiras disposições legais: da legalidade, da transparência, da igualdade, da concorrência e da estabilidade.

---

<sup>14</sup> Vide designadamente os artigos 135.º, 139.º, 143.º e 150.º do Decreto-Lei n.º 197/99.



47. Face ao que agora se afirmou, obviamente não colhe o argumento de que as alterações introduzidas em fase de negociação resultam de “*uma imposição da lei, manifestação clara do fait du prince e que sempre viria a verificar-se*”.

## **II.F - O estabelecimento de uma escala de pontuações para avaliação das propostas após a sua entrega**

48. Relembre-se o que nesta matéria se afirmou na decisão recorrida. O seguinte:

- a) “*O critério de adjudicação é o da proposta mais vantajosa, a substanciar por factos reportados à tarifa média (50%), adequação do plano de investimentos proposto (20%), qualidade da proposta do concorrente (10%), estudo económico-financeiro do projecto para um período de 30 anos (10%), proposta de pacto e acordo parassocial (5%) e declarações de compromisso de garantia dos investimentos (5%)*”;
- b) *Em reunião de 20/02/2008, o Júri do concurso definiu os subfactores de avaliação e respectiva ponderação;*
- c) “*[O] prazo para entrega das propostas foi prorrogado até ao dia 10/04/2008*”;
- d) “*Decorre do processo em apreço que o júri do concurso, em reunião ocorrida em 14.05.2008, deliberou pontuar os factores e subfactores numa escala de 0 e 5 valores, sendo que os valores finais poderiam ter duas casas decimais. Tal reunião e subsequente deliberação teve lugar após o termo do prazo para a apresentação das propostas*”<sup>15</sup>;
- e) “*A temporalidade da deliberação (...) deveria ter lugar em fase anterior ao termo do prazo para a apresentação das propostas, pois, como bem se intui, versa matéria susceptível de influenciar a classificação final*”;
- f) “*Deste modo, a definição tardia da pontuação a atribuir aos factores e subfactores viola o disposto no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06., que, a propósito, dispõe o seguinte: (...) O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura*”;
- g) “*A tramitação procedimental em apreço ofende, assim, os princípios da transparência e da publicidade*”.

49. Contestou a recorrente dizendo, no essencial, o seguinte:

- a) “*No caso, o Júri, por pretender impor a máxima transparência na avaliação, teve o cuidado de autonomizar a escala classificativa que pretendia utilizar,*

---

<sup>15</sup> Negrito nosso.



*assim como o número de casas decimais dos valores finais de avaliação, razão pela qual fixou tais parâmetros na mencionada acta de 14/05/2008”;*

- b) *“E não se pretenda que a fixação destes parâmetros para os sub-factores por não ter ocorrido previamente à entrega das propostas (mas apenas antes da abertura das mesmas) implica automática quebra da igualdade e imparcialidade devidas”;*
- c) *“Verifica-se que a escala efectivamente fixada (de 0 a 5), aliada à possibilidade de as classificações conterem 2 casas decimais, admite uma avaliação com 500 patamares gradativos (de 0,01 a 5,00), o que possibilita uma análise pormenorizada e rigorosa das propostas. Isto é, o facto de se ter permitido o recurso a números decimais e centesimais contribui objectivamente para o rigor e transparência da avaliação”;*
- d) *“Pelo contrário, e como se afigura por demais evidente, a clarificação quanto à escala e número de casa decimais não teve qualquer influência na imparcialidade e rigor que presidiu à apreciação e ponderação do mérito das propostas e na sua correcta avaliação global”.*

50. Analisou-se atentamente o processado nesta matéria. Confirmaram-se os factos referidos, que aliás não foram contestados. Efetivamente o programa do concurso estabeleceu o critério de adjudicação – o da proposta economicamente mais vantajosa - e os fatores de avaliação. O júri no prazo procedimental fixado - e que a lei admitia - fixou os subfatores de avaliação e respetivos coeficientes de ponderação. Posteriormente à entrega das propostas, o júri estabeleceu que cada um dos fatores – no caso de não serem desenvolvidos em subfatores - e os subfatores – quando estes existissem – seriam pontuados de 0 a 5. E estabeleceu ainda que as pontuações finais dos fatores e subfatores, obtidas necessariamente após aplicação dos coeficientes de ponderação, poderiam ser expressas até duas casas decimais.

51. É verdade que se todas estas regras do procedimento tivessem sido fixadas nos documentos iniciais melhor se teria salvaguardado a sua transparência.

Contudo, deve reconhecer-se que a fixação da escala de classificação possível – de 0 a 5 – dos fatores e subfatores em momento posterior à entrega das propostas é relativamente indiferente: se se tivesse fixado uma escala de 0 a 10, ou de 0 a 20, ou de 0 a 100... os resultados seriam com elevada probabilidade os mesmos.

52. A questão essencial em termos de observância da lei – em particular, dos princípios da contratação pública e da atividade administrativa – dado o momento em que se fixou aquela escala, passou a ser a dos fundamentos por que a cada proposta, em cada fator e em cada subfator se atribuiu a pontuação de 0, ou de 1, ou de 2, ou ... de 5.



Se os critérios para atribuição de cada uma dessas pontuações tivessem sido fixados e publicitados antes, melhor se teria também salvaguardado a transparência no procedimento.

Contudo, deve reconhecer-se que a fundamentação constante dos relatórios de avaliação e seus anexos é suficientemente sólida para se considerar que aqueles princípios – em especial o da transparência, o da imparcialidade e o da fundamentação - foram observados.

53. Neste aspeto distanciamo-nos pois das conclusões da decisão recorrida.

54. Mas convém referir: o argumento aduzido de que a escala “*admite uma avaliação com 500 patamares gradativos (de 0,01 a 5,00)*” não colhe: efetivamente a escala relevante fixava 5 níveis – não 500 - e só por aplicação dos coeficientes de ponderação se obtinham resultados com casas decimais. Considera-se contudo que os 5 níveis fixados são suficientes para a pontuação de fatores e subfatores, sobretudo tendo em conta o seu elevado número e densidade técnica.

## **II.G – O contrato de assistência técnica não previsto nos documentos do procedimento**

55. Como acima já se referiu, o acordo parassocial anexo ao contrato celebrado e sujeito a fiscalização prévia prevê a celebração de um contrato de assistência técnica entre a empresa municipal e o parceiro privado, pelo qual este presta serviços de assistência técnica à gestão e exploração do serviço delegado pelo município à empresa municipal (gestão e exploração dos sistemas públicos de captação e distribuição de água e de drenagem e tratamento de águas residuais). Por tal prestação de serviços, o parceiro privado receberá uma quantia anual variável correspondente a 4% do valor dos proveitos de exploração da empresa municipal<sup>16</sup>. O contrato produz efeitos até 6 meses após a cessação da parceria. O teor deste contrato foi objeto da fase de negociações acima referida.

A sua mera existência padece dos vícios resultantes de ter surgido numa fase do procedimento que a lei não admitia. Fase que, como se viu, decorreu em ambiente não concorrencial.

56. Entendeu, contudo, a decisão recorrida apreciar esta questão ainda numa outra perspetiva. Assim:

---

<sup>16</sup> Proveitos de exploração das contas 71, 72, 75 e 78 do sistema de normalização contabilística.



- a) *“Compulsando o processo em apreço e, mui particularmente, a tramitação procedimental sob análise, constata-se que a celebração de tal contrato não se mostra prevista no Programa de Concurso e no Caderno de Encargos”;*
- b) *“Deste modo, porque a correspondente prestação de serviços [objecto do contrato] não foi submetida à consideração do mercado aquando da publicitação da abertura do procedimento pré-contratual, admite-se, necessariamente, que tal prestação de serviços foi, na prática, objecto de aquisição directa”;*
- c) *“A preterição do procedimento legalmente exigível e já enunciado induz a violação dos princípios da legalidade, da publicidade, da concorrência e da proporcionalidade, que se inscrevem nos art.ºs 7.º, 8.º, 9.º, 10.º e 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08.06.”.*

57. Contestou a recorrente, dizendo:

- a) *“O contrato aqui em apreço, surge autonomizado no âmbito da negociação ocorrida, como forma de permitir e proceder à adaptação progressiva ao regime do DL 194/2009 (...), que passou a clarificar estes serviços, referindo no seu 27º, n.º 4 que “Os aspectos deixados à concorrência pelas peças do procedimento, sobre os quais incide o critério de adjudicação devem ser seleccionados de entre os seguintes: (...) e) Natureza dos serviços de apoio a gestão a serem contratados pela empresa municipal delegatária e respectivo custo”;*
- b) *“[Foi] possível às entidades envolvidas celebrar aquele tipo de contrato, ao abrigo do artigo 10º, n.º 3, do Caderno de Encargos”;*
- c) *“A subcontratação é instrumental à exploração das actividades públicas que constituem objecto da empresa municipal e, como tal, esta (ou o Município seu accionista) goza de título legítimo para as cometer a terceiros, sem prejuízo naturalmente das obrigações e responsabilidades que assumiu no processo e pelas quais responde sempre em primeira mão”;*
- d) *“A inclusão de custos ou de contratos de assistência técnica é um procedimento comum neste concurso e em quase todos (senão todos) os concursos existentes no sector. Razão pela qual todas as propostas contemplarem uma retribuição associada à assistência técnica a prestar à empresa municipal pelo co-contratante, retribuição esta constante como custo dos respectivos estudos económico-financeiros, e assim submetida, em todas as vertentes, ao crivo da avaliação concursal. **Em face do exposto, resulta com evidência não terem sido violados os princípios da legalidade, da concorrência, nem o da publicidade”.***

58. A fundamentação para a celebração do referido contrato assenta sobretudo na tese da observância do que se dispõe no Decreto-Lei nº 194/2009. Sobre a não aplicação deste



diploma legal já acima se referiu, pelo que não é preciso repetir argumentos. Só se deve referir de novo que o problema não está em se ter seguido soluções deste diploma legal. O problema está em terem sido seguidas com violação do regime legal aplicável.

59. O fundamento para a celebração do referido contrato apresentado pela recorrente no nº 3 do artigo 10º do caderno de encargos certamente resulta de um lapso, porque tal disposição nem existe. Tal lapso aliás consta de outros documentos do processo, onde é possível perceber que se está a referir ao nº 4 do artigo 9º que rezava: “*Constitui especial dever da [empresa municipal] promover e exigir a qualquer parte terceira com quem venha a contratar, que tome as medidas necessárias para salvaguarda da integridade física do público em geral e do pessoal afeto à sua atividade, devendo, ainda, cumprir e zelar pelo cumprimento dos regulamentos de higiene e segurança aplicáveis*”.

Não se discute que a empresa pode subdelegar a prestação de serviços e que o referido preceito vai nesse sentido. A questão que se suscita é a seguinte: nos documentos do concurso onde estava prevista a possibilidade de ser atribuída ao parceiro privado a prestação remunerada de assistência técnica? Como não estava, tem de se concluir que esta prestação de serviços não foi submetida ao mercado, como objeto da relação contratual a estabelecer, aquando da publicitação da abertura do procedimento de formação do contrato.

60. Não se contesta pois o “*título legítimo*” de o Município cometer a terceiros, por subcontratação, a prestação de serviços. Não se contesta que a celebração de contratos deste tipo seja necessária na construção deste tipo de parcerias. Tem de ser feito é através dos procedimentos legalmente admitidos.
61. O que não aconteceu. Resulta do processado que a celebração deste contrato não estava prevista nos documentos do procedimento. Dele resulta igualmente que a necessidade da sua celebração e o respetivo teor surgiram no âmbito das negociações encetadas com o primeiro selecionado no concurso. É também seguro que a celebração de um contrato com este objeto e com este valor deveria ter sido resultado de procedimento adequado que não existiu.
62. Concorde-se por isso com a apreciação feita na decisão recorrida, reconhecendo-se que ocorreu violação do disposto nos artigos 7.º nº 1, 8.º nºs 1 e 2, 9.º nº 1, 10.º e 12.º, nº 1, 80º e 87º do Decreto-Lei n.º 197/99.
63. Deve reconhecer-se ainda que esteve bem a decisão recorrida ao observar que “[e] ainda que a celebração de tal contrato, pelo modo descrito, encontrasse previsão nos documentos concursais [elaborados pela entidade adjudicante – Município de



*Santarém], o referido instrumento contratual não vincularia a empresa mista [“A.S. – Empresa das Águas de Santarém – E.M., S.A.”], porquanto esta assume-se como uma entidade jurídica personalizada, distinta do Município, cabendo-lhe, pois, o ónus de manifestar a vontade de contratar e implementar o procedimento pré-contratual tendente à consecução de tal fim”.*

## **II.H – O contrato de opção de compra e venda de ações**

64. Como antes se referiu, em anexo ao acordo parassocial – que, por sua vez é um anexo ao contrato remetido para fiscalização prévia – consta um contrato de opção de compra e venda de ações entre a CMS e o parceiro privado.

65. Sobre tal contrato referiu-se a decisão recorrida nos seguintes termos:

- a) Pelo “*contrato de opção de compra, a celebrar entre o Município de Santarém e [o parceiro privado], (...) o Município adquire o direito de compra ao parceiro privado [que se obriga a vender ao Município] da totalidade do objeto da opção [Ações e Créditos do Parceiro Privado], sendo que o correspondente preço será determinado e pago nos termos da cláusula 5.ª*”;
- b) “*Ora, como bem decorre do processo em apreço, o preço fixado na cláusula 5.ª, n.º 2, do contrato em causa resulta da negociação do Acordo Parassocial, não integrando, seguramente, a proposta inicial do concorrente e ora adjudicatário*”;
- c) “*A alteração (...) da proposta do concorrente (...), na sequência de negociação, verificada em fase prévia à adjudicação, viola o disposto no art.º 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99 (...) que, como é sabido, não admite negociações ao longo do procedimento*”;
- d) “*Caso aquela negociação ocorresse após a adjudicação, sempre se encontraria infringida a disciplina contida no art.º 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99 (...), dado que a alteração efetuada à proposta inicial do concorrente não se reporta a condições acessórias, mas, indiscutivelmente, a aspetos essenciais de uma proposta*”;
- e) “*Aquela negociação, também em razão do resultado obtido, viola os princípios da igualdade e da concorrência, pois, de um lado, subtrai aos demais concorrentes a possibilidade de aceder a tal direito e, do outro, evolui em ambiência claramente não concorrencial*”.

66. Contestou a recorrente, dizendo no essencial:

- a) “*A autonomização do Contrato de Opção de Compra surge no âmbito da adaptação progressiva da empresa ao DL 194/2009, de 20 de Agosto, que*



*poderia sempre ser imposto pelo Município ao abrigo do seu poder de imperium ou fait du prince”;*

- b) *“A opção de compra representa um verdadeiro direito potestativo do Município”;*
- c) *“Uma vez aberto o concurso, ficou o Município a ele auto-vinculado por um lado, e por outro todos os interessados dele tiveram conhecimento, designada mente os concorrentes. Tendo sido conferida igualdade de oportunidades de selecção aos concorrentes para a fase de negociação, não se violou o princípio da concorrência, como não se violou o princípio da igualdade. E tanto assim que, notificados os concorrentes da selecção da proposta, em sede de audiência prévia, nenhum concorrente apresentou qualquer reclamação sobre a questão aqui em apreço”;*
- d) *“[F]oi escrupulosamente respeitado o princípio da concorrência, bem como os princípios da transparência e da imparcialidade”;*
- e) *“Sendo certo que a eventual perturbação provocada ao princípio da estabilidade haverá de ser ponderada e harmonizada com o valor da segurança jurídica que se pretendeu acautelar (na definição clara de aspectos que se tornam relevantes para as partes) e da eficiência. Considerando sempre que grande parte dos efeitos da celebração do contrato sempre acabariam por se verificar, por força da aplicação do DL 194/2009 à empresa municipal”.*

67. A fundamentação para a celebração do referido contrato assenta sobretudo na tese da observância do que se dispõe no Decreto-Lei nº 194/2009. Sobre a não aplicação do deste diploma legal já acima se referiu, pelo que não é preciso repetir argumentos.

68. O que agora está em causa é que se procedeu à preparação e celebração de um contrato inicialmente não previsto. Contrato que foi objeto de negociações numa fase do procedimento que a lei não admite. E, finalmente, um contrato que inclui uma solução – em matéria da maior importância – que nem constava dos documentos do concurso, nem da proposta apresentada. Sobre quase todas estas questões já esta decisão, acima e bastamente, se pronunciou.

69. Foi pois patentemente violado o disposto no nº 2 do artigo 14º do Decreto-Lei nº 197/99 e os princípios da igualdade, da concorrência, da transparência e da imparcialidade.

## **II. I – Conclusões**

70. Face ao que antes se referiu, em especial nos nºs 41, 45, 61 e 68, reafirma-se que ocorreu violação dos artigos 7º nº 1, 8º nºs 1 e 2, 9º nº 1, 10º, 11º nº 1, 12º, 14º nºs 2 e 3, 80º, 87º, 143º e 150º do Decreto-Lei nº 197/99 e dos princípios da legalidade, da



transparência e da publicidade, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade e da estabilidade.

71. Com exceção do referido nos n.ºs 47.º a 53.º, concorda-se com o teor da decisão recorrida.

72. Aquelas violações de lei enquadram-se no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC<sup>17</sup>, constituindo fundamento para recusa de visto. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar ou ter resultado uma alteração do resultado financeiro do procedimento.

73. Acrescente-se ainda que, no caso, não há circunstâncias que possam militar a favor do uso da faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo.

### III – DECISÃO

74. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1.ª Secção, em manter a recusa de visto ao contrato.

75. Mais decidem fixar emolumentos nos termos do n.º 3 do artigo 17.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas<sup>18</sup>.

Lisboa, 10 de setembro de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Helena Ferreira Lopes)

---

<sup>17</sup> Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.

<sup>18</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/00, de 4 de abril.



# Tribunal de Contas

---

(José Luis Pinto Almeida)

Fui presente

(José Vicente de Almeida)  
Procurador-Geral-Adjunto