

**ACÓRDÃO N.º 09/2013 - 08.out.2013 - 1ª S/PL**

**Recurso Ordinário n.º 38/2011**

**(Processo n.º 926/2011)**

**DESCRITORES:** Contrato de Gestão / Fiscalização Prévia / Celebração de Contrato / Parceria Público-Privada / Princípio da Transparência / Princípio da Igualdade / Princípio da Concorrência / Método de Selecção / Objecto do Contrato / Sector Empresarial Autárquico / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

**SUMÁRIO:**

1. A fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conformes às leis em vigor (cfr. art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas).
2. No contrato *sub judicio*, relativo à gestão de espaços verdes celebrado entre o município e a empresa adjudicatária, o Tribunal deve ter em consideração, em sede de fiscalização prévia, que aquele contrato se relaciona com as alterações feitas no contrato de constituição da sociedade adjudicatária.
3. As alterações introduzidas incidem num aspeto essencial do contrato inicial de constituição da entidade adjudicatária que consubstancia uma parceria público-privada - o seu objecto - que não tendo sido previstas no procedimento de formação do contrato, não são juridicamente admissíveis, ocorrendo a violação dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, consagrados no direito comunitário e nacional, nomeadamente o disposto nos n.ºs 4 do art.º 1.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) e 1 e 2 do art.º 10.º do Regime Jurídico do Setor Empresarial Local (RJSEL).
4. A celebração de um contrato de gestão com uma empresa local, com participação privada, não está legitimada quando integrar conteúdos que representem uma modificação substancial das peças do procedimento de selecção do parceiro privado e do modo como nesse procedimento se

perspectivou o conteúdo do contrato de sociedade e o objecto social da empresa.

5. 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 Nº 9 /8.OUT.2013 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 38/2011

(Processo nº 926/2011)

### I – RELATÓRIO

1. A Câmara Municipal de Faro (doravante também designada por Câmara Municipal ou por CMF), notificada do Acórdão nº 65/2011, de 17 de outubro - 1ª.S/SS, que recusou o visto ao contrato relativo à gestão de espaços verdes celebrado em 13 de maio de 2011, entre o Município de Faro e a empresa “FAGAR – Faro, Gestão de Águas e Resíduos, E.M.” (doravante também designada por FAGAR), no valor global de € 2 567 952,00 do mesmo veio interpor recurso.
2. O acórdão recorrido procedeu à recusa de visto, com base nas alíneas a) e c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC<sup>1</sup>, considerando a matéria de facto e de direito nele explicitada, e a seguir abordada nos seus aspetos essenciais:
  - a) A FAGAR “*é uma empresa municipal de capitais maioritariamente públicos, constituída em 19.09.2005 e mediante escritura pública, sendo que o capital social se encontra detido na percentagem de 51% pelo Município de Faro, 32,83% pela “AGS – Administração e Gestão de Sistemas de Salubridade, S.A.”, e 16,17% pela empresa “HIDURBE – Gestão de Resíduos, S.A.”;*
  - b) O objeto social da FAGAR compreendia, originariamente, “*a construção de redes de águas e de esgotos, a gestão, exploração, manutenção e conservação dos sistemas públicos de distribuição de água para consumo público, recolha e rejeição de águas residuais domésticas e pluviais, recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos e higiene e limpeza públicas, cobrança de taxas, tarifas e coimas, outras prestações de serviços conexos com a respetiva atividade e atendimento comercial aos utentes dos respectivos serviços na área do município de Faro*”;
  - c) “*O objeto social da [FAGAR] ora vigente, decorre da alteração dos Estatutos aprovada em (...) 2010 (...) [que o estendeu] à manutenção, requalificação e gestão de espaços verdes*”;
  - d) O contrato *sub judicio*, relativo à gestão de espaços verdes, decorre da referida alteração do contrato de sociedade constitutivo da FAGAR e, ao

---

<sup>1</sup> Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 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.



abrigo do regime jurídico do setor empresarial local (RJSEL<sup>2</sup>) foi ajustado diretamente entre o Município de Faro e esta empresa;

- e) “[É] indubitável que a [FAGAR] se abriga, conceptual e faticamente, ao conceito de parceria público-privada institucionalizada”;
- f) “[Do] contrato de sociedade constitutivo da [FAGAR], e sobrevivendo à realização de concurso público internacional para a seleção de parceiro privado, não decorre a possibilidade de alteração, modificação do respetivo clausulado por forma a incluir a atividade direcionada à manutenção, requalificação e gestão de espaços verdes [previsibilidade que, também, não constava do correspondente caderno de encargos]”;
- g) “[A] decisão tendente ao alargamento do objeto social à manutenção, requalificação e gestão dos espaços verdes (...) subentende (...) o reconhecimento de que, originariamente, os Estatutos da [FAGAR] não incluíam aquela área de atividade”;
- h) “[Se] a entidade adjudicante pretender ajustar certas condições de adjudicação após a seleção do contratante, essa possibilidade deve estar expressamente prevista, bem como as suas normas de execução, no anúncio do concurso ou nos cadernos de encargos, e deve ser definido o quadro em que se desenvolverá o processo”;
- i) “[As] Parcerias Público-Privadas institucionalizadas conservam o seu âmbito de atividade inicial e não podem, em princípio, obter novos contratos públicos ou concessões sem passar por um procedimento concorrencial em conformidade com o disposto em direito comunitário aplicável aos contratos públicos e às concessões”;
- j) “[A] modificabilidade dos contratos públicos, na pendência da respetiva vigência (...) [subordinar-se-á], mui particularmente e também, aos princípios constitucionais e legais da concorrência, da igualdade e da transparência e, ainda, ao imperativo da não alteração dos pressupostos que basearam o procedimento concorrencial tendente à escolha da proposta adjudicada. Segmentação que, afinal, se ergue como limitação razoável à livre modificação do objeto contratual”;
- k) E refere “o artigo 10º do [RJSEL] que, expressamente, subordina a atividade do empresariado local às regras gerais da concorrência, nacionais e comunitárias, o art.º 313.º, do [CCP<sup>3</sup>], o qual, com clareza, estipula que a modificação contratual não pode configurar uma forma de impedimento,

---

<sup>2</sup> Lei nº 53-F/2006, de 29 de dezembro, alterada pelas Leis nºs 67-A/2007 de 31 de dezembro, 64-A/2008 de 31 de dezembro e 55/2011 de 15 de novembro.

<sup>3</sup> Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei nºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei nº 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro.



*restrição ou de falseamento da concorrência (...) e, por último, o art.º 1.º, n.º 4, do C.C.P., que guinda a transparência, a igualdade e a concorrência à condição de princípios estruturantes de toda a contratação pública”;*

- l) *“[A] adjudicação sob fiscalização prévia, porque insuscetível de, validamente, se estribar na referida alteração estatutária e por não ser precedida de procedimento com cariz concursal, obrigatório no caso, enferma de nulidade que, por sua vez, se transmite ao contrato sob fiscalização [Vd. art.º 185.º, n.º 1, do C.P. Administrativo]”; “A atribuição da gestão e manutenção dos espaços verdes à [FAGAR], sem precedência de qualquer procedimento concursal e mediante adjudicação sobrevinda a deliberação camarária autorizativa, sugere, ainda, a abordagem do conceito “contratação in house”, para aferirmos da aplicabilidade ou não da parte II, do Código dos Contratos Públicos”;*
- m) *“[Os] pressupostos da relação “in house” constam também do mencionado art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do [CCP] normaçaõ essa que (...) constitui uma derrogação excecional das regras da contratação pública e, naturalmente, devem ser objeto de interpretação restritiva, em preservação do princípio da concorrência”;*
- n) *“[A] verificação da relação “in house” subordina-se à ocorrência, de modo cumulativo e permanente” de requisitos de que se destacou o “exercício, pela entidade adjudicante e sobre a adjudicatária, de um controlo análogo ao exercido por aquela sobre os seus próprios serviços”;*
- o) *“[É] imperioso concluir que o Município de Faro não exerce sobre a [FAGAR] um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços e, conseqüentemente, não se nos depara a denominada relação contratual “in house””;*
- p) *“Porque à formação do contrato sob fiscalização sempre seria aplicável a parte II, do CCP, a via adotada [atribuição direta e sem concurso prévio], também por esta razão, não observa o art.º 5.º, n.º 2, (...) e, bem assim, os princípios consignados no art.º 1.º, n.º 4, do C.C.P”;*
- q) *“[P]erfila-se a verificação das ilegalidades seguintes:*
  - *Alteração/modificação de componente objetiva e essencial do contrato de sociedade constitutivo da “FAGAR” (...), materializada na extensão do objeto social desta (...), sem que tal se preveja, expressamente, nos respectivos Estatutos e sem observância dos princípios estruturantes da contratação pública vertidos no art.º 1.º, n.º 4, do [CCP], na Comunicação Interpretativa n.º 2008/C91/02, da Comissão, e, bem assim, nos art.ºs 313.º, do C.C.P., 10.º e 14.º, da Lei n.º 53-F/2006, de 29.12;*
  - *Adjudicação direta, pelo Município de Faro, da gestão, manutenção e requalificação dos espaços verdes à [FAGAR], contratualizada sem precedência de qualquer procedimento com pendor concorrencial (...),*



*ainda em clara violação do disposto no art.º 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos”.*

- r) *“[A] omissão de concurso, porque obrigatório no caso (...), converge na falta de um elemento essencial da adjudicação, o que é determinante da nulidade desta [vd. art.º 133.º, n.º 1, do C.P. Administrativo]. Nulidade que, acrescenta-se, se transmite ao contrato [vd. art.º 185º., n.º1, do CPA]”;*
- s) *“Tais ilegalidades, já descritas e ponderadas, são suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato e enformam a nulidade a que alude o art.º 133.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo”.*

3. Admitido o recurso, o Ministério Público, em parecer de 25 de novembro de 2011, assinalou *“que as alegações do (...) Recurso, não mostram ter sido acompanhadas das pertinentes “conclusões”, (...) pelo que nos parece óbvia a constatação da não observância do disposto no n.º 1 do art.º. 97º da LOPTC, cuja clareza, sobre tal exigência, não nos oferece quaisquer dúvidas”.* Assim, face ao disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 685º-C do Código do Processo Civil, o Ministério Público propôs a rejeição liminar do recurso, devendo ser dado cumprimento ao disposto no n.º 3 do artigo 99º da LOPTC.

4. Com fundamento em despacho de 7 de março de 2012, foi então a CMF notificada para se pronunciar sobre o parecer do Ministério Público e *“querendo, juntar conclusões que aperfeiçoem a petição”*, por se considerar tratar-se de uma questão de natureza sobretudo formal.

5. A CMF, em 3 de abril de 2012, contestou a posição do Ministério Público e juntou então à petição as conclusões que rezam:

*“A. O douto acórdão, de que ora se recorre, alicerça a decisão de recusa de visto (...), na alegada ilegalidade da alteração/modificação do contrato de sociedade constitutivo da FAGAR (...), o qual, conforme consabido, constitui um instrumento contratual autónomo, distinto e manifestamente dissociável do contrato sob fiscalização, não podendo com ele ser confundido.*

*B. Não sendo, factual ou legalmente, admissível fazer depender a apreciação do contrato submetido a visto de questões que se prendem com a "bondade legal" da constituição da FAGAR (constituída como empresa municipal, ao abrigo da Lei n.º 58/98, de 18 de agosto) logo, dele distintas e contempladas, clara e notoriamente, em outro contrato válido, celebrado à luz da legislação à data aplicável e em obediência aos princípios, gerais e específicos, que norteavam e norteiam a contratação pública, máxime, o princípio da concorrência - tendo sido precedido do procedimento de concurso que se lhe impunha - contrato esse a que foi concedido o devido visto por esse Venerando Tribunal, não podendo ser outra a conclusão, senão a de sua legalidade.*



- C. *Ao abrigo e em cumprimento do estabelecido [no] RJSEL, os Estatutos da FAGAR foram ajustados, deles constando que a mesma é constituída sob a forma de sociedade anónima, nos termos do artigo 273.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais e do artigo 3.2, n.2 1 da citada Lei n.2 53-F/2006, e, está encarregada da gestão de serviços de interesse geral.*
- D. *Por seu turno, fruto da última alteração operada aos Estatutos, a FAGAR inclui no seu objeto social a "manutenção, requalificação e gestão de espaços verdes", o que não consiste, de todo em todo, numa alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto social principal da empresa, antes concretizando uma atividade permitida ab initio pelos Estatutos iniciais. Porquanto,*
- E. *A "manutenção, requalificação e gestão de espaços verdes" - objeto do contrato de gestão de espaços verdes - não pode senão ser considerada como integrada no âmbito das atividades acessórias ou complementares do objeto principal da FAGAR tendo, logicamente, por referência os Estatutos na sua versão originária, que estipulam expressamente a possibilidade da empresa exercer atividades conexas, acessórias e complementares ao seu objeto principal, em matérias de saneamento, higiene, limpeza pública e ambiente.*
- F. *É certo que, enquanto empresa municipal, a FAGAR rege-se pelo disposto [no] RJSEL, pelos seus Estatutos e, subsidiariamente, pelo setor empresarial do Estado e pelo Código das Sociedades Comerciais - cfr. Artigo 6.º do RJSEL e artigo 34.º do Código das Sociedades Comerciais,*
- G. *Resulta do artigo 20.º do RJSEL que a prestação de serviços de interesse geral pelas empresas municipais depende da celebração de contratos de gestão com as entidades participantes, mais resultando do artigo 20.º dos Estatutos da FAGAR que a "Empresa celebrará com o Município de Faro um contrato de gestão que defina pormenorizadamente o objeto e missão da Empresa" dele devendo constar, obrigatoriamente, o montante dos subsídios e das indemnizações compensatórias que a empresa terá direito a receber como contra partida das obrigações assumidas,*
- H. *O que se subsume ao consagrado no RJSEL quando impõe que, quaisquer transferências financeiras para as empresas municipais destinadas ao respetivo financiamento, devem estar necessariamente associadas a contrapartidas de serviço público, obrigatoriamente sujeitas a contratualização, não sendo admissíveis quaisquer outras transferências financeiras provenientes das entidades participantes no capital social ou comparticipação pública (...).*
- I. *Ao contrato submetido a visto, por se tratar de um contrato de gestão cujo objeto é insuscetível de ser colocado no mercado, não se aplica a parte II do Código dos Contratos Públicos, por força do disposto no seu artigo 5, que exclui da disciplina aí consagrada os contratos "a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estejam nem sejam*



*suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente, em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação”;*

*J. Forçoso será, assim, de se concluir que, nem a alteração aos Estatutos da FAGAR, nem o contrato submetido a visto consubstanciam qualquer violação às normas que regem a contratação pública ou aos princípios gerais e especiais que a norteiam, máxime, o princípio da concorrência consagrado nos termos do artigo 1º, n. 1 do Código dos Contratos Públicos.*

*K. Por todo o expendido, não se consideram verificadas as ilegalidades enunciadas no Douo Acórdão que fundamentam a recusa de Visto ao “Contrato de Gestão de Espaços Verdes” (...).”*

**6.** O Ministério Público pronunciou-se pela improcedência do recurso, em bem fundamentado parecer. Nesse parecer refere-se nomeadamente:

- a) *“[O] objeto do contrato de gestão de espaços verdes (...), não se insere no âmbito das atividades acessórias ou complementares previstas no objeto social inicial desta empresa”;*
- b) *“[A] “gestão de espaços verdes” é, considerada atualmente, como resulta das mudanças estruturais ocorridas na economia, uma atividade própria, específica, autónoma. É o que se encontra, aliás, consagrada, para efeitos de produção de dados estatísticos, na tabela anexa ao Dec-Lei nº 381/2007, de 14 de novembro, que aprova a Classificação Portuguesa das Atividades Económicas. Assim, enquanto as atividades de captação, tratamento e distribuição de água; saneamento, gestão de resíduos e despoluição” integram a Secção E, Divisões 36 a 38, da Tabela em causa, as atividades das relacionadas com edifícios, plantação e manutenção de jardins” integram a Secção N, Divisão 81”;*
- c) *“Assim sendo, forçoso é de concluir que nos encontramos perante atividades economicamente distintas, pelo que a sua aglutinação no objeto social da [FAGAR], nos termos em que o foi constitui uma alteração radical do objeto social da EM e clara violação do regime legal da constituição reestruturação e fusão, constante da Lei nº 53-F/2006, de 29 de dezembro”;*
- d) *“É inegável que, através de um meio procedimental inidónea, se pretendeu: modificar o substancialmente objeto social da [FAGAR], através da aglutinação de duas atividades económicas distintas, que não mantém entre si uma relação de complementaridade”.*

**7.** Foram colhidos os vistos legais.



## II – FUNDAMENTAÇÃO

8. 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.

9. Analisada a petição de recurso, a presente decisão deve dilucidar as seguintes questões:
- a) A apreciação, em sede de fiscalização prévia, do contrato de gestão dos espaços verdes pode alicerçar-se na apreciação sobre a conformidade legal das alterações introduzidas no contrato constitutivo da entidade adjudicatária FAGAR?
  - b) As alterações introduzidas no contrato constitutivo da entidade adjudicatária FAGAR, em matéria do seu objeto social, são admissíveis face ao direito aplicável e relevantes para a decisão a tomar sobre o contrato de gestão?
  - c) O contrato de gestão dos espaços verdes poderia ter sido ajustado diretamente entre adjudicante e adjudicatária, face à alteração do objeto social desta e face ao direito aplicável?

Vejamus cada uma destas questões

### II.A – A relação entre o contrato de gestão e o contrato constitutivo da FAGAR

10. A decisão recorrida, como se viu, alicerçou o seu juízo sobre o contrato de gestão *sub judicio* nomeadamente em factos – não contestados - relacionados com o contrato constitutivo da FAGAR, alterado no sentido de no seu objeto social passarem a estar incluídas a manutenção, a requalificação e a gestão de espaços verdes.
11. A entidade recorrente contesta a possibilidade de se estabelecer tal relação dizendo, no essencial, o seguinte:
- a) *“Na verdade, na “aplicação do direito” o Acórdão limitou-se a tecer considerações quanto à (i) legalidade da Alteração/Modificação do contrato de sociedade constitutivo da FAGAR”, “[c]oncluindo em suma que [esta] ocorre ao arrepio de qualquer procedimento assegurador dos princípios da concorrência e da transparência e também dos próprios Estatutos”, “[n]ão fazendo o Acórdão referência a qualquer norma jurídica que sustente as conclusões de nulidade do contrato de gestão”, “padecendo pois de ausência absoluta de fundamentação jurídica”<sup>4</sup>;*

---

<sup>4</sup> Vide artigos 3º, 4º, 7º e 8º da petição.



- b) *“O douto acórdão, de que ora se recorre, alicerça a decisão de recusa de visto (...), na alegada ilegalidade da alteração/modificação do contrato de sociedade constitutivo da FAGAR (...), o qual, conforme consabido, constitui um instrumento contratual autónomo, distinto e manifestamente dissociável do contrato sob fiscalização, não podendo com ele ser confundido”;*
- c) *“Não sendo, factual ou legalmente, admissível fazer depender a apreciação do contrato submetido a visto de questões que se prendem com a "bondade legal" da constituição da FAGAR (...) dele distintas e contempladas, clara e notoriamente, em outro contrato válido, celebrado à luz da legislação à data aplicável e em obediência aos princípios, gerais e específicos, que norteavam e norteiam a contratação pública, máxime, o princípio da concorrência - tendo sido precedido do procedimento de concurso que se lhe impunha - contrato esse a que foi concedido o devido visto por esse Venerando Tribunal, não podendo ser outra a conclusão, senão a de sua legalidade”.*

**12.** Sobre esta questão note-se:

- a) A FAGAR *“é uma empresa municipal de capitais maioritariamente públicos”;*
- b) Na FAGAR concretiza-se uma parceria público-privada institucional;
- c) A seleção dos parceiros privados que detêm parte do capital social foi feita mediante o adequado procedimento concursal, com respeito pelos princípios da contratação pública;
- d) O contrato de gestão *sub judicio* foi celebrado ao abrigo do RJSEL.

**13.** Nos termos do artigo 44º da LOPTC, a fiscalização prévia tem por fim verificar, nomeadamente, se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conforme às leis em vigor.

Assim, se a apreciação de um ato ou contrato, em sede de fiscalização prévia, deve incidir sobre o próprio ato ou contrato, não pode, contudo, olvidar o seu processo de formação.

A conformidade legal do ato ou contrato passa, pois, naturalmente por se assegurar que no procedimento de formação se obedeceu ao disposto na lei.

**14.** E no âmbito do processo de formação, naturalmente também, um dos primeiros passos da apreciação é o de verificar se as partes reúnem os requisitos legalmente fixados para o lançamento e participação no processo de formação do ato ou contrato e sua posterior prática ou celebração. Trata-se de responder à basilar questão de saber se aquelas concretas partes o podiam ter feito.



15. E, no caso de se estar perante uma parte que concretiza uma parceria público-privada, tal preocupação deve ser especialmente tida em conta. Efetivamente, o processo de constituição das parcerias deve obedecer a forte preocupação de respeito pelos princípios da igualdade e da concorrência, na medida em que permite a associação, em regra temporalmente prolongada, de entidades privadas a entidades públicas, na satisfação de interesses públicos, e mediante a mobilização de recursos públicos. E o envolvimento de entidades privadas, naturalmente, não é desinteressado. E tal envolvimento de entidades privadas deve nortear-se pelo tratamento de todos os potenciais interessados em plano de igualdade.

Nestes casos, bem se pode dizer que o processo de formação da parceria marca indelevelmente a sua existência futura, de forma que os princípios a que se subordinou a sua constituição sejam respeitados, não só na sua constituição como na sua concreta execução.

Faz pois todo o sentido que no âmbito da fiscalização prévia tal avaliação seja feita, de forma a prevenir que aqueles princípios, inicialmente respeitados, não sejam logo de seguida, na prática, efetivamente postergados.

E tal apreciação alargada faz ainda todo o sentido por uma outra razão: é que as parcerias público-privadas – como diz a lei – são, em regra, uma união de contratos, interrelacionados entre si. Só analisando o conjunto se pode aperceber o seu efetivo recorte. E cada contrato só pode ser efetivamente analisado, se se tiver em conta a sua relação com os demais.

16. É verdade que o instrumento contratual sujeito a fiscalização prévia é um contrato de gestão celebrado entre o Município, através da CMF, e a FAGAR.

Mas tal contrato de gestão foi celebrado ao abrigo do RJSEL, mediante adjudicação direta, e concretiza, numa certa dimensão, a parceria público-privada pré-existente que se consagrou no contrato de constituição da FAGAR.

Bem se pode afirmar que o presente contrato de gestão dos espaços verdes está intimamente relacionado com a alteração introduzida no objeto social da FAGAR, feita por alteração do contrato inicial. Aquele contrato concretiza, operacionaliza, executa esta alteração. Um juízo sobre o contrato pode produzir impacto na avaliação que se faça da alteração estatutária e vice-versa, dada a conexão existente e claramente visível.

17. Fazer a apreciação do contrato de *per si*, sem atender ao seu processo de formação e, neste, sem atender à natureza das entidades que o celebram, desconsiderando o facto



de uma delas ser a concretização de uma parceria público-privada – como a recorrente defende – seria trair as finalidades da fiscalização prévia e o dever que sobre este Tribunal impende de velar por que os princípios da contratação pública são respeitados na celebração dos contratos e também na sua concreta execução, quando nesta outros contratos surgem, suscetíveis de serem sujeitos a fiscalização prévia.

Não se concorda pois com a posição sugerida pela recorrente quando diz que *“no que ao contrato de gestão submetido a visto diz respeito, sublinhe-se que a competência material do Tribunal de Contas (...) cinge-se à apreciação da legalidade (...) do instrumento contratual sujeito a fiscalização prévia”*<sup>5</sup>.

**18.** Fez pois bem o Tribunal *a quo* ao analisar o processo de formação do contrato de gestão, em ter ponderado a natureza das partes contratantes, para decidir se havia respeito do direito aplicável nesse concreto domínio e, verificando tratar-se de uma parceria, em ter avaliado em que medida ele – sujeito a fiscalização prévia – se circunscrevia aos limites estabelecidos no contrato de constituição da entidade adjudicatária e respetivo procedimento de formação, assim se respeitando os princípios da igualdade e da concorrência, observados *a priori*, e prevenindo a sua concreta violação, *a posteriori*.

**19.** Não se ignora contudo o que a certo passo da sua petição se diz nesta matéria<sup>6</sup>:

- a) *“[O] acórdão ao concluir pela nulidade do contrato sob fiscalização, nos termos em que o fez, viola o princípio da legalidade (...) [p]orquanto, o Tribunal de Contas não tem competência para em sede de fiscalização prévia apreciar da (i)legalidade da Alteração Estatutária da “FAGAR””;*
- b) *“Atento o quadro legal expendido, não pode o Tribunal de Contas ao arrepio do dispositivo ínsito no artigo 47º, nº 1 alínea c), alicerçar a decisão de recusa de visto prévio a um contrato de gestão – sujeito a fiscalização prévia – com fundamento na invalidade de um outro contrato celebrado por entidade referida no nº 2 do artigo 2º que apenas pode ser sindicado por esse venerando tribunal em sede de fiscalização concomitante, ou sucessiva, conforme LOPTC”. (...) Isto porque, a alteração/modificação dos Estatutos da “FAGAR” não se subsume ao estatuído na alínea c) do nº 1 do artigo 5º da LOPTC”.*

**20.** Sem fazer qualquer juízo sobre se a alteração dos estatutos da “FAGAR” se subsume ou não ao estatuído na alínea c) do nº 1 do artigo 5º da LOPTC, atente-se no seguinte: claramente, o Tribunal deve fazer um juízo sobre o contrato de gestão, que

---

<sup>5</sup> Vide artigo 23º da petição inicial.

<sup>6</sup> Vide artigos 9º, 10º, 21º e 22º da petição inicial.



é o que está sujeito a fiscalização prévia. Mas nesse juízo não se pode olvidar – como bastamente já se referiu – que tal contrato se conexas com a alteração introduzida no contrato constitutivo da entidade adjudicatária. Esta – seja conforme ou desconforme à lei; sobre isso lá chegaremos... – releva para o juízo sobre o contrato que ao seu abrigo é celebrado.

Vista esta questão inicial, passemos às demais.

## **II.B – As alterações introduzidas no contrato constitutivo da FAGAR, em matéria do seu objeto social**

- 21.** Como já se viu, o contrato constitutivo da FAGAR foi alterado no sentido de no seu objeto social passarem a estar incluídas a manutenção, requalificação e gestão de espaços verdes.

Como se viu também, anteriormente o contrato de constituição da FAGAR circunscrevia o objeto social à *“construção de redes de águas e de esgotos, a gestão, exploração, manutenção e conservação dos sistemas públicos de distribuição de água para consumo público, recolha e rejeição de águas residuais domésticas e pluviais, recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos e higiene e limpeza públicas”* e *“outras prestações de serviços conexos com a respetiva atividade”*<sup>7</sup>.

- 22.** A alteração material feita ao objeto social foi considerada inaceitável na decisão recorrida por não se enquadrar no objeto social anteriormente estabelecido, fixado na sequência de procedimento concursal adequado, que procedeu à constituição de uma parceria público-privada e porque tal alteração não estava prevista nos documentos que orientaram o referido procedimento. Considerou o Tribunal recorrido que ocorreu violação do disposto no artigo 10º do RJSEL, que *“expressamente, subordina a atividade do empresariado local às regras gerais da concorrência, nacionais e comunitárias, o art.º 313.º, do Código dos Contratos Públicos, o qual, com clareza, estipula que a modificação contratual não pode configurar uma forma de impedimento, restrição ou de falseamento da concorrência [o art.º 313.º, do C.C.P.; é aqui aplicável, subsidiariamente, em razão das normas contidas nos art.ºs 12.º e 14.º, da mencionada Lei n.º 53-F/2006, de 29.12] e, por último, o art.º 1.º, n.º 4, do C.C.P., que guinda a transparência, a igualdade e a concorrência à condição de princípios estruturantes de toda a contratação pública”*.

- 23.** A entidade recorrente contestou tal entendimento referindo, no essencial, que:

---

<sup>7</sup> Negritos da nossa responsabilidade, para assinalar que o objeto se centrava nas redes de águas e esgotos, recolha de resíduos sólidos e limpeza pública.



- a) As alterações introduzidas nos estatutos respeitaram o que nestes se estabelece, o disposto na lei comercial e o RJSEL<sup>8</sup>;
- b) As alterações não configuram qualquer alteração substancial do que antes estava no contrato de constituição da sociedade: *“a FAGAR inclui no seu objeto social a “manutenção, requalificação e gestão de espaços verdes”, o que não consiste, de todo em todo, numa alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto social principal da empresa, antes concretizando uma atividade permitida ab initio pelos Estatutos iniciais”*;
- c) *“[Em] geral na contratação pública, o poder de modificação dos contratos encontra-se limitada pelo objeto do contrato, bem como a exigência de não discriminação da concorrência”*<sup>9</sup>;
- d) *“[A]tento o previsto no artigo 313º nº 1 do [CCP], entendemos que a alteração [dos estatutos] (...), não conduz à alteração das prestações iniciais abrangidas pelo objeto do contrato”*<sup>10</sup>;
- e) *“[O] princípio da intangibilidade do objeto do contrato segundo o qual o contraente público, no exercício do jus variandi, pode mudar o contrato, mas não pode mudar de contrato; pode alterar o objeto das prestações contratuais, o que não pode é alterar o objeto do contrato”*<sup>11</sup>;
- f) *“[E]ntendendo-se que a última alteração estatutária não produziu uma alteração ao objeto social principal da “FAGAR”, mas antes concretizou uma atividade que já antes era permitida pelo objeto social constante do Estatutos iniciais, afigura-se-nos que a mesma não atenta contra o princípio da intangibilidade do objeto social”*<sup>12</sup>;
- g) *[A] questão cinge-se a saber se há nela algum elemento de desrespeito ou de discriminação da concorrência”, considerando não ter havido qualquer desrespeito por este princípio*<sup>13</sup>.

24. Começamos por dilucidar a questão de saber se a alteração introduzida no objeto se circunscreveu ao que antes nessa matéria se determinava ou se houve inovação.

As posições são claras: a recorrente dizendo que a manutenção, requalificação e gestão de espaços verdes é uma prestação de serviços conexas com a restante atividade da FAGAR. A decisão recorrida militou no sentido contrário.

---

<sup>8</sup> Vide designadamente os artigos 51º, 59º, 61º e 66º da petição.

<sup>9</sup> Vide o artigo 67º da petição.

<sup>10</sup> Vide artigo 68º da petição.

<sup>11</sup> Vide o artigo 69º da petição.

<sup>12</sup> Vide o artigo 70º da petição.

<sup>13</sup> Vide artigo 71º a 78º da petição de recurso.



25. Dois argumentos militam claramente a favor de se considerar que aquela prestação de serviços não pode ser considerada conexa ou acessória ou complementar:
- O primeiro é dado indiretamente pela própria FAGAR que pretendendo desenvolvê-la considerou que deveria fazer uma alteração estatutária. Se fosse conexa, ou acessória ou complementar, nos termos em que o contrato constitutivo da FAGAR previa na sua versão original, tal alteração não seria necessária;
  - O segundo é conduzido pelo Ministério Público ao processo e que acima se reproduziu no nº 6.

Mas, independentemente de tais argumentos, é evidente que a FAGAR, na versão original do seu objeto social, não abrangia o tratamento de espaços verdes. Esta área de negócio é claramente uma área de negócio inicialmente não prevista.

É óbvio que as “áreas de negócio” da FAGAR - o objeto do contrato - eram a construção e gestão de redes de águas e de esgotos, a recolha e rejeição de águas residuais, a recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos e a limpeza pública. A essas áreas acrescentou-se depois o tratamento de espaços verdes. Dizer e aceitar que tratar os espaços verdes se integra nas atividades anteriores, com o argumento de que é necessária água, recolher águas residuais e fazer limpeza, seria aceitar que inúmeras atividades que têm as mesmas exigências seriam conexas, acessórias ou complementares.

Acompanha-se, por isso, a decisão recorrida neste aspeto.

26. Sublinhe-se que se concorda, em geral, com a argumentação jurídica produzida pela recorrente e acima, sinteticamente, indicada nas alíneas c) a g) do nº 23. O que se não concorda é com a valoração dos factos. Entende-se efetivamente, na esteira da decisão recorrida, que:
- Como já se referiu, ocorreu efetivamente uma alteração substancial do objeto do contrato;
  - Tal alteração não foi feita com respeito pelos princípios da concorrência, transparência e igualdade, na medida em que não estava prevista nos documentos do procedimento e, por isso, era do desconhecimento de quaisquer potenciais interessados que, porventura, pretendessem apresentar proposta, na perspectiva de a sociedade evoluir igualmente para o tratamento de espaços verdes. Não pode pois ter-se a “*firme convicção de que não existe espaço para a existência de qualquer pretensão legítima contrária à alteração*” e sobrevalorizar-se que “*a única proposta apresentada a concurso foi a do agrupamento adjudicatário*”. Igualmente não pode dizer-se que o “*carácter particular da relação de colaboração público-privada num contexto institucionalizado (...) justifica desvios*”



*maiores em relação às regras gerais aplicáveis a outros tipos de colaboração”<sup>14</sup>. Bem pelo contrário.*

27. Ora, para enquadrar devidamente esta questão foi feito apelo ao n.º 1 do artigo 313.º do CCP, que dispõe:

*“A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato.”*

A petição de recurso não toma uma posição clara no que respeita à aplicabilidade desta disposição legal invocada na decisão recorrida. Efetivamente, no seu artigo 68.º diz-se que *“atento o previsto no artigo 313.º n.º 1 do [CCP], entendemos que a alteração [dos estatutos] (...), não conduz à alteração das prestações iniciais abrangidas pelo objeto do contrato”*. Contudo, no artigo 38.º refere que *“é forçoso reconhecer que, estabelecendo o legislador, de forma tão explícita, que o CCP não tem aplicação, não podem aplicar-se as restrições atuais estabelecidas no artigo 313.º, n.º 1”*.

Vejamos.

28. Para o que agora interessa, dispõe o n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro:

*“O [CCP] só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data”*.

Face à data de formação do procedimento de formação da parceria agora em causa, é indubitável que o CCP não se aplica. Também se deve dizer que os regimes aplicáveis ao procedimento – o Decreto-Lei n.º 197/99 e o CPA – não contêm disposições aplicáveis à matéria das alterações **acordadas** em contratos públicos.

29. Obviamente, não pode resultar daquela constatação de que as alterações aos contratos públicos não tinham regime aplicável. Há que descortiná-lo.

Deve referir-se que o que se dispõe no n.º 1 do artigo 313.º do CCP já resultava dos princípios e normas nacionais e comunitárias em matéria de contratação pública:

---

<sup>14</sup> Ver artigos 72.º a 74.º da petição de recurso.



- a) Por um lado, **o respeito pelo princípio da concorrência**: afirmado designadamente no RJSEL (vide o artigo 10º também invocado na decisão recorrida) cuja aplicação ao caso é incontestável: “[a]s empresas estão sujeitas às regras gerais de concorrência, nacionais e comunitárias” e “[d]as relações entre as empresas e as entidades participantes no capital social não podem resultar situações que, sob qualquer forma, sejam suscetíveis de impedir ou falsear a concorrência”;
- b) Por outro lado, **o respeito pelo objeto do contrato**: uma alteração a um contrato não pode significar que, de facto, se está a celebrar um novo contrato, como o que obviamente resulta se tal alteração incidir sobre o próprio objeto do contrato, sem observância dos princípios e regras da contratação pública.

30. Pese embora no CPA não houvesse norma diretamente aplicável à revisão de contratos por acordo, no seu artigo 180º estabeleciam-se regras para a modificação unilateral de contratos<sup>15</sup>, dizendo:

*“Salvo quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do contrato, a Administração Pública pode:*

- a) *Modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro.*
- b) *(...)”*

Ora, poderá argumentar-se que se era possível proceder à modificação unilateral de contratos, também se poderia proceder à modificação por acordo.

Mas, note-se, daquela norma também resultava que os poderes de modificação contratual estavam sujeitos a vários limites.

Como primeiro aspeto, e embora não esteja expressamente referido, era e é entendimento pacífico que qualquer modificação deste tipo apenas se pode fundar em *razões de interesse público*, uma vez que é o interesse público o único fundamento legítimo para a existência de um poder desta natureza.

---

<sup>15</sup> Nesta parte do acórdão seguir-se-á de perto argumentação constante de anteriores decisões deste Tribunal, com as quais se concorda: nomeadamente os Acórdãos nºs 20/2010-1.Jun-1ºS/SS, nº 28/10-03.NOV.2010-1ºS/PL, nº 6/2013-9/julho-1ºSecção/PL.



Por outro lado, o poder de modificação está limitado pela *intangibilidade do objeto contratual* e pela *manutenção do seu equilíbrio financeiro*, como resultava claramente do preceito.

Mais se remetia para outros *limites que resultem da lei ou da natureza dos contratos*.

Sucedem que, como bem sublinha Pedro Gonçalves, em Anotação ao “*Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*”<sup>16</sup>, se tem vindo a tornar evidente que a definição de limites ao poder de modificação contratual não serve apenas como fator de proteção dos interesses do co-contratante.

Tanto a doutrina como a jurisprudência sublinham que, na medida em que os contratos são atribuídos na sequência de procedimentos concorrenciais, a sua modificação pode pôr em causa os interesses da transparência e da objetividade acautelados nesse procedimento, apontando para que isso deve constituir um limite às eventuais alterações.

Como refere o autor, no texto citado, “[à] medida que o direito regulador da adjudicação de contratos se aperfeiçoava, destacando o valor da concorrência, tornava-se inevitável concluir que a modificação (ou o poder de modificação) não poderia permitir uma reconstrução do contrato inicial em termos de este deixar de corresponder às condições fundamentais ou essenciais do “convite para contratar” que o contraente público apresentou no procedimento de adjudicação”(…).

Assim, “a proteção da concorrência surge (...) como um novo e autónomo critério de limitação da modificação dos contratos”.

E, como refere o mesmo autor, nesta perspetiva da proteção do interesse da concorrência torna-se indiferente que o contrato seja modificado por acordo ou por ato unilateral. Qualquer modificação “que não se enquadre no “fim da concorrência” (...) prosseguido pela celebração do contrato original corresponde, de facto, à adjudicação de um contrato novo”.

- 31.** Esta limitação ao poder de modificação dos contratos, entretanto incorporada na legislação mais recente, é, ainda assim, plenamente aplicável no quadro de um contrato ainda não regido por estas normas, como aquele que nos ocupa.

Por um lado, porque estamos perante modificações contratuais introduzidas por acordo das partes e, portanto, não regidas diretamente pelo artigo 180.º do CPA. Por

---

<sup>16</sup> In *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, Janeiro/Fevereiro de 2009.



outro, porque mesmo este preceito salvaguarda as limitações resultantes de princípios e de outras leis aplicáveis ou resultantes da natureza dos próprios contratos.

- 32.** Ora, nesta matéria há que ter presentes os princípios gerais da contratação pública consagrados tanto ao nível nacional como comunitário, como se sublinhou na decisão recorrida.

E, de acordo com esses princípios, positivados há muito nos Tratados e na Constituição, nas diretivas comunitárias sobre contratação pública e na legislação nacional de contratação pública, há que respeitar a concorrência, a igualdade e a transparência no acesso aos mercados públicos, o que implica a observância destes valores em todas as fases da formação e execução dos contratos.

- 33.** A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>17</sup> tem defendido isso de forma muito clara, inclusive a propósito das modificações contratuais, afirmando, neste âmbito, precisamente a ideia referida de que a modificação dos contratos não pode permitir a sua *reconstrução* em termos de eles deixarem de corresponder às condições fundamentais ou essenciais que estiveram na base do procedimento de escolha<sup>18</sup>.

Como se diz no Acórdão *Presstext*: “*Com vista a assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato, na acepção da Directiva n.º 92/50, quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato (...).*”

E no Acórdão Comissão/CAS *Succhi di Frutta*: “*(...) no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação*”, e, não o fazendo, “*não pode modificar, seja em que fase do processo for, as condições do concurso, sob pena de violar o princípio da igualdade de todos os proponentes, bem como o da transparência*”.

---

<sup>17</sup> Doravante designado TJCE.

<sup>18</sup> Cfr. Acórdãos de 5 de Outubro de 2000 (no processo C-337/98, *Comissão/França*), de 29 de Abril de 2004 (no processo C-496/99, *Comissão/CAS Succhi di Frutta*) e de 19 de Junho de 2008 (no processo C-454/06, *Presstext*).



Deve, pois, concluir-se que a modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões de interesse público e do respeito pelo objeto do contrato e pelo equilíbrio financeiro do mesmo.

Depende também, em obediência aos princípios constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada.

34. Importa, então, determinar quais são os aspetos que, a serem modificados, descaracterizam o contrato e conduzem à conclusão de que estamos já perante um contrato novo.

A jurisprudência do TJCE dá-nos alguns contributos importantes na matéria.

Tendo presente o teor dos Acórdãos do TJCE já acima indicados e a análise feita por Pedro Gonçalves ao Acórdão *Pressetext*, também já anteriormente citada, que salienta, de forma clara, as linhas fundamentais e as implicações da jurisprudência daquele Tribunal sobre a modificação dos contratos públicos, podemos sintetizar o sentido dessa jurisprudência, com utilidade para o presente processo, da seguinte forma:

- O direito comunitário não proíbe a modificação de contratos públicos, mas limita-a de forma significativa por aplicação dos princípios da concorrência, igualdade e transparência;
- É possível introduzir alterações aos contratos desde que a possibilidade de modificação haja sido expressamente prevista nas peças do procedimento de adjudicação e no contrato inicial, de forma precisa quanto às circunstâncias e condições em que pode ser feita<sup>19</sup>;
- Ainda que não expressamente autorizadas, admitem-se alterações não substanciais aos contratos mas não podem ser feitas quaisquer alterações substanciais<sup>20</sup>;
- As alterações são substanciais quando apresentam características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato<sup>21</sup>;

---

<sup>19</sup> Cfr. Cfr. Acórdãos *Comissão/CAS Succhi di Frutta* e *Pressetext*.

<sup>20</sup> Cfr. Acórdão *Pressetext*.

<sup>21</sup> Cfr. Acórdãos *Comissão/França*, no processo C-337/98, e *Pressetext*.



- Não é possível o alargamento do contrato a serviços inicialmente não previstos<sup>22</sup>;
- As modificações só são possíveis até ao ponto em que se possam considerar “neutras” para os interesses económicos dos proponentes, em particular do co-contratante privado, que não deve resultar beneficiado<sup>23</sup>;
- As modificações só são possíveis se não forem prejudiciais aos interesses dos que poderiam ter apresentado proposta no processo de adjudicação inicial<sup>24</sup>;
- As modificações só são possíveis se não forem prejudiciais aos interesses dos potenciais concorrentes a uma nova adjudicação<sup>25</sup>;
- Fora destes parâmetros, as alterações correspondem a uma nova adjudicação;
- Nesses casos, o contraente público tem o dever de promover a “concorrência para o mercado”.

Perante tais linhas de orientação jurisprudencial, pode-se afirmar que foram introduzidas alterações com desrespeito do que no direito comunitário se consagra quanto aos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência.

**35.** Face a tudo o que se referiu, fez pois bem a decisão recorrida em relembrar orientações constantes da Comunicação Interpretativa n.º 2008/C91/02, da Comissão, em que se diz:

- a) *“Atendendo a que as P.P.I. são habitualmente criadas para prestação de um serviço durante um período bastante longo, devem ser garantidas as condições para se adaptarem a certas mudanças verificadas no ambiente económico, jurídico ou técnico. As disposições comunitárias relativas aos contratos públicos e às concessões não impedem de ter em conta estas evoluções, desde que sejam respeitados os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Assim, se a entidade adjudicante pretender ajustar certas condições de adjudicação após a selecção do contratante, essa possibilidade deve estar expressamente prevista, bem como as suas*

---

<sup>22</sup> Cfr. Acórdão *Pressetext*.

<sup>23</sup> In Acórdão *Pressetext*: “Uma alteração pode igualmente ser considerada substancial quando modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”;

<sup>24</sup> In Acórdão *Pressetext*: “A alteração de um contrato público vigente pode ser considerada substancial quando introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite. (...)”

<sup>25</sup> In Acórdão *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano*, de 17 de Julho de 2008, no processo C-347/06: A prorrogação do prazo de vigência de um contrato implica que “seja protelada a adjudicação de uma nova concessão mediante procedimento de concurso público” o que “constitui uma diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão”.



*normas de execução, no anúncio do concurso ou nos cadernos de encargos, e deve ser definido o quadro em que se desenvolverá o processo... ”;*

- b) *“...Significa que as Parcerias Público-Privadas institucionalizadas conservam o seu âmbito de actividade inicial e não podem, em princípio, obter novos contratos públicos ou concessões sem passar por um procedimento concorrencial em conformidade com o disposto em direito comunitário aplicável aos contratos públicos e às concessões... ”.*

36. Importa concluir nesta parte. De tudo o que foi dito deve sublinhar-se que sendo uma alteração introduzida num aspeto essencial do contrato inicial de constituição da FAGAR – o seu objeto - e não tendo tal alteração sido prevista no procedimento de formação do contrato, não é juridicamente admissível, ocorrendo a violação dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, consagrados no direito comunitário e nacional, e muito concretamente o disposto nos nºs 4 do artigo 1º do CCP e 1 e 2 do artigo 10º do RJSEL.

De qualquer modo, deve reconhecer-se que não é a alteração do contrato de constituição da FAGAR que está submetida a juízo de fiscalização prévia, mas só o contrato de gestão dos espaços verdes. Aquela conclusão só é relevante na medida em que se relaciona com a decisão a tomar sobre este contrato.

## **II.C – O contrato dos espaços verdes face à alteração do objeto social da FAGAR e face ao direito aplicável**

37. Vimos pois que no juízo a fazer, em sede de fiscalização prévia, não se pode ignorar que o contrato *sub judicio* se relaciona com as alterações feitas no contrato de constituição da sociedade adjudicatária.

Vimos também que as alterações feitas no contrato inicial são desconformes ao direito.

Vejamos agora o impacto que tais conclusões têm no juízo a fazer sobre o contrato de gestão.

38. A propósito dos contratos-programa - figura concetualmente muito próxima dos contratos de gestão – disse Pedro Costa Gonçalves <sup>26</sup>:

*“Se se trata de uma empresa local com participação privada, o cumprimento das exigências em matéria de contratação pública impôs-se no âmbito do procedimento de seleção do parceiro privado (...). A celebração do contrato-*

---

<sup>26</sup> In Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local, Almedina, Novembro de 2012, p.247



*programa, em momento posterior, está legitimada por aquele procedimento. Mas a definição dos termos do contrato-programa também está limitada por este procedimento, não podendo, por exemplo, prever conteúdos que representem uma modificação substancial das peças do procedimento de seleção do parceiro privado e do modo como nesse procedimento se perspetivou o conteúdo do contrato de sociedade e o objeto social da empresa.”*

Isto é: a celebração de um contrato-programa – e, *mutatis mutandi*, de um contrato de gestão - com uma empresa local, com participação privada, não está legitimada quando integrar conteúdos que representem uma modificação substancial das peças do procedimento de seleção do parceiro privado e do modo como nesse procedimento se perspetivou o conteúdo do contrato de sociedade e o objeto social da empresa.

Ora, é precisamente esta a situação existente no presente processo.

A atribuição direta de um contrato de gestão, quando na sua base estão alterações estatutárias não mediadas pela observância do princípio da concorrência, padece igualmente da inobservância deste princípio.

Tal vício do contrato de gestão poderia ter sido superado se, porventura, para este se tivesse observado o procedimento concorrencial previsto na lei, e que resulta da alínea b) do nº 1 do artigo 20º do CCP.

O que não foi feito.

- 39.** Na petição de recurso veio a recorrente invocar que *“por se tratar de um contrato de gestão cujo objeto é insuscetível de ser colocado no mercado, não se aplica a parte II do Código dos Contratos Públicos, por força do disposto no seu artigo 5, que exclui da disciplina aí consagrada os contratos "a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estejam nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente, em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação”*.

Pergunta-se: mas que prestações, no presente contrato, não estão nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência do mercado?

- 40.** Na decisão recorrida, em trecho que não foi objeto de contestação, resumiam-se assim as prestações que se incluem no objeto contratual de gestão dos espaços verdes:

- a) Conservação e manutenção das zonas de vegetação;



- b) Realização dos trabalhos necessários à boa manutenção dos espaços verdes, regas, cortes de relva, podas, plantações e tratamentos fitossanitários;
- c) Gestão do viveiro municipal;
- d) Vistorias técnicas a loteamentos e urbanizações onde se encontrem jardins;
- e) Apoio a associações de moradores encarregados da gestão de espaços verdes e, nesta parte, conhecer das reclamações apresentadas pelos munícipes.

Ora, não se descortina como se pode afirmar que aquelas atividades não estão nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência do mercado.

Efetivamente, como é do conhecimento geral, há inúmeras entidades privadas que se dedicam precisamente a este tipo de atividade económica.

Não colhe pois a invocação do nº 1 do artigo 5º do CCP para legitimar a atribuição direta do contrato de gestão dos espaços verdes à FAGAR.

## II.D – Conclusão

- 41. Perante tudo o que foi dito, concorda-se no essencial com o decidido pelo Tribunal recorrido, reafirmando-se que ocorreu violação dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, consagrados no nº 4 do artigo 1º do CCP e nos nºs 1 e 2 do artigo 10º do RJSEL.
- 42. Na medida em que o presente contrato de gestão não pode estribar-se na alteração feita ao contrato inicial – por esta ser legalmente desconforme, como se viu – para a sua formação deveria ter-se observado o procedimento previsto na alínea b) do nº 2 do artigo 20º do CCP.

O que não foi feito, assim se tendo violado esta disposição legal.

Ora, caso tal procedimento tivesse sido realizado, os resultados financeiros obtidos teriam sido, ou poderiam ter sido, diferentes.

Enquadra-se, pois, tal violação no disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC<sup>27</sup>, quando aí se prevê, como fundamento para a recusa de visto, a *“ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro.”*

---

<sup>27</sup> Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 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.



# Tribunal de Contas

---

## III – DECISÃO

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

44. Mais decidem fixar emolumentos nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas <sup>28</sup>.

Lisboa, 8 de outubro de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(José Luis Pinto Almeida)

O Procurador-Geral-Adjunto,

(José Vicente)

---

<sup>28</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de abril.