



ACÓRDÃO Nº 13/2014 – 8 de Julho – 1ª SECÇÃO/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 01/2014

PROCESSO N.º 1613/2013

I. RELATÓRIO

1.

“LIPOR – Serviço Intermunicipalizado de Gestão de Resíduos do Grande Porto” [doravante designada por *LIPOR*], inconformada com o teor do acórdão n.º 35, de 17.12.2013, deste Tribunal, e que recusou o visto ao contrato de **“Concessão da Construção e Exploração do Aterro Intermunicipal da LIPOR”** na Póvoa de Varzim, celebrado em 03.10.2013, com o Agrupamento Complementar das empresas **“Ferrovial Servicios – EGEO Tecnologia e Ambiente, Amândio Carvalho & Gabriel Couto, A.C.E.”**, pelo valor de € 111.388.239,50 [s/IVA], **veio do mesmo interpor recurso jurisdicional**, concluindo como segue:

(...)

1.^a – *A Recorrente, como Associação de Municípios, prossegue o interesse público, materializado no direito ao ambiente e à qualidade de vida, tendo em conta a correta operação de recolha e tratamento de resíduos;*

2.^a – *A obra concursada terá um papel decisivo no sistema integrado de resíduos que a Recorrente gere, e cuja exigência decorre de normativos nacionais e comunitários;*

3.^a – *A Recorrente tem necessidade de encaminhar para Aterro uma quantidade importante de resíduos (ex: cinzas resultantes do processo de incineração de resíduos realizado da sua Central de Valorização Energética),*



sendo que a atual infraestrutura de deposição desses mesmos resíduos (Aterro da Maia) encontra-se perto do limite da sua capacidade;

4.^a – Os Aterros Sanitários mais próximos, para além de não estarem licenciados para a receção de um dos tipos de resíduos que a Recorrente precisa de confinar (no caso, cinzas resultantes do processo de incineração), encontram-se com as suas capacidades praticamente esgotadas;

5.^a – O atraso na execução da obra pública irá gerar à Recorrente sérios problemas, com reflexos no serviço público que lhe está confiado que é criar condições para a deposição de resíduos produzidos por aproximadamente 10% da população nacional;

6.^a – Inexiste a alegada nulidade da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, não sendo aplicável o artigo 31.º do CCP, já que a escolha do procedimento por ajuste direto teve por base “critérios materiais” previstos no Capítulo III e não “outras regras em função do tipo de contrato”, previstas no Capítulo IV, ambos do Título I da Parte II do CCP;

7.^a – Encontram-se preenchidos os pressupostos necessários para o recurso ao procedimento de ajuste direto, nos termos da al. b) do artigo 24.º do CCP;

8.^a – As propostas apresentadas pelos 6 (seis) agrupamentos de empresas que se apresentaram ao concurso público, com publicidade internacional, têm de ser consideradas como excluídas na medida em que as mesmas, e face às regras do procedimento, não puderam ser consideradas para efeitos de avaliação final nem puderam ser consideradas na decisão de adjudicação;

9.^a – A proposta do concorrente inicialmente adjudicatário tem de ser considerada por excluída, na medida em que o concorrente se recusou a outorgar o contrato, pelo que a mesma não se revelou dotada das características de seriedade, firmeza e certeza;



10.^a – *A proposta ordenada em segundo lugar tem, igualmente, de ser considerada como excluída, na medida que o concorrente manifestou, de forma expressa, que, por motivos seus e próprios, não tinha condições para que, sob a sua proposta, pudesse recair a adjudicação. Isto é, reconheceu não ter condições para cumprir com o que se propôs, assim autoexcluindo a sua proposta;*

11.^a – *Encontram-se, também, e igualmente, preenchidos os pressupostos exigidos por lei para o recurso ao procedimento por ajuste direto, nos termos da al. c) do artigo 24.º do CCP;*

12.^a – *Dado por demonstrado, como Tribunal dá no douto Acórdão aqui sob recurso, que era imprevisível o comportamento do inicial adjudicatário, bem como a existência de uma situação de urgência imperiosa, também era imprevisível o comportamento do concorrente cuja proposta ficou ordenada em segundo lugar;*

13.^a – *O concorrente cuja proposta ficou ordenada em segundo lugar não aceitou a adjudicação não por se ter esgotado o prazo de 90 dias exigido para a manutenção das propostas, mas sim por razões suas e próprias não reunir condições para que sobre a sua proposta pudesse recair a mencionada adjudicação;*

14.^a – *Tal situação não pode ser imputada à Recorrente, desde logo porque esta tudo fez para “salvar” o procedimento concursal, nomeadamente concedendo prazos suplementares, por solicitação quer do inicial adjudicatário quer do concorrente cuja proposta ficou ordenada em segundo lugar, no sentido de permitir que os mesmos pudessem reunir todas as condições para a adjudicação;*

15.^a – *Inexiste a alegada ilegalidade da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, não se verificando in casu a violação do Princípio da Concorrência, já*



que o facto de se prever que os projetos de investigação e desenvolvimento têm de ser realizados em território nacional, não traz nenhuma vantagem ilegítima para as empresas nacionais, isto porque tais projetos não foram definidos “à cabeça”, nem a execução dos mesmos ficam à livre decisão do Concessionário, antes são exclusivamente definidos pela Concedente (aqui Recorrente);

16.^a – Não tendo o Concessionário qualquer ideia dos projetos de investigação e desenvolvimento que lhe vão ser determinados que execute (pela Concedente), sabendo apenas que estes irão estar direta e necessariamente relacionadas com objeto do contrato, não se descortina que vantagem competitiva (ilegítima) poderá aqui estar;

17.^a – Os projetos de investigação e desenvolvimento a realizar irão ter um impacto positivo no contrato (por isso serão realizados integralmente nos primeiros cinco anos de exploração), bem como deverão representar o maior interesse possível para a Concedente (aqui Recorrente);

18.^a – Não se pode deixar de anotar que o encargo com os projetos de investigação e desenvolvimento representa apenas 1% do valor do Contrato de Concessão, pelo que há que relativizar tal “encargo” face ao preço contratual estimado;

19.^a – A Recorrente disponibiliza-se para, de acordo com o Concessionário, promover a supressão ou resolução do “Contrato do Projeto de Investigação e Desenvolvimento da Atividade e Interesse Público”, com os impactos inerentes no Contrato de Concessão, isto porque, naturalmente, para a Recorrente, o que é fundamental é assegurar, tempestivamente, a execução da obra e o seu início de exploração, como forma de assegurar o serviço público e o interesse público que a mesma prossegue;



Tribunal de Contas

20.^a – Face a tudo o exposto, e considerando, igualmente, o elevado interesse público na execução atempada da obra em causa, entende-se que a recusa do visto com base na alegada ilegalidade da alínea c) do n.º 3, do artigo 44.º da LOPTC, é desajustada, admitindo-se contudo a concessão do visto com recomendações, ao abrigo do estabelecido no n.º 4 do mesmo citado artigo,

*21.^a – pelo que se considera que aquele douto Acórdão não terá feito a mais adequada aplicação das normas legais supra identificadas nestas conclusões.
(...)*

A final, e peticionando, o recorrente requer seja dado provimento ao recurso, e, em consequência, se decida a revogação do acórdão recorrido, concedendo-se, assim, o visto ao contrato de concessão em apreço.

2.

O Ex.^{mo} Procurador-Geral Adjunto, em douto Parecer, pronunciou-se no sentido da improcedência do recurso, porquanto, e segundo o próprio, o acórdão não merece qualquer censura, seja quanto aos fundamentos de facto, seja no tocante aos fundamentos de direito.

3.

Foram colhidos os vistos legais.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Ao longo do acórdão recorrido, objeto do presente recurso, considerou-se estabelecida, com relevância para a análise em curso, a factualidade inserta no introito daquele aresto e, ainda, a seguinte:

4.

a) A *LIPOR* é uma associação de municípios, que associa os municípios de Espinho, de Gondomar, da Maia, de Matosinhos, do Porto, da Póvoa de Varzim, de Valongo e de Vila do Conde, e que tem por objeto imediato a reciclagem,



- valorização, tratamento e aproveitamento final dos resíduos sólidos entregues pelos municípios associados, bem como proceder à gestão, manutenção e desenvolvimento das infraestruturas necessárias para o efeito;
- b) Em 26 de maio de 2010, o Conselho de Administração da *LIPOR* deliberou proceder ao lançamento de um concurso público com publicitação internacional para a formação do contrato de concessão da construção e exploração do aterro sanitário intermunicipal da *LIPOR*, na Póvoa do Varzim;
- c) Em 17 e 19 de junho de 2010 foram publicados os anúncios respetivos no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia;
- d) Apresentaram proposta oito concorrentes;
- e) O concurso foi estruturado em duas fases, sendo que uma primeira contempla a avaliação de todas as propostas apresentadas segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa [valia técnica -50% - e valia económica – 50%] e uma segunda fase, para a qual transitaram, apenas as duas propostas melhor classificadas, envolveu uma subfase de negociações, que findou com a apresentação de propostas finais;
- f) Nos termos do artigo 14º do programa do procedimento “*[o]s concorrentes são obrigados a manter as respetivas propostas pelo prazo de 90 dias contados da data do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas*”;
- g) Em 13 de julho e em 14 de setembro de 2011 decorreram as duas sessões de negociação;
- h) Também em setembro de 2011, os dois concorrentes selecionados para a fase de negociação apresentaram as suas propostas finais, acontecendo que o concorrente cuja proposta viria a ficar colocada em segundo lugar a apresentou no dia 29 de setembro;



Tribunal de Contas

- i) Em 14 de novembro de 2011, o júri aprovou o relatório final de avaliação;

- j) Em 30 de novembro de 2011, o Conselho de Administração da *LIPOR*, deliberou adjudicar a concessão da construção e exploração do aterro sanitário intermunicipal da *LIPOR* ao concorrente que integrava as sociedades *MOTA-ENGIL, Engenharia e Construção, S.A./MONTEADRIANO-Engenharia e Construção, S.A./SUMA - Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A./ECOVISÃO-Tecnologias do Meio Ambiente, Lda. e ECOAMBIENTE - Consultores De Engenharia, Gestão e Prestação de Serviços, S.A.* e que apresentou proposta no valor de 77.341.528,30 €;

- k) O concorrente adjudicatário foi notificado para apresentar os documentos de habilitação e prestar a caução contratual;

- l) Em 15 de fevereiro de 2012, o Conselho de Administração da *LIPOR* deliberou aprovar a minuta de contrato, tendo concedido ao agrupamento de empresas adjudicatário, nos termos do artigo 101.º do *C.C.P.*, um prazo de cinco dias úteis para, querendo, apresentar reclamação contra a mencionada minuta contratual, faculdade que tal agrupamento veio a utilizar;

- m) Alegando a complexidade técnico-jurídica de várias das reclamações apresentadas, a *LIPOR* deliberou prorrogar o seu prazo de pronúncia sobre tais reclamações. Nesse espaço temporal, a *LIPOR* e o agrupamento adjudicatário mantiveram contactos no sentido de se consensualizar a minuta do contrato em discussão;

- n) Em 23 de maio de 2012, o Conselho de Administração da *LIPOR* deliberou aprovar um conjunto de reclamações apresentadas por tal agrupamento de empresas (a maioria) e recusar outras, com o fundamento de que as mesmas previam obrigações que contrariavam e/ou não constavam dos documentos que integravam o contrato (no caso, especialmente, o Caderno de Encargos);



Tribunal de Contas

- o) Também nesse dia 23 de maio, o Conselho de Administração da *LIPOR* agendou para o dia 6 de junho de 2012 a outorga do contrato de concessão;
- p) O agrupamento adjudicatário suscitou um pedido de suspensão da eficácia jurídica da decisão que fixou a data para outorga do contrato, solicitação que a *LIPOR* indeferiu, tendo no entanto manifestado disponibilidade para que a assinatura do contrato de concessão se pudesse concretizar no dia 19 de junho de 2012;
- q) O agrupamento de empresas adjudicatário não compareceu na data “*ab initio*” definida pela *LIPOR* (6 de junho de 2012), sendo que, no dia 19 de junho de 2012, compareceu tendo, no entanto, então, declarado, recusar-se outorgar o mencionado contrato de concessão;
- r) “*Alegando para o efeito uma não provada "alteração das circunstâncias"*”, entre a data que apresentou a sua proposta final e a data da celebração do Contrato, “*o agrupamento de empresas adjudicatário manifestou que estaria disponível para assinar o contrato de concessão desde que lhe fosse garantido um benefício suplementar face à proposta apresentada*”;
- s) “*Com base na tal não provada, nem sequer indiciariamente demonstrada, "alteração das circunstâncias", o agrupamento adjudicatário pretendeu estabelecer uma negociação no sentido de, mesmo antes de ser assinado o Contrato de Concessão, verificar-se uma "previsão do ajustamento" do mesmo*”;
- t) **A *LIPOR***, sustentada nos art.ºs 105.º, 1, do *C.C.P.*, e 27.º, n.º 1, al. c), do Programa do Procedimento, considerou que a não comparência da entidade adjudicatária no ato de assinatura do contrato conduziu, necessariamente, à caducidade da adjudicação;
- u) Em 20 de junho de 2012, foi formalmente auscultado o concorrente constituído pelas empresas *CASAIS - Engenharia e Construção, S.A./SEMURAL -*



Tribunal de Contas

Sociedade de Empreendimentos Urbanos, S.A./ *ALBERTO COUTO ALVES*, S.A. e *R.R.I. - Recolha de Resíduos Industriais*, S.A., o qual apresentou a proposta ordenada em segundo lugar, no sentido de saber se o mesmo ainda mantinha a sua proposta final, apresentada em 29 de setembro de 2011 e que apresentava um valor de 77.510.501,36 €;

v) Em 19 de setembro de 2012, o concorrente classificado em segundo lugar (apesar de uma posição inicial de disponibilidade para aceitar a adjudicação), veio por comunicação dirigida ao Conselho de Administração, informar da sua impossibilidade de manter a proposta final, apresentada em 29 de setembro de 2011, argumentado para tal impossibilidade, quer razões internas atinentes às várias sociedades que o constituíram, quer em razões externas relacionadas com grandes constrangimentos em obter os financiamentos necessários ao projeto;

w) No mesmo dia 19 de Setembro de 2012, o Conselho de Administração da *LIPOR*, dada a não disponibilidade do concorrente classificado em segundo lugar para manter a sua proposta, deliberou não lhe fazer a adjudicação, tendo presente também deliberações suas anteriores, em particular a constante da ata do dia 20 de Junho de 2012, em que se tinha decidido que só se promoveria a adjudicação à proposta classificada em segundo lugar, se o concorrente declarasse manter, sem reservas, a proposta final apresentada a 29 de Setembro de 2011;

x) **No dia 10 de outubro de 2012**, o Conselho de Administração da *LIPOR* deliberou:

"1. Não adjudicar o objeto do "Concurso Público para a Contratação da Concessão da Construção e Exploração do Aterro Sanitário Intermunicipal da Lipor (Póvoa de Varzim)", com a consequente e inerente revogação da decisão de contratar, nos termos do disposto no Artigo 80.º, n.º 1 do CCP.

2. (...)



3. *Promover a "Contratação da Concessão da Construção e Exploração do Aterro Sanitário Intermunicipal da Lipor (Póvoa de Varzim) ", por Ajuste Direto, nos termos do disposto nas alíneas b) e c), do n.º 1 do Artigo 24.º do CCP, devendo os Serviços garantir as seguintes premissas:*
- a) *O Caderno de Encargos deverá manter-se substancialmente idêntico e inalterado face ao que presidiu o Concurso Público anterior e que, agora, culminou com a decisão de não adjudicação;*
 - b) *O procedimento por Ajuste Direto deverá integrar uma fase de negociação;*
 - c) *Deverão ser consultados para apresentação de propostas os Concorrentes que tenham apresentado proposta no âmbito do "Concurso Público para a Contratação da Concessão da Construção e Exploração do Aterro";*
- y) Em 5 de dezembro de 2012, o Conselho de Administração da *LIPOR*, aprovou a abertura do procedimento por ajuste direto, nos termos dos artigos 23.º e 24.º, n.º 1 alíneas b) e c) do *C.C.P.*, para a contratação da concessão da construção e exploração do aterro sanitário intermunicipal, dirigindo o convite aos seis agrupamentos de empresas que tendo apresentado proposta no concurso público, não transitaram para a fase de negociação;
- aa) Em 11.09.2013, o Conselho de Administração da *LIPOR*, no seguimento do Relatório de avaliação das propostas, adjudicou a concessão ao agrupamento complementar das empresas *"Ferrovial Servicios – EGEO Tecnologia e Ambiente, Amândio Carvalho e Gabriel Couto, A.C.E."*;
- bb) Sobre os fundamentos para celebração do novo contrato ao abrigo das alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 24º do *C.C.P.*, disse ainda a *LIPOR*:
- "O agrupamento de empresas adjudicatário foi o único responsável pela não assinatura do Contrato, já que podia e devia ter cumprido a sua obrigação de assinar o mesmo, que mais não era do que a formalização da sua vontade*



Tribunal de Contas

negocial manifestada com a sua proposta definitiva apresentada em setembro de 2011.

Já é verdade que a Lipor teve grandes prejuízos com o comportamento de tal agrupamento de empresas adjudicatário.

De facto, o atraso na formação do Contrato concursado, e, ainda mais, o consequente atraso na execução da obra pública, objeto de tal Contrato, impediram, e ainda impedem, a Lipor de prosseguir o interesse público que lhe está confiado que é o de criar as condições de deposição de resíduos urbanos produzidos pelos Municípios associados e que dizem respeito a, praticamente, um milhão de pessoas!

Resíduos esses que, pelas mais elementares normas ambientais, têm de ser recolhidos e tratados, podendo, inclusive, o País ser penalizado se tal serviço público não for prestado atempadamente, tendo em conta a necessidade de observância do direito comunitário.

A Lipor, dado que o candidato classificado em segundo lugar no concurso retirara, legitimamente, a sua proposta, viu-se forçada a lançar novo procedimento de contratação, o qual se concretizou no presente Contrato de Concessão, agora sob análise desse Alto Tribunal.

Só que a nova adjudicação, e, em consequência, o arranque da obra e o início de funções desta ir-se-ão atrasar-se, em relação ao previsto, em, pelo menos, dois anos, por facto exclusivamente imputável ao agrupamento de empresas adjudicatário.

O Artigo 24.º, n.º 2, alínea b) estabelece que qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adoptar-se o ajuste direto quando "Em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e



desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele pronunciamento."

O Artigo 19.º do Programa do Procedimento previa que seriam retidas para negociação apenas as duas propostas melhor classificadas, pelo que todas as outras seis propostas (as que não passaram a tal decisiva fase) terão de ser entendidas como se encontrando excluídas dessa fase do procedimento, pelo simples facto de não reunirem as condições para, sobre as mesmas, poder recair a adjudicação, após a fase da negociação que não integraram.

De facto, com a decisão inicial de graduação das propostas à luz do critério de adjudicação, esta Associação de Municípios produziu, desde logo, uma decisão final e com eficácia externa que atingiu todos os Concorrentes, salvo aqueles dois, pelo que todas as propostas que não transitaram para a fase de negociação foram, por esse motivo, afastadas do procedimento, iniciando-se, seguidamente, um novo e distinto momento procedimental, restrito aos referidos dois Concorrentes.

Pelo que, as propostas não caducaram. *Seis delas foram, portanto, excluídas na última fase do procedimento; a do agrupamento de empresas adjudicatário auto excluiu-se, dado que se recusou a assinar o Contrato, depois de escolhida; a que se classificou em segundo lugar foi, posteriormente àquela recusa e à verificação da caducidade da adjudicação, retirada pelo agrupamento de empresas que a apresentou (no caso as empresas Casais — Engenharia e Construção S.A./ Semural — Sociedade de Empreendimentos Urbanos, S.A., / Alberto Couto e Alves, S.A./ R.R.I. — Recolha de Resíduos Industriais, S.A.).*

Ora, o que é certo, é que se manteve, e mantém, intocável o interesse e a necessidade da Lipor em promover a obra concursada, na medida que a mesma permitirá a esta Associação de Municípios a prossecução do seu escopo estatutário e, conseqüentemente, do interesse público.



Certo é, igualmente, que a concretização desse interesse público, se encontra já gravemente prejudicado face às vicissitudes do processo concursal em causa, sendo que foi considerado que só seria possível a sua mitigação através de um processo de contratação mais expedito. (...)

[O] Aterro Sanitário da Maia já foi objeto de uma intervenção de ampliação que permitiu acomodar, em termos de deposição de resíduos, os atrasos, não imputáveis à Lipor, que o processo concursal tem sofrido, não sendo prospetivável, tecnicamente, uma nova intervenção que permita prolongar a vida útil de tal infraestrutura, por esgotamento de alvéolos de deposição.

Ora, a Lipor tem necessidade de confinar tecnicamente, em Aterro, anualmente, resíduos urbanos, a que acrescem, ainda anualmente, cerca de 30.000 toneladas de cinzas (subproduto que resulta do processo de incineração) e, ainda, de dar destino adequado a entre 55.000 a 60.000 toneladas de escórias (subproduto que resulta do processo de incineração), constituindo, pois, o Aterro uma infraestrutura relevante no adequando funcionamento do Sistema de Gestão de Resíduos.

Foi, ainda e igualmente, ponderado que não seria expetável que a curto prazo a situação económica e financeira evoluísse no sentido de permitir a um significativo leque de entidades construtoras potencialmente interessadas no Projeto, a obtenção de condições financeiras à prossecução do mesmo.

No entanto, seria insustentável que um novo processo concursal aberto à concorrência pudesse culminar com uma nova situação de concurso deserto por falta de interessados, acontecimento este que tornaria o Sistema de Gestão de Resíduos da Lipor vulnerável, face ao expetável esgotamento da capacidade do Aterro Sanitário da Maia, o que geraria uma situação insolúvel para a deposição dos resíduos produzidos pela população que esta Associação de Municípios serve (cerca 1 milhão de habitantes) nas paragens



técnicas para manutenção da Central de Incineração (vulgo Lipor II), bem como das cinzas que resultam do processo de valorização energética dos resíduos.

Entende, pois, esta Associação de Municípios que dispunha de legitimidade para o lançamento de um procedimento por ajuste direto nos termos da al. b) do Artigo 24.º do CCP.

Ora, o que aconteceu é que de facto todas as propostas foram, como se disse, excluídas umas por não reunirem condições face aos critérios definidos para passar à fase de negociação, outra (a do agrupamento adjudicatário) por este se ter recusado a assinar o Contrato e, ainda outra (a apresentada pelo concorrente que transitou para a fase de negociação) pelo facto do mesmo ter retirado a sua proposta.

Pelo que, no fim, nenhuma das propostas restou, para que pudesse sobre ela recair a adjudicação (a quem quer que fosse).

De facto, e como já várias vezes se mencionou, só existiu a necessidade da Lipor desenvolver um processo de contratação mais expedito, pelo facto do agrupamento adjudicatário, de forma totalmente inopinada ter pretendido usufruir, ilegitimamente, de uma renegociação dos valores da proposta antes mesmo de assinar o Contrato.

Perante os condicionalismos supra expostos, não poderia a Lipor desenvolver um processo de contratação mais complexo (Concurso Público) que nunca duraria menos de 12 a 14 meses, a que se seguiria um conjunto de exigências legais, nomeadamente o visto do Tribunal de Contas, e, depois, e ainda, a necessidade de aguardar mais 18 meses para que a infraestrutura estivesse apta a receber os resíduos.

*A Lipor limita-se, assim, a dizer (repetir) que **o recurso a um processo de contratação mais expedito**, só acontece pelo facto do agrupamento*



Tribunal de Contas

adjudicatário não ter comparecido à outorga do Contrato de Concessão e ao facto de, numa segunda marcação, ter comparecido mas, aí, ter-se recusado a assiná-lo.

Porém, a Lipor reputou como interessante a transição, para o novo procedimento, de todos os agrupamentos de empresas (seis) que se mostraram interessados no procedimento inicial, pelo facto dos mesmos já conhecerem de forma pormenorizada o presente Projeto, podendo assim apresentar melhorias apreciáveis face às Propostas ab initio apresentadas, em benefício, assim da competitividade e da concorrência.

Concomitantemente, assegurou-se, ainda e também, o interesse da LIPOR em garantir, por outro lado, que a universalidade do "mercado" que demonstrou efetivo interesse na execução do Contrato (e que, por isso, apresentou proposta), continuasse a ser consultada.

Assim, no âmbito do processo de contratação subjacente ao Contrato de Concessão, agora sob análise por esse Alto Tribunal, foram convidadas a apresentar propostas os seis agrupamentos de empresas que manifestaram interesse, em particular, no Concurso Público anterior, e que não transitaram para a subfase de negociação das propostas.

Dos seis agrupamentos de empresas convidados, três deles entenderam por bem participar, tendo apresentado as respetivas propostas.

Entende a Lipor, igualmente, que lhe seria possível recorrer ao procedimento por ajuste direto nos termos da al c), nº. 1 do Artigo 24.º do CCP - "Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante".



De facto, esta Associação de Municípios foi confrontada com uma circunstância imprevisível, já que não é normal, num Concurso Público Internacional de muitos milhões de euros, o agrupamento e empresas sobre quem recaiu a adjudicação pretender uma renegociação dos valores da proposta, por si livremente apresentados, antes de assinar o Contrato.

Sendo que, quanto aos demais requisitos que preenchem a previsão da al. c) do n.º 1 do Artigo 24.º, julgamos, com o devido respeito, que já se encontra suficiente e abundantemente explicado o porquê de ter sido estritamente necessário o ajuste direto (e foi tão estritamente necessário que foram convidadas a apresentar propostas seis agrupamentos de empresas e não apenas um) e de haver urgência imperiosa incompatível com, por exemplo, um procedimento por concurso público, bem como tal situação não pode ser imputável à entidade adjudicante, já que nos limitamos a cumprir a lei ao não negociar e não aceitar um Contrato de Concessão por valores muito superiores aos que constavam na proposta adjudicada.

Pelo exposto, e com o devido respeito, esta Associação de Municípios entende que estavam reunidos os requisitos legais necessários e suficientes para o recurso ao procedimento por Ajuste Direto quer nos termos da al. b), quer nos termos da al. c) do n.º 1 do Artigo 24.º do CCP.”

cc) No caderno de encargos do procedimento de ajuste direto, previu-se na sua cláusula 28.ª:

“1 – O concessionário obriga-se, através de si ou de uma entidade terceira, a elaborar e a executar um ou mais projectos de investigação e desenvolvimento, nos termos da proposta adjudicada, de valor correspondente a 1% do preço contratual.

2 – Os projetos a que se refere o número anterior devem:



Tribunal de Contas

- a) *Estar diretamente relacionados com as prestações que constituem o objeto do contrato de concessão e devem ser concretizados no território nacional;*
- b) *Conter todos os aspetos necessários e adequados à concretização inequívoca das atividades a desenvolver, nomeadamente a sua descrição, planeamento, objetivos, resultados expectáveis e quantificação financeira;*
- c) *Ser concretizados no prazo de 5 anos a contar da data de início da exploração.*

3 – Para os efeitos do n.º 1, deve ser celebrado um contrato que regule a elaboração e execução dos projectos de investigação e desenvolvimento, na data da assinatura do contrato de concessão”;

dd) Na sequência do previsto na alínea anterior, com o contrato de concessão com o qual “*se encontra funcionalmente ligado*”¹ foi concomitantemente celebrado contrato de projeto de investigação e desenvolvimento que para esta finalidade prevê um montante de € 1.113.882,40²;

ee) Instada por este Tribunal a esclarecer o motivo da não retirada do Capítulo IX do Caderno de Encargos do presente procedimento, a *LIPOR* respondeu, com relevância, o seguinte:

“O Capítulo IX do Caderno de Encargos (Cláusula 28.^a e Cláusula 29.^a), com a epígrafe “Projetos de Investigação e Desenvolvimento”, estabelece a obrigação do Concessionário financiar projetos de investigação e desenvolvimento, a definir pela Concedente.

Tais projetos terão, nos termos da Cláusula 28.^a, n.º 2 do Caderno de Encargos, um âmbito e um prazo de concretização muito específico, assim:

¹Vide artigo 2º deste contrato.

²Vide cláusula 6ª deste contrato.



a) *Serão projetos relacionados com o setor dos resíduos (o Contrato de Concessão tem por objeto a construção e exploração de uma infraestrutura de resíduos sólidos urbanos), na vertente da valorização dos mesmos ou da diminuição da sua periculosidade e impacto no Ambiente;*

b) *Tais projetos terão de ser concretizados no prazo de 5 anos a contar da data de início da exploração.*

(...)

Entende esta Associação de Municípios que, apesar de terem sido revogados os preceitos legais supra enunciados (...), nada há que impeça e que se impossibilite ao abrigo de um processo de Contratação Pública a promoção de projetos de investigação e desenvolvimento, ainda para mais num quadro como o presente em que, salvo melhor entendimento, não se descortina, eventual que seja, a violação dos princípios e das preocupações que a Comissão anotou no seu Parecer com a referência IP/10/1555.

Desde logo não se descortina qualquer vantagem das empresas portuguesas, porque e como consta especificamente no Caderno de Encargos, quem define os projetos de investigação e desenvolvimento a realizar é a entidade Concedente. Ou seja, não fica à livre decisão e arbítrio do Concessionário estabelecer quais são esses projetos e assim, por ter nacionalidade portuguesa, poder beneficiar de especiais vantagens face a empresas não nacionais. Assim, e quanto a este aspeto, o que nos parece decisivo anotar é que os projetos a desenvolver, para além de serem os que a Concedente definir, terão de ser, e aqui o Caderno de Encargos foi muito preciso, diretamente relacionados com resíduos. Por outro lado, e ainda quanto a este aspeto específico, não decorre do Caderno de Encargos que tais projetos tenham obrigatoriamente que decorrer em território nacional (e esta era também uma forte preocupação da Comissão).



Quanto à questão de poder ser uma desvantagem para as empresas que não estivessem dispostas a aceitar esse encargo adicional, cumpre referir que o presente processo baseou-se num convite à apresentação de propostas a agrupamentos de empresas que em anterior Concurso Público manifestaram interesse em participar. No Concurso Público Internacional, que esteve na génese do atual processo de Ajuste Direto, não se verificou qualquer situação, que tenha chegado ao nosso conhecimento, ou qualquer constrangimento relacionado com a incapacidade de apresentar propostas em virtude do eventual encargo adicional que resulta do Capítulo IX do Caderno de Encargos. Anote-se que à data de desenvolvimento do mencionado Concurso Público estavam em vigor os n.ºs 7 a 10 do Artigo 42.º do CCP.

Por outro lado, parece-nos adequado lembrar, sempre com o devido respeito, que o já mencionado Parecer da Comissão assenta a sua argumentação, para considerar que a exigência que resultava do n.º 7 a 10 do Artigo 42.º do CCP constituía uma desvantagem para as empresas que não estivessem dispostas a aceitar esse encargo adicional, quando o mesmo não tivesse utilidade para a execução do Contrato. Ora, como já referido, os projetos a desenvolver têm que estar diretamente relacionados com o setor dos resíduos, em especial na vertente da valorização dos mesmos, ou da diminuição da sua periculosidade e impacto no Ambiente, pelo que encontra-se 'assegurado que os projetos terão significativa utilidade para o Contrato (anote-se que no aterro não serão apenas rececionados resíduos urbanos, mas também escórias e cinzas resultantes do processo de incineração de resíduos, e pelo menos, neste particular, poderá haver muitos campos a investigar, por exemplo o reaproveitamento de tais escórias e cinzas).

Refira-se, ainda, que tendo o processo de contratação sido por Ajuste Direto nos termos do Artigo 24.º, al. b) e c) do CCP, tal implica que o Caderno de Encargos não pudesse ser substancialmente alterado em relação ao procedimento anterior (no caso um concurso público com publicidade internacional).



Para finalizar, esta Associação de Municípios reafirma o seu entendimento que nenhuma norma da Contratação Pública foi violada, nem foi desrespeitado nenhum princípio nem nenhum dos valores que a Comissão Europeia pretendeu reafirmar através do seu Parecer IP/10/1555, de 25 de novembro de 2010”.

III. O DIREITO.

Considerando o teor das conclusões extraídas em sede de alegações do recurso interposto pela *LIPOR* e que, por imperativo legal, delimitam o objeto deste último, erguem-se questões de que importa conhecer e que sumariamos pela forma seguinte:

- [In]verificação dos pressupostos legitimadores do recurso ao ajuste direto e previstos no art.º 24.º, n.º 1, al. b), do *C.C.P.*;
- [In]verificação dos pressupostos que suportam o apelo ao ajuste direto, mas previstos no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do *C.C.P.*;
- [In]admissibilidade legal da assunção pelo concessionário [aliás, prevista no procedimento] da obrigação de implementar um projeto de investigação e desenvolvimento prevista em contrato.

Do Ajuste Direto, ao abrigo do art.º 24.º, n.º 1, al. b) do Código dos Contratos Públicos.

5.

Conforme resulta do processo, a opção pelo ajuste direto como via para a formação do contrato em apreço estribou-se, além do mais, no art.º 24.º, n.º 1, al. b), do *C.C.P.*, que, como é sabido, dispõe o seguinte:

“(…)



Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando em anterior concurso público³, concurso limitado por prévia qualificação, ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento”.

E, na sustentação da bondade da opção procedimental tomada, a entidade adjudicante insiste em afirmar a convocação da norma acima transcrita assente na reunião dos pressupostos fácticos que constituem a respetiva previsão normativa. Ou seja, e concretizando, as propostas apresentadas [8], incluindo as transitadas para a segunda fase do procedimento [fase de negociação], **abrigam-se ao conceito legal de “propostas excluídas”**, porquanto, de um lado não reuniam [as não transitadas para a fase de negociação] condições que permitissem a sua avaliação final, e, do outro, os respetivos proponentes [os presentes na fase de negociação] recusaram a outorga do contrato, invocando ausência de condições para assumir tal compromisso.

5.1.

No melhor esclarecimento do conceito técnico-jurídico de “*propostas excluídas*” vertido no citado art.º 24.º, n.º 1, al. b), do *C.C.P.*, a doutrina⁴, com manifesta uniformidade, vem afirmando que a referida expressão – **propostas excluídas** – se reporta a situações em que os procedimentos ficam desertos [em sentido lato], logo, sem concorrentes, em razão **da não admissão de tais propostas** para efeitos de avaliação e adjudicação e por motivos legais.

Assim, e ainda na pegada daquele autor, tudo se passa, afinal, como se não existissem propostas, restando prejudicada a consecução da finalidade do concurso.

³ Sublinhado nosso.

⁴ Vd. Jorge Andrade da Silva, *C.C.P.*, 2013, 4.ª Ed. .



Tribunal de Contas

Tal como se decidiu no acórdão recorrido, trata-se de exclusões induzidas por causas legalmente previstas, e, ainda, constantes de documentos enformadores do procedimento, como bem decorre do preceituado nos art.ºs 146.º, n.º 2, 132.º, n.º 4 e 70.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

Estamos seguros de que este é o único sentido e significação atribuíveis à expressão “*propostas excluídas*” vertida no referido art.º 24.º, n.º 1, al. b), do C.C.P., pelo que, o perfilhamos.

De resto, conclusão diversa forçar-nos-ia a admitir que, com exceção das propostas adjudicatárias, todas as demais deveriam ser entendidas como excluídas.

Asserção que, pela sua evidente irrazoabilidade, merece pronta rejeição.

5.2.

Centrando-nos, agora, na factualidade tida por relevante para a dilucidação da matéria sob análise, lembramos **que todas as propostas apresentadas** [para além de identificadas na fase administrativa do processo, se incluem, também, a fls. 19 e 20 das alegações de recurso] **foram admitidas e objeto de avaliação**, sendo que, e observando as regras do procedimento concursal aplicáveis, apenas duas transitaram para a fase de negociação [as apresentadas pelos concorrentes – agrupamentos formados por *Mota-Engil, S.A./MonteAdriano, S.A./Suma, S.A./Ecovisão, Lda. Ecoambiente, S.A. e Casais, S.A./ Semural, S.A./Alberto Couto Alves, S.A. e R.R.I., S.A.*].

Por outro lado, o **concorrente inicialmente adjudicatário**, agrupamento formado por *Mota-Engil, S.A., MonteAdriano, S.A., Semural, S.A., Ecovisão, Lda. e Ecoambiente, S.A.*, **recusou a outorga do contrato, ao passo que o concorrente** formado pelas empresas *Casais, S.A., A.C.A. e R.R.I., S.A.*, cuja proposta foi classificada [após negociação] em segundo lugar, alegou a ausência de condições para aceitar a adjudicação, anunciando, até, a impossibilidade de manter a proposta por si apresentada.



Tendo presente o circunstancialismo que envolveu a intervenção das empresas concorrentes no procedimento em apreço e o sentido atribuído à expressão legal “*propostas excluídas*” constante do art.º 24.º, n.º 1, al. b), do *C.C.P.*, é **manifesto que nenhuma das propostas apresentadas deve ser considerada excluída em face da normação aplicável.**

E, a propósito, mas cautelarmente, diremos, ainda, que o concluído se move, **como se impõe**, na apreensão rigorosa do sentido da norma [art.º 24.º, n.º1, al. b), do *C.C.P.*] levada a efeito através do necessário exercício técnico-jurídico, não decorrendo, obviamente, do recurso à linguagem corrente.

Assim, e concluindo, a opção pelo ajuste direto jamais poderia assentar no art.º 24.º, n.º 1, al. b), do C.C.P., por ausência do pressuposto essencial que dita a convocação desta norma e que, como é sabido, se traduz na não admissão e inerente exclusão de todas as propostas apresentadas em concurso público prévio.

Nesta parte, o acórdão recorrido não merece, pois, censura.

Do Ajuste Direto, ao abrigo do art.º 24.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos.

6.

Como resulta do processo em apreço e, mui particularmente, se acentua nas alegações de recurso juntas pela recorrente *LIPOR*, a celebração do contrato «*sub judice*» apoiou-se, ainda, na al. c) do n.º 1, do art.º 24.º, do *C.C.P.*, que, lembremos, preceitua, como segue:

“(…)

Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar pode adotar-se o ajuste direto quando... na medida do estritamente necessário e por motivos de



urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”.

A norma ora transcrita admite, assim, e por razões materiais aí elencadas, o recurso ao ajuste direto para contratos de qualquer valor, embora subordine tal via procedimental a evidentes restrições.

Ou seja, e concretizando, o recurso ao ajuste direto, fundado na norma acima transcrita [art.º 24.º, n.º 1, al. c), do C.C.P.], apenas é admissível, desde que, e **cumulativamente**, ocorra urgência imperiosa inviabilizadora da observância dos prazos inerentes aos demais procedimentos [incluindo os concursos], tal urgência resulte de acontecimentos imprevisíveis e as circunstâncias invocadas para o apelo a tal percurso procedimental [ajuste direto] não sejam imputáveis à entidade adjudicante.

6.1.

Na melhor explicitação da definição legal constante do citado art.º 24.º, n.º 1, al. c), do C.C.P., importará reter que a citada urgência, qualificada de imperiosa, para além de sobrevir a factualidade indiciadora de perigo iminente e atual que coloca em risco a satisfação prioritária de certos interesses públicos e se mostra apta a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, deve, ainda, ser entendida como categórica e indutora de resposta pronta e célere⁵.

Depara-se-nos, pois, uma urgência marcadamente temporal, mas também, e sublinhemos, uma urgência justificada por interesses e valores em causa [ex: interesses comunitários – a ordem pública, a saúde e segurança públicas...] que, afinal, até legitimam o apelo a procedimentos mais céleres [ex: o ajuste direto], em detrimento, obviamente, de procedimentos cuja tramitação se revela, por princípio, mais morosa [vd. a via concursal] ⁶.

⁵ Neste sentido, o Ac. 45/2011, de 07.06, 1.ª S/SS e Andrade e Silva, Anotações ao C.C.P. .

⁶ Vd. entre outros, Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública, M. Esteves Oliveira e R. Esteves Oliveira.



Por outro lado, e prosseguindo, ainda, o melhor esclarecimento da norma em apreço, diremos que se consideram “*acontecimentos imprevisíveis*” todos aqueles que, surgidos de modo inopinado e não esperado, não podem ser objeto de previsão por parte de um decisor público normal. Dito de outro modo, trata-se de acontecimentos que, pela sua natureza surpreendente, tornam inexigível a sua antecipação por banda do decisor que tenha atuado com a diligência exigida.

A norma em apreço – art.º 24.º, n.º 1, al. c), do *C.C.P.* – permite, ainda, inferir que a legitimação e bondade do recurso ao ajuste direto não se basta com a ocorrência de motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis, exigindo, também, que tal circunstancialismo motivacional não seja imputável ao decisor público, o que sucede quando a impossibilidade do cumprimento dos prazos exigidos pelo concurso público resultam da inércia ou insuficiente previsão da entidade adjudicante.

Por último, e reportando-nos, ainda, à norma sob análise, anotamos que o ajuste direto só será permitido na “*medida do estritamente necessário*”, significando, pois, que o correspondente contrato, no seu objeto e duração, subordinar-se-á ao princípio da proporcionalidade [o contrato a celebrar deverá ter em conta a medida ínsita aos acontecimentos imprevisíveis, contemplando, a título de exemplo, uma duração adequada à preparação de um procedimento concorrencial para as contratações das mesmas prestações]⁷.

Presente o enquadramento normativo exposto, a factualidade tida por fixada e a matéria alegada pela recorrente, ponderemos, agora, a bondade ou não do recurso ao ajuste direto adotado em sede procedimental e sustentado no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do *C.C.P.* .

6.2.

⁷ Vd., ainda, M. Esteves Oliveira e R. E. Oliveira, *in obra citada*.



Tribunal de Contas

A *LIPOR*, ora recorrente, alega, com relevância, que a recusa do adjudicatário em outorgar o contrato e a não aceitação da adjudicação por parte do agrupamento empresarial cuja proposta fora ordenada em segundo lugar, pelo seu carácter inopinado e inesperado, enformam o pressuposto da imprevisibilidade vertido no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do *C.C.P.* .

Discorre, ainda e largamente, a propósito das diligências por si implementadas no sentido de assegurar a reunião de condições que viabilizassem a celebração do almejado contrato com o agrupamento adjudicatário inicial e, posteriormente, com os titulares da proposta ordenada em segundo lugar, o agrupamento empresarial constituído pelas empresas *Casais-Eng.º e Construção, S.A./ Semural, S.A./Alberto Couto Alves, S.A. e R.R.I., S.A.*].

Porque a recorrente *LIPOR* tudo documentou, não antevemos motivo para colocar em crise a facticidade invocada, que, registe-se, coincide, no essencial, com a considerada fixada em 1.ª instância.

Neste contexto, e tal como se exercitou em 1.ª instância, vejamos se facticidade fixada substancia ou não os pressupostos legais contidos no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do *C.C.P.* .

6.3.

É indubitável que a materialidade constitutiva do objeto do contrato de concessão em apreço e que se traduz, de um lado, na construção de um aterro sanitário, e, do outro, na implementação da respetiva operacionalidade e manutenção, **sugerirá, pela sua natureza, urgência na respetiva execução**. Afinal, e sublinha-se, está em causa a salvaguarda da saúde pública!

No entanto, o legislador não se basta com a verificação da mera urgência, exigindo, ainda, que a mesma se revele imperiosa. Ou seja, a prossecução do interesse público, para além de reclamar uma resposta rápida, obriga a que a mesma seja desencadeada de imediato e sem adiamento, sob pena de não ter efeito útil e ser



Tribunal de Contas

capaz de gerar prejuízos irreparáveis. Legitima-se, assim, também, o abandono de procedimentos cuja tramitação se antecipe como morosa [ex: o concurso público].

Ora, conquanto entendamos que ocorre urgência na outorga do contrato, a factualidade disponível não permite concluir, de modo seguro, que tal urgência se apresenta como imperiosa, entendendo-se este conceito de acordo com a correspondente caracterização atrás efetuada.

6.4.

Por outro lado, e como já referimos, a citada urgência imperiosa deve resultar de “*acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante*”, o que enjeita a exigibilidade da sua antecipação a alguém que atue com a diligência normal na defesa de interesses públicos relevantes. E, ainda de acordo com a norma citada [art.º 24.º, n.º 1, al. c), do C.C.P.], tais acontecimentos não podem, em caso algum, ser imputáveis à entidade adjudicante.

Ora, nesta parte, é pacífico que a não outorga do contrato por banda do adjudicatário inicial e a não aceitação da adjudicação por parte do concorrente responsável pela proposta ordenada em segundo lugar constituem acontecimentos cujas causas imediatas ou remotas não são assacáveis à entidade adjudicante.

Importará, no entanto, indagar se o comportamento do agrupamento formado pelas empresas *Casais, S.A., Semural, S.A./Alberto Couto Alves, S.A. e R.R.I., S.A.*, perante a eventual adjudicação e conseqüente celebração do contrato poderá ou não conferir imprevisibilidade à tramitação procedimental em causa, tendo, naturalmente, em conta a caracterização deste conceito já atrás exercitada.

6.4.1.

Na impugnação do acórdão recorrido a *LIPOR* alega que aquele agrupamento empresarial, em boa verdade, não declarou a não manutenção da proposta apresentada por efeito do decurso do prazo [90 dias] previsto no programa de



Tribunal de Contas

procedimento [contrariando a afirmação contida no acórdão recorrido], mas, isso sim, por força de incapacidade, por motivos seus e próprios, cumprir com a mesma.

Ora, convocando, aqui, a comunicação dirigida à *LIPOR* pelo referido agrupamento empresarial em causa e integrada a fls. 88, dos presentes autos de recurso, cedo se constata que aí se declara a manutenção, no essencial, da aludida proposta final, embora se particularize que os pressupostos financeiros existentes à data da sua apresentação já não subsistiam, o que impunha a sua reavaliação.

E, posteriormente, o mesmo agrupamento empresarial, em nova comunicação dirigida à *LIPOR* em 19.09.2012, afirma, com relevância, que a atual conjuntura e a profunda alteração dos pressupostos [onde se inclui o acesso ao crédito] subjacentes à proposta final apresentada impedem a manutenção do interesse na adjudicação.

Presente o conteúdo de tais comunicações, também entendemos que aquele agrupamento empresarial não pretendeu dar sem efeito a proposta, retirando-a, respaldando-se no programa do procedimento que, como é sabido, não obriga os concorrentes a manterem as suas propostas para além do prazo de 90 dias, contados da data do termo do prazo fixado para a correspondente apresentação.

Mas esta constatação já permite apodar de imprevisíveis os acontecimentos que conduziram à renúncia à adjudicação por parte do agrupamento empresarial em apreço? Ou, dito de outro modo, arredada a não manutenção da proposta com base no prazo previsto no programa do procedimento [circunstância, obviamente, previsível], a vertida nas citadas comunicações conferirá imprevisibilidade à decisão tomada pelo citado agrupamento empresarial? Não, seguramente.

Com efeito, a entidade adjudicante e ora recorrente, sabia, por um lado, que o agrupamento empresarial em questão só tinha a obrigação de manter a proposta final apresentada até 08.02.2012 [foi apresentada em 29.09.2011], o que sempre colocava incerteza na boa conclusão do procedimento, e, por outro, também não



Tribunal de Contas

desconhecia [porque era público] a conjuntura económica e financeira nacional que, consabidamente, comportava [e comporta!] dificuldades no acesso ao crédito por banda do universo empresarial.

Aqui chegados, é adequado concluir que a renúncia à adjudicação por parte do agrupamento empresarial em causa, não sendo surpreendente, permitiria, afinal, a sua antecipação por banda de qualquer decisor que operasse com a diligência exigível.

Lembramos, por último, que a imprevisibilidade citada no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do C.C.P., assume natureza objetiva [não se centra apenas na entidade interveniente no procedimento], sendo que os motivos que a enformam hão-de ser imprevisíveis, não se bastando, pois, com fatores tidos como imprevistos.

6.4.2.

Em razão do exposto, afigura-se-nos óbvia a ausência de urgência imperiosa e a imprevisibilidade dos acontecimentos, pressupostos que, ao abrigo do art.º n.º 1, al. c), do C.C.P., e uma vez verificados, legitimam o apelo ao ajuste direto.

Logo, e embora por razões não inteiramente coincidentes com as esgrimidas no aresto recorrido, este, nesta vertente, também não merece censura.

6.5.

Não dividamos que a *LIPOR*, no decurso da tramitação do procedimento prosseguiu, sem quebra, o interesse público, aqui substanciado pelo encontro de soluções viabilizadoras da boa deposição e tratamento de resíduos urbanos produzidos pelos municípios associados.

Não se contesta a premência e necessidade da realização de tal objetivo.



E, por último, também não se contesta que os responsáveis pela *LIPOR* revelaram preocupação quanto à conformação legal da via procedimental seguida.

E o Tribunal de Contas não é, naturalmente, indiferente a tal circunstancialismo.

No entanto, **para além do exposto** e fundamentado, o compromisso deste Tribunal com a observância da lei e os demais princípios que informam toda a contratação pública, obriga, ainda, a ponderar o seguinte:

- Porque as normas reportadas aos critérios materiais do ajuste direto preveem “*desvios*” às regras gerais da contratação pública, aquelas só podem ser objeto de interpretação estrita, ou seja, de uma interpretação que apenas lhes subsuma situações manifestamente integráveis na correspondente previsão normativa⁸;
- Por outro lado, e sublinhe-se, a urgência imperiosa, sendo um conceito com conotação essencialmente temporal, justifica-se, ainda, pela natureza e valia dos interesses em equação;

Em conformidade, o decisor público, embora obrigado a ponderar a premência da salvaguarda de bens comunitários essenciais [ex: ordem pública, segurança e saúde públicas...], deverá ter presente que o recurso ao ajuste direto no domínio de interesses com avultado valor comportará maiores riscos que a opção pela via procedimental de cariz concursal⁹;

- Por último, e consabidamente, o concurso público assume, no domínio da contratação pública, a condição de procedimento-regra, constituindo, até, a via mais adequada para a salvaguarda e observância dos **princípios da concorrência**, transparência e igualdade plasmados no art.º 1.º, n.º 4, do

⁸ Vd., entre outros, o Ac. do *TJUE*, in Proc.º 250/07, caso Comissão/Grécia e, ainda, R.F. Oliveira, e M.E. Oliveira, in obra cit.

⁹ Neste sentido, ainda, R.F. Oliveira e M.E. Oliveira, in obra cit.



Tribunal de Contas

C.C.P.; E estes, acentue-se, perfilam-se como a trave mestra da contratação pública, figurando como uma espécie de “*umbrella principle*” que exige adequada conformação na busca e identificação de soluções procedimentais.

Presente a devida interpretação estrita das normas contidas nas als. b) e c), do n.º 1, do art.º 24.º, do C.C.P., inverificados os pressupostos legitimadores do recurso ao ajuste direto e ali elencados, considerado o elevado valor financeiro do contrato e, realce-se, a bem expressiva afluência do mercado à contratualização perseguida com o procedimento em análise, e, por fim, as vantagens decorrentes de um procedimento que dê cumprimento ao princípio da concorrência, é de concluir que, só o apelo ao concurso público logrará a apresentação de propostas que, financeiramente, salvaguardem o interesse público [e, ilustrando, atentemos nos valores – € 77.341.528,30 e € 77.510.501,36 – das propostas “*eleitas*” para adjudicação na sequência de concurso público e negociações e o valor –€ 111.388.239,50 – da proposta adjudicada na sequência de ajuste direto].

Da celebração do contrato de investigação e desenvolvimento.

7.

Como bem observa a recorrente, no aresto sob recurso advoga-se, ainda, que o contrato de projeto de investigação e desenvolvimento de atividade de interesse público, remetido para fiscalização prévia juntamente com o contrato identificado em I., deste acórdão, viola o direito comunitário e o direito nacional da contratação pública, por inobservância do princípio da concorrência – expressamente consagrado no art.º 1.º, n.º 4, do C.C.P. – e o da não discriminação.

E, na sustentação do decidido, adianta-se no acórdão recorrido que as exigências vertidas no caderno de encargos beneficiam empresas nacionais, atento o facto de aí se estabelecer que aquele projeto deveria ser concretizado em território nacional. Para além disso, entende-se, aí, que tal projeto induz num encargo adicional



bastante significativo [mais de um milhão de euros], o que, constituindo uma desvantagem para as empresas não disponíveis para aceitar tal encargo, colocaria em crise o exercício de uma concorrência justa e transparente no seio dos países da União Europeia.

Alegando, a recorrente nega que a circunstância de tal projeto ter de ser realizado em território nacional conceda vantagem ilegítima às empresas nacionais, pois, tais projetos não foram definidos “à cabeça”, nem a sua execução depende de decisão do concessionário [mas, isso sim, do concedente]. E, prosseguindo, a recorrente sustenta, também, que tal projeto, para além de relacionado com o objeto do contrato de concessão, iria ter um impacto positivo neste último e seria do maior interesse para o concedente.

Logo, e concluindo, a recorrente entende que este contrato, formado nas condições vastamente documentadas no processo, não integra a ilegalidade prevista na al. c) do n.º 3, do art.º 44.º, da *L.O.P.T.C.* .

Cumpra, pois, conhecer.

7.1.

À data do lançamento do concurso público em causa, o art.º 42.º, n.º 7, do *C.C.P.*, preceituava que o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de valor igual ou superior a € 25.000.000,00 deveria prever a obrigação de o adjudicatário elaborar projeto ou projetos de investigação relacionados com o objeto desse contrato, a concretizar em território nacional, de valor correspondente a, pelo menos, 1% do preço contratual.

A Comissão Europeia, no uso dos poderes conferidos pelo art.º 218.º, do *T.F.U.E.*, **emitiu parecer relativamente à citada norma**, visando, assim, e supostamente, pôr termo a um incumprimento de um estado membro e, prevenindo, deste modo, a submissão do caso ao Tribunal de Justiça.



Tribunal de Contas

No citado Parecer, a Comissão considerou que a citada norma era discriminatória e violava as regras da *U.E.* no domínio da contratação pública, pois impedia uma concorrência justa e transparente na Europa e, mais particularmente, entre as empresas do espaço da *U.E.* .

E, concretizando, a Comissão estribou tal juízo no acervo argumentativo seguinte:

- De um lado, **ao estipular-se que os projetos devem ser executados em território português**, o legislador cria uma exigência claramente discriminatória, porquanto confere às empresas portuguesas já estabelecidas em Portugal numa clara vantagem sobre as demais instaladas noutros estados membros, atenta a possibilidade de os operadores locais poderem utilizar as suas próprias instalações de *I&D* em Portugal e beneficiar de acordos com parceiros nacionais;
- Por outro lado, tal exigência, a operar com independência da sua utilidade no quadro da execução do contrato, constituem uma desvantagem para as empresas que não estejam disponíveis para aceitar esse encargo adicional;
- Por último, face ao custo do projeto e à sua integração no custo global do contrato, tal iniciativa agrava a despesa a suportar pelos entes públicos sem que a correspondente necessidade encontre justificação em cada contrato; para além disso, a exigência de que os projetos de *I&D* sejam executados em território português confere às empresa estabelecidas em Portugal uma clara vantagem sobre as demais, ocorrendo, conseqüentemente, menor concorrência no âmbito contratual.

Analisado, ainda que sumariamente, o citado Parecer, deste se extrai evidente crítica ao facto de a realização em causa prever a realização de tais projetos em território nacional, à circunstância de esses mesmos projetos agravarem o preço a pagar pelas entidades públicas, à particularidade de os mesmos poderem não ter alguma relação com o objeto dos contratos e, finalmente, o citado parecer censura



Tribunal de Contas

o facto de aquela norma impor a realização de tais projetos a qualquer contrato com determinada dimensão financeira.

Em razão de tal Parecer, os n.ºs 7 e 10, do art.º 42.º, do C.C.P., foram objeto de revogação, operada mediante o art.º 4.º, do Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12.07.

7.2.

Como já referimos, aquando do lançamento do concurso em apreço, ainda vigoravam as normas constantes dos n.ºs 7 e 10, do mencionado art.º 42.º, do C.C.P. .

Daí que não suscite qualquer censura a inclusão no caderno de encargos [do procedimento em apreço] da obrigação ali prevista e que se reporta à exigência do projeto de investigação e desenvolvimento.

De igual modo, não censuramos a manutenção de tal obrigação já no âmbito do ajuste direto, porquanto, e apesar da alteração procedimental seguida, o caderno de encargos inicial [onde se mostra vertida aquela exigência] manteve-se [e por imperativo legal! – vd. art.º 24, n.º 1, als. b) e c), do C.C.P.].

As normas contidas nos n.ºs 7 e 10, do art.º 42.º, do C.C.P., embora já revogadas, são, pois, aplicáveis ao procedimento em apreço.

Vejamos, no entanto, se, apesar da firmada aplicação de tais normas ao procedimento em apreço, a formulação da exigência da elaboração e execução dos projetos de investigação e desenvolvimento de atividades de interesse público a selecionar pelo Concedente se ajustam ao teor do Parecer elaborado pela Comissão e atrás referenciado, **porquanto este último documento e a doutrina aí vertida veiculam princípios e orientações já teorizadas e referenciáveis ao tempo do lançamento do procedimento em causa.**

7.3.



Tribunal de Contas

Tal como se afirmou no acórdão recorrido, nada obsta a que as entidades públicas prevejam, em sede procedimental, exigências relativas à realização de projeto ou projetos de investigação e desenvolvimento, salvaguardando-se, no entanto, que aquelas devem conformar-se com a normação nacional e comunitária.

Inexiste, pois, qualquer proibição absoluta quanto à inclusão de tal obrigação nas competentes peças procedimentais.

Por outro lado, os projetos de investigação e desenvolvimento exigidos no caso em apreço relacionam-se com o objeto do contrato, o que, sublinhe-se, também se conforma com o sustentado no âmbito do Parecer da Comissão acima citado.

Porém, e reconhece-se, o caderno de encargos do procedimento em apreço, **por imperativo legal** [vd. art.º 42.º, n.ºs 7 e 10, do *C.C.P.*], preconizar que tais projetos devam ser concretizados em território nacional, o que, manifestamente, não se ajusta ao teor do referido Parecer da Comissão.

De igual modo, e ainda no citado Caderno de Encargos, prevê-se um encargo adicional equivalente a 10% do preço contratual da concessão de obra pública e destinado à concretização do objeto do contrato de investigação e desenvolvimento de atividade de interesse público.

Cumpre-nos, pois, analisar se tais exigências ofendem o princípio da concorrência, tal como conclui o acórdão recorrido e, ainda, o Parecer da Comissão.

7.4.

À parte a discutível utilidade de tal abordagem., atenta a revogação das normas contidas nos n.ºs 7 e 10, do art.º 42.º, do *C.C.P.*, e a disponibilidade manifestada pela recorrente para, de acordo com o concessionário, promover a supressão ou resolução do contrato do projeto de investigação e desenvolvimento de atividade de interesse público, **não deixaremos de, a propósito, tecer, abreviadas declarações.**



7.4.1.

E, nesse sentido, regista-se, desde já, que a exigência relacionada com a obrigação de tais projetos de investigação serem executados em território português detém aptidão para impedir a concretização do princípio da concorrência. Na verdade, tratando-se de um projeto científico com utilidade e aplicação universais, não se antevê justificação para obrigar à sua execução em território nacional, quando é intuível que esta poderá ter lugar em qualquer lugar do espaço comunitário.

Por outro lado, e complementando o referido, é indubitável que tal exigência [execução do projeto em território nacional] revela virtualidades para conferir vantagens às empresas portuguesas sobre as demais, atenta as naturais relações com operadoras locais, não extensíveis, em regra e naturalmente, a empresas não instaladas em território nacional.

Pelo que, **e nesta parte**, se admite que o procedimento ofende o citado princípio da concorrência, reconhecida a aptidão para restringir o universo dos concorrentes.

Porém, já não entendemos que o encargo adicional exigido [1% sobre o preço global do contrato de concessão] para a concretização dos projetos e *I&D* configure uma desvantagem para as empresas não disponíveis para assumir tal ónus.

Na verdade, para além do louvável contributo que tais projetos dão à denominada Economia Verde e, por inerência, à economia apodada de circular, porque apoiada na reciclagem, **tal exigência integra-se, afinal, no conjunto das obrigações legalmente admissíveis no domínio procedimental que tende à formação dos contratos públicos**. Desde logo, porque a exigência em causa não viola alguma disposição legal e, retenha-se, a mesma foi adequadamente publicitada, dando a conhecer a intenção de contratar e as condições essenciais do contrato.



Tribunal de Contas

Para além disso, e relativizando, afigura-se-nos óbvio que a exigência em causa comporta um encargo adicional que, em confronto com o preço global do contrato de concessão, se apresenta manifestamente proporcional e não apto a restringir a concorrência.

Acresce que a ponderação da capacidade económica e da situação financeira dos concorrentes é tarefa que a esses incumbe ao tempo de apresentação das propostas.

Assim, e nesta parte, não se vislumbra que o procedimento viole alguma norma aplicável ou ofenda, ainda, os princípios da concorrência, da transparência, da igualdade e da proporcionalidade previstos no art.º 1.º, n.º 4, do *C.C.P.*, 266.º, da *C.R.P.* e 5.º, do *C.P.A.* .

7.4.2.

Mas, visto o contrato de projeto de investigação e desenvolvimento de atividade do interesse público, aí se vislumbra que o correspondente objeto inclui, também, a obrigação [a impôr ao concessionário] de financiar o desenvolvimento de um Programa de ações de mecenato cultural, educação ambiental e valorização patrimonial [vd. art.º 1.º, n.º 3].

Nesta parte, mantem-se o acima expendido quanto ao encargo adicional.

Porém, e diversamente, já entendemos que a atividade ínsita à execução da educação ambiental, mecenato cultural e valorização patrimonial devem, necessariamente, ter lugar em território português, e, mais particularmente, na área compreendida pelo desenvolvimento da concessão em causa, pois, é dirigida à comunidade aí situada e, pela sua natureza, só aí pode ser desenvolvida.

Donde a não violação explícita de alguma norma aplicável ou ofensa a algum dos princípios que informam a contratação pública, e, designadamente, o princípio da concorrência.

Das ilegalidades e o Visto.



8.

Assim, e concluindo:

- O contrato em causa é, atento o disposto no art.º 407.º, n.º 1, do *C.C.P.*, um contrato de concessão de obra pública;
- Não se verificam os pressupostos do recurso ao ajuste direto, previstos no art.º 24.º, n.º 1, als. b) e c), do *C.C.P.*, pelo que, na formação do contrato de concessão de obra pública em apreço deveria ter sido adotado concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação;

Violaram-se, pois, as normas citadas, e, ainda, o art.º 31.º, n.º 1, do *C.C.P.*;

- A exigência procedimental relacionada com a imposição ao concessionário de levar por diante projetos de investigação e desenvolvimento [a contratualizar, autonomamente, mas, funcionalmente, ligado ao contrato de concessão] ofende o princípio da concorrência na parte em que obriga à sua execução em território português, mostrando, no restante, conformação legal e acatamento dos princípios que estruturam a contratação pública.

Ocorre, pois, a violação do disposto no art.º 1.º, n.º 4, do *C.C.P.* .

A ausência ou preterição do procedimento legalmente previsto constitui um vício que, no mínimo, gera a anulabilidade do contrato – vd. art.º 283-A, do *C.C.P.* .

Para além disso, e «*in casu*», a ausência de procedimento concursal constitui uma ilegalidade que é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.

Acresce que a não observância do princípio da concorrência no tocante à contratualização dos projetos de investigação induz, também, como provável, a alteração do resultado financeiro do contrato.



Tribunal de Contas

Ocorre, pois, fundamento para a recusa do Visto – vd. art.º 44.º, n.º 3, da L.O.P.T.C. .



Tribunal de Contas

IV. DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção, o seguinte:

- **Negar provimento ao recurso e, em consequência, manter a recusa do Visto ao contrato.**

São devidos emolumentos legais [vd. art.º 16.º, n.º 1, al. b), do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31.05.

Registe e notifique.

Lisboa, 8 de Julho de 2014.

Os Juízes Conselheiros,

(Alberto Fernandes Brás – Relator)

(Ernesto Luís R. Laurentino da Cunha)

(João Manuel M. Ferreira Dias)

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)

(António Cluny)