

ACÓRDÃO 13/2019 – 28.MAI-1ª S/PL

DESCRIPTORIOS: ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / ÁREA DE JURISDIÇÃO / ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS / CASO JULGADO / CONFLITO DE COMPETÊNCIAS / CONTRATO DE SUBCONCESSÃO / ESTADO DE NECESSIDADE / FISCALIZAÇÃO PRÉVIA / NORMA FINANCEIRA / NULIDADE / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / RECUSA DE VISTO

SUMÁRIO

Processo:685/2018

Recurso Ordinário: 24/2018

Relator: Mário Mendes Serrano

1. A confusão entre a invocação de nulidade processual e a mera discordância substantiva quanto às decisões judiciais - a arguição de uma nulidade de sentença quando, afinal, se pretendia impugnar a interpretação dos factos e a solução jurídica formuladas pela instância recorrida – implica a improcedência da arguição de nulidade de sentença fundada no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC.
2. O caso julgado, no âmbito do visto prévio, e na medida em que envolve um juízo de legalidade sobre um contrato ou um ato no seu todo, não pode consistir num juízo limitado à mera concessão do visto, em si mesmo considerado, desligado do conjunto dos elementos essenciais dos atos ou contratos submetidos a fiscalização prévia.
3. Nessa conformidade, entende-se que não se evidencia a existência de qualquer inconstitucionalidade da aplicação e interpretação dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC, verificados na decisão recorrida, quanto ao alcance do caso julgado respeitante à Decisão n.º 612/2010, nos termos em que o mesmo foi acolhido nessa mesma decisão sob impugnação – do que se deduz a improcedência da respetiva arguição, com a consequente manutenção da decisão recorrida.
4. O exercício das competências do TdC, ainda que possa criar pontos de tensão com os poderes próprios da jurisdição administrativa, com possíveis reflexos nos atos ou contratos submetidos a

fiscalização prévia e que possam ser também objeto da intervenção dos tribunais administrativos, é sempre de natureza instrumental, na medida em que se revela teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional de concessão ou recusa de visto.

5. A pronúncia da instância *a quo* sobre a alegação de que, por via do Contrato de Subconcessão Alterado, ocorre uma «alteração contratual [que] dá origem a uma redução, e não a um aumento, dos encargos para o parceiro público, não tem qualquer aderência à factualidade declarada como assente pela instância recorrida. E, nessa medida, não se vê como arredar a fundamentação subjacente à violação dos artigos 42.º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental de 2001, e 143.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013.
6. A violação direta de normas financeiras integra o fundamento de recusa de visto contemplado no artigo 44.º, n.º 3, alínea b), 2.ª parte, da LOPTC.
7. A alteração substancial derivada da integração no Contrato de Subconcessão Reformado de um modelo remuneratório de compensações contingentes da subconcessionária e a sua ratificação superveniente, fora de um quadro de estado de necessidade, constitui a prática de ato com preterição total do procedimento legalmente exigido que implica a respetiva nulidade nos termos do disposto pelo artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do CPA e integra o fundamento da recusa de visto previsto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
8. A violação do princípio da concorrência, ainda que não configure uma preterição absoluta da exigência de procedimento, deverá ser qualificada como ilegalidade prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, na medida em que pode alterar o resultado financeiro do contrato.

Secção: 1.ª S/PL

Data: 28/05/2019

Recurso Ordinário: 24/2018

Processo: 685/2018

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

TRANSITADO EM JULGADO NA SEQUÊNCIA DO
TRÂNSITO DO ACÓRDÃO Nº 58/2021 DO

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

I – RELATÓRIO:

1. «Infraestruturas de Portugal, S.A.» interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 29/2018, de 20/6/2018, desta 1.ª Secção, em Subsecção, que *recusou o visto*, ao abrigo das alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26/8¹), a um designado «Aditamento ao Contrato de Subconcessão do Algarve Litoral, celebrado entre a Infraestruturas de Portugal, S.A., enquanto subconcedente, e Rotas do Algarve Litoral, S.A., enquanto subconcessionária, no dia 23 de outubro de 2017» (ou também identificado como «Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente»), de que resultou a formação de um denominado «Contrato de Subconcessão Alterado» (que constitui o anexo I do referido «Acordo de Aditamento»), o qual visa proceder à alteração desse prévio «Contrato de Subconcessão» – e que teve uma *versão originária*, outorgada em 20/4/2009 (submetida a fiscalização prévia no Processo n.º 1352/2009 e objeto de *recusa de visto*, através do Acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ª S/SS) e uma *versão reformada*, outorgada em 19/5/2010, que recebeu a designação de «Contrato de Subconcessão Reformado»

¹ Alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, e 42/2016, de 28/12.



(submetida a fiscalização prévia no Processo n.º 727/2010 e objeto de *concessão de visto*, através da Decisão n.º 612/2010, de 14/7/2010).

2. A recorrente formulou alegações que culminam com as seguintes conclusões:

«(A)

- i) O Contrato Alterado não padece de qualquer das cinco ilegalidades que lhe são imputadas no Acórdão recorrido, razão pela qual não subsistem motivos para a recusa do visto;
- ii) Quanto ao primeiro vício imputado, o sistema constitucional não reconhece um mecanismo pelo qual um Tribunal profira uma decisão sujeita a caso julgado condicional, como se uma decisão pudesse ficar blindada se certas condições fossem cumpridas e pudesse ser revertida se tais condições se não verificassem; pelo contrário, os comentadores reconhecem que, à luz do conteúdo normativo do n.º 2 do artigo 205.º da nossa Lei Fundamental, “não decorre da Constituição uma vinculação jurídica aos motivos determinantes da decisão”;
- iii) O Tribunal de Contas deparou-se, no Processo 727/10, com a alternativa de aceitar ou recusar o modelo financeiro e remuneratório presente no Contrato Reformado; tendo escolhido aceitá-lo, essa decisão ficou blindada pela força de caso julgado, independentemente das motivações subjetivas que os concretos Autores da decisão pudessem formular;
- iv) Por isso, as Partes não fizeram mais do que dar execução ao mesmíssimo modelo financeiro que o Tribunal de Contas visou; não pode agora qualquer das Partes ficcionar que não está obrigada a realizar as obrigações contratuais (no caso da Recorrente, obrigações de pagamento) que constam expressamente do contrato que as obrigam por já terem sido visadas e por terem produzido normalmente os seus efeitos financeiros;
- v) Ao aceitar como válida apenas uma parte do modelo remuneratório do contrato visado e ao expurgar da proteção do caso julgado uma outra parte fundamental das obrigações remuneratórias do contrato que já aceitou visar,



este Douto Tribunal pressupõe que a autoridade do caso julgado, além de condicional, pode até ser fracionada num determinado processo, protegendo apenas uma fração da declaração de ciência proferida no anterior processo e autorizando a destruição de uma parte da decisão previamente transitada em julgado;

- vi) Mas é o próprio legislador que determina que o complexo de obrigações das Partes de um contrato público resulta de todo o modelo contratual composto pelos vários documentos procedimentais e pelo contrato final – pelo que, por maioria de razão, dentro deste último documento tanto valerão as obrigações previstas no clausulado quanto aquelas previstas no seu anexo;
- vii) Logo, o modelo remuneratório de um dado contrato que tenha sido declarado como merecedor do visto é o modelo que resultar da globalidade dos documentos contratuais; em consequência, a força de caso julgado que proteja uma decisão de concessão do visto abrangerá todas as obrigações remuneratórias, e não apenas aquelas que tenham sido previstas no clausulado contratual em vez de somente nos seus anexos;
- viii) No caso presente, a gravidade da tese do Acórdão recorrido é agravada em razão do concreto Anexo que foi colocado em crise: o Anexo 5 do Contrato Reformado, para onde a cláusula 71.^a remete para a fixação do modelo remuneratório, corresponde ao Caso Base do contrato, o qual determina a equação económica que constitui o pilar financeiro do contrato;
- ix) A constituição de obrigações de pagamento chamadas contingentes está expressa e cristalina prevista no Caso Base – não em um, mas em três pontos distintos –, ficando indissociável de todo o seu modelo financeiro;
- x) Mais: mesmo para quem aceitasse que somente as obrigações pecuniárias com sustentação no clausulado podem obrigar as Partes, recusando a suficiência da previsão de obrigações adicionais em anexos de um contrato – tese essa que é repudiada no nosso sistema jurídico –, nem assim poderia evitar reconhecer que o próprio clausulado contratual, através da sua cláusula 85.^a, já confirmou justamente que contemplava no modelo remuneratório contratual as diversas obrigações remuneratórias previstas no Caso Base, incluindo as compensações



adicionais – contingentes, e não certas, porque dependentes de uma condição futura incerta que não era controlável pelas Partes – a serem pagas pela Subconcedente no caso de não obtenção de um refinanciamento;

- xi) Assim sendo, o modelo remuneratório do Contrato Reformado incluiu, de forma clara, intencional e transparente, todas as obrigações remuneratórias, as quais foram conhecidas pelo Tribunal de Contas e triplamente declaradas no contexto do documento financeiro basilar do contrato que este Tribunal escrutina;
 - xii) Em consequência, a decisão de concessão do visto abrangeu o inteiro modelo remuneratório do Contrato Reformado, sendo quanto a todo o contrato que produz efeito a força de caso julgado prevista no n.º 2 do artigo 205.º da Constituição;
 - xiii) Nos termos deste preceito constitucional, não é possível proceder sujeitar a força jurídica do caso julgado a termos ou condições ou blindar apenas uma fração do objeto da decisão, permitindo a reformulação e destruição de uma parcela da pronúncia que transitou em julgado;
 - xiv) Nesta medida, torna-se inevitável suscitar a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC, quando interpretadas no sentido de atribuírem ao Tribunal de Contas uma “jurisdição” que inclui o poder de delimitar criativamente a força do caso julgado das suas decisões anteriores e autorizar a reformulação e destruição de parcelas de decisões que hajam transitado em julgado, em violação do disposto no n.º 2 do artigo 205.º da Constituição;
 - xv) Por conseguinte, não se verifica o primeiro dos alegados vícios imputados ao Contrato Alterado, por violação do princípio do caso julgado previsto no n.º 2 do artigo 205.º da Constituição; bem pelo contrário, a decisão de recusa do visto, com os fundamentos constantes do Acórdão recorrido, é que consubstancia a aplicação de uma interpretação normativa inconstitucional;
- (B)
- xvi) No tocante ao segundo vício imputado ao Contrato Alterado, não foi violada a “reserva de jurisdição” do Tribunal de Contas que emerge do artigo 214.º da



- Constituição, bem como o quadro de competências atribuído a este Tribunal pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC;
- xvii) A obrigação de compensação por prejuízos “anormais e imprevisíveis” que um contraente privado sofre resulta, de modo direto, automático e independente de qualquer consagração ou reconhecimento expresso ou implícito pelas partes, das normas constitucionais e legais em vigor, logo que se verificam os pressupostos fácticos nelas previstos;
- xviii) Por isso, o pagamento de uma tal compensação pelo contraente público não corresponde senão ao cumprimento de uma obrigação de natureza constitucional e legal, ou seja, e em qualquer caso, de natureza extracontratual; trata-se de um direito ou prerrogativa indemnizatória que nasce na esfera do cocontratante e ao qual o ente público se não pode furtar;
- xix) Assim, se é verdade que os artigos 5.º, 44.º e 46.º da LOPTC configuram uma ampla jurisdição em sede de controlo da legalidade das despesas públicas, jamais conferem uma reserva exclusiva de pronúncia sobre as fontes de constituição de obrigações extracontratuais de natureza compensatória que possam impender sobre entes públicos;
- xx) Tal assim é porque, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 212.º da Constituição, “compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”;
- xxi) Se é certo que não existe uma barreira absoluta que impeça uma liberdade de conformação do legislador, permitindo-lhe retirar aos tribunais administrativos competências referentes a “relações jurídicas administrativas”, a verdade é que o ETAF foi claro ao atribuir precisamente aos Tribunais Administrativos a competência para dirimir os litígios referentes a obrigações compensatórias de tipo extracontratual, nos termos do disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF – sem prejuízo da possibilidade de remessa desses litígios para Tribunais Arbitrais (cfr. n.º 2 do artigo 209.º da Constituição);
- xxii) Assim, se a jurisdição administrativa, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 212.º da Constituição e na alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF, porventura



condenar um ente público à realização de pagamentos num montante idêntico – ou, infelizmente, até superior, na sequência da quebra do consenso amigável que as Partes haviam estabelecido – àquele que se encontrava consensualizado num contrato para ressarcir uma obrigação indemnizatória que resulte da Constituição ou da lei, jamais poderá o decisor público recusar-se à execução desta obrigação extracontratual, alegando que dependerá primeiro da anuência do Tribunal de Contas;

- xxiii) Assim, é inevitável suscitar a inconstitucionalidade “do complexo normativo constituído pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC”, quando interpretadas essas normas no sentido de que nenhum outro Tribunal – nem mesmo um Tribunal Administrativo à luz do disposto no n.º 3 do artigo 212.º da Constituição – pode emitir uma sentença que obrigue um ente público a realizar um pagamento previamente inscrito num contrato mas que tem como fundamento uma obrigação compensatória extracontratual, podendo o decisor público desobedecer a essa sentença condenatória em violação do n.º 2 do artigo 205.º da Constituição;
- xxiv) Por sua vez, suscita-se também a inconstitucionalidade do mesmo complexo normativo, quando interpretado no sentido de impedir um ente público de pagar uma compensação decorrente de vinculação constitucional ou legal, resultante dos artigos 2º, 62.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, da Constituição, e do artigo 2.º, n.º 2, e do artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, enquanto não obtenha a anuência do Tribunal de Contas, mesmo que a tanto seja condenado pelo Tribunal Administrativo ou Arbitral competente para o efeito;
- xxv) Assim sendo, em razão da fonte extracontratual, de origem constitucional e legal, da compensação que deu origem aos “pagamentos contingentes”, não existe fundamento para a identificação do segundo vício que foi imputado ao Contrato Alterado para justificar a recusa do visto pelo Tribunal de Contas;
- xxvi) Nem se pode replicar que esta solução poderia ser afastada pela aplicação alternativa do artigo 227.º do Código Civil: tal solução é inaplicável – fruto da sua insuficiência para as exigências próprias do Direito Administrativo – para a



tutela indemnizatória dos administrados no contexto de procedimentos de contratação pública;

- xxvii) Em todo o caso, é evidente o vício lógico que sempre afetaria o raciocínio expandido pelo Acórdão recorrido para fundamentar a recusa do visto: independentemente da divergência que exista na interpretação do Contrato Reformado, as Partes cuidaram em proceder a uma renegociação que originou o Contrato Alterado, justamente com o propósito de eliminar quaisquer obrigações compensatórias que pudessem ser censuradas pelo Tribunal de Contas, tendo a Subconcessionária acedido a renunciar a esses pagamentos e a não iniciar qualquer litígio para a obtenção desses montantes;
- xxviii) Porém, este Douto Tribunal, depois de conceder o visto a um Contrato Reformado cujo Caso Base expressamente previa “pagamentos contingentes”, escolheu recusar o visto a um Contrato Alterado que teve precisamente em vista a sua eliminação, fundamentando a sua recusa na ilegalidade desses pagamentos; ora, se é o Contrato Alterado que elimina estes pagamentos, não parece razoável, seja sob que perspetiva for, acenar com esses pagamentos para impedir a produção de efeitos do instrumento que justamente os suprime;
- xxix) O simples facto de as obrigações impostas ao erário público se reduzirem com o Contrato Alterado, em vez de aumentarem – sendo agravadas, isso sim, precisamente no caso de o visto ser recusado, em virtude de se ressuscitar então o Contrato Reformado e as suas obrigações financeiras mais gravosas para o interesse público –, já justificaria, no mínimo, a aplicação do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC;
- xxx) É, pois, inevitável concluir que os fundamentos apresentados pelo Acórdão recorrido estão em contradição com a sua própria decisão, fazendo-o incorrer na causa de nulidade de sentença prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do Código de Processo Civil, *ex vi* artigo 80.º da LOPTC;
- (C)
- xxxi) Pelos motivos expostos, fica também automaticamente prejudicada a verificação dos dois alegados vícios que o Acórdão recorrido imputou ao Contrato Alterado e que concernem à legalidade da realização da despesa



- pública: por um lado, a suposta violação do n.º 6 do artigo 42.º da LEO de 2001 (Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, na redação então em vigor); por outro lado, a suposta violação do artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012;
- xxxii) No Contrato Alterado não se pode identificar uma única ilicitude referente ao “facto gerador da obrigação de despesa”, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 6 do artigo 42.º da LEO de 2001: a obrigação de despesa resulta da conclusão de um procedimento de contratação pública plenamente concorrencial e da celebração do contrato que resultou desse procedimento, tendo mesmo sido eliminadas quaisquer fontes geradoras de despesa que assumissem natureza superveniente e que merecessem a discordância do Tribunal de Contas;
- xxxiii) Paralelamente, quanto ao artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012, e mesmo sob um puro plano quantitativo, se uma parte decisiva dos pagamentos previstos no Caso Base do Contrato Reformado foi eliminada no Contrato Alterado, diminuindo o montante global das obrigações de pagamento a cargo da Recorrente, então é indiscutível que esta alteração contratual dá origem a uma redução, e não a um aumento, dos encargos para o parceiro público, em conformidade com a meta prevista no artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012;
- xxxiv) Mesmo que assim não fosse, a redação desse artigo 143.º – como o Acórdão recorrido reconheceu – absteve-se de impor qualquer quantificação de encargos, justamente com o propósito de permitir ao parceiro público desenvolver uma negociação pautada por uma avaliação global dos “meios legalmente disponíveis”, procurando uma apreciação qualitativa da melhor fórmula negocial que satisfizesse o interesse público;
- xxxv) Assim sendo, a avaliação qualitativa global das obrigações pecuniárias que a Subconcessionária poderia imputar ao parceiro público permitiu confirmar a clara vantagem, para o interesse público envolvido na Subconcessão, que o modelo remuneratório do Contrato Alterado representou em comparação com o modelo remuneratório do Contrato Reformado, sem que tal implicasse qualquer violação de uma meta quantitativa que o artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012 [estabelecesse];



(D)

- xxxvi) Por fim, como último vício imputado ao Contrato Alterado, não se deteta qualquer alteração substancial do Contrato Reformado que modifique o equilíbrio financeiro em termos que favoreçam a Subconcessionária ou, pelo menos, em termos que prejudicariam os demais concorrentes no procedimento pré-contratual anterior, não implicando pois um novo contrato;
- xxxvii) De acordo com o triplo critério consolidado pela jurisprudência europeia, não existe, em primeiro lugar, uma aprovação de 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;
- xxxviii) Pelo contrário, a alteração do modelo remuneratório não só veio reduzir os encargos públicos a cargo do Subconcedente como, sobretudo – mesmo se este Douto Tribunal mantivesse a sua discordância neste ponto –, em todo o caso nunca tornou a posição contratual da Subconcessionária mais favorável do que a posição que teria sido assumida por qualquer dos concorrentes do anterior procedimento pré-contratual que pudesse ter obtido a adjudicação;
- xxxix) Se o Contrato Alterado correspondesse agora a uma nova proposta da Subconcessionária, esta não seria pior do que as propostas finais apresentadas por qualquer dos concorrentes preteridos no procedimento anterior;
- xl) Num segundo plano, não existe uma alteração substancial por não se prever qualquer modificação que “alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos”; pelo contrário, o esforço de redução dos encargos públicos teve de ser concretizado, precisamente, com a racionalização e redução do âmbito e do objeto contratual inicial, não tendo sido incorporadas quaisquer novas prestações que violentem a concorrência inicial;
- xli) Finalmente, num terceiro plano, não existe uma alteração que “modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”; pelo contrário, o objetivo do Contrato Alterado consistiu no exato propósito de modificar o Caso Base do Contrato Reformado para eliminar ou reduzir encargos financeiros nele



- previstos, mantendo o equilíbrio financeiro inicial, mas diminuindo o esforço global inicialmente pedido ao parceiro público;
- xlii) Aliás, mesmo à luz da legislação europeia mais recente – nomeadamente da Diretiva 2014/23/UE, aplicável a contratos de concessão –, confirma-se o respeito pelos critérios basilares de validade das alterações a contratos públicos, o que comprova a inteira conformidade do Contrato Alterado com a legislação e a jurisprudência vigentes;
- xliii) Por este motivo, confirma-se a inexistência do quinto alegado vício imputado ao Contrato Alterado pelo Acórdão recorrido.»

3. O Ministério Público emitiu parecer, nos termos do n.º 1 do artigo 99.º da LOPTC, no sentido da integral improcedência do recurso, sem que tenham sido suscitadas «questões novas» ao abrigo do n.º 3 do artigo 99.º da LOPTC (e para os efeitos indicados no artigo 100.º, n.º 2, do mesmo diploma).

4. Em conformidade com o *Código de Processo Civil* (CPC), supletivamente aplicável ao presente recurso nos termos do artigo 80.º da LOPTC, é pelas conclusões das alegações de recurso que se define o seu objeto e se delimita o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (cfr. artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do CPC), sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (cfr. artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC). Saliente-se, ainda, que o tribunal *ad quem* apenas está obrigado a resolver as *questões* que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações (e suas conclusões) de recurso, além de que não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada, tudo conforme resulta do disposto nos artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC.

5. Do teor dessas conclusões das alegações de recurso extraem-se as seguintes questões essenciais a dirimir:

a) *inconstitucionalidade de interpretação*, alegadamente adotada na decisão recorrida, no sentido de o *caso julgado* formado pela *decisão* de concessão de visto proferida no Processo nº 727/2010 (Decisão n.º 612/2010) dever ser delimitado de modo a



abranjer apenas *parte* do *modelo remuneratório* do «Contrato Reformado» (excluindo do âmbito do *caso julgado* a *parte* desse *modelo* que previa a obrigação de *pagamentos contingentes*);

b) *inconstitucionalidade de interpretação*, alegadamente adotada na decisão recorrida, no sentido de o Tribunal de Contas (TdC) beneficiar de uma *reserva de jurisdição* que lhe permitiria (i) impedir a prestação desses *pagamentos contingentes* (de invocada fonte constitucional, legal e extracontratual) ou (ii) obstar à intervenção decisória de qualquer outro Tribunal em termos de condenação na realização dessa prestação;

c) *nulidade (parcial) de sentença*, por contradição entre fundamentos e decisão, com referência ao artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC – por a instância *a quo* ter justificado a recusa de visto com fundamento na ilegalidade de *pagamentos contingentes* previstos no «Contrato Reformado», que não poderiam ser considerados (à luz da anterior decisão de concessão de visto a esse «Contrato Reformado»), e que se entendeu que estariam a ser indevidamente considerados no «Contrato Alterado», quando, conforme alega a entidade recorrente, tais *pagamentos contingentes* são afinal suprimidos neste «Contrato Alterado», daí resultando uma redução, e não um aumento, dos encargos para o parceiro público (diferentemente do entendimento acolhido na decisão recorrida);

d) *inexistência de ilegalidades* respeitantes à realização da despesa pública (por não haver aumento de encargos para o parceiro público, contrariamente ao entendido na decisão recorrida, quanto às imputadas violações dos artigos 42.º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental de 2001, e 143.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013);

e) *inexistência* de alteração substancial do *equilíbrio financeiro* do contrato em favor da subconcessionária, por efeito do «Contrato Alterado» e relativamente ao «Contrato Reformado» (por não haver violação de *regras procedimentais da contratação pública*, contrariamente ao entendido na decisão recorrida).

6. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

*

II – FUNDAMENTAÇÃO:



– DE FACTO:

7. A instância *a quo* considerou provados os seguintes factos, que se passam a reproduzir:

«2.1 O contrato inicial de subconcessão rodoviária do Algarve Litoral foi celebrado em 20-4-2009, entre Estradas de Portugal (EP) e a Rotas do Algarve Litoral, S.A., na sequência de concurso público internacional, durante a X Legislatura, encontrando-se em funções o XVII Governo Constitucional, ressaltando, como fundamental a regra n.º 28 do programa do concurso sobre a fase da negociação do adjudicante após seleção entre concorrentes admitidos.

a) A regra n.º 28 do Programa de Concurso tem o seguinte teor:

“28.1. A fase das negociações visa atingir uma melhoria das propostas selecionadas e tem como resultado final a minuta do contrato de subconcessão e os respetivos anexos.

“28.2. O resultado das negociações não pode resultar em condições menos vantajosas para a concedente do que as inicialmente propostas. Entende-se que uma proposta tem condições menos vantajosas para a concedente se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação que, no subcritério A i) ou na nota global, seja inferior àquela que obteve para efeitos de seleção para essa fase.”

b) A interpretação dessa regra assumida pelo TdC no § 37 do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS (*infra* §§ 2.2 e 2.3) reiterada, implicitamente, na decisão da 1.ª secção do TdC n.º 612/2010, foi a seguinte:

“A *ratio* desta disposição é clara e razoável, visando-se otimizar o interesse público com respeito pelos princípios concorrenciais.

a) Se por um lado, se pretende obter melhorias nas propostas dos concorrentes em benefício da entidade adjudicante, não se pode esquecer que, nesta fase, cada um dos concorrentes selecionados



conhece já todas as demais propostas. Admitir que pudessem piorar as suas propostas relativamente ao que foi apresentado na primeira fase, traduzir-se-ia numa violação grosseira do princípio da estabilidade, numa deficiente salvaguarda dos interesses públicos e num perverso entendimento do princípio da transparência.

b) No caso, a entidade adjudicante teve mesmo o cuidado de estabelecer os critérios para se avaliar quando é que uma proposta apresenta condições menos vantajosas: se ela obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação global ou uma pontuação no critério Ai) inferior àquela que obteve para efeitos de seleção para essa fase.

Ao estabelecer aquelas regras, a entidade adjudicante vinculou-se a elas e condicionou a evolução do procedimento e as posições assumidas pelos concorrentes.”

c) O caderno de encargos do concurso e a proposta vencedora não compreendiam qualquer menção a *compensações contingentes*, não tendo sido transmitido a nenhum dos outros concorrentes informação sobre a suscetibilidade de quaisquer pagamentos a título de *compensações contingentes* – referidos em documento remetido por banco financiador com conhecimento à EP em 24-5-2010 (cf. *infra* § 2.4.j)).

2.2 O contrato de subconcessão de 20-4-2009 foi remetido para fiscalização prévia, tendo dado origem ao processo n.º 1352/09 (em 17-7-2009) no âmbito do qual foi recusado visto através do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS, transitado em julgado em 20-9-2010, com o seguinte sumário elaborado pelo Conselheiro Relator:

“1. As parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (RJPPP), designadamente os resultantes dos artigos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 14.º-C e 14.º-F, sendo o respetivo acompanhamento e controlo exercidos através da função acionista do Estado.



“2. É, ainda, aplicável, face à data em que foi desencadeado o procedimento e à natureza da entidade adjudicante e do contrato, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 9 de março, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, com as necessárias adaptações resultantes do facto de se estar perante a constituição de uma parceria público-privada.

“3. A ausência do estudo que a lei exige, demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de Tribunal de Contas – 2 – Mod. TC 1999.001 obras públicas (estudo de comparador público), viola o disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 6.º do RJPPP.

“4. A degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria concedente estabeleceu no programa de concurso, viola o disposto no n.º 28 do programa de concurso, dos n.ºs 1 e 2 do art.º 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e do n.º 1 dos arts. 7.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

“5. A fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais, viola o disposto no n.º 4 do art.º 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, que estabelece que o preço da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das cópias autenticadas dos correspondentes documentos.

“6. Ao contrário da violação referida no ponto 5, cuja possibilidade de restrição da concorrência e conseqüente possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato, atento o montante envolvido, é muito ténue, as violações de lei mencionadas nos pontos 3 e 4 provocaram, com forte probabilidade, a alteração efetiva do resultado financeiro do procedimento, o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.”

2.3 O TdC no acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS empreendeu uma análise cuidada da alegação da EP (entretanto reiterada nos presentes autos pela IP,

cf. §§ 1.8.b) e 2.10.a)) a qual foi rejeitada de forma perentória, sendo o seguinte o teor do acórdão quanto ao fundamento (sumariado no ponto 4 transcrito no § 2.2) nuclear da recusa^(x1):

“44. Perante tais factos, a EP justificou-se nos termos referidos na alínea II) do n.º 2. Analisemos essas justificações.

45. As razões apresentadas são basicamente as seguintes:

- a) A diminuição do benefício líquido do concedente – efetivamente verificado – tem como justificação, por um lado, a diminuição dos fluxos de caixa operacionais decorrente do decréscimo da remuneração por serviço e, por outro, do acréscimo de custos a incorrer com grandes reparações e investimentos de substituição;
- b) Por outro lado, as condições de financiamento propostas pelas entidades financiadoras para a subconcessão do Algarve Litoral, agravaram-se da primeira fase para a fase final, por razões relacionadas com a crise financeira internacional;
- c) Tal agravamento traduziu-se, designadamente, no aumento do *pricing* global do financiamento e na diminuição do nível de alavancagem financeira;
- d) A diminuição do VAL, “*direta e umbilicalmente ligado ao aumento dos custos financeiros decorrentes da crise económico-financeira global*”, não é irreversível face ao disposto na cláusula de refinanciamento da concessão;
- e) No plano jurídico, o não cumprimento do estipulado no PC, encontra-se respaldado no disposto no artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março;
- f) Há momentosas razões de interesse público para a concretização do investimento.

46. Diga-se antes de mais que a justificação de que ocorreu a diminuição dos fluxos de caixa operacionais por decréscimo da remuneração por serviço e do acréscimo de custos a incorrer com grandes reparações e investimentos

^(x1) Na transcrição que se segue omitiram-se as notas de rodapé que também integram essa parte do aresto, bem como as formatações com negritos.



de substituição suscita uma interrogação: e a diminuição dos benefícios líquidos por disponibilidade, proporcionalmente maiores?

E diga-se ainda que parece resultar de todo o processo que o agravamento das condições de financiamento se refletiu no contraente público, já que um dos vetores da solução parece ter sido igualmente assegurar a TIR do contraente privado que não só se manteve como acabou mesmo por subir, repercutindo-se no aumento do esforço financeiro da concedente.

Finalmente, justifica-se desde já referir que não se questionam os interesses públicos que se visam prosseguir com a constituição da parceria público-privada e conseqüente celebração e execução do contrato de subconcessão. O que se trata é só saber se na prossecução desses interesses públicos e nas concretas decisões tomadas e procedimentos realizados foi cumprida a lei. E, como se está a ver, não foi.

47. Mas as justificações produzidas não são aceitáveis, por quatro razões fundamentais:

- a) Há incontestável violação do disposto no programa de concurso e de outras disposições legais;
- b) A crise internacional não é razão justificativa para violações de lei;
- c) O artigo 198.º citado não é aplicável na presente situação;
- d) A invocação da cláusula de refinanciamento não sana as violações ocorridas.

Há uma incontestável violação do disposto no PC, o que, como já vimos, constitui uma ilegalidade.

Já referimos que o desrespeito por disposições do Programa de Concurso que estejam em conformidade com a lei se traduz em violação da própria lei, o que sucedeu no caso, uma vez que a disposição que foi ignorada era clara e nada tinha de contrário à lei.

48. A violação do Programa do Concurso e da lei ocorreu em várias vertentes.



O próprio Programa de Concurso estabeleceu, no seu n.º 26.1, que as propostas que violassem o Caderno de Encargos ou o Programa do Concurso deveriam ser consideradas inaceitáveis e excluídas do concurso.

Por outro lado, para além de constituir um comando condicionador do conteúdo das propostas a apresentar pelos concorrentes, o disposto no n.º 28 do Programa do Concurso era igualmente um critério estabelecido pela entidade adjudicante para a sua apreciação e decisão.

De facto, estabelecem os n.ºs 1 e 2 do artigo 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, que as propostas são analisadas em função dos critérios estabelecidos no programa de concurso. Não tendo aplicado a EP este critério, violou o disposto naquelas normas.

IV.C – A crise internacional como razão justificativa

49. No ofício n.º 7911, de 30.10.09, acima referido na alínea mm) do n.º 2, expôs-se também, como já se referiu, a argumentação relativa ao impacto no procedimento da *“crise financeira global”*.

Tal argumentação, nos seus aspetos essenciais, já antes tinha sido produzida, embora desta vez tenha sido aprofundada e desenvolvida.

Não se pretende contestar a pertinência da avaliação de tais impactos no procedimento. A questão que se coloca é a de saber se, perante tais impactos e sua avaliação, eram ou são admissíveis, perante a lei, as soluções encontradas ou a observância da lei exigiria a adoção de outras soluções.

Os procedimentos concretamente adotados neste procedimento não são suscetíveis de assegurar que foi escolhida a melhor proposta que o mercado poderia oferecer.

A regra fixada no ponto 28.2. do Programa do Concurso é objetiva, assegura a observância dos princípios aplicáveis à contratação pública e traduz a garantia de que a proposta vencedora, em circunstância alguma, poderá obter uma valoração inferior àquela que lhe foi inicialmente atribuída. Esta regra impede que, através da utilização de juízos subjetivos, as entidades adjudicantes possam escolher propostas objetivamente menos favoráveis do que as inicialmente apresentadas.



A não ser assim, estaríamos face a uma inadmissível incerteza jurídica e a uma subjetividade incompatível com o bem público que aquela regra visou assegurar.

Tudo se deve reconduzir à questão da lei e da sua observância: admitir, quando a lei não o prevê e a sua interpretação não o permite, que pela irrupção de uma crise financeira internacional se subvertam princípios e regras jurídicas é substituir o Direito pela arbitrariedade das avaliações casuísticas. Hoje não se observariam tais princípios e regras por causa da crise internacional, amanhã por outras circunstâncias quaisquer, certamente da maior gravidade também...

E só a observância dos princípios e regras jurídicas – que o próprio Direito ao nível mais elevado exige num Estado de Direito Democrático – asseguram que os interesses públicos e coletivos são adequadamente prosseguidos e respeitados os direitos e interesses legítimos particulares.

IV. D – As *“alterações de circunstâncias”* como razão justificativa do não cumprimento das regras do procedimento

50. A EP invoca o artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março. Este, no essencial, consagra, no regime jurídico relativo às obras públicas, a disciplina constante do artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil. Estamos no domínio da teoria da imprevisão na execução dos contratos. Em ambas as disposições legais, o princípio tradicionalmente rígido de *“pacta sunt servanda”* é flexibilizado por preocupações de *“rebus sic stantibus”*. Não importa agora fazer uma deambulação pela complexa e secular querela quanto à consideração da alteração de circunstâncias no âmbito da execução dos contratos. Importa sobretudo afirmar o seguinte: tanto as soluções legislativas adotadas, como a jurisprudência lavrada, como a doutrina produzida sobre esta temática, assentam num pressuposto essencial: trata-se de alteração de circunstâncias após a celebração de um contrato. E não no processo negocial (ou procedimento administrativo) a ele conducente.



51. Basta aliás atender aos elementos da previsão e da estatuição normativas do referido artigo 198.º: revisão do contrato, por alteração anormal e imprevisível de circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar, havendo grave aumento de encargos na execução da obra, encargos que não caibam nos riscos normais (do contrato). Deve, igualmente, atender-se à inserção sistemática do preceito: o artigo 198.º integra-se no Capítulo VIII do diploma sobre o “Não cumprimento e revisão do contrato”. Ora, no caso, não havia ainda nem contrato celebrado, nem a nele ínsita decisão de contratar, correspondente à decisão de adjudicação, que permitisse o apelo a este mecanismo legal. Contrato e decisão ocorreram depois de se terem considerado aceitáveis as alterações de circunstâncias como fundamento de não aplicação da regra procedimental constante do PC.

52. Permitir com base no referido preceito a alteração das regras procedimentais de formação dos contratos públicos, seria permitir soluções que violariam regras básicas da contratação pública, como a da intangibilidade de tais regras e, reflexamente, das propostas, e potencialmente a imparcialidade da Administração e a igualdade dos concorrentes.

53. Aliás, considerar como refere a EP que, antes da decisão final de adjudicação e da assinatura do contrato, há já *“uma qualquer entidade que está associada, de alguma forma, à administração, à prossecução de fins de interesse público”*, ter em conta a *“afetação, em concreto, daquele particular cuja colaboração com a administração é considerada importante para o(s) interesse público(s)”* e relevar *“a proximidade entre as partes – para mais de uma fase de negociações diretas e prolongadas com os concorrentes”* é permitir que aquelas violações ocorram.

54. Justifica-se, como faz a EP, apelar à *“observância de dever de lealdade”* pela Administração na condução do procedimento. Mas lealdade com todos os concorrentes e não adotando soluções que consubstanciam alteração de regras pelas quais o procedimento deve ser conduzido, assim tratando de



maneira diferente os diversos concorrentes que formularam as suas propostas na expectativa do quadro jurídico não se alterar.

55. Aquela disposição legal – o artigo 198.º – não se aplica pois à situação em análise, por estar excluída da sua previsão, nem se vê por que regra de interpretação e aplicação das leis possa ela ser invocada. De facto, o apelo àquela disposição legal, por força dos mecanismos de integração de lacunas, poderia ser feito no caso de ausência de comando normativo adequado na sua previsão. Ora, não se crê que seja essa a situação.

56. De facto, afastada que está a possibilidade de aplicação do referido artigo 198.º, não se defende que as graves alterações de circunstâncias não devam ter qualquer impacto na condução do procedimento. Podem tê-lo: veja-se designadamente o que dispõe o artigo 107.º do Decreto-Lei n.º 55/99, de 2 de março, em interpretação que tenha em conta as particularidades da constituição de uma parceria público-privada.

IV. E – Os mecanismos de refinanciamento como instrumento de sanção

57. Referiu a EP que *“a diminuição do VAL (...) não é irreversível”*, podendo constatar-se *“que parte da causa da diminuição do VAL (...) constituem justamente o objeto de Refinanciamento da Concessão”*. E o regime previsto *“na cláusula 85.ª do Contrato de Subconcessão permite à EP: (i) apresentar – a qualquer momento – uma proposta de Refinanciamento da Subconcessão” (cfr. n.º 13), (ii) partilhar, em partes iguais, os respetivos benefícios financeiros (cfr. n.º 3) e (iii) impor essa proposta de refinanciamento, verificado o pressuposto previsto no n.º 2 (cfr. n.º 2 e 14)”*.

58. Tal argumentação confirma que há um reconhecimento de que os resultados obtidos na negociação não só foram piores como, através deles, se torna visível a violação das regras previamente fixadas. Mas pretende-se agora defender que esses maus resultados e, conseqüentemente, tais violações não são “irreversíveis”.

59. Ora a cláusula 85.ª tem toda a razão de existir, num contrato, em contexto de parceria público-privada, que estabelece uma concessão de obra ou serviço público. Trata-se de distribuir equitativamente benefícios



entre parte pública e privada da parceria que, entretanto, no contexto da execução do contrato venham a surgir, em matéria de financiamento. Com o devido respeito, contudo, não faz sentido invocar tal cláusula como mecanismo de sanção de vícios de violação de lei. As violações do programa do concurso ocorreram e não são sanados com tal cláusula. A cláusula surge, e bem, para situações que venham a ocorrer no contexto da execução do contrato. Não surge como forma de corrigir os resultados obtidos na negociação contratual. E refira-se que é incompreensível que no momento de negociação do contrato não se acautelem certos aspetos, na esperança de que se acautelarão no futuro. Parece querer trocar-se o certo pelo incerto... Parece querer dizer-se que “negociemos mal hoje” que “amanhã negociaremos bem...”. Acrescente-se finalmente que, nos termos da lei, este Tribunal tem competência para analisar o contrato e o seu processo de formação e a sua conformidade legal. Não lhe permite a lei que se pronuncie sobre eventualidades futuras.

60. Na mesma linha, a EP juntou ao processo declaração da subconcessionária cujo conteúdo essencial se explicitou acima na alínea nn) do n.º 2. Analisada tal declaração retenha-se o seguinte:

- a) Tal declaração é também, no seu conteúdo essencial, irrelevante para efeitos da análise do contrato. Com efeito, o que se encontra em causa é a observância dos princípios da legalidade e da estabilidade na formação desse contrato e não já a sua execução;
- b) De qualquer modo, o conteúdo daquela declaração enquadra-se no regime já consagrado no próprio contrato, porquanto a subconcessionária, verificando-se os pressupostos estabelecidos no n.º 2 da já citada cláusula 85.ª do contrato – *“as condições constantes dos instrumentos contratuais resultantes do Refinanciamento da Subconcessão não deverão ser mais onerosas para a subconcessionária, para os seus acionistas ou para a Concedente, do que as existentes nos contratos de financiamento que substituem”* – tem, sob pena de incumprimento contratual, de aceitar a



proposta de refinanciamento apresentada pela EP, exceto se demonstrar que consegue obter no mercado uma proposta ainda mais favorável;

c) Por outro lado, é também a subconcessionária que tem todo o interesse em que haja lugar ao refinanciamento da parceria, uma vez que por força do disposto no n.º 3 da cláusula 85.ª do contrato, beneficiará de uma partilha equitativa dos benefícios financeiros daí resultantes;

d) Acresce que a imposição da proposta de refinanciamento a apresentar pela EP, nos termos da declaração em causa, poderá até revelar-se menos favorável para esta, se se entendesse que ficaria afastada a possibilidade da subconcessionária poder apresentar uma proposta alternativa mais vantajosa ou ter a faculdade de a negociar com vista a obter um melhor resultado, conforme se prevê no n.º 14 da cláusula;

e) Em conclusão, sublinha-se ainda que o que se encontra em causa no presente contrato não são os eventuais benefícios financeiros decorrentes da sua execução, benefícios que, por força da lei, do caderno de encargos e do contrato, seriam sempre recebidos pela EP, independentemente da entidade vencedora do concurso, mas sim o respeito pelas regras fixadas no programa de procedimento e dos princípios jurídicos aplicáveis.

IV. F – Alteração da matriz de risco e violações ocorridas

61. Finalmente, na senda do que já se referiu nos n.ºs 41 e 42, comparando-se os resultados obtidos na primeira fase e os resultados da fase de negociações, constatando-se que:

a) Os pagamentos por serviço (relacionados com os riscos do tráfego) a cargo da concedente diminuíram;

b) Os pagamentos do subconcessionário ao concedente diminuíram;

c) O esforço financeiro líquido do concedente aumentou;

d) Os níveis previstos de rentabilidade dos acionistas aumentaram, poderá afirmar-se que os riscos e dificuldades resultantes da crise financeira internacional e até algum do risco associado ao volume do tráfego foram, em substância, transferidos para a entidade concedente. Em síntese: a



matriz de risco alterou-se substancialmente da primeira para a fase final, em desfavor da parte pública.

62. A propósito do número anterior relembre-se o disposto na alínea d) do artigo 7.º do RJPPP: “O risco da insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível transferido para o parceiro privado”.

63. Com a violação já identificada do disposto no n.º 28 do PC também, como já se indiciou, foi violado o princípio da legalidade e o da estabilidade do procedimento, consagrado no n.º 1 dos artigos 7.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

64. Face ao exposto nos n.ºs 36 e seguintes, houve, pois, violação do n.º 28 do programa de concurso, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e dos princípios consagrados no n.º 1 dos artigos 7.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho. Caso tais disposições tivessem sido observadas, o resultado do procedimento, o teor do contrato e o correspondente resultado financeiro poderiam, com fortíssima probabilidade, ter sido diferentes.

[...]

VI – Conclusões

75. No procedimento verificou-se, pois, a violação das seguintes disposições legais:

- a) Da alínea c) do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho;
- b) Do n.º 28 do programa de concurso, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e do n.º 1 dos artigos 7.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho;
- c) Do n.º 4 do artigo 62.º também do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

76. Como se viu tais violações respeitam no essencial a:

- a) Ausência do estudo que a lei exige, demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para



atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de obras públicas (estudo de *comparador público*);

b) Degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria EP estabeleceu no Programa de Concurso;

c) Fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais.

77. Dos autos resulta que as violações de lei referidas nas alíneas a) e b) do número 75 provocaram, com fortíssima probabilidade, a alteração efetiva do resultado financeiro do procedimento. Isto é: se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, há fortíssima probabilidade de que teriam sido obtidos resultados diferentes, com melhor proteção dos interesses financeiros públicos. O mesmo não acontece quanto à violação referida na alínea c) do n.º 75.

78. Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, quando aí se prevê *“ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro.”* Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz *“[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro”* pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respetivo resultado financeiro. E, como se viu, no presente processo, há fortíssimos indícios de tal ter acontecido.

79. Há, pois, fundamentos para recusa de visto.

80. A violação identificada na alínea c) do n.º 75, pela sua pequena relevância, é suscetível de fundamentar a concessão de visto com formulação de recomendação à entidade adjudicante para que, no futuro, conforme a sua ação ao que dispõe a lei.

81. Contudo, a gravidade das demais violações que ferem o núcleo central dos valores que devem ser observados na constituição das parcerias público-privadas e nos procedimentos de negociação e de avaliação de propostas no âmbito da contratação pública e a fortíssima probabilidade de por elas ter

sido alterado o resultado financeiro do contrato, não permite o uso daquela faculdade concedida pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

VII – DECISÃO

82. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, em recusar o visto ao contrato.

83. Estabelecer que são devidos os emolumentos a pagar nos termos do n.º 3 do artigo 5.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas.

2.4 O contrato foi objeto de reforma durante a XI Legislatura encontrando-se em funções o XVIII Governo Constitucional sendo o *contrato reformado* outorgado em 19-5-2010, o qual foi submetido pela EP a fiscalização prévia dando origem ao processo n.º 727/2010:

a) O valor do *contrato reformado* considerado para efeitos de fiscalização prévia foi de 212 885 898,00 €, correspondendo 382 072 452,00 € ao valor atualizado líquido (VAL) dos pagamentos por serviço e (-169 186 554,00 €) ao VAL do esforço financeiro líquido da EP, tendo em conta o clausulado contratual e os documentos financeiros que o suportaram.

b) Foi considerado, apenas, o valor de 212 885 898,00 € pelo TdC como encargo resultante do regime remuneratório estabelecido no clausulado contratual e foi apenas esse o valor considerado pela requerente (então E.P., S.A.) nos documentos financeiros apresentados ao TdC (*v.g.* nos documentos relativos à assunção de encargos plurianuais) os quais suportaram, igualmente, a correspondente autorização de despesa.

c) O clausulado do *contrato reformado* não compreendia qualquer referência a *compensações contingentes*.

d) A requerente no processo n.º 727/2010 não juntou o ofício de 24 de maio de 2010 remetido pela “Caixa – Banco de Investimento, S.A.” a “Rotas do Algarve Litoral, S.A.” (adjudicatária), e a “EP – Estradas de Portugal, S.A.”, rececionado na EP em 27-5-2010, e que veio a ser conhecido pelo TdC apenas depois da decisão final proferida naquele processo de fiscalização prévia (no âmbito da indagação desenvolvida no processo n.º 35/09



AUDIT, onde foi aprovado o relatório n.º 15/2012, *infra* § 2.9), e que tendo sido ocultado pela EP não podia ser atendido pela 1.ª secção do TdC no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 (cujo objeto foi estabelecido pelo requerimento inicial e o original do *contrato reformado* submetido a fiscalização).

- e) Nos considerandos do *contrato reformado*, sublinha-se a necessidade de “reformular o Contrato de Subconcessão de modo a dar pleno cumprimento ao entendimento do Tribunal de Contas, razão porque se altera designadamente o caso base do contrato (Anexo 5)”, bem como os seus números 84.º e 85.º do contrato, relativos aos regimes de “reposição do equilíbrio financeiro e compensações ao concedente” e ao “refinanciamento da subconcessão e partilha de benefícios”, respetivamente.
- f) De acordo com a cláusula 71 do *contrato reformado* que tem por epígrafe “*Remuneração da subconcessão e pagamentos a efetuar à concedente*”:
- (i) A subconcessionária receberá, nos termos previstos na fórmula aí definida uma remuneração anual que tem em conta as seguintes componentes: remuneração anual relativa à disponibilidade das vias; remuneração anual relativa ao serviço prestado pela subconcessionária; deduções a efetuar em virtude da ocorrência de falhas de desempenho e de disponibilidade; penalidade resultante das externalidades ambientais e da sinistralidade; dedução ou incremento imposto em resultado da evolução dos índices de sinistralidade.
- (ii) Relativamente à componente da remuneração anual relativa à disponibilidade, prescreve-se que será calculada de acordo com a fórmula definida na cláusula 71.2, a qual tem em conta, entre outros fatores, o valor da tarifa diária de disponibilidade, sendo, por sua vez, os valores da tarifa de disponibilidade definidos para cada ano os que constam do Anexo 5B, nos termos da cláusula 71.3.



(iii) Por sua vez, a remuneração relativa ao serviço prestado pela subconcessionária efetivamente verificado em cada ano será calculada de acordo com a fórmula definida nas cláusulas 71.4 e 71.5.

(iv) Quanto aos pagamentos a realizar pela subconcessionária à subconcedente, limita-se a cláusula 71.19. a estabelecer que os mesmos se efetuarão de acordo com o Anexo 5A.

(v) Cláusula 71 que não foi objeto de qualquer modificação na sequência da *reforma* do contrato, mantendo-se, assim, inalterada, sendo nessa cláusula que se define o regime remuneratório da subconcessionária, bem como os pagamentos que a subconcessionária efetuará à concedente ao longo do período da subconcessão, ainda que efetuando remissões para os anexos 5A e 5B, e apenas tendo o Anexo 5A sido objeto de alteração na sequência da *reforma*.

(vi) A estrutura da remuneração estabelecida nessa cláusula respeita o estipulado no Caderno de Encargos do concurso em causa, conforme imposto no acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS (cf. §§ 2.2 e 2.3), não permitindo a existência de outros tipos de pagamentos a efetuar à concessionária.

(vii) Sendo o seguinte o teor da aludida cláusula 71:

“71.1. A subconcessionária receberá uma remuneração anual, calculada por referência aos lanços dos números 6.1, 6.2 e 6.3, nos termos da fórmula seguinte:

$$R_t = Dis_t + Serv_t - Ded_t - Pen_t \pm \sum(Sin)_t$$

em que:

R_t = Remuneração anual da subconcessionária no ano t ;

Dis_t = Componente da remuneração anual relativa à disponibilidade das vias efetivamente verificada no ano t , calculada nos termos do número 71.2.;

$Serv_t$ = Componente da remuneração anual relativa ao serviço prestado pela subconcessionária efetivamente verificado no ano t , calculada nos termos do número 71.4.;



Ded_t = Componente correspondente às deduções a efectuar em virtude da ocorrência de falhas de desempenho e de disponibilidade, no ano t, calculada nos termos dos números 71.6. e 72.;

Pen_t = Componente correspondente à penalidade resultante das externalidades ambientais e da sinistralidade, no ano t, calculada nos termos do número 71.8.;

Sin_t = Montante correspondente à dedução ou incremento imposto em resultado da evolução dos índices de sinistralidade para o ano t, calculada nos termos dos números 71.9. e seguintes.

“71.2. A componente da remuneração anual relativa à disponibilidade para cada troço j em cada ano, será calculada de acordo com a fórmula seguinte:

$$Dis_t = \sum_j td_t \times nd_t(j) \times \frac{L(j)}{L_{Total}}$$

em que:

td_t = Valor da tarifa diária de disponibilidade no ano t.

$nd_t(j)$ = Número de dias em que o troço j se encontrou em serviço, devendo considerar-se:

- no ano de entrada em serviço do troço j, o número de dias desde a data de entrada em serviço do troço j e 31 de dezembro do ano t (inclusive);
- nos anos posteriores, o período entre 1 de janeiro e 31 de dezembro;
- no ano de termo da subconcessão, o número de dias entre 1 de Janeiro e a data de termo da subconcessão;

$L(j)$ = Extensão, expressa em quilómetros, do troço j;

L_{Total} = Extensão total, expressa em quilómetros, do Empreendimento Subconcessionado;

t = Período correspondente a um ano civil;



troço j = zona de influência de cada um dos equipamentos de contagem e classificação de veículos instalados em obediência ao que dispõe o número 48.3.

“71.3. Os valores da tarifa de disponibilidade definidos para cada ano t constam do Anexo 5 B e não são atualizáveis durante a vigência do Contrato de Subconcessão.

“71.4. A componente da remuneração anual relativa ao serviço prestado pela subconcessionária efetivamente verificado em cada ano, será calculada de acordo com a fórmula seguinte:

$$\text{Serv}_t = \sum_j L(j) \times ts_t \times \text{TMDA}_t(j) \times nd_t(j)$$

em que:

$L(j)$ = Extensão, expressa em quilómetros, do troço j ;

ts_t = Valor da tarifa diária por quilómetro por serviço prestado no ano t , que é igual a $25\% \times \text{€ } 0,06671 = \text{€ } 0,0166775$, sem IVA, a preços de dezembro de 2006, aplicado ao comprimento efetivo de cada troço j , com arredondamento ao hectómetro, sendo as atualizações calculadas de acordo com a seguinte fórmula:

$$\text{TP}(d1) = tv(1) \times \left[\frac{0,90 \times \text{IPC}(p)}{\text{IPC}(p-n)} + 0,10 \right]$$

sendo:

$tp(d1)$ - valor máximo admissível para a data d da tarifa atualizada por sublanço;

$tv(1)$ - valor da tarifa de referência;

$\text{IPC}(p)$ - valor do último índice de preços no consumidor, sem habitação, publicado para o continente;

p - mês a que se refere o último índice publicado;

n - número de meses decorridos entre a data da última atualização tarifária, ou dezembro de 2006 no caso do lanço a construir, e a pretendida para a entrada em vigor da nova tarifa;



IPC(p-n) - valor do índice de preços no consumidor, sem habitação, para o continente, relativo ao mês (p-n);

$TMDA_t(j)$ = Tráfego médio diário anual de veículos de todas as classes, conforme definidas no número 49.1., registado no troço j no ano t, sendo o índice de multiplicação de classes igual à unidade;

$nd_t(j)$ = Número de dias em que o troço j se encontrou em serviço devendo considerar-se:

- no ano de entrada em serviço do troço j, o número de dias desde a data de entrada em serviço do troço j até 31 de dezembro do ano t (inclusive);

- nos anos posteriores, o período entre 1 de janeiro e 31 de dezembro;

- no ano de termo da subconcessão, o número de dias entre 1 de janeiro e a data de termo da subconcessão;

t = Período correspondente a um ano civil;

troço j = zona de influência de cada um dos equipamentos de contagem e classificação de veículos instalados em obediência ao que dispõe o número 48.3.

“71.5. Na fórmula constante do número anterior observar-se-á o seguinte:

(a) Se o $TMDA_t(j)$ for maior ou igual a 20.000 e menor do que 25.000, e para os veículos deste intervalo, a tarifa diária por quilómetro por serviço prestado será igual a 75% do valor da referida tarifa, calculada nos termos do número anterior ($tst = (25\% * €0,06671) * 75\%$);

(b) Se o $TMDA_t(j)$ for maior ou igual a 25.000, e para os veículos que ultrapassem este limite, a tarifa diária por quilómetro por serviço prestado será igual a 50% do valor da referida tarifa, calculada nos termos do número anterior ($tst = (25\% * €0,06671) * 50\%$).

“71.6. O montante total das deduções a efetuar em cada ano, a que se refere o número 71.1, será calculado de acordo com a seguinte fórmula:



$$\text{Ded}_t = \sum F(\text{Dis})_t$$

em que:

$F(\text{Dis})_t$ = Montante correspondente à dedução diária imposta em resultado da ocorrência de falhas de disponibilidade para o ano t , calculada nos termos do número 72.4.;

“71.7. Considera-se existir uma falha de disponibilidade quando alguma das condições de indisponibilidade definidas na cláusula 72. se verificar.

“71.8. O montante da penalidade relativa às externalidades ambientais e à sinistralidade é calculado de acordo com a fórmula seguinte:

$$\text{Pen}_t = \text{Ppen}_t \times \text{Puni}_t$$

em que:

Pen_t = Montante correspondente à penalidade relativa às externalidades ambientais e à sinistralidade, no ano t ;

Ppen_t = Pontos de penalização incorridos no ano t , calculados de acordo com o disposto nas Partes I e II do Anexo 12

Puni_t = Valor unitário da penalidade a impor por cada ponto de penalização incorrido.

Este valor é fixado pela Concedente entre € 2.500 e € 25.000, a preços de 2007, e é atualizado anualmente de acordo com o IPC.

“71.9. O montante relativo à dedução ou incremento imposto em resultado da evolução dos índices de sinistralidade será calculado de acordo com as fórmulas seguintes:

O índice de sinistralidade da subconcessão calcular-se-á nos seguintes termos:

$$\text{IS}_t(\text{Conc}) = \underline{N_t \times 10^8}$$

$$L \times \text{TMDA}_t \times 365$$

em que:

$\text{IS}_t(\text{Conc})$ = índice de sinistralidade da Subconcessão para o ano t ;

N_t = Número de acidentes no ano t , com vítimas (mortos e/ou feridos), registados na Subconcessão pela autoridade policial competente;



L = Extensão total, em quilómetros, do Empreendimento Subconcessionado em serviço;

TMDA_t = TMDA registado na Subconcessão no ano t;

“71.10. Sempre que se verifique:

(a) $IS_t(\text{Conc}) < IS_{t-1}(\text{Conc})$

a Concedente somará à remuneração anual da subconcessionária um valor calculado nos termos do número 71.11., alínea (a).

(b) $IS_t(\text{Conc}) > IS_{t-1}(\text{Conc})$

a subconcessionária deduzirá à remuneração anual da subconcessionária um valor calculado nos termos do número 71.11., alínea (b).

“71.11. Os incrementos e deduções referidos no número anterior serão calculados da seguinte forma:

1. (a) Incremento:

$$Sin_t = 2\% \times (Dis_t + Serv_t) \times \frac{IS_{t-1}(\text{Conc}) - IS_t(\text{Conc})}{IS_t(\text{Conc})}$$

2. (b) Dedução:

$$Sin_t = 2\% \times (Dis_t + Serv_t) \times \frac{IS_{t-1}(\text{Conc}) - IS_t(\text{Conc})}{IS_t(\text{Conc})}$$

“71.12. No caso de a entrada em serviço do último Lanço ou Sublanço, devidamente requalificado ou construído de raiz, ocorrer em mês diverso de janeiro, ou no caso de a Subconcessão terminar em mês diverso de dezembro, serão feitos os necessários ajustes ao cálculo dos prémios e multas aplicáveis, na proporção dos meses inteiros que decorrerem até dezembro, no primeiro caso, ou dos meses inteiros que decorrerem entre janeiro e o termo da Subconcessão, no segundo.

“71.13. O valor da tarifa de serviço prestado a fixar em janeiro de cada ano civil deverá ser apresentado pela subconcessionária à Concedente, devidamente justificados, com a antecedência mínima de 45 dias em relação à data pretendida para a sua entrada em vigor.



“71.14. A Concedente procederá ao pagamento da remuneração anual pela forma e datas em seguida indicadas:

(i) No final de cada um dos meses de fevereiro, abril, junho, agosto, outubro e dezembro de cada ano serão efetuados pagamentos, todos de igual montante, correspondentes, na sua globalidade, a 80% da remuneração anual prevista.

(ii) No final do mês de fevereiro de cada ano, será efetuado um pagamento de reconciliação correspondente à diferença entre a remuneração anual do ano anterior e os pagamentos por conta efetuados nesse ano anterior.

“71.15. A determinação da parte responsável pelo pagamento de reconciliação será feita da seguinte forma:

a) Se a soma dos pagamentos por conta de certo ano for superior à remuneração anual desse mesmo ano caberá à subconcessionária pagar à Concedente o montante respeitante ao pagamento de reconciliação;

b) Se a soma dos pagamentos por conta de certo ano for inferior à remuneração anual desse mesmo ano caberá à Concedente pagar à subconcessionária o montante respeitante ao pagamento de reconciliação.

“71.16. A Concedente pode, em qualquer momento, pagar à subconcessionária a totalidade ou parte dos valores vencidos dos pagamentos por si devidos, nos termos a acordar entre as partes, por referência ao Caso Base.

“71.17. Os montantes pagos pela Concedente, nos termos do número anterior, serão aplicados pela subconcessionária, salvo acordo em contrário fixado entre as partes, pela seguinte ordem:

a) amortização da dívida sénior;

b) amortização da dívida subordinada;

c) remuneração acionista.

“71.18. A remuneração prevista na presente cláusula calcular-se-á a partir do momento em que entre em serviço a totalidade do



Empreendimento Subconcessionado, devidamente requalificado ou construído de raiz, vencendo-se e sendo paga à subconcessionária a partir do quinto aniversário da assinatura do Contrato de Subconcessão. “71.19. A subconcessionária efetuará à Concedente os pagamentos previstos no Anexo 5A.”

(viii) Por seu turno, o anexo 5A compreende uma tabela com duas colunas, precedida pela seguinte frase “os pagamentos a efetuar à concedente, previstos no caso base, são os seguintes:”, constando da coluna da esquerda uma sequência de anos com início em 2009 e fim em 2039 e na coluna da direita valores em €, sendo até ao ano de 2013, inclusive, 0,00 € iniciando-se a indicação de valores no ano de 2014 com 1.000.000,00 €, em regra, em crescendo muito acentuado sendo, por exemplo em cada um dos anos entre 2030 e 2038 sempre superiores a 74.000.000 €.

g) Confrontando a redação da cláusula 71 do contrato a que foi recusado o visto e do *contrato reformado*, no que diz respeito à *remuneração da subconcessão e pagamentos a efetuar à subconcedente*, não se verifica qualquer alteração no seu regime, tendo apenas sido alterado o Anexo 5A para o qual aquela cláusula remete. Assim, mantido aquele regime, verifica-se que:

(i) A previsão dos pagamentos por disponibilidade a efetuar pela concedente à concessionária, tomados em consideração nos relatórios de apreciação das propostas e expressos no caso base, são objeto de um ligeiro aumento, passando de 38.298m € para 38.640m €, e de uma diferente repartição ao longo dos anos da concessão (cf. relatórios de análise de propostas e respetivos casos base).

(ii) Os pagamentos à subconcedente previstos no Anexo 5A foram objeto de um substancial incremento (629.334.802,85 €).

(iii) As alterações assim introduzidas permitiram uma redução substancial no VAL do esforço financeiro da subconcedente, tendo sido



determinante, realce-se, o assinalável incremento no valor total dos pagamentos à subconcedente.

h) Da leitura de toda a documentação e explicações da EP apresentadas no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 resulta que:

(i) O regime de pagamentos de ambas as partes é aquele que se encontra consagrado no texto contratual, de acordo apenas com as componentes definidas no seu regime, como não poderia aliás deixar de ser, não sendo permitidas outras componentes remuneratórias aí não previstas.

(ii) Os pagamentos dos valores previstos nos anexos 5A e 5B devem ser efetuados nos exatos termos em que se encontram disciplinados no texto contratual.

(iii) As operações que, em termos contratuais e para efeitos da reavaliação da proposta na sequência da reforma, permitiram a redução do VAL do esforço financeiro da EP, a qual foi decisiva para permitir a atribuição de uma classificação de 16,0 a esse fator (A1) no *contrato reformado* por parte da comissão de avaliação do concurso – a classificação atribuída no critério A1 na 1.ª fase tinha sido de Bom, com uma pontuação de 16,0, tendo passado na proposta BAFO (no caso do *contrato originário* a que foi recusado o visto) a ser de Suficiente com uma pontuação de 10,2.

(iv) A alteração introduzida pelo adjudicatário nos *pagamentos da concessionária à concedente* que, no *contrato objeto da recusa* totalizavam, a preços correntes, 131.514.893,31 € e no *contrato reformado* ascendem ao montante de 760.849.696,16 €, ou seja, a concessionária passou a ter a obrigação de pagar à concedente mais 629.334.802,85 € do que o anteriormente acordado.

i) No relatório que suporta a decisão de adjudicação relativa ao *contrato reformado* não se faz qualquer menção a *pagamentos* ou *compensações contingentes* a efetuar pela concedente à concessionária, nem a eventuais efeitos financeiros decorrentes de *compensações contingentes*.



j) O ofício de 24-5-2010 remetido pela Caixa – Banco de Investimento a S.A. a Rotas do Algarve Litoral, S.A. (adjudicatária), com conhecimento à EP – Estradas de Portugal, S.A., com indicação do assunto *Re.: Consent Letter – Amendment to the Subconcession Agreement* (que se encontra agregado ao processo n.º 35/09-AUDIT, onde foi aprovado o relatório n.º 15/2012 da 2.ª secção do TdC, que foi apenas remetido no quadro de indagações de auditoria da 2.ª secção do TdC, por ofício da EP n.º 3936, saída 95963, de 17-10-2011, na sequência de solicitação do TdC formulada através de ofício n.º 014370, de 27-9-2011) tem um texto que compreende, designadamente, um ponto 5 intitulado *Amendment of the Subconcession Agreement: Interpretation* com o seguinte teor:

“The consent expressed in this Consent Letter is given on the basis of the following terms and interpretation of the Amendment in conjunction with the modified Base Case attached to the Amendment as Annex 5, as modified (the "Modified Subconcession Base Case"), and the Subconcession Agreement:

- a. Todos os pagamentos a efetuar pelo Concedente ao abrigo do Caso Base que constitui o Anexo 5 ao Contrato de Subconcessão (conforme alterado pela Cláusula Segunda (Caso Base) da Minuta do Contrato Reformado – o "Caso Base Modificado"), seja qual for a respetiva natureza e fundamento, são considerados como receita da subconcessionária para todos os efeitos do Contrato de Subconcessão, dos Finance Documents, ou dos documentos que os substituam em caso de Refinanciamento da Subconcessão;
- b. O referido na alínea (a) aplica-se, designadamente e sem reservas ou condições, à rubrica identificada como "compensação contingente" no Caso Base Modificado;
- c. O pagamento das verbas respeitantes a essa "compensação contingente" ocorrerá nas datas indicadas na Cláusula 71.14 do Contrato de Subconcessão e pelos precisos montantes inscritos



- na linha 3841 da folha "4. Semesterly Inputs" do referido Caso Base Modificado e detalhados no Anexo II à presente;
- d. Sem prejuízo do disposto na alínea (a), o pagamento das verbas respeitantes à "compensação contingente" é incondicional; tal pagamento apenas não será devido, na totalidade ou em parte nos casos em que seja concluída com sucesso, nos casos previstos na cláusula 85.16 do Contrato de Subconcessão, uma ou mais operações de Refinanciamento da Subconcessão até 60 (sessenta) dias antes de ser devido o primeiro pagamento da componente da remuneração anual relativa à disponibilidade ao abrigo da Cláusula 71 do Contrato de Subconcessão; caso sejam concluídas as referidas operações de refinanciamento, as verbas respeitantes à "compensação contingente" serão reduzidas ou eliminadas na exata medida dos impactes favoráveis dessas operações de refinanciamento no Caso Base Modificado, calculados nos termos previstos na Cláusula 85.13 do Contrato de Subconcessão;
- e. A subconcessionária e o Concedente acordaram que os impactes favoráveis das operações de refinanciamento previstas na cláusula 85.16 do Contrato de Subconcessão serão atribuídos totalmente ao Concedente até que seja eliminada a "compensação contingente", traduzindo-se tal atribuição na redução ou eliminação do valor da "compensação contingente" nos termos previstos na alínea d); sem prejuízo do Concedente poder optar, nos termos do 85.17 do Contrato de Subconcessão, pela antecipação dos pagamentos devidos pela Subconcessionária ao abrigo do Anexo 5A ao Contrato de Subconcessão, desde que tal antecipação seja neutra para a subconcessionária e seus acionistas;
- f. O pagamento dos montantes devidos pela subconcessionária ao abrigo do Anexo 5A ao Contrato de Subconcessão será realizado

por meio de compensação com os montantes de compensação contingente devidos pelo Concedente à subconcessionária; e

g. Nos refinanciamentos que se sucederem ao primeiro Refinanciamento da Subconcessão ter-se-á sempre em consideração, para efeitos da determinação dos impactes favoráveis desses refinanciamentos, o Cash-Flow Acionista considerado no Caso Base Modificado.”

- k) O referido texto, que não foi apresentado no âmbito do processo de fiscalização prévia, reportava-se a um regime complementar de pagamentos à concessionária sem qualquer acolhimento no clausulado do contrato, não tendo sido transmitido ao TdC no processo n.º 727/2010, não fazia parte dos documentos que instruíram esse processo de visto, nem era referido como anexo ou como fazendo parte integrante do contrato submetido a visto, o qual a ter algum valor jurídico para as partes, e caso envolvesse válidos efeitos financeiros (a título de pagamentos da EP à concessionária no montante de 629.002.749,54 €) teria de ser diretamente disciplinado no próprio articulado contratual.
- l) O valor das designadas *compensações contingentes* corresponde aproximadamente ao incremento dos pagamentos à concedente, contemplados no *contrato reformado* (referido *supra* no § 2.4.g)), pelo que, caso se concretizassem, anulariam por completo o efeito decorrente do mencionado incremento.
- m) No contrato, o *caso base* é definido na Cláusula 1.1.h como “o conjunto de pressupostos, projeções e outros dados de natureza económico-financeira constantes do ficheiro informático contido no CD-ROM não regravável que constitui o Anexo 5 ao Contrato de Subconcessão, com as alterações que lhe forem introduzidas nos termos permitidos e previstos no Contrato de Subconcessão”.
- n) Apenas uma das linhas da demonstração de resultados do *caso base reformado* compreende uma menção a *compensação contingente*, no entanto, nem nesse segmento nem em qualquer outro dos documentos



remetidos ao TdC no processo n.º 727/2010 se identificou a entidade responsável por essa compensação, os seus fundamentos, em que termos a mesma ocorreria e quais os prazos de pagamentos respetivos.

o) No *contrato originário* e no *contrato reformado* as obrigações de pagamento das partes não estão estabelecidas no caso base mas no clausulado contratual, como aliás sucede na generalidade das concessões em que os pagamentos sejam devidos com fundamento no caso base, por imperativos decorrentes, designadamente, do princípio da transparência.

2.5 Foi concedido o visto ao *contrato reformado* de 19-5-2010, pela decisão da 1.ª secção do TdC n.º 612/2010, de 14-7-2010, proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010:

a) Na decisão de concessão de visto reiterou-se, de forma inequívoca, a concordância com o juízo sobre as ilegalidades formulado no anterior acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS (cf. §§ 2.2 e 2.3), e que o *contrato reformado* apenas seria visado na medida em que já não padecia do vício mais grave anteriormente detetado relativo ao procedimento, a degradação das condições oferecidas pelo concessionário ao concedente relativamente à proposta da 1.ª fase de negociações (alterações com aumentos de encargos financeiros fundamentados na crise económica com violação, nomeadamente, do n.º 28 do programa do concurso, cf. *supra* §§ 2.1 e 2.3), tendo sido referido na decisão n.º 612/2010:

“A EP procedeu agora, como ela própria refere, à:

a) Reforma do procedimento concursal, ou seja:

i) Fase de negociação reformada;

ii) Propostas finais reformadas dos dois concorrentes finalistas;

iii) Relatório preliminar de avaliação das propostas finais reformadas;

iv) Audiência prévia dos dois concorrentes finalistas;

v) Relatório final de avaliação das propostas finais reformadas; e,

no final deste procedimento, obtenção de um



b) Contrato de Subconcessão Reformado, com respeito da letra do n.º 28^(x2) do programa de concurso.”

[...]

No que respeita à violação das regras do procedimento na fase de negociação das propostas, a EP promoveu a reforma da 2.ª fase do concurso, repetindo o procedimento de negociação e adjudicação.

A nova adjudicação recaiu sobre uma proposta que, quer no subfactor A.i. do critério de adjudicação, quer na nota final, obteve uma pontuação não inferior àquela que obteve na 1.ª fase do concurso.

A nova adjudicação, que fundamenta o Contrato Reformado ora sujeito a visto deste Tribunal, está agora, pois, finalmente, em consonância com o estipulado no n.º 28 do Programa de Concurso.”

b) O incremento de pagamentos à concedente referido *supra* no § 2.4.g) foi decisivo para a concessão do visto, no pressuposto de que o mesmo não compreendia quaisquer compensações à subconcessionária (enquanto condição do respeito da regra n.º 28 do programa do concurso).

- 2.6 Ainda no quadro da XI Legislatura, o XVIII Governo Constitucional solicitou a concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal, de acordo com programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em “Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica”, acordado, em 17-5-2011, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional.
- 2.7 Em 20-6-2011 iniciou-se a XII Legislatura durante a qual foi empossado e exerceu funções o XIX Governo Constitucional.
- 2.8 A Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, de 10 de novembro, aprovou o Plano Estratégico dos Transportes, tendo por referência a

^(x2) Transcrito em 3.1, deste relatório.

vinculação de Portugal ao Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, Resolução que compreende um capítulo 5.7, no qual “face às projeções futuras da dívida da Estradas de Portugal, S. A. e às implicações que as mesmas representam, o Governo estabeleceu a implementação urgente de um conjunto de medidas de viabilização do modelo de financiamento da empresa”, referindo-se, nomeadamente, no subcapítulo 5.7.2:

“Está a ser estudado o cancelamento, suspensão ou revisão de um conjunto de troços incluídos nas subconcessões em curso, em virtude das atuais condições financeiras. Esta medida abrange dois tipos de troços:

“Troços de conceção/construção ou aumento de vias incluídos, cujos trabalhos ainda não se tenham iniciado ou se encontrem numa fase inicial;

“Troços de requalificação/beneficiação/conservação/operação e manutenção passíveis de serem cancelados, assumindo a Estradas de Portugal, S. A., a responsabilidade pela sua manutenção, como na generalidade da rede rodoviária nacional.

“Elencam-se de seguida as subconcessões em causa: Subconcessão Transmontana; Subconcessão Douro Interior; Subconcessão Litoral Oeste; Subconcessão Baixo Tejo; Subconcessão Pinhal Interior; Subconcessão Algarve; Subconcessão Baixo Alentejo.

“Estima-se que o cancelamento, suspensão ou revisão dos troços enunciados tenha um impacto líquido de redução de mais de mil milhões de euros, entre CAPEX e OPEX.”.

- 2.9 No dia 10-5-2012 foi aprovado por unanimidade, em plenário da 2.ª Secção do TdC, o Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário (no âmbito do processo n.º 35/09-AUDIT)^(x3), no qual designadamente se refere:

^(x3) O qual foi junto aos presentes autos (*supra* § 1.9) e pode ser consultado em http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2012/2s/audit-dgtc-rel015-2012-2s.pdf.

“266. Após a recusa de visto àqueles contratos, os mesmos vieram a ser “reformados”, com o afirmado objetivo de assegurar o cumprimento da regra concursal de não agravamento das condições financeiras das propostas da 1.ª para a 2.ª fase do concurso. Uma vez que, de acordo com os elementos constantes dos processos, a reforma dos procedimentos apontava para a reposição do cumprimento dessa regra, o Tribunal veio a conceder o visto aos contratos reformados, formulando recomendações para o futuro.

“267. Considerando que as alegadas alterações de condições resultantes da crise financeira internacional, por serem anteriores à outorga dos contratos, não poderiam também fundamentar o seu reequilíbrio financeiro, o TC, nos acórdãos^(x4)[nota 88] proferidos, determinou, ainda, que a E.P., S.A. lhe remetesse toda a documentação relativa a eventuais atos de reequilíbrio financeiro das subconcessões.

“268. Em auditoria, foi detetada a existência de acordos entre os Bancos financiadores, as subconcessionárias e a E.P., S.A. consagrando um conjunto de denominadas “compensações contingentes”, as quais, nos termos acordados, são devidas às subconcessionárias sem reservas ou condições.

“269. Veja-se, a título de exemplo, o teor da carta do banco financiador relativa à subconcessão do Algarve Litoral, onde se refere o seguinte:

“a) Todos os pagamentos a efetuar pelo concedente ao abrigo do Caso Base que constitui o Anexo 5 ao Contrato de Subconcessão (conforme alterado pela Cláusula Segunda (Caso Base) da Minuta do Contrato Reformado – o “Caso Base Modificado”), seja qual for a respetiva natureza e fundamento são considerados como receita da subconcessionária para todos os efeitos do Contrato de Subconcessão, dos *Finance Documents*, ou dos documentos que os substituam em caso de Refinanciamento da Subconcessão;

^(x4) [nota 88 do relatório] Acórdão n.º 12/2010-1.ª S/SS, Decisões n.ºs 499/2010-1.ª S/SS, 611/2010-1.ª S/SS, 612/2010-1.ª S/SS, 613/2010-1.ª S/SS, 672/2010-1.ª S/SS e 703/2010-1.ª S/SS [o relatório compreende no trecho constante do § 2.9 do presente acórdão outras notas de rodapé que, contudo, não se transcreveram].



b) O referido na alínea (a) aplica-se, designadamente e sem reservas ou condições, à rubrica identificada como “compensação contingente” no Caso Base Modificado;

c) O pagamento das verbas respeitantes a essa “compensação contingente” ocorrerá nas datas indicadas na Cláusula 71.14 do Contrato de subconcessão e pelos precisos montantes inscritos na linha 3841 da folha “4. *Semestrelly Inputs* do referido Caso Base Modificado e detalhados no Anexo II à presente”.

“270. Estes acordos, não obstante serem concomitantes à outorga dos contratos reformados, não foram referenciados nesses contratos nem sequer indicados como seus anexos e também não foram juntos aos processos de fiscalização prévia acima referidos.

“271. Ao contrário do que foi alegado pelo MOPTC do XVIII Governo Constitucional, no primeiro contraditório, e pela E.P., S.A., a referência às “compensações contingentes” nos Casos Bases não era suficiente para evidenciar a sua natureza remuneratória nem para fundamentar juridicamente o eventual pagamento. Nos termos da própria definição contratual, o Caso Base é tão só um “conjunto de pressupostos, projeções e outros dados de natureza económico-financeira” que “representa a equação financeira com base na qual será efetuada a reposição do equilíbrio financeiro da subconcessão”. Os valores nele referidos são, como resulta da sua própria definição, meras projeções financeiras que poderão, ou não, ocorrer. Os pagamentos ou remunerações devidos nos termos de um contrato têm de encontrar o seu fundamento nas cláusulas contratuais que definem o respetivo regime jurídico (se, quando, como e a quem são devidos). Os próprios contraentes reconheceram isso, ao considerarem necessário explicitar a obrigatoriedade e termos de pagamento das compensações em acordos subscritos na mesma altura em que foram outorgados os contratos reformados.

“272. Não procede também a alegação de que as “compensações contingentes” estão juridicamente sustentadas pela concessão do visto aos



contratos reformados. Como já se referiu, as cláusulas remuneratórias desses contratos não contêm qualquer referência a essas compensações, as quais encontram o seu único fundamento nos acordos referidos no parágrafo 269, os contratos principais não mencionam esses acordos como seus anexos e os mesmos não foram juntos aos processos. Não foram, pois, conhecidos nem visados por este Tribunal.

“273. Os acordos em causa constituíram uma forma adicional de remuneração das subconcessões que não estava prevista nos cadernos de encargos, não foi objeto de apreciação no âmbito da análise e da classificação das propostas, não foi espelhada no texto dos contratos principais, designadamente, nas cláusulas que, nos mesmos, definiram as remunerações das subconcessionárias, e não foi visada por este Tribunal.

“274. Assim, este Tribunal alerta para a falta de fundamentação legal das referidas “compensações contingentes”. Caso os respetivos pagamentos venham a ocorrer, podem os mesmos constituir infrações financeiras puníveis, a que o Tribunal de Contas estará atento.”

2.10 Nesse processo de auditoria tinha sido conferida a possibilidade à EP de, antes da aprovação do relatório referido no § 2.9, exercer o contraditório.

a) A EP pronunciou-se, por ofício de 30-6-2011, sobre as referências ao sentido e âmbito das decisões de recusa e concessão de visto, nomeadamente proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 (*supra* §§ 2.1 a 2.5):

“Não nos parece adequado voltar a referir decisões de recusa de vistos e acordões de 2009, ponto 37, quando o próprio Tribunal já considerou ultrapassadas essas questões ao aceitar as justificações da EP e os estudos e demonstrações feitos, concedendo os respetivos vistos.[...]

Perante a evidência da crise financeira, o Tribunal de Contas veio a aceitar os argumentos da EP e os empreendimentos foram financiados a taxas mais favoráveis das que hoje seriam possíveis no mercado e



conseguiu financiar os projetos sem sofrer na íntegra o ónus do impacto da crise financeira internacional.[...]

As compensações contingentes constituem um mecanismo para voltar a ser possível ter os encargos a níveis de antes da crise internacional, com recurso a refinanciamento feito em época mais propícia. Esta solução deu resposta à questão colocada pelo Tribunal de que os benefícios posteriores seriam repartidos, quanto o encargo da crise tinha sido suportado pelo promotor dos projetos.” [pp. 11-12 da resposta da EP, cf. pp. 135-137 do 2.º volume do relatório de auditoria n.º 15/2012]

“No ponto 266, dever-se-ia precisar que o TdC recusou o visto a alguns contratos de subconcessões e que posteriormente concedeu o visto a todos esses contratos.” [p. 19 da resposta da EP]

[Sobre os futuros pontos 267 a 272 do relatório que veio a ser aprovado]:

“uma vez que em todos os instrumentos de reforma (cujo conteúdo damos aqui por integralmente reproduzido e cujas cópias foram integralmente facultadas aos auditores) o Caso Base foi alterado; que neste Caso Base as “Compensações Contingentes” estão expressa e devidamente identificadas; que é manifesto que, quanto ao anexo 5, ou seja, quanto ao Caso Base, o contrato entre as partes foi objeto de reforma; e que esses instrumentos de reforma e respetivos anexos, incluindo os Casos Base Reformados, instruíram a submissão dos contratos Reformados à fiscalização prévia do TdC, é manifesto que “reescrevendo” a afirmação do TdC, *“estas compensações referenciadas ao Caso Base, resultam do instrumento de reforma e alteram o contrato outorgado entre as partes, pelo que não carecem de fundamentação jurídica”*, ou seja, as “Compensações Contingentes” foram, também elas, tidas em consideração na decisão de concessão do visto. Nem podia deixar de ser assim, pois a não ser assim, tal seria objeto de oportuna interpelação, que não ocorreu em momento algum, antes, durante, ou após a reforma dos contratos e a concessão dos respetivos Vistos.” [p. 19 da resposta da EP]



b) A transcrita alegação da EP (e que também integra a alegação da IP nos presentes autos, cf. *supra* § 1.8.b)) foi rejeitada no relatório n.º 15/2012 aprovado por unanimidade pela 2.ª secção do TdC (cf. *supra* § 2.9), tendo, antes dessa aprovação, sido objeto de especificada apreciação, onde se considerou, nomeadamente, o seguinte:

“Contratos reformados:

13. A EP, S.A. reitera a sua pronúncia, alegando que o contrato de subconcessão não é apenas composto pelo corpo do contrato, mas que integra também, todos os seus anexos, incluindo o Caso Base, onde estão referenciadas as “*compensações contingentes*”, que, por isso, foram tidas em consideração na decisão de visto.

14. Mais alega que “os auditores ao interpretarem o sentido, alcance e âmbito de decisões – já transitadas em julgado – que o Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia e de acordo com a regulação prevista na lei tomou, concedendo o Visto a todos e cada um dos Contratos de Subconcessão Reformados, estão, materialmente, a reabrir os processos de fiscalização prévia”, reabertura que não estando prevista na Lei do TC, também não respeita o princípio do contraditório.

15. O Tribunal sublinha que só teve conhecimento da existência dos acordos paralelos sobre as denominadas “*compensações contingentes*” no decorrer do processo de auditoria, uma vez que não foram mencionados nem juntos como anexos aos contratos apreciados em fiscalização prévia. Esses acordos não foram, pois, conhecidos nem visados por este Tribunal. A análise da sustentabilidade financeira das subconcessões da EP, S.A. enquadra-se no papel que o InIR, I.P. deve ter como entidade reguladora, pelo que, essa análise, não poderia deixar de ter em conta as “*compensações contingentes*”. Assim sendo, a avaliação das “*compensações contingentes*” cabe perfeitamente no âmbito da presente auditoria, nos termos do artigo 55.º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, segundo o qual o Tribunal pode “*para além das auditorias necessárias à verificação externa de contas, realizar a qualquer momento, por iniciativa*



sua ou a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados atos, procedimentos ou aspetos da gestão financeira de uma ou mais entidades sujeitas aos seus poderes de controlo financeiro”.

16. Como se afirma nos pontos 269 e 270, a referência a essas “*compensações contingentes*”, nos casos base, não era suficiente para evidenciar a sua natureza remuneratória nem para fundamentar juridicamente o respetivo pagamento.” [cf. p. 445 do 2.º volume do relatório de auditoria n.º 15/2012]

2.11 Posteriormente, na fundamentação da decisão n.º 1615/2017, de 11-12-2017, no processo n.º 3601/2017 da 1.ª secção do TdC (cf. *infra* §§ 2.35 e 2.36) foi sublinhado:

“No caso concreto, o contrato da subconcessão rodoviária do Algarve Litoral é conformado pelo caso julgado estabelecido pela decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 (*supra* §§ 2 e 4 do capítulo II.1) que subsiste, dentro dos respetivos limites (cf. *supra* § 8 do capítulo II.1). [...]

“Como se explanou acima (*supra* capítulo II.2), a fiscalização prévia é conformada pelo princípio do pedido que, por força do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, obsta à prolação nessa sede de uma decisão de mérito sobre a conformidade com as leis em vigor de instrumentos contratuais quando os mesmos alegadamente apenas formalizam modificações objetivas de um contrato visado e não implicam um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras que foram assumidos no contrato visado. Nessa sede subsiste a força de caso julgado da anterior decisão de visto, a qual no caso do contrato de subconcessão rodoviária do Algarve Litoral já foi expressamente referida em auditoria da 2.ª secção do TdC (*supra* § 8 do capítulo II.1).”

[...].



“Existem alguns motivos para se entender que estão reunidos um conjunto de fatores especialmente relevantes para a referida fiscalização concomitante e sucessiva:

1) A decisão que visou o contrato em 14-7-2010 no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 (*supra* § 4 do capítulo II.1) compreendeu um conjunto de ressalvas e recomendações, sendo certo, para além do mais, o respetivo caso julgado tem determinados limites objetivos cuja captação se recorta pelo teor dos fundamentos dessa decisão, sem olvidar o caso julgado do acórdão proferido no processo n.º 1352/09 (*supra* § 2 do capítulo II.1).

2) O Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário identificou a existência de outros acordos interligados com aquele contrato, tendo sublinhado que os mesmos não são abrangidos pelo caso julgado da decisão de visto prévio proferida no processo n.º 727/2010 (cf. *supra* § 8 do capítulo II.1).

3) Acresce que o caso julgado da decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 se apresenta irrelevante para efeitos de legitimação de acordos que já consubstanciem alterações substanciais (nomeadamente por via da integração no contrato de acordos passados que não o integravam originariamente ou outras alterações), os quais sendo realizados constituem novos contratos sujeitos a fiscalização prévia fora do quadro invocado pelo requerente nos presentes autos.

4) Por outro lado, a eventual celebração de acordos de modificação objetiva de acordos não visados pode ter de ser submetida a fiscalização prévia do TdC ao abrigo da alínea e) do n.º 1 do artigo 46.º do LOPTC, em que a ausência de caso julgado de uma anterior decisão de fiscalização prévia altera os dados da questão relativamente ao disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º do LOPTC, e em particular os ónus específicos de alegação e prova do requerente (especialmente se o anterior acordo não visado tivesse sido abrangido por uma fiscalização do TdC que se



pronunciasse sobre a inadmissibilidade de quaisquer pagamentos ao abrigo do mesmo).

Como se destacou acima (*supra* § II.2), os pressupostos processuais sobre a admissibilidade do pedido de fiscalização prévia e os ónus do requerente estão relacionados com o quadro operativo desse processo, em que o TdC não tem competência nem meios (nomeadamente no plano temporal) para empreender uma indagação do processo negocial prévio àquela formalização, em particular quanto a matérias que extravasam o âmbito do contrato que tinha sido visado no passado pelo TdC, e eventuais acordos ou outros negócios que não foram objeto de fiscalização prévia pelo TdC, e/ou as eventuais conexões funcionais com outros contratos suscetíveis de preencher uma coligação de contratos.

Impõe-se ter presente que a posição assumida de forma inequívoca no Relatório de Auditoria n.º 15/2012 constante do § 8 do capítulo II.1 deve ser inteiramente reiterada na presente sede, e, nesta medida, sublinhado que os acordos relativos a designadas *compensações contingentes* não foram objeto de qualquer visto do TdC, carecem de “fundamentação legal” e caso determinem quaisquer pagamentos relativos “podem os mesmos constituir infrações financeiras puníveis”.

- 2.12 O Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23-5, criou a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP), com a natureza de “entidade administrativa dotada de autonomia administrativa, na dependência direta do membro do Governo responsável pela área das finanças”, para assumir responsabilidades “no âmbito da preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos de PPP e assegurar um apoio técnico especializado ao Governo, e em especial ao Ministério das Finanças, em matérias de natureza económico-financeira”. Essa entidade pode, ainda, conforme se refere no preâmbulo do diploma, “prestar apoio técnico a entidades públicas na gestão de contratos, assumir a qualidade de gestora de contratos e promover ações de formação, bem como de prestar apoio

técnico no desenvolvimento, contratação e acompanhamento de grandes projetos de infraestruturas não enquadráveis na definição legal de PPP”.

- 2.13 Por despacho, datado de 3-12-2012, do Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, foi determinado o relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes às PPP do setor rodoviário, como as concessões das ex-SCUT do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve, concessões Norte e da Grande Lisboa, bem como das subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral.
- 2.14 Pelo Despacho n.º 16198-F/2012 do Coordenador da UTAP^(x5), foi constituída e nomeada uma comissão para a renegociação dos contratos referentes às seguintes PPP do setor rodoviário: i) Concessões ex-SCUT do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve; ii) Concessões Norte e da Grande Lisboa; iii) Subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral (alterada pelo Despacho n.º 13007/2014^(x6) e pelo Despacho n.º 10457-A/2016^(x7), de 18 de agosto).
- 2.15 O artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31-12, que aprovou o Orçamento de Estado para 2013, com a epígrafe *Redução de encargos nas parcerias público-privadas do setor rodoviário*, estabeleceu:
- “1 – O Governo obriga-se, na estrita defesa do interesse público, a realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos de parcerias público-privadas do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público,

^(x5) Publicado no *Diário da República*, II Série, de 19-12-2012.

^(x6) Publicado no *Diário da República*, II Série, de 27-10-2014.

^(x7) Publicado no *Diário da República*, II Série, de 19-8-2016.



liquidados diretamente pelo Estado Português ou através da EP – Estradas de Portugal, S. A., recorrendo, para tal, aos meios legalmente disponíveis e tendo por referência as melhores práticas internacionais.

2 – A redução de encargos brutos para o erário público expectável em 2013 é de 30 % face ao valor originalmente contratado.”

2.16 A Comissão Parlamentar de Inquérito à Contratualização, Renegociação e Gestão de todas as Parcerias Público-Privadas do Sector Rodoviário e Ferroviário desenvolveu os respetivos trabalhos entre 3-5-2012 e 5-7-2013 abrangendo a subconcessão Algarve Litoral, nomeadamente, as diligências ocorridas após e na sequência da recusa de visto referida *supra* no §§ 2.2 e 2.3, tendo o respetivo relatório final sido aprovado na 79.ª reunião de 4-7-2013^(x8). O relatório compreende uma análise detalhada dos procedimentos no âmbito da EP sobre alterações contratuais, na sequência de recusas de visto, que permitissem os contratos reformados superar as ilegalidades determinantes das recusas, em particular, quanto à não alteração das condições financeiras estabelecidas entre as duas fases de negociações, dando contrapartidas ao concorrente selecionado sem suporte no programa de concurso (*supra* § 2.3), da qual resulta de forma inequívoca que a EP, independentemente de não ter concordado com as decisões jurisdicionais de recusa de visto, estava plenamente informada do imperativo de um contrato reformado respeitador do imperativo estabelecido pelo n.º 28 do programa de concurso – cf. pp. 310-331 do relatório.

2.17 Em 30 de junho de 2014 foi concluído o programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em “Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica” celebrado entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional (*supra* § 2.6).

^(x8) O qual foi junto aos presentes autos (*supra* § 1.9).



- 2.18 Por força do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio, com efeitos a partir de 1-6-2015, a “Rede Ferroviária Nacional” (REFER, E.P.E.) incorporou, por fusão, a “Estradas de Portugal” (EP, S.A.), convertendo-se em sociedade anónima (S.A.) passando a designar-se “Infraestruturas de Portugal, S.A.”.
- 2.19 Em 23-10-2015 iniciou-se a XIII Legislatura, na qual foram sucessivamente empossados o XX Governo Constitucional (em 30-10-2015) e o XXI Governo Constitucional (em 26-11-2015).
- 2.20 O procedimento negocial relativo à subconcessão do Algarve Litoral terá decorrido entre 2012 e 2017, envolvendo, nomeadamente, subconcedente, subconcessionária e a Comissão de Negociação nomeada pela UTAP, tendo sido outorgado o *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente*, assinado em 23-10-2017, o qual compreende, como anexo I, um designado *Contrato de Subconcessão Alterado* que corresponde ao contrato objeto do presente processo de fiscalização prévia.
- 2.21 O referido procedimento culminou numa ata final de negociação, que acompanhou o requerimento inicial, e no presente processo a entidade requerente:
- a) Não juntou com o requerimento inicial outros elementos ao abrigo do dever processual consignado na alínea o) do n.º 1 do artigo 17.º da Resolução n.º 14/2011, alegando a inexistência de “atas de negociações”, de “versões finais integrais das propostas”, e de “notificações para a sua apresentação” (cf. *supra* § 1.3);
 - b) Notificada para esclarecer se existiam outros elementos documentais, nomeadamente, memorandos ou registos escritos sobre as datas, temas das reuniões e participantes nas mesmas, ou outros comprovativos de encontros realizados no âmbito da negociação, abrangendo todo o período compreendido na renegociação da subconcessão *do Algarve Litoral*, indicando ainda as mesmas de forma diacrónica, não juntou

quaisquer outros elementos, alegando que “não existem quaisquer documentos, para além daqueles que já foram remetidos ou identificados” (cf. *supra* §§ 1.7 e 1.8.a)).

- 2.22 Através dos Despachos do Secretário de Estado Adjunto e das Finanças de 29-1-2016 e Despacho do Secretário de Estado das Infraestruturas datado de 22-1-2016 foi aprovado o 3.º relatório da comissão de negociação.
- 2.23 Foram colhidos os pareceres favoráveis da UTAP, da Inspeção-Geral de Finanças, da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes e do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, em 2017.
- 2.24 Em 14 de setembro de 2017, foi elaborado o *segundo aditamento ao relatório final da Comissão de Negociação*, que incidiu, a título complementar, sobre uma segunda e subsequente fase negocial, desencadeada pela reabertura do Processo Negocial de 2015 e pela reativação, para o efeito, do mandato da Comissão de Negociação, tudo por força do Despacho n.º 10457-A/2016, de 18 de agosto, do Coordenador da UTAP.
- 2.25 No *Segundo Aditamento ao denominado 3.º Relatório Final da Comissão de Negociação constituída pelo Despacho n.º 16198-F/2012*, consta, nomeadamente, o seguinte:
- “Importa ainda ter presente que, no cenário de CBR, os designados “pagamentos contingentes”, que deveriam ocorrer a partir de 2014 e até ao final do prazo da Subconcessão, foram eliminados, sendo igualmente reduzidos em cerca de 89% os pagamentos da subconcessionária à IP que se encontravam previstos nesse modelo financeiro” [p. 48]
- “Na verdade, tendo a IP entendido que, perante a posição anteriormente assumida pelo Tribunal de Contas, em sede de fiscalização sucessiva, estaria formalmente impedida de efetuar o pagamento dos designados “pagamentos contingentes” ao abrigo do Contrato de Subconcessão Vigente – muito embora fosse amplamente reconhecido por todos os intervenientes



que o Estado assumiu, no momento da contratação, a responsabilidade por estes pagamentos previstos contratualmente e contemplados no caso base que integrou o processo de “visto” –, a manutenção desta situação conduziria, inevitavelmente, a um contexto de incontornável litigância, com consequências potencialmente gravosas para a IP e, de forma indireta, para o Estado, de que decorreria, com elevadíssima probabilidade, um agravamento dos encargos suportar pelo parceiro público.” [p. 49]

“71. Para efeitos do apuramento das poupanças obtidas, foi ainda considerada a estimativa de encargos que irão ser internalizados pela IP. Com efeito, importa pois ter em atenção que, em consequência da renegociação, a IP irá assumir encargos adicionais de natureza distinta face aos que resultariam do Contrato de Subconcessão Vigente, a saber: i) relacionados com os gastos anuais com a exploração dos cerca de 116 km de via que vão ser transferidos para a sua gestão direta; ii) os relacionados com as grandes reparações de pavimento que se prevê que venham a ocorrer nesses mesmos lanços, ao longo de um período equivalente ao prazo remanescente do Contrato de Subconcessão Alterado, com base nas previsões de tráfego disponibilizadas pela IP; e iii) os relacionados com as grandes reparações de pavimento que se prevê que venham a ocorrer nos lanços que permanecem na Subconcessão, ao longo do prazo remanescente do Contrato de Subconcessão Alterado, com base nas previsões de tráfego disponibilizadas pela IP.” [p. 53]

2.26 O *segundo aditamento ao 3.º relatório da comissão de negociação* foi aprovado por despacho do Secretário de Estado das Infraestruturas, datado de 06-10-2017, e por despacho do Secretário de Estado Adjunto e das Finanças, de 16-10-2017.

2.27 Desta segunda fase negocial, resultou o Pacote Contratual de 2017, constituído por um *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente* e pelo *Contrato de Subconcessão Alterado*.



2.28 No *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente* subscrito pela IP e a “Rotas do Algarve Litoral, S.A.” (o *Contrato de Subconcessão Alterado* é o anexo I do referido acordo e compreende *considerandos* similares aos transcritos abaixo) constam, nomeadamente, os seguintes *considerandos* que precedem o clausulado:

“(C) Foi assim, celebrado entre a subconcedente e a subconcessionária, em 3 de outubro de 2012, um memorando de entendimento para renegociação do Contrato de Subconcessão do Algarve Litoral, no qual foi acordada a redução do âmbito dos trabalhos subconcessionados com a consequente suspensão imediata dos trabalhos associados, bem como a redução dos respetivos encargos para a subconcedente daí decorrentes, em linha com os objetivos fixados pelo Governo (o MoU); [...]

“(E) Neste quadro, e em face da necessidade de dar sustentabilidade às contas públicas e, bem assim, de dar cumprimento aos compromissos assumidos no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, o Governo Português solicitou à subconcessionária um esforço visando a identificação de todas as rubricas passíveis de redução de encargos, passando este exercício, designadamente, pela redução de âmbito anteriormente acordada com a subconcedente no MoU, bem como pela redução da rentabilidade acionista, pelo ajustamento dos níveis de operação e pela revisão do modelo de financiamento das grandes reparações de pavimento;

(F) No âmbito do procedimento negocial a que se referem os *considerandos* (D) e (E), foram acordados os termos da alteração do Contrato de Subconcessão Vigente, que se encontram vertidos na ata da última sessão de negociação, de 5 de agosto de 2015, que contém em anexo a minuta então consensualizada de acordo de aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente e demais contratos e documentos anexos ao mesmo (o Projeto de Acordo de Aditamento) e que foram aprovados pelos Bancos Financiadores da subconcessionária e pelos membros do Governo competentes;



(G) Nessa mesma ata ficou expresso que as partes estimavam e pretendiam que a assinatura do Projeto de Acordo de Aditamento ocorresse até 5 de setembro de 2015, sendo este subsequentemente remetido pela subconcedente ao Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização prévia;

(H) Porém, por diversas vicissitudes entretanto ocorridas, as várias condições legais de que dependia a assinatura do Projeto de Acordo de Aditamento apenas foram obtidas no dia 17 de março de 2016, com a emissão do parecer do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. (o IMT), no qual, ademais, veio este Instituto determinar, no âmbito da aprovação do contrato de subconcessão alterado, *“que fossem corrigidas as desatualizações, bem como outras inconsistências formais pontuais”.*

- 2.29 O *Contrato de Subconcessão Alterado* subscrito pela IP e a *“Rotas do Algarve Litoral, S.A.”* compreende 96 cláusulas desenvolvidas por 116 páginas, sendo ainda *“integrado”* (cláusula 2.^a) por 29 anexos.
- 2.30 No *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente*, assinado em 23 de outubro de 2017, ressaltam, nomeadamente, os seguintes ajustamentos: Compensação a atribuir à subconcessionária, pelo atraso na assinatura das alterações contratuais, que, à luz da partilha de riscos assumida entre as partes, estas acordam efetuar o equilíbrio económico-financeiro da Subconcessão através do pagamento pela subconcedente à subconcessionária do montante total de 18 716 428,00 € e da alteração vertida nos números 71.5, 71.6, 71.7, 71.20, 71.21 e 89.A.2 do *Contrato de Subconcessão Alterado* (v.g. cláusula terceira do *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão*).
- 2.31 Do *segundo aditamento ao relatório final da Comissão de Negociação* consta que o montante da compensação financeira, pode ascender a 28 244 989,00 €, não vertido, pelo menos de forma expressa, na referida cláusula terceira

do *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão* e, no que concerne ao modelo remuneratório refere-se no relatório o seguinte:

“Tratando-se de um Contrato de Subconcessão, assente num esquema remuneratório que, nos termos em que foi alterado, se baseia apenas na remuneração pelo serviço prestado pela subconcessionária, eliminando-se os pagamentos contingentes e os pagamentos à IP, houve necessidade de proceder a um conjunto de ajustamentos com vista a adequá-lo às demais alterações introduzidas e a um alinhamento de incentivos tidos por adequados, bem como uma redução substancial da TIR acionista, tudo refletido, a final, nas linhas de pagamento constantes no caso base revisto.

[...] Sublinhe-se que a aplicação a esta subconcessão de um regime remuneratório assente fundamentalmente no risco de tráfego não implica qualquer diminuição ou perda de relevância das obrigações da subconcessionária respeitantes às condições das vias. Pelo contrário, e não obstante tais obrigações poderem ser atualmente avaliadas no quadro do regime sancionatório já vigente no contrato de subconcessão na sua redação original, que permite verificar e reagir face ao (in)cumprimento dos níveis de serviço e dos padrões de qualidade exigíveis, [...] o Contrato de Subconcessão alterado vem agora autonomizar e reforçar este quadro em linha com o proposto para as concessões e subconcessões assentes num modelo de remuneração por disponibilidade, com destaque para o (in)cumprimento dos requisitos de qualidade da via, prevendo-se, neste caso, expressamente no novo regime da subconcessão um procedimento específico de aplicação de deduções por falhas nas condições das vias.”

- 2.32 Foram, ainda, estabelecidas duas novas vinculações para a subconcedente, constantes da cláusula quarta do *Acordo*: envio do *Contrato de Subconcessão Alterado* para o Tribunal de Contas no prazo de 45 dias a contar da data da notificação à subconcedente da aprovação pelos bancos financiadores da minuta do *Acordo*, ficando as alterações acordadas ao



Contrato de Subconcessão Vigente, ao abrigo da cláusula segunda do *Acordo* (com a epígrafe *Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente*) sujeitas à obtenção de visto do Tribunal de Contas, expresso ou tácito, ou à confirmação por este que as mesmas não se encontram sujeitas a procedimento de fiscalização prévia nos termos da respetiva Lei de Organização e Processo, em conformidade com o estabelecido na cláusula 89.º-A do *Contrato de Subconcessão Alterado*.

2.33 Do Pacote Contratual de 2017 resultou, igualmente, um conjunto de alterações ao *Contrato de Subconcessão Alterado*, justificadas pelo alinhamento necessário com as novas regras de contabilização em contas públicas, publicadas pelo Eurostat em meados de 2016, nomeadamente: eliminação do regime de partilha de benefícios operacionais; mitigação do regime de neutralidade fiscal; alteração da cláusula que previa o rácio de distribuição, entre as partes, dos impactes favoráveis de refinanciamento; alterações relacionadas com a compensação pelo atraso na assinatura da modificação do Contrato de Subconcessão Vigente; alterações relacionadas com o pagamento da taxa de gestão.

2.34 Em 23-10-2017 foi celebrado entre “Banco BPI, S.A.”, “Banco Santander Totta, S.A.”, “Société Générale”, “Caixa Geral de Depósitos, S.A.”, “Caixa Banco de Investimento, S.A.”, “Rotas do Algarve Litoral, S.A.”, “Conduril Engenharia, S.A.”, “Conduril – Gestão de Concessões de Infraestruturas, S.A.”, “Desarrollo de Concesiones Viarias Uno, S.L.”, “Dragados, S.A.”, “Iridium Concesiones De Infraestructuras, S.A.”, “Elevation – Engenharia, S.A.”, “Elevation Group, SGPS, S.A.”, “Tecnovia, Sociedade de Empreitadas, S.A.”, [e] “Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.”, um designado *Amendment Agreement* redigido em inglês “relating to the Algarve Litoral Subconcession” cujos considerandos se reportam apenas ao contrato originário não visado (*supra* §§ 2.1 a 2.3), omitindo qualquer referência ao *contrato reformado* (*supra* §§ 2.1 a 2.3), como se este não tivesse substituído aquele (e não fosse o vigente em 23-10-2017):

“A. On 20 April 2009, the Borrower and Infraestruturas de Portugal, S.A. (the company which incorporated EP – Estradas de Portugal, S.A. by merger pursuant to Decree-Law 91/2015, of 29 May 2015), entered into the Algarve Litoral Subconcession Agreement (the “Subconcession Agreement”);

B. The Finance Documents relating thereto were executed on 20 April 2009, including (i) the Common Terms Agreement, (ii) the Facility Agreement, (iii) the Accounts Agreement, (iv) the Forecasting Agreement, (v) the Security Agreement, and (vi) the Equity Subscription Agreement;

C. Due to several circumstances, the Works were first delayed and finally suspended in 2012, in parallel with the Utilisations of the Loans;

D. In May 2011, the Portuguese State, the European Commission, the European Central Bank and the International Monetary Fund entered into a “Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality” pursuant to which, among others, the Portuguese State undertook the obligation to renegotiate several Public-Private Partnerships in order to reduce the financial obligations of the Portuguese State;

E. In pursuance of such obligation, IP was mandated by the Portuguese Government to renegotiate the Subconcession Agreement, in order to reduce its scope and the financial costs arising therefrom;

F. On 03 October 2012, IP and the Borrower have entered into a Memorandum of Understanding setting forth the main principles for the reduction of the scope of the Project;

G. As from that date, IP and the Borrower have been in continuous negotiations with a view to agree on the implementation of the agreed principles by amending the Project Contracts and the Financial Model, in terms acceptable to all the parties involved;

H. The objectives of those negotiations were to reduce the scope of the Project and consequently the Grantor's payments to the Borrower by, *inter Oa*, (i) reducing the investment expenditure; (ii) reducing the scope of the Subconcession; (iii) adjusting the service levels of the infrastructure; (iv)



reviewing the financing model for major pavement repairs; and (v) reducing the shareholders' internal rate of return;

I. During the negotiation period, the Shareholders have agreed to change the shareholding structure, with the shares formerly owned by Iridium, DCV and Dragados (the "NonPortuguese Shareholders") being transferred to Conduril, Conduril Concessoes, Elevation Engenharia, Elevation, Tecnovia and Tecnovia Madeira (the "Portuguese Shareholders"), subject to the approval of the Grantor and the Banks. The shareholding restructuring also entails the transfer of all the shares held by Iridium and DCV in the Operator and the exoneration of Dragados from the Design and Construction Contractor;

J. On or before Closing Date, the Shareholders have entered into the Transfer Agreements which shall become in force upon the verification of the conditions precedent therein established;

K. The Works have already been resumed, in order to permit compliance with the time schedule agreed with IP;

L. In light of the above, and notwithstanding the Notified Events of Default, the Banks have agreed on a new financing structure, based on the reduced scope of the Subconcession, which still allows the Borrower to comply with the obligations arising under the Amended Subconcession Agreement, (hereinafter as defined in the Common Terms Agreement, as amended in this Agreement – and although the Common Terms Agreement remains unchanged until the Amendment Date), and the Shareholders to have their Shareholders Investment remunerated.

The Finance Parties, the Borrower and the Shareholders agree to amend the Finance Documents in accordance with the terms and conditions set out in this amendment agreement (the "Agreement")."

- 2.35 O instrumento contratual que acompanhou o requerimento inicial de impulso dos presentes autos já tinha sido objeto de uma outra iniciativa processual formulada pela mesma entidade, no processo n.º 3601/2017 do TdC.

2.36 Esse processo terminou com a decisão n.º 1615/2017, de 11-12-2017:

a) Nessa decisão destacaram-se os vícios do requerimento inicial que obstavam a uma decisão de mérito:

“Um dos corolários do princípio do pedido é, como já se destacou, que o processo de fiscalização prévia depende [de] um requerimento inicial que conforma um pedido relativo a uma decisão de mérito sobre visto prévio de um ato ou contrato (cujo original completo tem de ser remetido, incluindo o original de todos os outros documentos que se encontram em união funcional ou coligação com o contrato remetido, cf. *supra* parte final do capítulo I da presente decisão).

Se um requerimento inicial invoca como causa de pedir uma modificação objetiva de contrato que não é suscetível de apreciação em sede de fiscalização prévia apresenta-se como manifestamente inepto, atento o disposto no artigo 186.º, n.º 2, alínea *b*), do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

Acresce que no caso presente a ineptidão deriva mesmo da ausência de pedido (no artigo 186.º, n.º 2, alínea *b*), do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC), pois a entidade requerente no seu requerimento defende que *o ato não está sujeito à jurisdição do TdC.*”

b) Consequentemente, o primeiro ponto do dispositivo da decisão teve o seguinte teor: “Indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado por Infraestruturas de Portugal, S.A. relativo a fiscalização prévia de modificação objetiva de um contrato visado, por manifesta improcedência do pedido ao abrigo das disposições dos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), 46.º, n.º 1, alínea *d*), e 80.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), conjugadas com as dos artigos 3.º, 5.º, 186.º, n.º 2, alínea *b*), 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do Código de Processo Civil”.

c) Na decisão também se determinou “a remessa à área VII da 2.ª Secção do Tribunal de Contas de cópias em suporte papel da presente, do relatório final e do requerimento inicial da subconcedente (ofício n.º



DCO-2785, de 27-10-2017, do Conselho de Administração Executivo de Infraestruturas de Portugal, S.A.) e cópia em suporte digital integral do CD-ROM que acompanhou aquele requerimento inicial, para serem ponderadas nessa sede eventuais medidas no quadro das respetivas competências de fiscalização concomitante e sucessiva atendendo, nomeadamente, ao que é referido no capítulo II.3 da presente decisão” – parte da fundamentação dessa parte da decisão foi transcrita *supra* no § 2.11.

- 2.37 No requerimento inicial formulado no presente processo n.º 685/2018 a entidade requerente não referiu o processo n.º 3601/2017 nem indicou a alínea do n.º 1 do artigo 46.º da (LOPTC) ao abrigo da qual impulsionou o processo de fiscalização prévia (*supra* § 1.1).
- 2.38 Notificado do despacho de aperfeiçoamento (*supra* no § 1.5) sobre o motivo para, depois do indeferimento liminar proferido no processo n.º 3601/2017 (e transitado em julgado), impulsionar nova fiscalização prévia, a requerente apresentou a alegação transcrita *supra* no § 1.6 (que se dá por reproduzida).
- 2.39 Posteriormente, relativamente à evolução das negociações entre subconcedente e subconcessionária:
- a) A requerente foi notificada para esclarecer “tendo presente o alegado na alínea o) do ponto 4 do documento n.º 2 que acompanhou o requerimento inicial, se, apesar de inexistência de atas aí referida, existem outros elementos documentais, nomeadamente, memorandos ou registos escritos sobre as datas, temas das reuniões e participantes nas mesmas, ou outros comprovativos de encontros realizados no âmbito da negociação, abrangendo todo o período compreendido na renegociação da subconcessão *do Algarve Litoral*, indicando, ainda, as mesmas de forma diacrónica (*supra* § 1.7);

b) Tendo a requerente respondido: “não existem quaisquer documentos, para além daqueles que já foram remetidos ou identificados” (*supra* § 1.8.a)).

2.40 Segundo a entidade requerente (*supra* §§ 1.7 e 1.8.c)):

a) Relativamente a eventuais pagamentos reportados a designadas *compensações contingentes* entre 14-7-2010 e 5-6-2018: “nunca fez qualquer pagamento por disponibilidade contingente no âmbito da subconcessão do Algarve Litoral [...], nem o fará já que os pagamentos contingentes foram eliminados”;

b) Quanto a eventuais interpelações (por qualquer via, nomeadamente, comunicação direta ou judicial) da IP empreendidas pelo cocontratante relativas às designadas *compensações contingentes* no período compreendido entre 14-7-2010 e 5-6-2018: “nunca foi interpelada para esse efeito pela subconcessionária”.

2.41 O *Contrato de Subconcessão Alterado*, de acordo com os dados constantes do *segundo aditamento ao relatório da Comissão de Negociação* traduz-se num valor de 288 milhões [de] euros (VAL@6,08%)^(x9), equivalente a 614 milhões de euros (a preços correntes).

2.42 De acordo com os dados fornecidos pela requerente, na sequência de perguntas do DECOP (*supra* § 1.4), o valor do contrato após a renegociação estima-se em termos de VAL em 301 557 000,00 €, o que será equivalente a 503 321 000,00 € (a preços correntes), correspondendo 0,00 € ao VAL da remuneração por disponibilidade, 321 320 000,00 € ao VAL da remuneração por serviço, 20 789 000,00 € a título de compensações à subconcessionária devido pelos atrasos nas negociações, 831 000,00 € relativo a taxas de gestão do contrato e -41 384 000,00 € de pagamentos à IP.

^(x9) Corresponde à taxa de juro nominal prevista no Despacho n.º 13 208/2003, de 2 de junho, da Ministra das Finanças, publicado no D.R. n.º 154, de 7 de julho de 2003, que incorpora a taxa de inflação anual de 2%.



2.43 Tendo por referência os dados fornecidos pela IP sintetizados no § 2.42, caso não se adicionem aos valores contratualizados no *contrato reformado* (*supra* §§ 2.4 e 2.5) pagamentos reportados a supostas *compensações contingentes*, a variação de encargos, entre o *contrato reformado* (de 2010) e o *contrato alterado* (de 2017) é a que consta no quadro seguinte, em milhares de euros, sem IVA^(x10):

Encargos com a subconcessão	Tráfego CBR						Tráfego 2016					
	CBR		CB acordado		Acréscimo		CBR		CB acordado		Acréscimo	
	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018
2009-2039												
Pagamentos por disponibilidade	38 641	28 867			- 38 641	- 28 867	38 641	28 867			- 38 641	- 28 867
Pagamentos à IP	- 760 850	- 334 216	- 83 524	- 41 384	677 326	292 832	- 760 850	- 334 216	- 83 524	- 41 384	677 326	292 832
Pagamentos por serviço	984 989	602 939	572 748	324 783	- 412 241	- 278 156	787 240	474 526	567 493	321 320	- 219 747	- 153 206
Compensações			18 716	20 789	18 716	20 789			18 716	20 789	18 716	20 789
Taxas de gestão do contrato	7 419	4 858	636	831	- 6 783	- 4 027	5 819	3 882	636	831	- 5 183	- 3 051
Total 1	270 199	302 448	508 576	305 019	238 377	2 571	70 850	173 059	503 321	301 556	432 471	128 497
Encargos internalizados - grandes reparações			30 321	15 181	30 321	15 181			30 321	15 181	30 321	15 181
Encargos internalizados - OPEX lanços transferidos			9 902	5 453	9 902	5 453			9 902	5 453	9 902	5 453
Encargos internalizados - grandes reparações lanços transferidos			15 622	8 604	15 622	8 604			15 622	8 604	15 622	8 604
Total 2	-	-	55 845	29 238	55 845	29 238	-	-	55 845	29 238	55 845	29 238
TOTAL GERAL (total 1 + total 2)	270 199	302 448	564 421	334 257	294 222	31 809	70 850	173 059	559 166	330 794	488 316	157 735
% face ao CBR					109%	11%					689%	91%

Fonte: esclarecimentos da IP, respostas às questões 21 e 34

2.44 O quadro engloba os encargos líquidos com pagamentos à concessionária (total 1), bem como os encargos internalizados pela IP, na sequência da alteração do objeto da concessão (lanços transferidos para a IP e grandes reparações a cargo da IP), e os modelos financeiros obedecem a diferentes programas de trabalhos e a diferentes datas de entradas em serviço. Em preços correntes, calcula-se um aumento de encargos de 294,2 milhões de euros ou de 488,3 milhões de euros, utilizando respetivamente o tráfego do caso base reformado, ou o tráfego que a IP refere ter sido estimado em 2016. Em valor atualizado, calcula-se um aumento de encargos de 31,8 milhões de euros ou de 157,7 milhões de euros, utilizando respetivamente o tráfego do caso base reformado, ou o tráfego que a IP refere ter sido

^(x10) As questões n.ºs 21 e 34 do DECOP (cf. § 1.4) referidas no mapa e que suscitaram os esclarecimentos da IP essenciais para a respetiva elaboração foram as seguintes: “21. Preencha o quadro seguinte e remeta o mesmo em versão editável: [...] 34. Apresente os encargos do Estado com a subconcessão, utilizando para tal os quadros seguintes e as instruções neles incluídas: [...]”.

estimado em 2016. Os acréscimos de encargos, face ao caso base reformado são de 11% ou de 91%, utilizando respetivamente o tráfego do caso base reformado, ou o tráfego que a IP refere ter sido estimado em 2016.

2.45 Assim, tendo em conta os valores ora apurados, o *contrato alterado* outorgado em 23-10-2017 apresenta o valor total de 301 557 000,00 €.»

– DE DIREITO:

A) Do conteúdo da decisão recorrida:

8. Comece-se por recuperar o essencial da fundamentação da decisão recorrida, para melhor enquadrar as questões suscitadas no recurso em apreço. Recorde-se que o objeto do presente processo é um *aditamento contratual*, do qual decorre a alteração de um *contrato de subconcessão*, na sua versão anterior e ainda vigente, que, por sua vez, resultou da *reforma* da versão originária desse contrato: trata-se de saber se pode ser formulada *decisão positiva de visto* quanto a essa nova versão (dito *Contrato Alterado*), no confronto com a sua versão precedente (dito *Contrato Reformado*), que foi beneficiária de *concessão de visto* – e tendo em conta que essa *nova versão*, quando submetida a fiscalização prévia no presente processo, mereceu *decisão de recusa de concessão de visto*, por se entenderem verificados os *fundamentos de recusa de visto* previstos nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

9. Assentou a decisão recorrida a sua fundamentação no conjunto da *matéria de facto* supratranscrita, de que se extraem, como dados mais significativos, os seguintes:

– a *versão originária* do *contrato de subconcessão*, outorgada em 20/4/2009, foi submetida a fiscalização prévia no Processo n.º 1352/2009 e objeto de *recusa de visto*, através do Acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ª S/SS, ao abrigo da alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC (e no qual se assinalou, além do mais, que ocorreu «degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações», em violação do disposto



no n.º 28 do Programa de Concurso e dos princípios da legalidade e da estabilidade do procedimento, com graves consequências em termos de alteração efetiva do resultado financeira do procedimento);

– «o caderno de encargos do concurso e a proposta vencedora não compreendiam qualquer menção a *compensações contingentes*, não tendo sido transmitido a nenhum dos outros concorrentes informação sobre a suscetibilidade de quaisquer pagamentos a título de *compensações contingentes*»;

– a *versão reformada do contrato de subconcessão*, outorgada em 19/5/2010, foi submetida a fiscalização prévia no Processo n.º 727/2010 e objeto de *concessão de visto*, através da Decisão n.º 612/2010, de 14/7/2010, sendo que o «clausulado do *contrato reformado* não compreendia qualquer referência a *compensações contingentes*» e que «nos considerandos do *contrato reformado*, sublinha-se a necessidade de “reformar o Contrato de Subconcessão de modo a dar pleno cumprimento ao entendimento do Tribunal de Contas, razão porque se altera designadamente o caso base do contrato (Anexo 5)”»;

– a referida Decisão n.º 612/2010, ao *conceder o visto* ao *contrato reformado*, expressou a sua «concordância com o juízo sobre as ilegalidades formulado no anterior acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS» e deu nota de que «o *contrato reformado* apenas seria visado na medida em que já não padecia do vício mais grave anteriormente detetado relativo ao procedimento», concretamente quanto à «degradação das condições oferecidas pelo concessionário ao concedente relativamente à proposta da 1.ª fase de negociações», em termos de «aumentos de encargos financeiros [...] com violação [...] do n.º 28 do Programa de Concurso»;

– o *contrato de subconcessão* continha, na sua cláusula 71.ª, a definição do regime remuneratório da subconcessionária, a qual se manteve inalterada na sequência da *reforma* do contrato, resultando do Processo n.º 727/2010 que «o regime de pagamentos de ambas as partes é aquele que se encontra consagrado no texto contratual [...] não sendo permitidas outras componentes remuneratórias aí não previstas» e que «os pagamentos dos valores previstos nos anexos 5A e 5B [para que remete aquela cláusula 71.ª] devem ser efetuados nos exatos termos em que se encontram disciplinados no texto contratual»;

– a *versão reformada* do contrato de subconcessão apenas contemplou uma alteração ao Anexo 5A, sendo que «os pagamentos à subconcedente previstos no Anexo 5A foram objeto de um substancial incremento (629.334.802,85 €)»;

– o Tribunal de Contas procedeu a uma *auditoria* «sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário», no âmbito do Processo n.º 35/09-AUDIT, que culminou com o Relatório de Auditoria n.º 15/2012, de 10/5/2012, aprovado, por unanimidade, em plenário da 2.ª Secção do TdC (e de que foi dado o devido conhecimento à entidade fiscalizada e após cumprimento do contraditório), em que, se concluiu ter sido «detetada a existência de acordos entre os Bancos financiadores, as subconcessionárias e a E.P., S.A. consagrando um conjunto de denominadas “compensações contingentes”», os quais «não foram referenciados nesses contratos nem sequer indicados como seus anexos e também não foram juntos aos processos de fiscalização prévia» e que, assim, «não foram, pois, conhecidos nem visados por este Tribunal»;

– no âmbito desse *processo de auditoria* foi, designadamente, verificada a existência de um ofício remetido pela «Caixa – Banco de Investimento, S.A.» à subconcessionária «Rotas do Algarve Litoral, S.A.», com conhecimento à «EP – Estradas de Portugal, S.A.», datado de 24/5/2010, o qual só veio a ser conhecido pelo TdC *após* a decisão do Processo n.º 727/2010 (mediante a indagação desenvolvida naquele *processo de auditoria* e através de resposta da entidade fiscalizada datada de 27/9/2011), em que se faz menção ao «pagamento das verbas respeitantes a “compensação contingente”», em termos de que «o pagamento dos montantes devidos pela subconcessionária ao abrigo do Anexo 5A ao Contrato de Subconcessão será realizado por meio de compensação com os montantes de compensação contingente devidos pelo Concedente à subconcessionária», aludindo assim a «um regime complementar de pagamentos à concessionária sem qualquer acolhimento no clausulado do contrato»;

– esse *regime complementar* «não [foi] transmitido ao TdC no processo n.º 727/2010, não fazia parte dos documentos que instruíram esse processo de visto, nem era referido como anexo ou como fazendo parte integrante do contrato submetido a visto»;



– apesar de o *caso base* conter menção, no *Contrato Reformado* e na respetiva demonstração de resultados, a *compensação contingente* («apenas uma», diz-se na *factualidade provada*), «nem nesse segmento nem em qualquer outro dos documentos remetidos ao TdC no processo n.º 727/2010 se identificou a entidade responsável por essa compensação, os seus fundamentos, em que termos a mesma ocorreria e quais os prazos de pagamentos respetivos»;

– anteriormente ao presente processo, remeteu a entidade fiscalizada a este Tribunal o mesmo *Contrato Alterado* ora sob apreciação, que constituiu objeto do Processo n.º 3601/2017, tendo este culminado com a Decisão n.º 1615/2017, de 11/12/2017, pela qual foi decretado o *indeferimento liminar*, devido a *ineptidão* derivada da ausência de pedido de fiscalização prévia, atenta a posição da entidade requerente no sentido de o ato não estar sujeito à jurisdição do TdC;

– já no âmbito do presente processo, e depois de confrontada a entidade requerente (por *despacho de aperfeiçoamento*) com a decisão anterior de *indeferimento liminar* e com a necessidade de justificar este novo impulso de fiscalização prévia, veio a mesma renovar o seu entendimento de o *Contrato Alterado* não se encontrar sujeito a visto, mas formulando um *pedido subsidiário* de fiscalização prévia, caso fosse esse o entendimento do TdC, e perante um conjunto de pressupostos que enunciou nas suas sucessivas intervenções processuais: no *Contrato Alterado* são eliminados os *pagamentos contingentes* e reduzidos os pagamentos da subconcessionária à IP; há uma redução efetiva de encargos brutos, mas, apesar da redução da despesa, ocorre um aumento do valor do contrato; quanto a pagamentos reportados a *compensações contingentes* (e entre 14/7/2010 e 5/6/2018), «nunca fez qualquer pagamento por disponibilidade contingente no âmbito da subconcessão do Algarve Litoral» e «nunca foi interpelada para esse efeito pela subconcessionária»;

– não obstante o alegado pela entidade fiscalizada nessas sucessivas intervenções processuais, resulta da análise dos elementos disponíveis (os fornecidos pela requerente e os constantes do *segundo aditamento ao relatório da Comissão de Negociação*) que a execução do *Contrato Alterado* determinará efetivamente «um aumento de encargos de



294,2 milhões de euros ou de 488,3 milhões de euros, utilizando respetivamente o tráfego do caso base reformado, ou o tráfego que a IP refere ter sido estimado em 2016» (*i.e.*, «em valor atualizado, calcula-se um aumento de encargos de 31,8 milhões de euros ou de 157,7 milhões de euros»), para um «valor [contratual] total de 301 557 000,00 €».

10. Com base no conjunto dessa *matéria de facto* teceu a decisão recorrida a *fundamentação substantiva* que se passa, sucintamente, a enunciar.

a) Procurou-se, em primeira linha, desconstruir a tese sustentada pela entidade fiscalizada no sentido de que o *Contrato Alterado* não estaria sujeito a fiscalização prévia do TdC, por ocorrer uma suposta *redução de encargos*, que afastaria a aplicação do artigo 46.º, n.º 1, alínea d), da LOPTC, o qual faz depender tal sujeição, quanto a «modificações objetivas a contratos visados», de um efetivo «agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras» – e, como mais adiante veio a verificar-se, o confronto dessa tese com a *factualidade provada* fez claramente claudicar essa tese, permitindo concluir no sentido da demonstração da ocorrência do «agravamento» a que alude a citada disposição legal, para além de que ficou também evidenciada uma verdadeira *alteração substancial* ao contrato, que sempre determinaria a sua sujeição a visto, por via do artigo 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC;

b) A argumentação da decisão recorrida começou por salientar a circunstância de, na sequência do despacho de aperfeiçoamento proferido neste processo e supramencionado, terem sido revelados pela entidade fiscalizada *dois factos novos* que contrariaram a sua argumentação formal: (i) «a negociação do *contrato alterado* considerou integradas nas responsabilidades financeiras do parceiro público elementos que não constavam do clausulado do *contrato reformado*» e que correspondem a «deveres [...] derivados de *compensações contingentes*», as quais não foram atendidas (ou conhecidas) pelo TdC na concessão de visto conferida ao *Contrato Reformado* no Processo n.º 727/2010; e (ii) «as responsabilidades financeiras da IP no *contrato alterado* são superiores às que tinha no *contrato reformado*», ao não serem contabilizadas essas *compensações contingentes*, verificando-se que, nessa medida, «o VAL do *contrato alterado* (de 2017) é superior ao VAL do *contrato visado* (de 2010)»;



c) Constatou-se, de seguida, que a entidade fiscalizada (quando confrontada com essa situação de facto, à luz das anteriores pronúncias deste Tribunal, nos Processos n.ºs 1352/2009, 727/2010 e 35/09-AUDIT) formulou uma «*narrativa incompatível*» com esses elementos, em que sobrepõem as *teses* de que «as “compensações contingentes” foram, também elas, tidas em consideração na decisão de concessão do visto» (do Processo n.º 727/2010) e de que «a *crise internacional*, que precedeu a outorga do contrato de 2009, justificava a alteração, sem consulta da concorrência, da proposta garantindo condições mais favoráveis para a subconcessionária»;

d) Sublinhou-se, em conformidade, que, por um lado, ficou demonstrado terem sido omitidos elementos (no Processo n.º 727/2010) respeitantes a compromissos da entidade fiscalizada com a subconcessionária e com os bancos financiadores desta, quanto às referidas *compensações contingentes*, e que, por outro lado, sempre o TdC manteve, nessas suas sucessivas pronúncias e de forma expressa (com pleno conhecimento da entidade fiscalizada), o entendimento de que «a *crise internacional* não podia justificar a derrogação da regra n.º 28 do programa do concurso, pois tal compreenderia a violação, nomeadamente, dos princípios da concorrência, transparência, legalidade e estabilidade do procedimento» e de que «o *caso julgado* da decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 [...] não integrou hipotéticos acordos sobre *compensações contingentes*, que, aliás, não eram abrangidos pelo pedido do processo [...] e nem sequer podiam ser extraídos da prova aí apresentada pela requerente»;

e) Sustenta-se, pois, que o TdC formulou, nessas suas anteriores pronúncias, «uma *linha vermelha* que [...] não podia ser violada na segunda fase de negociações», pelo que «introduzir *compensações contingentes* a favor da subconcessionária não previstas na proposta inicial, nem no clausulado do contrato reformado submetido a fiscalização prévia, constitui uma violação desse limite ou *linha vermelha*»;

f) E adita-se que ao haver já «decisão jurisdicional transitada em julgado são impertinentes novas abordagens autónomas sobre os problemas jurídicos apreciados e decididos pelo TdC no processo n.º 727/2010», sendo que «a força do caso julgado da decisão final do processo n.º 727/2010, que integrou na fundamentação o juízo jurídico do



acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS, “é um valor constitucionalmente tutelado” pelo artigo 205.º, n.º 2, da Constituição»;

g) A partir destes considerandos foi então possível configurar um quadro de *ilegalidades*, tendo por referência um conjunto de *violações* normativas, como melhor se especificará *infra*, e assim desdobradas: do *caso julgado* (conforme delimitado pelas decisões dos Processos n.ºs 1352/09, em que se recusou o visto ao *contrato originário*, e 727/2010, em que se concedeu o visto ao *contrato reformado*); de regras delimitadoras da reserva de jurisdição do TdC; do artigo 42.º, n.º 6, da *Lei de Enquadramento Orçamental* de 2011; do artigo 143.º do Orçamento do Estado para 2013; e de regras previstas para a alteração substancial do contrato num contexto concorrencial;

i) Quanto ao primeiro tópico, assinala-se que a decisão de concessão de visto (lavrada sob o n.º 612/2010, no Processo n.º 727/2010) «não contemplava as designadas compensações contingentes da subconcedente à subconcessionária» (o que constituiu pressuposto essencial dessa decisão e delimitou claramente o objeto do respetivo caso julgado), pelo que a apreciação, para efeitos de fiscalização prévia, do *Contrato Alterado* (de 2017) não poderia deixar de ter por referência o *Contrato Reformado* (de 2010), tal como este foi apreciado pelo TdC, sendo sabido que, desse ponto de vista, o *Contrato Reformado* «não compreendia qualquer estatuição em sede de remuneração do subconcessionário relativa a compensações contingentes» (como, aliás, foi também reconhecido em sede de comissão de inquérito parlamentar, em que foi destacado que se pretendeu «adequar a *reforma* do contrato à jurisprudência do TdC, e não o inverso»), ainda que, na prática, tudo se tenha passado entre as Partes como se «apenas tivesse existido aquele contrato [*originário* de 2009] e o de 2010 nunca tivesse sido relevante» e de modo a que as «*compensações contingentes* [fossem] “consideradas” no contrato submetido a visto nos presentes autos» – o que «ofende de forma direta o caso julgado da decisão n.º 612/2010 (do processo de fiscalização prévia n.º 727/2010) que considerou o modelo remuneratório do contrato como compreendendo as obrigações de pagamento da subconcessionária à subconcedente sem que aquela tivesse direito a compensações contingentes – caso julgado por seu turno conexo funcionalmente com o do acórdão final proferido no processo n.º 1352/09»;



j) Quanto ao segundo tópico, e na linha do anterior, destacou-se ter sido desenvolvida uma atuação (pela IP e pela Comissão de Negociação), respeitante à renegociação do *Contrato Reformado* (e que conduziu ao *Contrato Alterado*), como se as anteriores decisões do TdC não tivessem existido e não devessem condicionar aquela renegociação, de tal modo que foram consideradas «remunerações compensatórias à subconcessionária (que não estavam cobertas por esse contrato e que contrariavam os pressupostos expressos das decisões do TdC)», desse modo desrespeitando a regra constitucional de que «todas as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas» (artigo 205.º, n.º 2, da Constituição) – o que se traduz numa ofensa aos poderes de fiscalização prévia do TdC (artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC) e à reserva de jurisdição que lhes está associada e que é conferida ao TdC pelo artigo 214.º da Constituição;

k) Quanto ao terceiro tópico, sublinhou-se que a violação das anteriores normas mencionadas, e na medida em que se considerou a existência de um presumível direito da subconcessionária a compensações contingentes, acarretou uma ofensa ao disposto no artigo 42.º, n.º 6, da *Lei de Enquadramento Orçamental* (LEO) de 2001², quanto aos princípios da admissibilidade de despesa, em particular o primeiro dos seus requisitos cumulativos, segundo o qual «nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que o facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis» (alínea a));

l) Quanto ao quarto tópico, convocou-se o disposto no artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31/12, que aprovou o Orçamento do Estado para 2013, e no qual se previu (no seu n.º 1) um compromisso do Governo de «renegociação dos contratos de parcerias público-privadas do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público», para daí extrair a consequência de que esse preceito se deve ter por violado quando, como sucedeu no caso concreto (ao tomar em consideração um presumível direito

² Lei n.º 91/2001, de 20/8, alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28/8, e pelas Leis n.ºs 23/2003, de 2/7, 48/2004, de 24/8, 48/2010, de 19/10, 22/2011, de 20/5, 52/2011, de 13/10, 37/2013, de 14/6, e 41/2014, de 10/7. Trata-se de diploma já substituído por nova LEO (Lei n.º 151/2015, de 11/9, alterada pelas Leis n.ºs 2/2018, de 29/1, e 37/2018, de 7/8), mas mantido parcialmente em vigor, por força dos artigos 7.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, do diploma preambular dessa Lei n.º 151/2015, que remeteram a entrada em vigor dos artigos 3.º e 20.º a 76.º da nova LEO para 1/4/2020.



da subconcessionária a compensações contingentes), «a renegociação ao invés de respeitar o comando legislativo de reduções quantitativas de encargos determina um aumento de encargos»;

m) Quanto ao quinto tópico, partiu-se do entendimento de que o *espírito* que era suposto presidir à *reforma do contrato*, à luz das anteriores decisões do TdC, era o de desconsiderar a possibilidade de acolher direitos remuneratórios da subconcessionária a título de compensações contingentes, e, nessa base, afirma-se que o reconhecimento de tais direitos (tal como foi feito pela requerente e pela comissão de negociação) «constitui uma alteração radical dos direitos e deveres estabelecidos no contrato reformado que foi objeto de visto e também do procedimento concursal (que, aliás, anula o essencial das alterações de modelo remuneratório entre o contrato originário de 2009 e o contrato reformado de 2010 e que foi determinante para a concessão de visto ao segundo depois da recusa do visto ao primeiro)» – o que geraria uma *modificação substancial* do contrato visado, com clara ofensa, ainda que não diretamente ao regime do Código dos Contratos Públicos (CCP)³, por não se aplicar ao contrato originário e ao contrato reformado, mas seguramente (para além do regime da *modificação de contrato* previsto no, então aplicável, Decreto-Lei n.º 59/99, de 2/3, e no Código do Procedimento Administrativo de 1991) aos *princípios europeus* sobre processo concorrencial aberto, em que avulta o *princípio da concorrência*, de que é possível extrair a conclusão de que «novas cláusulas ou alteração de cláusulas que compreendam alterações essenciais das condições apresentadas pelo adjudicatário na proposta geram um novo contrato para efeitos de regime de contratação pública que [...] carece de um novo procedimento concorrencial» e de que «a consideração de compensações contingentes [...] alterava de forma radical o modelo remuneratório do contrato visado» e «sem dar qualquer oportunidade a outros interessados nessa subconcessão, nem sequer permitindo aos operadores económicos que concorreram e foram preteridos no concreto concurso de apresentarem propostas em face das novas

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1, por sua vez alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2/10, pela Lei n.º 3/2010, de 27/4, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14/12, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, e pelos Decretos-Leis n.ºs 149/2012, de 12/7, 214-G/2015, de 2/10, 111-B/2017, de 31/8, e 33/2018, de 15/5.



condições estabelecidas (que derrogaram elementos essenciais das regras do procedimento concursal em que participaram)».

11. Do conjunto destas considerações deduziu a decisão recorrida a evidência da verificação de *ilegalidades* que determinam a nulidade do contrato, a violação de normas financeiras e a probabilidade de afetação do seu resultado financeiro – o que se traduz no preenchimento simultâneo de todos os *fundamentos de recusa de visto* enunciados nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Assim, e em síntese:

(i) ao admitir-se que, para efeitos de renegociação do contrato de subconcessão, o modelo de remuneração do *Contrato Reformado* (de 2010) integrava as aludidas *compensações contingentes*, que se encontravam excluídas do âmbito da decisão de concessão de visto (lavrada sob o n.º 612/2010, no Processo n.º 727/2010), está-se a incorrer em *ofensa de caso julgado* – e, desse modo, a cometer a infração prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea *i)*, do Código do Procedimento Administrativo (CPA)⁴ (*nulidade* de «atos que ofendam casos julgados»), que integra a alínea *a)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;

(ii) ao admitir-se que esse modelo remuneratório de *compensações contingentes* da subconcessionária integrava o *Contrato Reformado* (de 2010), produziu-se um efeito de *alteração substancial do contrato* – o que se traduziu, na prática, numa *preterição total do procedimento legalmente exigido*, assim cometendo a infração prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea *l)*, do CPA, com a conseqüente *nulidade* aí prevista, que integra igualmente a alínea *a)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;

(iii) ao permitir-se a aludida ofensa aos poderes de fiscalização prévia do TdC e à sua respetiva reserva de jurisdição, está-se a afrontar normas de marcada *índole financeira* – o que integra o segmento respeitante à *violação direta de normas financeiras*, que se encontra previsto na alínea *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;

(iv) igual caracterização cabe às disposições constantes dos artigos 42.º, n.º 6, da LEO de 2001, e 143.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013 – que igualmente integra o

⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1.



segmento respeitante à *violação direta de normas financeiras*, previsto na alínea *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;

(*v*) e, por fim, a verificada violação do *princípio da concorrência* (autonomamente considerada), permite ainda considerar verificada a *possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato* a que se alude no segundo segmento da alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC – e que aqui, pela ocorrência dos *fundamentos de recusa de visto* enunciados nas alíneas *a)* e *b)*, por si bastantes para a produção desse efeito, dispensou acrescida valoração sobre a concreta violação enquadrável nessa alínea.

12. E de tudo se inferiu, a final, a formulação da decisão de *recusa de visto* ora sob impugnação. A essa solução se opõe então a entidade recorrente, sustentando tese contrária a tal *juízo* de recusa de visto. Vejamos, pois, em que termos.

B) Do âmbito da impugnação deduzida:

13. Comece-se por retomar a afirmação já *supra* produzida, no sentido de que são as *conclusões das alegações de recurso* que *delimitam* o objeto do recurso e o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem*. Esta asserção é absolutamente *axiomática* para efeitos da perceção dos limites a que se encontra confinada a apreciação jurisdicional de um qualquer recurso. O que vimos de sublinhar tem especial relevo na interpretação do âmbito da *pretensão recursória* que a ora recorrente pretende submeter a este Tribunal de recurso.

14. É que se bem se atentar nas *conclusões das alegações de recurso*, o certo é que não se vislumbra qualquer formulação textual e minimamente consistente no sentido da dedução de uma efetiva *impugnação da matéria de facto* que foi declarada como provada na decisão recorrida. Percorrendo o *corpo* das alegações de recurso – o que, apesar disso, e sublinhe-se mais uma vez, não relevaria para efeitos da inserção da *discussão de facto* no *objeto do recurso* – ainda se encontra uma afirmação avulsa de *desacordo* quanto à matéria fáctica, quando se declara que «compreender-se-á que a recorrente se não possa conformar com diversos pressupostos de facto e de direito constantes do acórdão recorrido» (cfr. ponto 3 desse *corpo*). E há também um apontamento de *discordância* em relação à indicação, inscrita na decisão recorrida, segundo a qual em «apenas uma das linhas da



demonstração de resultados do caso base reformado compreende uma menção a compensação contingente» (cfr. ponto de facto sob a alínea *n*) do n.º 2.4 da *factualidade provada*) – quando, segundo a recorrente, ocorre essa menção «em três pontos distintos» do caso base (o que se leva à *conclusão* sob o n.º *xi*). Porém, nem aquele aparente *inconformismo* tem qualquer concretização prática, em termos de indicação dos precisos *pontos de facto* de que se discorda, em que medida e com que conformação alternativa, nem se alcança o que se possa extrair de uma simples *divergência* quantitativa quanto à ocorrência de uma específica menção, quando a rejeição da relevância das mencionadas “compensações contingentes”, para efeitos do conteúdo decisório do aresto sob recurso, encontra o seu fundamento numa determinada *leitura* do conjunto de anteriores decisões proferidas por este Tribunal sobre a matéria em análise, e não numa maior ou menor escassez de menções àquela figura (ainda para mais de carácter meramente episódico) no contexto contratual em apreço.

15. De todo o modo, e para que não se pretenda *extrapolar* dessas esparsas *notas de dissentimento* uma qualquer *manifestação operante* de uma *intenção impugnatória* quanto à *matéria de facto*, importa aqui recuperar todo um lastro argumentativo desenvolvido pela jurisprudência deste Tribunal quanto às condicionantes legais da *reapreciação da matéria de facto* em sede de *recurso*, e em particular no que tange às decisões proferidas em sede de processos respeitantes à fiscalização prévia – para tanto seguindo, de muito perto, o que já se expendeu no Acórdão n.º 3/2018 desta 1.ª Secção, em Plenário, de 20/3, igualmente relatado pelo ora relator.

16. Em primeiro lugar, há que sublinhar que, no âmbito do regime processual específico deste Tribunal, apenas constam duas disposições legais com relevância nesta matéria: o artigo 99.º, n.º 5, da LOPTC, segundo o qual «[e]m qualquer altura do processo o relator poderá ordenar as diligências indispensáveis à decisão do recurso», assim sugerindo a possibilidade de obtenção oficiosa de novos elementos probatórios, não considerados pela 1.ª instância; e o artigo 100.º, n.º 2, do mesmo diploma, em que se dispõe que «[n]os processos de fiscalização prévia o Tribunal pode conhecer de questões relevantes para a concessão ou recusa do visto, mesmo que não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente, se suscitadas pelo Ministério Público no respetivo parecer,



cumprindo-se o disposto no n.º 3 do art.º 99.º), assim prevendo a possibilidade de suscitação pelo Ministério Público de *questões novas* (entre as quais se podem conceber as de *alteração* ou *ampliação da matéria de facto*), não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente, que imporão o cumprimento do *princípio do contraditório*. Em segundo plano, e com um vasto campo de aplicação (dada a limitada abrangência daquelas normas da LOPTC), haverá que atender ao regime processual civil sobre a *impugnação da matéria de facto*, por força da aplicabilidade supletiva do CPC, estabelecida no artigo 80.º da LOPTC.

17. Atenta essa ampla aplicação subsidiária do regime processual civil, será de ter em conta o traço essencial de tal regime, logo declarado no preâmbulo do diploma instituidor da *impugnabilidade quanto à matéria de facto* em processo civil (o Decreto-Lei n.º 39/95, de 15/2), nos seguintes termos: «A garantia do duplo grau de jurisdição em sede de matéria de facto nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência – visando apenas a deteção e correção de pontuais, concretos e seguramente excecionais erros de julgamento». E, na derivação desse *programa* legal, foi construindo a *jurisprudência cível* um quadro de *parâmetros* da referida impugnabilidade, que se podem condensar em duas *asserções* essenciais: por um lado, a noção de que a garantia do duplo grau de jurisdição não pode subverter o princípio da livre apreciação da prova; por outro, a ideia de que a instância de recurso não deve ir além de um juízo sobre a razoabilidade da convicção probatória formada em 1.ª instância, face aos elementos disponíveis nos autos. Sintetizando essa orientação, afirmou-se que aqui se trataria de, «através das regras da ciência, da lógica e da experiência, (...) controlar a razoabilidade daquela convicção [formada em 1.ª instância] sobre o julgamento do facto como provado ou não provado», segundo formulação colhida em Teixeira de Sousa⁵.

18. Acolhendo o sentido global da extensa *jurisprudência cível* produzida sobre a matéria em apreço, também neste Tribunal se sedimentou o entendimento de que «[o]s poderes de alteração da decisão da 1.ª instância sobre a matéria de facto só devem usar-se

⁵ In *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª edição, Lex, Lisboa, 1997, p. 348.



em situações excecionais e devem restringir-se aos casos de flagrante desconformidade entre os elementos de prova disponíveis e aquela decisão, nos concretos pontos questionados» (assim se expressa o Acórdão n.º 18/2008, de 16/12, do Plenário desta 1.ª Secção⁶). E, na ponderação dos dois mencionados núcleos normativos (da LOPTC e do CPC) aplicáveis aos recursos de decisões de recusa de visto proferidas em fiscalização prévia, tem sido afirmado, em diversos arestos, o seguinte: «(...) os poderes conferidos pelos preceitos transcritos, sendo mais vastos do que aqueles que ocorrem, em regra, em sede de processo civil, permitem que o Tribunal de Contas aborde, em recurso, questões com uma conexão fáctica e/ou de direito direta com o [ato ou] contrato que foi presente ao Tribunal, mesmo quando essas questões não tenham sido abordadas na decisão recorrida» (neste sentido, com esse ou similar enunciado, cfr., entre outros, e para além do já citado, os Acórdãos do Plenário da 1.ª Secção sob os n.ºs 11/2008, de 18/7, 8/2011, de 12/4, 10/2014, de 24/6, e 2/2015, de 13/1⁷). Essa orientação significa, na prática, que tais poderes «(...) têm, em regra, de se restringir ao pedido de concessão do visto ao [ato ou] contrato e à sua causa de pedir (factos integradores dos fundamentos pelos quais se pede a concessão do visto) talqualmente estes são presentes em sede de 1.ª instância» (assim, Acórdão n.º 11/2008 citado) e que «essa [alteração ou] ampliação não pode comportar um conteúdo tão amplo que envolva uma nova reapreciação das questões em discussão, nomeadamente que não seja *indispensável* ou *relevante*, e que, sobretudo, permita concluir que se está, ainda, dentro do mesmo objeto do recurso em apreciação» (assim, Acórdãos n.ºs 10/2014 e 2/2015 citados). Em suma, e como se afirma genericamente nesses arestos, é de sustentar que «(...) as matérias ou questões [novas] devem revelar-se *indispensáveis* à decisão do recurso ou *relevantes* para a concessão ou recusa do visto».

19. Na esteira desse entendimento, diremos ainda que a suscitação da *reapreciação da matéria de facto* por iniciativa do recorrente – e isto sem prejuízo dos mencionados poderes específicos concedidos pela LOPTC – deve obedecer, como condição da ocorrência de uma verdadeira e própria *impugnação da matéria de facto*, à verificação de dois pressupostos essenciais: por um lado, e tendo em conta o que já se afirmou *supra* acerca de

⁶ Acessível in www.tcontas.pt.

⁷ Todos igualmente acessíveis in www.tcontas.pt.



as *conclusões das alegações de recurso* serem determinantes para a delimitação do objeto do recurso e para o âmbito de intervenção da instância de recurso, deve necessariamente ser levada a essas *conclusões* a formulação daquela pretensão na forma adequada; por outro lado, deve essa formulação integrar um pleno cumprimento dos ónus impostos ao recorrente pelo artigo 640.º do CPC (também aqui, como nas subsequentes referências ao CPC, *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC).

20. Apelando igualmente aqui a considerações desenvolvidas no seio da doutrina e jurisprudência civilistas (atendíveis, como vimos, devido à supletividade do CPC nesta sede), é de sublinhar, quanto a este último ponto, que constitui opinião dominantemente aceite ser necessária uma indicação especificada dos pontos de facto a alterar, em que sentido e com que particular fundamento, com referência a concretos meios probatórios, devendo estabelecer-se uma correlação entre cada um desses factos e os respetivos elementos probatórios relevantes (cfr. Lebre de Freitas *et alii*⁸, em anotação ao artigo 685.º-B do anterior CPC, com correspondência, sem diferenças significativas nessa parte, no artigo 640.º do atual CPC). Por sua vez, o incumprimento dos ónus impostos pelo artigo 640.º do CPC tem como inelutável consequência a rejeição do recurso, no segmento respeitante à impugnação da matéria de facto, ao abrigo do proémio do n.º 1 desse artigo 640.º, e sem possibilidade de despacho de aperfeiçoamento (neste sentido, em anotações ao artigo 685.º-B do anterior CPC, Lebre de Freitas *et alii*⁹ e Abrantes Geraldés¹⁰, que manteve essa posição à luz do atual artigo 640.º¹¹) – mas sem prejuízo do prosseguimento do recurso quanto a outros fundamentos alegados pelo recorrente, já no âmbito da impugnação de direito.

21. No caso do presente recurso, atentas as expostas considerações e o teor das conclusões das respetivas alegações, afigura-se notório que a entidade recorrente em momento algum expressou uma efetiva pretensão de *impugnação da matéria de facto*.

⁸ *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 61-64.

⁹ *Ob. cit.*, pp. 61-62.

¹⁰ *Recursos em Processo Civil – Novo Regime*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 138.

¹¹ *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 127-128 (e, igualmente, na mais recente 5.ª edição, de 2018, a p.167).



Como vimos, não basta uma mera afirmação de *dissentimento* quanto à *factualidade provada*, sendo necessária a *formalização* de um verdadeiro e próprio recurso quanto à *matéria de facto*, com um adequado *cumprimento* dos *ónus* impostos pelo artigo 640.º, n.º 1, do CPC. Ora, isso não sucedeu: em parte alguma das conclusões das alegações (e nem mesmo no respetivo *corpo*) declarou a entidade recorrente, em concreto, que factos deveriam deixar de ser dados como provados, nem que factos deveriam passar a ser dados como provados, assim como não estabeleceu uma correlação entre cada um desses factos e específicos meios probatórios relevantes.

22. Nessa medida, somos levados a concluir que não foi formulada, no presente recurso, qualquer *impugnação da matéria de facto* – e ainda que como tal relevasse uma mera declaração de genérica discordância quanto à *factualidade provada*, como a formulada pela recorrente (o que não se afigura bastante, como se demonstrou), sempre faltaria um cumprimento minimamente satisfatório dos *ónus* impostos pelo artigo 640.º, n.º 1, do CPC, com a inelutável consequência da rejeição do recurso, quanto a esse segmento, sem oportunidade de reparação. Em conformidade, mantém-se integralmente a decisão de facto, tal como foi proferida no julgamento efetuado em 1.ª instância (e para a qual se remete, nos termos do artigo 663.º, n.º 6, do CPC), ficando o objeto do presente recurso confinado exclusivamente ao plano da *impugnação de direito*, a ser apreciado a partir da intocada *factualidade* dada como assente pela instância recorrida.

C) Da arguida nulidade da decisão recorrida:

23. Posto isto, e perante a inalterabilidade dos factos apurados em 1.ª instância, importaria passar à apreciação da *impugnação de direito* da decisão recorrida. Porém, e como vimos, vem suscitada pela recorrente, a certo ponto mais ou menos fortuito do seu percurso alegatório, uma questão de *nulidade de sentença*, a qual, pelo seu caráter processual, tem óbvia precedência lógica sobre as questões substantivas formuladas. Trata-se da alegação de uma pretensa *contradição entre fundamentos e decisão*, com referência ao artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC.



24. Quanto a essa questão, comece-se por dizer que a *contradição* que está em causa no preceito citado é a que intercede entre os fundamentos da própria decisão, tal como apresentados pelo tribunal, e essa mesma decisão. Como afirmava Alberto dos Reis, tal situação ocorre quando «os fundamentos invocados pelo juiz conduziriam logicamente, não ao resultado expresso na decisão, mas a resultado oposto»¹².

25. Recorde-se que a decisão recorrida se fundamentou num quadro de *factualidade provada* que deu por assente alguns pontos essenciais: que a decisão de *concessão de visto*, formulada através da Decisão n.º 612/2010, considerou que o «clausulado do *contrato reformado* não compreendia qualquer referência a *compensações contingentes*»; e que qualquer pagamento de verbas previsto a esse título «não [foi] transmitido ao TdC no processo n.º 727/2010, não fazia parte dos documentos que instruíram esse processo de visto, nem era referido como anexo ou como fazendo parte integrante do contrato submetido a visto». E, por contraponto, também é de ter em conta que não integra essa *factualidade provada* um outro *relato* dos factos que levaria a concluir, *v.g.*, que na execução do *Contrato Reformado* teriam deixado de ser consideradas *compensações contingentes*, em cumprimento das anteriores decisões do TdC, ou que confirmasse a *versão* da requerente de que o *Contrato Alterado* permitiria «uma redução efetiva de encargos brutos»: antes se concluiu que a execução do *Contrato Alterado* determinará efetivamente «um aumento de encargos de 31,8 milhões de euros ou de 157,7 milhões de euros, utilizando respetivamente o tráfego do caso base reformado, ou o tráfego que a IP refere ter sido estimado em 2016» (cfr. ponto de facto n.º 2.44). Este contexto explica a afirmação, constante da decisão recorrida (cfr. §§ 18 e 18.1), de que «[c]onvidada a [...] justificar juridicamente a consideração das designadas *compensações contingentes* (no requerimento inicial do processo n.º 3601/2017 e no aperfeiçoado apresentado no processo n.º 685/2018), a requerente optou por remeter para uma alegação de 30-6-2011 [...] que, além de contrariar de forma frontal posições expressas do TdC em decisões posteriores a essa alegação (oportunamente notificadas à requerente), apresenta-se como parte de uma *narrativa* sobre as decisões do TdC nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 que não tem correspondência com as fundamentações e dispositivos das mesmas», designadamente no

¹² *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 141.



sentido de que «as “compensações contingentes” foram, também elas, tidas em consideração na decisão de concessão do visto».

26. Neste contexto, afigura-se evidente que a *factualidade provada* contém dados que contrariam uma versão trazida pela requerente, mas que a mesma não logrou demonstrar. E, nessa medida, a eventual *contradição* existente será entre essa versão da requerente e a versão acolhida pelo tribunal – e não entre a versão inscrita na *factualidade provada* e o sentido da decisão recorrida. Se olharmos a esta decisão, verifica-se que nela se apresentam perceptíveis silogismos judiciais, em que se estabelecem claras conexões entre factos enunciados e consequências jurídicas, e que a solução encontrada é congruente com a argumentação que a sustenta. Há, assim, coerência entre a *factualidade provada*, na interpretação que dela fez o tribunal recorrido, por um lado, e o sentido final da decisão, por outro. Ou seja, não há qualquer *contradição entre fundamentos e decisão*, que sempre tem de ser aferida pelo confronto entre os concretos fundamentos invocados e a orientação definida na parte decisória.

27. Questão diversa é o impugnante discordar desses fundamentos (como é, claramente, o caso) – mas aí a divergência já não se resolve no plano de uma *nulidade de sentença*, mas no da procedência ou improcedência da *pretensão recursória*. Com efeito, a entidade recorrente incorreu na muito comum confusão entre a invocação de nulidade processual e a mera discordância substantiva quanto às decisões judiciais, de que decorre um frequente uso errado dos *institutos das nulidades processuais* (designadamente, *de sentença*) nos recursos interpostos nos tribunais portugueses¹³. Ou seja: acabou por se arguir uma *nulidade de sentença* quando, afinal, se pretendia *impugnar* – como, aliás, a

¹³ Sobre esse *equivoco*, é particularmente elucidativa a *anotação* de Abrantes Geraldês, quando, ao identificar aquilo que caracteriza como a dificuldade em «descortinar que interesses presidem à estratégia comum de introduzir as alegações de recurso com um rol de pretensas *nulidades* da sentença, sem qualquer consistência», formula o seguinte comentário: «É frequente a enunciação nas alegações de recurso de *nulidades da sentença*, numa tendência que se instalou e que a racionalidade não consegue explicar, desviando-se do verdadeiro objeto do recurso que deve ser centrado nos aspetos de ordem substancial. Com não menos frequência a arguição de nulidades da sentença acaba por ser indeferida, e com toda a justeza, dado que é corrente confundir-se o inconformismo quanto ao teor da sentença com algum dos vícios que determinam tais nulidades» (*Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 132-133; e, igualmente, na 5.ª edição, 2018, p. 181).



recorrente acabou por fazer – a interpretação dos factos e a solução jurídica formuladas pela instância recorrida. Resta, pois, concluir pela improcedência da arguição de *nulidade de sentença* fundada no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC, passando a apreciar a substância da impugnação ínsita no presente recurso.

D) Da alegada inconstitucionalidade da delimitação da autoridade do caso julgado pelos respetivos fundamentos:

28. Como se deixou descrito *supra*, a decisão recorrida assenta, no plano substantivo, na relevância concedida às anteriores pronúncias deste Tribunal (nos Processos n.ºs 1352/2009, 727/2010 e 35/09-AUDIT) e, em particular, na decisão de *concessão de visto*, reportada ao *Contrato Reformado*, e proferida no Processo n.º 727/2010, através da Decisão n.º 612/2010, de 14/7/2010 – a qual teve por base, entre os seus *fundamentos*, o entendimento deste de que o «clausulado do *contrato reformado* não compreendia qualquer referência a *compensações contingentes*» (e que se consubstanciou na declaração de «o *contrato reformado* apenas seria visado na medida em que já não padecia do vício mais grave anteriormente detetado relativo ao procedimento» e formulado no «anterior acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS»), levando assim a concluir que «a força do caso julgado da decisão final do processo n.º 727/2010» integrou na sua *fundamentação* o «juízo jurídico do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS».

29. Ora, é esta *delimitação* do *caso julgado* respeitante à Decisão n.º 612/2010, tal como acolhida na decisão recorrida, que é colocada em crise pela recorrente – e, simplificando, através da sustentação da tese de que o *caso julgado* respetivo se cinge à *parte dispositiva* daquela decisão (*concessão de visto*), mediante a alegação de que a *interpretação* segundo a qual esse *caso julgado* abrangeria um juízo negativo sobre parte do modelo remuneratório do *Contrato Reformado* (e que, desse modo, abrangeria *fundamentos* da própria *decisão*), se traduziria numa *inconstitucionalidade*, por violação de um *princípio constitucional do caso julgado*, que impediria essa sujeição do *caso julgado* a uma qualquer *condicionalidade* ou *delimitação*, como a que subjaz à decisão recorrida.



30. Retenha-se, a este propósito, a *síntese final* da invocação, em matéria constitucional, neste concreto ponto suscitada pela recorrente: «inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b)¹⁴, da LOPTC, quando interpretadas no sentido de atribuírem ao Tribunal de Contas uma “jurisdição” que inclui o poder de delimitar criativamente a força do caso julgado das suas decisões anteriores e autorizar a reformulação e destruição de parcelas de decisões que hajam transitado em julgado, em violação do disposto no n.º 2 do artigo 205.º da Constituição».

31. Ponderemos, então, a argumentação expendida pela recorrente, começando por enquadrar o princípio constitucional invocado. Dispõe o n.º 2 do artigo 205.º da Constituição o seguinte: «As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades». Sem que o preceito constitucional faça alusão expressa ao conceito de *caso julgado*, não deixa a doutrina constitucionalista nacional de extrair de tal norma, e como decorrência ou corolário da *obligatoriedade e prevalência das decisões judiciais*, um *princípio de intangibilidade do caso julgado* – o qual, aliás, afloraria no artigo 282.º, n.º 3, da Constituição e sempre poderia ser deduzido do *princípio do Estado de Direito democrático*, consagrado no seu artigo 2.º¹⁵ –, acompanhando, assim, o *juízo* já formulado pelo próprio Tribunal Constitucional de que «o caso julgado é um valor constitucionalmente tutelado»¹⁶.

32. Como o texto constitucional não define o conceito de *caso julgado*, apela naturalmente a doutrina constitucionalista à caracterização que dele faz a *lei processual*, designadamente quando no artigo 621.º (anterior artigo 673.º) do CPC, sob a epígrafe «Alcance do caso julgado», enuncia que «[a] sentença constitui caso julgado nos precisos

¹⁴ Correspondendo estas normas, respetivamente, às que preveem a competência material do TdC para a fiscalização prévia, a finalidade do visto prévio e particulares condições objetivas para a sujeição de contratos a tal modalidade de fiscalização.

¹⁵ Assim, Gomes Canotilho-Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 530-531. E, na mesma linha, Jorge Miranda-Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 77-81.

¹⁶ Conforme se expressa o paradigmático, e também citado na decisão recorrida, Acórdão n.º 86/2004, de 4/2 (acessível in www.tribunalconstitucional.pt).



limites e termos em que julga»¹⁷ – e com a configuração que ali lhe é conferida, tendo em especial atenção os seus *limites* subjetivos, objetivos e temporais¹⁸. Parece, pois, acolher-se, neste domínio, a dimensão *pré-constitucional* da figura, que é recebida pela Constituição com o seu sentido originário e num quadro de *interpretação sistemática* do conceito – mas sem que a relevância conferida a essa *pré-compreensão* conceptual se traduza numa qualquer concessão a uma lógica de *interpretação da constituição a partir de normas infraconstitucionais*, não consentida na nossa ordem constitucional, sendo antes uma simples consequência da essencial conformação doutrinária de conceitos como os de *caso julgado* e de *autoridade de caso julgado*, que constituem um *referente* com um incontornável *significado*, ao qual o texto constitucional nada vem acrescentar de novo, no processo de concretização interpretativa das normas constitucionais¹⁹.

33. Neste conspecto, ganha especial proeminência o vasto *acquis* doutrinário sobre o instituto do *caso julgado*, com maior relevo *in casu* quanto às considerações respeitantes aos respetivos *limites objetivos* – e na medida em que a partir daí se possa aferir, com maior rigor, da adequação da sustentada tese de que o *caso julgado* se cinge à *parte dispositiva* de uma decisão judicial, sem que consinta qualquer *condicionalidade* ou *delimitação*. Vejamos o que, nesse plano, de mais essencial se pode colher para a decisão do caso concreto.

34. Comece-se por ter presente uma distinção elementar: por um lado, o *efeito negativo do caso julgado*, que se traduz na insusceptibilidade de qualquer tribunal se voltar a pronunciar sobre uma decisão proferida ou, numa outra formulação, na proibição de repetição de nova decisão sobre a mesma pretensão ou questão – e aí se projeta a ocorrência da *exceção dilatória de caso julgado*; e, por outro lado, o *efeito positivo do caso julgado*, que se traduz numa vinculação para qualquer tribunal em relação ao que foi definido ou estabelecido numa decisão ou, em diversa perspetiva, que permite outra ou

¹⁷ Assim, Jorge Miranda-Rui Medeiros, *ob. cit.*, p. 79.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Sobre toda esta problemática da relevância de conceitos pré-constitucionais ou da pré-compreensão de sentido de enunciados normativos, no quadro da metódica da interpretação da constituição e dos limites dessa interpretação, cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1195-1236, e Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II – Constituição, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 325-327.



outras decisões de mérito sobre objetos processuais materialmente conexos, mas com a condição de prevalência do sentido decisório da primeira decisão – e aí se revela aquilo que se designa de *autoridade de caso julgado material*²⁰. Ora, é neste específico domínio do *efeito positivo do caso julgado* que se coloca a questão de saber se o *caso julgado* tem por objeto apenas os enunciados decisórios contidos na parte dispositiva de um despacho ou sentença – ou se, ao invés, também tem por objeto (e em que medida) os *fundamentos*, de facto e de direito, dessa decisão.

35. Independentemente das conceções particulares dos diferentes autores quanto a essa *conexão do caso julgado aos fundamentos*, surge como *denominador comum* uma *resposta positiva global* a essa questão, com subseqüentes variações mais ou menos extensivas, que, no entanto, não excluem de todo a relevância dos respetivos *fundamentos* na delimitação do concreto alcance da *autoridade do caso julgado*.

a) No plano doutrinário nacional, reveste importância ímpar a notável monografia de Castro Mendes sobre o tema²¹, que já então se expressava deste modo: «O respeito pelo caso julgado posto em causa num processo posterior, não como questão central, mas como questão fundamental, ou instrumental, representa uma conquista da ciência processual que vem já dos tempos de Roma»²² – assim, insinuando logo uma relevância do caso julgado que ia para além do mero enunciado dispositivo e envolvia, em certa medida, os contornos da própria questão jurídica que lhe subjazia. E, nessa esteira, depois de colocar em confronto teses e argumentos mais favoráveis a um *sistema* que designava de *amplexivo* (segundo o qual o caso julgado se alargaria plenamente aos fundamentos singulares da decisão) ou, por contraponto, mais próximos de um *sistema restritivo* (que limitaria o caso julgado à mera conclusão do silogismo judiciário e à parte decisória da sentença), acaba o autor por fazer uma clara opção por um *sistema intermédio*, que consubstancia na seguinte fórmula: «os pressupostos da decisão transitada em julgado são indiscutíveis como pressupostos da

²⁰ Com estas ou outras palavras muito próximas se expressam Teixeira de Sousa, in *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª edição, Lex, Lisboa, 1997, p. 572, e Rui Pinto, in *Exceção e autoridade de caso julgado – algumas notas provisórias*, Revista Julgar Online, pp. 6-7.

²¹ *Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil*, Edições Ática, Lisboa, 1968.

²² *Idem*, p. 52.



decisão, e só nessa medida»²³. Partindo do reconhecimento de que «os fundamentos são elemento válido de interpretação e integração da parte decisória da sentença»²⁴, critica o autor a *tese restritiva*, na medida em que esta «desliga a relação jurídica, tornada certa pela sentença, da sua causa»²⁵, e acolhe um relevante argumento da *tese amplexiva*, segundo o qual «para se delimitar o seu alcance [da decisão], o seu campo de indiscutibilidade no plano substantivo, temos de recorrer a elementos que se encontram numa parte anterior do texto da sentença, mais precisamente ao conteúdo da solução judicial, que se extrai dos fundamentos»²⁶. E, na explicitação da sua própria tese, afirmava o autor: «[...] os pressupostos da decisão são cobertos pelo caso julgado enquanto pressupostos da decisão», aditando que «[...] tudo aquilo que esteja contido na sentença e não seja essencial ao *iter judicandi* – afirmações impertinentes, *obiter dicta*, solução de questões instrumentais – fica fora do domínio do caso julgado»²⁷, ao mesmo tempo precisando que o caso julgado se reporta à *decisão material* (esta consiste numa declaração de ciência que constitui fundamento da decisão formal: *v.g.*, em processo civil, o autor da ação é, ou não, credor ou proprietário), e não à mera *decisão formal* ou *processual* (*v.g.*, em processo civil, a declaração de condenação ou de absolvição)²⁸.

b) Também Teixeira de Sousa sustenta que «[c]omo toda a decisão é a conclusão de certos pressupostos (de facto e de direito), o respetivo caso julgado encontra-se sempre referenciado a certos fundamentos. Assim, reconhecer que a decisão está abrangida pelo caso julgado não significa que ela valha, com esse valor, por si mesma e independente dos respetivos fundamentos. Não é a decisão, enquanto conclusão do silogismo judiciário, que adquire o valor de caso julgado, mas o próprio silogismo considerado no seu todo: o caso julgado incide sobre a decisão como conclusão de certos fundamentos e atinge estes

²³ *Idem*, em especial pp. 75-79, 121-124, 152-160.

²⁴ O que, como diz, citando Heinitz, «é reconhecido mesmo por todos os autores que negam rigidamente qualquer extensão do caso julgado aos motivos» (*idem*, p. 76).

²⁵ *Idem*, p. 155.

²⁶ Concedendo o autor expressamente, neste ponto, *razão* a Savigny (*v. idem*, p. 103), importante defensor da *teoria amplexiva*, de que transcreve este significativo trecho: «Os motivos fornecem o conteúdo da decisão, que sem ser completada por eles constitui uma abstração inaplicável e inadmissível» (*idem*, p. 100).

²⁷ *Idem*, pp. 159-160.

²⁸ *Idem*, pp. 239-241.



fundamentos enquanto pressupostos daquela decisão»²⁹. E, quanto aos *fundamentos de facto* da decisão, ainda que esse autor reconheça que «não valem por si mesmos, isto é, não são vinculativos quando desligados da respetiva decisão», mesmo assim sublinha que os mesmos «valem [...] enquanto fundamentos da decisão e em conjunto com esta»³⁰.

c) Por sua vez, Rui Pinto pronuncia-se igualmente sobre a relevância dos fundamentos para a delimitação do caso julgado, partindo da perceção de que «a parte dispositiva é interpretada e vincula enquanto conclusão de certos fundamentos de direito, [pelo que] a qualidade jurídica dos efeitos decretados apenas pode ser entendida à luz dos mesmos», e acabando por reconhecer que «a parte dispositiva constitui a *conclusão decorrente de silogismos internos* de uma decisão, nos quais os fundamentos de facto ou de direito são as premissas», e, desse modo, admitir que «a parte dispositiva vincula enquanto conclusão dos fundamentos respetivos», sendo que «o título jurídico de onde emanam efeitos para a esfera do destinatário da decisão é, assim, *a parte dispositiva nos termos dos fundamentos*»³¹. E, segundo o autor, encontra esta conformação do *efeito positivo do caso julgado* o devido enquadramento legal na formulação do artigo 619.º, n.º 1, do CPC, segundo a qual «[...] a decisão sobre a relação material controvertida fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 580.º e 581.º [...]»³².

36. Este breve excursão pela *doutrina processualista* revela uma notória disfunção da tese sustentada pela recorrente quanto a uma suposta restrição do conceito de caso julgado apenas à parte dispositiva decisória, sendo antes de considerar que a *autoridade do caso julgado* se estende aos respetivos *fundamentos*, ao menos na exata medida em que pressupõem a sua sustentabilidade intrínseca.

²⁹ *Ob. cit.*, pp. 578-579.

³⁰ *Idem*, p. 580. E o autor inculca a sua adesão a extensa jurisprudência dos tribunais comuns que enuncia e identifica como sustentando que «são abrangidas pelo caso julgado as questões apreciadas que constituam antecedente lógico indispensável da parte dispositiva da sentença».

³¹ *Ob. cit.*, pp. 16-17 e 19.

³² *Idem*, p. 27. E que necessariamente se harmoniza com a formulação pouco menos que redundante do supramencionado artigo 621.º do CPC, segundo o qual «[a] sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga».

37. Aliás, este mesmo Tribunal já anteriormente se posicionou em linha com esse entendimento, quando confrontado com o conceito de *caso julgado* no específico contexto da *fiscalização prévia*, tendo então sublinhado, com particular ênfase, que a verificação da respetiva *exceção* se afere em função dos «elementos essenciais dos atos ou contratos sob confronto» (assim, no Acórdão n.º 6/2015, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 24/2³³). E daí se pode inferir uma orientação já estruturada deste Tribunal no sentido de que o *caso julgado*, no âmbito do *visto prévio*, e na medida em que envolve um juízo de legalidade sobre um contrato ou um ato no seu todo, nunca poderia consistir num *juízo* limitado à mera concessão do *visto*, em si mesmo considerado, desligado do conjunto dos *elementos essenciais* dos atos ou contratos submetidos a fiscalização prévia.

38. Nessa conformidade, e revertendo ao caso em apreço, não pode deixar de se entender que o *caso julgado* formado pela Decisão n.º 612/2010, de 14/7/2010 (proferida no Processo n.º 727/2010), não se restringia à mera *decisão formal de concessão de visto*, antes comportava todo um conjunto de *pressupostos* que condicionaram o seu específico sentido – e que, como vimos, não acolhia de pleno o *modelo remuneratório* do *Contrato Reformado*, antes envolvia a rejeição da inclusão de «*compensações contingentes*» no âmbito desse *Contrato Reformado*. Sendo assim, deve entender-se que tal *Contrato Reformado* obteve a *concessão de visto* com essa *condicionante*, a qual constitui *fundamento* da respetiva decisão.

39. Nessa medida, deve também entender-se que nada obstará à *interpretação*, acolhida na decisão recorrida, no sentido de que o *caso julgado* respeitante à Decisão n.º 612/2010 poderia ser objeto da *delimitação* ou *recorte* que o conceito de *autoridade de caso julgado* consentiria. Sendo certo que, como se demonstrou, o princípio constitucional da *intangibilidade do caso julgado* não deixou de ser recebido, nesse plano constitucional, com o *sentido* decorrente da sua modelação infraconstitucional, então não se vislumbra como poderia entender-se que a decisão recorrida, ao considerar aquela *delimitação*, formulara uma *interpretação inconstitucional* de normas consagradoras do quadro de competências do Tribunal de Contas em matéria de fiscalização prévia (aqui numa específica

³³ Acessível in www.tcontas.pt.



vertente relacionada com a concreta apreciação do *modelo remuneratório* do *Contrato Reformado*, em função de *caso julgado* anteriormente formado).

40. Com base neste conjunto de considerandos entendemos, pois, que não se evidencia a existência de qualquer *inconstitucionalidade* da aplicação e interpretação dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC, verificados na decisão recorrida, quanto ao alcance do *caso julgado* respeitante à Decisão n.º 612/2010, nos termos em que o mesmo foi acolhido nessa mesma decisão sob impugnação – do que se deduz a improcedência da respetiva arguição, com a conseqüente manutenção, desse ponto de vista, da decisão recorrida.

E) Da alegada inconstitucionalidade da interpretação do TdC quanto à sua reserva de jurisdição para apreciação do contrato *sub judicio*:

41. Como se deixou já enunciado *supra*, a decisão recorrida partiu do *pressuposto* de que o «clausulado do *contrato reformado* não compreendia qualquer referência a *compensações contingentes*», em conformidade com as decisões antecedentes do TdC sobre a matéria, enquanto a entidade fiscalizada acabou por admitir que, no plano da sua atuação e da Comissão de Negociação, a propósito da renegociação que conduziu ao *Contrato Alterado*, tudo se passou, na prática, como se as anteriores decisões do TdC não tivessem existido e não devessem condicionar aquela renegociação. Ou seja, e como declarou a própria IP, na resposta ao despacho de aperfeiçoamento proferido neste processo, «[a] Comissão de Negociação considerou na remuneração contratualmente devida à subconcessionária os pagamentos contingentes e, conseqüentemente, a determinação da redução de encargos fez-se com base nessa consideração» (cfr. ponto de facto n.º 2.38). Desse modo, pretendeu a entidade fiscalizada que as *compensações contingentes* à subconcessionária integrassem o *Contrato Reformado* – e, por essa via indireta, que as mesmas fossem consideradas no âmbito do *Contrato Alterado*, ora submetido a visto, em flagrante oposição ao *caso julgado*, como vimos, anteriormente formado sobre a matéria.



42. Ora, foi esta perspetiva das coisas que permitiu à instância recorrida concluir que houve, quer violação do *princípio do caso julgado*, quer violação das regras que lhe são inerentes de *obrigatoriedade e prevalência das decisões judiciais* (com expreso acolhimento no artigo 205.º da Constituição) – e, nessa medida, pôde afirmar-se na decisão recorrida que daí se extrairia, como decorrência da atuação da requerente, uma ofensa ao quadro de competências do TdC em matéria de fiscalização prévia. Trata-se de uma afirmação que, claramente, pressupõe o entendimento – que a entidade requerente, aliás, sempre sustentou – de que o TdC teria de aceitar a inclusão das *compensações contingentes* no âmbito do *Contrato Reformado*, e, desse modo, estaria impedido de censurar as consequências que adviessem dessa inclusão para a conformação do *Contrato Alterado*, obstando a um pleno exercício das competências do TdC em sede de fiscalização prévia. É, crê-se, com este alcance que a instância recorrida imputou à atuação da requerente uma violação do «complexo normativo constituído pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC», integrantes da sua *reserva de jurisdição*, fundada no artigo 214.º da Constituição.

43. Contudo, não ficou a recorrente por esta simples leitura do sentido do segmento decisório em apreciação. Numa *extrapolação* que, diga-se desde já, não encontra qualquer correspondência verbal no texto da decisão recorrida, vislumbra a recorrente a defesa de uma «reserva exclusiva [do TdC] de pronúncia sobre as fontes de constituição de obrigações extracontratuais de natureza compensatória que possam impender sobre entes públicos» ou uma objeção à intervenção de tribunal administrativo ou arbitral para «emitir uma sentença que obrigue um ente público a realizar um pagamento previamente inscrito num contrato mas que tem como fundamento uma obrigação compensatória extracontratual» e que possa emergir do contrato objeto da decisão recorrida.

44. Retenha-se, a este propósito, a *síntese final* da invocação, em matéria constitucional, neste concreto ponto suscitada pela recorrente:

a) «inconstitucionalidade “do complexo normativo constituído pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC”, quando interpretadas essas normas no sentido de que nenhum outro Tribunal – nem mesmo um Tribunal Administrativo, à luz

do disposto no n.º 3 do artigo 212.º da Constituição – pode emitir uma sentença que obrigue um ente público a realizar um pagamento previamente inscrito num contrato mas que tem como fundamento uma obrigação compensatória extracontratual, podendo o decisor público desobedecer a essa sentença condenatória em violação do n.º 2 do artigo 205.º da Constituição»;

b) «inconstitucionalidade do mesmo complexo normativo, quando interpretado no sentido de impedir um ente público de pagar uma compensação decorrente de vinculação constitucional ou legal, resultante dos artigos 2º, 62.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, da Constituição, e do artigo 2.º, n.º 2, e do artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, enquanto não obtenha a anuência do Tribunal de Contas, mesmo que a tanto seja condenado pelo Tribunal Administrativo ou Arbitral competente para o efeito».

45. Com efeito, não se divisa qualquer das *drásticas* consequências que a recorrente atribui à decisão recorrida. É certo que se poderia questionar como eventuais responsabilidades indemnizatórias emergentes de um hipotético incumprimento de um contrato (ainda que de natureza pública) seriam suscetíveis de se transformarem numa «obrigação de natureza constitucional e legal, e em qualquer caso, de natureza extracontratual» – mas não é esse o ponto essencial da alegação da recorrente, pelo que será dispensável qualquer outra observação. O que, no entanto, é nuclear – e não deixa de causar alguma perplexidade – é a imputação, subjacente às arguições de inconstitucionalidade formuladas, de um conjunto de *bloqueios* ou *constrangimentos* gerados pela simples declaração de *recusa de concessão de visto*, que parecem ir muito para além do que decorre da *própria natureza* das decisões proferidas por este Tribunal em sede de fiscalização prévia.

46. Vejamos. O Tribunal de Contas encontra assento constitucional no artigo 214.º da Lei Fundamental, com a caracterização de *órgão de soberania* e de *tribunal supremo* e com a expressa atribuição de competências de «fiscalização da legalidade das despesas públicas», a concretizar na lei ordinária, sendo, quanto à fiscalização prévia, largamente reconhecida na doutrina a *natureza jurisdicional* das decisões proferidas nessa sede – designadamente, por nelas estarem presentes os «momentos fundamentais da



caracterização material da função jurisdicional»³⁴. Porém, apenas lhe é conferida constitucionalmente *competência exclusiva* em matéria de *responsabilidade financeira* (cfr. artigo 214.º, n.º 1, alínea c), da Constituição), pelo que não lhe assistem competências em matéria de *responsabilidade civil*, que o TdC não pretende exercer, nem seguramente usurpar a qualquer outro Tribunal.

47. Por outro lado, também se afigura evidente que o exercício dessas competências de «fiscalização da legalidade das despesas públicas» não pode ficar por uma mera função de *chancela*, de aposição ou não de «visto» apenas como decorrência de uma simples verificação de cabimento orçamental da concreta despesa pública em causa, sem qualquer possibilidade de apreciação do mérito dessa despesa. Sob pena de aquela atribuição *constitucional* de poderes de fiscalização da *legalidade financeira* ficar totalmente esvaziada de conteúdo, em franca desarmonia com o próprio *programa constitucional* que fundamenta o estatuto jurídico-constitucional reconhecido ao Tribunal de Contas, têm esses poderes de fiscalização de revestir uma especial força e densidade, que a lei ordinária acaba por lhe conferir. É nesse contexto que se compreendem menções inscritas na LOPTC no sentido de as competências do Tribunal incluírem a apreciação da «economia, eficácia e eficiência» (como nos artigos 5.º, n.º 1, alínea f), ou 50.º, n.º 1) ou o próprio fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), o qual, ainda que sendo o de menor gravidade (atento o regime temporizador específico do n.º 4 da mesma disposição legal), ao remeter para uma aferição da possibilidade de *alteração de resultado financeiro* (mesmo que tendo por base a verificação de uma *ilegalidade*), não deixa de apelar a uma avaliação que se estende já a um domínio que interfere com a *economicidade* da despesa (ou seja, com a sua *racionalidade* financeira ou económica)³⁵. É também essa *permissão* ou *abertura* constitucional que faz inscrever, num dos instrumentos essenciais da atividade do Tribunal de Contas de verificação da *legalidade financeira*, como é a *Lei de Enquadramento*

³⁴ Sobre este ponto, em particular, e com explicitação desses «momentos fundamentais», cfr. Jorge Miranda-Rui Medeiros, *ob. cit.*, p. 24. V., ainda, na mesma linha, Rui Medeiros, «A proteção processual do adjudicatário em face de uma recusa de visto no âmbito da fiscalização prévia de contratos pelo Tribunal de Contas», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1 (janeiro-abril 2011), pp. 31-84, em especial p. 53. E, mais amplamente, sobre o tema do *visto prévio* e sua natureza, cfr. José Tavares, *O Tribunal de Contas – Do Visto em Especial*, Almedina, Coimbra, 1998.

³⁵ Sobre este tópico, e com orientação favorável, cfr. Gomes Canotilho-Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 576.

Orçamental (agora reportando-nos à LEO de 2001), a *nota* de que «nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que [...] a despesa em causa satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia» (cfr. artigo 42.º, n.º 6, alínea c), da LEO de 2001, que concretiza a já genérica *consagração* desse princípio no artigo 10.º-E do mesmo diploma, a qual, por sua vez, é retomada no artigo 18.º já da nova LEO de 2015).

48. Este quadro de considerações tem estado presente em diversas ocasiões nas quais este Tribunal tem sido chamado a pronunciar-se sobre presumíveis *excessos* quanto ao exercício dos poderes conferidos pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), e 44.º, da LOPTC, e até com imputações de estar incurso em inconstitucionalidades, por suposta ofensa de normas relacionadas com o princípio da separação de poderes ou com outras garantias constitucionais. Sempre essas arguições têm sido refutadas, com argumentação que andarà próxima da que já no Acórdão n.º 18/2008, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 16/12³⁶, foi expendida, e que aqui acompanhamos – e a qual se pode sintetizar no ponto 2.º do *sumário* respetivo, com o seguinte teor:

«[...] Os poderes de fiscalização prévia do Tribunal de Contas integram um juízo de legalidade financeira que, sem ofensa do princípio da separação dos poderes, permite sindicar:

- A interpretação ou qualificação feita pela administração de conceitos indeterminados que não confirmam poderes de livre valoração;*
- A interpretação ou qualificação feita pela administração de conceitos técnicos de carácter económico-financeiro;*
- Os limites ao exercício dos poderes discricionários, entre os quais se contam a observância dos princípios jurídicos, maxime os da imparcialidade e da proporcionalidade, e o cumprimento das normas reguladoras da competência, pressupostos, finalidades, formalidades, forma, fundamentação e conteúdo dos atos.»*

³⁶ Acessível in www.tcontas.pt.



49. Porém, não se deixa de reconhecer como fundada a sinalização, por alguma doutrina crítica, de «risco de incursão do Tribunal de Contas no exercício de poderes tipicamente administrativos» ou de «áreas de sobreposição entre a jurisdição administrativa e a jurisdição financeira»³⁷. Contudo, a especificidade do atual regime legal do TdC, pela própria conformação normativa das suas competências (cfr. artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC), determinam que o controlo exercido por este Tribunal no âmbito da fiscalização prévia tenha de envolver, necessariamente, a formulação de *juízos* próprios da jurisdição administrativa (e em aplicação de legislação de *direito administrativo*) – o qual gera um *aparente conflito de jurisdições*, mas que, no entanto, se apresenta com um *alcance* bem mais comedido do que se poderia pretender.

50. Com efeito, e ainda que noutro contexto³⁸, regressou este Tribunal, recentemente e com particular detalhe, à questão da *natureza da declaração formal de nulidade* formulada pelo TdC enquanto pressuposto da recusa de concessão de visto³⁹, pronunciando-se em idênticos termos em dois arestos (concretamente, os Acórdãos do Plenário desta 1.ª Secção sob os n.ºs 27/2018 e 28/2018, ambos de 30/10⁴⁰), que acompanhamos e de que respigamos, como mais relevantes sobre o tema, os seguintes trechos:

«[...] 29. A recusa de visto integra a atividade jurisdicional do TdC que enquanto “órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas”, nos termos do artigo 214.º, n.º 1, da Constituição, exerce uma função de controlo da atividade administrativa independente de outras reservas jurisdicionais, nomeadamente, a dos tribunais administrativos na apreciação dos conflitos entre entidades públicas e os particulares.

³⁷ Cfr. Rui Medeiros, *ob.cit.*, pp. 39 e 47.

³⁸ A propósito da aplicação da *Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso das Entidades Públicas* (LCPA), aprovada pela Lei n.º 8/2012, de 21/2, e da relevância da *nulidade* nela prevista, em caso de assunção de compromissos que excedam os fundos disponíveis da entidade fiscalizada, para efeitos de recusa da concessão de visto.

³⁹ E também sobre a eventual sanabilidade dessa nulidade, à luz do específico regime da LCPA (em particular, do n.º 4 do seu artigo 5.º).

⁴⁰ Ambos acessíveis in www.tcontas.pt.



[...] 32. A apreciação judicial da recusa de visto integra, assim, a jurisdição própria do TdC, que é independente e inconfundível com a jurisdição administrativa que tem como objeto litígios, designadamente, os previstos no artigo 37.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) – conflitos entre particulares e entidades públicas sobre responsabilidade pré-contratual, vícios de contratos públicos e/ou respetivo cumprimento integram a reserva jurisdicional, atentos, nomeadamente os n.ºs 1 e 2 do artigo 202.º da Constituição os quais são, em regra, dirimidos nos tribunais administrativos.

[...] 34. A ineficácia do contrato derivada de recusa do visto e da força imperativa das normas do artigo 45.º da LOPTC integra o campo da reserva jurisdicional do TdC, que sendo independente do poder jurisdicional dos tribunais administrativos pode gerar factos materiais com reflexos nesta jurisdição, por exemplo quanto aos eventuais danos negativos do cocontratante gerados por eventual culpa in contrahendo da entidade pública de contrato ineficaz por força da recusa de visto decidida pelo TdC — cf. acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 18-6-2003 (proc. n.º 041969), de 23-9-2003 (proc. n.º 01527/02), de 17-3-2004 (proc. n.º 0962/03), de 31-10-2006 (proc. n.º 0875/05) de 12-2-2009 (proc. n.º 01068/08), e de 18-10-2011 (processo n.º 0322/11)⁽⁻⁾.

35. A recusa de visto constitui uma decisão judicial que integra a previsão de preceitos legais (v.g. n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 45.º da LOPTC), com repercussões jurídicas suscetíveis de preencher categorias designadas na teoria do processo como efeito normativo, pressuposto factual, efeito lateral de direito material ou eficácia jurídico-material indireta ou reflexa de decisões judiciais.

[...] 37. A LOPTC não prevê qualquer declaração de nulidade mas apenas que o sancionamento como nulidade de uma violação de lei ocorrida em ato procedimental ou no próprio contrato constitui um fundamento de recusa de visto, legitimando, apenas, que o tribunal recuse o visto (artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC), tal como o pode fazer no caso de uma ilegalidade sancionável com anulabilidade e que se julgue suscetível de alterar o resultado financeiro (artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC).



38. *Recusa de visto que compreende um regime específico sobre a consequente ineficácia do ato ou contrato objeto da respetiva decisão jurisdicional, com um conjunto diversificado de previsões e estatuições no artigo 45.º da LOPTC, não se podendo ainda olvidar o efeito suspensivo do recurso da decisão até ao trânsito em julgado do acórdão final (cf. artigo 97.º, n.º 4, da LOPTC).*

39. *Isto é, o poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, com um direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto.*

[...] 41. *A decomposição analítica entre conhecimento e declaração de nulidade não se apresenta apenas de natureza doutrinária e jurisprudencial encontrando hoje direto suporte na lei, repercutido ao nível da competência jurisdicional, no n.º 2 do artigo 162.º do Código de Procedimento Administrativo de 2015 (CPA): “a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação”.*

[...] 44. *Solução normativa (do artigo 162.º, n.º 2, do CPA sobre a reserva do poder de declaração judicial de nulidade) congruente com o sistema de repartição funcional entre as jurisdições dos tribunais administrativos e do TdC e com o próprio sentido teleológico de ato jurisdicional declarativo da nulidade que não é condição de ineficácia do ato nulo (ineficaz desde o início), mas visa um elemento de segurança e de tutela dos particulares interessados em tornar claro perante a administração e eventuais terceiros a inadmissibilidade de efeitos jurídicos do ato declarado nulo.*

45. *Em síntese, as decisões do TdC de recusa de visto podem ter efeitos reflexos na esfera contratual, nomeadamente, quando (independentemente de qualquer nulidade) obstam à eficácia do contrato por força do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC, mas no processo de fiscalização prévia o TdC não pode declarar judicialmente a nulidade do contrato embora deva conhecer nulidades relevantes*



para a decisão sobre a concessão ou recusa de visto – a qual se repercute na ineficácia parcial ou total do contrato [...].

[...] 47. Quadro compreensivo sobre os limites constitucionais e legislativos do poder jurisdicional do TdC em sede de fiscalização prévia que deriva também de imperativos decorrentes de uma dimensão lógica-axiomática da metodologia jurídica.

[...] 50. O enquadramento institucional e funcional do TdC [...] não permite a este órgão que em sede de fiscalização prévia se substitua à administração no suprimento de ilegalidades, a independência jurisdicional articula-se com a autonomia da administração para adotar, ou não, mecanismos legais que permitem assegurar a legalidade necessária à concessão de visto [...].

51. Se as ilegalidades geradoras de nulidade determinante da recusa de visto forem supríveis (nomeadamente por apresentarem natureza meramente formal), a entidade adjudicante deve promover o respetivo suprimento na pendência do processo (ao ser confrontada com esse problema processual) ou, mesmo depois da recusa de visto, expurgando os vícios por via da anulação, reforma ou conversão administrativa (cf. artigos 162.º, n.º 2, e 164.º, n.º 2, do CPA e 43.º, n.º 9, do CCP) e eventual reinstrução procedimental na medida em que se afigure necessária tendo por referência o valor e limites do caso julgado do acórdão de recusa de visto.»

51. De todo o exposto extrai-se a óbvia conclusão de que o *exercício* das competências do TdC, ainda que possa criar pontos de tensão com os poderes próprios da jurisdição administrativa, certamente com possíveis reflexos nos atos ou contratos submetidos a fiscalização prévia (*v.g.*, em termos da sua *eficácia*) e que possam ser também objeto da intervenção dos tribunais administrativos (ou outros), o certo é que esse *exercício* é sempre de natureza *instrumental*, na medida em que –como bem se demonstrou nos citados Acórdãos n.ºs 27/2018 e 28/2018 – se revela *teleologicamente vinculado* à *decisão jurisdicional de concessão ou recusa de visto*.

52. Para o caso presente, infere-se naturalmente que a decisão de recusa sob impugnação não encerrava em si – nem tal foi, em momento algum, declarado na decisão



recorrida – as consequências que a recorrente lhe pretende imputar. É certo que o TdC deve exercer as suas competências em matéria de concessão ou recusa de visto, no quadro dos seus poderes de controlo de legalidade, em conformidade com a Constituição e a lei, e independentemente das *consequências negativas* para as partes e para a *eficácia* dos atos e contratos submetidos à sua jurisdição que daí possam resultar. Mas seguramente esse seu *juízo* não é impeditivo de que todas as questões substantivas de responsabilidade (designadamente, de natureza civil) que envolvam esses atos ou contratos sejam discutidas e dirimidas nos tribunais administrativos (ou outros), com plena jurisdição e sem qualquer necessidade de intervenção ou anuência do Tribunal de Contas.

53. Em bom rigor, pois, nunca o «complexo normativo constituído pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC» foi interpretado ou aplicado *in casu* com o sentido que a recorrente lhe confere. Ou seja, não houve sequer uma verdadeira aplicação ou interpretação com o alcance imputado, pelo que as pretensas inconstitucionalidades não chegam a ter qualquer substrato. E, nessa conformidade, também aqui se conclui pela improcedência da respetiva arguição de *inconstitucionalidade*, com a consequente manutenção, desse ponto de vista, da decisão recorrida.

54. Esgotadas as questões de inconstitucionalidade suscitadas pela recorrente, impõe-se fazer um *ponto de situação* quanto ao presente recurso. Note-se que o núcleo da *pretensão recursória* se focou na arguição de *inconstitucionalidades* sobre a inferência na decisão recorrida de ofensa à *autoridade de caso julgado* anteriormente formado sobre a matéria *sub judicio* e de ofensa a poderes de fiscalização prévia do TdC ínsitos na *reserva de jurisdição* própria deste Tribunal. Recorde-se, por sua vez, que da formulação desses *juízos* de ofensa a *caso julgado* e à *reserva de jurisdição*, se deduziu na decisão recorrida a verificação de *nulidade* (em concreto, quanto a «atos que ofendam casos julgados», do artigo 161.º, n.º 2, alínea i), do CPA) e de *violação direta de normas financeiras*, integrando desse modo o preenchimento dos *fundamentos de recusa de visto* enunciados nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Tenha-se ainda em particular conta que a argumentação impugnatória, em sede de recurso, não se dirige propriamente à mencionada *dedução*, em si, desse preenchimento das alíneas tipificadoras de tais *recusas de visto*, mas



antes à *conformidade constitucional* dos poderes exercidos pelo TdC na verificação das violações conducentes aos vícios integradores das referidas *tipologias de recusa de visto* – pelo que, superadas aquelas questões de inconstitucionalidade, renasceria, sem oposição relevante, a produção da *subsunção jurídica* conducente à verificação dos mencionados *fundamentos de recusa de visto*.

55. Em todo o caso, e quanto a esta perspetiva das coisas, revela-se especialmente *impressiva* e *convincente* a fundamentação, exposta na decisão recorrida, no sentido da demonstração da *correlação* entre a verificação das *ilegalidades* apontadas e a sua *integração* nas respetivas previsões legais do artigo 44.º da LOPTC, por isso merecendo a nossa plena adesão – e de que destacamos os trechos que se passam a transcrever:

«[...] 17.2. No aperfeiçoamento do requerimento inicial formulado no processo n.º 685/2018 indicam-se dois factos suscetíveis de colisão com a conclusão do requerimento inicial formulado no processo n.º 3601/2017:

a) Foram consideradas como abrangidos pelo novo contrato supostas obrigações que não constavam do clausulado do contrato reformado (2010) e não tinham sido atendidas, nem sequer conhecidas, pelo TdC na concessão de visto a esse contrato (“A Comissão de Negociação considerou na remuneração contratualmente devida à subconcessionária os pagamentos contingentes e conseqüentemente, a determinação da redução de encargos fez-se com base nessa consideração”);

b) Aquelas representam um valor muito significativo, por esse motivo, apesar da enorme redução de trabalhos e responsabilidades da subconcessionária, o VAL do contrato alterado (de 2017) é superior ao VAL do contrato visado (de 2010), circunstância geradora de um problema de legalidade de que a requerente tinha perfeita noção, “não sendo esses pagamentos [contingentes] considerados [...] poderia haver já um aumento do valor do contrato de subconcessão”, “o valor do contrato aumenta” (supra § 1.6).

18. Convidada a apresentar argumentos que sustentassem a coerência entre as duas alegações e justificar juridicamente a consideração das designadas



compensações contingentes (no requerimento inicial do processo n.º 3601/2017 e no aperfeiçoado apresentado no processo n.º 685/2018), a requerente optou por remeter para uma alegação de 30-6-2011 (cf. §§ 1.8.b) e 2.10.a)) que, além de contrariar de forma frontal posições expressas do TdC em decisões posteriores a essa alegação (oportunamente notificadas à requerente), apresenta-se como parte de uma narrativa sobre as decisões do TdC nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 que não tem correspondência com as fundamentações e dispositivos das mesmas (supra §§ 2.2 a 2.5) [...]

[...] 18.2. Tal versão é incompatível com o que consta das decisões proferidas naqueles processos n.ºs 1352/09 e 727/2010, o teor do contrato reformado, a documentação que foi transmitida ao processo n.º 727/2010 (supra §§ 2.2 a 2.5, inclusive), sem olvidar os compromissos ou entendimentos constantes dos ficheiros da EP e ocultados ao TdC em sede de fiscalização prévia (§§ 2.5.d), 2.5.j)), elementos omitidos no processo n.º 727/2010 que, apenas, foram elaborados e objeto da troca de missivas por se reportarem a dados com importância que não constam do contrato (envolvendo, aliás, entidades terceiras às contrapartes do contrato, o banco financiador da subconcessionária).

[...] 19. As alegações por remissão da requerente (cf. supra §§ 1.8.b) e 2.10.a)) sobre a integração das designadas compensações contingentes nos direitos e deveres das partes advenientes do contrato de subconcessão reformado (supra §§ 2.4 e 2.5) para efeitos de ponderação no contrato de subconcessão alterado, incluindo cálculo dos encargos financeiros ou das responsabilidades financeiras originalmente contratualizadas pelo parceiro público no contrato alterado, compreendem como epicentro um conjunto de considerandos sobre o caso julgado da decisão final proferida no processo n.º 727/2010 (supra §§ 2.4 e 2.5), por seu turno conexo funcionalmente com o caso julgado do acórdão final proferido no processo n.º 1352/09 (supra §§ 2.2 e 2.3) – afirmando a então EP na alegação agora ripristinada pela requerente (§ 1.8.b)) que “o TdC recusou o visto a alguns contratos de subconcessões e que posteriormente concedeu o visto a todos esses contratos” (cf. § 2.10.a)), quando o que se passou foi que recusado o visto a um contrato e o novo contrato a que foi concedido visto era distinto daquele, sendo na segunda



decisão final de fiscalização prévia sobre a subconcessão Algarve Litoral ressalvada não só o decidido no acórdão de recusa como a respetiva fundamentação (intocáveis, aliás, por força da intangibilidade do caso julgado).

[...] 20.1. O TdC sublinhou, por decisão transitada, que a crise internacional anterior à outorga do contrato não legitimava a derrogação do n.º 28 do programa do concurso (transcrita no § 2.1.a));

20.2. Essa era uma linha vermelha que o TdC, nas duas decisões de fiscalização prévia transitadas em julgado da 1.ª secção, destacou que não podia ser violada na segunda fase de negociações – cf. §§ 2.1.b), 2.3 (em particular §§ 48, 49, 63, 64 e 75 do acórdão aí transcritos) e 2.5.a);

20.3. Introduzir compensações contingentes a favor da subconcessionária não previstas na proposta inicial, nem no clausulado do contrato reformado submetido a fiscalização prévia, constitui uma violação desse limite ou linha vermelha (sobre o potencial impacto financeiro das designadas compensações contingentes, cf. § 2.4).

21. Reportando-se a questão jurídica às condições de ação da Administração num caso em que já foi proferida uma decisão jurisdicional transitada em julgado são impertinentes novas abordagens autónomas sobre os problemas jurídicos apreciados e decididos pelo TdC no processo n.º 727/2010 [...]».

56. Isto significa, pois, que, arredadas as *inconstitucionalidades* fundamentadoras da impugnação apresentada, retoma-se o inelutável preenchimento das previsões das alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Ora, tal verificação basta, por si só, para considerar fundada a *recusa de visto* formulada na decisão recorrida, com a conseqüente improcedência da respetiva pretensão recursória. E, nessa medida, fica, necessariamente, *prejudicado* o conhecimento das demais questões suscitadas no presente recurso – o que, em bom rigor, nos dispensaria da sua subsequente apreciação. Não deixaremos, porém, em atenção ao labor inerente à sua formulação, de proceder a uma, ainda que sumária, consideração da respetiva argumentação.

F) Da pretensa inexistência de ilegalidades de natureza financeira:



57. Quanto a este tópico da impugnação da recorrente, tenha-se presente que a mesma assenta na central alegação de que, por via do *Contrato Alterado*, ocorre uma «alteração contratual [que] dá origem a uma redução, e não a um aumento, dos encargos para o parceiro público» (cfr. conclusão sob o n.º xxxiii). Ora, como vimos, essa alegação não tem qualquer aderência à *factualidade* declarada como assente pela instância recorrida. E, nessa medida, não se vê como arredar a fundamentação subjacente à afirmação da violação dos artigos 42.º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental de 2001, e 143.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013.

58. Com efeito, a pronúncia da instância *a quo* sobre essa matéria afigura-se-nos proficientemente sustentada, do ponto de vista jurídico, em termos que merecem a nossa adesão. Relembre-se, pois, o essencial dessa argumentação, que ora se acompanha, a qual teve por base a constatação, amplamente demonstrada, de que «[o] pressuposto adotado pela IP e Comissão de Negociação consider[ou] remunerações compensatórias à subconcessionária (que não estavam cobertas por esse contrato e que contrariam os pressupostos expressos das decisões do TdC)»:

«[...] 45. A violação das normas legais assinaladas implica, ainda, que deva ser ponderado, em face da despesa gerada, o disposto no artigo 42.º, n.º 6, da LEO de 2001, em particular o primeiro dos requisitos cumulativos (previsto na alínea a) para a admissibilidade da despesa: nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que o facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis.

46. Oportunamente, também se referiu que a renegociação do contrato de subconcessão reformado foi determinada pelo disposto no artigo 143.º da Lei que aprovou o Orçamento de Estado para 2013 (*supra* § 2.15), norma emitida pela Assembleia da República uma estatuição dirigida ao executivo para realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos de parcerias público-privadas do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e



desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público.

47. Norma que não compreendendo uma prescrição específica relativa a uma meta quantitativa obrigatoriamente visada em termos de percentagem de redução estipula um imperativo: a renegociação não pode determinar um aumento de encargos para o ente público, em especial quando associada a uma redução de prestações ou obras a cargo do parceiro privado, como sucedeu no caso objeto de fiscalização prévia, pelo que também o artigo 143.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012 é violado quando a renegociação ao invés de respeitar o comando legislativo de reduções quantitativas de encargos determina um aumento de encargos — cf. §§ 2.4.a) e 2.45.»

E daqui se extrai, inevitavelmente, a *violação direta de normas financeiras* que integra, expressamente, o *fundamento de recusa de visto* contemplado no artigo 44.º, n.º 3, alínea b), 2.ª parte, da LOPTC. Impõe-se, assim, concluir pela solução encontrada, quanto a este ponto, pela decisão recorrida, devendo nessa parte improceder o presente recurso.

G) Da pretensa inexistência de alteração substancial do equilíbrio financeiro do contrato:

59. Quanto a este último tópico da impugnação da recorrente, tenha-se em atenção o que já supra se assinalou quanto a uma *dupla incidência* da afetação do *princípio da concorrência*, no contexto do *Contrato Alterado* (de 2017): por um lado, considerou-se que a admissão de que o modelo remuneratório de *compensações contingentes* da subconcessionária integrava o *Contrato Reformado* (de 2010), se traduziria numa *alteração substancial do contrato*, com repercussão negativa em termos de cumprimento de regras que impõem um *processo concorrencial aberto*, que aqui foram preteridas em prejuízo de outros operadores económicos que pudessem estar interessados nessa subconcessão renegociada, de que decorreu a conclusão de ter havido uma *preterição total do procedimento legalmente exigido*, constitutiva da infração prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do CPA, produzindo uma segunda *nulidade integradora* da alínea a) do n.º 3 do



artigo 44.º da LOPTC; por outro lado, e independentemente dessa qualificação, sempre a enunciada violação do *princípio da concorrência*, por si só, e na medida em que se traduz numa *possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato*, seria suscetível de integrar o *fundamento de recusa de visto* inscrito no segundo segmento da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

60. Mais uma vez se sublinha que, apesar da argumentação impugnatória da recorrente se focar na crítica a uma eventual violação do *princípio da concorrência*, de cuja eventual procedência poderia resultar a não-ocorrência de uma segunda *nulidade* integradora da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, sempre a mesma seria inconsequente – uma vez que dela não se poderia extrair uma qualquer *reversão da recusa de visto* já suportada pela verificação dos demais fundamentos previstos no artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), da LOPTC, conforme supra demonstrado.

61. Ainda assim, não se deixará de afirmar que também aqui se entende conceder plena adesão à argumentação sustentada a propósito pela instância *a quo*. Recorde-se o teor, neste domínio, da decisão recorrida:

«[...] 69. *Retornando ao objeto do processo, a consideração de compensações contingentes nos termos em que consta do documento do banco financiador (§ 2.4.j)) alterava de forma radical o modelo remuneratório do contrato visado.*

70. Caso esse documento visasse a alteração substancial do contrato aí consignada a mesma teria sido operada sem dar qualquer oportunidade a outros interessados nessa subconcessão, nem sequer permitindo aos operadores económicos que concorreram e foram preteridos no concreto concurso de apresentarem propostas em face das novas condições estabelecidas (que derrogaram elementos essenciais das regras do procedimento concursal em que participaram).



71. *Preterição das regras procedimentais que, além de atingir os interesses daqueles operadores, lesa o Estado na obtenção da melhor proposta para o interesse público.*

[...] 85.4. A alteração substancial derivada da integração no contrato reformado de um modelo remuneratório de compensações contingentes da subconcessionária e a sua ratificação superveniente, fora de um quadro de estado de necessidade, constitui a prática de ato com preterição total do procedimento legalmente exigido que implica a respetiva nulidade nos termos do disposto pelo artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do Código de Procedimento Administrativo de 2015.

[...] 87. Acrescente-se que a violação do princípio da concorrência, ainda que não fosse configurada como uma preterição absoluta da exigência de procedimento, deveria ser qualificada como ilegalidade prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, que preenche um segundo requisito constante da previsão dessa norma na medida em que a mesma pode alterar o resultado financeiro.

[...] 94. Verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando no âmbito de procedimento concursal público se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.

95. O preenchimento das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º tende a tornar supérflua a valoração concreta da violação enquadrável na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, no sentido de ponderar se devia determinar a recusa do visto ao contrato ou, em alternativa, a concessão de visto ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC. [...]»

62. Acrescente-se ainda que, quando vista a argumentação impugnatória da recorrente da perspetiva da oposição ao eventual preenchimento do *fundamento de recusa de visto* enunciado na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, ainda menos relevância apresenta esse tópico alegatório, atenta a *desvalorização* que a decisão recorrida denotou quanto ao preenchimento desse preceito – como bem evidencia o teor do supratranscrito ponto 95 da decisão recorrida. E, por tudo isto, se conclui que, também quanto a este tópico impugnatório, deve improceder o presente recurso.



H) Conclusão:

63. Como vimos, e não obstante estar em causa a ocorrência, reconhecida pela decisão recorrida, de *cinco ilegalidades* fundamentadoras de *recusa de visto*, demonstrou-se neste recurso, logo em primeira linha, a verificação de *duas* dessas ilegalidades, que seriam, por si só, decisivas para sustentar tal *recusa*, pelo preenchimento dos *fundamentos de recusa de visto* enunciados nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, e que tornariam assim despicienda qualquer outra argumentação suplementar. Em todo o caso, não se deixou de ponderar a ocorrência dos demais vícios apontados, sendo alcançada solução confirmativa do mais decidido pela instância *a quo*.

64. Em suma: são de acolher os fundamentos da decisão recorrida, sem que se vislumbre qualquer razão para alterar o que foi decidido em sede de 1.ª instância, na sua integralidade (*i.e.*, incluindo o decidido quanto a remessa de cópias do respetivo acórdão, que também se estende ao ora prolatado). E, desse modo, improcedendo integralmente o presente recurso.

*

III – DECISÃO:

Pelo exposto, decide-se julgar totalmente improcedente o presente recurso, mantendo a decisão de recusa de visto ao contrato *supra* identificado, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC.

Reitera-se o determinado na decisão recorrida, quanto à comunicação desta a outras entidades, agora também em relação ao presente acórdão.



Emolumentos pela recorrente, nos termos do artigo 16.º, n.ºs 1, alínea b), e 2, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas)⁴¹.

Lisboa, 28 de maio de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Mário Mendes Serrano - Relator)

(José Mouraz Lopes)

(Helena Ferreira Lopes)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

⁴¹ Alterado pelas Leis n.ºs 139/99, de 28/8, e 3-B/2000, de 4/4.