

Secção - 1ªS/PL
Data: 25/06/2019
Recurso Ordinário: 5/2019
Processo: 2746/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

TRANSITADO EM JULGADO

Sumário

1. As disposições transitórias dos artigos 9.º e 10.º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, reportam-se apenas à possibilidade de derrogação temporária da imperatividade da norma sobre os novos contratos de serviço público de transporte de passageiros constante do artigo 20.º do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP), e respetivas consequências em matéria de formação concorrencial dos contratos, não afetando a vigência das regras estabelecidas nesse regime sobre compensações financeiras.
2. A definição dos parâmetros da concreta *obrigação de serviço público* de transporte de passageiros é competência da autoridade de transportes e apenas os encargos derivados do cumprimento de concretas *obrigações de serviço público* de transporte de passageiros determinadas por aquela autoridade podem conferir o direito a uma compensação cuja fixação é conformada por um conjunto de normas imperativas, nomeadamente, estabelecidas nos artigos 23.º e 24.º do RJSPTP.
3. Os contratos administrativos relativos à atribuição de compensação financeira por obrigação de serviço público de transporte de passageiros assumida por entidade privada abrangida pelo regime transitório estabelecido no artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2015 são regulados, nomeadamente, pelos artigos 23.º, n.º 2, e 24.º, n.ºs 2 a 4, do RJSPTP, 200.º, n.º 1, e 201.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Procedimento Administrativo (CPA), 1.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP).
4. No procedimento administrativo instaurado com vista à eventual atribuição de compensação financeira por obrigação de serviço público de transporte de passageiros assumida por entidade privada abrangida pelo regime transitório estabelecido no artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2015 exige-se:

- a. A enunciação de forma expressa e detalhada de elementos específicos, objetivos e quantificáveis para o cálculo da compensação por obrigação de serviço público;
 - b. Cálculos comparativos da totalidade de custos e receitas da empresa privada num cenário de existência de obrigação de serviço público, com os decorrentes de um cenário sem existência de obrigação de serviço público e em que os serviços abrangidos fossem explorados em condições de mercado;
 - c. A valoração do efeito financeiro líquido decorrente da soma das incidências, positivas ou negativas, da execução da obrigação de serviço público sobre os custos e as receitas do operador de serviço público.
5. O complexo normativo constituído pelos artigos 23.º e 24.º do RJSPTP, 4.º, n.º 1, alínea *b*), 6.º, n.º 1, e anexo do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, impõe um conjunto de atos de avaliação de custos do serviço público, de acordo com regras fixadas em normas gerais e abstratas que exigem a prévia instauração de procedimento administrativo com vista à eventual atribuição de compensação financeira por obrigação de serviço público de transporte de passageiros.
6. Procedimento que deve ser conformado pelos princípios da legalidade, prossecução do interesse público, boa administração, igualdade, proporcionalidade, justiça, razoabilidade e imparcialidade, dimensões axiológicas, nomeadamente, estabelecidas nos artigos 3.º a 9.º do CPA e caso proferida decisão final sobre outorga de contrato sem que tenham sido anteriormente praticados quaisquer atos instrutórios e de fixação de matéria de facto para subsequente aplicação do direito incorre-se em violação daqueles princípios e das regras estabelecidas nos artigos 55.º, 56.º, 58.º, 102.º, 115.º, 116.º, 126.º, 127.º, 147.º e 151.º do CPA.
7. Tendo a entidade pública recorrente adotado um acordo qualificado como *atípico* prescindindo da tramitação de um procedimento administrativo prévio para cumprir as exigências estabelecidas nos artigos 23.º e 24.º do RJSPTP, 4.º, n.º 1, alínea *b*), 6.º, n.º 1, e anexo do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, verifica-se uma omissão que deve ser qualificada como «preterição total do procedimento legalmente exigido» prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea *l*), do CPA.
8. A «preterição total do procedimento legalmente exigido» determina a nulidade da deliberação que aprovou a outorga do contrato administrativo atentas as disposições dos artigos 161.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *l*), 162.º, 200.º, n.º 2, e 201.º, n.ºs 1 e 2, do CPA conjugadas, ainda, com as normas dos artigos 1.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, e 283.º, n.º 1, do CCP.

9. A deliberação da Câmara Municipal que viola o complexo normativo constituído pelos artigos 23.º a 25.º do RJSPTP, 4.º, n.º 1, alínea *b)*, 6.º, n.º 1, e anexo do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 consubstancia um ato que determina «a realização de despesas não permitidas por lei», o que, em face do disposto pelo artigo 4.º, n.º 2, do regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RFALEI) aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, e do artigo 59.º, n.º 2, alínea *c)* do regime jurídico das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RJALEI) aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, implica a respetiva nulidade bem como do contrato outorgado atentas, ainda, as disposições dos artigos 161.º, n.º 1, 162.º e 201.º, n.ºs 1 e 2, do CPA e 283.º, n.º 1, do CCP.
10. 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 devendo o Tribunal conformar-se com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea *a)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
11. A natureza financeira das normas dos artigos 4.º, n.º 2, do RFALEI e 59.º, n.º 2, alínea *c)*, do RJALEI implica que a respetiva violação constitua motivo imperativo para a recusa de visto nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea *b)*, da LOPTC.
12. A questão jurídica objeto do acórdão tem, ainda, uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), devendo quanto a auxílios de Estado a serviço de transportes de passageiros atender-se, ainda, à conjugação do referido artigo 107.º, n.º 1, com os artigos 93.º, 106.º a 108.º do TFUE e o artigo 9.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007.
13. Verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c)*, da LOPTC quando se violam regras fundamentais sobre o mercado concorrencial, quer as mesmas se reportem a um procedimento concorrencial na aquisição de bens ou serviços quer à transferência de verbas públicas, para uma entidade privada que opera em mercado concorrencial, configurada como auxílio ilegal.

artigos 161.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *l*), 162.º, 200.º, n.º 2, e 201.º, n.ºs 1 e 2, do CPA conjugadas, ainda, com as normas dos artigos 1.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, e 283.º, n.º 1, do CCP.

9. A deliberação da Câmara Municipal que viola o complexo normativo constituído pelos artigos 23.º a 25.º do RJSPTP, 4.º, n.º 1, alínea *b*), 6.º, n.º 1, e anexo do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 consubstancia um ato que determina «a realização de despesas não permitidas por lei», o que, em face do disposto pelo artigo 4.º, n.º 2, do regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RFALEI) aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, e do artigo 59.º, n.º 2, alínea *c*) do regime jurídico das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RJALEI) aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, implica a respetiva nulidade bem como do contrato outorgado atentas, ainda, as disposições dos artigos 161.º, n.º 1, 162.º e 201.º, n.ºs 1 e 2, do CPA e 283.º, n.º 1, do CCP.
10. 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 devendo o Tribunal conformar-se com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
11. A natureza financeira das normas dos artigos 4.º, n.º 2, do RFALEI e 59.º, n.º 2, alínea *c*), do RJALEI implica que a respetiva violação constitua motivo imperativo para a recusa de visto nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea *b*), da LOPTC.
12. A questão jurídica objeto do acórdão tem, ainda, uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), devendo quanto a auxílios de Estado a serviço de transportes de passageiros atender-se, ainda, à conjugação do referido artigo 107.º, n.º 1, com os artigos 93.º, 106.º a 108.º do TFUE e o artigo 9.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007.
13. Verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC quando se violam regras fundamentais sobre o mercado concorrencial, quer as mesmas se reportem a um procedimento concorrencial na aquisição de bens ou serviços quer à

Secção – 1.ªS/PL

Data: 25/06/2019

Recurso Ordinário: 5/2019

Processo: 2746/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

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

I. Relatório

- 1 O Município de Lamego (MdL) interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 4/2019-12.FEV-1.ªS/SS¹ que *recusou o visto* a contrato celebrado, em 3-9-2018, entre o recorrente e TRANSDEV Interior, S.A. (TRANSDEV) intitulado «Acordo de Colaboração de Transporte Público Rodoviários de passageiros», pelo valor de 509.998,44 €.
- 2 O recorrente formulou alegações que culminam nas seguintes conclusões:
 - «Decorrentes das três *questões prévias*
 - 1. A Transdev Interior S. A. é o único operador de serviço público de transportes coletivos de passageiros existente na área geográfica do Município de Lamego e titular de título de concessão para exploração de serviço público de transporte de passageiros por modo rodoviário atribuído ao abrigo do anterior RTA.
 - 2. O procedimento para a formação do contrato foi julgado adequado e legal, porquanto, na situação de facto julgada nos autos, se entendeu verificada a previsão do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 52/2015 que permite que, por razões de interesse público relevante, a autoridade de transportes competente autorize a manutenção, em regime de exploração provisória, no máximo até 03.12.2019, dos títulos de concessão para exploração de serviço público de transporte de passageiros por modo rodoviário atribuídos ao abrigo do anterior RTA.
 - 3. O artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 52/2015 *retarda, ou derroga* transitoriamente, a título *excecional*, o regime de abertura à concorrência dos serviços de transporte, em nome de razões de interesse público que afirmem como mais importantes, no período

¹ O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtml>, tal como os outros acórdãos e decisões da 1.ª Secção do TdC citados no texto.

transitório legalmente previsto, os valores *da estabilidade do sistema de transportes e da mobilidade das populações*.

4. Sempre que o procedimento contratual adotado — como é o caso — tenha fundamento legal no *regime transitório excepcional previsto no nº 1 do artigo 10º da Lei nº 52/2015*, o contrato celebrado com esse enquadramento terá que ser avaliado a partir dos *interesses prevaletentes em nome dos quais tal regime excepcional foi instituído*, (os da *garantia da estabilidade do sistema de transportes e da mobilidade das populações*) e não, portanto, a partir dos interesses que a própria lei entendeu a título excepcional subordinar àqueles, da abertura total do mercado à concorrência.

5. Um desses interesses merecedores de tutela excepcional, porque necessário a realizar a tal *garantia da estabilidade do sistema de transportes e da mobilidade das populações*, é o da sustentabilidade das condições de exploração (cfr. art.º 12º, nº 3 da Lei nº 52/2015), interesse esse que pela decisão recorrida foi paradoxalmente considerado razão de ilegalidade da compensação financeira estabelecida e, por consequência, da deliberação camarária que a aprovou, “*ilegalidade*” essa que fundamentou também a sua recusa de visto (cfr. conclusão-fundamento nº 31).

6. Na decisão recorrida, o Tribunal de Contas compreendeu perfeitamente as razões da *legalidade do procedimento de formação do contrato* que sustenta a compensação financeira, legalidade que por isso reconheceu com fundamento na aplicação desse regime excepcional transitório previsto no artigo 10º, nº 1 da Lei nº 52/2015; mas a sua compreensão desse regime transitório excepcional parou aí, na apreciação do procedimento de formação do contrato, não se tendo projetado sobre a apreciação do próprio contrato à luz desse enquadramento legal excepcional, não sendo possível vislumbrar qual o desenvolvimento lógico e racional que permite concluir que o procedimento para a formação do contrato é enquadrável no dito regime transitório, mas não o contrato.

7. Decorre do que vem se expor que a decisão recorrida é nula (art.º 615º, nº 1, al. c) do CPC, aplicável *ex vi* art.º 80º da LOPTC), invalidade processual que expressamente se invoca.

Decorrentes da análise dos fundamentos de recusa de visto

a. *A compensação financeira atribuída não tem no caso concreto como fundamento o cumprimento de obrigações de serviço público que tenham sido impostas à empresa*” (pois não se confundem com meras obrigações contratuais) nos termos do disposto no artigo 23º, nº 3 do RJSPTP (conclusões 11 a 17 e, especialmente, a conclusão 13)

8. É a própria lei, mais concretamente o artigo 23º, nº 2 do RJSPTP, que admite que as obrigações de serviço público podem ser estabelecidas *por contrato*, norma essa que utiliza o mesmo vocábulo “*estabelecidas*” para as situações em que admite que isso se faça por portaria ou por ato de órgão executivo;

9. Por definição e natureza, um *contrato* é um negócio jurídico bilateral formado por duas ou mais declarações de vontade opostas mas convergentes tendentes à produção de um resultado jurídico unitário.

10. A conciliação interpretativa entre o do nº 1 do artigo 23º (onde se refere que “*As autoridades de transportes competentes podem impor obrigações de serviço público ao operador de serviço público*”) e o nº 2 do mesmo artigo (onde se admite que essa obrigações podem ser *são estabelecidas através de contrato...de portaria...de ato do órgão executivo...*), é simples de atingir: as obrigações de serviço público deverão corresponder exatamente à vontade da autoridade de transportes, independentemente daquilo que seja a vontade de quem queira operar o serviço público.

11. O facto de a obrigação de serviço público ser estabelecida no contexto de um contrato e de se expressar na linguagem do consenso contratual é completamente irrelevante.

12. No caso concreto, o recorrente vinculou a operadora de serviço público, desde logo, a assegurar a realização das concessões de serviço público de transporte rodoviário de passageiros e a garantir o transporte da população durante o período escolar, o período não escolar, dias de mercado e fins-de-semana, como constam dos anexos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, resultando desses anexos que da totalidade das carreiras a que a operadora de serviço público se vinculou, apenas três delas têm a expectativa de resultado económico positivo embora de valor extraordinariamente inferior ao *prejuízo* resultante *dos custos* das demais operações de transporte (qualquer que seja o critério pelo qual esses custos possam ser olhados e ainda que se achasse que essa sociedade comercial, aqui operadora de serviço público, pudesse prescindir de todo e qualquer lucro, violando em relação a si mesma o princípio da especialidade do fim) , tão abismal é a diferença.

13. A decisão recorrida, ao ter julgado que a compensação financeira atribuída não tem no caso concreto como fundamento o cumprimento de obrigações de serviço público que tenham sido impostas à empresa, para a partir daí concluir pela ilegalidade da compensação financeira constante do Acordo *sub judice*, pela nulidade da deliberação da câmara municipal que a aprovou e pela conseqüente recusa de visto face ao que entendeu ser o preenchimento das previsões das alíneas a) e b) do artigo 44º, nº 3, da LOPTC, violou por manifesto erro de interpretação e aplicação do disposto no artigo 23º, nº 2 do Regime Jurídico de Serviço Público de Transporte de Passageiros aprovado pela Lei nº 52/2015 e por consequência também do disposto no artigo 44º, nº 3, alíneas a) e b), da LOPTC, devendo ser revogada.

b. *A compensação financeira atribuída é sustentada em argumentos genéricos e não quantificados ou seja, não é sustentada de forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis, violando por isso o artigo 23º do RJSPTP (conclusões 18 a 21, 23, 24 e 25);*

14. Tal fundamento de decisão de recusa de visto é a negação de uma evidência: o cálculo da compensação encontra-se detalhado a partir de componentes específicos, objetivos e *quantificáveis*, referidos aos elementos necessários à operação de transporte e às receitas prováveis, componentes que se encontram sintetizados de forma clara, objetiva, específica e quantificável, nos documentos nºs 5 e 6 juntos pelo Município aos esclarecimento por si prestados na sequência da devolução em 27/09/2018 pelo TC, do contrato;

15. E a sua quantificação resulta também assegurada pelo que consta de tais documentos, dos anexos I a XXI do contrato, bem como dos termos em que a obrigação de serviço público ficou estabelecida no contrato, designadamente do dever da operadora de entregar mensalmente a demonstração de todas as vendas de passes e títulos de transporte referentes às carreiras públicas objeto do acordo e a permitir que o Município de Lamego aceda à verificação factual dos dados disponibilizados.

16. A lei (art.º 23º, nº 1 do RJSPTP) não exige que os elementos indicados sejam *quantificados*, mas *quantificáveis*; e se essa distinção em geral se justifica, mais se justifica no caso muito particular do “*cartão sénior Viaja*”, que a decisão recorrida entendeu merecer o relevo suficiente para justificar a recusa de visto;

17. O Município reservou para si o direito de unilateralmente poder estabelecer no futuro um qualquer valor para o desconto associado aos portadores de tal cartão, tendo a operadora de serviço público que aceitar o critério que o Município venha a definir, tal

como ficou estabelecido no contrato; tal reserva, pela sua própria natureza *future*, impede um grau de quantificação superior ao que dos documentos contratuais resulta.

18. É também manifestamente inexacto o fundamento de recusa de visto assente na afirmação constante da conclusão-fundamento 24, de que no contrato se não diz em que viagens ou carreiras públicas poderá esse desconto ser utilizado; essa circunstanciação encontra-se claramente expressa no nº 5 da cláusula 1ª, onde se menciona que esse desconto será utilizado *nas viagens de carreira pública dentro da área geográfica do Município de Lamego ou que nela tenha origem*.

19. A decisão recorrida, ao ter julgado que a compensação financeira atribuída é sustentada em argumentos genéricos e não quantificados ou seja, não é sustentada de forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis, violando por isso o artigo 23º do RJSPTP para a partir daí concluir pela ilegalidade da compensação financeira constante do Acordo *sub judice*, pela nulidade da deliberação da câmara municipal que a aprovou e pela conseqüente recusa de visto face ao que entendeu ser o preenchimento das previsões das alíneas a) e b) do artigo 44º, nº 3, da LOPTC, violou por manifesto erro de interpretação e aplicação do disposto no artigo 23º, nºs 1 e 2 do Regime Jurídico de Serviço Público de Transporte de Passageiros aprovado pela Lei nº 52/2015 e por conseqüência também do disposto no artigo 44º, nº 3, alíneas a) e b), da LOPTC, devendo ser revogada.

c. *As obrigações de serviço público têm que se encontrar fixadas por acordo prévio à contratação, nos termos do artigo 23º do RJSPTP* (conclusão 22 e, quanto á natureza “prévia”, também a conclusão 11);

20. Expressou-se assim, o Acórdão recorrido, nas suas *conclusões-fundamento* 22 e 13: 22. Tais argumentos não afastam, pois, a necessidade de existência de um prévio acordo entre as partes fixando obrigações de serviço público, nos termos do já citado artigo 23º do RJSPTP.

13. Daí [*do artigo 23º, nºs 1 e 2 do RJSPTP*] resulta que as obrigações de serviço público não se confundem com meras obrigações contratuais, obedecendo antes a um regime legal específico, assente numa imposição feita por autoridade pública, tendo por base um interesse público, do qual resultará, como contrapartida, o direito do operador a ser “compensado financeiramente” por esse serviço público, com base em pressupostos claros, objetivos e quantificados.

21. A “*imposição feita por autoridade pública*” exclui o “*acordo das partes*” (e reciprocamente) pelo que ao decidir pela “*necessidade de existência de um prévio acordo entre as partes fixando obrigações de serviço público, nos termos do já citado artigo 23º do RJSPTP*” e, ao mesmo tempo, decidir que *desse mesmo artigo 23º do RJSPTP resulta que as obrigações de serviço público não se confundem com meras obrigações contratuais e obedecem antes a um regime legal específico, assente numa imposição feita por autoridade pública, sendo de tal imposição feita por autoridade pública que nasce como contrapartida, o direito do operador a ser “compensado financeiramente” por esse serviço público*, a decisão recorrida incorreu em contradição insanável entre os fundamentos e a decisão ou, ao menos, em obscuridade inultrapassável que impede a compreensão dos seus fundamentos legais e racionais e o seu verdadeiro sentido e alcance, pelo que é nula (artigo 615º, nº 1, al. c) do CPC, aplicável *ex vi* art.º 80º da LOPTC), invalidade processual que expressamente se invoca.

22. Por outro lado, dizer que as obrigações de serviço público têm que se encontrar fixadas por *acordo das partes* e exigir que esse acordo seja *prévio* à contratação é introduzir no *iter* procedimento algo que a lei não exige e que é difícil de perceber como possa ocorrer: quer o TC dizer que as partes têm que fazer um acordo sobre o que

entendem ser as obrigações de serviço público, prévio ao contrato no qual estabelecem essas obrigações?

23. Trata-se, mais uma vez, de obscuridade ou ilegibilidade que não permite compreender a decisão, que a inquina de nulidade (art.º 615º, nº 1, al. c) do CPC), invalidade processual que expressamente se argui.

24. Mas tal acordo *prévio* é requisito que, independentemente do que signifique, não se divisa na lei pelo que a decisão recorrida, quando julga esse *acordo prévio* como requisito necessário à validade da compensação financeira atribuída, constante do Acordo *sub judice*, bem como à validade da deliberação da câmara municipal que a aprovou e, por isso, como fundamento de recusa do visto, violou por manifesto erro de interpretação e aplicação do disposto no artigo 23º, nºs 1 e 2 do Regime Jurídico de Serviço Público de Transporte de Passageiros aprovado pela Lei nº 52/2015 e por consequência também do disposto no artigo 44º, nº 3, alíneas a) e b), da LOPTC, devendo ser revogada.

d. A obrigação de serviço público consiste na imposição definida ou determinada por uma autoridade de transportes, com vista a assegurar determinado serviço público de transporte de passageiros de interesse geral que um operador, caso considerasse o seu próprio interesse comercial, não assumiria, ou não assumiria na mesma medida ou nas mesmas condições, sem contrapartidas;

Ora a operadora/adjudicatária não se encontra obrigada à prestação do serviço público de transportes de passageiros, antes explorando as linhas em causa pelos proveitos económicos que delas espera retirar.

(conclusão 26);

25. Esta *conclusão-fundamento* não tem nos factos assentes nenhum apoio, correspondendo exatamente ao inverso daquilo que dos autos resulta.

26. Na verdade, dos considerandos 3 a 10 do contrato, do teor da sua cláusula 1ª e de toda a documentação que se encontra incluída nos autos (designadamente da informação técnica nº 5762/2018, datada de 31.08.2018, do Chefe da Divisão de Educação, Ação Social e Cultura, dos documentos nºs 5 e 6 juntos pelo Município aos esclarecimentos por si prestados na sequência da devolução em 27/09/2018 pelo TC, do contrato, bem como do próprio contrato e dos anexos I a XXI), que de facto a rede de transporte rodoviário que o Município entende necessária para satisfazer o interesse público e para garantir a *estabilidade do sistema de transportes e da mobilidade das populações* é extraordinariamente deficitária; mesmo retirando a margem de 12,5% que foi considerada para efeitos da sustentabilidade da exploração, o *deficit* é superior a 453.000,00 euros.

27. A única conclusão que dos factos os autos se pode extrair a este respeito é a seguinte: sem a atribuição de compensação pela obrigação de serviço público, nenhuma empresa, se *considerasse o seu próprio interesse comercial*, assumiria o transporte público de acordo com a rede de transporte rodoviário que o Município entende necessária para satisfazer o interesse público e para garantir a *estabilidade do sistema de transportes e da mobilidade das populações*.

28. E sendo os proveitos muito inferiores aos custos, carece de fundamento lógico-racional tal *conclusão-fundamento*, quando afirma que a Transdev explora essas linhas na totalidade da área geográfica do Município de Lamego, *pelos proveitos económicos que delas espera retirar*.

29. Trata-se, aqui, de um verdadeiro erro de julgamento, da prolação de uma decisão contra a prova produzida, pelo que a decisão deve ser também por isso revogada.

e. *A compensação financeira atribuída não foi calculada de acordo com os critérios definidos no artigo 24º do RJSPTP (conclusões 27 a 34 e 36):*

- a) Quanto ao próprio procedimento (efetuada sob proposta do adjudicatário e não pela entidade adjudicante);
- b) Quanto ao valor: além do mais pela inclusão de uma margem de lucro de 12,5%, que é arbitrária e injustificada;
- c) Quanto ao critério: a compensação é igual ao *deficit* de exploração da empresa, e não aos encargos que resultam das obrigações de serviço público, o que configura uma ajuda de Estado

30. Quanto ao procedimento, reiteram-se as conclusões 1 a 5 e 8 a 12 deste recurso, que aqui se devem considerar reproduzidas; quanto ao *valor* (pela inclusão de uma margem de *lucro* de 12,5%, considerada arbitrária e injustificada) e quanto ao *critério* (de a compensação ser igual ao *deficit* de exploração da empresa, o que, no entender da decisão recorrida configura uma verdadeira *ajuda de Estado*), conclui-se o seguinte:

31. O nº 2 do artigo 24º do RJSPTP estatui que a atribuição da compensação referida no número anterior, quando aplicável, é efetuada nos termos do anexo ao Regulamento e do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto, alterado pela Lei n.º 64/2013, de 27 de agosto.

32. O Anexo ao Regulamento não contém, quanto ao cálculo e critério da compensação nenhuma disposição relevante.

33. Quanto ao valor da indemnização compensatória atribuída por via contratual, DL nº 167/2008 determina que a sua forma de cálculo inclua *ou tenha em consideração um "lucro razoável"* (art.º 6º, nº 1, al. c));

34. E o artigo 24º, nº 4 do RJSPTP estabelece que as incidências positivas ou negativas, da execução da obrigação de serviço público sobre os custos e as receitas do operador de serviço público devem ser calculadas comparando a totalidade de custos e receitas do operador de serviço público num cenário de existência de obrigação de serviço público, com os decorrentes de um cenário sem existência de obrigação de serviço público e em que os serviços abrangidos são explorados em condições de mercado.

35. Isto é: do artigo 24º do RJSPTP não resulta qualquer proibição da inclusão de um *lucro razoável* no cálculo da compensação atribuída como contrapartida da obrigação de serviço público e, pelo contrário, tal *lucro* razoável inscreve-se na natureza dessa mesma compensação quando determinada num quadro de mercado concorrencial, por se encontrar inscrita na racionalidade económica subjacente a tal paradigma.

36. E, no caso não é ilegal e, pelo contrário, corresponde mesmo à finalidade do regime excecional transitório estatuído no artigo 10º, nº 1 do RJSPTP; que tal compensação permita a *sustentabilidade* das condições de exploração (art.º 12º, nº 3 do mesmo RJSPTP), tal como se expressou já nas conclusões 1 a 6 deste recuso, que também aqui se dão por reproduzidas

f. *A conclusão-fundamento 35: o transporte escolar não pode servir de fundamento para a compensação estabelecida*

37. o acordo *sub judice* não tem o transporte escolar como objeto e a compensação não contém no seu cálculo nenhuma parcela a isso relativa

38. E não tendo a *compensação* sido estabelecida, nem no todo nem em parte, por referência ao transporte escolar, a referência perfeitamente contextualizada em alguns documentos a essa realidade em nada modifica o objeto dos autos nem interfere com as obrigações de serviço público com clareza definidas no contrato (cfr. cláusula 1ª), em contrapartida das quais foi fixada a compensação.

39. Também aqui há erro de julgamento, porquanto a decisão recorrida extravasa do próprio objeto do processo tal como ele emerge dos elementos documentais que dele constam.»

3 Na fase processual de recurso:

3.1 Foi emitido parecer do Ministério Público (MP) ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC no qual, depois de análise dos argumentos do acórdão recorrido e das alegações do recorrente, se conclui: «o recurso *sub judice* carece de fundamento de facto e de direito, pelo que o Ministério Público emite parecer no sentido de sua improcedência e da confirmação do duto acórdão recorrido, mantendo-se a decisão de recusa de visto ao contrato acima referido.»

3.2 O recorrente foi notificado do teor do parecer do MP.

4 Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. Fundamentação

II.1 Objeto do recurso

5 As conclusões das alegações de recurso (cf. *supra* § 2) delimitam o respetivo objeto, atentas as disposições conjugadas do artigo 97.º, n.º 1, da LOPTC e dos artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC), supletivamente aplicável nos termos do artigo 80.º da LOPTC, no contexto da regulação do recurso enquanto instrumento de impugnação de decisões jurisdicionais configurado como remédio jurídico que permite uma reapreciação delimitada de algumas das questões, selecionadas pelas partes, que integraram o julgamento realizado pela primeira instância.

6 No caso concreto, o poder de cognição do tribunal *ad quem* reporta-se exclusivamente a matéria de direito relativa à decisão de recusa do visto, sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC), não havendo lugar à apreciação de questões cuja análise se torne irrelevante por força do tratamento jurídico empreendido no aresto (cf. artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC), devendo-se, metodologicamente, começar por enunciar a factualidade julgada provada pela decisão recorrida com relevo para a apreciação do recurso e depois intentar a apreciação jurídica das questões suscitadas pelo recorrente.

II.2 Factos provados

7 É o seguinte o enunciado da matéria de facto que consta da decisão recorrida (cf. artigo 663.º, n.º 6, do CPC):

«a) O acordo em apreço, que tem como objetivo único a atribuição de uma compensação financeira à TRANSDEV Interior, S.A., foi celebrado na sequência duma proposta dirigida pela empresa transportadora ao MdL, em 29.08.2018;

b) Do teor desse acordo resulta uma obrigação de pagamento à empresa, a título de compensação, no montante de 509.998,44€, acrescido de IVA à taxa legal, referente à exploração de carreiras de serviço público, no período compreendido entre 01.09.2018 e 31.08.2019;

c) O valor da referida compensação financeira corresponde exatamente ao que foi solicitado pela TRANSDEV Interior, S.A., no seu ofício de 29.08.2018, tendo por base a diferença que resulta da seguinte equação: *“a execução das carreiras de serviço público representa para esta Empresa o valor anual global de €964.264,00, sendo que a receita estimada corresponde a €370.698,90, a título de passes escolares e de €83.567,16, a título de venda de outros títulos de transporte”*;

d) O acordo em causa foi autorizado por despacho do presidente da câmara municipal de Lamego, de 31.08.2018, exarado sobre a Informação n.º 5762/2018, de 31.08.2018², e posteriormente ratificado pelo executivo municipal, em 03.09.2018³.

e) O contrato foi devolvido ao MdL, em 27.09.2018, para prestação de esclarecimentos considerados necessários à instrução do respetivo processo de fiscalização, relevando, para o efeito, os seguintes elementos apresentados pelo município, em 05.12.2018:

“Comprove documentalmente a autorização, por parte do órgão competente, para:

- A decisão de ‘contratar’;

- A aprovação da minuta do acordo;

- A assunção dos compromissos plurianuais associados ao acordo.”

A entidade fiscalizada remeteu cópia da ata da sessão ordinária da Câmara Municipal de Lamego, realizada no dia 03.09.2018, onde consta a decisão de contratar, a aprovação da minuta do acordo e a assunção dos compromissos plurianuais associado à cláusula segunda, n.º 3, do acordo.

² Corrigido o lapso material da menção no original do Acórdão recorrido relativo à menção da data de 30.08.2018 para a data que se pretendia referir de 31.08.2018 (cf. *infra* § 36.2).

³ A deliberação municipal em causa foi aprovada com 3 votos favoráveis, duas abstenções e dois votos contra, sendo que, conforme ressalta do excerto da mesma constante do processo, alguns membros do executivo evidenciaram dúvidas sobre a legalidade do procedimento. Veja-se a título de exemplo: *«(...) este procedimento carece de visto do Tribunal de Contas sendo que o Tribunal de Contas não visou o contrato de prestação de serviços de transporte escolar 2017/2018 devido à questão da compensação financeira, situação que se vai repetir, sendo esta razão suficiente para não votar favoravelmente esta proposta»*.

“Tendo em consideração as exigências legais previstas na Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, e no Regime Jurídico do Serviço Público do Transporte de Passageiros (R/SPTP), aprovado em anexo à referida Lei, identifique a tipologia de procedimento para a formação de contratos que está subjacente ao “Acordo de Colaboração de Transporte Público Rodoviários de passageiros” justificando e demonstrando tanto a observância dos respetivos pressupostos/requisitos como o cumprimento das respetivas formalidades legais”

O MdL veio referir que *“Em toda a área geográfica do Município de Lamego, a TRANSDEV INTERIOR S.A., é a única operadora de serviço público de transportes coletivos de passageiros. Fá-lo ao abrigo de uma autorização para manutenção do regime de exploração, a título provisório, emitida pelo Instituto da Mobilidade e Transportes, IP. (IMT).”*

Referiu também que ainda não realizou o procedimento de concurso público para a exploração do serviço público de transporte de passageiros, de acordo com o estabelecido na Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, porque, entre outras razões, esta é uma competência recente dos municípios e, no caso do MdL, ainda estão a capacitar-se para o exercício dessa competência complexa, por forma a cumprirem o prazo legal de 3 de dezembro de 2019 e aí planearem, organizarem, fiscalizarem, investirem, financiarem, divulgarem e desenvolverem o serviço de transportes de passageiros, por modo rodoviário, em toda a área geográfica do Município de Lamego. Antes de se atingir esse prazo, todos os circuitos de transportes que vier a ser necessário assegurar no Município serão submetidos à concorrência.

Assim, pelo facto de apenas existir um operador de transporte público de passageiros no MdL e, pela circunstância de ainda não ter sido elaborado o novo concurso público para concessão de exploração de transporte público na área do Município (por ainda não se ter esgotado o prazo legal e por ser uma matéria complexa que o Município está a procurar capacitar-se), foi decidido celebrar um acordo atípico, segundo os seguintes princípios orientadores:

- a) Respeitando os princípios subjacentes ao disposto na Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, designadamente, a necessidade de existirem transportes públicos de passageiros que contribuam para a coesão económica, social e territorial do Município de Lamego (artigo 14.º, n.º 1, da Lei 52/2015, de 9 e junho);
- b) Celebrando o "Acordo de Colaboração de Transporte Público Rodoviário de Passageiros", exigindo ao operador um conjunto de obrigações (expressas na cláusula 1.ª do Acordo - "OBRIGAÇÕES DO OPERADOR") e estabelecendo uma cláusula com penalidades para o caso de incumprimento (cláusula 4ª);
- c) Respeitando o que dispõe o Regulamento (CE) n.º 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007;
- d) Procurando cumprir os princípios e recomendações ínsitas nos acórdãos do Tribunal de Contas, que recaíram sobre os procedimentos anteriormente submetidos a esse Tribunal.

“Remeta, ainda, no seguimento da questão acima colocada, as respetivas peças do procedimento”

A entidade fiscalizada veio considerar que o *“acordo atípico iniciou-se com o pedido formulado pela empresa Transdev Interior, S.A., a requerer ao MdL a compensação para a exploração das carreiras públicas no concelho, seguindo-se a informação técnica n.º*

5762/2018, datada de 31.08.2018, do Chefe da Divisão de Educação, Ação Social e Cultura, considerando que a sua viabilidade e manutenção seriam insustentáveis financeiramente, por diminuta procura dos utilizadores”.

“Sem prejuízo da resposta às questões anteriores e tendo em consideração que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 52/2015, a exploração de serviço público de transporte de passageiros não confere ao respetivo operador um direito exclusivo nas linhas, rede ou área geográfica em causa, fundamente a não submissão à concorrência da prestação de serviços inerente ao acordo em apreciação”

A entidade fiscalizada veio esclarecer que: *“A TRANSDEV INTERIOR, S.A. não é um operador com direito exclusivo para operar no Município de Lamego, mas é, de facto, o único operador de transportes públicos de passageiros a atuar em toda a área geográfica do concelho. Com efeito, o Município de Lamego preparará o concurso público, para submissão à concorrência, por forma a concessionar a rede concelhia de transportes públicos de passageiros de forma a entrar em funcionamento até 3 de dezembro de 2019, como lhe impõe a Lei n.º 52/2015, de 9 de junho. Com esses objetivos, o Município já contratualizou uma prestação de serviços para a elaboração do estudo para planeamento e avaliação de uma rede de transporte público em Lamego - contrato n.º 43/2018, celebrado em 02.10.2018, cuja cópia se anexa, estando esta prestação de serviços a correr os seus trâmites.”*

“Tendo em consideração que, nos termos da Lei, a compensação financeira por obrigações de serviço público implica a prévia definição contratual de tais obrigações (vd. n.º 2 do artigo 23.º do RJSPTP) esclareça qual o instrumento contratual que as fixou e se o mesmo foi sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas”

A entidade fiscalizada veio informar que o “Acordo de Colaboração de Transporte Público Rodoviário de Passageiros” não é um contrato de serviço público de transporte de passageiros, como é referido no RJSPTP (artigo 20º e seguintes), pois este acordo não confere ao operador nenhuma concessão.

Este “Acordo de Colaboração de Transporte Público Rodoviário de Passageiros” é, segundo o MdL, um acordo atípico celebrado entre o Município de Lamego e o único operador a efetuar transporte público de passageiros na área geográfica do Município e com um período de duração de apenas um ano (por isso, transitório) até que seja feito o concurso público definitivo.

E sublinha o facto de a TRANSDEV Interior, S.A. ser o único operador a efetuar transporte público de passageiros em toda a área geográfica do Município de Lamego, ser portadora de uma autorização provisória para o fazer e pelo facto de uma grande parte das suas “linhas” não serem financeiramente sustentáveis, mas ser necessária a sua existência para uma maior coesão social e territorial junto dos munícipes, por vezes os mais frágeis da sociedade, constituindo, assim, uma forte medida de combate à desertificação do interior. Por isso, referem, constitui dever do Município de Lamego apoiar esses munícipes fazendo-o, no caso vertente, por meio de compensação financeira à empresa que efetua o transporte local de passageiros.

“Tendo em conta que, através do referido acordo, se atribui uma compensação financeira no valor máximo de € 509.998,44, acrescidos do correspondente Imposto sobre o Valor Acrescentado, à Transdev Interior S.A., esclareça e demonstre:

1- O enquadramento legal para a atribuição da referida compensação financeira;

2- *De que modo e com que critérios foi fixado o montante de tal compensação, demonstrando que a mesma se encontra calculada nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 52/2015.*”

A entidade fiscalizada veio esclarecer que *“A compensação financeira é atribuída nos termos das alíneas c), do n.º 2, do artigo 23º e ee) e gg) do n.º 1, do artigo 33.º, da Lei 75/2013, de 12 de setembro - regime jurídico das autarquias locais (atribuições e competências) e do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007.”*

E informou que *“Para determinar o montante da compensação financeira foram considerados, do lado da receita, os seguintes critérios: tipo de veículo utilizado, número de dias que se efetua a carreira, quilómetros percorridos em cada carreira, custos de manutenção do veículo, amortização do veículo, seguros, pneus, combustível, encargos com motorista, encargos com vigilantes (quando aplicável), outros custos operacionais e margem de lucro de 12,5% (lucro razoável). Do lado dos proveitos foram considerados os passes e outras receitas por circuito. Com base nos custos e nos proveitos veio a apurar-se os valores da compensação, como se demonstra nos mapas anexos (Docs. 5 e 6) e que também estão apensos ao acordo.”* (sublinhado nosso).

“Demonstre, documentalmente, como foram calculados e verificados pelo Município os montantes totais e parciais referentes à compensação financeira, justificando a sua divergência face a valores de anterior “Prestação de serviço público de transporte escolar em carreira pública e atribuição de compensação financeira, para o ano letivo de 2017/2018” em idênticos períodos temporais”

A entidade fiscalizada veio juntar os *“documentos 5 e 6 que demonstram como foram calculados os montantes totais e parciais da compensação financeira.”*, tendo referido ainda que *“Este acordo diverge da anterior “Prestação de serviço público de transporte escolar em carreira pública e atribuição de compensação financeira, para o ano letivo 2017/2018” porque, do atual acordo, não fazem parte os transportes escolares em carreira pública.”*

“Mais esclareça se o presente acordo tem alguma relação com o objeto do contrato para “Prestação de serviço público de transporte escolar em carreira pública e atribuição de compensação financeira, para o ano letivo de 2017/2018” celebrado em 20 de setembro de 2017, o qual mereceu recusa de visto através do acórdão n.º 5/2018, de 23 de janeiro de 2018, proferido no âmbito do processo n.º 3391/2017.”

A entidade fiscalizada veio referir que *“O presente acordo não tem relação com o objeto do contrato de “Prestação de serviço público de transporte escolar em carreira pública e atribuição de compensação financeira, para o ano letivo 2017/2018” porquanto não abrange os transportes escolares, apenas diz respeito à compensação para realização de carreiras públicas.”*

f) Finalmente, por ainda subsistirem algumas dúvidas, o contrato foi novamente devolvido ao MdL, em 27.12.2018, para prestação de novos esclarecimentos, tendo aquele município, em 04.02.2019, respondido nos seguintes termos:

“Demonstre, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 23.º do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP), aprovado em anexo à Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, que a fixação de obrigações de serviço público ao operador

devem ser formuladas de forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis”

A entidade fiscalizada veio referir:

«Pese embora este “Acordo de Cooperação de Transporte Público Rodoviário de Passageiros” ser um acordo atípico, foi elaborado tendo presente os princípios jurídicos da legislação nacional e comunitária, concretamente no respeito pelo disposto na Lei n.º 52/2015, de 9 de junho.

Senão, vejamos:

Estão fixadas, na cláusula 1.º, as obrigações de serviço público a cumprir pela operadora de forma expressa e detalhada que a seguir se transcrevem,

“CLÁUSULA 1.ª

OBRIGAÇÕES DO OPERADOR

1.- A TRANSDEV INTERIOR, S.A., na qualidade de operador, compromete-se a assegurar a realização das concessões de serviço público de transporte rodoviário de passageiros e a garantir o transporte da população durante o período escolar, o período não escolar, dias de mercado e fins-de-semana, como constam dos anexos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX E XXI.

2.- A TRANSDEV INTERIOR, S.A. obriga-se a cumprir todos os horários acordados e toda a legislação de transporte rodoviário de passageiros em carreira pública, incluindo o transporte de crianças e transporte escolar.

3.- A TRANSDEV INTERIOR, S.A. obriga-se a requerer, sempre que necessário, às entidades competentes as alterações que se mostrem necessárias a garantir a realização de horários, nos circuitos referidos no n.º 1, por forma a compatibilizar com os horários escolares, sem que isso obrigue a um aumento de encargos para os utentes.

4.- A TRANSDEV INTERIOR, S.A. fica obrigada a;

a) Manter em exploração as carreiras atrás identificadas, tendo em conta os horários, itinerários e preços aprovados, durante todo o período de vigência do presente acordo;
b) Manter os níveis de qualidade, segurança e eficiência do serviço em padrões elevados.

5.- A TRANSDEV INTERIOR, S.A. fica obrigada a efetuar o desconto que lhe seja comunicado pelo Município de Lamego aos portadores do CARTÃO SÉNIOR VIAJA, nas viagens de carreira pública dentro da área geográfica do Município de Lamego ou que nele tenham origem.

6.- Qualquer alteração, na vigência do presente acordo, ao regime de exploração das carreiras será submetida à aprovação do IMT e/ou entidade da entidade de transportes competente para o efeito, acompanhado de parecer do Município de Lamego.

7.- A TRANSDEV INTERIOR, S.A. obriga-se a entregar mensalmente a demonstração de todas as vendas de passes e títulos de transporte referentes às carreiras públicas objeto do presente acordo e a permitir que o Município de Lamego aceda à verificação factual dos dados disponibilizados.”

Como se pode verificar, as referências feitas aos anexos I a XXI (n.1 da cláusula 1.ª do acordo) detalham os elementos específicos e objetivos de cada carreira de transporte público rodoviário de passageiros (serviço público), respetivo horário, periodicidade, frequência e percurso.

Além disso, o operador “obriga-se a entregar mensalmente a demonstração de todas as vendas de passes e títulos de transporte referentes às carreiras públicas objeto do

presente acordo e a permitir que o Município de Lamego aceda à verificação factual dos dados disponibilizados." (ver n.7 da cláusula 1.ª). Desta forma se permite "medir" o número de passageiros transportados, a receita obtida com a venda de bilhetes e passes e, por conseguinte, apurar assim as importâncias a pagar à operadora, como determina e estabelece o acordo, nos n.ºs 3, 4 e 5 da cláusula 2.ª.

Por outro lado, reiteramos aqui os esclarecimentos prestados à questão 2. do v/ ofício com a referência DECOP-UAT .2/28131/2018, de 27.09.2018, dada a sua pertinência na resposta à presente questão." (sublinhado e destaque nosso).

«No seguimento da questão anterior demonstre que a compensação prevista no acordo sob fiscalização observa os pressupostos previstos no artigo 24.º do RJSPTP»

A entidade fiscalizada veio referir que:

"Tal como consta do Acordo (cláusula 2.ª e respetivos anexos XXII e XXIII e doc. 13 já juntos ao processo) nele está especificado que a compensação tem por objeto garantir a sustentabilidade do serviço, dado que o custo do mesmo, incluindo uma margem de lucro razoável - fixada, no caso, em 12,5%, não é suportado pelo mercado.

Nele também está incluído e contabilizado o valor da receita com venda de passes e bilhetes que se espera alcançar, demonstrando-se, assim, as incidências negativas e positivas para apuramento do valor da compensação.

Conforme consta dos anexos atrás referidos, XXII, XXIII e doc. 13, encontram-se demonstrados todos os custos e respetivas receitas e é fixada a compensação máxima de 509 998,44€, acrescida de IVA, tal como também consta do n.º 3, da cláusula 2.ª podendo o valor ser inferior em razão da receita arrecadada, como expressamente se refere no n.º 4 da mesma cláusula.

Ou seja, nela estão previstas as "incidências negativas e positivas" e o resultado da compensação não excede o somatório (e respetiva diferença) destas incidências, como determina o artigo 24.º do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP).

A este acordo será dada publicidade, nos termos da Lei n.º 64/2013, de 27 de agosto, após obtenção do Visto do Tribunal de Contas." (sublinhado nosso).

«Esclareça como foi contratualizado para o ano letivo de 2018/2019 a aquisição de serviços de transportes escolares indicando o respetivo valor, cocontratante e remetendo cópia integral do respetivo procedimento»

A entidade fiscalizada veio esclarecer que:

"A aquisição de transporte escolar para os alunos do concelho de Lamego foi feita nos termos do respetivo plano de ação social escolar e transportes escolares, aprovado em reunião da Câmara Municipal de Lamego, realizada em 28 de maio de 2018 (cfr. doc. 1). Nos termos do Dec.-Lei n.º 299/84, de 5 de setembro está definido (artigo 6º) que na efetivação do transporte da população escolar serão utilizados, em princípio, os meios de transporte coletivo que sirvam os locais dos estabelecimentos de ensino e de residência dos alunos. As empresas transportadoras concederão obrigatoriamente bilhetes de assinatura (passe escolar) aos alunos abrangidos, a requisitar anualmente pela Câmara Municipal. Assim, com base na informação técnica n.º 5128/2018, datada de 26.07.2018 (doc. 2) e respetivo parecer, foi cabimentada a verba (por despacho da Exma. Senhora Vereadora, de 26 de julho de 2018) tendo a mesma sido autorizada por despacho do Exmo. Senhor Presidente, datado de 1 de agosto de 2018 (ver documento de proposta de cabimento número 1182, de 2018/07/30 - doc. 3). Finalmente, foi feita a requisição externa de despesa número 1501, de 13 de setembro de 2018 à empresa de

transporte público de passageiros que opera no município de Lamego - TRANSDEV INTERIOR. S.A. - doc. 4.”.

«Promova a remessa:

- Dos anexos referidos no n.º 1 da cláusula 1.ª e a sua integração formal no acordo sob fiscalização;

- De licença da TRANSDEV Interior, S.A., para o transporte rodoviário de passageiros em autocarro (por conta de outrem) válida pelo período de vigência do contrato».

A entidade fiscalizada apresentou cópia da licença n.º 200134 - para transporte rodoviário internacional de passageiros em autocarro por conta de outrem e cópia do alvará n.º 300763 - para exercício da atividade de transporte coletivo de crianças (docs. 5 e 6). Nos termos da cláusula 1.ª, n.ºs 2 e 3, a TRANSDEV Interior, S.A. obriga-se a cumprir a legislação de transporte rodoviário de passageiros em carreira pública e a requerer, sempre que necessário, às entidades competentes, as alterações que se mostrem necessárias para garantir a realização de horários e circuitos, como será o caso da renovação da licença n.º 200134, cuja validade termina a 26 de junho de 2019.»

II.3 Apreciação das questões jurídicas suscitadas no recurso

II.3.1 Questões jurídicas relevantes

8 Tendo presente a fundamentação e sentido da decisão recorrida, as conclusões das alegações do recorrente (cf. *supra* §§ 1, 2 e 5), o parecer do Ministério Público (que não suscitou «questões novas», cf. *supra* § 3.1) e a análise empreendida pelo tribunal *ad quem*, os temas essenciais objeto do recurso são os seguintes:

8.1 Alegadas nulidades do acórdão recorrido.

8.2 Apreciação do pedido do recorrente sobre legalidade do ato objeto de fiscalização

8.3 Decisão sobre o pedido do recorrente relativo à concessão de visto.

II.3.2 Alegadas nulidades do acórdão recorrido

9 A análise das supostas nulidades do acórdão recorrido tem precedência lógica sobre as questões relativas à interpretação e aplicação do direito no caso concreto pois o deferimento daquelas prejudicaria subsequentes apreciações das segundas.

10 Segundo o recorrente, em raciocínio que culmina nas conclusões 6.ª e 7.ª do recurso, o acórdão recorrido incorreu em nulidade sancionada pelo artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC na medida em que na decisão se «compreendeu perfeitamente as razões da *legalidade do procedimento de formação do contrato* que sustenta a compensação financeira, legalidade que por isso

reconheceu com fundamento na aplicação desse regime excecional transitório previsto no artigo 10º, nº 1 da Lei nº 52/2015», considerando, contudo que a «compreensão desse regime transitório excecional parou aí, na apreciação do procedimento de formação do contrato, não se tendo projetado sobre a apreciação do próprio contrato à luz desse enquadramento legal excecional, não sendo possível vislumbrar qual o desenvolvimento lógico e racional que permite concluir que o procedimento para a formação do contrato é enquadrável no dito regime transitório, mas não o contrato», defendendo que tal implica nulidade por se verificar «obscuridade que torne a decisão ininteligível».

17 Este segmento da argumentação do recorrente foi analisado pelo Sr. Procurador-Geral-Adjunto no respetivo parecer (*supra* § 3.7), sendo as seguintes as conclusões do MP sobre essa vertente:

«8. É pacífico o entendimento de que só existe obscuridade quando não se possa alcançar o exato sentido da decisão.

9. Ora, no caso vertente, o acórdão apresenta com clareza e sem qualquer ambiguidade os fundamentos da decisão de recusa de visto. O sentido da decisão é inequívoco e unívoco: recusa de visto ao contrato submetido a fiscalidade prévia.

10. Temos para nós, que arguição da nulidade do acórdão não tem base factual e, salvo o devido respeito assenta num manifesto lapso do recorrente na identificação da norma legal aplicável, *in casu* o artigo 13º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho.

11. Com efeito, o artigo 13º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho [aprova o Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP)], sob a epígrafe “*obrigações de serviço público*”, estabelece que “*o pagamento de compensações por obrigações de serviço público relativas ao serviço público de transporte de passageiros, cuja exploração tenha sido atribuída antes da entrada em vigor do RJSPTP, deve ser formalizado e regulado, mediante contrato a celebrar entre a autoridade de transportes competente e o operador de serviço público, nos termos dos artigos 20.º e seguintes do RJSPTP, até 30 de junho de 2016*”.

12. A questão do pagamento de compensações por obrigações de serviço público é, pois, autónoma, não havendo qualquer incidência do regime transitório fixado na lei, que expressamente determina que seja aplicável o regime definido nos artigos 20.º e seguintes do RJSPTP.»

12 Na apreciação da invocada nulidade é importante ter presente a destrição analítica entre nulidade por *obscuridade* da sentença e divergência com o sentido de uma decisão jurisdicional objetivamente inteligível, sendo esta uma questão de mérito e não de vício processual.

13 Acrescente-se que a eventual dificuldade subjetiva na captação do suporte argumentativo de uma decisão judicial não se pode confundir com a objetiva *ininteligibilidade*, a única que constitui causa de nulidade.

- 14 No caso concreto o fundamento jurídico do acórdão criticado pelo recorrente reporta-se ao disposto pelo artigo 23.º do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP) aprovado pela Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, sobre o procedimento e conteúdo das obrigações de serviço público, plano em que o discurso da motivação da decisão não se apresenta ininteligível (permitindo, nomeadamente, às partes processuais, recorrente e Ministério Público apreciar o mesmo a partir de perspetivas distintas, divergindo ou concordando com essa fundamentação), pelo que improcede a invocada nulidade sancionada pela parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC.
- 15 Nas conclusões 21.^a a 23.^a da respetiva peça recursória (*supra* § 2), o recorrente identifica uma suposta contradição insanável entre os fundamentos e a decisão do acórdão recorrido por, segundo essa parte processual, a primeira instância «decidir pela *“necessidade de existência de um prévio acordo entre as partes fixando obrigações de serviço público, nos termos do já citado artigo 23º do RJSPTP”* e, ao mesmo tempo, decidir que *desse mesmo artigo 23º do RJSPTP resulta que as obrigações de serviço público não se confundem com meras obrigações contratuais e obedecem antes a um regime legal específico, assente numa imposição feita por autoridade pública, sendo de tal imposição feita por autoridade pública que nasce como contrapartida, o direito do operador a ser “compensado financeiramente” por esse serviço público*».
- 16 Refira-se que o recorrente aponta como eventual vício alternativo à imputada contradição uma suposta obscuridade geradora de ininteligibilidade⁴, em que, de forma manifesta e uma vez mais, confunde a divergência com fundamentos de uma sentença (nomeadamente alegadas incongruências argumentativas) com o vício de que trata a parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC, sendo o próprio recorrente a extrair um sentido do texto, reconhecendo que o mesmo é inteligível, o que nessa medida lhe permite desenvolver a sua discordância contra a interpretação do artigo 23.º do RJSPTP adotada pela primeira instância.
- 17 Relativamente à imputada nulidade do acórdão recorrido por *contradição insanável entre os fundamentos e a decisão*, o Ministério Público também se pronunciou:

«14. Não se vislumbra qual o erro lógico em que tenha incorrido o acórdão. Também aqui, é manifesto que o recorrente parece confundir a fase de negociação que obviamente culmina,

⁴ Diz o recorrente: «a decisão recorrida incorreu em contradição insanável entre os fundamentos e a decisão ou, ao menos, em obscuridade inultrapassável que impede a compreensão dos seus fundamentos legais e racionais e o seu verdadeiro sentido e alcance».

quando de resultado positivo, num acordo prévio e a fase de formalização/celebração do contrato. A fase de negociação visa gerar o consenso sobre as obrigações de serviço público formuladas de forma expressa e detalhada. Mas tais obrigações carecem de ser estabelecidas através de contrato.

15. O Tribunal *a quo* considerou que não foi evidenciado documentalmente que a fixação de obrigações de serviço público à TRANSDEV Interior, S. A., tivesse sido formulada de forma expressa e detalhada, nos termos do artigo 23.º do RJSPTP (vide ponto 23 do Acórdão).

16. Igualmente considerou que não está demonstrado que a compensação financeira de 509 998,44 €, solicitada pela TRANSDEV Interior, S. A. e aceite pelo Município de Lamego, tenha sido calculada de acordo com os critérios definidos no artigo 24.º do citado diploma.

17. Apesar do esforço argumentativo, o recorrente não logrou demonstrar o alegado erro de julgamento do Tribunal “*a quo*”.

18. Reitera, na verdade, a tese de que a compensação financeira visa garantir a sustentabilidade das condições de exploração nos termos do n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho. Ora, o que está verdadeiramente em causa não é um ajustamento das condições de exploração em função da procura, de modo a garantir a eficiência e a sustentabilidade, mas sim o pagamento de uma compensação financeira por obrigações de serviço público. São realidades distintas. Enquanto a primeira é da iniciativa da concessionária, a segunda é da exclusiva iniciativa do concedente, muito embora a decisão final em ambos os procedimentos dependa de acordo prévio entre ambos.»

18 Quanto à *contradição entre fundamentos e decisão*, prevista no artigo 615.º, n.º 1, alínea *c*), do CPC como causa de nulidade da sentença, como se destacou no recente Acórdão n.º 13/2019-28.MAI-1.ªS/PL, «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».

19 Prosseguindo o Acórdão n.º 13/2019-28.MAI-1.ªS/PL: «como afirmava Alberto dos Reis, tal situação ocorre quando “os fundamentos invocados pelo juiz conduziram logicamente, não ao resultado expresso na decisão, mas a resultado oposto”⁵».

20 Sem empreender um intempestivo aprofundamento da questão de fundo (cf. *infra* parte II.3.3), confrontando os concretos fundamentos invocados no acórdão recorrido (que merecem a divergência do recorrente) e o respetivo sentido decisório é evidente a inexistência de *contradição entre fundamentos e decisão*, sendo esta um corolário daqueles (identificam-se ilegalidades determinantes da recusa de visto e este é recusado).

21 Questão diferente da *contradição entre fundamentos e decisão* é a eventual falta de suporte jurídico para o decidido ou uma hipotética falta confluência de todos os argumentos apresentados pelo acórdão recorrido numa interpretação sistematicamente coerente do regime

⁵ *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 141.

jurídico aplicável, as quais se reportam ao mérito do objeto do recurso e devem ser apreciados pelo tribunal *ad quem* no julgamento do recurso (*supra* §§ 5 e 6).

- 22 A divergência do recorrente com os fundamentos do acórdão recorrido não é um problema de nulidade de sentença constituindo matéria que entronca com o mérito e a procedência ou improcedência da sua pretensão em fase de recurso, isto é, a interpretação e aplicação do direito no caso concreto.
- 23 Em síntese: o acórdão recorrido não padece de qualquer nulidade prevista no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC que obste à apreciação do mérito do recurso.

II.3.3 Apreciação do pedido do recorrente sobre legalidade do ato objeto de fiscalização

II.3.3.1 Decisão recorrida

24 Identificado o objeto do recurso por referência às respetivas conclusões (*supra* §§ 2, 5 e 6), visando a revogação do acórdão de recusa do visto e a sua substituição pela concessão de visto, importa sintetizar os fundamentos nucleares da decisão recorrida:

24.1 A «questão controvertida é idêntica à que deu origem ao Acórdão n.º 5/2018-23.JAN-1.ªS/SS, mantido pelo Acórdão n.º 12/2018-20.JUN-1.ªS/PL, deste Tribunal de Contas, por sinal, envolvendo a mesma entidade fiscalizada (Mdl) e o mesmo cocontratante (TRANSDEV Interior, S.A.)» (§ 14);

24.2 Trata-se da atribuição de «compensação financeira sem suporte legal, uma vez que a mesma não tem como fundamento o cumprimento de obrigações de serviço público que tenham sido impostas à empresa nos termos do citado artigo 23.º do RJSPTP» (§ 15); a «atribuição de compensação financeira ao operador de transportes não pode ter por fundamento a necessidade de garantir ou favorecer a sustentabilidade do “serviço”, isto é, da atividade comercial da TRANSDEV Interior S.A., mas sim “compensar financeiramente” as obrigações de serviço público que lhe tenham sido impostas, de forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis pelo» município (§ 32), «para além de um dos fatores de cálculo da compensação financeira a atribuir à TRANSDEV Interior S.A. compreender uma margem de lucro de 12,50% sem que se vislumbre justificação para a fixação de tal montante, são também considerados nesse cálculo montantes a título de custos de manutenção e de

amortização sem que tais montantes sejam adequadamente fundamentados, por exemplo, na idade e/ou quilometragem das viaturas afetas ao objeto do acordo atípico» (§ 34);

24.3 Contra o argumento da entidade de «que o “acordo atípico” celebrado faz referência na sua cláusula 1.ª a “obrigações do operador”, mostrando-se assim, no seu entender, efetivamente demonstrada a aplicação do artigo 23.º do RJSPTP» entendeu-se que «as citadas “obrigações do operador” não preenchem [...] os requisitos estabelecidos no n.º 1 do citado artigo 23.º, uma vez que não são apresentadas de “*forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis*”» (§§ 19-20);

24.4 A «entidade fiscalizada não logrou demonstrar o cumprimento do citado artigo 23.º do RJSPTP, já que não evidenciou documentalmente que a fixação de obrigações de serviço público à TRANSDEV Interior S.A. foi formulada de forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis», daí que no n.º 5 da cláusula 1.ª do Acordo não tenha sido quantificado «o número, pelo menos previsível, de portadores do cartão sénior, o montante percentual do desconto a conceder, e em que viagens ou carreiras públicas poderá esse desconto ser utilizado pelos respetivos beneficiários» (§§ 23 a 25);

24.5 Acrescentando-se: «ainda que tal requisito legal tivesse sido cumprido [artigo 23.º, n.º 1, do RJSPTP] o MdL também não logrou demonstrar que a compensação financeira de 509.998,44€ (solicitada pela TRANSDEV Interior, S.A. e aceite pelo MdL), foi calculada de acordo com os critérios definidos no artigo 24.º do RJSPTP» (§ 27);

24.6 Foi, ainda, referido sobre o teor do contrato: «nos mapas XXII, XXIII e doc. 13, se constata a referência ao transporte escolar, facto esse que de modo algum poderia servir de fundamento para a concessão de compensação nos termos pretendidos pela entidade fiscalizada, já que foi a própria a esclarecer este Tribunal que o transporte escolar relativo ao ano letivo de 2018/2019 foi “adjudicado” autonomamente à TRANSDEV Interior S.A., pelo valor de € 373.000,00, acrescido de IVA à taxa legal» (§ 35).

24.7 Concluindo-se:

a) «Não tendo base legal, a compensação financeira constante do Acordo *sub judice* assume a natureza de um Auxílio de Estado, o qual é expressamente proibido, nos termos do artigo 25.º do RJSPTP» (§ 36);

- b) «É igualmente ilegal a deliberação da câmara municipal que a aprovou, por força do estatuído no n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, e no n.º 2 do artigo 59.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, segundo os quais são nulas as deliberações de qualquer órgão autárquico que determinem ou autorizem a realização de despesas não permitidas por lei» (§ 37);
- c) Ilegalidade subsumida às alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC invocadas na decisão de «recusar o visto ao acordo».

II.3.3.2 Críticas do recorrente à instrução e processo inferencial da primeira instância

- 25 Nas conclusões do recurso, o recorrente empreende várias críticas (cf. *supra* § 2 as conclusões 14, 15, 18, 26, 27, 29, 38 e 39) sobre a instrução e processo inferencial desenvolvidos pela primeira instância.
- 26 Tendo o recurso sido circunscrito, pelo recorrente, a matéria de direito (cf. *supra* §§ 2, 5, 6, 8) e a análise do parecer do MP também incidido apenas em questões jurídicas (cf. *supra* § 3.1), nesta fase não pode haver lugar à discussão de alterações incidentes na matéria de facto devendo a interpretação jurídica ter por referência a enunciação da matéria de facto transcrita *supra* no § 7 (ao abrigo do artigo 663.º, n.º 6, do CPC).
- 27 O regime específico do recurso sobre decisões de recusa de visto estabelece que não sendo suscitadas *novas questões* pelo MP no parecer elaborado ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC, o tribunal *ad quem* não pode conhecer para a concessão ou recusa do visto «questões relevantes» em matéria de facto «não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente» — cf. n.º 2 do artigo 100.º conjugado com o n.º 3 do artigo 99.º da LOPTC, sobre os ónus do recorrente para alteração da matéria de facto em fase de recurso vd., ainda, por todos o § 17 do Acórdão n.º 14/2018-10.JUL-1.ªS/PL, os §§ 9 e 16 do Acórdão n.º 22/2018-9.OUT-1.ªS/PL e os §§ 16 a 20 do Acórdão n.º 13/2019-28.MAI-1.ªS/PL.
- 28 Tendo presente que o recurso se cinge a matéria de direito (§§ 2, 5, 6, 8 e 27), a eventual pretensão associada às aludidas críticas do recorrente (§ 25) para se afigurar suscetível de determinar uma alteração da decisão recorrida teria de incidir na violação pela primeira instância de regras legais imperativas em matéria de direito probatório material.

- 29 Questão que exige o enquadramento específico do regime probatório do processo de fiscalização prévia em que a entidade requerente tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC e as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC, bem como os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo Departamento de Controlo Prévio da Direção-Geral do TdC (DECOP) e pelo TdC (artigos 82.º, n.º 1, e 85.º, n.º 3, da LOPTC).
- 30 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do Tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo normativo que tem de ser interpretado à luz da natureza do processo jurisdicional de fiscalização prévia (mesmo em primeira instância), que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do TdC sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela respetiva arquitetura procedimental e substantiva.
- 31 A responsabilidade jurídica própria da entidade requerente integra o impulso e instrução do processo, e o ónus de alegação e prova de todos os factos relevantes para o preenchimento dos requisitos legais de que depende a concessão de visto no caso concreto, tendo sido em primeira instância proporcionada ao ora recorrente oportunidade de demonstrar o preenchimento dos requisitos legais para a concessão de visto — no caso concreto, depois da instrução inicial pelo DECOP, houve *devoluções* determinadas pelo próprio Tribunal ao requerente para alegação de factos e/ou argumentos jurídicos suplementares e junção de prova adicional.
- 32 A circunstância de o ora recorrente ter eventualmente impulsionado o processo sem que todos os elementos necessários para a concessão do visto estivessem reunidos integra a assunção de opções próprias judicialmente insindicáveis, não existindo qualquer indício de que a decisão recorrida tenha sido contaminada por vícios nesse segmento, já que o Tribunal está vinculado à prolação de decisão com base nos elementos de prova fornecidos para o efeito e vinculado ao prazo perentório estabelecido na lei para o efeito (nos termos do artigo 85.º, n.º 1, da LOPTC).
- 33 Por outro lado, a recorrente não identificou uma concreta norma legal alegadamente violada nem empreendeu a arguição de nulidades (além das invocadas quanto à decisão recorrida e

apreciadas *supra* nos §§ 9 a 23), plano em que se deve atender nomeadamente ao disposto no artigo 199.º do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC, domínio em que, sem olvidar as regras sobre o ónus do recorrente e objeto do recurso, se deve ainda atender ao artigo 3.º, n.º 1, primeira parte, do CPC, sobre o princípio do dispositivo e o seu corolário relativo ao princípio do pedido e respetivo enquadramento jurídico.

34 O regime sobre invalidades de atos processuais tem como base os seguintes elementos retores:

34.1 Apenas existe invalidade quando ocorre violação da lei;

34.2 Verificada uma concreta ilegalidade, impõe-se a respetiva qualificação jurídica à luz do princípio da legalidade pautada pelos seguintes critérios:

a) A violação ou a inobservância de normas ou princípios legais só determina a nulidade de ato processual quando esta for expressamente cominada na lei;

b) Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o ato ilegal é irregular.

35 Desta forma, incumbia ao recorrente cumprir dois ónus que não foram satisfeitos:

35.1 Identificar a ilegalidade consubstanciada em supostas omissões indevidas do tribunal;

35.2 Fundamentar a respetiva qualificação como nulidade, ainda que enquadrada em conceito indeterminado previsto na parte final do n.º 1 do artigo 195.º do CPC, que estabelece «fora dos casos previstos nos artigos anteriores, [...] a omissão de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreva, só produzem nulidade quando a lei o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa».

36 Apreciando no âmbito dos circunscritos poderes do tribunal *ad quem* o enunciado da matéria de facto, conclui-se:

36.1 Não foram suscitados nem identificados eventuais vícios jurídicos da decisão recorrida ao nível da interpretação e aplicação do direito probatório ou ilegalidades processuais relativas à violação de direitos da parte sancionáveis como nulidade, nomeadamente quanto à instrução do processo, apreciação dos factos e aplicação do direito;

36.2 Impõe-se, apenas, tendo presente a data mencionada na conclusão 26.^a do recurso («informação técnica n.º 5762/2018, datada de 31.08.2018»⁶) e as menções no acórdão de duas datas como relativas à prática desse mesmo ato — nos pontos d) e e) — no exercício do poder do tribunal de recurso de interpretação da decisão impugnada, ao abrigo do

⁶ E que também consta de outro passo da motivação de recurso.

artigo 614.º, n.º 1, do CPC⁷, concluir que na medida em que a informação se debruça sobre ofício de 29.8.2018 que apenas podia ter dado entrada em 31.08.2018, a data correta é a referida pelo recorrente e que consta do ponto e) da matéria de facto, consequentemente, a menção no ponto d) da data de 30.08.2018 em vez de 31.08.2018 foi devida a mero lapso material que se corrige nesta fase⁸.

II.3.3.3 Interpretação e aplicação das normas legais relevantes no caso concreto

37 Na apreciação do recurso deve estar presente, além da delimitação do objeto do recurso (*supra* §§ 2, 5 e 6), o princípio de que o tribunal *ad quem* pode apreciar todas as questões selecionadas pelas partes não estando sujeito às respetivas alegações quanto à interpretação e aplicação das normas jurídicas (artigo 5.º, n.º 3, do CPC).

38 Contexto em que se impõe identificar as normas que o tribunal *ad quem*, no exercício da sua independência hermenêutica, considera centrais para apreciação do objeto do recurso: os artigos 2.º, 9.º, 10.º, 13.º e 17.º da Lei n.º 52/2015 (que, como referimos, aprovou o RJSPTP), os artigos 20.º, 23.º, 24.º e 25.º do RJSPTP — os três últimos integrados na secção III (*Contrato de serviço público de transporte de passageiros*) do capítulo IV (*Exploração do serviço público de transporte de passageiros*) desse regime jurídico — e os artigos 1.º, alínea *g*), 3.º, n.º 1, 4.º, n.º 1, alínea *b*), e 6.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo ao serviço público de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros.

39 O artigo 2.º da Lei n.º 52/2015 aprova o RJSPTP que consta do anexo a essa lei.

40 Das normas conjugadas do artigo 9.º da Lei n.º 52/2015, com a epígrafe *Exploração de serviço público de transporte de passageiros atribuída por via de procedimento distinto do concorrencial*, e do artigo 10.º, *Autorização para a manutenção do regime de exploração a título provisório*, decorre que:

⁷ Neste sentido e em comentário ao artigo 614.º do CPC podem referir-se Lebre de Freitas / Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2017, p. 732 e Abrantes Geraldês / Paulo Pimenta / Luís Filipe Sousa *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2018, p. 735.

⁸ Tendo-se procedido à pertinente retificação no enunciado da matéria de facto constante do § 7 do presente acórdão.

- 40.1 Sem prejuízo do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 52/2015 (sobre *exploração de serviço público de transporte de passageiros atribuída a operadores internos*) aos regimes legais, regulamentares, contratuais, ou que decorram de ato administrativo, aplicáveis à exploração do serviço público de transporte de passageiros vigentes à data de entrada em vigor do RJSPTP, que não resultem de procedimento concorrencial, aplica -se o disposto no n.º 3 do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 1370/2007.
- 40.2 Para efeitos do disposto no número anterior, os títulos de concessão para a exploração do serviço público de transporte de passageiros por modo rodoviário, atribuídos ao abrigo do Regulamento de Transportes em Automóveis, aprovado pelo Decreto n.º 37272, de 31 de dezembro de 1948, (RTA), que tenham sido atribuídos ou renovados antes da data limite do período referido na alínea d) do n.º 3 do artigo 8.º do Regulamento, mantêm -se em vigor até ao final do respetivo prazo de vigência ou até 3 de dezembro de 2019, consoante a data que ocorrer primeiro.
- 40.3 Para efeitos do acima referido, os títulos de concessão para a exploração do serviço público de transporte de passageiros por modo rodoviário, atribuídos ao abrigo do RTA, que tenham sido atribuídos após a data limite do período referido na alínea d) do n.º 3 do artigo 8.º do Regulamento, e que à data da entrada em vigor do RJSPTP se encontrem no decurso do seu período inicial de vigência de 10 anos, mantêm-se em vigor até ao final do respetivo prazo de vigência ou até 3 de dezembro de 2019, consoante a data que ocorrer primeiro.
- 40.4 A autoridade de transportes competente pode, por razões de interesse público relevante devidamente fundamentado, autorizar a manutenção dos títulos de concessão para a exploração do serviço público de transporte de passageiros por modo rodoviário atribuídos ao abrigo do RTA, em regime de exploração provisória, após as datas resultantes da aplicação do artigo 9.º da Lei n.º 52/2015, não podendo o respetivo prazo de vigência terminar, em caso algum, após 3 de dezembro de 2019.
- 40.5 A exploração de serviço público de transporte de passageiros a título provisório não confere ao respetivo operador um direito exclusivo nas linhas, rede ou área geográfica em causa, exceto se tal for expressamente previsto pela autoridade de transportes competente.

- 41 O artigo 13.º da Lei n.º 52/2015 estabelece que «o pagamento de compensações por obrigações de serviço público relativas ao serviço público de transporte de passageiros, cuja exploração tenha sido atribuída antes da entrada em vigor do RJSPTP, deve ser formalizado e regulado, mediante contrato a celebrar entre a autoridade de transportes competente e o operador de serviço público, nos termos dos artigos 20.º e seguintes do RJSPTP, até 30 de junho de 2016».
- 42 Por último, o artigo 17.º da Lei n.º 52/2015 determina que essa lei entra em vigor 60 dias após a sua publicação, com exceção do artigo 8.º, que entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.
- 43 O artigo 20.º do RJSPTP regula os tipos de contratos de serviço público de transporte de passageiros estabelecendo que os mesmos podem assumir uma de duas tipologias: (1) contrato de concessão de serviço público de transporte de passageiros ou (2) de contrato de prestação de serviço público de transporte de passageiros.
- 44 O artigo 23.º do RJSPTP, com a epígrafe *Obrigações de serviço público*, estabelece que as autoridades de transportes competentes *podem impor obrigações de serviço público ao operador de serviço público* as quais devem ser:
- 44.1 Formuladas de forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis;
- 44.2 Estabelecidas através:
- a) De contrato a celebrar com o operador de serviço público;
 - b) De portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e dos transportes, ou
 - c) De ato do órgão executivo da autoridade de transportes competente.
- 45 O artigo 24.º, com a epígrafe *Compensação por obrigações de serviço público*, determina que:
- 45.1 Apenas o cumprimento de obrigações de serviço público pode conferir o direito a uma compensação por obrigação de serviço público;
- 45.2 A atribuição da compensação referida no número anterior, quando aplicável, é efetuada nos termos do anexo ao Regulamento (CE) n.º 1370/2007 e do o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas (RJ CSP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto e alterado pela Lei n.º 64/2013, de 27 de agosto.

- 45.3 A compensação por obrigação de serviço público não pode exceder um montante que corresponda ao efeito financeiro líquido decorrente da soma das incidências, positivas ou negativas, da execução da obrigação de serviço público sobre os custos e as receitas do operador de serviço público.
- 45.4 As incidências referidas são calculadas comparando a totalidade de custos e receitas do operador de serviço público num cenário de existência de obrigação de serviço público, com os decorrentes de um cenário sem existência de obrigação de serviço público e em que os serviços abrangidos são explorados em condições de mercado.
- 46 Importa, ainda, atender ao disposto no artigo 25.º do RJSPTP, com a epígrafe *Auxílios de Estado*, que, depois da regulação da compensação por obrigações de serviço público no artigo 24.º, prescreve: «são proibidas quaisquer outras compensações, auxílios ou ajudas de entidades públicas a operadores de serviço público que não se enquadrem nos termos constantes do presente RJSPTP ou da legislação aplicável, designadamente o Regulamento e a legislação em matéria de concorrência».
- 47 O artigo 1.º, alínea *g*), do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 define «compensação por serviço público» como «qualquer vantagem, nomeadamente financeira, concedida direta ou indiretamente por uma autoridade competente através de recursos públicos durante o período de execução de uma obrigação de serviço público ou ligada a esse período».
- 48 O artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 estabelece que «quando uma autoridade competente decida conceder ao operador da sua escolha um direito exclusivo e/ou uma compensação, qualquer que seja a sua natureza, em contrapartida da execução de obrigações de serviço público, deve fazê-lo no âmbito de um contrato de serviço público».
- 49 O artigo 4.º, n.º 1, alínea *b*), do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 determina que os contratos de serviço público e as regras gerais devem, nomeadamente, «estabelecer, antecipadamente e de modo objetivo e transparente» os parâmetros com base nos quais deve ser calculada a compensação por forma a evitar sobrecompensações.
- 50 O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 prescreve:
«Qualquer compensação ligada a uma regra geral ou a um contrato de serviço público deve obedecer às disposições estabelecidas no artigo 4.º, independentemente das modalidades de adjudicação do contrato. Qualquer compensação, seja qual for a sua natureza, ligada a um

contrato de serviço público adjudicado por ajuste direto ao abrigo dos n.ºs 2, 4, 5 ou 6 do artigo 5.º ou ligada a uma regra geral deve obedecer, além disso, às disposições estabelecidas no anexo.»

51 Por último, no anexo do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, com o título *Regras aplicáveis à compensação nos casos referidos no n.º 1 do artigo 6.º*, determina-se, nomeadamente, que:

51.1 As compensações ligadas a contratos de serviço público adjudicados por ajuste direto ao abrigo dos n.ºs 2, 4, 5 ou 6 do artigo 5.º ou ligadas a uma regra geral devem ser calculadas de acordo com as regras estabelecidas nesse anexo;

51.2 A compensação não pode exceder um montante que corresponda ao efeito financeiro líquido decorrente da soma das incidências, positivas ou negativas, da execução da obrigação de serviço público sobre os custos e as receitas do operador de serviço público.

51.3 As incidências devem ser avaliadas comparando a situação em que é executada a obrigação de serviço público com a situação que teria existido se a obrigação não tivesse sido executada.

51.4 No cálculo das incidências financeiras líquidas, a autoridade competente deve tomar como referencial um conjunto regras sobre custos incorridos em relação a uma obrigação de serviço público ou a um conjunto de obrigações de serviço público impostas pela autoridade ou autoridades competentes, incluídas num contrato de serviço público e/ou numa regra geral, menos as incidências financeiras positivas geradas na rede explorada ao abrigo da obrigação ou obrigações de serviço público em causa, menos as receitas decorrentes da aplicação do tarifário ou quaisquer outras receitas decorrentes do cumprimento da obrigação ou obrigações de serviço público em causa, mais um lucro razoável, igual ao efeito financeiro líquido.

51.5 Para evitar a sobrecompensação ou a falta de compensação, ao proceder ao cálculo da incidência financeira líquida, devem ser tidos em conta os efeitos financeiros quantificáveis sobre as redes do operador.

51.6 O cálculo dos custos e das receitas deve ser efetuado em conformidade com os princípios contabilísticos e fiscais em vigor.

51.7 Para garantir a transparência e evitar subvenções cruzadas, quando um operador de serviço público explora simultaneamente serviços sujeitos a obrigações de serviço público

de transportes que beneficiam de compensação e outras atividades, a contabilidade dos referidos serviços públicos deve ser separada, satisfazendo, no mínimo, as seguintes condições:

- a) As contas correspondentes às atividades de exploração relativo ao serviço público objeto da compensação em causa devem ser separadas de atividades cobertas por outras obrigações de serviço público (objeto de diferentes contratos) e prestações desenvolvidas que não estejam cobertas por específicas obrigações de serviço público, devendo a parte dos ativos correspondentes e os custos fixos ser afetados segundo as normas contabilísticas e fiscais em vigor;
- b) Os custos variáveis, os custos fixos e a expectativa de lucro razoável ligados a qualquer outra atividade do operador de serviço público não podem, em caso algum, ser imputados ao serviço público em causa;
- c) Os custos de serviço público devem ser equilibrados pelas receitas de exploração e pelos pagamentos das autoridades públicas, sem transferência possível das receitas para outro sector de atividade do operador de serviço público.

52 O controlo pelo TdC da legalidade de instrumentos submetidos a fiscalização prévia compreende como etapa fundamental a qualificação do ato ou contrato objeto do processo.

53 Quanto a esse plano o recorrente retomou perante a segunda instância a defesa que já preconizara antes de que «pela circunstância de ainda não ter sido elaborado o novo concurso público para concessão de exploração de transporte público na área do Município [...] foi decidido celebrar um acordo atípico»⁹.

54 Enquadramento que está na base da tese do recorrente sobre a existência de um regime transitório que determinaria a não sujeição da outorga de compensação ao RJSPTP pois a exploração a título provisório ao abrigo do artigo 10.º da Lei n.º 52/2015 implica também um regime transitório de não aplicação do RJSPTP na outorga de compensações pelo serviço público.

55 Segundo o recorrente: «o procedimento para a formação do contrato foi julgado adequado e legal, porquanto, na situação de facto julgada nos autos, se entendeu verificada a previsão do

⁹ Enquadramento já defendido em primeira instância e que consta da alínea e) da matéria de facto do acórdão recorrido, cf. *supra* § 7.

n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 52/2015 que permite que, por razões de interesse público relevante, a autoridade de transportes competente autorize a manutenção, em regime de exploração provisória, no máximo até 03.12.2019, dos títulos de concessão para exploração de serviço público de transporte de passageiros por modo rodoviário atribuídos ao abrigo do anterior RTA».

56 Considerou, ainda, que «sempre que o procedimento contratual adotado — como é o caso — tenha fundamento legal no *regime transitório excepcional previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 52/2015*, o contrato celebrado com esse enquadramento terá que ser avaliado a partir dos *interesses prevaletentes em nome dos quais tal regime excepcional foi instituído*, (os da *garantia da estabilidade do sistema de transportes e da mobilidade das populações*) e não, portanto, a partir dos interesses que a própria lei entendeu a título excepcional subordinar àqueles, da abertura total do mercado à concorrência».

57 Ao invés do que preconiza o recorrente, as disposições transitórias dos artigos 9.º e 10.º da Lei n.º 52/2015 reportam-se apenas à possibilidade de derrogação temporária da imperatividade da norma sobre os novos contratos de serviço público de transporte de passageiros constante do artigo 20.º do RJSPTP, não afetando a vigência das regras estabelecidas nesse regime sobre compensações financeiras.

58 O regime jurídico analisado permite concluir que a definição dos parâmetros da concreta *obrigação de serviço público* de transporte de passageiros é competência da autoridade de transportes e apenas os encargos derivados do cumprimento de concretas *obrigações de serviço público* de transporte de passageiros determinadas por aquela autoridade podem conferir o direito a uma compensação cuja fixação é conformada por um conjunto de normas imperativas não podendo ser estabelecido por ato arbitrário e imotivado (*supra* §§ 26 a 39).

59 Uma autoridade de transporte que decide atribuir compensações por força de obrigações de serviço público a um operador que realiza o serviço de transporte de passageiros no quadro do regime transitório admitido pelo artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2015 tem de abrir um procedimento de formação do contrato que visa a apreciação da aplicação no caso concreto do disposto pelos artigos 23.º e 24.º do RJSPTP.

60 O instrumento sujeito a fiscalização prévia no âmbito do presente processo:

60.1 Deve ser qualificado como um contrato administrativo relativo à atribuição de compensação financeira por obrigação de serviço público de transporte de passageiros regulado, nomeadamente, pelos artigos 23.º, n.º 2, e 24.º, n.ºs 2 a 4, do RJSPTP, artigos

200.º, n.º 1, e 201.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Procedimento Administrativo (CPA) e os artigos 1.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP);

60.2 Consequentemente, a entidade pública está vinculada ao cumprimento do regime procedimental do CPA e, em particular, aos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência e, sem embargo de, como efeito colateral do regime transitório decorrente do artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2015 articulado com a interpretação sistemático-teleológica do artigo 5.º, n.º 1, CCP, a formação do contrato administrativo em causa não estar sujeita à aplicação das regras imperativas sobre tipologias de procedimento e *iter procedimental* da escolha do procedimento até à adjudicação estabelecidas na parte II do CCP, deve obedecer ao regime substantivo desse código (atento, ainda, o prescrito no artigo 53.º do RJSPTP sobre aplicação subsidiária do CCP).

61 Passando a analisar o caso concreto à luz das aludidas coordenadas normativas¹⁰, constata-se que, em detrimento de desenvolver um procedimento para aplicação de um conjunto de regras legais sobre pressupostos e cálculo de compensação financeira por obrigação de serviço público de transporte de passageiros, o município recorrente optou por uma decisão avulsa (decorrente de proposta do presidente da Câmara Municipal apenas baseada numa muito sucinta informação de um chefe de divisão elaborada no mesmo dia daquela proposta e em que deu entrada no órgão autárquico o pedido formulado pela empresa privada interessada) determinando a outorga do contrato, por deliberação por maioria do coletivo da câmara, qualificando o instrumento como *acordo atípico* não vinculado ao RJSPTP.

62 A informação n.º 5762/2018, a proposta do presidente da Câmara Municipal de Lamego e a aprovação (por maioria) do colégio desse órgão executivo não foram precedidos de quaisquer atos instrutórios relativos à prova e enunciação de factos sobre a concreta obrigação de serviço público e respetiva valoração (no plano jurídico e contabilístico), nem de quaisquer análises técnicas empreendidas por serviços da entidade administrativa, pelo que se verifica a omissão de um procedimento administrativo precedendo o ato decisório, o que inquina a decisão de atribuição de um determinado valor de auxílio financeiro a entidade privada e a subsequente outorga contratual.

63 Ressalta, em particular, a omissão da prática de atos instrutórios que permitam consubstanciar:

¹⁰ Tendo presente a matéria de facto fixada pela primeira instância, *supra* § 7.

- 63.1 A enunciação de forma expressa e detalhada de elementos específicos, objetivos e quantificáveis para o cálculo da compensação por obrigação de serviço público;
- 63.2 Cálculos comparativos da totalidade de custos e receitas da empresa privada num cenário de existência de obrigação de serviço público, com os decorrentes de um cenário sem existência de obrigação de serviço público e em que os serviços abrangidos fossem explorados em condições de mercado;
- 63.3 A valoração do efeito financeiro líquido decorrente da soma das incidências, positivas ou negativas, da execução da obrigação de serviço público sobre os custos e as receitas do operador de serviço público.
- 64 O complexo normativo constituído pelos artigos 23.º e 24.º do RJSPTP, 4.º, n.º 1, alínea *b*), 6.º, n.º 1, e anexo do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 impõe um conjunto de atos de avaliação de custos do serviço público, de acordo com regras fixadas em normas gerais e abstratas que têm de ser aplicadas ao caso concreto pelo ente administrativo, sendo *conditio sine qua non* dessas operações a prévia enunciação de *forma expressa e detalhada* das contrapartidas relativas às obrigações de serviço público, por referência a *elementos específicos, objetivos e quantificáveis* comprovados pela autoridade pública de transporte.
- 65 O procedimento administrativo, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, do CPA, é constituído pela «sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública».
- 66 Procedimento que reportado a um pedido de entidade privada que solicita compensação financeira pela execução de obrigação de serviço público de transporte de passageiros deve visar a recolha de dados factuais, análises técnicas (nomeadamente contabilísticas) e aplicação de normas legais por agentes administrativos cuja atividade deve ser conformada pelos princípios da legalidade, prossecução do interesse público, boa administração, igualdade, proporcionalidade, justiça, razoabilidade e imparcialidade, dimensões axiológicas, nomeadamente, estabelecidas nos artigos 3.º a 9.º do CPA.
- 67 No caso concreto foi completamente omitida a prática de quaisquer atos instrutórios e de fixação de matéria de facto para subsequente aplicação do direito em violação dos princípios acima enunciados e em particular do disposto nos artigos 55.º, 56.º, 58.º, 102.º, 115.º, 116.º, 126.º, 127.º, 147.º e 151.º do CPA.

- 68 Consequentemente, a mácula da ilegalidade atinge a gênese da decisão de outorga do contrato e a qualificação do acordo como *atípico* foi uma via de violação de regime legal imperativo estabelecido nos artigos 23.º a 25.º do RJSPTP que proíbe a atribuição de compensações financeiras por prestação de serviço público de transporte rodoviário de passageiros sem um procedimento prévio vinculado ao estabelecimento da obrigação de serviço público e aplicação de normas legais sobre os pressupostos e cálculo das compensações financeiras pela respetiva execução.
- 69 Tendo a entidade pública recorrente adotado um acordo qualificado como *atípico* prescindindo da tramitação de um procedimento administrativo prévio para cumprir as exigências estabelecidas nos artigos 23.º e 24.º do RJSPTP, 4.º, n.º 1, alínea *b*), 6.º, n.º 1, e anexo do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, analisadas *supra* nos §§ 44, 45 e 49 a 51, verifica-se uma omissão que deve ser qualificada como «preterição total do procedimento legalmente exigido» prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea *l*), do CPA.
- 70 Resulta da matéria de facto assente em primeira instância (*supra* § 7) que no seio da entidade administrativa (o município recorrente) não foi aberto um procedimento formal nem praticados atos instrutórios relativos ao apuramento dos factos relevantes à avaliação de custos especificados do serviço público os quais deveriam culminar num relatório devidamente fundamentado, de modo a habilitar a entidade competente com todos os elementos necessários à devida ponderação e subsequente decisão.
- 71 Não houve por parte da entidade administrativa, a produção de uma análise independente de factos e de acordo com os princípios do procedimento administrativo que cumprisse a finalidade própria do regime legal aplicável (*supra* nos §§ 44, 45 e 49 a 51).
- 72 Consequentemente, não foi satisfeita a responsabilidade instrutória de seleção dos factos (essenciais para o cumprimento da obrigação legal de discriminação de *elementos específicos, objetivos e quantificáveis*) e aplicação do direito, tarefa que ficou a cargo da entidade privada interessada que empreendeu a avaliação dos factos e parâmetros determinantes da transferência de recursos públicos consubstanciada no designado *acordo*, limitando-se o órgão autárquico a aderir à valoração do privado (que, aliás, expressa um ato de vontade sobre o montante da transferência de recursos públicos ainda que acompanhado de argumentos), sem ter instaurado um procedimento administrativo com prática de atos instrutórios ou qualquer análise técnica imparcial fundamentada.

- 73 Desta forma, os membros órgão colegial competente, por força de decisão singular do respetivo presidente, ficaram impedidos de suportar a sua valoração em qualquer procedimento administrativo, nomeadamente, com informações factuais e técnicas sobre todos os requisitos legais que constituíam *conditio sine qua non* para valorar a proposta do privado.
- 74 Circunstancialismo repercutido numa escolha arbitrária e infundamentada no caso de acolhimento de uma proposta de ente privado por parte do órgão com competência executiva quanto à decisão de contratar.
- 75 A «preterição total do procedimento legalmente exigido» determina a nulidade da deliberação da Câmara Municipal e do contrato administrativo atentas as disposições dos artigos 161.º, n.º 1 e n.º 2, alínea /), 162.º, 200.º, n.º 2, e 201.º, n.ºs 1 e 2, do CPA conjugadas, ainda, com as normas dos artigos 1.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, e 283.º, n.º 1, do CCP (quanto à nulidade derivada do contrato importa atender a que o vício originário que atinge o ato procedimental em que assentou a respetiva celebração pode ainda ser declarado).
- 76 A deliberação da Câmara Municipal ao violar o complexo normativo constituído pelos artigos 23.º a 25.º do RJSPTP, 4.º, n.º 1, alínea b), 6.º, n.º 1, e anexo do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 consubstanciou um ato que determina «a realização de despesas não permitidas por lei», o que, em face do disposto pelo artigo 4.º, n.º 2, do regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RFALEI) aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, e do artigo 59.º, n.º 2, alínea c) do regime jurídico das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RJALEI) aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, implica a respetiva nulidade.
- 77 Mácula que determina a nulidade derivada do contrato outorgado atentas disposições conjugadas dos artigos 4.º, n.º 2, do RFALEI, 59.º, n.º 2, alínea c), do RJALEI, 161.º, n.º 1, 162.º e 201.º, n.ºs 1 e 2, do CPA e 283.º, n.º 1, do CCP.

II.3.5 Decisão sobre o pedido do recorrente relativo à concessão de visto

- 78 Sendo o processo teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.
- 79 Constatou-se que o contrato se encontra afetado por duas nulidades (*supra* §§ 75 e 77).

- 80 Como se destacou no Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL, «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)» — orientação jurisprudencial sobre a função do TdC relativamente ao conhecimento de nulidades para efeitos de recusa de visto também adotada nos Acórdãos n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL, n.º 30/2018-20.DEZ-1.ªS/PL, n.º 9/2019-28.MAR-1.ªS/PL e n.º 13/2019-28.MAI-1.ªS/PL.
- 81 Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL em que, na conjugação dos vícios dos atos e contratos com as específicas funções jurisdicionais do TdC em sede de fiscalização prévia, se destaca:
- 81.1 «[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» (§ 39).
- 81.2 «Plano em que o TdC se deve conformar com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC» (§ 40).
- 82 Em face do exposto, a identificação das nulidades mencionadas nos §§ 75 e 77 impõe, por si só, a recusa de visto ao contrato submetido a fiscalização em face do disposto na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 83 Por outro lado, a natureza financeira das normas dos artigos 4.º, n.º 2, do RFALEI e 59.º, n.º 2, alínea *c*), do RJALEI implica que a respetiva violação constitua motivo imperativo para a recusa de visto nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea *b*), da LOPTC.
- 84 A questão jurídica objeto do presente acórdão tem, ainda, uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), devendo quanto a auxílios de Estado a serviço de transportes de passageiros atender-se, ainda, à conjugação do referido artigo 107.º, n.º 1, com os artigos 93.º, 106.º a 108.º do TFUE e o artigo 9.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007.

- 85 Desde os primeiros textos fundadores, a União Europeia reclama «uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência», paradigma conformador da competência exclusiva da União no «estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno» (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*), do TFUE).
- 86 Quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União refletido, nomeadamente, na jurisprudência do TJUE.
- 87 Contexto que conforma o direito nacional quanto à atribuição de auxílios a entidades privadas por entidades públicas potencialmente desconformes ao princípio da concorrência, por força do primado do Direito da União Europeia.
- 88 A violação do procedimento legalmente exigido e a atribuição de um auxílio de Estado ilegal configura violação direta dos princípios fundamentais da lealdade e da concorrência, bem como dos princípios instrumentais da igualdade de tratamento, transparência e publicidade atento, nomeadamente, o disposto nos artigos 3.º, n.º 1, alínea *b*), 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do TFUE.
- 89 Violação do princípio da concorrência que deve ser qualificada como ilegalidade prevista na alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, atento o respetivo impacto *financeiro* que determina o preenchimento do segundo requisito dessa norma para efeitos de recusa de visto.
- 90 Juízo sobre *alteração potencial do resultado financeiro* que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual da conexão entre o desvalor consubstanciado na violação da lei com o resultado financeiro envolvido no processo, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a um nexos causal entre o específico vício e um resultado, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.
- 91 Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea *c*) do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão podia, em abstrato, não ser praticada¹¹) e nos casos em

¹¹ Cf. Acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.ªS/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.ªS/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ªS/SS.

que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma *aptidão* ou um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.

- 92 Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira?
- 93 Verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC quando se violam regras fundamentais sobre o mercado concorrencial, quer as mesmas se reportem a um procedimento concorrencial na aquisição de bens ou serviços quer à transferência de verbas públicas, para uma entidade privada que opera em mercado concorrencial, configurada como auxílio ilegal.
- 94 A ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.
- 95 No caso concreto, o impacto financeiro da ilegalidade praticada foi efetivo e real consubstanciado na atribuição a uma empresa que opera num mercado concorrencial de um auxílio ilegal que, ao nível do ente público, implica custo infundado e ilegítimo por força da perda da verba correspondente para o a prossecução do interesse público, com a agravante de não atender ao sentido e fundamentos de jurisprudência anterior do TdC relativa à matéria em causa.
- 96 A operação de concordância prática exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas articulando-as com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato que no caso *sub judice* importaria sempre a recusa de visto em face da gravidade das violações de regras (nacionais e europeias) sobre concorrência.
- 97 Em conclusão, no caso concreto foram identificadas violações de normas legais subsumíveis às alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, o que impõe ao Tribunal de Contas a recusa de visto ao contrato *sub judice*.

II.4 Improcedência do recurso

98 Como se destacou acima, o processo de fiscalização prévia é teleologicamente vinculado à prolação de uma decisão jurisdicional sobre a alternativa dicotómica entre a concessão e a recusa de visto.

99 O interesse em agir e a legitimidade para interpor recurso são conformados pelas dimensões decisórias referidas no § anterior, pelo que, tendo sido impugnada uma decisão de recusa de visto e concluindo o tribunal de recurso pela manutenção da recusa de visto (ainda que com diferentes fundamentos dos adotados no julgamento empreendido em primeira instância), o recurso deve ser julgado improcedente.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- a) Manter a recusa do visto ao contrato submetido a fiscalização prévia;**
- b) Julgar improcedente o recurso.**

*

Emolumentos pela entidade recorrente, nos termos do artigo 16.º, n.ºs 1, alínea *b*), e 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio¹².

Registe e notifique.

Lisboa, 25 de junho de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

¹² Alterado pelas Leis n.º 139/99, de 28-8, e n.º 3-B/2000, de 4-4.

(Helena Maria Ferreira Lopes)

(António Francisco Martins)

Fui presente

O Procurador-Geral-Adjunto,
