



ACÓRDÃO N.º 160/2009 - 02.Nov.2009 - 1ªS/SS

(Processo n.º 1787/2008)

DESCRITORES: Autenticação de Documentos / Contratação Pública / Contrato de Subconcessão / Declaração de Impacte Ambiental / Estudo de Comparador Público / Parceria Público-Privada / Preços / Recusa de Visto / Regime Jurídico

SUMÁRIO:

1. As parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações as exigências materiais e os princípios constantes do Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (RJPPP), designadamente os resultantes dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 14º-C e 14º-F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo exercidos através da função accionista do Estado.
2. É, ainda, aplicável, face à data em que foi desencadeado o procedimento e à natureza da entidade adjudicante e do contrato, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 9 de Março, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
3. A ausência de declaração de impacto ambiental para um troço do trajecto, antes do lançamento do procedimento para a constituição da parceria público-privada, viola o disposto na al. d) do n.º 1 e no n.º 4 do art.º 6.º do RJPPP, provocando a alteração do objecto da subconcessão, com impacto na realização física do projecto e na sua dimensão financeira.



Tribunal de Contas

4. A ausência do estudo que a lei exige demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de obras públicas (estudo de comparador público), viola o disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 6.º do RJPPP.
5. A degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria concedente estabeleceu no programa de concurso e os princípios fundamentais da contratação pública, viola o disposto no n.º 28 do programa de concurso, dos n.ºs 1 e 2 do art.º 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e do n.º 2 do art.º 9.º, do n.º 2 do art.º 10.º e do n.º 1 do art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
6. De acordo com o disposto no n.º 4 do art.º 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o preço da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das cópias autenticadas dos correspondentes documentos.
7. Ao contrário da violação referida no ponto 6, cuja possibilidade de restrição da concorrência e, conseqüente, possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato, atento o montante envolvido, é muito ténue, as violações de lei mencionadas nos pontos 3, 4 e 5 provocaram, com forte probabilidade, a alteração efectiva do resultado financeiro do procedimento, o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: João Figueiredo





ACÓRDÃO N.º 160 /09 – 2.Nov.09-1ª S/SS

Processo n.º 1787/08

A - RELATÓRIO

1. A “**Estradas de Portugal, S.A.**” (doravante designada por EP ou por concedente) remeteu a este Tribunal, no âmbito das suas competências em sede de fiscalização prévia, o contrato de subconcessão relativo à concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração dos lanços da via¹ designada por Subconcessão do Douro Interior, celebrado em 25 de Novembro de 2008 entre aquela entidade e a **AENOR DOURO – Estradas do Douro Interior, S.A.** (doravante designada por AENOR ou subconcessionária)².

B – OS FACTOS

2. Para além do referido no número anterior, são dados ainda como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

a) A Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2007, de 14 de Junho (publicada em 11 de Julho), instituiu um novo modelo de gestão e

¹ Nos termos da alínea yy) do n.º1.1 do capítulo I do contrato e da alínea ww) do n.º1.1 do Anexo I do Caderno de Encargos, “*via*” significa “*em conjunto, a auto-estrada, os itinerários principal e itinerário complementar e conjuntos viários associados que integram*” os lanços referidos.

² Nos termos da cláusula 2 do contrato de subconcessão, deste fazem parte integrante, constando como anexos, outros contratos e instrumentos contratuais, designadamente os contratos de projecto e construção, de operação e manutenção, de condução e realização dos processos expropriativos e de financiamento (24 anexos, no total).



financiamento do sector das infra-estruturas rodoviárias, prevendo-se a celebração de um contrato de concessão entre o Estado e a EP, tendo por objecto as responsabilidades de concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional;

- b) Através do Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro, a EP foi transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos e viu, pelo mesmo diploma, aprovados os seus estatutos;
- c) Através do Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 110/2009, de 18 de Maio, foram aprovadas as bases da concessão atribuída à EP;
- d) Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 174-A/2007, de 14 de Novembro (publicada em 23 de Novembro), foi aprovada a minuta do contrato de concessão entre o Estado e a EP;
- e) Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 177/2007, de 22 de Novembro (publicada em 10 de Dezembro), foi determinado que a EP lançasse, até ao final de 2007, concurso público internacional para a Concessão Douro Interior, em regime de parceria público-privada;
- f) O contrato de subconcessão ora enviado, no qual outorga a EP como concedente, foi precedido de concurso público internacional, cuja publicação ocorreu no JOUE de 27.11.07 (tendo sido enviado o aviso para publicação neste jornal a 22.11.07) no Diário da República, 2ª Série, n.º 231, de 30.11.07, no Jornal de Notícias, de 24.11.07 e no jornal Nova Guarda, de 28.11.07³;
- g) Por solicitação da EP, a KPMG – Consultores de Negócios, S.A. elaborou um Estudo de Viabilidade, datado de Novembro de 2007, e no qual se concluiu: *“O Projecto Douro Interior é deficitário, estando previstos pagamentos por disponibilidade e por serviço a efectuar pela EP, cujo VAL a 1 de Janeiro de 2009 ascende a €798,0 milhões; (...) Importa referir sobre a capacidade da EP suportar os encargos com esta e demais subconcessões, tendo em especial atenção o novo*

³ Foi efectuada uma rectificação ao aviso de abertura (JOUE, de 5.12.07 e DR da mesma data), e prestados esclarecimentos ao concorrentes;



enquadramento institucional da EP e suas consequências no rating implícito da Empresa”;

- h) Foram ainda apresentados pela mesma consultora, a solicitação da EP, após apresentação da BAFO⁴ pelos concorrentes, os seguintes estudos todos datados de Novembro de 2008: “Estudo Económico a 75 anos com Actualização após Adjudicação”, “Estudo de Impacto Económico Global” e “Estudo Económico no Âmbito da Concessão EP”;
- i) Nos termos do nº 1 do Programa de Concurso (doravante designado por PC) e do nº 6.1 do Anexo I do Caderno de Encargos (doravante designado por CE), a subconcessão, designada por Douro Interior, tem como objecto a concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração, sem cobrança de portagens aos utentes, dos lanços de via seguintes:
- i. IP2-Valebenfeito/Junqueira, com cerca de 28 km
 - ii. IP2-Junqueira/Pocinho, com cerca de 18 km
 - iii. IP2-Pocinho/Longroiva, com cerca de 18 km
 - iv. IP2-Longroiva/Trancoso com cerca de 23 km
 - v. IP2-Trancoso/Celorico da Beira com cerca de 28 km
 - vi. IC5-Murça (IP4) /Nó de Pombal com cerca de 23 km
 - vii. IC5-Nó de Pombal/Nozelos (IP2), com cerca de 25 km
 - viii. IC5-Nozelos (IP2) /Miranda do Douro (2 Igrejas), com cerca de 81 km.

Integra ainda a subconcessão, para efeitos de exploração e manutenção, sem cobrança de portagem aos utentes, o lanço IP2-Macedo de Cavaleiros (IP4) /Valebenfeito, com cerca de 11 km;

- j) Nos termos do ponto 3.4. do PC, consta uma reserva do direito de reduzir à subconcessão o lanço IP2-Junqueira/Pocinho, no caso de, relativamente ao mesmo, não vir a ser emitida declaração de impacto

⁴ “Best and final offer”: proposta apresentada na fase final de negociações pelos concorrentes seleccionados para essa fase.



- ambiental favorável até à penúltima sessão de negociações, o que veio a verificar-se (veja-se a acta n.º 5 da fase das negociações, a fls. 166⁵);
- k) Integram ainda a subconcessão, para além da auto-estrada, o itinerário principal e complementar e conjuntos viários associados que integram os lanços objecto da subconcessão⁶, as áreas de serviço e repouso, centros de assistência, manutenção e outros serviços de apoio e todas as obras, máquinas, aparelhagens, acessórios afectos, por alguma forma, à subconcessão;
- l) Todos os bens e direitos que integram a subconcessão reverterem automaticamente, e sem qualquer indemnização, para a concedente, no termo da mesma;
- m) A subconcessionária assume, com a celebração do contrato todos os riscos inerentes à subconcessão (cláusula 84ª n.º1) e, designadamente, a responsabilidade de obtenção do financiamento (cláusula 22ª n.º 1), de expropriações (cláusula 26ª), de concepção, construção, exploração e conservação (cláusulas 27ª e 48ª) e os riscos de tráfego (cláusula 84ª n.º 2), a não ser nos casos expressamente previstos no contrato e que conferem à mesma o direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, nos termos da cláusula 86ª;
- n) O prazo da subconcessão é de trinta anos (vide cláusula 13 do contrato e artigo 2º do CE) a contar da data da assinatura do contrato, expirando automaticamente às 24 horas do dia em que ocorrer o trigésimo aniversário da sua assinatura;
- o) O concurso decorreu em duas fases (vide nºs 25.1, 27 e 28 do PC):
- A de qualificação e avaliação de propostas, visando a escolha de duas propostas que, sendo as mais pontuadas, passariam à segunda e última fase;
 - A de negociações e escolha do subconcessionário;

⁵ Vide igualmente os ofícios da EP n.ºs 2418 (resposta à terceira questão formulada) e 2978 (alínea a) na pág. 7), de 1.ABR.2009 e de 24.ABR.2009, respectivamente. O troço em causa tinha, na proposta inicial apresentada, um valor de 99.671M€

⁶ Com excepção do lanço referido na alínea anterior. Vide cláusulas 9 e 10 do contrato.



- p) No final de cada fase do procedimento, a Comissão de Avaliação das Propostas (doravante também designada por CAP ou Comissão) elabora um relatório, fundamentado, no qual estabelece um projecto de classificação dos concorrentes, procedendo, na 1ª fase, à qualificação e à indicação dos dois concorrentes que obtêm melhor classificação, para passarem à fase das negociações, e na 2ª fase indicando o concorrente a quem deve ser atribuída a subconcessão;
- q) Os concorrentes deviam apresentar uma proposta base e uma proposta base alternativa, podendo ainda apresentar, relativamente a cada uma destas, uma proposta variante financeira e uma proposta variante técnica, sendo obrigatória, sob pena de exclusão, a apresentação de proposta base alternativa (vide nº13 do PC);
- r) A selecção das duas propostas para a fase de negociações e a escolha do subconcessionário foi realizada segundo os seguintes critérios de avaliação (vide nº 25 do PC):

A - Critérios de natureza financeira	50%
Ai. Valor actualizado do esforço financeiro líquido do Estado	85%
Aii. Equilíbrio económico-financeiro	6%
Aiii. Robustez da proposta face aos riscos do projecto	6%
Aiv. Meios e condições dos financiamentos	3%
B - Critérios de natureza técnica	40%
Bi. Qualidade técnica da proposta	60%
Bii. Níveis de qualidade do serviço e segurança no que respeita ao sistema de exploração e manutenção	20%
Biii. Níveis de qualidade do serviço e segurança quanto ao sistema de assistência aos utentes e gestão de incidentes, incluindo sistema de controlo e gestão de tráfego	10%
Biv. Garantia de cumprimento das datas de entrada em serviço	10%
C - Critérios de natureza jurídica	10%
Ci. Análise da estrutura contratual	15%
Cii. Transferência do risco	15%
Ciii. Risco do concedente na execução do contrato de concessão	70%

- s) No critério Ai (valor actualizado do esforço financeiro líquido do Estado, também designado por VAL), nos termos do ponto i. da alínea a) do nº 25.1 do PC, por “esforço financeiro líquido do concedente”



entendeu-se “o valor dos pagamentos associados à componente de remuneração anual por disponibilidade deduzido de pagamentos que a subconcessionária efectue ao concedente”. O VAL, nos termos do mesmo número, é calculado com referência a 1 de Janeiro de 2009;

t) O nº 28 do PC refere:

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

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

u) Apresentaram propostas seis concorrentes, que tendo sido numerados de 1 a 6 no procedimento e respectiva documentação constante dos autos, assim serão identificados doravante;

v) No início do acto público do concurso, em 3.4.2008, foi entregue aos concorrentes documento com metodologia de avaliação, elaborado pela CAP em 29.02.2008, nos termos do nº 25.2 do PC;

w) Foram seleccionados para a fase de negociações os concorrentes nºs 5 e 6 tendo obtido, na primeira fase, as seguintes pontuações (vide relatório da Comissão de 11 de Junho de 2008):

i. Concorrente nº 6 (a subconcessionária, com a proposta variante financeira à base): 12,34 como nota global e 12,9 como nota no subcritério Ai (A1 no relatório da Comissão);

ii. Concorrente nº 5 (com a proposta variante financeira à base): 11,38 como nota global e 11,4 como nota no subcritério Ai (A1);

x) No subcritério Ai (A1 no relatório da Comissão) foram considerados os seguintes montantes para o valor actualizado do esforço financeiro líquido (VAL) do concedente:



- i. Concorrente nº 6: 696,57 milhões de euros;
 - ii. Concorrente nº 5: 756,00 milhões de euros;
- y) Nas propostas acima referidas dos concorrentes nºs 5 e 6 consta o montante de 200 milhões de euros de pagamentos a fazer ao concedente que se reflectiu no VAL (vide acima alínea s) e o nº 3.1.1. do documento referido na alínea v), também acima)⁷;
- z) Os concorrentes referidos na alínea w), com as propostas também nela indicadas, após a fase de negociações, obtiveram as seguintes pontuações (vide relatório final da Comissão de 28 de Outubro de 2008):
- i. Concorrente nº 6 (a subconcessionária): 11,64 como nota global e 11,4 como nota no subcritério Ai (A1 no relatório da Comissão);
 - ii. Concorrente nº 5: 8,008 como nota global e 4,8 como nota no subcritério Ai (A1);
- aa) Na fase de negociações, no subcritério Ai (A1) foram considerados os seguintes montantes para o valor actualizado do esforço financeiro líquido (VAL) do concedente:
- i. Concorrente nº 6 (a subconcessionária): 757,33 milhões de euros;
 - ii. Concorrente nº 5: 1023,63 milhões de euros;
- bb) O valor nominal para o esforço líquido do concedente, para os trinta anos da concessão, representa 1.944,16 milhões de euros;
- cc) O quadro seguinte espelha as pontuações obtidas nas duas fases, em cada factor/subfactor de análise das propostas, pelos concorrentes seleccionados para a fase final:

A - Critérios de Natureza Financeira	Concorrente 5		Concorrente 6 (subconcessionário)	
	1ª Fase	BAFO	1ª Fase	BAFO
A1 Valor Actualizado Líquido do Esforço Financeiro do Estado	11,4	4,8	12,9	11,4
A2 Equilíbrio Económico Financeiro	11,5	13	12,5	12,5
A3 Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	8	7,5	12,5	13,5
A4 Meios e Condições dos Financiamentos	10,5	12,5	11	12

⁷ Vide quadro anexo ao ofício da EP nº 1171, de 16.02.09,



B - Critérios de Natureza Técnica				
B1 Qualidade Técnica da Proposta	9	12	12	12
B2 Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção	12,3	12	14,3	13,5
B3 Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança qto ao sistema de Assistência aos utentes e gestão de incidentes incluindo sistema de controlo e gestão de tráfego	12,9	12	12,2	13
B4 Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço	10	12	12	9
C - Critérios de Natureza Jurídica				
C)i Análise da Estrutura Contratual	12	5,9	12	14
C)ii Transferência do Risco	14	5,9	14	14
C)iii Risco do Concedente na Execução do Contrato de Concessão	12	5,9	12	14
Classificação Final	11,38	8,008	12,34	11,64

- dd) Assim, e como também resulta das alíneas w) e z), na fase das negociações, ambos os concorrentes, obtiveram pontuações inferiores àquelas que obtiveram na 1ª fase, quer no subfactor A1 (VAL do esforço financeiro do concedente), quer na pontuação global;
- ee) Na fase das negociações, face à supressão do lanço Junqueira/Pocinho (vide acima alínea j) e a alterações introduzidas noutros lanços, os custos de construção a cargo da subconcessionária foram reduzidos em 15,217 milhões de euros (na 1ª fase: 762,869 M€; na fase final: 747,651 M €). Vide pág. 97 e seguintes do relatório final da Comissão);
- ff) Quanto ao decréscimo referido na alínea anterior, a Comissão refere na p. 97 do seu relatório final: “(...) estranhamente, o custo de construção no IP2 sofre um acréscimo de 73 070 367 €(...)” e “[n]o IC5 verifica-se um decréscimo de 88 287 932 €(...)”⁸;
- gg) Na fase de negociações, o pagamento ao concedente de 200 milhões de euros (referido na alínea y) acima), pelos concorrentes n.ºs 5 e 6 deixou de constar⁹;
- hh) O concorrente n.º 6, como já se referiu, foi seleccionado como subconcessionário e com ele foi celebrado o contrato;

⁸ No IC5, a CAP solicitou aos concorrentes, nas negociações, alterações na proposta apresentada na 1ª fase, fundamentadas “na vontade de reduzir o investimento”: alteração de nós desnivelados para ligações de nível; supressão de vias de lentos; alteração do perfil transversal tipo em secção corrente; alteração do perfil transversal tipo na zona de influência dos nós.

⁹ Vide ponto 6.1.1.2. do Relatório de Avaliação das Propostas - 2ª fase, de Outubro 2008. Vide igualmente quadro anexo ao ofício da EP n.º 1171, de 16.02.09,



- ii) O subconcessionário recebe uma remuneração anual, nos termos das cláusulas 6.3^a e 67^a, calculada segundo as fórmulas previstas na cláusula 73 do contrato, em função da disponibilidade das vias efectivamente verificada e em função do serviço prestado efectivamente (relacionado com os volumes e tipo de tráfego verificado) e deduzida dos montantes relativos a falhas de desempenho e de disponibilidade, externalidades ambientais e da sinistralidade;
- jj) Na remessa do contrato a este Tribunal para sua apreciação “*no âmbito das suas competências em sede de fiscalização prévia*”, a EP afirma que “*(...) com a celebração do Contrato de subconcessão a EP não terá qualquer encargo, seja a que título for, durante os primeiros cinco anos de vigência do mesmo (cfr. n.º 26.1, d) do Programa de Concurso e Quadro Resumo dos Pagamentos por Disponibilidade que anexamos), pelo que, salvo melhor opinião, não se encontra preenchido o disposto no artigo 5.º da Lei do Tribunal de Contas*”¹⁰;
- kk) Questionada sobre as razões que justificaram a diminuição, após a fase de negociações, das pontuações globais e das pontuações relativas ao subcritério Ai atribuídas às propostas (vide alíneas w), z), cc) e dd) acima) e o aumento do VAL do concedente (vide alíneas x) e aa) também acima), apesar da redução do esforço de investimento (como nas alíneas ee) e ff) se refere), a EP veio dizer o seguinte¹¹:

“Entre a 1.ª fase e a 2.ª fase do procedimento, verificou-se uma significativa degradação do clima económico e financeiro decorrente da gravíssima e por todos sobejamente conhecida crise financeira global com repercussões directas nos termos e condições de financiamento propostos pelas entidades financiadoras para a subconcessão do Douro Interior.”

¹⁰ Neste processo, a EP veio ainda suscitar a questão de os seus actos e contratos não estarem sujeitos a fiscalização prévia, por não se enquadrarem no disposto na “*nova redacção do artigo 5º, nº 1, alínea c), 2ª parte da Lei do Tribunal de Contas*”. Tal questão foi objecto de decisão tomada em sessão diária de visto de 7 de Julho de 2009.

¹¹ Vide ofício da EP nº 2418 de 1.ABR.2009.



No caso das propostas apresentadas pela Subconcessionária, constata-se que entre a 1.ª fase e a 2.ª fase, não só o rácio de endividamento diminuiu (90,0% para 81,5%), como o pricing global do financiamento aumentou – os spreads associados à banca comercial aumentaram de 90bps para 230 bps, na fase de construção e de 85bps para 240 a 250 bps, na fase de operação.

Adicionalmente, as entidades financiadoras passaram também a limitar a maturidade das facilidades de crédito. No caso da Subconcessão, na proposta da 1.ª fase, a maturidade prevista para a facilidade de crédito era de 28 anos. Já na 2.ª fase, apesar da maturidade contratual ter apenas decrescido para 27 anos, as entidades financiadoras optaram por incorporar um mecanismo de cash sweep, através do qual, caso a subconcessionária não consiga um refinanciamento no 8.º ano da Subconcessão, todo o cash flow liberto a partir desse ano passa a ser afecto ao reembolso da facilidade de crédito, remunerando-se os accionistas apenas após o seu reembolso total.

A análise dos termos e condições dos financiamentos encontra-se detalhada no n.º 6.1.4. do Relatório Final de Apreciação das Propostas.

Por último, no caso da Subconcessão Douro Interior, é ainda de referir o facto do Banco Europeu de Investimento (BEI) ter decidido, já no decorrer da 2.ª fase¹², não participar no financiamento desta Subconcessão¹³.

No que diz respeito especificamente ao valor actualizado líquido (VAL), cumpre dizer que apesar do VAL para EP – Estradas de Portugal, S.A. (EP) ter registado um acréscimo de cerca de 60M€, a

¹² Contudo, no ofício da EP nº2978 de 24.ABR.2009 refere-se que “ao contrário do que, por lapso, já foi transmitido ao Tribunal de Contas, o BEI não tomou a sua decisão no decorrer da 2ª fase, mas ainda antes do início das negociações propriamente ditas daquela 2ª fase, devendo salientar-se que essa decisão foi-nos dada via telefónica, sem justificação detalhada que possamos transmitir ao Tribunal de Contas, ou seja não existe qualquer relação entre a decisão de não financiamento do BEI e o desenrolar das negociações com os dois concorrentes finalistas”.

¹³ No relatório de avaliação das propostas – 2ª fase, de Outubro de 2008, diz-se no ponto 6.1.4.2. relativamente às propostas dos dois concorrentes seleccionados para a fase de negociações: “O concorrente não assumiu o envolvimento do BEI na estrutura de financiamento do Projecto”.



taxa interna de rentabilidade accionista (TIR accionista) associada à proposta da Subconcessionária manteve-se inalterada. Assim, o acréscimo introduzido pela Subconcessionária nos pagamentos por disponibilidade teve como “racional” a manutenção da TIR accionista da 1.ª fase do processo.

Se por um lado, na fase de negociações, o financiamento registou um decréscimo, por outro lado, verificou-se um aumento dos encargos financeiros de cerca de 60 M€, mesmo tendo o nível de endividamento bancário decrescido de 90,0% para 81,5%. Este acréscimo dos encargos financeiros resulta, essencialmente, da não participação do BEI, na estrutura de financiamento apresentada na fase de negociações e do acréscimo das margens da banca comercial em, pelo menos, 140 bps.

Acresce que, associado ao decréscimo do nível de endividamento bancário, com impacto na erosão da TIR¹⁴ accionista, verificou-se um aumento dos desembolsos de fundos accionistas em cerca de 73,5 M€, de 97,2 M€ para 170,7 M€ (cfr. n.º 6.1.3. do Relatório Final de Apreciação das Propostas).

Registe-se ainda um decréscimo dos pagamentos por serviço estimados pela Subconcessionária na fase de negociações em cerca de 60 M€.

Neste contexto, verifica-se que o efeito líquido de todos os factores acima referidos resultava numa menor TIR accionista na fase de negociações, pelo que os pagamentos por disponibilidade foram aumentados em conformidade, tendo-se mantido a mesma TIR accionista da 1.ª fase.

Por último, no que concerne ao VAL para a EP, é ainda de referir que no Estudo de Viabilidade que precedeu o lançamento do Concurso em apreço, o VAL para a EP tinha sido estimado em cerca de 797 M€, que a preços correntes corresponde a 2.284 M€. Ora a

¹⁴ Nos termos da nota (e) ao Quadro 10 do Anexo III do PC, TIR significa “ Taxa Interna de Rentabilidade para os accionistas, em termos anuais nominais, para todo o prazo da concessão, definido como a TIR nominal dos fundos por estes desembolsados e do cash-flow distribuído aos accionistas (designadamente sob a forma de juros e reembolso de suprimentos e ou prestações acessórias de capital, dividendos pagos ou reservas distribuídas), a preços correntes, durante todo o período da concessão ”.



proposta da Subconcessionária, mesmo com o acréscimo verificado na fase de negociações, prevê um VAL para a EP de 757 M€ (1.944 M€, a preços correntes), inferior ao estimado inicialmente antes do lançamento do Concurso.

Do ponto de vista estritamente jurídico e dado o manifesto interesse público na contratação da Subconcessão, interesse público esse reiterado pelo Estado enquanto accionista único da EP (...) os factos acima descritos configuram, salvo melhor opinião, uma clara alteração de circunstâncias para efeitos de aplicação do artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (aplicável por remissão do n.º 34.º do Programa de Concurso).

Efectivamente, dispõe esta norma que quando “as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro terá direito à revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado pelo aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços”.

Na perspectiva da EP, esta norma é aplicável à fase pré-contratual. Por um lado, a “ratio legis” subjacente àquela obra é o impacto de circunstâncias fácticas excepcionais numa qualquer entidade que está associada, de alguma forma, à administração, à prossecução de fins de interesse público. Ou seja, não é o facto de se tratar de um contrato em execução, mas sim a afectação, em concreto, daquele particular cuja colaboração com a administração é considerada importante para o(s) interesse público(s).

Por outro lado, e em reforço do que se acaba de dizer, há, entre a imediatamente fase pré-adjudicatória e o início da execução do contrato, uma continuidade não só natural, mas também, (e sobretudo) funcional.

A isto acresce que a proximidade entre as partes – para mais de uma fase de negociações directas e prolongadas com os concorrentes – assim o exige, impondo a observância de dever de lealdade acrescidos. A doutrina reconhece de forma unânime, de resto, a existência de deveres de protecção in contrahendo, tanto no direito



Tribunal de Contas

privado, como no direito público (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos – subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, Cadernos o Direito, Almedina, 2007).

Assim, parecem não restar dúvidas da possibilidade de utilização desta figura a este procedimento concursal da Subconcessão do Douro Interior, pelo que, salvo sempre melhor opinião, a adjudicação da proposta apresentada pela Subconcessionária é perfeitamente justificável, quer do ponto de vista estritamente jurídico, que, sublinhe-se, do ponto de vista do(s) interesses(s) público(s) em jogo”;

- ll) Através do ofício nº 7910 de 30.10.2009, a EP apresentou novamente argumentação relacionada com a crise económica e financeira internacional actual¹⁵. Tal argumentação desenvolve-se agora com a avaliação de quatro parâmetros: a redução dos bancos disponíveis para participar no programa; o aumento dos custos financeiros, margens e comissões; a redução dos prazos de financiamento; o aumento da componente de capitais próprios;
- mm) Em anexo ao ofício referido na alínea anterior, a EP juntou ao processo declaração da subconcessionária em que esta afirma que o “*regime previsto na cláusula 87ª tem o sentido e o alcance*” que permite à concedente “(i) apresentar “a qualquer momento, uma proposta de Refinanciamento da Subconcessão” (cfr. nº 13), (ii) partilhar, em partes iguais, os respectivos benefícios financeiros (cfr. nº 3) e (iii) impor essa proposta de refinanciamento, verificado o pressuposto previsto no nº2 (cfr. nº 2 e 14)”. Mais se declara que na “*medida em que as condições financeiras dos mercados o permitam e nos termos previstos no CONTRATO,*” a subconcessionária “*se compromete a aproximar a remuneração de SUBCONCESSIONÁRIA prevista no*

¹⁵ Nos trechos pertinentes do presente acórdão far-se-á referência a essa argumentação.



CONTRATO aos valores previstos na proposta apresentada na 1ª fase”;

- nn)** Para fornecimento dos documentos relativos ao procedimento a entidade concedente fixou um preço de 30.000 euros;
- oo)** Questionada sobre os fundamentos subjacentes à fixação daquele valor, a EP alegou o seguinte¹⁶:

“ A fixação do valor das peças processuais teve por base a extensão do empreendimento – 255 km – e a fase dos estudos patenteados. Neste último aspecto teve peso considerável o facto dos projectos patenteados de 5 dos lanços se encontrarem já em fase avançada de Geometria de Traçado, com algumas peças do Projecto de Execução, Programa Base de Processos de Expropriação e Relatórios Preliminares de RECAPE”.

C – APRECIACÃO

I - O Direito aplicável

3. Impõe-se desde já determinar qual o direito directamente aplicável na tomada de decisão. Para tal é relevante a matéria exposta acima nas alíneas a) a f) do nº 2.
4. Como se viu, a EP é uma empresa pública constituída nos termos da lei comercial, com capital integralmente subscrito e realizado pelo Estado, regendo-se pelo disposto no Decreto-Lei nº 374/2007, de 7 de Novembro, pelos seus estatutos, aprovados pelo mesmo diploma legal, pelo regime

¹⁶ Vide ofício da EP nº 2978, de 24.ABR.2009



jurídico do sector empresarial do Estado¹⁷ e pelo Código das Sociedades Comerciais.

5. À EP foi atribuída a concessão relativa à rede rodoviária nacional, regendo-se nessa matéria pela Lei nº 10/90, de 17 de Março¹⁸ (em especial o disposto no seu artigo 15º) e pelo Decreto-Lei nº 380/2007, de 13 de Novembro, que estabelece no seu anexo, na base 32, que a concessionária deve privilegiar, como forma de execução do objecto da concessão, a atribuição de subconcessões em regime de parceria público-privada.

Tendo o contrato sob apreciação como objecto uma subconcessão em regime de parceria público-privada¹⁹, é-lhe aplicável – e ao procedimento que lhe deu origem – o disposto no Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril²⁰ (doravante designado por Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas – RJPPP), diploma que consagra normas gerais aplicáveis na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas. Neste diploma legal, estabelece o nº6 do artigo 2º:

“As parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do presente decreto-lei, designadamente os resultantes dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 14º-C e 14º-F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo (...) exercidos através da função accionista do Estado.”

¹⁷ Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº300/2007, de 23 de Agosto.

¹⁸ Com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 380/2007, de 13 de Novembro.

¹⁹ Nos documentos do concurso tal não é afirmado. Contudo, da sua análise, e em particular do seu objecto que se reflecte no objecto do contrato, resulta uma consonância substancial com o que a lei caracteriza como sendo uma parceria público-privada. Aliás, nas respostas dadas às questões suscitadas por este Tribunal que afirmam ou pressupõem tal consonância, a EP não o contesta. Pelo contrário assume-o também (vide ofícios nºs 1171 e 2418 de 16.FEV.2009 e de 1.ABR.2009, respectivamente). Por outro lado, o estudo a que acima se fez referência na alínea g) do nº 2, no seu nº2.1 (na página 8), ao referir o enquadramento jurídico a ter em conta, cita expressamente o Decreto-Lei nº86/2003.

²⁰ Com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº141/2006, de 27 de Julho.



6. Quanto ao entendimento que deve ser seguido na aplicação da disposição legal agora transcrita, referiu a EP²¹:

- a) *“O [RJPPP] não se aplica directamente às empresas públicas sob a forma societária, ou seja, não se aplica à EP. Contudo, prescrevendo a referida disposição legal que às empresas públicas sob a forma societária se aplicam, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do RJPPP, a EP tem actuado como se aquele diploma se aplicasse, directa e integralmente, à preparação, lançamento e contratação de parcerias público-privadas da sua responsabilidade”;*
- b) (...) *“No entanto (...)” à EP “não se aplicam as normas que integram o [RJPPP] mas sim as exigências materiais e os princípios constantes deste mesmo diploma”;*
- c) (...) *“[O] que o legislador fez foi, coerentemente e ainda que de forma tácita, afastar a aplicação de todas as normas do [RJPPP] que dizem única e exclusivamente respeito ao controlo exercido pelo Ministério das Finanças e pelo Ministério da tutela sectorial”;*
- d) (...) *“Nestes termos, não são aplicáveis ao lançamento e contratação de parcerias público-privadas por “empresas públicas sob a forma societária” as “exigências materiais e os princípios constantes de todas as normas de natureza estritamente procedimental, ou seja todas aquelas que prevêm as funções de autorização, aprovação, controlo e fiscalização do Ministério das Finanças e do Ministério da tutela sectorial. Ao invés, parece que serão aplicáveis as “exigências materiais e os princípios constantes” de todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é todas aquelas que visam assegurar que o lançamento e contratação de qualquer parceria público-privada cumpre os fins previstos no artigo 4º do [RJPPP], a saber, “o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço””;*

²¹ Vide os ofícios da EP n.ºs 1171 e 2978 de 16.FEV.2009 e de 24.ABR.2009, respectivamente. A selecção de trechos seguinte é da nossa responsabilidade. No ofício n.º 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea II) do n.º2, retomou-se, nos seus aspectos essenciais a mesma argumentação.



- e) (...) “Resta então determinar o que devemos, em concreto, entender por “exigências materiais e princípios constantes”. Na nossa leitura o que se pretendeu salvaguardar foi a aplicação da “ratio legis” subjacente a todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é, salvaguardar a protecção do(s) interesse(s) público(s) inerentes a essas normas” (...);
- f) (...) “Assim sendo e tudo visto e ponderado, julgamos que à EP não é aplicável o procedimento previsto no artigo 8º (...) pelo que, naturalmente, não dispomos dos pareceres a que alude o Tribunal de Contas”.

7. Concorde-se, no essencial, com esta posição da EP. Mas com as seguintes clarificações:

- a) Se é claro que daquela disposição resulta a necessidade de serem observados, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 14º-C e 14º-F, deve ser sublinhado que a lei para eles remete dizendo “nomeadamente”. É pois incontestável que a lei comete ao intérprete a tarefa de descobrir no restante texto legal outras exigências materiais e outros princípios que devem ser observados;
- b) Devem igualmente retirar-se conclusões do facto de aquela disposição legal não se referir exclusivamente a “princípios”. O legislador introduziu o conceito de “exigências materiais” e aliás refere-o mesmo antes. Ora, exigências materiais não pode deixar de significar imperativos dirigidos ao intérprete e aplicador da lei quanto a actos ou factos que devem ser praticados ou ocorrer. Assim, não pode reduzir-se aquela cominação legislativa à procura da *ratio legis* dos preceitos, como se refere na alínea e) do número anterior. A *ratio legis* é obviamente essencial para iluminar a procura dos princípios e das exigências materiais. Mas aqueles e estas não podem reduzir-se à *ratio legis*. Sobretudo estas têm que constituir estatuições muito concretizadas que o aplicador da lei deve observar ou fazer observar;
- c) Finalmente, deve referir-se que há disposições de natureza procedimental que contêm no seu corpo exigências de natureza



material. Isto é: pese embora sejam de natureza procedimental e formal, têm no seu núcleo exigências materiais. E assim retirando aqueles aspectos formais, deve observar-se o seu núcleo material. Abaixo se verá a concretização deste aspecto, a propósito do que a EP refere e se transcreveu na alínea f) do número anterior;

- d) É necessário pois fazer uma atenta análise de todo o diploma legal para se descortinar os princípios e as exigências materiais que devem ser observados pelas empresas públicas sob a forma societária em matéria de parcerias público-privadas.

8. Finalmente, e ainda no que respeita ao direito a ser observado, refira-se que, face à data em que foi desencadeado o procedimento e à natureza da entidade adjudicante e do contrato, é igualmente aplicável o Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (por força dos seus nº2 do artigo 2º e alínea g) do nº1 do artigo 3º), e o Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, nos termos do seu artigo 4º²².

II – Questões a dilucidar

9. Como questão prévia deve ser enfrentada a matéria constante da alínea jj) do nº2.
10. Como se disse, a EP remeteu o processo a este Tribunal, e este foi objecto de análise pelos Serviços de Apoio que o devolveram nos termos do nº1 do artigo 82º da LOPTC²³. Igualmente foi objecto de decisões tomadas por este Tribunal, em sessão diária de visto, nos termos do nº 3 do artigo

²² O PC estabelece no seu nº 34 que em tudo o que nele não estiver expressamente referido se aplicará, com as devidas adaptações, o disposto no Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, e na Directiva nº 2004/18/CEE, de 31 de Março.

²³ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.



Tribunal de Contas

77º da mesma LOPTC, solicitando-se, nomeadamente, elementos adicionais e informações que a EP posteriormente remeteu e pronunciando-se sobre requerimentos por esta apresentados.

11. Refere a alínea c) do nº 1 do artigo 5º da LOPTC que compete ao Tribunal *“[f]iscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos (...)”* para as entidades sujeitas a fiscalização prévia. Também o art. 44º do mesmo diploma refere as finalidades da fiscalização prévia: *“verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conformes às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”*.
12. A EP integra o elenco do n.º 2 do artigo 2º da LOPTC e é uma das entidades sujeitas a fiscalização prévia por via da segunda parte da alínea c) do n.º 1 do artigo 5º já citado, como se decidiu, neste processo, também em sessão diária de visto.
13. O contrato de subconcessão remetido tem como objecto a concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração, sem cobrança de portagem aos utentes, dos lanços de via designada por Subconcessão do Douro Interior, sendo a subconcessionária remunerada pela EP, nos termos das cláusulas 6.3., 67. e 73. do contrato (vide acima alínea ii) do nº 2), pela disponibilidade das vias e pelo serviço, de acordo com as fórmulas constantes desta última cláusula, pelo que da concessão emergem encargos directos para aquela entidade sujeita a fiscalização prévia. Assim, resultando do contrato celebrado encargos para a entidade sujeita a fiscalização prévia, está o mesmo sujeito a esta forma de fiscalização por parte do Tribunal. Nada se retira da lei que leve a concluir que, pelo facto de a EP não ter quaisquer encargos nos primeiros cinco anos de vigência do contrato de subconcessão, o contrato não se



encontre sujeito a fiscalização prévia. A LOPTC não distingue tal situação, apenas considerando que desde que resultem encargos, quer directos quer indirectos, para a entidade que se encontre sob o seu âmbito de controlo subjectivo, o acto ou contrato está sujeito àquela forma de fiscalização.

14. Resolvida esta questão e apreciada toda a matéria constante dos autos, face aos factos destacados no nº2, e sem prejuízo de outras matérias que no processo se poderiam questionar, duas questões fundamentais se impõem analisar e sobre elas decidir, sem prejuízo de uma terceira que não tendo particular relevância se abordará. As seguintes:

- a) A de saber se o lançamento do procedimento para a constituição da parceria público-privada respeitou as exigências fixadas na lei;
- b) A de saber se na apreciação das propostas e conseqüente decisão de selecção do subconcessionário se respeitou o disposto na lei;
- c) Finalmente, a de saber se na fixação do preço de fornecimento dos documentos concursais se seguiram os critérios legalmente fixados.

Vejam os pois essas questões, referindo-se contudo que as referidas nas alíneas a) e b) se separam para melhor sistematização da decisão, pois não traduzem problemáticas isoladas entre si: isto é, há matérias que se abordam no âmbito da alínea a) que se repercutem nas da alínea b) e vice versa.

III – Sobre o lançamento do procedimento para a constituição da parceria público-privada

15. Tendo em conta os factos elencados nas alíneas g) e seguintes do nº 2, e a demais matéria constante dos autos e feita a análise a que acima se referiu na alínea d) do nº 7, impõe-se enfrentar as seguintes questões relacionadas com o lançamento do presente procedimento para a constituição da parceria público-privada:



- a) As questões relativas às declarações de impacto ambiental previstas na alínea d) do n.º 1 e nos n.ºs 4 a 6 do artigo 6.º do RJPPP;
- b) A necessidade da documentação ou de estudos que dêem cumprimento ao previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º e em outras disposições legais do RJPPP.

III - 1 – As questões relativas às declarações de impacto ambiental

16. Quanto a estas questões, referiu ainda a EP²⁴:

“Neste contexto, cumpre começar por salientar que o artigo 6.º, n.º 1, alínea d) – norma que não pode deixar de ser conjugada com o n.º 4 do mesmo artigo – não se aplica directamente à presente parceria (...), o que se aplica são as exigências materiais e os princípios” constantes das citadas normas, ou seja, não se pode afirmar, com o devido respeito e salvo melhor opinião, que no presente procedimento a EP estava obrigada a assegurar a emissão prévia de Declaração de Impacte Ambiental em causa.

Assim sendo, cumpre então determinar qual a “ratio legis” subjacente à obrigatoriedade de os parceiros públicos assegurarem, previamente ao lançamento da parceria, a emissão das declarações de impacte ambiental. Note-se que tendo o legislador afastado expressamente a aplicação directa do RJPPP às parcerias (...) contratadas pelas “empresas públicas sob a forma societária” tal significa que, respeitando os princípios gerais de interpretação da lei previstos no artigo 9.º do Código Civil, o resultado da aplicação do art. 6.º, n.º 1, alínea d) e n.º 4, não pode ser semelhante ao da sua aplicação directa, salvo se a “ratio legis” que lhes está subjacente não puder ser cumprida de outra forma: no caso do referido artigo é possível respeitar a sua “ratio legis” sem que para tanto seja necessário assegurar, previamente ao

²⁴ Vide ofício n.º 2978, de 24 de Abril.



lançamento da parceria, a emissão de todas as declarações de impacte ambiental.

De facto, a “ratio legis” subjacente àquelas normas é de evitar que o desenvolvimento das parcerias público-privadas, designadamente e sobretudo no período de construção, sejam perturbadas a todos os níveis (técnico, financeiro, jurídico), por quaisquer questões do foro ambiental, ou seja, mais do que transferir o “risco ambiental” derivado das declarações de impacte ambiental para o parceiro privado, o que importa é que a execução dos contratos não seja posta em causa por aquelas mesmas declarações de impacte ambiental.

Na subconcessão do Douro Interior, os interesses públicos, a “ratio legis” subjacente ao artigo 6º, n.º 1, alínea d) e n.º 4, foi plenamente salvaguardada: no momento da adjudicação estavam emitidas (e em vigor) todas as declarações de impacte ambiental legalmente exigíveis.

Nestes termos e tudo visto e ponderado, julgamos que a EP, salvo melhor opinião, cumpriu integralmente as “exigências materiais e os princípios constantes” do artigo 6º, n.º 1, alínea d) e n.º 4, sendo aliás o cumprimento desta directiva legal que determinou a previsão constante do n.º 3.4. do programa de concurso.

(...) Assim sendo, a possibilidade de redução do objecto da subconcessão nos termos em que a mesma se concretizou, era conhecida de todos os interessados e de todos os concorrentes, pelo que (...) foram respeitados os princípios gerais de contratação pública, designadamente, igualdade, imparcialidade, publicidade e transparência²⁵”.

17. Não se subscreve este entendimento da EP, nos seus aspectos essenciais. Vejamos: estabelece a alínea d) do nº1 do artigo 6º do RJPPP que o lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem a obtenção das autorizações e pareceres administrativos de natureza ambiental. Não é contestável que tal disposição se aplique às parcerias

²⁵ No ofício nº 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea II) do nº2, expôs-se também esta argumentação.



lançadas pela EP, nos termos como determina o n.º 6 do artigo 2.º do mesmo diploma legal: importa pois saber se nela está ínsito um princípio ou dela se retira uma exigência material, como acima se viu, e em que termos. E nisto também concorda a EP. Como também acima se reconheceu, importa atender-se à *ratio legis* do preceito. Um dos seus elementos essenciais – vide quanto aos demais o que se diz abaixo nos n.ºs 19 e 20 - está expressamente enunciado na própria alínea d): a “*prévia adequação às normas legais e demais instrumentos normativos, bem como a obtenção das autorizações e pareceres administrativos exigidos, tais como, entre outros, os de natureza ambiental e urbanísticos*” destinam-se, naturalmente entre outros fins previstos na lei, a “*permitir que todo o risco da execução possa ser transferido para o parceiro privado*”. Ora, parece-nos indubitável que do preceito e deste elemento da sua *ratio* se retira uma exigência material muito concreta: deve obter-se tais autorizações e pareceres antes do lançamento e contratação da parceria. Como se vê, não se trata de um princípio, mas de uma exigência material muito concreta que não se reduz a uma – ainda que atenta - consideração da *ratio legis*.

18. Porque ao fixar a finalidade, a lei refere o “*risco da execução*” a transferir para o parceiro privado, poderia fazer-se uma interpretação restritiva do corpo do preceito (o corpo do n.º1) e entender-se que a exigência se coloca exclusivamente antes da contratação, e não antes do lançamento da parceria, para assegurar que o risco se transfere para o parceiro privado, já no contexto da execução do contrato. Poderia tal interpretação fazer-se, com a redacção original do preceito²⁶ (a que resultava do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril), mas não pode face às alterações que nele foram introduzidas em 2006, pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Junho. Este veio introduzir um novo n.º 4: “[*n*]o que

²⁶ No entanto, já na Comunicação da Comissão Europeia COM(97) 453 final, relativa às Parcerias Sector Público/Privado no Contexto dos Projectos da Rede Transeuropeia de Transportes, e que consubstancia recomendações do Grupo de Alto Nível, se referia no seu ponto 3.5.: “*As considerações de protecção ambiental devem ser tratadas estrategicamente na fase mais incipiente possível durante o processo de planeamento do projecto (...) Se os projectos actualmente em consideração não forem avaliados de acordo com essa legislação [ambiental] serão, provavelmente, sujeitos a atrasos e incertezas numa fase posterior (...)*”.



respeita, em especial, à declaração de impacte ambiental, quando exigível segundo a lei aplicável, deve a mesma ser obtida previamente ao lançamento da parceria”. Foi pois introduzida uma clara exigência material no sentido de que a declaração deve ser obtida antes do lançamento da parceria²⁷.

19. Impõe-se perscrutar ainda outros elementos da *ratio legis*²⁸. A exigência de obtenção de declaração de impacte ambiental antecedendo o lançamento da parceria tem toda a justificação para evitar alterações do objecto do procedimento e repercussões físicas e financeiras nas propostas apresentadas no seu decurso. Tal exigência é pois uma decorrência do princípio da estabilidade que deve ser observado nos procedimentos de contratação pública. Não se trata pois só de prevenir os riscos no âmbito da execução do contrato. Trata-se de prevenir os riscos na condução do procedimento.

20. Em conclusão, constitui a *ratio legis* da disposição legal:

- a) Acautelar que o procedimento preliminar e de contratação e execução das parcerias público-privadas não seja perturbado pelo complexo e moroso procedimento de avaliação de impacto ambiental;
- b) Acautelar que o procedimento de constituição de parcerias público-privadas não venha a sofrer quaisquer vicissitudes, na fase procedimental pré-contratual, com implicações quer no objecto da parceria público-privada, quer físicos quer financeiros, reflectidos nas propostas dos concorrentes;
- c) Acautelar eventuais impactos financeiros na fase de execução do contrato, nomeadamente, resultantes de reequilíbrios financeiros,

²⁷ A declaração de impacte ambiental está prevista no regime jurídico de avaliação do impacte ambiental constante do Decreto-Lei n.º 69/00, de 3 de Maio, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 74/01, de 26 de Fevereiro, 69/03, de 10 de Abril, pela Lei n.º 12/04, de 30 de Março e alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 197/05, de 8 de Novembro.

²⁸ Nesta matéria deve também atender-se ao disposto nos n.ºs 5 e 6 do mesmo artigo e diploma, introduzidos pela alteração de 2006, o que agora não se faz por não ser útil à decisão, mas que confirmariam a interpretação que agora se defende.



motivados, por hipótese, pela emissão de DIA desfavorável aos lanços que constituem objecto desse contrato.

21. Assim, face a estes elementos da ratio legis, discorda-se da EP quando afirma que *“é possível respeitar a sua “ratio legis” sem que para tanto seja necessário assegurar, previamente ao lançamento da parceria, a emissão de todas as declarações de impacte ambiental”* e que a *“ratio legis subjacente àquelas normas é de evitar que o desenvolvimento das parcerias público-privadas, designadamente e sobretudo no período de construção, sejam perturbadas (...) por quaisquer questões do foro ambiental”*. Refira-se igualmente que, neste domínio, não está em causa se *“foram respeitados os princípios gerais de contratação pública, designadamente, igualdade, imparcialidade, publicidade e transparência”*.
22. Em conclusão: sendo incontestável que a declaração de impacto ambiental é, no caso, exigível – e a EP não o contestou - deve ela ser obtida previamente ao lançamento da parceria²⁹. Assim discorda-se da EP quando diz que *“não se pode afirmar (...) que no presente procedimento a EP estava obrigada a assegurar a emissão prévia de Declaração de Impacte Ambiental em causa”*.
23. Ora, no procedimento, não foi dado cumprimento integral a tal exigência material, na medida em que à data do seu lançamento não tinha sido ainda obtida declaração de impacto ambiental relativa ao lanço Junqueira-Pocinho. Dir-se-á que o próprio PC acautelou tal situação na medida em que no seu n.º 3.4. a entidade concedente reserva-se o direito de reduzir à subconcessão tal lanço, no caso de, relativamente ao mesmo,

²⁹ A este respeito, frise-se as sucessivas recomendações na matéria que têm sido efectuadas pelo Tribunal, através de relatórios de auditoria da 2ª secção, alguns, aliás, aprovados simultaneamente com a publicação do DL 86/03, na sua versão original. Por exemplo, o Relatório n.º 14/03- Auditoria às concessões Rodoviárias em regime de Portagem SCUT, Relatório n.º 33/05 – auditoria sobre os Encargos Públicos com as PPP; relatório n.º 34/05 e 4/2007, auditorias de seguimento às concessões SCUT, Acórdão n.º 10/08 – Auditoria à Gestão das PPP – Concessões Rodoviárias. Veja-se, nesses relatórios, as consequências de alguns procedimentos concursais para adjudicação de PPP, haverem sido lançados, sem DIA prévia, para o erário público.



não vir a ser emitida declaração de impacto ambiental (DIA) favorável até à penúltima sessão de negociações³⁰, o que veio a verificar-se (vide alínea j) do n.º2). Acontece que, pelo que se referiu, tal disposição é ilegal, pois contraria a exigência material feita por lei. E, como resulta da matéria dos autos, não se crê que se tenham acautelado suficientemente os riscos pelo que a seguir se verá.

24. Acontece que o lançamento do procedimento, para todos os lanços, sem que para aquele, em concreto, se tenha previamente obtido a DIA - violando-se pois a lei - deu azo a que se alterasse o objecto da subconcessão e, na fase de negociações, os concorrentes – concretamente aquele a quem veio a ser concedida a subconcessão - introduzissem alterações e apresentassem propostas que se traduziram em alterações físicas³¹ e financeiras³² e conduziram ao aumento dos custos de construção do IP 2 em que aquele lanço se insere. Aumento cuja justificação não se alcança, na senda do que a própria Comissão de Avaliação afirma: “(...) **estranhamente**, o custo de construção no IP2 sofre um acréscimo de 73 070 367 €(...)”. Isto é: mesmo antes da celebração do contrato, o facto de não ter sido obtida previamente a DIA, teve os seguintes resultados:

- a) O lanço foi retirado;
- b) Consequentemente procedeu-se à redução do objecto da subconcessão tal como colocada a concurso;
- c) Produziram-se relevantes impactos físicos na construção dos lanços de via;

³⁰ No ofício n.º 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea ll) do n.º2, expôs-se também este argumento.

³¹ Refere-se no ofício da EP n.º 2418, de 1.ABR.2009: “*Sucedee que a exclusão deste troço — em que se incluía a travessia do Douro — criou uma barreira física ao movimento de meios humanos e materiais para a construção do IP2, tornando necessária a duplicação de meios de apoio à construção do IP2, a Sul e a Norte do Douro*”.

³² Vide alíneas ee) e ff) do n.º2.



- d) Produziram-se relevantes impactos financeiros, levando a um incremento de custos no lanço do IP2 que a própria CAP considerou “estranho”.
25. Face ao exposto nos nºs 17 e seguintes, houve pois violação do disposto na alínea d) do nº1 e no nº 4 do artigo 6º do RJPPP.
26. E não se diga que aquela violação de lei só produz impacto no que respeita ao lanço em causa e que, dado que este foi retirado, não afecta o negócio jurídico. Como se viu, não é tal asserção verdadeira: todo o negócio foi afectado: no seu objecto, no plano financeiro e no plano físico.

III - 2 – As questões relativas a documentação ou estudos para lançamento das parcerias público-privadas

27. Refere a alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP que “[o] lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem (...) [a] configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no nº 2 do artigo 19º da lei do enquadramento orçamental(...)”.
28. Denunciando o pensamento do legislador, na mesma linha dispõe a alínea d) do nº 7 do artigo 8º do mesmo RJPPP, quando se refere à demonstração da “inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira”³³.

³³ Pode igualmente invocar-se a comunicação de 15.11.2005 da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre as Parcerias Público-Privadas e o direito comunitário sobre contratos públicos e concessões que afirma: “ a solução das PPP não é milagrosa: para cada projecto há que avaliar se a parceria conduz realmente a um valor acrescentado do



29. Instada a fazer demonstração de que se tinha dado cumprimento ao disposto no artigo 6º, a EP respondeu³⁴:
- a) Remetendo os estudos a que se refere a alínea h) do nº2;
 - b) Referindo que, nos termos da legislação aplicável (vide acima o nº 5), a EP deve privilegiar as parcerias público privadas³⁵;
 - c) Referindo ainda que o Governo através da RCM nº 177/2007 (vide acima alínea e) do nº2) determinou que a EP lançasse a subconcessão do Douro Interior em regime de parceria público privada, pelo que do ponto de vista legal não competia à EP elaborar o comparador do sector público³⁶;
 - d) Dizendo também que a lei do enquadramento orçamental (LEO) não se aplica às empresas públicas³⁷.

Não colhem os argumentos produzidos pela EP.

30. Os estudos a que se refere a alínea h) do nº2 são todos de data muito posterior ao do lançamento do procedimento. Apesar de a EP não o invocar quanto a esta matéria, diga-se que o único estudo anterior – melhor dizendo, contemporâneo - ao lançamento do procedimento e que é referido acima na alínea g) do nº 2 tem presente a questão do “*comparador do sector público*”: no ponto 2.1. (na pág. 8 do estudo) onde se abordam os “*resultados*” de um estudo de viabilidade refere expressamente o “comparador público” e de seguida diz que “[o] estudo tem como objectivo responder às seguintes questões que normalmente se colocam num processo de tomada de decisão: (...) enquadramento de um comparável financeiro que permita avaliar, em termos financeiros e de risco, os méritos relativos da solução PPP”. Acontece que, depois, o

serviço ou das obras em questão, comparada com outras opções como a celebração de um contrato mais tradicional”.

³⁴ Vide os já citados ofícios nºs 1171 e 2418 de 16.FEV.2009 e de 1.ABR.2009, respectivamente.

³⁵ No ofício nº 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea ll) do nº2, retomou-se o mesmo argumento.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.



estudo não aborda esta matéria. Não foi pois feito nenhum estudo, nem foi junta documentação que aborde tal questão, nos termos previstos pela lei.

31. Como se viu, estabelece efectivamente o Decreto-Lei nº 380/2007, de 13 de Novembro, que a EP deve privilegiar, como forma de execução do objecto da concessão, a atribuição de subconcessões em regime de parceria público-privada. Ora, de tal disposição resulta claramente a necessidade da concessionária, em cada caso, proceder à avaliação de qual a solução mais adequada: em regra **poderá ser** a parceria público-privada, mas casos haverá que não será assim. Como decidir, a não ser procedendo ao estudo de tal questão, em cumprimento da alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP? Ora, instada a demonstrar como deu cumprimento a tal disposição legal, a EP respondeu como já se viu. Não foi pois feita tal avaliação pela EP.
32. Refere a EP que deu cumprimento a uma ordem do Governo. Acontece que o que está sujeito a fiscalização prévia é um contrato de subconcessão e o procedimento que a ele deu origem, independentemente das entidades que nele participaram. É o contrato e o procedimento que devem ser objecto de avaliação em termos da sua conformidade com a lei. E o contrato vincula a EP. E por esta foi enviado a este Tribunal. E à EP compete demonstrar perante o Tribunal, com os meios que a lei faculta, e que este Tribunal em seu cumprimento largamente permitiu, que contrato e procedimento observaram o que a lei dispõe. E todos estão sujeitos à lei: a EP, este Tribunal e o Governo. Portanto, o argumento de que se cumpriu uma ordem do Governo não colhe nem releva para a decisão que a lei manda tomar neste processo. A lei prevê que se proceda à elaboração do referido “comparador público”. O que se constata, independentemente de quem participou no procedimento, é que tal elemento não existe³⁸.

³⁸ Sobre a necessidade de “comparador público”, vejam-se igualmente as recomendações formuladas por este Tribunal, através da sua 2ª Secção, nos relatórios de auditoria referidos na nota de rodapé nº 29.



33. Refere ainda a EP que não está sujeita à LEO³⁹. Não se contesta tal posição. Contudo, tal não pode significar que, no presente procedimento, não estava a EP vinculada a observar o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º do RJPPP quando se refere a *“formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do artigo 19.º da lei do enquadramento orçamental”*. O legislador com tal determinação dá uma orientação a quem deve proceder à elaboração do “comparador público”: este deve tomar como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida. Isto é: ainda que a LOE não se aplique à EP, esta ao observar o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º do RJPPP (que como vimos, e não foi contestado, lhe é aplicável por força do n.º 6 do artigo 2.º), nos procedimentos que lhe compete desencadear, deve seguir os critérios reassumidos pelo legislador neste diploma, por mera remissão para a LEO.
34. Longe de se querer ser exaustivo no escrutínio dos princípios e exigências materiais resultantes do RJPPP, atente-se contudo o que referiu a EP quando foi instada a demonstrar se tinha dado cumprimento ao disposto no artigo 8.º daquele diploma legal⁴⁰: *“julgamos que à EP não é aplicável o procedimento previsto no artigo 8.º (...) pelo que, naturalmente, não dispomos dos pareceres a que alude o Tribunal de Contas”*.
35. Veja-se o que dispõem os artigos 7.º-A e 8.º. Sendo disposições com estatuições procedimentais e organizacionais de natureza formal – desenvolvimento de programas sectoriais de parcerias (artigo 7.º-A, n.º 1), possibilidade de criação de unidades ou estruturas técnicas especializadas (artigo 7.º-A, n.º 2), intervenção dos ministros das tutelas sectoriais e do Ministro das Finanças (artigo 8.º, n.º 1 e 2), criação de comissões de

³⁹ No ofício n.º 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea II) do n.º 2, invoca-se Guilherme de Oliveira Martins, Guilherme Waldemar D’Oliveira Martins e Maria D’Oliveira Martins in “A Lei do Enquadramento Orçamental, Anotada e Comentada”, p. 29, Almedina, 2007.

⁴⁰ Vide acima alínea f) do n.º 6



acompanhamento e suas competências (artigo 8º, nºs 3, 4 e 6 a 10) – existem nelas exigências de natureza material. Refira-se, concretamente, o estudo estratégico a que aludem os nºs 2 e 3 do artigo 7º-A e os nºs 5 e 7 (a sua alínea d), particularmente) do artigo 8º do RJPPP⁴¹. Destas disposições decorre que o lançamento de uma parceria público-privada – incluindo as que uma empresa pública sob forma societária pretenda desencadear - deve ser antecedido por um estudo com as finalidades previstas pela lei. É uma exigência material que decorre, aliás, do cumprimento do dever de boa administração. Assim, ao contrário do que foi referido pela EP e se transcreveu acima, se as soluções procedimentais e organizativas constantes daquelas disposições legais não lhe são aplicáveis face ao disposto no nº 6 do artigo 2º do RJPPP, aquela exigência material deve ser por ela observada, por força da mesma disposição.

36. Refira-se desde já que o referido estudo estratégico previsto nos citados artigos 7º-A e 8º não foi remetido pela entidade concedente quando a isso foi instada e com o argumento já transcrito na alínea f) do nº 6. O único estudo anterior – melhor dizendo, contemporâneo - ao lançamento do procedimento – e a que se refere acima a alínea g) do nº 2, não corresponde integralmente àquelas previsões normativas. Ainda que, manda a verdade referir, nele se acautelem alguns aspectos, para que se assegure o interesse do sector privado na parceria, assim se indo ao encontro de algumas das preocupações enunciadas pelo legislador naquelas disposições⁴².

37. Contudo, não pode o julgador alhear-se da realidade: ainda que o estudo não exista, os factos vieram provar que o sector privado tinha interesse na participação na parceria: seis concorrentes apresentaram-se ao concurso. Assim, de tal falta não se deve, no plano da fiscalização prévia

⁴¹ Das disposições resulta que o estudo deve ter em consideração a conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em estudo, tendo em vista designadamente, a identificação de potenciais interessados e a análise das condições de mercado existentes.

⁴² Referimo-nos aos níveis de TIR que no procedimento deveriam ser assegurados (vide pág. 6 do referido estudo).



Tribunal de Contas

que a este Tribunal compete, retirar neste processo quaisquer consequências. A ausência daquele estudo não produziu impacto neste concreto procedimento e nos seus resultados financeiros.

38. Face ao exposto nos n.ºs 27 a 33, houve pois violação do disposto na alínea c) do n.º1 do artigo 6.º do RJPPP.

III - 3 – Conclusões em matéria de lançamento do procedimento para a constituição da parceria público-privada

39. Como se demonstrou nos n.ºs 15 a 38, no lançamento do procedimento para a constituição da presente parceria público-privada não se observou o disposto nas alíneas c) e d) do n.º1 e no n.º 4 do artigo 6.º do RJPPP.

40. E não se tendo dado cumprimento à lei, por não se ter elaborado o comparador público, fica-se sem meios de saber – como a lei preconiza - se a constituição da parceria público-privada que o contrato concretiza é a solução mais adequada. Se tivesse sido elaborado, poderia ter conduzido a outra solução, a outro contrato e a outro resultado financeiro.

41. Igualmente, como se viu, se não tivesse havido violação de lei em matéria de obtenção atempada de declaração de impacto ambiental, outro contrato e outro resultado financeiro poderia, com fortíssima probabilidade, ter sido obtido, salvaguardando-se melhor os interesses públicos financeiros.

IV – Sobre a apreciação das propostas e consequente decisão de selecção do subconcessionário

42. Como se referiu, nesta matéria o procedimento rege-se fundamentalmente pela disciplina do Decreto-Lei n.º59/99, de 2 de





Março. Mas, acrescente-se, também pelo que se dispõe no programa de concurso e no caderno de encargos, documentos que vinculam a entidade adjudicante que, no quadro da lei, livremente os produziu e que estabelecem as regras que todos os participantes no procedimento – entidade adjudicante e concorrentes - devem observar e saber que por todos são observadas⁴³.

43. Feita a análise de todo o processado, em confronto com o disposto na lei e nos documentos concursais, destacam-se os factos elencados acima nas alíneas o) a ii) e kk) do nº2.

44. Ora, nessa matéria relembre-se o que a entidade adjudicante entendeu dispor no nº 28 do PC:

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

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

45. A *ratio* desta disposição é clara e razoável e não necessita de longa explicitação. Visa-se que sejam apresentadas propostas no interesse da concedente. Trata-se:

⁴³ Vide nesta matéria o que dispõem os artigos 64º e 66º do referido diploma legal.



- a) Por um lado, de assegurar que a fase das negociações visa melhorar as propostas dos concorrentes, em benefício da entidade adjudicante;
 - b) Por outro, de garantir que nesta fase das negociações não são admissíveis condições menos vantajosas para a entidade adjudicante do que as que resultaram da 1ª fase.
46. Relembre-se que nesta fase cada um dos concorrentes seleccionados conhece já todas as demais propostas. Admitir que pudessem piorar as suas propostas relativamente ao que foi apresentado na primeira fase, traduzir-se-ia numa violação grosseira dos princípios da igualdade e da concorrência e um perverso entendimento do princípio da transparência.
47. E a entidade adjudicante foi muito cautelosa e rigorosa ao estabelecer critérios para se avaliarem as condições: uma proposta tem condições menos vantajosas para o concedente se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação que, no subcritério Ai) ou na nota global, seja inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase⁴⁴.
48. Ao estabelecer aquelas regras a entidade adjudicante vinculou-se e condicionou a evolução do procedimento e as posições assumidas pelos concorrentes.
49. Relembre-se ainda que os critérios de avaliação da fase final foram os mesmos que os da fase anterior de avaliação de todas as propostas apresentadas ao concurso (os referidos na alínea r) do nº2, detalhados no documento referido na alínea v) do mesmo número).

⁴⁴ Ainda que não se aplique ao presente procedimento, relembre-se o que dispõe o Código dos Contratos Públicos no seu artigo 152º e que confirma o acerto destas disposições: “3. *Quando seja adoptada uma fase de negociações restringida aos concorrentes cujas propostas sejam ordenadas nos primeiros lugares, o júri deve ainda propor a exclusão das versões finais cuja pontuação global seja inferior à das respectivas versões iniciais.* 4. *No caso previsto no número anterior (...) as respectivas versões iniciais mantêm-se para efeitos de adjudicação.*”



50. Mas vejamos, sinteticamente, o que sucedeu, através do quadro seguinte:

	1ª FASE	BAFO	DIFERENÇAS
OBJECTO	<u>Lanços do IP2</u> Valebenfeito/Junqueira Junqueira/Pocinho Pocinho/Longroiva, Longroiva/Trancoso Trancoso/Celorico da Beira Macedo de Cavaleiros (IP4)/Valebenfeito	<u>Lanços do IP2</u> Valebenfeito/Junqueira * Pocinho/Longroiva, Longroiva/Trancoso Trancoso/Celorico da Beira IMacedo de Cavaleiros (IP4)/Valebenfeito	Retirada do lanço Junqueira/Pocinho do IP2
	<u>Lanços do IC5</u> Murça (IP4)/Nó de Pombal Nó de Pombal/Nozelos (IP2), Nozelos (IP2)/Miranda do Douro (2 Igrejas),	<u>Lanços do IC5</u> Murça (IP4)/Nó de Pombal Nó de Pombal/Nozelos (IP2), Nozelos (IP2)/Miranda do Douro (2 Igrejas)	Alterações da CAP - Alt de Nós desnivelados para Ligações de Nível; - Supressão de Vias de Lentos; - Alteração do Perfil Transversal Tipo em Secção Corrente; - Alteração do Perfil Transversal Tipo na zona de influência dos Nós ⁴⁵
INVESTIMENTO TOTAL	762.869	747.651	-15.718
VAL DO ESFORÇO FINANCEIRO DA EP	696,57M€	757,33M€	+ 60M€
PAGAMENTOS À EP	200M€	0	Na BAFO não se prevê pagamentos à concedente
CLASSIFICAÇÃO ATRIBUÍDA AO SUBCRITÉRIO A1)-VAL	12,9	11,4	Menor pontuação
CLASSIFICAÇÃO GLOBAL	12,34	11,64	Menor pontuação

51. Assim:

- a) Ao nível do objecto da subconcessão, entre a 1ª fase e a BAFO verifica-se mais uma vez que foi suprimido o lanço Junqueira/Pocinho, o que acarretou ainda uma série de adaptações nos lanços contíguos, configurando tal supressão uma alteração ao objecto da subconcessão, no IP2. O troço em causa tinha, na proposta

⁴⁵ Veja-se resposta da EP no ofício n.º 2418, de 1.ABR.09.



inicial apresentada, um valor de 99.671M€. O valor das alterações necessárias efectuar e a retirada de equipamentos incrementaram o custo do IP2. Por outro lado, no IC5, a CAP solicitou aos concorrentes, nas negociações, alterações na proposta apresentada na 1ª fase, fundamentadas “na vontade de reduzir o investimento”. Em sequência, os custos de investimento no lanço em causa foram reduzidos em 88.288M€. Estas alterações acabam por traduzir a apresentação de uma BAFO em condições substancialmente diferentes da apresentada na 1ª fase;

- b) O investimento total da subconcessionária teve um decréscimo de 15.718M€;
- c) O VAL do esforço financeiro líquido da concedente subiu cerca de 60 M€, não obstante ter ocorrido uma redução substancial do objecto da subconcessão, pela supressão de um lanço (99.671M€) e não obstante a redução do investimento no IC5 (-88.288M€);
- d) A proposta inicial da subconcessionária contempla um pagamento à EP de 200M€, o qual, na sua BAFO, foi suprimido;
- e) A pontuação obtida pela proposta da subconcessionária, no subcritério Ai) diminuiu de 12,9 para 11,4 pontos;
- f) Na pontuação global, diminuiu de 12,34 para 11,64, o que violou duplamente, e de forma inequívoca e grosseira, o disposto no art. 28 do PC.

52. Ora, tais factos demonstram incontestavelmente que, face aos critérios estabelecidos pela própria entidade adjudicante, a fase de negociações redundou em condições menos vantajosas para a entidade pública concedente, se comparadas com as que tinha obtido na fase anterior de avaliação das propostas.

53. Perante tais factos, a EP justificou-se nos termos referidos na alínea kk) do nº 2. Analisemos essas justificações.

54. As razões apresentadas são basicamente as seguintes:



- a) As condições de acesso ao crédito por parte dos concorrentes agravaram-se da primeira fase para a fase final, por razões relacionadas com a crise financeira internacional⁴⁶;
- b) As expectativas existentes na primeira fase de participação do Banco Europeu de Investimentos (BEI) no projecto e que se reflectia na estrutura de financiamento apresentada nas propostas, goraram-se na fase final;
- c) Apesar do esforço de investimento ter diminuído da primeira para a fase final (com a redução de um lanço⁴⁷ e as alterações introduzidas noutros), por aquelas razões o esforço financeiro aumentou;
- d) Os pagamentos por serviço estimados pela subconcessionária na fase de negociações diminuíram face ao previsto na primeira fase, pelo que os pagamentos por disponibilidade pelo concedente foram aumentados em conformidade;
- e) O efeito líquido das circunstâncias antes referidas redundaria na diminuição da TIR⁴⁸ accionista;
- f) Assim, fez-se reflectir tais circunstâncias no esforço financeiro líquido do concedente (VAL);
- g) Apesar do esforço financeiro líquido do concedente (VAL) ter aumentado, a TIR accionista manteve-se no mesmo nível⁴⁹;
- h) No plano jurídico, o não cumprimento do estipulado no PC, encontra-se espaldado no disposto no artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março⁵⁰;
- i) Há momentosas razões de interesse público para a concretização do investimento.

⁴⁶ No ofício n.º 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea II) do n.º2, expôs-se também, no essencial, este argumento e procedeu-se ao seu desenvolvimento.

⁴⁷ Veja-se acima a alínea j) do n.º 2.

⁴⁸ Veja-se acima a nota de rodapé 14.

⁴⁹ É a própria EP que o afirma no ofício n.º 2418, de 1.ABR.09, apesar de no quadro anexo ao ofício n.º 1171, de 16.02.09, se verificar uma diminuição da TIR, entre a fase inicial e a BAFO de 0,2 pp. Mas, de facto, esta variação não tem qualquer significado financeiro

⁵⁰ No ofício n.º 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea II) do n.º2, expôs-se também, no essencial, este argumento.



55. Antes de mais, diga-se que o agravamento das condições de financiamento reflectiram-se de imediato no contraente público, já que como expressamente reconhece a EP, o “racional” da solução foi manter a TIR do contraente privado.

56. Não são aceitáveis aquelas justificações. Por duas razões fundamentais:

- a) Há incontestável violação do disposto no programa de concurso;
- b) O artigo 198º citado não é aplicável na presente situação.

57. A já demonstrada violação do disposto no programa de concurso suscita a questão da sua natureza jurídica. Ainda que a doutrina se divida quanto a isso, não está em causa a sua juridicidade, considerando-se que é um instrumento de auto-vinculação da entidade adjudicante, emitido ao abrigo de lei, fixando as regras de conduta a seguir no procedimento, formuladas abstractamente e aplicando-se a uma generalidade de sujeitos e de situações que venham a nele ocorrer^{51 52}. Dado que a lei exige o programa de concurso e a sua conformidade com ela, o facto de se desrespeitar disposição naquele contida que esteja em conformidade com a lei, traduz-se na violação da própria lei⁵³. Ora, no caso concreto, a

⁵¹ A propósito do caderno de encargos, refere Mário Esteves de Oliveira in “Direito Administrativo”, Almedina, 1980, a pág. 183: “*Antes da celebração do contrato e para a Administração, o CE (tipo ou especial) é uma forma regulamentar que a vincula a decidir o concurso em consonância com os critérios e regras que nela se contém: a adjudicação feita a um concorrente que não ofereceu, por exemplo, os materiais prescritos, fere esse acto de ilegalidade por violação de regulamento (...)*”.

⁵² Refere também, Margarida Olazabal Cabral in “O concurso público nos contratos administrativos”, Almedina, 1997, a pág. 82: “*Da necessária pré-elaboração das regras de concurso, a que se alia o princípio da tutela da confiança, decorre o princípio da necessária estabilidade das regras durante o concurso público: não poderá a entidade adjudicante prever na abertura do concurso a possibilidade da alteração da sua regulamentação no decurso do concurso (...) nem igualmente vir a alterá-las posteriormente, seja por que razão for*”.

⁵³ Em comentário à posição de Mário Esteves de Oliveira referida acima na nota 51, refere Margarida Olazabal Cabral, op. cit. (pág. 246) abordando já expressamente o caso de violação de disposição do programa de concurso: “*Não se pode deixar, obviamente de concordar com Esteves de Oliveira quando afirma que será ilegal a adjudicação feita a um concorrente que não respeitou as condições do caderno de encargos: simplesmente o vício de tal acto não será violação de regulamento, enquanto violação do caderno de encargos, mas antes violação de regulamento por violação da cláusula do programa de concurso que obriga à exclusão das propostas que não respeitem o caderno de encargos, se esta existir, ou por violação da lei que regulamenta o concurso público e que contém uma cláusula daquele género, ou,*



disposição que foi ignorada nada tinha de contrário à lei. Acresce ainda que a alínea b) do nº 26.1 do PC estabelecia que são consideradas inaceitáveis e excluídas do concurso as propostas que não cumpram as normas imperativas do programa do concurso. Pese embora tal disposição se insira sistematicamente no âmbito das disposições aplicáveis na primeira fase, não pode deixar de entender-se que, no contexto concreto do presente procedimento, se aplica também a propostas que devam ser consideradas inaceitáveis por aqueles motivos na fase final. Fundamentos pois não faltaram para que o procedimento tivesse sido conduzido de forma diferente e mais adequada aos interesses do parceiro público.

58. Vejamos a questão ainda noutra perspectiva. O nº 28 do PC constituía um comando condicionador do conteúdo das propostas a apresentar pelos concorrentes, mas é igualmente um critério estabelecido pela entidade concedente para a sua apreciação e decisão. Ora, estabelecem os nºs 1 e 2 do artigo 100º do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de Março, que as propostas são analisadas em função dos critérios estabelecidos no programa de concurso. Não tendo aplicado a EP este critério, violou o disposto pela lei naquelas normas.

59. A EP, finalmente, invoca o artigo 198º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março. Este, no essencial, consagra, no regime jurídico relativo às obras públicas, a disciplina constante do artigo 437º, nº1, do Código Civil. Estamos no domínio da teoria da imprevisão na execução dos contratos. Em ambas as disposições legais, o princípio tradicionalmente rígido de “*pacta sunt servanda*” é flexibilizado por preocupações de “*rebus sic stantibus*”. Não importa agora fazer uma deambulação pela complexa e secular querela quanto à consideração da alteração de circunstâncias no âmbito da execução dos contratos. Importa sobretudo afirmar o seguinte: tanto as soluções legislativas adoptadas⁵⁴, como a jurisprudência

ainda, violação do princípio geral que obriga as propostas a respeitarem os termos dos cadernos de encargos (...)”.

⁵⁴ Refira-se simplesmente que a consagração legal deste tipo de soluções no âmbito dos contratos públicos, na senda da solução consagrada no Código Civil, ocorreu, pela primeira vez, no Decreto-Lei nº 48871, de



lavrada⁵⁵, como a doutrina produzida⁵⁶ sobre esta temática assentam num pressuposto essencial: trata-se de alteração de circunstâncias após a celebração de um contrato. E não no processo negocial (ou procedimento administrativo) a ele conducente.

60. Basta aliás atender aos elementos da previsão e da estatuição normativas do referido artigo 198º: revisão do contrato, por alteração anormal e imprevisível de circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar, havendo grave aumento de encargos na execução da obra, encargos que não caibam nos riscos normais (do contrato). Deve, igualmente, atender-se à inserção sistemática do preceito: o artigo 198º integra-se no Capítulo VIII do diploma sobre o “Não cumprimento e revisão do contrato”. Ora, no caso, não havia ainda nem contrato celebrado, nem a nele ínsita decisão de contratar, correspondente à decisão de adjudicação, que permitisse o apelo a este mecanismo legal. Contrato e decisão ocorreram depois de se terem considerado aceitáveis as alterações de circunstâncias como fundamento de não aplicação da regra procedimental constante do PC.
61. Permitir com base no referido preceito a alteração das regras procedimentais de formação dos contratos públicos, seria permitir soluções que violariam regras básicas da contratação pública, como a da intangibilidade de tais regras e, reflexamente, das propostas, e potencialmente a imparcialidade da Administração e a igualdade dos concorrentes.

19 de Fevereiro de 1969 (artigo 173º), tendo sido retomada pelo Decreto-Lei nº 232/80, de 16 de Julho, e com uma pequena alteração de redacção pelos Decretos-Leis nº 235/86, de 18 de Agosto (artigo 175º nº1) e nº 405/93, de 10 de Dezembro (artigo 179º) A actual redacção reproduz *ipsis verbis* a destes dois últimos diplomas.

⁵⁵ Vide, de entre muitos, os acórdãos do STA de 21.03.2001, 17.02.2003, 7.07.2005, 13.09.2007 e 20.02.2008, tomados respectivamente nos processos nºs 46311, 1031/02, 145/05, 568/06 e 536/06

⁵⁶ Vide, de entre todos, Diogo Freitas do Amaral in “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, Almedina, 2003, pág. 635 ss., Mário Esteves de Oliveira in “Direito Administrativo”, Almedina, 1980, pág. 711 e ss., Jorge Andrade da Silva in “Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas”, Almedina, 2003, pág. 547 e António Menezes Cordeiro in “Contratos Públicos – Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, Almedina, 2007, pág. 79 e ss.



62. Aliás, considerar como refere a EP⁵⁷ que, antes da decisão final de adjudicação e da assinatura do contrato, há já *“uma qualquer entidade que está associada, de alguma forma, à administração, à prossecução de fins de interesse público”*, ter em conta a *“afecção, em concreto, daquele particular cuja colaboração com a administração é considerada importante para o(s) interesse público(s)”* e relevar *“a proximidade entre as partes – para mais de uma fase de negociações directas e prolongadas com os concorrentes”* é permitir que aquelas violações ocorram.
63. Justifica-se, como faz a EP, apelar à *“observância de dever de lealdade”* pela Administração na condução do procedimento. Mas lealdade com todos os concorrentes e não adoptando soluções que consubstanciam alteração de regras pelas quais o procedimento deve ser conduzido, assim tratando de maneira diferente os diversos concorrentes que formularam
64. as suas propostas na expectativa do quadro jurídico não se alterar⁵⁸.
65. Assim, aquela disposição legal não se aplica à situação em análise por estar excluída da sua previsão, nem se vê por que regra de interpretação e aplicação das leis possa ela ser invocada.
66. Face aos argumentos apresentados, justifica-se ainda referir o seguinte:
- a) Dos seis concorrentes que se apresentaram a concurso, dois apresentaram propostas que não consideravam a intervenção do BEI

⁵⁷ Vide de novo a resposta da EP, acima na alínea kk) do nº2. No ofício nº 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea ll) do nº2, expôs-se também este argumento.

⁵⁸ Refere Margarida Olazabal Cabral, in op. cit., pág. 251: *“(…) a Boa Fé impõe especiais deveres: desde logo, deveres de protecção, de lealdade e de informação que conduzem, no caso de serem quebrados, à “culpa in contrahendo” de qualquer das partes. (…) Repare-se que a Administração assume estes deveres simultaneamente para **com todos os concorrentes**, pelo que os seus comportamentos para com cada um deles, devem ter sempre por base o respeito da Boa Fé nas relações com os outros concorrentes”* (negrito nosso).



no financiamento⁵⁹. Tal facto não pode deixar de produzir uma reflexão sobre o que poderia ter acontecido em matéria de resultado do procedimento e correspondente resultado financeiro, se o “factor BEI” não tivesse sido considerado logo na primeira fase, como veio a acontecer na fase final, face à posição de não participação assumida por aquele Banco. E não se argumente com comparações entre as pontuações obtidas por esses concorrentes na primeira fase e pela obtida pelos concorrentes finalistas. Tal argumentação esbarrar-se-ia com inúmeras conjecturas insusceptíveis de verificação⁶⁰;

- b) Como resulta das alíneas y) e gg) do nº 2, o concorrente adjudicatário na proposta inicial propôs-se pagar à entidade concedente 200 milhões de euros. Esta proposta inicial reflectiu-se no VAL previsto para o concedente, teve impacto na pontuação obtida no critério Ai e, por isso, contribuiu para a sua selecção para a fase final. Ora, nesta fase tal proposta foi retirada. Este facto não pode deixar de suscitar perplexidade, sobretudo num contexto de violação do que estava previsto no nº 28 do PC;
- c) O facto de o VAL previsto no estudo de viabilidade ser superior ao que veio a consagrar-se (vide alíneas g) e aa) do nº2), não invalida a conclusão de que houve uma degradação das condições oferecidas pelo concorrente adjudicatário na fase final relativamente às inicialmente propostas;
- d) Não se questionam os interesses públicos que se visam prosseguir com a constituição da parceria público-privada e consequente celebração e execução do contrato de subconcessão. É matéria da competência dos órgãos do poder executivo e da sua administração

⁵⁹ No Relatório de Apreciação das Propostas – 1ª fase (pág.32 e seguintes) refere-se: os concorrentes nºs 1, 2, 5 e 6 assumem a participação do BEI e o concorrente nº 3, apesar de apresentar uma carta de manifestação de interesse do BEI, não considera a sua inclusão na estrutura de financiamento. Na apreciação que é feita das propostas do concorrente nº 4 não é feita nenhuma referência à participação do BEI.

⁶⁰ No ofício nº 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea II) do nº2, apresenta-se a construção de um cenário de “1ª fase ajustada”. Com tal cenário tenta-se demonstrar que, em matéria de VAL, terá ocorrido uma melhoria orçada em 108,6 M€. Mas tal cenário enfrenta uma dificuldade inultrapassável: o que se teria passado com os demais concorrentes? Tal cenário traduz-se também numa conjectura insusceptível de verificação, sobretudo numa perspectiva de comparação com os demais concorrentes. E é esta a perspectiva essencial num procedimento concorrencial.



que a este Tribunal, no exercício das competências de fiscalização prévia, não cabe apreciar. O que se trata é só saber se na prossecução desses interesses públicos e nas concretas decisões tomadas e procedimentos realizados foi cumprida a lei. E, como se está a ver, não foi.

67. Finalmente, na senda do que já se referiu nos n.ºs 50 e 51, comparando-se os resultados obtidos na primeira fase e os resultados da fase de negociações, constatando-se que:

- a) Os custos de construção a cargo da subconcessionária diminuiram⁶¹;
- b) Os pagamentos por serviço (relacionados com os riscos do tráfego) a cargo da concedente diminuiram⁶²;
- c) Os pagamentos por disponibilidade a cargo da concedente aumentaram⁶³;
- d) Os pagamentos do subconcessionário ao concedente desapareceram⁶⁴;
- e) O esforço financeiro líquido do concedente aumentou⁶⁵;
- f) A TIR accionista manteve-se⁶⁶, poderá afirmar-se que os riscos e dificuldades resultantes da crise financeira internacional e da não participação do BEI e até os riscos de não haver tráfego suficiente para assegurar um nível adequado de pagamentos por serviço foram, em substância, transferidos para a entidade concedente⁶⁷.

68. A propósito do número anterior lembre-se o disposto na alínea d) do artigo 7.º do RJPPP: *“O risco da insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação*

⁶¹ Vide alínea ee) do n.º2.

⁶² Vide nono parágrafo das justificações apresentadas pela EP constantes da alínea kk) do n.º 2. Este facto é também assinalado pela EP no seu ofício n.º 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea ll) do n.º2. Surpreendentemente, parece invocar-se tal facto como sendo uma alteração positiva para o concedente

⁶³ Vide décimo parágrafo das justificações apresentadas pela EP constantes da alínea kk) do n.º 2.

⁶⁴ Vide alínea gg) do n.º2.

⁶⁵ Vide alíneas x) e aa) do n.º2.

⁶⁶ Vide décimo parágrafo das justificações apresentadas pela EP constantes da alínea kk) do n.º2.

⁶⁷ Discorda-se assim da avaliação feita, em matéria de repartição dos mais relevantes riscos, no ofício n.º 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea ll) do n.º2.



unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível transferido para o parceiro privado”.

69. No ofício nº 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea II) do nº2, expõe-se também, como já se referiu, a argumentação relativa ao impacto no procedimento da “*crise financeira global*”.

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

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

Os procedimentos concretamente adoptados neste procedimento, não são susceptíveis de assegurar que foi escolhida a melhor proposta que o mercado poderia oferecer, porquanto aos concorrentes excluídos e a outros eventuais interessados não lhes foi concedida a oportunidade de apresentarem as suas propostas em igualdade de condições, o que só aconteceria se tivessem sido observadas as regras processuais pré-definidas.

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



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

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

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

70. Em anexo ao ofício referido no número anterior, a EP juntou ao processo declaração da subconcessionária cujo conteúdo essencial se explicitou acima na alínea mm) do nº2. Analisada tal declaração retenha-se o seguinte:

- a) Tal declaração é, no seu conteúdo essencial, irrelevante para efeitos da análise do contrato. Com efeito, o que se encontra em causa é a observância dos princípios da legalidade, da concorrência, da transparência, da estabilidade e da igualdade na formação desse contrato e não já a sua execução;
- b) De qualquer modo, sublinha-se que o conteúdo daquela declaração enquadra-se no regime já consagrado no próprio contrato, porquanto a subconcessionária, verificando-se os pressupostos estabelecidos no n.º 2 da Cláusula 87.º do contrato – *“as condições constantes dos instrumentos contratuais resultantes do refinanciamento não deverão ser mais onerosas para a concessionária, para os accionistas e para o concedente, do que as existentes nos contratos de financiamento que substituem”* –



tem, sob pena de incumprimento contratual, de aceitar a proposta de refinanciamento apresentada pela EP, excepto se demonstrar que consegue obter no mercado uma proposta ainda mais favorável;

- c) Por outro lado, é também a subconcessionária que tem todo o interesse em que haja lugar ao refinanciamento da parceria, uma vez que por força do disposto no n.º 3 da Cláusula 87.^a do contrato, beneficiará de uma partilha equitativa dos benefícios financeiros daí resultantes;
- d) Acresce que a imposição da proposta de refinanciamento a apresentar pela EP, nos termos da declaração em causa, poderá até revelar-se menos favorável para esta, se se entendesse que ficaria afastada a possibilidade da subconcessionária poder apresentar uma proposta alternativa mais vantajosa ou ter a faculdade de a negociar com vista a obter um melhor resultado, conforme se prevê no n.º 14 da Cláusula;
- e) Em conclusão, sublinha-se ainda que o que se encontra em causa no presente contrato não são os eventuais benefícios financeiros decorrentes da sua execução, benefícios que, por força da lei, do caderno de encargos e do contrato, seriam sempre recebidos pela EP, independentemente da entidade vencedora do concurso, mas sim o respeito pelas regras fixadas no programa de procedimento e dos princípios jurídicos aplicáveis.

71. Com a violação já identificada do disposto no n.º 28 do PC também, como já se indicou, foram violados princípios que orientam a contratação pública.

72. Na medida em que não se respeitou aquele dispositivo concursal, verificou-se uma violação do princípio da estabilidade do procedimento, consagrado no n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho. Este princípio não pode ter só uma leitura formal. Dado que se verificou claramente o que aquela disposição previa, o facto de ela não ter sido aplicada corresponde a uma modificação das regras do procedimento não previsível para os concorrentes não seleccionados.



73. Na medida em que o quadro jurídico em que se moveram os concorrentes na primeira fase se modificou na fase final, tendo os que passaram a esta um tratamento mais favorecido – a limitação imposta pelo referido nº 28 não foi aplicada - houve igualmente desrespeito pelos princípios da igualdade e da imparcialidade, consagrados no nº 2 do artigo 9º e no nº2 do artigo 10º do mesmo Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.
74. Face ao exposto nos nºs 42 e seguintes, houve pois violação do nº 28 do programa de concurso, dos nºs 1 e 2 do artigo 100º do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de Março e dos princípios consagrados no nº 2 do artigo 9º, no nº2 do artigo 10º e no nº 1 do artigo 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho. Caso tais disposições tivessem sido observadas o resultado do procedimento, o teor do contrato e o correspondente resultado financeiro poderiam, com fortíssima probabilidade, ter sido diferentes.

V – Sobre a fixação do preço de fornecimento dos documentos concursais

75. Como resulta da alínea nn) do nº 2, a EP fixou como preço para fornecimento dos documentos concursais o valor de 30 mil euros.
76. Instada a justificar tal valor a EP apresentou as razões apresentadas na alínea oo) do nº2.
77. Os n.ºs 2 e 4 do artigo 62º do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de Março, dispõem que “*o projecto, o caderno de encargos e o programa de concurso devem estar patentes nos serviços respectivos, para consulta dos interessados, desde o dia da publicação do anúncio até ao dia e hora do acto público do concurso*” e que “*os interessados poderão solicitar, em tempo útil, que lhes sejam fornecidas pelo dono da obra, a preços de custo*⁶⁸, cópias devidamente autenticadas dos elementos referidos nos n.ºs 2 (...), as quais lhes deverão ser enviadas no prazo máximo de seis

⁶⁸ Negrito nosso



dias a contar da data de recepção do pedido.” A questão é pois determinar o que deve ser entendido por preço de custo⁶⁹.

78. Ora, não pode deixar de atender-se ao disposto no artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, que determina que a reprodução por fotocópia ou outro meio técnico está sujeita ao *“pagamento, pela pessoa que a solicitar, da taxa fixada, que deve corresponder à soma dos encargos proporcionais com a utilização de máquinas e ferramentas e dos custos dos materiais usados e do serviço prestado, sem que, porém, ultrapasse o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente”*.
79. O custo das cópias deve corresponder, assim, ao valor dos encargos referidos, mas com um tecto máximo. Ou seja, mesmo que os custos sejam superiores, o preço não pode ultrapassar o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente.
80. Atente-se, no entanto, a que, tal como se refere no Parecer n.º 125/2007, de 16 de Maio de 2007, da Comissão de Acesso aos Documentos da Administração (CADA), esta regra se aplica apenas à reprodução simples de documentos, e não ao fornecimento de cópias autenticadas ou certidões.
81. Quanto à autenticação de fotocópias ou à passagem de certidões, a CADA refere que *“esse preço pode - e entendemos que deve - ser mais elevado do que o aplicável à reprodução simples, porque o valor do serviço prestado é maior. Contudo, como taxa que é, deve respeitar o princípio constitucional da proporcionalidade, que afasta o excesso não justificado objectivamente.”*. A Comissão salienta que, ainda assim, e na linha do que afirma noutros pareceres, *“as taxas cobradas pela*

⁶⁹ Segue-se neste acórdão – de que se reproduzem alguns trechos - a argumentação, com as devidas adaptações, constante do Acórdão n.º12/09 – MAR.10 -1ªS/PL, cuja leitura atenta, com as devidas adaptações também, se recomenda à EP.



reprodução de documentos não podem ultrapassar significativa e injustificadamente, em violação do princípio da proporcionalidade, o custo dos materiais usados e do serviço prestado, sob pena de se inviabilizar, ou de dificultar, o direito de acesso". De resto, o n.º 2 do artigo 12.º da mesma Lei, refere que na fixação das taxas a cobrar pelas reproduções e certidões, a Administração deve "ter em conta" o disposto no n.º 1. Ou seja, mesmo no caso das certidões deve atender-se ao valor médio praticado no mercado por serviço correspondente, o que se entende na perspectiva de que o acréscimo consentido deve derivar do serviço de certificação e não do custo dos materiais. No n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99 prevê-se o fornecimento, a preço de custo, de cópias autenticadas das peças concursais. O limite constante do n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 46/2007 não é, pois, directamente aplicável a este preço, devendo, ainda assim, ser tido em conta na sua fixação.

82. Em conclusão⁷⁰:

- a) O preço da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das *cópias* autenticadas dos correspondentes documentos;
- b) Esse custo inclui os custos das matérias-primas, de outros materiais directos consumidos, da mão-de-obra directa e de outros gastos gerais de fabrico gastos na produção dessas cópias;
- c) Na parte do custo relativo à reprodução simples deve *ter-se em conta* o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente;
- d) O possível acréscimo de custo relativamente à reprodução simples de documentos deve estar justificado pelo serviço acrescentado prestado.

83. Não pode deixar de se considerar surpreendente a argumentação produzida sobre a matéria pela EP (vide acima a alínea oo) no nº2), na medida em que faz depender a fixação do preço da dimensão do

⁷⁰ Remete-se de novo para o acórdão identificado na nota anterior.



empreendimento e do grau de desenvolvimento das peças procedimentais. Tal argumentação emanada de um dos mais importantes donos de obra pública no país contraria quase duas décadas de doutrinação da CADA sobre este assunto.

84. Face ao exposto nos n.ºs 74 e seguintes, houve pois violação do disposto no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março. Contudo, face aos valores envolvidos no contrato, considera-se que a possibilidade de restrição da concorrência por via da fixação daquele montante é muitíssimo ténue e, portanto, muitíssimo ténue é também a possibilidade de o resultado financeiro do contrato ter sido alterado por este motivo.

VI – Conclusões

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

- a) Da alínea c) e d) do n.º1 e do n.º 4 do artigo 6º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º141/2006, de 27 de Julho;
- b) Do n.º 28 do programa de concurso, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 100º do Decreto-Lei n.º59/99, de 2 de Março e do n.º 2 do artigo 9º, do n.º2 do artigo 10º e do n.º 1 do artigo 14º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho;
- c) Do n.º 4 do artigo 62.º também do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

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

- a) Ausência de declaração de impacto ambiental para um troço do trajecto, antes do lançamento do procedimento, o que provocou a alteração do objecto da subconcessão, com impacto na realização física do projecto e na sua dimensão financeira;



- b) Ausência do estudo que a lei exige demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de obras públicas (estudo de comparador público);
- c) Degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria EP estabeleceu no programa de concurso e violando princípios fundamentais da contratação pública.

86. Dos autos resulta que as violações de lei referidas nas alíneas a) e b) do número 84 provocaram, com fortíssima probabilidade, a alteração efectiva do resultado financeiro do procedimento, como acima se afirmou nos n.ºs 39 a 41 e 73. Isto é: se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, há fortíssima probabilidade de que teriam sido obtidos resultados diferentes, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos. O mesmo não acontece, como se disse no n.º 83, quanto à violação referida na alínea c).

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

88. Há pois fundamentos para recusa de visto.

89. A violação identificada na alínea c) do n.º 84, pela sua pequena relevância, é susceptível de fundamentar a concessão de visto com formulação de recomendação à entidade adjudicante para que, no futuro, conforme a sua acção ao que dispõe a lei.



90. Contudo, a gravidade das demais violações que ferem o núcleo central dos valores que devem ser observados na constituição das parcerias público-privadas e nos procedimentos de negociação e de avaliação de propostas no âmbito da contratação pública e a fortíssima probabilidade de por elas ter sido alterado o resultado financeiro do contrato, não permite o uso daquela faculdade concedida pelo nº 4 do artigo 44º da LOPTC.

D – DECISÃO

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

92. Estabelecer que são devidos os emolumentos a pagar nos termos do nº 3 do artigo 5º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁷¹

Lisboa, 2 de Novembro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

⁷¹ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei nº 3-B/2000, de 4 de Abril.



Tribunal de Contas

(António Santos Soares)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)