



ACÓRDÃO N.º 168/2009 - 23.Nov.2009 - 1ªS/SS

(Processo n.º 1352/09)

DESCRITORES: Autenticação de Documentos / Contratação Pública / Contrato de Subconcessão / 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, com as necessárias adaptações resultantes do facto de se estar perante a constituição de uma parceria público-privada.
3. A ausência do estudo que a lei exige, demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de



Tribunal de Contas

- obras públicas (estudo de comparador público), viola o disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 6.º do RJPPP.
4. A degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria concedente estabeleceu no programa de concurso, viola o disposto no n.º 28 do programa de concurso, dos n.ºs 1 e 2 do art.º 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e do n.º 1 dos arts. 7.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
 5. A fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais, viola o disposto no n.º 4 do art.º 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que estabelece que o preço da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das cópias autenticadas dos correspondentes documentos.
 6. Ao contrário da violação referida no ponto 5, cuja possibilidade de restrição da concorrência e, conseqüente, possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato, atento o montante envolvido, é muito ténue, as violações de lei mencionadas nos pontos 3 e 4 provocaram, com forte probabilidade, a alteração 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 Nº 168 /09 – 23.Nov.09-1ª S/SS

Processo nº 1352/09

I – OS FACTOS

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, projecto, demais trabalhos de requalificação, financiamento, exploração e conservação, sem cobrança de portagens aos utentes¹, genericamente designada por Subconcessão do Algarve Litoral, que foi celebrado em 20 de Abril de 2009 entre aquela entidade e a **ROTA DO ALGARVE LITORAL, S.A.** (doravante designada por subconcessionária)².

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 89/07, de 11 de Julho, instituiu um novo modelo de gestão e financiamento do sector rodoviário, o qual previu a celebração de um contrato de concessão com a EP³, tendo por objecto as responsabilidades de concepção, projecto,

¹ Vide nºs 1 e 2 do Programa de Concurso e cláusula 6ª do contrato.

² Nos termos da cláusula 2 do contrato de subconcessão, deste fazem parte integrante, constando como anexos, outros contratos e instrumentos contratuais (23 anexos, no total).

³ Nessa sequência, a EP foi, através do Decreto-Lei n.º 374/07, de 7 de Novembro, transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos e viu, pelo mesmo diploma, aprovados os seus estatutos. Através do Decreto-lei n.º 380/07, de 13 de Novembro (com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 110/2009, de 18 de Maio), foram aprovadas as Bases da concessão atribuída à EP, sendo a minuta do



construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional, privilegiando-se, para o efeito, a associação de investimento privado, em regime de parcerias público privadas⁴, a definição do preço global do serviço representado pelo uso e disponibilidade da mesma rede e assente na contribuição de serviço rodoviário como receita própria da EP⁵, para além das portagens, quando seja o caso;

- b) A EP é, assim, a concessionária da rede rodoviária nacional, cabendo-lhe, nesse âmbito, o financiamento, a conservação, exploração, requalificação e alargamento da mesma, bem como, a concepção, projecto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária futura, pelo prazo de 75 anos⁶;
- c) Através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 56/2008, de 12 de Março (publicada em 26.03.08), o Governo, na qualidade de concedente, determinou que a EP, SA lançasse, no mês de Março de 2008, concurso público internacional para a subconcessão do Algarve Litoral, em regime de parceria público privada;
- d) Ainda em 2008, foi elaborado pela DELOITTE um Estudo de Viabilidade Económica e Financeira, por solicitação da EP, em que se conclui:

“A análise de viabilidade efectuada prevê, num Cenário Base, a existência de remuneração por disponibilidade à subconcessionária

contrato de concessão, outorgado entre o Estado e a EP, aprovada pela RCM n.º 174-A/07, de 23 de Novembro.

⁴ Vide ainda a Base 32 do contrato de concessão celebrado entre o Estado e a EP.

⁵ A Lei n.º 55/07, de 31 de Agosto veio regular o financiamento da rede rodoviária, a cargo da EP, criando a contribuição do serviço rodoviário como fonte de financiamento da mesma, incidindo sobre a gasolina e gasóleo rodoviários sujeitos ao imposto sobre os impostos petrolíferos e energéticos, devida pelos sujeitos passivos do imposto sobre aqueles produtos.

⁶ Clausulas 6ª e 14ª da minuta do contrato de concessão.



de modo a permitir que esta aufera uma rentabilidade considerada adequada.

Caso as projecções de tráfego consideradas na presente análise se revelem aquém do tráfego verificado na Subconcessão, tal significará um aumento da remuneração da subconcessionária por via do aumento da remuneração devida por serviço, sem ajuste na remuneração por disponibilidade, revelando assim a exposição da EP ao risco de tráfego.”

- e) No próprio dia em que foi publicada a Resolução do Conselho de Ministros n.º 56/2008 (26.03.08), foi publicado no DR 2ª Série, n.º 60 o aviso a publicitar o concurso público internacional que precedeu a celebração do contrato ora em análise e, dois dias após a sua aprovação em Conselho de Ministros (12.03.2008), foi o mesmo enviado, pela EP, para publicação no JOUE (14.03.2008);
- f) A publicação no JOUE ocorreu em 19.03.08, no Diário de Notícias, de 16.03.08, no Jornal do Algarve e no jornal Algarvismos, ambos de 20.03.2008⁷;
- g) O procedimento tem subjacente um Programa de Concurso (doravante designado por PC) e um Caderno de Encargos (doravante designado por CE), sendo que o primeiro regulamenta toda a fase procedimental pré-contratual e o segundo contém o conjunto de princípios e regras jurídicas e técnicas a incluir no contrato de subconcessão;
- h) Nos termos do Programa de Concurso, visa-se a subconcessão designada por Algarve Litoral, cujo objecto consiste na concepção, projecto, demais trabalhos de requalificação, financiamento, exploração

⁷ Vide fls. 4 a 9 dos autos.



e conservação, sem cobrança de portagens aos utentes, do itinerário em serviço constituído pelos seguintes lanços:

- i.** EN125 – Vila do Bispo/Lagos, com uma extensão aproximada de 22 quilómetros;
- ii.** ER 125 – Lagos/Nó do IC4, com uma extensão aproximada de 75 quilómetros;
- iii.** IC4 – Nó da A22/Faro, com uma extensão aproximada de 6 quilómetros;
- iv.** EN125 – Faro/Olhão, com uma extensão aproximada de 15 quilómetros;
- v.** ER125 – Olhão/Acesso à A22 (Pinheira), com uma extensão aproximada de 37 quilómetros, incluindo a requalificação do troço a municipalizar até ao limite do concelho de Vila Real de Santo António;

compreendendo a concepção, projecto, construção de raiz, financiamento, exploração e conservação por um período de 30 (trinta) anos a contar da assinatura do Contrato de Subconcessão, sem cobrança de portagem aos utentes, das seguintes variantes, a integrar no referido itinerário:

- vi.** EN125 – Variante a Lagos, com a extensão aproximada de 1,5 quilómetros;
- vii.** ER125 – Variante de S. Lourenço/Troto, com a extensão aproximada de 2,5 quilómetros;
- viii.** EN125 – Variante a Faro (2ª Fase), com uma extensão aproximada de 2,5 quilómetros;
- ix.** EN125 – Variante de Olhão, com a extensão aproximada de 5,5 quilómetros.

É também objecto da Subconcessão a concepção, projecto, construção de raiz, financiamento, exploração e conservação, sem cobrança de portagem aos utentes, dos seguintes lanços:



- x. Variante à EN2 – S. Brás de Alportel/Faro, com a extensão aproximada de 14 quilómetros;
- xi. EN 395 – Guia (ER125) / Albufeira, com a extensão aproximada de 3,5 quilómetros.

É igualmente objecto da Subconcessão a concepção, projecto, demais trabalhos de requalificação, financiamento, exploração e conservação, sem cobrança de portagem aos utentes, dos seguintes lanços de estrada em serviço:

- xii. IC1 – Messines (ER124 / Guia (IC4), com uma extensão aproximada de 14,5 quilómetros;
- xiii. EN124 – Porto de Lagos / ER125, com a extensão aproximada de 5,5 quilómetros;
- xiv. ER124 – Porto de Lagos / Silves, com a extensão aproximada de 10 quilómetros;
- xv. EN124-1 – Silves/ ER125, com a extensão aproximada de 6,5 quilómetros;
- xvi. EN125-10 – Faro (IC4) / Aeroporto de Faro, com a extensão aproximada de 3 quilómetros;
- xvii. EN266 – Monchique / Porto de Lagos, com a extensão aproximada de 16 quilómetros;
- xviii. EN268 – Vila do Bispo / Sagres, com a extensão aproximada de 8 quilómetros;
- xix. ER270 – ER 125 / Nó da A22 (Boliqeime), com a extensão de 2,5 quilómetros;
- xx. EN270 – Nó de Tavira (A22) / ER125, com uma extensão aproximada de 3,5 quilómetros;
- xxi. EN395 – Guia (IC4) / Guia (ER125), com a extensão aproximada de 1 quilómetro;
- xxii. EN396 – Loulé / Nó da A22 (Loulé 1), com a extensão aproximada de 1,5 quilómetros;
- xxiii. ER396 – Nó da A22 (Loulé 1) / Quarteira, com a extensão aproximada de 9,5 quilómetros;



xxiv. EN398 – Olhão (EN125) / Nó da A22 (Olhão), com a extensão aproximada de 7,5 quilómetros.

É ainda objecto da Subconcessão a concepção, projecto, demais trabalhos de requalificação, financiamento e entrega à Concedente, para transferência para o domínio municipal, dos seguintes lanços de estrada em serviço, designados por:

- xv.** EN125 – Acesso à Praia da Luz e a Rotunda do Centro de Saúde de Lagos, com a extensão aproximada de 1,5 quilómetros;
- xvi.** EN125 – Portimão / Lagoa, com a extensão de 4,9 Km;
- xvii.** ER125 – Nó de S. Lourenço / Nó de S. João da Venda, com a extensão aproximada de 3,5 quilómetros;
- xviii.** EN125 – Acesso à A22 (Pinheira) / Limite do concelho de V. Real de St.º António, com a extensão aproximada de 1,5 quilómetros;
- xix.** EN268 – Sagres / Limite zona urbana de Sagres, com a extensão aproximada de 1,5 quilómetros;

- i)** O ponto 3.4. do PC referia: *“A concedente comunicará aos dois concorrentes escolhidos para a fase de negociações, logo que se encontre/m disponível/is a/s Declaração/ões de Impacte Ambiental a que se refere o parágrafo anterior, ou comunicar-lhes-á, na sessão de negociações ali referida, a sua inexistência e, conseqüentemente, a redução do objecto da subconcessão colocado a concurso”;*
- j)** O troço “EN395 – Guia (ER 125) / Albufeira” (referido na subalínea xi da alínea h) acima), foi submetido a Avaliação de Impacto Ambiental em Fevereiro de 2008, mas só obteve emissão de DIA, favorável mas condicionada em 29.09.2008, já após abertura procedimento;
- k)** O lanço EN125 – Portimão / Lagoa, com a extensão de 4,9 Km, foi retirado do objecto da concessão;
- l)** Instada a EP a pronunciar-se sobre o facto referido na alínea anterior, veio a mesma informar o seguinte:



“O lanço EN 125 – Portimão/Lagoa em causa pertence ao domínio municipal e foi, por lapso, integrado no anúncio do lançamento do concurso da Subconcessão.

Assim, em sede de esclarecimentos, prestados a todos os concorrentes, o objecto do concurso foi devidamente rectificado, razão pela qual o lanço em causa não constou já do contrato”⁸;

- m)** O prazo da subconcessão é de trinta anos (a contar da data da assinatura do contrato), expirando automaticamente às 24 horas do dia em que ocorrer o trigésimo aniversário dessa assinatura⁹;
- n)** Todos os bens e direitos que integram a subconcessão reverterem automaticamente, e sem qualquer indemnização, para a concedente, no termo da mesma¹⁰;
- o)** A subconcessão é feita sem cobrança de portagens aos utentes, pelo que a subconcessionária obtém remuneração¹¹, calculada segundo as fórmulas previstas, em função da disponibilidade das vias efectivamente verificada e em função do serviço prestado efectivamente (relacionado com os volumes de tráfego verificado) e deduzida dos montantes relativos a falhas de desempenho e de disponibilidade, externalidades ambientais e sinistralidade;
- p)** O PC prevê um procedimento pré-contratual e adjudicação repartido em duas fases, sendo que, numa primeira, as propostas apresentadas serão apreciadas, em função dos factores de apreciação de propostas escolhidos¹² e, numa segunda, de negociações, com os dois concorrentes cujas propostas foram as mais pontuadas na primeira fase;

⁸ Vide fls. 526 dos autos.

⁹ Vide cláusula 13ª do contrato.

¹⁰ Vide cláusula 10.12ª do contrato.

¹¹ Vide cláusula 71ª do contrato.

¹² Vide ponto 27 do PC.



- q) Em ambas aquelas fases do procedimento, a Comissão de Avaliação das Propostas (doravante designada por CAP)¹³ elabora um relatório, fundamentado, no qual estabelecerá um projecto de classificação dos concorrentes, procedendo, na primeira fase, à qualificação e à indicação dos dois concorrentes cujas propostas obtiveram melhor classificação, para passarem à fase das negociações, e indicando o concorrente vencedor, naquela segunda fase, na sequência da apresentação da BAFO¹⁴;
- r) Nos termos do PC¹⁵, na segunda fase, a CAP negocia com os concorrentes seleccionados aspectos das propostas, culminando esta fase com a apresentação das BAFO por cada um dos concorrentes, as quais são de novo apreciadas pela comissão de análise que elabora novo relatório (a submeter a audiência prévia), terminando pela elaboração de relatório final, com proposta de adjudicação ao concorrente melhor classificado;
- s) Dispõe o ponto 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.”

¹³ Vide ponto 5 do PC.

¹⁴ “Best and final offer”. Vide ainda pontos 27 e 30 do PC.

¹⁵ Vide ainda pontos 28 a 30 do PC.



Tribunal de Contas

- t) Os concorrentes deveriam apresentar uma proposta base e poderiam apresentar uma proposta base variante financeira¹⁶;
- u) O critério de adjudicação é composto pelos factores e subfactores seguintes¹⁷:

A - Critérios de Natureza Financeira	50%
Ai) Valor Actualizado do Esforço Financeiro Líquido da Concedente, com referência a 1 de Janeiro de 2009	85%
Aii) Equilíbrio Económico-Financeiro	6%
Aiii) Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	6%
Aiv) Termos e Condições dos Financiamentos	3%
B - Critérios de Natureza Técnica	40%
Bi) Qualidade Técnica das Propostas	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 para Entrada em Serviço do empreendimento devidamente requalificado	10%
C - Critérios de Natureza Jurídica	10%
Ci) Análise da Estrutura Contratual	15%

¹⁶ Vide ponto 13.1 do PC.

¹⁷ Vide ponto 25.1 do PC.



Cii) Transferência do Risco	15%
Ciii) Análise do nível de Risco incorrido pela Concedente na Execução do Contrato de Subconcessão	70%

- v) 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;
- w) A CAP aprovou a metodologia adoptada para avaliação das propostas, no dia 5 de Maio de 2008, divulgada no termo do prazo para a prestação de esclarecimentos¹⁸;
- x) Ao presente procedimento foram oponentes 4 concorrentes¹⁹, conforme quadro seguinte:

CONCORRENTES/PARTICIPAÇÃO	
N.º1 - Auto-Estradas XXI	Soares da Costa Concessões, SGPS, SA Sociedade de Construções Soares da Costa, SA FCC Construction, SA Ramalho Rosa – Cobetar, Soc de Construções, SA Global Via Infraestruturas, SA Operália Infraestruturas, SA Matinsa Mantenimiento Infraestruturas, SA
N.º2 – GR – Grupo Rodoviário Algarve Litoral Agrupamento Via Nordeste²⁰	Iridium Concessiones de Infraestruturas, SA Desarollo de Concessiones Viárias U no SL Dragados, SA Edifer, Construções Pires Coelho e Fernandes, SA Edifer – Investimentos – SGPS, SA

¹⁸ Vide ponto 25.2 do PC.

¹⁹ O termo do prazo para apresentação das propostas ocorreu em 25.06.2009 e o acto público da sua abertura teve lugar no dia seguinte.

²⁰ A subconcessionária.



	Tecnovia - Sociedade de Empreitadas, SA Tecnovia Madeira – Soc de Empreitadas, SA Conduril - Construtora Duriense Conduril – Gestão de Concessões e Infraestruturas, SA
N.º3 - AENOR – Algarve Litoral	Mota-Engil – Engenharia e Construções, SA Mota-Engil – Concessões de Transportes, SGPS, SA Banco Espírito Santo, SA Sociedade Aberta Esconcessões, SGPS, SA Opway – Engenharia, SA Monteadriano – Engenharia e Construção, SA Sociedade de Construções H Hagen, SA Alberto Martins de Mesquita & Filhos, SA Empresa de Construções Amândio de Carvalho, SA Rosas, Construções, SA
N.º4 – Cintra	Cintra Concessiones Eusébiospar, SGPS, SA Gabriel Couta AS – Aurélio Martins Sobreiro & Filhos, SA Grupo Casais Ferrovial Agroman

- y) No âmbito do presente procedimento, ao contrário do que estava estabelecido no PC, passaram à fase de negociações (segunda fase), as quatro melhores propostas, sendo cada uma delas, de cada um dos agrupamentos concorrentes. Assim, todos os concorrentes viram uma das suas propostas passar à segunda fase;
- z) Instada a EP a pronunciar-se sobre o facto referido na alínea anterior, veio justificar este procedimento nos seguintes termos: “[a] necessidade de fazer passar à fase das negociações as melhores propostas de todos os concorrentes resultou, exclusivamente, da indispensabilidade de manter as condições de concorrência, uma vez que havia sido alterada a fórmula de avaliação do critério A i)”²¹;

²¹ Vide fls. 416 ss. dos autos. Analisada a fórmula original, a fórmula definitiva, a justificação apresentada pela EP e as alegações formuladas pelos concorrentes – constantes de fls. 532 a 545 dos autos - concluiu-se



Tribunal de Contas

- aa) Todos os concorrentes passaram pois à fase das negociações. Os concorrentes n.ºs 2 e 3 com a proposta base e os concorrentes n.ºs 1 e 4, com as propostas base variante financeira;
- bb) As pontuações obtidas, em cada uma das duas fases, em cada factor/subfactor de análise das propostas, pelos concorrentes foram as seguintes:

	Concorrente 1		Concorrente 2		Concorrente 3		Concorrente 4	
	1ª Fase	BAFO						
A - Critérios de Natureza Financeira								
A1 Valor Actualizado do Esforço Financeiro Líquido da EP	12,7	9,3	16,0	10,2	14,5	3,8	9,7	9,4
A2 Equilíbrio Económico - Financeiro	15,0	17,0	12,0	16,0	18,0	13,0	19,0	13,0
A3 Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	4,0	14,0	6,0	13,0	3,0	15,0	7,0	8,0
A4 Meios e Condições dos Financiamentos	16,0	8,0	13,0	11,5	11,0	9,0	14,0	12,0
B - Critérios de Natureza Técnica								
B1 Qualidade Técnica da Proposta	11,7	12,3	11,5	12,8	12,9	13,6	11,6	14,5
B2 Níveis de Qualid. do Serviço e Seg.- Sist. Exploração e Manutenção	13,5	13,8	12,2	13,9	14,2	14,2	12,6	13,7

que a alteração introduzida e a decisão de fazer passar à fase final de negociações as melhores propostas de todos os concorrentes assegurou um mais rigoroso cumprimento do que se dispunha no PC em matéria de avaliação do VAL do esforço financeiro líquido da concedente, respeitando os princípios da igualdade e da concorrência, sem afrontamento do princípio da estabilidade, e a preservação dos interesses financeiros públicos.





Tribunal de Contas

B3 Níveis de Qualidade do Serviço e Seg.-Sist. de Assist. aos utentes- gestão de incidentes e sist. de controlo e gestão de tráfego	11,0	9,5	12,5	13,0	13,5	14,0	11,0	13,5
B4 Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço	14,0	14,0	14,0	14,0	15,0	15,0	8,0	14,0
C - Critérios de Natureza Jurídica								
C)i Análise da Estrutura Contratual	14,0	14,0	13,0	13,0	12,0	14,0	13,0	14,0
C)ii Transferência do Risco	16,0	16,0	14,0	14,0	14,0	14,0	14,0	14,0
C)iii Análise do nível de Risco incorrido pelo Concedente na Execução do Contrato de Subconcessão	10,0	15,0	10,0	12,0	10,0	12,0	10,0	12,0
Classificação Final	12,24	11,5	13,43	11,9	13,41	9,4	10,75	11,7

cc) Assim, na globalidade, naquela primeira fase, as propostas apresentadas pelos concorrentes obtiveram 13,43 pontos (GR), 13,41 pontos (AENOR), 12,24 pontos (AEXXI) e 10,75 pontos (CINTRA);

dd) Na segunda fase, as pontuações globais foram de 11,9 pontos (GR), 11,7 pontos (CINTRA), 11,7 pontos (AEXXI) e 9,4 pontos (AENOR);

ee) No subfactor de apreciação das propostas Ai (VAL do esforço financeiro líquido da concedente), a pontuação obtida pelas propostas dos concorrentes foi, na primeira fase, de 16 (GR), 14,5 (AENOR), 12,7 (AEXXI) e 9,7 pontos (CINTRA);



Tribunal de Contas

- ff)** Na segunda fase, no mesmo subfactor, as propostas obtiveram 10,2 pontos (GR), 9,4 pontos (CINTRA), 9,3 pontos (AEXXI) e 3,8 pontos (AENOR);
- gg)** Assim, na fase das negociações, todos os concorrentes, obtiveram pontuações inferiores àquelas que obtiveram na primeira fase, quer no subfactor Ai (VAL do esforço financeiro líquido do concedente), quer na pontuação global, à excepção do concorrente n.º 4 na sua pontuação final;
- hh)** Verifica-se que a BAFO apresentada pela subconcessionária reflectiu um acréscimo no custo de construção, no valor de 31,576 milhões de euros;
- ii)** As propostas dos concorrentes, na primeira e na segunda fase apresentam os valores constantes nos quadros seguintes:

1ª Fase							
	Conc1		Conc 2	Conc 3		Conc 4	
<i>em milhares de €</i>	Proposta Base	Variante Financeira	Proposta Base	Proposta Base	Variante Financeira	Proposta Base	Variante Financeira
VAL – Pagamentos por disponibilidade	2 518,9	-	-	-	25 852,5	-	-
VAL – Pagamentos à EP	(90 000,0)	(90 000,0)	(168 830,5)	(137 741,8)	(159 159,6)	-	(16 804,0)
VAL – Esforço financeiro líquido da EP	(87 481,1)	(90 000,0)	(168 830,5)	(137 741,8)	(133 307,0)	-	(16 804,0)
VAL – Pagamentos por serviço	573 082,8	573 082,8	435 812,8	438 336,8	438 336,8	439 074,3	439 074,3
Custos construção @ 1/Jan/08	228 457,0	228 457,0	149 930,8	204 395,5	204 395,5	194 105,9	194 105,9
TIR Accionista	12,59%	11,49%	7,00%	8,19%	8,02%	9,85%	8,94%



2ª Fase				
	Conc1	Conc 2	Conc 3	Conc 4
<i>em milhares de €</i>	Proposta BAFO	Proposta BAFO	Proposta BAFO	Proposta BAFO
VAL – Pagamentos por disponibilidade	76 403,3	16 195,3	269 140,2	-
VAL – Pagamentos à EP	(84 855,3)	(44 621,1)	(146 131,0)	(10 131,3)
VAL – Esforço financeiro líquido da EP	(8 452,1)	(28 425,8)	123 009,2	(10 131,3)
VAL – Pagamentos por serviço	555 452,1	390 199,0	304 145,8	423 084,3
Custos construção @ 1/Jan/08	172 671,8	181 506,9	228 355,0	199 959,5
TIR Accionista	12,10%	7,90%	10,00%	8,97%

	Subconcessionária
	Subconcessionária

jj) Assim, na primeira fase, no que respeita ao VAL²² do esforço financeiro líquido da concedente, os quatro concorrentes seleccionados para as negociações apresentaram uma proposta nos seguintes valores²³:

Milhares €

VAL 1ª Fase			
Conc. 1 - AEXXI	Conc. 2 - GR	Conc. 3 AENOR	Conc. 4 CINTRA
(90 000,0)	(168 830,5)	(137 741,8)	(16 804,0)

²² Vide acima a alínea v).

²³ Sendo todos os valores negativos, tal significa que em todos a EP teria benefícios líquidos.



kk) Na fase das negociações, os mesmos concorrentes apresentaram um VAL, como se segue²⁴:

Milhares €

VAL 2ª Fase			
Conc. 1 - AEXXI	Conc. 2 - GR	Conc. 3 - AENOR	Conc. 4 - CINTRA
(8 452,1)	(28 425,8)	123 009,2	(10 131,3)

II) Questionada a EP acerca destas alterações, verificadas na fase das negociações veio a mesma referir²⁵:

“Entre a 1ª fase e a 2ª fase do procedimento, verificou-se efectivamente uma diminuição do benefício líquido do concedente, em termos de VAL, em cerca de 140 M€, facto que justifica a diminuição da pontuação acima referida.

Esta diminuição do benefício líquido do concedente tem como justificação uma diminuição nos fluxos de caixa operacionais, excluindo o efeito dos pagamentos por disponibilidade e dos pagamentos ao concedente, em cerca de 89 M€ (valor actualizado a 6,08%) e o aumento dos custos financeiros em cerca de 12 M€ (valor actualizado a 6,08%).

A diminuição dos fluxos de caixa operacionais resulta essencialmente do decréscimo da remuneração por serviço e do acréscimo dos custos a incorrer com grandes reparações e investimentos de substituição.

²⁴ Ibidem, com excepção do concorrente 3.

²⁵ Vide trechos do ofício da EP nº 6294 de 3.SET.2009, a fls. 432 ss. do processo.



Por outro lado, no que concerne ao acréscimo dos encargos financeiros, a justificação assenta na significativa degradação do clima económico e financeiro decorrente da gravíssima e por todos sobejamente conhecida crise financeira global com repercussões directas mais gravosas nos termos e condições de financiamento propostos pelas entidades financiadoras para a Subconcessão do Algarve Litoral, que surgiram substancialmente alterados.

No caso das propostas apresentadas pela Subconcessionária, constata-se que entre a 1ª fase e a 2ª fase, não só o pricing global do financiamento aumentou significativamente - os spreads associados à banca comercial aumentaram de 120 bps para 215 bps, na fase de construção e de 125 a 135 bps para 240 a 290 bps, na fase de operação – como também o nível de alavancagem financeira diminuiu de 74% para 66%, facto que originou a necessidade de um maior suporte de fundos próprios ao Projecto.

Face ao exposto, constata-se que o efeito líquido das alterações introduzidas nas propostas apresentadas pela adjudicatária entre ambas as fases acarretou um acréscimo da TIR Accionista em cerca de 90 bps e da TIR de Projecto em cerca de 70 bps.

Contudo, atentos os modelos financeiros que suportam ambas as propostas, verifica-se que o acréscimo do retorno accionista na 2ª fase do procedimento apenas é possível através da implementação de um mecanismo de distribuição que prevê uma linha de empréstimo a accionista, em detrimento da distribuição de dividendos. Caso esta linha alternativa de distribuição aos accionistas seja desactivada, a TIR Accionista decresce cerca de 100 bps face à proposta apresentada na 1ª fase do procedimento. A razão da implementação da referida linha alternativa de distribuição aos accionistas prende-se com o facto de, ao abrigo das regras do Código das Sociedades Comerciais, e de acordo com o modelo financeiro apresentado, apenas ser possível



distribuir dividendos em 2019, em função da acumulação de resultados líquidos negativos.

Assim, constata-se que a diminuição do VAL do benefício financeiro líquido para a EP por via do aumento dos pagamentos por disponibilidade e da diminuição dos pagamentos ao concedente visou essencialmente fazer face à alteração do perfil de fluxos de caixa operacionais e da estrutura financeira da Subconcessionária.

Em todo o caso, deve clarificar-se ainda que esta diminuição do VAL directa e umbilicalmente ligado ao aumento dos custos financeiros decorrentes da crise económico-financeira global, conforme referido, não é irreversível.

Efectivamente, inclui-se no Contrato de subconcessão do Algarve Litoral – como de resto em todos os restantes Contratos já formalizados – uma cláusula de refinanciamento da Subconcessão.

Para efeitos do Contrato de Subconcessão, entende-se por “Refinanciamento da Subconcessão”, a “alteração das condições constantes dos Contratos de Financiamento ou dos contratos que os venham a substituir ou a alterar, ou a sua substituição por outros contratos ou por outras estruturas de financiamento e que, em qualquer dos casos, (i) tenham impacto, mesmo que directo, nas datas ou nos montantes de qualquer pagamento a um Banco Financiador ou, (ii) aumentem ou diminuam o montante global do financiamento contratado (cfr. cláusula 1.1, alínea tt) do Contrato de Subconcessão.

Perante esta definição, podemos constatar que parte da causa da diminuição do VAL – os custos financeiros impostos pelos Bancos Financiadores com o financiamento concedido à Subconcessionária e traduzidos nos denominados Contratos de



Financiamento – constituem, justamente, o objecto do Refinanciamento da Subconcessão.

Ora, o regime previsto na cláusula 85.^a do Contrato de Subconcessão permite á EP: (i) apresentar “a qualquer momento, uma proposta de Refinanciamento da Subconcessão” (cfr. n.º 13), (ii) partilhar, em partes iguais, os respectivos benefícios financeiros (cfr. n.º 3) e (iii) impor essa proposta de refinanciamento, verificado o pressuposto previsto no n.º 2 (cfr. n.º 2 e 14).

Duas notas finais sobre a possibilidade de Refinanciamento da Subconcessão.

A primeira para referir que, via de regra, o refinanciamento de projectos desta envergadura só se concretiza após a conclusão do período de construção já que, terminado este, o denominado “risco de construção” já não tem qualquer relevância e, portanto, os Bancos Financiadores já estão dispostos a baixar os custos financeiros do seu financiamento. No contexto actual, à medida que as acções, de carácter global, transnacional, começarem a surtir efeitos, é previsível que os mercados financeiros reajam à mais que previsível retoma da economia global, diminuindo os seus “agentes” os custos de financiamento (e custos conexos) dos seus empréstimos: serão assim também instrumento propulsor e catalisador da retoma, aproveitando para restaurar a confiança nas instituições financeiras e, conseqüente e concomitantemente, assegurar a sua própria sobrevivência pondo termo à “avalanche” de falências que se abateu sobre algumas daquelas instituições.

Neste contexto, não só a Subconcessão do Algarve Litoral vai seguramente ser refinanciada como tal ocorrerá antes de finalizado o período de construção e à medida que a situação económico-financeira global for melhorando. O potencial de



ganhos financeiros para a EP associado a estas circunstâncias particulares é enorme, razão pela qual – e é esta a segunda linha de força que queríamos deixar expressa – a possibilidade de a EP a “qualquer momento” poder apresentar uma proposta de Refinanciamento da Subconcessão é ainda mais vantajosa do que inicialmente previsto.

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), através do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, quer junto do Conselho de Administração, quer através das sucessivas intervenções públicas de Sua Excelência o Senhor Primeiro Ministro sublinhando o papel decisivo do investimento público no combate á crise económico-financeira, algumas dessas intervenções feitas em data anterior à da decisão de adjudicação da Subconcessão do Algarve Litoral, mas também, justamente, nas cerimónias de formalização dos contratos de subconcessão, incluindo na do contrato de subconcessão do Algarve Litoral, os factos acima descritos configuram, salvo melhor opinião, uma clara alteração de circunstâncias para efeitos de aplicação do artigo 198º do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de Março (aplicável por remissão do nº34 do Programa do 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 norma



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(s) 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 numa fase de negociações directas e prolongadas com os concorrentes - assim o exige, impondo a observância de deveres de lealdade acrescidos. A doutrina reconhece de forma unânime, de resto, a existência de deveres de protecção in contrahendo, tanto no direito 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 Algarve Litoral, pelo que, salvo sempre melhor opinião, a adjudicação da proposta apresentada pela Subconcessionária é perfeitamente justificável, quer do ponto de vista estritamente jurídico, quer, sublinhe-se, do ponto de vista do(s) interesse(s) público(s) em jogo."

mm) Através do ofício nº 7911 de 30.10.2009, a EP apresentou novamente argumentação relacionada com a crise económica e financeira internacional actual²⁶. Tal argumentação desenvolve-se agora com a avaliação de quatro parâmetros: a redução dos bancos disponíveis

²⁶ Nos trechos pertinentes do presente acórdão far-se-á referência a essa argumentação.



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;

- nn)** 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 85ª 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 4) e (iii) impor essa proposta de refinanciamento, verificado o pressuposto previsto no nº 2 (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 *“compromete-se a desenvolver os seus melhores esforços no sentido de tornar possível, através do referido Refinanciamento da Subconcessão, a redução dos encargos da responsabilidade da EP”*. Refere-se ainda que *“a declaração não pode ser interpretada como alterando o texto ou o sentido de qualquer disposição do CONTRATO”*;
- oo)** Para fornecimento dos documentos relativos ao procedimento a entidade concedente fixou um preço de 15.000 euros.
- pp)** Questionada sobre os fundamentos subjacentes à fixação daquele montante, a EP alegou que tal valor *“teve por base a extensão do empreendimento, designadamente 30 Km de construção nova e 257 Km de reabilitação, o volume e pormenorização dos documentos técnicos patenteados a concurso (neste último aspecto teve peso considerável o facto dos projectos EN 125 – Variante a Faro e EN 2 – Ligação S. Brás de Alportel / Nó de Faro da V.I.S. / Nó da 3.ª Circular de Faro terem sido patenteados, respectivamente, já em fase*



*de Projecto Execução) a que diz respeito o Anexo X do n.º 6.1 do PC (...)*²⁷.

II – O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À CONTRATAÇÃO

3. Impõe-se desde já determinar qual o regime jurídico aplicável à contratação e que na presente decisão deve ser observado.
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 n.º 374/2007, de 7 de Novembro, pelos seus estatutos, aprovados pelo mesmo diploma legal, pelo regime jurídico do sector empresarial do Estado²⁸ e pelo Código das Sociedades Comerciais.
5. À EP foi atribuída a concessão relativa à rede rodoviária nacional, regendo-se nessa matéria pela Lei n.º 10/90, de 17 de Março²⁹ (em especial o disposto no seu artigo 15.º) e pelo Decreto-Lei n.º 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-privada³⁰, é-lhe aplicável – e ao procedimento que lhe deu origem – o disposto no Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril³¹ (doravante designado por Regime Jurídico

²⁷ Vide ofício n.º 6294 de 3. SET.2009.

²⁸ Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

²⁹ Com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de Novembro.

³⁰ Tal qualificação é claramente assumida pela EP nos seus documentos. Vide, designadamente, os ofícios n.ºs 6294 e 7511 de 3. SET.2009 e de 19.OUT.2009, respectivamente.

³¹ Com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.



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 nº 6 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.”

6. Quanto ao entendimento que deve ser seguido na aplicação da disposição legal agora transcrita, referiu a EP³²:

- a) *“O [RJPPP], com a redacção que lhe foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho, passa apenas a aplicar-se às parcerias público-privadas promovidas pelas entidades públicas empresariais”;*
- b) *(...) [O] Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho, aditou um novo nº 6 ao artigo 2º (...). Deste modo, a esta “modalidade” de empresas públicas³³ (...) não se aplica o RJPPP, mas sim as “exigências materiais e os princípios constantes” deste mesmo diploma, mas “com as devidas adaptações”;*
- 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) *(...)“Resta então determinar o que devemos, em concreto, entender por “exigências materiais e princípios constantes”. Na nossa leitura o*

³² Vide o ofício da EP nº 6294 de 3.SET.2009. A selecção de trechos seguinte é da nossa responsabilidade. No ofício nº 7911 de 30.10.09, acima referido na alínea rr) do nº 2, retomou-se, nos seus aspectos essenciais a mesma argumentação.

³³ Empresas públicas sob a forma societária.



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”(...);

- e) (...) *“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””.*

7. Concorda-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 “designadamente”. 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;
- 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 n° 59/99, de 2 de Março (por força do seu n° 2 do artigo 2° e alínea g) do n°1 do artigo 3°), e o Decreto-Lei n° 197/99, de 8 de Junho, nos termos do seu artigo 4°³⁴. A aplicação destes regimes deve contudo acolher as necessárias adaptações, nos termos em que o Direito o permite, na estrita medida em que estamos no quadro da constituição de uma parceria público-privada.

III. - OS ESTUDOS, AUTORIZAÇÕES E PARECERES ADMINISTRATIVOS PRÉVIOS AO LANÇAMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

10. Refere a alínea c) do n°1 do artigo 6° do RJPPP que “[o] lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem (...) [a]

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



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 n.º 2 do artigo 19.º da lei do enquadramento orçamental(...)”.

- 11.** Denunciando o pensamento do legislador, na mesma linha dispõe a alínea d) do n.º 7 do artigo 8.º 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”*³⁵.
- 12.** Instada a fazer demonstração de que se tinha dado cumprimento ao disposto no artigo 6.º, a EP respondeu³⁶:
- a) Considerando que não são aplicáveis ao lançamento e contratação de parcerias público-privadas por empresas públicas sob forma societária, as exigências materiais e princípios de natureza estritamente procedimental;
 - b) Referindo que, nos termos da legislação aplicável (vide acima o n.º 5), a EP deve privilegiar as parcerias público-privadas;
 - c) Referindo ainda que foi o Governo,³⁷ através da RCM n.º 56/2008, quem lançou a subconcessão do Algarve Litoral em regime de parceria público-privada, pelo que do ponto de vista estritamente jurídico não cabia à EP dar cumprimento ao disposto no RJPPP;
 - d) Dizendo também que a lei do enquadramento orçamental (LEO) não se aplica às empresas públicas.

Não colhem os argumentos produzidos pela EP.

³⁵ 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 serviço ou das obras em questão, comparada com outras opções como a celebração de um contrato mais tradicional”*.

³⁶ Vide os já citados ofícios n.ºs 6294 de 3. SET.2009 e 7911 de 30.OUT.09.

³⁷ Vide acima alínea e) do n.º2.



13. Não é aceitável que se considere que a demonstração das vantagens de constituição de uma parceria público-privada se traduza numa exigência meramente procedimental. O “estudo do comparador público” é uma exigência material fundamental para a constituição de uma parceria público-privada. É essa a solução consagrada no nosso ordenamento jurídico.
14. Os elementos e estudos apresentados – designadamente o Estudo de Viabilidade Económico e Financeira - não sustentam a “*configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins*”, nem demonstram a “*inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira*”.
15. 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.
16. Refere a EP que foi o Governo que lançou a subconcessão em regime de parceria público-privada e, portanto, do ponto de vista estritamente jurídico não cabia à EP dar cumprimento ao disposto no RJPPP. 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, através de uma Resolução do Conselho de Ministros, foi o Governo que lançou a subconcessão, 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.

17. Refere ainda a EP que não está sujeita à LEO³⁹. Não se contesta tal posição⁴⁰. Contudo, tal não pode significar que, no presente procedimento, não se estava vinculado 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

³⁸ Sobre a necessidade de “estudo de comparador público”, vejam-se igualmente as recomendações formuladas por este Tribunal, através da sua 2.ª Secção. 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.

³⁹ Nos ofícios n.ºs 6294 e 7911 de 13.04.09 e de 30.10.09, este último acima referido na alínea mm) 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 Refira-se que este argumento entra em contradição com o anterior: então se competia ao Governo apresentar o comparador público, a este não se aplicaria a LEO na elaboração de tal comparador?



procedimentos que lhe compita desencadear, deve seguir os critérios reassumidos pelo legislador neste diploma, por mera remissão para a LEO.

18. Face ao exposto nos n.ºs 10 a 17, houve pois violação do disposto na alínea c) do n.º1 do artigo 6.º do RJPPP.
19. Estabelece ainda a alínea d) do n.º 1 do artigo 6.º do RJPPP que o lançamento e a contratação de uma parceria público-privada pressupõem a obtenção das autorizações e pareceres administrativos de natureza ambiental.
20. Instada a demonstrar sobre se tinha dado cumprimento àquela disposição legal, referiu ainda a EP⁴¹:

“[F]oram acauteladas todas as aprovações ambientais necessárias para os projectos que delas necessitavam previamente ao lançamento da subconcessão em apreço.”

(...)

“Não se aplicando o RJPPP directamente às parcerias público-privadas preparadas, lançadas e contratadas pela EP (...) importava, porém, assegurar o cumprimento da “ratio legis” subjacente ao artigo 6.º, n.º 4 do RJPPP.

Na perspectiva da EP, o que se pretende salvaguardar nesta norma, mais do que a mera transferência do “risco ambiental” para os parceiros privados, é a de eliminar que o desenvolvimento, designadamente na fase de construção, de parcerias público-privadas seja perturbado, a todos os níveis, designadamente financeiro, por questões de natureza ambiental (e urbanística).

Com o regime previsto no PC – regime que salvaguarda os princípios da transparência, da publicidade e da concorrência já que todos os interessados e concorrentes sabiam, antes de manifestarem o seu interesse e/ou apresentarem propostas que o lanço em causa podia ser

⁴¹ Vide os ofícios n.ºs 6294 e 7511, de 3. SET.2009 e de 19.OUT.2009, respectivamente.



excluído do objecto da Subconcessão – os interesses protegidos pelo artigo 6.º, n.º 4 do RJPPP foram plenamente salvaguardados já que todos os lanços incluídos no objecto da Subconcessão e “contratualizados” com a Subconcessionária, dispõem de Declarações de Impacte Ambiental plenamente válidas”.

Quanto ao facto de a declaração de impacto ambiental (DIA) relativa ao troço “EN395 – Guia (ER 125) / Albufeira” ter sido emitida, favoravelmente mas com condições, após o lançamento do procedimento de formação do contrato, referiu ainda a EP:

“Efectivamente, a declaração de impacte ambiental em causa (favorável condicionada) foi emitida em 29.09.2008, devendo referir-se que as negociações com os quatro concorrentes decorreram entre 13.11.2008 e de 12.01.2009”.

- 21.** Não se subscreve aquele entendimento da EP, nos seus aspectos essenciais. Não é contestável que tal disposição se aplique às parcerias lançadas pela EP, nos termos como determina o n.º 6 do artigo 2.º do mesmo diploma legal, pois nela está ínsito um princípio ou dela se retira uma exigência material, como acima se viu, e em que termos. E nisto, parece, também concorda a EP. Como também acima se reconheceu, importa atender-se à *ratio legis* do preceito. Um dos seus elementos essenciais 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*.



- 22.** No mesmo sentido, dispõe o n.º 4, introduzido em 2006, pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Junho: “[n]o que 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 ou reafirmada uma clara exigência material no sentido de que a declaração deve ser obtida antes do lançamento da parceria^{42 43}.
- 23.** Em conclusão: sendo incontestável que a declaração de impacto ambiental é, no caso, exigível – e a EP não o contestou – devia ela ter sido obtida previamente ao lançamento do procedimento de constituição da parceria⁴⁴.
- 24.** Houve pois pouco rigor no lançamento do procedimento. Disso é também sinal o facto de o lanço EN125 – Portimão / Lagoa, com a extensão de 4,9 Km, ter sido retirado do objecto da concessão, por pertencer ao domínio municipal e que, por lapso, tinha sido integrado no anúncio do lançamento do concurso da Subconcessão⁴⁵. Igual sinal desse pouco rigor é também a inclusão de fórmula de avaliação que erradamente concretizava norma do PC⁴⁶.

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ A este respeito, fristem-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, os já referidos Relatórios n.º 14/03- Auditoria às concessões Rodoviárias em regime de Portagem SCUT, n.º 33/05 – auditoria sobre os Encargos Públicos com as PPP; 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.

⁴⁵ Vide acima alíneas k) e l) do n.º 2.

⁴⁶ Vide acima alíneas y) e z) do n.º 2 e nota de rodapé n.º 21.



IV – A VIOLAÇÃO DAS REGRAS DO PROCEDIMENTO NA FASE DE NEGOCIAÇÃO DAS PROPOSTAS

IV.A - A natureza e a estabilidade das regras dos concursos

25. O procedimento que antecedeu o contrato regia-se fundamentalmente pela disciplina do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março. Mas, acrescente-se, também pelo que se dispôs no Programa de Concurso e no Caderno de Encargos do próprio procedimento.
26. Nos termos do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, o concurso tem por base, entre outros, estes documentos. Estes documentos estabelecem as regras que todos os participantes no procedimento – entidade adjudicante e concorrentes – devem observar e saber que por todos são observadas⁴⁷ e vinculam a entidade adjudicante que, no quadro da lei, livremente os produziu.
27. Em particular, e como este Tribunal vem assinalando⁴⁸, as disposições do Programa de Concurso, depois de publicitadas, têm **natureza regulamentar** e tornam-se vinculantes para a autoridade procedimental e para todos os intervenientes no processo concursal.
28. Esta posição vem, aliás, na senda da doutrina, que reconhece que o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos são **instrumentos regulamentares** de auto-vinculação da entidade adjudicante, emitidos 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^{49 50 51}.

⁴⁷ Vide nesta matéria o que dispõem os artigos 64.º e 66.º do referido diploma legal. Designadamente, o artigo 66.º refere expressamente que o Programa do Concurso se destina a definir os termos a que obedece o respectivo processo.

⁴⁸ Cfr., designadamente, os Acórdãos n.ºs 295/2006-29SET2006-1ªS/SS e 141/2007-17DEZ 2007-1ªS/SS.

⁴⁹ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira afirmam claramente in *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das Fontes às Garantias*, Almedina, 1998, a pág. 136: “É,



29. A natureza regulamentar destes documentos implica que eles devem manter-se **estáveis** durante o decurso dos respectivos procedimentos.

É o que, de resto, se estabelece no artigo 14º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho:

“Artigo 14º

Princípio da estabilidade

1- Os programas de concurso, cadernos de encargos e outros documentos que servem de base ao procedimento devem manter-se inalterados durante a pendência dos respectivos procedimentos.”

30. A este respeito refere Margarida Olazabal Cabral⁵²: *“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 for⁵³”*.

No mesmo sentido afirmam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, na obra já citada⁵⁴, que a obrigatoriedade normativa resultante dos programas de concurso implica que as respectivas

pois, de regulamentos que se trata quando lidamos com as disposições dos programas dos concursos, sendo como tal, como parâmetro normativo-regulamentar, que eles funcionam em relação aos actos administrativos e aos demais actos jurídicos procedimentais (administrativos ou de particulares) que vierem a praticar-se no decorrer do concurso, logo desde a fase da sua abertura.”

⁵⁰ 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 (...)”*.

⁵¹ Vide também, Margarida Olazabal Cabral in *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1997.

⁵² In *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1997, a pág. 82.

⁵³ Negritos nossos.

⁵⁴ Cfr. págs. 135 e 136.



disposições não possam ser retiradas, modificadas ou substituídas depois de publicado o anúncio de abertura do concurso.

Marcelo Rebelo de Sousa⁵⁵ insiste também em que a estabilidade das regras dos concursos implica a **proibição** de modificações subsequentes à abertura do concurso, reflectindo os princípios da igualdade e da justiça, da imparcialidade e da transparência, visando a tutela dos direitos e interesses legítimos dos particulares e projectando especificamente o princípio da protecção da confiança. Refere o autor⁵⁶: “*A Administração Pública pode escolher, mas não pode modificar as regras do jogo a que obedece essa escolha*⁵⁷, uma vez definido o quadro de um concurso (...)”.

31. Sublinhe-se, ainda, acompanhando Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁵⁸, que a imodificabilidade dos Programas de Concurso, quanto à sua retirada ou modificação, não significa que a Administração não possa retirar, anular ou desistir do próprio procedimento. E que, se este terminar, claro que as normas por que se pautavam perdem o seu objecto e efeito, extinguindo-se também para aquele caso.
32. Ora, a obrigatoriedade normativa resultante dos Programas de Concurso vincula todos os intervenientes no procedimento a proceder concretamente como nele abstractamente se dispõe até ao momento da decisão de adjudicação⁵⁹.
33. Como se referiu no Acórdão n.º 141/2007-17DEZ2007-1.ªS/SS deste Tribunal, qualquer que seja a tese defendida quanto ao fundamento da vinculatividade jurídica dos Programas de Concurso e dos Cadernos de Encargos⁶⁰, há um ponto em que todas as teses convergem: a adjudicação

⁵⁵ In *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lex Edições Jurídicas, 1994.

⁵⁶ Cfr. págs. 70 da obra referida.

⁵⁷ Negritos nossos.

⁵⁸ Cfr. pág. 136 da obra citada.

⁵⁹ Ou da decisão de não adjudicação.

⁶⁰ O seu carácter normativo ou o seu carácter contratual.



feita a um concorrente em violação das cláusulas neles contidas segue o regime da invalidade jurídico-administrativa.

- 34.** No fundo, dado que a lei exige a elaboração de um programa de concurso, a sua conformidade legal e a sua estabilidade durante o procedimento, o facto de se desrespeitar disposição naquele contida que esteja em conformidade com a lei, traduz-se na violação da própria lei⁶¹.
- 35.** Em suma: até ao momento da adjudicação, e sob pena de ilegalidade, as regras concursais, constantes, designadamente, do Programa de Concurso, não podem ser modificadas nem desrespeitadas pelos intervenientes no procedimento.

IV.B – A violação das regras do Programa do Concurso

- 36.** 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 a concedente do que as inicialmente propostas. Entende-se que uma proposta tem condições menos vantajosas para a concedente se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação

⁶¹ Em comentário à posição de Mário Esteves de Oliveira acima referida, 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, ainda, violação do princípio geral que obriga as propostas a respeitarem os termos dos cadernos de encargos (...)”*.



que, no subcritério A i) ou na nota global, seja inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase.”

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

Se por um lado, se pretende obter melhorias nas propostas dos concorrentes em benefício da entidade adjudicante, não se pode esquecer que, nesta fase, cada um dos concorrentes 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 do princípio da estabilidade, numa deficiente salvaguarda dos interesses públicos e num perverso entendimento do princípio da transparência.

No caso, a entidade adjudicante teve mesmo o cuidado de estabelecer os critérios para se avaliar quando é que uma proposta apresenta condições menos vantajosas: se ela obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação global ou uma pontuação no critério Ai) inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase⁶².

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

- 38.** O que sucedeu no procedimento na passagem da primeira para a fase final está patente, no essencial, na matéria de facto sistematizada nas alíneas bb) a ll) do n° 2.

⁶² Ainda que não se aplique ao presente procedimento, relembre-se o que dispõe o Código dos Contratos Públicos no seu artigo 152° 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.*”



- 39.** Para adequada compreensão do que sucedeu, importa relembrar que a remuneração da subconcessionária assenta em duas componentes fundamentais⁶³: remuneração por disponibilidade e remuneração pelo serviço prestado, sendo que este está associado ao volume de tráfego que se venha efectivamente a verificar. Um dos critérios de avaliação das propostas – critério aliás determinante, como já se viu - dizia respeito ao valor actualizado líquido (VAL) do esforço financeiro líquido da EP. E, como acima se registou, por “esforço financeiro líquido da EP” entende-se “o valor dos pagamentos associados à componente de remuneração anual por disponibilidade deduzido de pagamentos que a subconcessionária efectue ao concedente”. Assim, a avaliação do referido VAL prende-se estreitamente com a remuneração pela disponibilidade. E, pelo contrário, atente-se que não se relaciona com a remuneração pelo serviço prestado.
- 40.** Para melhor se compreender o acontecido deve igualmente ter-se em conta que, contrariamente ao verificado em outras subconcessões, esta tem a particularidade de basear os “mecanismos de pagamento”, especialmente na remuneração por serviço – relacionado com o volume do tráfego – e menos na remuneração por disponibilidade. Esta situação parece dever-se ao facto de, nesta subconcessão, se exigir um menor volume de investimento e de ser expectável um nível de procura – de tráfego - substancialmente mais atractivo para o potencial subconcessionário, o que lhe permitiria, à partida, minimizar os riscos relacionados com o tráfego. Assim, à partida, a remuneração pelo serviço prestado tem, nesta subconcessão, maior significado no contexto global da remuneração do potencial subconcessionário.
- 41.** Com base na matéria de facto – a já referida acima no nº 38 - vejamos pois o que se passou:

⁶³ Vide acima alínea o) do nº 2.



- a) Verifica-se que há uma degradação geral das condições oferecidas pelos concorrentes que se traduzem no decréscimo das pontuações atribuídas nos critérios determinantes: nas pontuações globais (com exceção do concorrente 4) e nas pontuações do critério Ai);
- b) A proposta da subconcessionária padece assim, também, de tal degradação, em ambos os critérios determinantes;
- c) Na proposta apresentada pela subconcessionária verifica-se um acréscimo no custo de construção, no valor de 31,576 milhões de euros;
- d) Em matéria de pagamentos por disponibilidade, a proposta inicial da subconcessionária não previa quaisquer pagamentos a fazer pela EP, mas previa pagamentos a fazer pela concessionária à EP no montante de 168,830 milhões. Isto é: em matéria de pagamentos por disponibilidade, nesta subconcessão e nesta proposta⁶⁴, o VAL do esforço financeiro líquido da concedente era negativo na medida em que para ela havia benefícios financeiros líquidos (no referido montante de 168,830 milhões de euros);
- e) Em matéria de pagamentos por disponibilidade, a proposta final – e vencedora - da subconcessionária passou a exigir à concedente EP pagamentos na ordem dos 16,195 milhões de euros e reduz a proposta inicial de pagamentos a realizar à EP para 44,621 milhões de euros. Assim, o benefício líquido da concedente, em matéria de disponibilidade passou a ser cerca de 28,425 milhões de euros;
- f) Assim, em termos de VAL, face ao benefício inicialmente previsto – 168,830 milhões de euros - verifica-se uma perda para a EP de cerca de 140 milhões de euros;
- g) As remunerações por serviço – previsíveis, mas porque associadas, como se disse, aos volumes de tráfego que terão de ser verificados no futuro para apuramento das remunerações – a serem asseguradas pela EP, descem de um VAL de 435,812 milhões para 390,199 milhões (menos cerca de 45 milhões de euros);

⁶⁴ Com exceção do concorrente 4, a mesma situação – de VAL negativo - ocorria nas propostas dos outros concorrentes.



h) A TIR accionista aumenta da primeira fase para a solução adoptada, de 7% para 7,9%.

42. 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 inicial das propostas.

43. Mais importante do que a análise isolada de cada um dos aspectos referidos (a evolução dos benefícios líquidos da concessionária, dos pagamentos da subconcessionária, da transferência de riscos da parte privada para a parte pública, dos níveis de rentabilidade...) que, cada um, *de per si*, pode ter justificação, é a avaliação global do negócio. Efectivamente, deve ter-se presente que todos esses aspectos se repercutiram na avaliação efectuada nos vários factores e subfactores e no resultado global obtido por cada proposta e, em particular, pela proposta adjudicatária. E tal avaliação, feita pela própria EP, reflecte o que aconteceu: as propostas finais são piores do que as inicialmente apresentadas.

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

45. As razões apresentadas são basicamente as seguintes:

- a) A diminuição do benefício líquido do concedente - efectivamente verificado - tem como justificação, por um lado, a diminuição dos fluxos de caixa operacionais decorrente do decréscimo da remuneração por serviço e, por outro, do acréscimo de custos a incorrer com grandes reparações e investimentos de substituição;
- b) Por outro lado, as condições de financiamento propostas pelas entidades financiadoras para a subconcessão do Algarve Litoral,



agravaram-se da primeira fase para a fase final, por razões relacionadas com a crise financeira internacional⁶⁵;

- c) Tal agravamento traduziu-se, designadamente, no aumento do *pricing* global do financiamento e na diminuição do nível de alavancagem financeira;
- d) A diminuição do VAL “*directa e umbilicalmente ligado ao aumento dos custos financeiros decorrentes da crise económico-financeira global*”, não é irreversível face ao disposto na cláusula de refinanciamento da concessão;
- e) No plano jurídico, o não cumprimento do estipulado no PC, encontra-se espaldado no disposto no artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março⁶⁶;
- f) Há momentosas razões de interesse público para a concretização do investimento.

46. Diga-se antes de mais que a justificação de que ocorreu a diminuição dos fluxos de caixa operacionais por decréscimo da remuneração por serviço e do acréscimo de custos a incorrer com grandes reparações e investimentos de substituição suscita uma interrogação: e a diminuição dos benefícios líquidos por disponibilidade, proporcionalmente maiores?

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

Finalmente, justifica-se desde já referir que não se questionam os interesses públicos que se visam prosseguir com a constituição da parceria público-privada e conseqüente celebração e execução do

⁶⁵ No ofício n.º 7911 de 30.10.09, acima referido na alínea mm) do n.º 2, expôs-se também, no essencial, este argumento e procedeu-se ao seu desenvolvimento.

⁶⁶ No ofício n.º 7911 de 30.10.09, acima referido na alínea mm) do n.º 2, expôs-se também, no essencial, este argumento.



contrato de subconcessão. O que se trata é só saber se na prossecução desses interesses públicos e nas concretas decisões tomadas e procedimentos realizados foi cumprida a lei. E, como se está a ver, não foi.

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

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

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

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

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

O próprio Programa de Concurso estabeleceu, no seu nº 26.1, que as propostas que violassem o Caderno de Encargos ou o Programa do Concurso deveriam ser consideradas inaceitáveis e excluídas do concurso⁶⁷.

⁶⁷ 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.



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

De facto, 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 naquelas normas.

IV.C – A crise internacional como razão justificativa

49. No ofício nº 7911, de 30.10.09, acima referido na alínea mm) do nº 2, expôs-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.

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.

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

50. A EP 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, nº 1, do Código Civil. Estamos no domínio da teoria da imprevisão na execução dos contratos. Em ambas as disposições legais, o princípio tradicionalmente rígido de “*pacta sunt servanda*” é flexibilizado por preocupações de “*rebus sic stantibus*”. Não importa agora fazer uma deambulação pela complexa e secular querela quanto à consideração da alteração de circunstâncias no âmbito da execução dos contratos. Importa sobretudo afirmar o seguinte: tanto as



soluções legislativas adoptadas⁶⁸, como a jurisprudência lavrada⁶⁹, como a doutrina produzida⁷⁰ sobre esta temática assentam num pressuposto essencial: trata-se de alteração de circunstâncias após a celebração de um contrato. E não no processo negocial (ou procedimento administrativo) a ele conducente.

51. Basta aliás atender aos elementos da previsão e da estatuição normativas do referido artigo 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.

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

⁶⁸ 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 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.

⁶⁹ 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

⁷⁰ 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.



potencialmente a imparcialidade da Administração e a igualdade dos concorrentes.

- 53.** Aliás, considerar como refere a EP⁷¹ 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.
- 54.** Justifica-se, como faz a EP, apelar à *“observância de dever de lealdade”* pela Administração na condução do procedimento. Mas lealdade com todos os concorrentes e não adoptando soluções que consubstanciam alteração de regras pelas quais o procedimento deve ser conduzido, assim tratando de maneira diferente os diversos concorrentes que formularam as suas propostas na expectativa do quadro jurídico não se alterar⁷².
- 55.** Aquela disposição legal – o artigo 198º - não se aplica pois à situação em análise por estar excluída da sua previsão, nem se vê por que regra de interpretação e aplicação das leis possa ela ser invocada. De facto, o apelo àquela disposição legal, por força dos mecanismos de integração de lacunas, poderia ser feito no caso de ausência de comando normativo adequado na sua previsão. Ora, não se crê que seja essa a situação.

⁷¹ Vide de novo a resposta da EP, acima na alínea ll) do nº 2. No ofício nº 7911 de 30.10.09, acima referido na alínea mm) do nº 2, expôs-se também este argumento.

⁷² 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).



56. De facto, afastada que está a possibilidade de aplicação do referido artigo 198º, não se defende que as graves alterações de circunstâncias não devam ter qualquer impacto na condução do procedimento. Podem tê-lo: veja-se designadamente o que dispõe o artigo 107º do Decreto-Lei nº 55/99, de 2 de Março, em interpretação que tenha em conta as particularidades da constituição de uma parceria público-privada⁷³.

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

57. Referiu a EP que “a diminuição do VAL (...) não é irreversível”, podendo constatar-se “que parte da causa da diminuição do VAL (...) constituem justamente o objecto de Refinanciamento da Concessão”. E o regime previsto “na cláusula 85.ª do Contrato de Subconcessão permite á EP: (i) apresentar “a qualquer momento, uma proposta de Refinanciamento da Subconcessão” (cfr. n.º 13), (ii) partilhar, em partes iguais, os respectivos benefícios financeiros (cfr. n.º 3) e (iii) impor essa proposta de refinanciamento, verificado o pressuposto previsto no n.º 2 (cfr. n.º 2 e 14)⁷⁴.

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

59. Ora a cláusula 85ª tem toda a razão de existir, num contrato, em contexto de parceria público-privada, que estabelece uma concessão de obra ou serviço público. Trata-se de distribuir equitativamente benefícios entre parte pública e privada da parceria que, entretanto, no contexto da execução do contrato venham a surgir, em matéria de financiamento. Com o devido respeito, contudo, não faz sentido invocar tal cláusula

⁷³ Veja-se ainda o disposto no nº 31 do PC.

⁷⁴ Vide acima a matéria constante na alínea II) do nº 2.



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

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

- a) Tal declaração é também, no seu conteúdo essencial, irrelevante para efeitos da análise do contrato. Com efeito, o que se encontra em causa é a observância dos princípios da legalidade e da estabilidade na formação desse contrato e não já a sua execução;
- b) De qualquer modo, o conteúdo daquela declaração enquadra-se no regime já consagrado no próprio contrato, porquanto a subconcessionária, verificando-se os pressupostos estabelecidos no n.º 2 da já citada cláusula 85.º do contrato – *“as condições constantes dos instrumentos contratuais resultantes do Refinanciamento da Subconcessão não deverão ser mais onerosas para a Subconcessionária, para os seus accionistas ou para a Concedente, do que as existentes nos contratos de financiamento que substituem”* – tem, sob pena de incumprimento contratual, de aceitar a proposta de refinanciamento apresentada pela EP, 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 85.ª do contrato, beneficiará de uma partilha equitativa dos benefícios financeiros daí resultantes;
- d) Acresce que a imposição da proposta de refinanciamento a apresentar pela EP, nos termos da declaração em causa, poderá até revelar-se menos favorável para esta, se se entendesse que ficaria afastada a possibilidade da subconcessionária poder apresentar uma proposta alternativa mais vantajosa ou ter a faculdade de a negociar com vista a obter um melhor resultado, conforme se prevê no n.º 14 da Cláusula;
- e) Em conclusão, sublinha-se ainda que o que se encontra em causa no presente contrato não são os eventuais benefícios financeiros decorrentes da sua execução, benefícios que, por força da lei, do caderno de encargos e do contrato, seriam sempre recebidos pela EP, independentemente da entidade vencedora do concurso, mas sim o respeito pelas regras fixadas no programa de procedimento e dos princípios jurídicos aplicáveis.

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

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

- a) Os pagamentos por serviço (relacionados com os riscos do tráfego) a cargo da concedente diminuíram;
- b) Os pagamentos do subconcessionário ao concedente diminuíram;
- c) O esforço financeiro líquido do concedente aumentou;
- d) Os níveis previstos de rentabilidade dos accionistas aumentaram,

poderá afirmar-se que os riscos e dificuldades resultantes da crise financeira internacional e até algum do risco associado ao volume do



tráfego foram, em substância, transferidos para a entidade concedente⁷⁵. Em síntese: a matriz de risco alterou-se substancialmente da primeira para a fase final, em desfavor da parte pública.

- 62.** A propósito do número anterior relembre-se o disposto na alínea d) do artigo 7º do RJPPP: *“O risco da insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível transferido para o parceiro privado”*.
- 63.** Com a violação já identificada do disposto no nº 28 do PC também, como já se indicou, foi violado o princípio da legalidade e o da estabilidade do procedimento, consagrado no nº 1 dos artigos 7º e 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.
- 64.** Face ao exposto nos nºs 36 e seguintes, houve pois violação do nº 28 do programa de concurso, dos nºs 1 e 2 do artigo 100º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março e dos princípios consagrados no nº 1 dos artigos 7º e 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

- 65.** Como resulta da alínea oo) do nº 2, a EP fixou como preço para fornecimento dos documentos concursais o valor de 15 mil euros.
- 66.** Instada a justificar tal valor a EP apresentou as razões apresentadas na alínea pp) do nº 2.

⁷⁵ Discorda-se assim da avaliação feita, em matéria de repartição dos mais relevantes riscos, no ofício nº 7911 de 30.10.09, acima referido na alínea mm) do nº 2.



- 67.** Os n.ºs 2 e 4 do artigo 62º do Decreto-Lei n.º 59/99, 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**⁷⁶, cópias devidamente autenticadas dos elementos referidos nos n.ºs 2 (...), as quais lhes deverão ser enviadas no prazo máximo de seis dias a contar da data de recepção do pedido.” A questão é pois determinar o que deve ser entendido por preço de custo⁷⁷.
- 68.** 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*”.
- 69.** 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.
- 70.** 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

⁷⁶ Negrito nosso

⁷⁷ 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.



de documentos, e não ao fornecimento de cópias autenticadas ou certidões.

71. 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 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.

72. Em conclusão⁷⁸:

- 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;

⁷⁸ Remete-se de novo para o acórdão identificado na nota anterior.



- 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.

73. Neste contexto, não pode deixar de se considerar surpreendente a argumentação produzida sobre a matéria pela EP (vide alínea pp) do n.º 2), na medida em que faz depender a fixação do preço da dimensão do 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 e ignora vários anos de jurisprudência deste Tribunal sobre a mesma matéria.

74. Face ao exposto nos n.ºs 68 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

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

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

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

- a) Ausência do estudo que a lei exige, demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de obras públicas (estudo de *comparador público*);
- b) Degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria EP estabeleceu no Programa de Concurso;
- c) Fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais.

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

78. Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, quando aí se prevê “*ilegalidade que ... possa alterar o 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 fortísimos indícios de tal ter acontecido.

79. Há pois fundamentos para recusa de visto.



80. A violação identificada na alínea c) do nº 75, 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.

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

VII – DECISÃO

82. 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.

83. Estabelecer que são devidos os emolumentos a pagar nos termos do nº 3 do artigo 5º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁷⁹

Lisboa, 23 de Novembro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

⁷⁹ 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)