



ACÓRDÃO N.º 169/2009 - 23.Nov.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 585/09)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Autenticação de Documentos / Comparador Público / Contratação Pública / Contrato de Subconcessão / Impacte Ambiental / Parceria Público-Privada / Preços / Programa de Concurso / Recusa de Visto / Regime Jurídico

SUMÁRIO:

1. O contrato de subconcessão em apreço, que tem por objecto a concepção, construção, aumento do número de vias, beneficiação, financiamento, exploração e conservação de diversos lanços de auto-estrada e de vias, é um contrato abrangido pelo disposto no art.º 46.º, n.º 1, al. b) da Lei de Organização de Processo do Tribunal de Contas, do qual emergem encargos directos para a entidade sujeita a fiscalização prévia, superiores ao limiar fixado na Lei do Orçamento para efeitos de submissão a visto, e, portanto, sujeito àquela forma de fiscalização.
2. Tendo o referido contrato como objecto uma subconcessão em regime de parceria público-privada, é-lhe aplicável - e ao procedimento que lhe deu origem - o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (RJPPP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril. É-lhe, ainda, aplicável, face à data em que foi desencadeado o procedimento, bem como à natureza da entidade adjudicante e do contrato, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, por força dos seus n.º 2 do art.º 2.º e al. g) do n.º 1 do art.º 3.º, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, nos termos do seu art.º 4.º.
3. O lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do art.º 19.º da Lei do



Enquadramento Orçamental (estudo de comparador público), bem como a obtenção das autorizações e pareceres administrativos de natureza ambiental e urbanísticos, dos quais dependa o desenvolvimento do projecto (declaração de impacte ambiental).

4. A ausência dos estudos exigidos pela lei - estudo de comparador público - 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, e a não obtenção prévia da declaração de impacte ambiental, com posterior e ilegal alteração do objecto da subconcessão e das propostas dos concorrentes à 2.ª fase do concurso, viola o disposto no art.º 6.º, n.º 1, als. c) e d) do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.
5. As regras concursais constantes, designadamente, do Programa de Concurso, não podem ser modificadas nem desrespeitadas pelos intervenientes no procedimento.
6. A degradação das condições oferecidas à subconcedente na fase final de negociações, contraria as regras que a própria concedente estabeleceu no Programa de Concurso, nomeadamente no n.ºs 26.1.b) e 28 do Programa de Concurso, e viola os princípios fundamentais da contratação pública, fixados no art.º 100.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e nos arts. 9.º, n.º2, 10.º e 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
7. O preço das cópias a fornecer aos interessados em processos de concurso é, nos termos do art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 3 de Março, apenas o preço de custo dessas cópias, não se incluindo nele factores exteriores à produção das cópias, designadamente o custo relativo à busca, preparação e elaboração dos documentos a copiar.
8. Não estando demonstrado que o valor fixado para a aquisição das peças concursais correspondeu, apenas, ao custo de reprodução e certificação das respectivas cópias, e, evidenciando o elevado valor fixado que essa correspondência foi ultrapassada, verifica-se a violação do disposto no n.º 4 do art.º 62.º do referido diploma legal.



Tribunal de Contas

9. As violações de lei mencionadas provocaram, com forte probabilidade, a alteração do resultado financeiro do procedimento, constituindo fundamento da recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
10. A gravidade das referidas 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 forte probabilidade de por elas ter sido alterado o resultado financeiro do contrato, não permitem o uso da faculdade concedida pelo n.º 4 do art.º 44 da LOPTC.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 169 /09 – 23.NOV-1ª S/SS

Processo n.º 585/09

1. A “Estradas de Portugal, S.A.” (doravante designada por EP ou por Subconcedente) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de Subconcessão relativo à concepção, construção, aumento do número de vias, alargamento, financiamento, exploração, operação e manutenção de diversos lanços de auto-estrada e de vias, genericamente designada por SUBCONCESSÃO DO LITOTAL OESTE, celebrado em 26 de Fevereiro de 2009 entre aquela entidade e a **AELO – Auto-Estradas do Litoral Oeste, S.A.** (doravante designada por AELO ou Subconcessionária)¹.

2. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior e nos números subsequentes, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) A Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2007, de 14 de Junho, publicada no *Diário da República*, I série, de 11 de Julho de 2007, instituiu um novo modelo de gestão e financiamento do sector das infra-estruturas rodoviárias, prevendo a celebração de um contrato de concessão entre o Estado e a EP, tendo por objecto as responsabilidades de concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional;
- b) Através do Decreto-Lei n.º 374/2007, de 7 de Novembro, a EP foi transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos e viu, pelo mesmo diploma, aprovados os seus estatutos;
- c) Através do Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 110/2009, de 18 de Maio, foram aprovadas as bases da concessão atribuída à EP;

¹ Nos termos da cláusula 2 do contrato de subconcessão, deste fazem parte integrante ou dele constam como anexos outros contratos e instrumentos contratuais, num total de 20, e tal como elencados nos seus sucessivos anexos, em que se incluem, designadamente, os contratos de projecto, de operação e manutenção e de financiamento.



- d) Pela Resolução do Conselho de Ministros nº 174-A/2007, de 14 de Novembro, publicada no *Diário da República*, I Série, de 23 de Novembro de 2007, foi aprovada a minuta do contrato de concessão entre o Estado e a EP;
- e) Nos termos das cláusulas 6ª e 14ª do referido contrato de concessão, A EP é a concessionária da rede rodoviária nacional, cabendo-lhe, nesse âmbito, e pelo prazo de 75 anos, o financiamento, conservação, exploração, requalificação e alargamento da mesma, bem como, a concepção, projecto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária futura;
- f) Pela Resolução do Conselho de Ministros nº 181/07, de 29 de Novembro de 2007, publicada no *Diário da República*, I Série, de 11 de Dezembro de 2007, foi determinado que a EP lançasse, durante o 1º trimestre de 2008, concurso público internacional para a concessão do Litoral Oeste, em regime de parceria público-privada;
- g) Nos termos dos nºs 1 e 3 do Programa de Concurso, do nº 6 do Anexo I do Caderno de Encargos, e do nº 6 do Contrato celebrado, a SUBCONCESSÃO DO LITORAL OESTE tem por objecto:
- A concepção, construção, aumento do número de vias, financiamento, manutenção e exploração, com cobrança de portagem aos utentes, dos seguintes lanços de auto-estrada:
 - IC 36 – Leiria Sul (IC2) / Leiria Nascente, com a extensão aproximada de 6 quilómetros;
 - IC 2 – Variante da Batalha, com a extensão aproximada de 13,3 quilómetros;
 - A concepção, construção, aumento do número de vias, financiamento, manutenção e exploração, sem cobrança de portagem aos utentes, dos seguintes lanços:
 - IC 9 – Nazaré/Alcobaça/EN 1, com a extensão aproximada de 17 quilómetros;
 - Variante da Nazaré, com a extensão aproximada de 5,7 quilómetros;



- IC 9-EN1/Fátima (A1), com a extensão aproximada de 17,6 quilómetros;
 - IC 9-Fátima (A1)/Ourém (Alburitel), com a extensão aproximada de 22,1 quilómetros.
 - A exploração e manutenção, sem cobrança de portagem aos utentes, dos seguintes lanços em serviço:
 - IC 9- Alburitel/Carregueiros, com a extensão aproximada de 6,2 quilómetros;
 - IC 9– Carregueiros/Tomar, com a extensão aproximada de 7,5 quilómetros;
 - Via de Penetração de Leiria (VPL), com a extensão aproximada de 1,6 quilómetros;
 - Circular Oriental de Leiria (COL), com a extensão aproximada de 3,5 quilómetros;
 - EN 1- Nó do IC 9/Nó de S. Jorge (IC 2), com a extensão aproximada de 8 quilómetros;
 - A operação, manutenção e alargamento, sem cobrança de portagem aos utentes, do seguinte lanço em serviço:
 - IC 2- Nó do IC 36/ Nó da EN 109, com a extensão aproximada de 3,1 quilómetros.
- h)** Nos pontos 1.2 do Programa de Concurso e 6.1.(b).2 do Anexo I ao Caderno de Encargos incluía-se também a concepção, construção, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação, sem cobrança de portagem aos utentes, da EN8-Variante de Alcobaça, com uma extensão aproximada de 7,5 quilómetros;
- i)** Nos n.ºs 3.5, 3.6 e 3.7 do Programa de Concurso estabeleceu-se:
- “3.5. A EP reserva-se o direito de reduzir o objecto da subconcessão, dele excluindo o lanço EN 8- Variante de Alcobaça, no caso de, em relação a esse lanço, não ser emitida a respectiva Declaração de Impacte Ambiental, nos termos da legislação aplicável, até à penúltima sessão das negociações a que alude o Programa de Concurso, ou, sendo emitida, imponha condições susceptíveis de agravar os pagamentos líquidos a efectuar pela EP.*



3.6. A EP reserva-se o direito de reduzir o objecto da subconcessão, dele excluindo o lanço IC 2-IC 36/EN 109, no caso de, em relação a esse lanço, não ser emitida a respectiva Declaração de Impacte Ambiental, nos termos da legislação aplicável, até à penúltima sessão das negociações a que alude o Programa de Concurso, ou, sendo emitida, imponha condições susceptíveis de agravar os pagamentos líquidos a efectuar pela EP.

3.7. A EP comunicará aos concorrentes, logo que se encontrem disponíveis, as Declarações de Impacte Ambiental dos lanços 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) Durante as negociações da 2.^a fase do concurso², foi comunicado aos concorrentes:
- A emissão de Declaração de Impacte Ambiental (DIA) negativa para o lanço EN 8- Variante de Alcobaça;
 - A retirada do referido lanço do objecto da Subconcessão;
 - A necessidade de, em alternativa, ser construído um nó de ligação a Alcobaça e à rede viária existente;
 - Que, à data, ainda não havia sido emitida DIA para o lanço IC2-IC 36/EN 109;
 - Que, apesar disso, o lanço em causa não iria ser retirado do objecto da Subconcessão, uma vez que, no entender da EP, tratando-se de um alargamento, não era necessária essa Declaração;
- k) De acordo com os nºs 13 e 6.2. do Contrato, o prazo da Subconcessão é de 30 (trinta) anos, a contar da data da sua assinatura, excepto quanto ao lanço “EN 1- Nó do IC 9/Nó de S. Jorge (IC 2)”, que integra a Subconcessão apenas durante os primeiros 5 (cinco) anos;
- l) Nos termos do nº 10.13 do Contrato, todos os bens e direitos que integram a Subconcessão reverterem, no seu termo, para o Concedente, automaticamente e sem qualquer indemnização, custo ou preço;

² Cfr. actas das negociações, de Outubro e Novembro de 2008, a fls. 337 e seguintes do processo.



- m)** Na remessa do contrato a este Tribunal para apreciação “*no âmbito das suas competências em sede de fiscalização prévia*”, a EP afirmou que “*(...) na nossa perspectiva e salvo sempre melhor opinião, aquele Contrato de Subconcessão não está sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas no âmbito das suas competências em sede de fiscalização prévia, Efectivamente, com a celebração do Contrato de Subconcessão a EP não terá qualquer encargo, seja a que título for, durante os primeiros cinco anos de vigência do mesmo (cfr. nº 26.1, d) do Programa de Concurso e documentação de natureza financeira que anexamos), pelo que, salvo melhor opinião, não se encontra preenchido o disposto no artigo 5.º da Lei do Tribunal de Contas*”³;
- n)** A Subconcessionária receberá da Subconcedente uma remuneração anual, a partir do 6.º ano a contar do início de vigência do contrato de Subconcessão, calculada de acordo com a fórmula indicada no nº 76 do Contrato.
- Para o cálculo desta remuneração concorrem, designadamente:
- A disponibilidade efectivamente verificada das vias (medida, nomeadamente, pelo nº de dias em que os lanços se encontraram ao serviço);
 - O serviço efectivamente prestado pela Subconcessionária (medido, nomeadamente, pela extensão do lanço e pelo tráfego médio diário anual de veículos);
 - Deduções a efectuar em virtude da ocorrência de falhas de desempenho e de disponibilidade;
 - Penalidades resultantes de externalidades ambientais e de sinistralidade;
 - Dedução ou incremento imposto em resultado da evolução dos índices de sinistralidade;
- o)** Essa remuneração é variável.
- Tal como consta do Relatório de Apreciação das propostas-2.ª fase⁴, que antecedeu a adjudicação, os pagamentos anuais por disponibilidade implícitos na proposta adjudicatária, em milhares de euros, têm os seguintes valores estimados:

³ Cfr. ofício nº 36225, de 27 de Março de 2009, a fls. 2

⁴ Cfr. Fls. 418 e segs.



ANO	PERÍODO DA SUBCONCESSÃO	VALOR
2009	1	--
2010	2	--
2011	3	--
2012	4	--
2013	5	--
2014	6	117.255
2015	7	117.255
2016	8	117.255
2017	9	117.255
2018	10	117.255
2019	11	117.255
2020	12	117.255
2021	13	117.255
2022	14	117.255
2023	15	20.000
2024	16	20.000
2025	17	-
2026	18	-
2027	19	-
2028	20	2.000
2029	21	5.250
2030	22	4.000
2031	23	750
2032	24	3.000
2033	25	750
2034	26	-
2035	27	-
2036	28	-
2037	29	-
2038	30	-
TOTAL		1.111.045

Mas, por outro lado, estão previstos pagamentos fixos a efectuar pela Subconcessionária à EP no montante global de **82.350.000 €**.



O Valor Actualizado Líquido (VAL) dos Pagamentos por Disponibilidade que a EP pagará à Subconcessionária deduzido do VAL dos pagamentos que a Subconcessionária fará à EP, aponta para um esforço financeiro líquido da EP, por Disponibilidade e em termos de valor actualizado, de **579.485.167 €**.

A estes encargos acrescem os pagamentos por serviço prestado, cujo VAL para a totalidade do período da Subconcessão é de **115.065.155€**.

Estima-se assim um encargo total para a EP cujo VAL é de **694.550.322€**.

- p) A Subconcessionária tem ainda direito a perceber os rendimentos da exploração de áreas de serviço e taxas pela prestação de serviços de assistência e auxílio sanitário e mecânico aos utentes⁵.
- q) Na Subconcessão em causa serão cobradas receitas de portagem em 2 dos lanços que a integram, as quais constituem receita da EP, actuando a Subconcessionária tão só como agente cobrador dessas portagens;
- r) O contrato da Subconcessão em causa foi precedido da realização de concurso público internacional, cujo anúncio de abertura foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* em 27 de Março de 2008, no *Diário da República*, 2.^a Série, de 31 de Março de 2008, e nos jornais *Diário de Notícias*, *Diário de Leiria* e *O Templário*⁶;
- s) A abertura do concurso foi antecedida de um estudo denominado “*Análise de Viabilidade Económica - Versão Preliminar*”, datado de 8 de Março de 2008, o qual foi efectuado pelo *Banco Efisa*, a solicitação da EP;
- t) Nesse estudo procedeu-se, no essencial, à aferição da viabilidade económica do projecto, na perspectiva de apurar se os resultados seriam atractivos, do ponto de vista financeiro, para o sector privado.
Com base nos pressupostos definidos pela EP (investimento realizado pelo parceiro privado, remuneração assente em pagamentos por disponibilidade da via e por serviço prestado e ausência de pagamento nos primeiros 5 anos da Subconcessão), e partindo do princípio de que uma solução só seria financeiramente viável e atraente para o sector

⁵ Cfr. n.ºs 6.5 e 57.5 do Contrato.

⁶ Cfr. fls 7 e seguintes dos autos.



Tribunal de Contas

privado se garantisse uma Taxa Interna de Rentabilidade (TIR) do projecto de, pelo menos, 6,13%, e um VAL do projecto superior ou igual a 0 (zero), concluiu-se que o projecto seria viável se assentasse numa remuneração anual por disponibilidade. Ainda assim, formularam-se vários cenários alternativos para remuneração da subconcessionária.

- u) Questionada para remeter a este Tribunal “*eventuais estudos de índole económico-financeira/ projecções e elementos relativos à elaboração de um ‘comparador do sector público’*” que comprovassem a “*justificação de que o modelo de parceria escolhido, bem como a sua configuração, apresentam, para a subconcedente, vantagens relativamente a outros modelos tradicionais de contratação*”, a EP, através dos ofícios n.ºs 86881, de 23 de Julho de 2009⁷ e 124312, de 30 de Outubro de 2009⁸, veio sustentar a sua não obrigatoriedade;
- v) Nos termos do Programa de Concurso, o procedimento de selecção decorreu em duas fases:
- Uma 1.^a fase de qualificação e avaliação de propostas, finda com um relatório de avaliação preliminar das propostas, estabelecendo, de modo fundamentado, a classificação dos concorrentes qualificados, por ordem decrescente de mérito, e indicando os dois concorrentes cujas propostas, melhor classificadas, foram seleccionadas para uma subsequente fase de negociações⁹;
 - Uma 2.^a fase de negociações, visando melhorar as duas propostas seleccionadas e escolher a Subconcessionária¹⁰;
- w) A análise das propostas, tanto na 1.^a fase, para selecção das duas propostas admitidas à fase de negociações, como na 2.^a fase, para escolha da Subconcessionária, foi realizada de acordo com o critério de adjudicação, e respectivos factores de ponderação, fixado no n.º 25 do Programa de Concurso, o qual era composto da seguinte forma:

A - Critérios de Natureza Financeira	50%
--------------------------------------	-----

⁷ Cfr. fls. 706 e seguintes dos autos.

⁸ Cfr. fls. 774 e seguintes.

⁹ Cfr. n.ºs 23 a 27 do Programa de Concurso e Relatórios de Apreciação das Propostas-1.^a fase, a fls. 201 e seguintes.

¹⁰ Cfr. n.ºs 28 a 30 do Programa de Concurso e Relatórios de Apreciação das Propostas- 2.^a fase, a fls. 418 e seguintes.



A)i. Valor Actualizado Líquido (VAL) do Esforço Financeiro do Concedente	85%
A)ii. Equilíbrio Económico- Financeiro da Proposta	6%
A)iii. Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	6%
A)iv. Termos e Condições dos Financiamentos	3%
B - Critérios de Natureza Técnica	40%
B)i. Qualidade Técnica da Proposta	60%
B)ii. Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção	20%
B)iii. Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança quanto ao sistema de Assistência aos utentes e gestão de incidentes	10%
B)iv. Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço	10%
C - Critérios de Natureza Jurídica	10%
C)i Análise da Estrutura Contratual	15%
C)ii Transferência do Risco	15%
C)iii Nível de Risco do concedente na execução do Contrato de Subconcessão	70%

x) O critério A)i. foi definido nos seguintes termos¹¹:

“Valor actualizado do esforço financeiro líquido do Concedente com referência a 1 de Janeiro de 2009 - 85%;

São avaliadas mais favoravelmente as propostas que minimizem o valor actualizado do esforço financeiro líquido do Concedente.

O montante do VAL do esforço financeiro líquido do Concedente será calculado utilizando a taxa de desconto prevista no Despacho da Ministra das Finanças nº 13.208/2003, de 7 de Julho.

Por esforço financeiro líquido do Concedente entende-se o valor dos pagamentos associados à componente de Remuneração Anual por Disponibilidade deduzido de pagamentos que a Subconcessionária efectue ao Concedente.”

y) Estabeleceu-se no nº 28 do Programa de Concurso:

“28. OBJECTIVO DA FASE DE NEGOCIAÇÕES

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.

29.2. 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

¹¹ Cfr. nº 25.1 do Programa de Concurso.



vantajosas para o Concedente se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação que, no subcritério Ai) ou na nota global, seja inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase.”

z) Do n.º 26 do Programa de Concurso constava:

“26.PROPOSTAS INACEITÁVEIS

26.1. São consideradas inaceitáveis, devendo como tal ser identificadas pela Comissão e, em consequência, excluídas do concurso, as propostas que:

a)...

b) Não cumpram as normas imperativas da lei ou do caderno de encargos ou do programa de concurso;

c)...

(...)”

aa) Referiu-se no n.º 31 do Programa de Concurso:

“31.ANULAÇÃO DO CONCURSO

31.1. A EP pode anular o concurso público em qualquer das suas fases sempre que, de acordo com a avaliação dos seus objectivos, os resultados das análises e avaliações realizadas até então ou os resultados das negociações com os concorrentes seleccionados para essa fase não correspondam, em termos satisfatórios, aos fins que lhe subjazem.

31.2. A anulação do concurso não confere aos concorrentes direito a qualquer indemnização.”

bb) A Comissão de Análise das Propostas aprovou uma “*Metodologia de Avaliação das Propostas*” sobre a qual refere, a fls. 204:

“ (...) A Comissão entendeu adoptar uma escala de classificação numérica, para cada critério e subcritério, fixada entre 0 e 20 valores, com arredondamento das classificações por aproximação às décimas de unidade.

A escala de classificação tem igual representatividade, qualquer que seja o critério ou subcritério, tendo para o efeito a Comissão definido os intervalos de referência qualitativa que de seguida se apresentam, os quais pretendem reflectir os níveis de satisfação que as propostas alcançam face às expectativas do Concedente no momento do lançamento do concurso:

MUITO BOM- entre 17,0 e 20,0 valores;

BOM- entre 14,0 e 16,9 valores;



SUFICIENTE- entre 10,0 e 13,9 valores;

INSUFICIENTE- entre 6,0 e 9,9 valores;

MEDÍOCRE- entre 0,0 a 5,9 valores.

(...)”

- cc)** Ao concurso apresentaram-se 4 concorrentes, com 16 propostas (4 propostas base, 4 propostas base alternativas, 3 propostas base variantes financeiras, 1 proposta base variante técnica, 3 propostas variantes financeiras alternativas e 1 proposta variante técnica alternativa)¹²;
- dd)** A 1.^a fase do concurso culminou com a desconsideração das propostas alternativas, nos termos previstos no n.º 13.8 do Programa de Concurso, e com a selecção para a 2.^a fase do concurso da Proposta Base do Concorrente n.º 3 (*AENOR -Auto Estradas Litoral Oeste*) e da Proposta Base Variante Técnica do Concorrente n.º 4 (*AELO – Auto Estradas Litoral Oeste*)¹³;
- ee)** A proposta Base do concorrente n.º 3 obteve, na 1.^a fase do concurso, a pontuação global de **12,58**;
- ff)** A proposta Base Variante Técnica do Concorrente n.º 4 obteve, na 1.^a fase do concurso, a pontuação global de **11,96**;
- gg)** Para essa pontuação global concorreu a avaliação de:
- **11,3 no critério A)i**, para a proposta Base do concorrente n.º 3, correspondente a um VAL do esforço financeiro líquido do concedente de 360.967.177 €;
 - **10,0 no critério A)i**, para a proposta Base Variante Técnica do concorrente n.º 4, correspondente a um VAL do esforço financeiro líquido do concedente de 386.517.464 €¹⁴;
- hh)** A proposta do concorrente n.º 3 obteve, na 2.^a fase do concurso, a pontuação global de **6,90**¹⁵;
- ii)** A proposta do concorrente n.º 4 obteve, na 2.^a fase do concurso, a pontuação global de **7,07**¹⁶;

¹² Cfr. relatório a fls. 201 e seguintes.

¹³ Idem.

¹⁴ Cfr. avaliação a fls. 201 e seguintes dos autos.

¹⁵ Cfr. relatório a fls. 418 e seguintes.

¹⁶ Idem.



jj) O quadro seguinte compara as pontuações obtidas pelas duas propostas em causa na 1.^a e na 2.^a fase do concurso, em cada factor/subfactor de análise¹⁷:

	Ponderação do factor	Concorrente nº 3		Concorrente nº 4	
		1. ^a Fase	2. ^a Fase	1. ^a Fase	2. ^a Fase
A – Critérios de Natureza Financeira	50%				
A)i. Valor Actualizado Líquido do Esforço Financeiro do Concedente	85%	11,33	0,00	10,01	0,03
A)ii. Equilíbrio Económico-Financeiro da Proposta	6%	16,00	14,00	7,00	10,00
A)iii. Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	6%	7,00	14,00	16,00	13,00
A)iv. Termos e Condições dos Financiamentos	3%	8,00	0,00	13,00	17,00
B - Critérios de Natureza Técnica	40%				
B)i. Qualidade Técnica da Proposta	60%	14,35	13,50	13,38	12,50
B)ii. Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção	20%	14,60	14,00	14,60	13,00
B)iii. Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança quanto ao sistema de Assistência aos utentes e gestão de incidentes	10%	13,70	13,00	12,20	12,50
B)iv. Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço	10%	14,00	15,00	15,00	15,00
C - Critérios de Natureza Jurídica	10%				
C)i. Análise da Estrutura Contratual	15%	12,00	0,00	20,00	9,00
C)ii. Transferência do Risco	15%	14,00	6,00	14,00	9,00
C)iii. Nível de Risco da EP na execução do Contrato de Subconcessão	70%	12,00	7,00	12,00	10,00
Classificação Final		12,58	6,90	11,96	7,07

kk) Para a pontuação do factor A)i., na 2.^a fase, concorreu um VAL do esforço financeiro líquido do concedente de:

- 664.450.957 € na proposta do concorrente nº 3;
- 579.485.167 € na proposta do concorrente nº 4¹⁸;

ll) Ambas as propostas obtiveram, na 2.^a fase do concurso, **pontuação global inferior** àquela que obtiveram na 1.^a fase;

¹⁷ Cfr. relatórios a fls. 201 e seguintes e 587 dos autos.

¹⁸ Cfr. avaliação a fls.564 do processo.



- mm)** Ambas as propostas obtiveram, **no subcritério Ai)**, e na 2.^a fase do concurso, **pontuação inferior** àquela que obtiveram na 1.^a fase;
- nn)** A pontuação da proposta adjudicatária no subcritério **A.i)** desceu de **10,01** na 1.^a fase para **0,03** na 2.^a fase;
- oo)** Na 1.^a fase do concurso os concorrentes n.ºs 1 e 2, que não foram seleccionados para a 2.^a fase, apresentaram propostas não alternativas que colheram pontuações globais de 10,47 e 10,27 e de 10,02, respectivamente¹⁹;
- pp)** O **VAL do esforço financeiro líquido da concedente** subiu na proposta adjudicatária, da 1.^a para a 2.^a fase, de 386.517.464 € para 579.485.167 €, o que representou um **acréscimo de 192.967.703 €**;
- qq)** No ofício n.º 86881, de 23 de Julho de 2009, a EP afirma que os custos de construção na proposta adjudicatária subiram de 400.507.000,00 €, na 1.^a fase para 413.914.400,00 €, na 2.^a fase, registando um aumento de 13,4 milhões de euros²⁰;
- rr)** De acordo com o ofício da EP n.º 86881, de 23 de Julho de 2009, “*a exclusão do objecto da subconcessão da “Variante de Alcobça” permitiu reduzir os custos de investimento em cerca de 27,9 M€*”;
- ss)** No relatório de apreciação das propostas – 2.^a fase²¹ refere-se:
“Em relação à classificação obtida no critério A1, claramente abaixo da apresentada em 1.^a fase, deve-se ao facto de os valores de investimento serem significativamente superiores aos previstos no estudo de viabilidade desta subconcessão e dos valores antes apresentados pelos concorrentes.”
- tt)** A esta observação o concorrente n.º 4 vem opor, em sede de audiência prévia, o seguinte²²:
“O Agrupamento considera errónea a justificação da classificação obtida neste subcritério como devendo-se “ao facto de os valores de investimento serem significativamente superiores aos previstos

¹⁹ Cfr. avaliação a fls. 322.

²⁰ Cfr. fls. 706 e seguintes.

²¹ Cfr. fls. 562.

²² Cfr. fls. 575.



no estudo de viabilidade desta subconcessão e dos valores antes apresentados pelos concorrentes”.

Na verdade, os valores de investimento apenas sofreram alterações na vertente das expropriações (e não na vertente da construção), sendo que um dos principais factores responsáveis pela classificação neste subcritério – i.e. a estrutura de financiamento e o respectivo preço - não é afectado por aquela vertente.”

- uu)** No relatório final de apreciação das propostas – 2ª fase²³, após audiência prévia e pronúncia do concorrente n.º 4, refere-se:

“O concorrente n.º 4 vem alegar que a alteração dos valores do investimento para a construção, apresentados na 2ª fase, face ao apresentado na 1ª, se devem apenas a alterações na vertente de expropriações, sendo que um dos principais factores responsáveis pela classificação neste subcritério - i.e., a estrutura de financiamento e respectivo preço - não é afectado por aquela vertente.

A CAP considera que, independentemente de serem os encargos financeiros um dos factores que agravou o custo do investimento total, não é correcto o entendimento de que o agravamento dos custos de construção se deve na globalidade às expropriações.

A título de exemplo, cita-se o facto de que a redução do objecto da subconcessão, com a retirada da Variante a Alcobaça, não é reflectida na redução do custo de construção.”

- vv)** Questionada sobre a diferença dos valores do investimento, na proposta adjudicatária, entre a 1ª e a 2ª fase do concurso, e sobre o impacto da exclusão do lanço “EN8-Variante de Alcobaça” no objecto da subconcessão, a EP apresentou os dados constantes das colunas (1), (2) e (3)²⁴:

Investimento (Euros Preços constantes 2008)				
	Global 1ª Fase Variante Técnica (1)	Redução resultante da supressão da Variante de Alcobaça ²⁵ (2)	Global 2ª Fase (3)	Varição (1-2) vs. 3

²³ Cfr. fls. 583.

²⁴ Cfr. ofício n.º 86881, de 23 de Julho, a fls. 718 e 723.

²⁵ Custos de investimento directamente associados a esta variante e inscritos na proposta submetida na variante técnica da subconcessionária.



Tribunal de Contas

Construção Geral	257.853.520	-12.131.978	245.777.684	+ 56.042
Alargamentos	15.000.000	*	*	- 15.000.000
Grandes Reparações e Beneficiações	18.157.000	-1.012.500	43.342.500	+ 26.198.000
Obras de Arte	100.969.281	-12.414.694	94.100.819	+ 5.546.232
Expropriações	32.964.890	-1.684.801	65.280.809	+ 34.000.720
Estudos e Projectos	8.719.231	-708.497	7.970.545	- 40.189
Outros Investimentos	*	*	6.630.091	+ 6.630.091
TOTAL	433.663.922	-27.952.470	463.102.447	+ 57.390.896

ww) No relatório de apreciação das propostas – 2ª fase²⁶, diz-se a respeito da análise da proposta adjudicatária, quanto ao factor C.i), “Análise da Estrutura Contratual”:

“Neste subcritério de avaliação, a CAP julga que a proposta do concorrente exhibe uma salvaguarda boa da concessionária relativamente aos riscos da concessão, conseguida à custa de transferência de riscos significativos para a EP, uma boa transferência de riscos para terceiros, nomeadamente para a EP, com total assunção da transferência por estes, revelando uma forte inadequação ao projecto, do ponto de vista do interesse público e maus termos, para o concedente, dos contratos de financiamento.”²⁷

xx) No mesmo relatório, quanto à apreciação dos factores C.ii), “Transferência do risco”, e C.iii), “Nível de risco do concedente na execução do contrato”, e especificamente no âmbito da proposta adjudicatária, a Comissão de Análise de Propostas (CAP) volta a penalizar a transferência de riscos para a EP;

yy) A TIR accionista corrigida do concorrente adjudicatário era na 1.ª fase do concurso de 9,47% e subiu na 2.ª fase para 11,96%²⁸;

zz) O Conselho de Administração da EP adjudicou a Subconcessão em causa à proposta apresentada pelo agrupamento concorrente n.º 4²⁹, que se

²⁶ Cfr. fls. 562.

²⁷ Neste factor a CAP salienta como negativa, designadamente, a alteração do regime de entrega das portagens à EP (que, no Caderno de Encargos era feita independentemente da cobrança efectiva e que, nos termos da proposta final e do Contrato, é feita só após a respectiva cobrança), o que a CAP considera alterar um dos pressupostos base do concurso. A CAP considera também como desfavorável para o concedente, e como alterando a repartição de riscos do concurso, a proposta que veio a ser acolhida na cláusula 97.6 do Contrato, prevendo que, em caso de recusa de visto pelo Tribunal de Contas, a EP deve pagar à Subconcessionária todas as despesas e custos incorridos com o desfazer dos contratos de financiamento.

²⁸ Idem.

²⁹ Cfr. fls. 591 e 605.



constituiu em Sociedade, com a qual veio a ser celebrado o contrato ora em apreciação;

- aaa)** Questionada sobre as razões que justificaram a diminuição, após a fase de negociações, das pontuações globais atribuídas às propostas e das pontuações relativas ao subcritério A)i. e o aumento do VAL do concedente, a EP veio dizer o seguinte³⁰:

“ (...) Entre a 1ª Fase e a 2ª Fase do procedimento, verificou-se uma significativa degradação do clima económico e financeiro decorrente da gravíssima e por todos, sobejamente conhecida, crise financeira global com repercussões directas nos termos e condições de financiamento propostos pelas entidades financiadoras para a Subconcessão do Litoral Oeste, que surgiram substancialmente alterados.

No caso das propostas apresentadas pela Subconcessionária, constata-se que entre a 1.ª fase e a 2ª fase, não só o pricing global do financiamento aumentou significativamente — os spreads associados à banca comercial aumentaram de 110 bps para 250 bps, na fase de construção, e de 115 bps para 260 a 275 bps, na fase de operação - como também a maturidade do financiamento da banca comercial foi aumentada - de 6,5 anos para 14 anos.

O reflexo directo desta alteração consubstanciou-se num acréscimo dos encargos financeiros com a banca comercial em cerca de 204 M€.

No que diz respeito especificamente ao valor actualizado líquido (VAL), cumpre dizer que o aumento do VAL para a EP se encontra directamente relacionado com as alterações na estrutura financeira da subconcessionária apresentada na 2ª fase do processo, dado que a TIR de Projecto a preços reais se manteve na ordem dos 5,1%.

Na 1ª fase a proposta da Subconcessionária consubstanciava pagamentos por disponibilidade apenas nos anos 6 e 7, dado que o financiamento tinha uma maturidade de 6,5 anos. Por outro lado, este perfil de pagamentos bastante concentrado era de bastante difícil gestão para a EP, quer do ponto de vista financeiro, quer do ponto de vista da gestão de riscos.

Assim, na 2ª fase, em função do agravamento dos encargos financeiros e do prolongamento da maturidade da dívida bancária,

³⁰ Vide ofício nº 86881, de 23 de Julho de 2009, a fls. 706 e seguintes.



os pagamentos por disponibilidade, inicialmente concentrados no 6º e 7º ano, sofreram um alisamento, concentrando-se nesta fase, entre o 6º e o 26º ano.

Adicionalmente, a subconcessionária propõe ainda efectuar pagamentos à EP nos anos de 2025 a 2027 e 2034 a 2038, no montante de 82,35 M€, líquido de IVA.

Assim, constata-se que o acréscimo do VAL para a EP por via do aumento dos pagamentos por disponibilidade visou essencialmente fazer face à alteração da estrutura financeira da Subconcessionária, designadamente no que concerne aos spreads mais elevados e ao prolongamento da maturidade da dívida.

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

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

(...) podemos constatar que a causa do aumento 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.

(...) não só a Subconcessão do Litoral Oeste 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 à crise económico-financeira, algumas dessas intervenções feitas em data anterior à da decisão de adjudicação da Subconcessão do Litoral Oeste, mas também, justamente, nas cerimónias de formalização dos contratos de subconcessão, incluindo na do contrato de subconcessão do Litoral Oeste, os factos acima descritos configuram, salvo melhor opinião, uma clara alteração de circunstâncias para efeitos de aplicação do artigo 198.º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (aplicável por remissão do nº 34 do Programa de Concurso).

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

Na perspectiva da EP, esta norma é aplicável à fase pré-contratual. Por um lado, a “ratio legis” subjacente àquela 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 Litoral Oeste, 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.”

bbb) Pelo ofício nº 124312, de 30 de Outubro de 2009³¹, a EP veio reiterar aquela argumentação, especificando que “*o ambiente macroeconómico descrito veio alterar de forma muito substancial a forma como os potenciais concorrentes abordaram o programa de subconcessões*”, atendendo a que acarretou a redução do conjunto de bancos disponíveis para participar no programa, o aumento dos custos financeiros, margens e comissões³², a redução dos prazos de financiamento e o aumento da componente de capitais próprios³³.

Refere-se no mesmo ofício que as alterações verificadas na proposta financeira por força da crise financeira, expressas em modificações na estrutura de capitais, no *pricing* e na estrutura de financiamento representam 150,3 milhões de euros.

Por outro lado, afirma-se, o decréscimo global do tráfego rodoviário em Portugal conduz a uma previsível redução das receitas de serviço estimada em cerca de 52 milhões de euros.

Diz-se: “*Face ao exposto nesta simulação, caso o concorrente tivesse aplicado as condições económicas e financeiras da fase BAFO na 1.ª fase, o VAL desta última seria de € 588,9 milhões (quinhentos e oitenta e oito vírgula nove milhões de euros), valor superior ao ocorrido de facto.*

É pois legítimo poder-se concluir que a fase BAFO traduziu-se por uma melhoria das condições verificadas no concurso avaliada em 9,4 milhões.

Finalmente, é ainda de registar um decréscimo dos pagamentos por serviço (que cabem à EP), estimados pela Subconcessionária na fase de negociações em cerca de 52 M€, a preços correntes.”;

³¹ Cfr. fls. 774 e seguintes dos autos.

³² Refere-se: “*Verificou-se que na média do programa de concessões, da 1.ª para a 2.ª fase dos concursos os ‘spreads’ aumentaram 1,2% e as comissões de montagem 0,7%*”.

³³ Refere-se: “*(...) os bancos exigiram gradualmente um aumento da componente de capitais próprios nos projectos. Assim, dos tradicionais ‘90/10’, em que o projecto era financiado em 90% por capitais alheios, evoluiu-se para os ‘85/15’ e mesmo ‘66/34’*”.



ccc) No mesmo ofício, a EP invoca a existência de uma cláusula de refinanciamento (cláusula 90.^a do Contrato de Subconcessão), que permite à EP impor, quando possível, uma proposta de alteração das condições constantes dos contratos de financiamento e partilhar os respectivos benefícios financeiros.

A este respeito a EP manifesta a sua convicção de que a Subconcessão vai ser seguramente refinanciada e que tal ocorrerá antes de finalizado o período de construção e à medida que a situação económico-financeira global for melhorando;

ddd) Por ofício n.º 125046, de 2 de Novembro de 2009, a fls. 795, a EP juntou ao processo declaração da subconcessionária em que esta afirma que *“(…) Na medida em que as condições financeiras dos mercados o permitam, a SUBCONCESSIONÁRIA encontra-se disponível para, nos termos previstos no CONTRATO, negociar activamente e de boa-fé qualquer proposta de REFINANCIAMENTO DA SUBCONCESSÃO apresentada pela EP que, respeitando os pressupostos fixados no CONTRATO (nomeadamente os constantes do número 90.2), permita uma redução dos encargos a suportar pelo CONCEDENTE.”*³⁴;

eee) Através do ofício n.º 126405, de 4 de Novembro de 2009, a EP fez juntar ao processo cópia do Despacho Conjunto do Ministro de Estado e das Finanças e do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, de 3 de Novembro de 2009, em que, reconhecendo-se que a crise financeira global e a conseqüente degradação dos mercados financeiros originaram um aumento relevante do esforço financeiro da EP entre a 1.^a e a 2.^a fase dos procedimentos concursais das Subconcessões, se determina que *“A EP, logo que as condições dos mercados financeiros o permitam e nos termos dos contratos das SUBCONCESSÕES, desencadeie um ou mais refinanciamentos daquelas, partilhando os respectivos benefícios.”*³⁵;

fff) Para fornecimento dos documentos relativos ao procedimento a EP fixou um preço de € 15 000,00;

³⁴ Cfr. fls. 799.

³⁵ Cfr. fls. 807 e seguintes.



ggg) Questionada sobre os fundamentos subjacentes à fixação daquele valor, a EP referiu no ofício nº 86881, de 23 de Julho de 2009³⁶: *“A fixação do valor das peças concursais teve por base a extensão do empreendimento, designadamente 114 Km, o volume e a pormenorização dos documentos técnicos patenteados a concurso (neste último aspecto teve peso considerável o facto dos projectos IC 36 e IC 2 terem sido patenteados já em fase avançada de Projecto Base e com Relatórios Preliminares de RECAPE elaborados) (...)”*

3. DA SUJEIÇÃO DO CONTRATO A FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Como se referiu na alínea m) do ponto anterior, a EP veio invocar a não sujeição do contrato em causa a fiscalização prévia deste Tribunal.

Respondamos a esta questão prévia.

A alínea c) do nº 1 do artigo 5º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas³⁷, doravante designada como LOPTC, refere que compete ao Tribunal *“[f]iscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no nº 1 do artigo 2.º e os das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas”*.

Ao longo da análise do processo, a EP veio requerer a desistência do pedido de fiscalização prévia por considerar não estar, enquanto entidade, sujeita aos poderes de controlo prévio deste Tribunal.

Por Decisão proferida em sessão diária de visto deste Tribunal, de 9 de Julho de 2009, constante a fls. 656 e seguintes dos autos, foi já entendido que a EP, integrando o elenco de entidades previstas no nº 2 do artigo 2º da LOPTC, é, no entanto, uma entidade sujeita aos poderes de fiscalização prévia do

³⁶ Cfr. fls. 712.

³⁷ Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.



Tribunal de Contas por via da segunda parte da alínea c) do nº 1 do artigo 5º já citado.

Como vimos atrás, o contrato de Subconcessão em análise tem por objecto a concepção, construção, aumento do número de vias, beneficiação, financiamento, exploração e conservação de diversos lanços de auto-estrada e de vias.

A Subconcessionária é, para o efeito, remunerada nos termos referidos nas alíneas n), o) e p) do probatório, ou seja, sobretudo com base em pagamentos que lhe serão feitos pela EP pela disponibilidade das vias e pelo serviço, cujo valor estimado actualizado é de 694.550.322 €.

Estamos, pois, perante um contrato abrangido pelo disposto no artigo 46.º, nº 1, alínea b) da LOPTC, do qual emergem encargos directos para a entidade sujeita a fiscalização prévia, encargos esses superiores ao limiar fixado na Lei do Orçamento para efeitos de submissão a visto³⁸.

Ora, não obstante a EP ter invocado que do contrato em apreciação não resultam encargos para a empresa nos primeiros cinco anos da sua vigência, nada na lei aponta para que esse facto seja relevante na determinação da sua sujeição, ou não, a controlo prévio do Tribunal de Contas.

O regime consagrado na LOPTC determina que, desde que resultem encargos, directos ou indirectos, para a entidade que se encontre sob o âmbito de controlo subjectivo do Tribunal, o acto ou contrato de que eles decorram está sujeito àquela forma de fiscalização.

Sendo irrelevante o momento em que os encargos tenham lugar, atendendo a que eles efectivamente ocorrerão e considerando o respectivo montante, tem de concluir-se que o contrato em questão está, pois, sujeito a visto deste Tribunal.

4. DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À CONTRATAÇÃO

Impõe-se, desde já, determinar qual o direito directamente aplicável à contratação.

A EP é uma empresa pública constituída nos termos da lei comercial, com capital integralmente subscrito e realizado pelo Estado, regendo-se pelo disposto no Decreto-Lei nº 374/2007, de 7 de Novembro, pelos seus estatutos,

³⁸ Cfr. artigo 48.º da LOPTC e artigo 159.º da Lei nº 64-A/2008, de 31 de Dezembro.



aprovados pelo mesmo diploma legal, pelo regime jurídico do sector empresarial do Estado³⁹ e pelo Código das Sociedades Comerciais.

À EP foi atribuída a concessão relativa à rede rodoviária nacional, regendo-se nessa matéria pela Lei n.º 10/90, de 17 de Março⁴⁰ (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-privada⁴¹, é-lhe aplicável – e ao procedimento que lhe deu origem – o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril⁴² (doravante designado por RJPPP).

Este diploma consagra normas gerais aplicáveis na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas.

Estabelece o n.º 6 do artigo 2.º deste diploma legal:

“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 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 14.º-C e 14.º-F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo (...) exercidos através da função accionista do Estado.”

A EP veio invocar que, com as alterações ao RJPPP introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de que se destaca a norma acabada de transcrever, o regime daquele diploma não se aplica directamente às empresas públicas sob a forma societária, como é o caso da EP, apenas se lhes aplicando as *exigências materiais* e os *princípios* constantes desse regime, *com as devidas adaptações*.

Refere, a este respeito, a EP⁴³:

“(...) O que se deve entender por ‘exigências materiais e os princípios constantes’ é então relevante para determinar o enquadramento legal

³⁹ 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.

⁴⁰ Com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de Novembro.

⁴¹ Nos documentos do concurso tal não é afirmado. Contudo, da sua análise, e em particular do seu objecto que se reflecte no objecto do contrato, resulta uma consonância substancial com o que a lei caracteriza como sendo uma parceria público-privada. Aliás, nas respostas dadas às questões suscitadas por este Tribunal que afirmam ou pressupõem tal consonância, a EP não o contesta, antes o assume.

⁴² Na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

⁴³ Vide os ofícios da EP n.ºs 47425, de 23 de Abril de 2009, a fls. 506 e seguintes, e 124326, de 30 de Outubro de 2009, a fls. 686 e seguintes.



aplicável ao lançamento e contratação de parecerias público-privadas pelas ‘empresas públicas sob a forma societária’.

(...) 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. (...)

(...)“Resta então determinar o que devemos, em concreto, entender por ‘exigências materiais e princípios constantes’. Na nossa leitura o que se pretendeu salvaguardar foi a aplicação da ‘ratio legis’ subjacente a todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é, salvaguardar a protecção do(s) interesse(s) público(s) inerentes a essas normas”(...);

(...) “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’”.

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

- a) Se é claro que da disposição acima transcrita 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 refere a EP. A *ratio legis* é obviamente essencial para iluminar a procura dos princípios e das exigências materiais. Mas aqueles e estas - 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;
- e) Numa situação, como a presente, em que foi o próprio Estado que, para um concreto investimento, decidiu o lançamento da parceria público-privada, incumbindo a empresa pública de o realizar⁴⁴, não podem deixar de assegurar-se os pressupostos substanciais legalmente aplicáveis caso fosse o Estado, ele próprio, a contratá-la.

Na realidade, no caso, a empresa aparece a actuar por determinação e por conta do Estado e entender que o facto de ela ter sido colocada no meio do circuito seria apto a degradar o grau de exigência aplicável ao lançamento de uma parceria público-privada implicaria aceitar a colocação artificial de um véu capaz de defraudar os propósitos legais, o que, face ao princípio da irrelevância das situações de facto ou de direito criadas com o intuito de evitar a aplicabilidade da lei, só pode rejeitar-se.

Finalmente, e ainda no que respeita ao regime a ser observado, refira-se que, face à data em que foi desencadeado o procedimento, bem como à natureza da entidade adjudicante e do contrato, é ainda aplicável o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, por força dos seus n.º2 do artigo 2.º e alínea g) do n.º1 do artigo 3.º, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, nos termos do seu artigo 4.º⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. alíneas f) da matéria de facto e argumentação da EP referida no ponto 5.1.

⁴⁵ O Programa de Concurso, no seu n.º 35, estabelece que em tudo o que nele não estiver expressamente referido se aplicará, com as devidas adaptações, o disposto no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e na Directiva n.º 2004/18/CEE, de 31 de Março.



5. DOS REQUISITOS PRÉVIOS AO LANÇAMENTO DO PROCEDIMENTO PARA A CONSTITUIÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

5.1. Comparador público

A alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP, expressamente aplicável às parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob forma societária, nos termos do disposto no nº 6 do artigo 2º do mesmo diploma, refere que:

“ (...) [o] lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem (...) [a] configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no nº 2 do artigo 19º da lei do enquadramento orçamental (...)”

Na mesma linha, a alínea d) do nº 7 do artigo 8º do mesmo diploma refere-se à demonstração da *“inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira”*⁴⁶.

Instada a fazer demonstração de que tinha sido dado cumprimento ao disposto no referido preceito do artigo 6º, a EP⁴⁷:

- a) Remeteu o estudo a que se referem as alíneas s) e t) do nº2 deste Acórdão;
- b) Referiu que, nos termos da legislação aplicável, a EP deve privilegiar o recurso a parcerias público-privadas;
- c) Invocou que o Governo, através da Resolução do Conselho de Ministros nº 181/2007, determinou que a EP lançasse a Subconcessão do Litoral Oeste em regime de parceria público-privada, pelo que, do ponto de vista legal, não competia à EP elaborar o comparador do sector público, *“sendo certo que a definição dos objectivos da parceria público-privada em causa constam, naturalmente e pelo exposto, daquela Resolução do Conselho de Ministros”*;
- d) Alegou que a Lei de Enquadramento Orçamental (LEO) não se aplica às empresas públicas, tal como decorre do seu artigo 2.º.

⁴⁶ Pode igualmente invocar-se a comunicação de 15 de Novembro de 2005 da Comissão Europeia 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”*.

⁴⁷ Vide os já referidos ofícios nºs 86881, de 23 de Julho de 2009, a fls. 706 e seguintes, e 124312, de 30 de Outubro de 2009, a fls. 774 e seguintes.



Ora, nesta matéria não colhem os argumentos produzidos pela EP.

É certo que o estudo de viabilidade económica, referido nas alíneas s) e t) do probatório, datado de 8 de Março de 2008, antecedeu a abertura do concurso, ocorrida em 27 do mesmo mês, embora não a decisão de recurso à parceria, já tomada pela Resolução do Conselho de Ministros de 29 de Novembro de 2007⁴⁸.

Mas, de qualquer modo, como se refere na alínea t) do n.º 2 deste Acórdão, o estudo de viabilidade económica em causa não aborda esta matéria, referindo-se apenas às condições de atractividade económico-financeira do projecto para o sector privado.

Deve, pois, concluir-se que não foi realizado qualquer estudo que dê expresso cumprimento ao disposto na alínea c) do n.º1 do artigo 6.º do RJPPP.

Como fundamento para a sua não necessidade, a EP invocou que o Decreto-Lei n.º 380/2007 estabelece que a empresa deve privilegiar, como forma de execução do objecto da concessão, a atribuição de subconcessões em regime de parceria público-privada.

Ora, tal disposição não afasta, antes confirma, a necessidade de a concessionária, em cada caso, proceder à avaliação de qual a solução mais adequada: se a da parceria público-privada, se outra. E essa avaliação deve ser feita com base no disposto na alínea c) do n.º1 do artigo 6.º do RJPPP e no n.º 2 do artigo 19.º da LEO.

Mais refere a EP que deu cumprimento a uma ordem do Governo, pelo que não lhe competia elaborar o “comparador do sector público”.

Acontece que o que está sujeito a fiscalização prévia, para verificação da sua conformidade com a lei, é um contrato de Subconcessão e o procedimento que a ele deu origem, independentemente das entidades que nele participaram.

A lei prevê que se proceda à elaboração do referido “comparador público”.

O argumento de que se cumpriu uma ordem do Governo não altera a exigência legal nem releva para a decisão a tomar, uma vez que todos estão sujeitos à lei: a EP, o Governo e este Tribunal.

O referido contrato vincula a EP e por esta foi enviado a este Tribunal, para controlo. É, pois, à EP que compete demonstrar perante o Tribunal, com os meios que a lei lhe faculta, e que este Tribunal em seu cumprimento largamente permitiu, que contrato e procedimento observaram o que a lei dispõe.

⁴⁸ Cfr. alíneas f), r) e s) do n.º 2.



Ora, o que se constata, independentemente de quem participou no procedimento, é que o elemento exigido não existe⁴⁹.

Alega a EP, por último, que não está sujeita à Lei de Enquadramento Orçamental, uma vez que a mesma não se aplica às empresas públicas.

Em primeiro lugar, refira-se que, se se entender que era ao Estado que competia proceder à elaboração e análise do comparador público antes de tomar a decisão que tomou na Resolução de Conselho de Ministros de Novembro de 2007, então não se questiona a aplicabilidade da LEO.

Mas, se se entender que essa obrigação recaía na EP, ainda assim sucede que, ainda que a LEO não se lhe aplique directamente, esta empresa necessita de observar o disposto na alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP (que como vimos, e não foi contestado, lhe é aplicável por força do nº 6 do respectivo artigo 2º) nos procedimentos de parceria público-privada que lhe compita desencadear. E, para o efeito, deve seguir os critérios assumidos pelo legislador neste diploma, que, no caso, remeteu para procedimentos definidos na LEO.

Ou seja, quando o legislador, na alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP, se refere a “*formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no nº 2 do artigo 19º da lei do enquadramento orçamental*”, ele está a dar 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.

E é assim por força do próprio RJPPP, cuja aplicabilidade não está em dúvida.

Acresce que os artigos 7.º-A e 8.º do RJPPP prevêm que o lançamento de uma parceria público-privada deve ser antecedido por um *estudo estratégico* que averigue do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em estudo, tendo em vista, designadamente, a identificação de potenciais interessados e a análise das condições de mercado existentes⁵⁰, mas também que *justifique* o modelo a adoptar, demonstrando a inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira⁵¹.

⁴⁹ Sobre a necessidade de “comparador público”, vejam-se igualmente as recomendações formuladas por este Tribunal, através da sua 2ª Secção, nos relatórios de auditoria nºs 14/03, 33/05, 34/05, 4/07 e 10/08.

⁵⁰ Objectivo que o estudo efectivamente realizado, a que nos vimos referindo, cumpriu.

⁵¹ Vertente que, como já vimos, o estudo não contempla.



Trata-se de uma exigência material que decorre, aliás, do cumprimento do dever legal de boa administração.

Este dever, bem como a necessidade de assegurar que a decisão de lançar uma concreta parceria tem subjacente a observância dos princípios, pressupostos e fins estabelecidos no RJPPP imporia uma cuidada análise, ponderação e demonstração, que o estudo de viabilidade junto e a singela decisão tomada não garantiram.

Refira-se, neste âmbito, a falta de análise de custo-benefício, tendo, especificamente presentes as finalidades essenciais de uma parceria público-privada, tal como estabelecidas no artigo 4.º do RJPPP: “*Constituem finalidades essenciais das parcerias público--privadas o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço*”.

Ora, mesmo que as soluções procedimentais e organizativas constantes daquelas disposições legais não sejam aplicáveis à EP, face ao disposto no nº 6 do artigo 2º do RJPPP, as exigências materiais referidas devem ser por ela observadas, por força da mesma disposição.

Como se demonstrou, no lançamento do procedimento para a constituição da presente parceria público-privada não se observou o disposto na alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP.

E não se tendo dado cumprimento à lei, por não se ter elaborado o comparador público e o estudo estratégico, fica-se sem meios de saber – como a lei preconiza – se a constituição da parceria público-privada que o contrato concretiza é a solução mais adequada.

Se tivesse sido elaborado, poderia ter conduzido a outra solução, a outro contrato e a outro resultado financeiro.

5.2. Declaração de Impacte Ambiental (DIA)

A alínea d) do nº1 do artigo 6º do RJPPP, também expressamente aplicável às parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob forma societária, nos termos do disposto no nº 6 do artigo 2º do mesmo diploma, refere que:

“ (...) [o] lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem (...) [a] prévia⁵² adequação às normas legais e demais

⁵² Sublinhado nosso.



instrumentos normativos, bem como a obtenção das autorizações e pareceres administrativos exigidos, tais como, entre outros, os de natureza ambiental e urbanísticos, dos quais dependa o desenvolvimento do projecto, de modo a permitir que todo o risco da execução seja ou possa ser transferido para o parceiro privado⁵³”.

O n.º 4 do referido artigo 6º reafirma:

“No que respeita, em especial, à declaração de impacte ambiental, quando exigível segundo a lei aplicável, deve a mesma ser obtida previamente⁵⁴ ao lançamento da parceria.”

Estes preceitos contêm uma exigência material muito concreta, que, como deles claramente resulta, deve ser cumprida antes do lançamento da parceria⁵⁵. No entender da EP, conforme consta dos já referidos ofícios n.ºs 86881, de 23 de Julho, e 124312, de 30 de Outubro de 2009, não se aplicando o RJPPP directamente às parcerias público-privadas preparadas, lançadas e contratadas pela EP, importava tão só assegurar o cumprimento da *ratio legis* subjacente ao referido artigo 6º, n.º 4.

E “na perspectiva da EP e salvo sempre melhor opinião, 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 construção⁵⁶, de parcerias público-privadas seja perturbado, a todos os níveis, designadamente financeiro, por questões de natureza ambiental (e urbanística)”

É certo que a norma pretende acautelar eventuais impactos financeiros na fase de execução do contrato, nomeadamente, resultantes de reequilíbrios financeiros, motivados, por hipótese, pela emissão de DIA desfavorável aos lanços que constituem objecto desse contrato.

Mas importa reter que a clareza legal no sentido de as necessárias declarações de impacte ambiental (DIA) serem obtidas previamente, não à contratação, mas ao próprio lançamento da parceria, resulta das alterações introduzidas ao RJPPP pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Junho, que, designadamente, acrescentou o n.º 4 do artigo 6.º acima transcrito.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Já na Comunicação da Comissão Europeia COM(97) 453 final, relativa às Parcerias Sector Público/Privado no Contexto dos Projectos da Rede Transeuropeia de Transportes, e que consubstancia recomendações do Grupo de Alto Nível, se referia no seu ponto 3.5.: “As considerações de protecção ambiental devem ser tratadas estrategicamente na fase mais incipiente possível durante o processo de planeamento do projecto (...) Se os projectos actualmente em consideração não forem avaliados de acordo com essa legislação [ambiental] serão, provavelmente, sujeitos a atrasos e incertezas numa fase posterior (...)”.

⁵⁶ Sublinhado nosso



É, portanto, óbvio que o legislador pretendeu também acautelar riscos anteriores à própria celebração do contrato.

Conforme se referiu no Acórdão n.º 160/09-2.NOV.09-1ªS/SS, trata-se de prevenir riscos na própria condução do procedimento.

Pretender-se-á, então, eliminar incertezas e alterações quanto ao objecto do procedimento e do futuro contrato e repercussões físicas e financeiras nas propostas apresentadas no seu decurso.

Como se diz naquele aresto, tal exigência será uma decorrência do princípio da estabilidade, que deve ser observado nos procedimentos de contratação pública, o qual estabelece a inalterabilidade do objecto dos concursos, dos documentos concursais e das propostas apresentadas, durante o decurso dos mesmos.

É certo que o procedimento em apreciação admitia negociação das propostas dentro dos limites das cláusulas imperativas dos documentos concursais.

É certo também que o Programa do Concurso admitia a alteração do objecto do concurso e do contrato, em função do resultado do pedido de avaliação do impacte ambiental, conforme se referiu na alínea i) do probatório.

Por isso vem a EP invocar, nos ofícios já referenciados, que *“com o regime previsto no Programa de Concurso foram salvaguardados 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 excluído do objecto da Subconcessão.”*

Sucede, no entanto, que os n.ºs 3.5, 3.6 e 3.7 do Programa de Concurso são ilegais por violarem a exigência material inequivocamente imposta pelo legislador no artigo 6º, n.º 1, alínea d) e n.º 4 do RJPPP.

E verifica-se também que não salvaguardaram, em concreto, nem os referidos princípios nem os riscos de incerteza no procedimento e no respectivo resultado.

Vejamos.

No caso, como decorre da alínea j) da matéria de facto elencada no ponto 2 deste Acórdão, a DIA para o lanço “EN8-Variante de Alcobaça”, só conhecida durante a 2ª fase do procedimento, foi negativa e, em consequência, o lanço foi retirado do objecto da Subconcessão, nessa 2ª fase, verificando-se a necessidade de, em alternativa, ser construído um nó de ligação a Alcobaça e à rede viária existente.

Assim, tornou-se necessário que as propostas finais dessem resposta a uma realidade fáctico-económica diferente daquela que foi inicialmente apresentada à concorrência, implicando, por um lado, a redução dos investimentos previstos e, por outro, a introdução de ajustamentos em troços limítrofes.



Tribunal de Contas

Neste contexto, a EP não obteve qualquer proposta na fase inicial do concurso que contemplasse esta nova realidade, desconhecendo, portanto, como é que os concorrentes afastados no termo da 1ª fase a ela teriam reagido, técnica, física e financeiramente e negando, a eles e ao mercado, a oportunidade de o fazerem.

Por outro lado, e porque também não foram previstas propostas variantes específicas para os cenários de redução do objecto do Subconcessão, a alteração efectuada, com os necessários ajustamentos nos investimentos, prejudicou a comparabilidade das propostas entre a 1ª e a 2ª fases do concurso.

Questionada sobre o impacto financeiro da controvertida alteração ao objecto da subconcessão, a EP veio, tão só, identificar os custos de investimento directamente associados ao lanço “EN8-Variante de Alcobaça” tal como constantes da proposta variante técnica da subconcessionária apresentada na 1ª fase⁵⁷, afirmando que “a exclusão do objecto da subconcessão da “Variante de Alcobaça” permitiu reduzir os custos de investimento em cerca de 27,9 M €”⁵⁸.

No entanto, não é indicado o impacto das obras adicionais necessárias, e nenhuma das referidas variações é identificável na proposta final.

Esta proposta, no que ao Investimento diz respeito, se deduzido à primeira aquele montante imputável à Variante de Alcobaça, incorpora um acréscimo de 57,4 M€ relativamente à proposta da 1.ª fase (vide mapa constante da alínea vv) do probatório, que abaixo se transcreve de novo).

Investimento (Euros Preços constantes 2008)				
	Global 1ª Fase Variante Técnica (1)	Redução resultante da supressão da Variante de Alcobaça ⁵⁹ (2)	Global 2ª Fase (3)	Varição (1-2) vs. 3
Construção Geral	257.853.520	-12.131.978	245.777.684	+ 56.042
Alargamentos	15.000.000	*	*	- 15.000.000
Grandes Reparações e Beneficiações	18.157.000	-1.012.500	43.342.500	+ 26.198.000
Obras de Arte	100.969.281	-12.414.694	94.100.819	+ 5.546.232
Expropriações	32.964.890	-1.684.801	65.280.809	+ 34.000.720
Estudos e Projectos	8.719.231	-708.497	7.970.545	- 40.189
Outros Investimentos	*	*	6.630.091	+ 6.630.091
TOTAL	433.663.922	-27.952.470	463.102.447	+ 57.390.896

⁵⁷ Vd. coluna (2) do mapa constante da alínea vv) da matéria de facto.

⁵⁸ Cfr. fls. 718 e alínea rr) do ponto 2.

⁵⁹ Custos de investimento directamente associados a esta variante e inscritos na proposta submetida na variante técnica da subconcessionária.



Conforme se depreende das alíneas ss), tt) e uu) da matéria de facto, a adjudicatária não explicou cabalmente as diferenças de valores do Investimento entre as propostas da 1ª e da 2ª fase nem identificou o impacto financeiro da alteração do objecto da subconcessão, isolando-o de outros efeitos.

Isso levou a Comissão de Análise de Propostas a referir: “(...) a redução do objecto da subconcessão, com a retirada da Variante a Alcobaça, não é reflectida na redução do custo de construção.”

Como facilmente se conclui destes factos, nem os princípios da transparência, igualdade e sã concorrência foram acautelados, nem a objectividade e comparabilidade das propostas apresentadas nas duas fases do concurso foi garantida, nem a segurança na determinação do objecto contratual foi salvaguardada.

E mais: a confusão gerada não permite identificar os consequentes efeitos financeiros, embora da análise do quadro acima transcrito se conclua que houve um aumento significativo dos encargos com grandes reparações e beneficiações, obras de arte, expropriações e outros investimentos.

Assim, por não ter sido, previamente ao lançamento da parceria, obtida a DIA exigível para o lanço em referência, conclui-se pela violação do disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea d) e no n.º 4 do RJPPP⁶⁰.

Tal ilegalidade afectou o negócio jurídico em causa, no seu objecto, no plano físico e no plano financeiro, estando estabelecida uma forte probabilidade de ter gerado a alteração do resultado financeiro.

No que ao lanço “IC2-IC36/EN109” diz respeito, a EP considerou inicialmente a respectiva DIA como necessária e veio, posteriormente, face à demora na sua obtenção e a uma revisão do seu posicionamento anterior, a prescindir da mesma por considerar que ela não era, afinal, exigível.

Refira-se nesta matéria o que consta da Acta n.º 4 das negociações com o concorrente que veio a ser o adjudicatário⁶¹:

“Em seguida, a CAP comunicou ao Concorrente que, apesar de não ter sido emitida DIA, até à data, para o Lanço do IC2-IC36/EN109, previsto na cláusula 6.1-d) do Contrato de Subconcessão, o referido projecto não

⁶⁰ A este respeito, recordem-se as sucessivas recomendações na matéria que têm sido efectuadas pelo Tribunal, através de relatórios de auditoria da 2ª secção, alguns, aliás, aprovados simultaneamente com a publicação do DL 86/03, na sua versão original. Por exemplo, o Relatório n.º 14/03- Auditoria às concessões Rodoviárias em regime de Portagem SCUT, Relatório n.º 33/05 – auditoria sobre os Encargos Públicos com as PPP; relatório n.º 34/05 e 4/2007, auditorias de seguimento às concessões SCUT, Acórdão n.º 10/08 – Auditoria à Gestão das PPP – Concessões Rodoviárias. Veja-se, nesses relatórios, as consequências para o erário público de alguns procedimentos concursais para adjudicação de PPP, haverem sido lançados, sem DIA prévia.

⁶¹ Cfr. acta a fls. 360



irá ser retirado do objecto da Subconcessão, uma vez que, no entender da EP, tratando-se de um alargamento, não é necessária DIA.

O Concorrente referiu que um eventual embargo do referido projecto é um risco que não deverá estar alocado à Subconcessionária, pelo que iria propor à CAP a introdução de uma alteração no Contrato de Subconcessão, no sentido de se prever que a ocorrência de tal circunstância confere à Subconcessionária o direito à reposição do equilíbrio financeiro.

A CAP concordou com a observação do Concorrente quanto à partilha do risco e referiu encontrar-se a aguardar a apresentação de uma proposta nesse sentido.”

Este extracto é elucidativo sobre a forma como neste procedimento não foi acautelado o cumprimento do disposto nos preceitos legais acima referidos, através de uma clarificação prévia, “*de modo a permitir que todo o risco da execução seja ou possa ser transferido para o parceiro privado*”, conforme determina o artigo 6.º, n.º 1, alínea d) do RJPPP.

6. DA VIOLAÇÃO DAS REGRAS DO PROCEDIMENTO NA FASE DE NEGOCIAÇÃO DAS PROPOSTAS

6.1. A natureza e a estabilidade das regras concursais.

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.

Nos termos do artigo 62º 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 observadas⁶² e vinculam a entidade adjudicante que, no quadro da lei, livremente os produziu.

Em particular, e como este Tribunal vem assinalando⁶³, as disposições do Programa de Concurso, depois de publicitadas, têm natureza *regulamentar* e

⁶² Vide nesta matéria o que dispõem os artigos 64º e 66º 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.

⁶³ Cfr., designadamente, os Acórdãos n.ºs 295/2006-29SET2006-1ªS/SS e 141/2007-17DEZ 2007-1ªS/SS.



tornam-se vinculantes para a autoridade procedimental e para todos os intervenientes no processo concursal.

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^{64 65 66}.

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.

(...)”

A este respeito refere Margarida Olazabal Cabral⁶⁷: “*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 for⁶⁸”.*

⁶⁴ 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, 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.”

⁶⁵ 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 (...)”.

⁶⁶ Vide também, Margarida Olazabal Cabral in *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1997.

⁶⁷ In *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1997, a pág. 82.

⁶⁸ Sublinhados nossos.



No mesmo sentido afirmam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, na obra já citada⁶⁹, que a obrigatoriedade *normativa* resultante dos programas de concurso implica que as respectivas disposições *não possam ser retiradas, modificadas ou substituídas* depois de publicado o anúncio de abertura do concurso.

Marcelo Rebelo de Sousa⁷⁰ insiste também em que a estabilidade das regras dos concursos implica a *proibição* de modificações subsequentes à abertura do concurso, o que reflecte 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 autor⁷¹: “*A Administração Pública pode escolher, mas não pode modificar as regras do jogo a que obedece essa escolha⁷², uma vez definido o quadro de um concurso (...)*”.

Sublinhe-se, ainda, acompanhando Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁷³, 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.

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 adjudicação⁷⁴.

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 Encargos⁷⁵, há um ponto em que todas as teses convergem: a adjudicação feita a um concorrente em violação das cláusulas neles contidas segue o regime da invalidade jurídico-administrativa.

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

⁶⁹ Cfr. págs. 135 e 136.

⁷⁰ In *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lex Edições Jurídicas, 1994.

⁷¹ Cfr. págs. 70 da obra referida.

⁷² Sublinhado nosso.

⁷³ Cfr. pág. 136 da obra citada.

⁷⁴ Ou da decisão de não adjudicação.

⁷⁵ O seu carácter normativo ou o seu carácter contratual.



de se desrespeitar disposição naquele contida que esteja em conformidade com a lei, traduz-se na violação da própria lei⁷⁶.

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.

6.2. A violação do Programa de Concurso

Revertendo ao caso.

Tal como se referiu na alínea y) do probatório, a entidade adjudicante entendeu dispor do seguinte modo no nº 28 do Programa de Concurso:

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

29.2. 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 Ai) ou na nota global, seja inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase.”

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 1.^a fase, traduzir-se-ia numa violação grosseira dos princípios da igualdade e da concorrência e num perverso entendimento do princípio da transparência.

⁷⁶ 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 (...)”.*



No caso, a entidade adjudicante teve mesmo o cuidado de estabelecer o critério para se avaliar quando é que uma proposta apresenta condições menos vantajosas: se ela obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação no subcritério Ai) ou na nota global inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase⁷⁷.

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

Ora, no caso, como decorre do exposto nas alíneas ee) a yy) do nº 2 deste Acórdão, e no que à proposta adjudicatária diz respeito, a pontuação da mesma desceu, na fase das negociações, nos factores “*VAL do Esforço Financeiro do Concedente*”, “*Robustez da Proposta face aos riscos do Projecto*”, “*Qualidade Técnica da Proposta*”, “*Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção*”, “*Análise da Estrutura Contratual*”, “*Transferência do Risco*” e “*Nível de Risco da EP na execução do Contrato de Subconcessão*”.

Estes subcritérios representavam um peso de 87,5%⁷⁸ no critério de adjudicação, o que significa que, na esmagadora maioria dos factores de avaliação, a proposta final era menos vantajosa do que a proposta da 1ª fase.

A pontuação global da proposta desceu na fase final de 11,96 para 7,07, em grande parte devido ao aumento do Valor Actualizado Líquido do esforço financeiro da EP, que sofreu um acréscimo de 192,96 M€, e à transferência de riscos para a EP.

Ou seja, a proposta adjudicatária oferecia, no termo das negociações, condições menos vantajosas para a Subconcedente, por, designadamente, implicar pagamentos mais avultados à Subconcessionária e mais riscos assumidos pela EP do que o que tinha sido proposto na 1.ª fase do concurso.

Para que se considerasse a proposta menos vantajosa nos termos do n.º 28 do Programa de Concurso bastava até que a classificação da mesma descesse apenas no subcritério Ai).

⁷⁷ Ainda que não se aplique ao presente procedimento, lembre-se o que dispõe o Código dos Contratos Públicos no seu artigo 152º e que confirma o acerto destas disposições: “3. *Quando seja adoptada uma fase de negociações restringida aos concorrentes cujas propostas sejam ordenadas nos primeiros lugares, o júri deve ainda propor a exclusão das versões finais cuja pontuação global seja inferior à das respectivas versões iniciais. 4.No caso previsto no número anterior (...) as respectivas versões iniciais mantêm-se para efeitos de adjudicação.*”

⁷⁸ Vide alíneas w) e jj) do probatório.



O subcritério Ai), “*VAL do Esforço Financeiro do Concedente*”, tinha um peso de 42,5% no critério de adjudicação e uma importância decisiva no mesmo, uma vez que, nos termos daquele n.º 28, uma diminuição na sua valoração, mesmo que fosse compensada ou suplantada noutros subcritérios e acompanhada de um aumento da nota global, impediria a adjudicação.

Ora, é precisamente neste factor decisivo e preclusivo que a proposta adjudicatária desce, na 2ª fase, de forma drástica, de 10,01 para 0,03!

Na escala de classificação adoptada pela Comissão de Análise das Propostas⁷⁹, fixada entre 0 e 20 valores, a proposta foi, a final, considerada, no mais importante e decisivo subcritério de adjudicação, **mediocre**, e o mais mediocre possível: **0,03** valores.

A avaliação da proposta do concorrente n.º 3 sofreu uma degradação ainda mais intensa, sendo a sua pontuação global final de 6,90 (contra 12,58 no termo da 1.ª fase) e a pontuação no factor Ai) de 0,0.

As pontuações finais de ambas as propostas são significativamente inferiores àquelas que tinham sido atribuídas, na 1ª fase, às propostas dos concorrentes n.ºs 1 e 2, preteridos na escolha para a fase de negociações (com avaliações de 10,47, 10,27 e 10,02). Isto significa que, com as suas características finais, a propostas dos concorrentes n.ºs 3 e 4 não teriam sequer chegado à 2.ª fase do concurso.

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 tinham sido obtidas na 1.ª fase de avaliação das propostas, ofendendo-se os princípios da concorrência e da igualdade face aos concorrentes da 1.ª fase.

Foi, assim, claramente violado o estabelecido no n.º 28 do Programa de Concurso, o que, como acima concluímos, constitui uma ilegalidade.

Mas, no caso, importa sublinhar que no factor Ai) ambas as propostas tiveram uma classificação de zero ou praticamente zero e que na avaliação final ambas tiveram uma avaliação negativa, o que, na escala classificativa, que pretendia “*reflectir os níveis de satisfação que as propostas alcançam face às expectativas do Concedente*”⁸⁰, corresponde a INSUFICIENTE.

Ora, o n.º 31 do Programa de Concurso, conforme se refere na alínea aa) do probatório, apontava para a anulação do concurso sempre que os resultados

⁷⁹ Cfr. alínea bb) do ponto 2.

⁸⁰ Cfr. alínea bb) da matéria de facto.



das avaliações não correspondessem, *em termos satisfatórios*, aos fins que lhes subjazem.

Uma avaliação de atributos face a critérios definidos, num concurso público desta natureza, corresponde, necessariamente, a um juízo de adequação face a objectivos e finalidades e, nos termos da própria escala aprovada pela Comissão de Análise de Propostas, só poderia ser classificada como satisfatória a partir de 10,00.

Como nessa escala se menciona, uma classificação entre 6,0 e 9,9 era considerada INSUFICIENTE, e, portanto, não satisfatória.

Sendo medíocres no subcritério decisivo e insatisfatórias na avaliação global, estranha-se, assim, como é que, face às regras, metodologias e critérios definidos pela própria Subconcedente e pela própria Comissão de Análise de Propostas, as propostas finais da 2ª fase do concurso não foram consideradas inaceitáveis e não foi, conseqüentemente, proposta a anulação do concurso.

Como é que foi proposta e efectuada a adjudicação a uma proposta insatisfatória e que, nos termos do próprio relatório da Comissão, revelava *“uma forte inadequação ao projecto, do ponto de vista do interesse público e maus termos, para o concedente, dos contratos de financiamento.”*?

6.3. Houve razões para a violação do n.º 28 do programa de concurso?

As razões apresentadas pela EP para a situação foram basicamente as seguintes⁸¹:

- a) As condições de acesso ao crédito por parte dos concorrentes agravaram-se da 1.ª para a 2.ª fase, por razões relacionadas com a crise financeira internacional;
- b) O aumento do VAL do esforço financeiro líquido da EP está directamente relacionado com as alterações na estrutura financeira da subconcessionária, decorrentes do aumento do *pricing* global do financiamento e do aumento da maturidade do financiamento de 6,5 para 14 anos;
- c) No plano jurídico, o não cumprimento do estipulado no Programa do Concurso, encontra-se estribado no disposto no artigo 198.º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março;
- d) Há momentosas razões de interesse público para a concretização do investimento.

⁸¹ Cfr. alíneas aaa) a eee) do probatório.



Mas, apreciando as justificações apresentadas, concluímos que as mesmas não são aceitáveis.

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

Fez-se reflectir as novas circunstâncias integralmente no esforço financeiro líquido da concedente, e, a final, a TIR da adjudicatária não só se manteve como acabou mesmo por subir⁸².

Em segundo lugar, deve observar-se que a situação verificada demonstra que, ao contrário do que pretende a EP e do que se estabelece no artigo 7.º, alínea d), do RJPPP⁸³, se verificou, na fase negocial, uma forte transferência e concentração de riscos na Subconcedente, alterando significativamente a matriz de risco subjacente ao lançamento da parceria.

De facto, não se tratou apenas de repercutir as dificuldades resultantes da crise financeira internacional e os eventuais custos acrescidos do financiamento no montante do esforço líquido da EP, em montante, aliás, muito significativo (vide alínea pp) do ponto 2: O VAL desse esforço sofreu um acréscimo, nas negociações, de 192,96 M€.).

Os riscos de tráfego e de não cobrança de portagens foram, em substância, assumidos pela entidade concedente, e não transmitidos ou partilhados com a Subconcessionária, uma vez que esta viu fortemente reforçada a remuneração certa proveniente dos pagamentos por disponibilidade em detrimento dos pagamentos por serviço⁸⁴, cujo cálculo e montante estão ligados ao tráfego efectivamente verificado e às receitas de portagem e que, face a alegadas previsões de redução de tráfego, diminuem.

Como já vimos, os riscos ligados à vertente ambiental também recaíram na Subconcedente, que, designadamente, enfrenta custos acrescidos de investimento cuja justificação não consegue sequer alcançar.

Como também já se referiu, foi introduzida uma cláusula em que se prevê que, em caso de recusa de visto pelo Tribunal de Contas, deve a EP pagar à Subconcessionária as despesas e custos incorridos com o desfazer dos contratos de financiamento. Para além dos problemas de responsabilidade que se possam suscitar, sobre essa cláusula referiu a Comissão: “*Representa, por*

⁸² Cfr. alínea yy) do probatório.

⁸³ Que dispõe: “*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*”.

⁸⁴ Cfr. alínea bbb) da matéria de facto.



isso, uma proposta desfavorável para o Concedente que altera a repartição de riscos do concurso”⁸⁵.

Isto mesmo é evidenciado pela forte descida da avaliação da proposta final nos subcritérios “*Robustez da Proposta face aos riscos do Projecto*”, “*Análise da Estrutura Contratual*”, “*Transferência do Risco*” e “*Nível de Risco da EP na execução do Contrato de Subconcessão*”, nos quais a classificação da proposta adjudicatária desceu, ao todo, 21 valores (de 16,00 para 13,00, de 20,00 para 9,00, de 14,00 para 9,00 e de 12,00 para 10,00, respectivamente)⁸⁶, sendo mesmo referida como inadequada ao projecto.

Por outro lado, a própria EP invoca aumento dos custos de construção (cfr. alínea qq) da matéria de facto) e verificam-se incrementos nos valores de investimento, não inteiramente nem consensualmente explicados, mas que apontam para alterações não apenas no custo mas também na estrutura ou composição desses investimentos (cfr. alínea vv) do probatório).

Devem também referir-se as diminuições de valoração, na 2ª fase do concurso, nos subcritérios “*Qualidade Técnica da Proposta*” e “*Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção*”⁸⁷ que evidenciam que houve alterações na proposta final do concorrente adjudicatário que não se reportaram a aspectos estritamente financeiros e que se reflectiram, antes, na menor qualidade do serviço proposto.

Conclui-se, pois, que as condições menos vantajosas oferecidas na 2ª fase do concurso pelo concorrente adjudicatário não resultaram exclusivamente dos custos financeiros agravados resultantes da crise financeira internacional.

As razões avançadas pela EP não são também aceitáveis porque não podem justificar uma incontestável violação do disposto no Programa do Concurso, 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.

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

⁸⁵ Cfr. fls. 559.

⁸⁶ Cfr. alíneas jj), ww) e xx) do ponto 2.

⁸⁷ Cfr. alínea jj) do ponto 2.



O próprio Programa de Concurso estabeleceu, no seu n.º 26, que as propostas que violassem normas imperativas do Caderno de Encargos ou do Programa do Concurso deveriam ser consideradas inaceitáveis e excluídas do concurso⁸⁸.

Tendo as propostas da 2ª fase violado o disposto no n.º 28 do Programa do Concurso, as mesmas deveriam ter sido excluídas.

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

De facto, estabelecem os n.ºs 1 e 2 do artigo 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.

Acresce que num procedimento concorrencial devem ser garantidas a todos os concorrentes condições de igualdade, a fim de ser assegurada uma efectiva concorrência.

Ora, aceitar, no caso vertente, os procedimentos realizados significaria legitimar uma manifesta desigualdade entre as condições proporcionadas aos dois concorrentes que foram seleccionados para a fase de negociações e aquelas de que dispuseram os que foram preteridos no termo da 1.ª fase, não se lhes tendo dado a oportunidade de apresentarem as suas propostas num novo contexto e desconhecendo-se se poderiam ter apresentado condições competitivas.

Mas vejamos agora se, ainda assim, existem razões jurídicas para o não cumprimento do estipulado no Programa do Concurso.

6.4. Podem razões ligadas à “alteração de circunstâncias” justificar o desrespeito pelas regras concursais?

Importa recordar que, conforme já se referiu no ponto 6.1, é convicção jurisprudencial e doutrinária que a necessária estabilidade das regras concursais impede a sua alteração durante o decurso do procedimento “*seja por que razão for*”.

Importa também sublinhar que, no caso, as regras não foram alteradas.

⁸⁸ 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.



Tribunal de Contas

A EP entende, no entanto, que as circunstâncias verificadas permitiram que essas regras fossem desrespeitadas.

Para o efeito veio invocar o disposto no artigo 198º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

Este preceito, no essencial, consagra, no regime jurídico relativo às obras públicas, a disciplina constante do artigo 437º, nº1, do Código Civil.

Estamos no domínio da teoria da imprevisão na execução dos contratos. Em ambas as disposições legais, o princípio tradicionalmente rígido de “*pacta sunt servanda*” é flexibilizado por preocupações de “*rebus sic stantibus*”.

Não importa agora fazer uma deambulação pela complexa e secular querela quanto à consideração da alteração de circunstâncias no âmbito da execução dos contratos.

Importa sobretudo afirmar o seguinte: tanto as soluções legislativas adoptadas⁸⁹, como a jurisprudência lavrada⁹⁰, como a doutrina produzida⁹¹ sobre esta temática assentam num pressuposto essencial: trata-se de alteração de circunstâncias verificadas *após* a celebração de um contrato e não no decurso do processo negocial (ou procedimento administrativo) a ele conducente.

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

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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

⁹¹ 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.



o apelo a este mecanismo legal. No caso, a decisão e o contrato só vieram a ocorrer depois de se terem considerado aceitáveis as alterações de circunstâncias como fundamento de não aplicação da regra procedimental constante do Programa do Concurso.

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

Aliás, considerar, como pretende a EP, que, antes da decisão final de adjudicação e da assinatura do contrato, há já *“uma qualquer entidade que está associada, de alguma forma, à administração, à prossecução de fins de interesse público”*, ter em conta a *“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.

Justifica-se, como faz a EP, apelar à *“observância de dever de lealdade”* pela Administração na condução do procedimento?

Sim, mas lealdade para 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 alterar⁹².

Como se referiu no ponto 6.1, assim o impõe o princípio da *protecção da confiança*: as regras do jogo não podem nem devem ser alteradas.

Deve, pois, concluir-se que o artigo 198º do Decreto-Lei nº 59/99 não se aplica à situação em análise, por a mesma estar excluída da sua previsão e por não existirem razões para a aplicar a um circunstancialismo diverso.

De resto, não estamos sequer perante qualquer lacuna que importasse colmatar.

⁹² 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).



O princípio aplicável é o da imodificabilidade das regras do jogo até à decisão de adjudicação, nos termos claramente definidos no artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, e já suficientemente justificados.

E a alteração superveniente, anormal e imprevisível das circunstâncias que tenham estado na base do lançamento de um concurso, durante o decurso do mesmo, tem um regime próprio, diverso do consagrado no artigo 198º do Decreto-Lei n.º 59/99.

Nos termos do disposto no artigo 107º do mesmo diploma legal, em interpretação que tenha em conta as particularidades da constituição de uma parceria público-privada, a ocorrência dessas circunstâncias constitui a entidade adjudicante no dever de não adjudicar e, conseqüentemente, de, sendo caso disso, recomeçar o procedimento de acordo com novos pressupostos.

A este respeito, lembre-se que a obrigatoriedade normativa das regras concursais vigora até à decisão de adjudicação ou até à decisão de *não adjudicação* e lembre-se ainda a observação feita por Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁹³: *a imodificabilidade dos Programas de Concurso não significa que a Administração não possa retirar, anular ou desistir do próprio procedimento. E, se este terminar, claro que as normas por que se pautavam perdem o seu objecto e efeito, extinguindo-se também para aquele caso.*

Por último, refira-se que não se contestam nem questionam os interesses públicos que se visam prosseguir com a constituição da parceria público-privada e conseqüente celebração e execução do contrato de subconcessão.

Mas, no caso, a actuação da concedente está subordinada à lei e o que se trata é de saber se na prossecução desses interesses públicos e nas concretas decisões tomadas e procedimentos realizados foi cumprida a lei aplicável.

Como refere Marcelo Rebelo de Sousa, na obra citada, a figura dos concursos implica sempre uma ponderação conjunta de vários bens jurídicos, e entendemos que a ponderação acertada é a que se traduz no cumprimento da lei, que, detalhada e cuidadosamente, os pesou e equilibrou.

Ora, admitir, quando a lei não o prevê e a sua interpretação não o permite, que pela erupção de uma crise financeira internacional se subvertam princípios e regras jurídicas seria substituir o Direito pela arbitrariedade das avaliações casuísticas, o que acarretaria uma inadmissível incerteza jurídica e uma

⁹³ Cfr 6.1.



subjectividade incompatível com o bem público que as regras em causa visam assegurar.

6.5. Concluindo.

Pela assunção de condições menos vantajosas para a entidade pública concedente, houve, na 2.^a fase do concurso e no seu resultado, uma clara e inaceitável violação do n.º 28 do Programa de Concurso, que não tem qualquer justificação jurídica.

Essa violação acarreta a *ilegalidade da adjudicação*.

Refira-se, ainda, a propósito das alegações da EP, que:

- O facto de o VAL do esforço financeiro da concedente previsto no estudo de viabilidade ser superior ao que veio a consagrar-se (vide alínea bbb) do n.º 2), não invalida a conclusão de que houve uma efectiva e não consentida degradação das condições oferecidas pelo concorrente adjudicatário na fase final relativamente às inicialmente propostas;
- As declarações e determinações relativas ao eventual, ou provável, accionamento futuro da cláusula de refinanciamento da Subconcessão⁹⁴, podendo ser cautelares, são irrelevantes para a decisão, por não afastarem as violações de lei ocorridas, por corresponderem ao regime já consagrado no próprio contrato e por, ao contrário do que se invoca, não permitirem a reposição das condições de negociação. De facto, esse eventual refinanciamento resultará na partilha equitativa com a Subconcessionária de benefícios que supostamente compensarão custos agora incorridos, que, como vimos, foram, nesta fase, inteiramente assumidos pela Subconcedente.

7. DA FIXAÇÃO DO VALOR A PAGAR PELA AQUISIÇÃO DOS DOCUMENTOS CONCURSAIS

Como resulta da alínea fff) do n.º 2 deste Acórdão, a EP fixou como valor a pagar para fornecimento dos documentos concursais o montante de € 15 000,00.

Instada a justificar tal valor, a EP invocou a extensão do empreendimento e o volume e a pormenorização dos documentos técnicos patenteados a concurso⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. alíneas ccc) a eee) do probatório.

⁹⁵ Cfr. alínea ggg) do probatório.



Os n.ºs 2 e 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º59/99, 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**⁹⁶, cópias devidamente autenticadas dos elementos referidos nos n.ºs 2”.

A questão está, pois, em determinar o que deve ser entendido por *preço de custo*.

Como tem sido referido em variados Acórdãos da 1.ª Secção deste Tribunal⁹⁷, o preço das cópias a fornecer aos interessados em processos de concurso é, nos termos da norma em causa, apenas o preço de custo dessas cópias, não se incluindo nele factores exteriores à produção das cópias, designadamente o custo relativo à busca, preparação e elaboração dos documentos a copiar.

Assim, seguro é que o preço das citadas cópias apenas poderá integrar um somatório onde se incluem o custo dos materiais usados na sua produção, o custo da utilização dos equipamentos necessários a tal produção e, ainda, o custo do serviço prestado, sendo que tal preço não deve ultrapassar o valor médio praticado pelo mercado, relativamente a esse serviço.

Isto porque não pode deixar de atender-se ao disposto no artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto, que determinam 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” e que, mesmo na fixação das taxas a cobrar pelas reproduções e certidões, a Administração deve “ter em conta” o mesmo princípio.

Quanto à autenticação de fotocópias ou à passagem de certidões, a CADA⁹⁸ 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” e que “as taxas cobradas pela reprodução de documentos não podem ultrapassar significativa e injustificadamente, em violação do princípio da

⁹⁶ Negrito nosso

⁹⁷ Cfr., sobre esta matéria, designadamente, o Acórdão n.º12/09 – MAR.10 -1.ªS/PL.

⁹⁸ Cfr. Parecer da CADA n.º 125/2007, de 16 de Maio de 2007.



proporcionalidade, o custo dos materiais usados e do serviço prestado, sob pena de se inviabilizar, ou de dificultar, o direito de acesso”.

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.

Em conclusão:

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

Neste contexto, não pode deixar de se considerar surpreendente a argumentação produzida sobre a matéria pela EP (vide alínea ggg) do nº2), 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.

Não estando demonstrado que o valor fixado para a aquisição das peças concursais correspondeu, apenas, ao custo de reprodução e certificação das respectivas cópias, e, evidenciando o elevado valor fixado que essa correspondência foi ultrapassada, verifica-se, pois, a violação do disposto no nº 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

8. CONCLUSÕES

Conforme decorre do exposto, no procedimento em causa foram violadas as seguintes disposições legais e regulamentares:



Tribunal de Contas

- Artigo 6º, nº 1, alínea c), do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho;
- Artigo 6º, nº 1, alínea d), e nº 4, do mesmo Decreto-Lei;
- N.ºs 26.1.b) e 28 do Programa de Concurso;
- Artigo 100.º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março;
- Artigos 9.º, nº 2, 10º e 14.º, nº 1, do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho;
- Artigo 62.º, nº 4, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

Como se viu, tais violações respeitam no essencial a:

- Ausência dos estudos 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*);
- Não obtenção prévia ao lançamento da parceria de exigível Declaração de Impacte Ambiental, com posterior e ilegal alteração do objecto da Subconcessão e das propostas dos concorrentes admitidos à 2ª fase do concurso;
- Degradação das condições oferecidas à Subconcedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria EP estabeleceu no Programa de Concurso e violando princípios fundamentais da contratação pública;
- Fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais.

As violações de lei referidas, em especial as que se referem ao estudo prévio, à DIA e à negociação das propostas, provocaram, com forte probabilidade, a alteração do resultado financeiro do procedimento. Isto é, se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, é provável que tivessem sido obtidos resultados diferentes, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos.

Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC, quando aí se prevê, como fundamento para a recusa de visto, *“ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro.”*

Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz *“[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro”*



pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

E, como se viu, no presente processo, há fortíssimos indícios de tal ter acontecido.

Há pois fundamentos para recusa do visto.

A gravidade das referidas 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 forte probabilidade de por elas ter sido alterado o resultado financeiro do contrato, não permite o uso da faculdade concedida pelo n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

9. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do n.º 3 do artigo 5.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁹⁹

Lisboa, 23 de Novembro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

⁹⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril.



(João Figueiredo)

(António Santos Soares)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)