

**ACÓRDÃO N.º 12/2010 - 04.Mai.2010 - 1ª S/PL**

**(Processo n.º 946/2009)**

**DESCRITORES:** Aclaração de Acórdão / Competência dos Tribunais / Esclarecimento Suplementar / Função Jurisdicional / Indeferimento do Pedido

**SUMÁRIO:**

1. Qualquer das partes pode requerer, no tribunal que proferiu o acórdão, o esclarecimento de alguma obscuridade ou ambiguidade da decisão, ou dos seus fundamentos (cfr. art.º 669.º, n.º 1, al. a) do Código do Processo Civil).
2. Só existe obscuridade, quando o tribunal proferiu uma decisão cujo sentido exacto não pode alcançar-se, sendo que a ambiguidade só releva se vier a redundar em obscuridade, ou seja, se for tal que não seja possível alcançar o sentido a atribuir ao passo da decisão, que se diz ambíguo.
3. O requerimento de aclaração de uma decisão judicial não pode visar a clarificação de questões conceituais, porque a prestação de consulta jurídica não é da competência dos tribunais, a qual se circunscreve à resolução jurisdicional de conflitos de interesses.

**Conselheiro Relator:** António M. Santos Soares



## ACÓRDÃO N.º 12/2010 – 26.Mar-1.ª S/SS

Processo n.º 81/2010

### I. RELATÓRIO

A *Estradas de Portugal, S.A.* (doravante designada por EP ou por Subconcedente) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o *Contrato Reformado* de Subconcessão relativo à concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração dos lanços da via<sup>1</sup> designada por **Subconcessão do Douro Interior**, celebrado, em 15 de Março de 2010, entre aquela entidade e a *AENOR DOURO – Estradas do Douro Interior, S.A.* (doravante designada por AENOR ou subconcessionária)<sup>2</sup>.

Este Contrato Reformado introduziu alterações ao Contrato de Subconcessão registado neste Tribunal sob o n.º 1787/2008, ao qual foi recusado o visto pelo Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ª S/SS.

### II. 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 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,

---

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

<sup>2</sup> Nos termos da cláusula 2 do contrato de subconcessão, deste fazem parte integrante, constando como anexos, outros contratos e instrumentos contratuais, designadamente os contratos de projecto e construção, de operação e manutenção, de condução e realização dos processos expropriativos e de financiamento, bem como o Caso Base.



# Tribunal de Contas

---

construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária futura;

- b) Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 177/2007, de 22 de Novembro, publicada no *Diário da República*, 1.ª Série, de 10 de Dezembro de 2007, foi determinado que a EP lançasse, até ao final de 2007, concurso público internacional para a Concessão do Douro Interior, em regime de parceria público-privada;
- c) Para o efeito foi realizado concurso público internacional, cuja publicação ocorreu no *Jornal Oficial da União Europeia* em 27 de Novembro de 2007, no *Diário da República*, 2ª Série, n.º 231, de 30 de Novembro de 2007, no *Jornal de Notícias*, de 24 de Novembro de 2007 e no jornal *Nova Guarda*, de 28 de Novembro de 2007<sup>3</sup>;
- d) Por solicitação da EP, a KPMG – Consultores de Negócios, S.A. elaborou um Estudo de Viabilidade, datado de Novembro de 2007, e no qual se concluiu: “*O Projecto Douro Interior é deficitário, estando previstos pagamentos por disponibilidade e por serviço a efectuar pela EP, cujo VAL a 1 de Janeiro de 2009 ascende a €798,0 milhões; (...) Importa referir sobre a capacidade da EP suportar os encargos com esta e demais subconcessões, tendo em especial atenção o novo enquadramento institucional da EP e suas consequências no rating implícito da Empresa*”;
- e) Foram ainda apresentados pela mesma consultora, a solicitação da EP, após apresentação da BAFO<sup>4</sup> pelos concorrentes, os seguintes estudos, todos datados de Novembro de 2008: “Estudo Económico a 75 anos com Actualização após Adjudicação”, “Estudo de Impacto Económico Global” e “Estudo Económico no Âmbito da Concessão EP”;
- f) Ao presente processo foi agora junto um denominado “*Estudo Comparativo Sector Público - Douro Interior*”<sup>5</sup>. Este Estudo conclui no sentido de que:
  - O VAL<sup>6</sup> dos custos totais para a EP directamente associados ao desenvolvimento do Projecto numa óptica de contratação tradicional (o

---

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

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

<sup>5</sup> Vide fls. 15 e seguintes dos autos.

<sup>6</sup> VAL: Valor Actualizado Líquido a 1 de Janeiro de 2009.



qual traduz o comparador do sector público: CSP) ascende a 1.235.306 milhares €;

- O VAL do esforço financeiro líquido para a EP num cenário de Parceria Público Privada (PPP), tal como estimado no Estudo de Viabilidade desenvolvido antes do lançamento do concurso da Subconcessão, era de 797.357 milhares €;
- O valor do CSP é superior ao VAL estimado dos pagamentos que a EP suportaria num cenário de PPP em 437.949 milhares €;
- “ (...) parece justificado que numa óptica de análise de Value for Money, uma solução PPP poderá encerrar ganhos de eficiência face a uma solução de contratação tradicional, como a simulada no presente documento.”

g) Questionada para esclarecer a autoria, datação e circunstâncias em que este estudo foi elaborado, a EP veio referir<sup>7</sup> que o estudo é da autoria da EP e que foi elaborado em Novembro de 2009, “com base nos mesmos elementos que constam do estudo de viabilidade económico-financeira, que precederam o lançamento da parceria”, visando “dar resposta às objecções levantadas por esse Venerando Tribunal no douto Acórdão de recusa de visto n.º 160/09-1.ª S/SS”;

h) Nos termos do nº 1 do Programa de Concurso e do nº 6.1 do Anexo I do Caderno de Encargos, a Subconcessão, designada por Douro Interior, tem como objecto a concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração, sem cobrança de portagens aos utentes, dos lanços de via seguintes:

- i. IP2-Valebenfeito/Junqueira, com cerca de 28 km
- ii. IP2-Junqueira/Pocinho, com cerca de 18 km<sup>8</sup>
- iii. IP2-Pocinho/Longroiva, com cerca de 18 km
- iv. IP2-Longroiva/Trancoso com cerca de 23 km
- v. IP2-Trancoso/Celorico da Beira com cerca de 28 km
- vi. IC5-Murça (IP4) /Nó de Pombal com cerca de 23 km
- vii. IC5-Nó de Pombal/Nozelos (IP2), com cerca de 25 km
- viii. IC5-Nozelos (IP2) /Miranda do Douro (2 Igrejas), com cerca de 81 km.

---

<sup>7</sup> Cfr. Ofício n.º CA/0275, EP-SAI/2010/11066, de 26 de Fevereiro de 2010, a fls. 61 do processo.

<sup>8</sup> Este lanço veio a ser retirado, como se refere nas alíneas seguintes, não estando incluído no contrato celebrado. Vide cláusula 6.ª do contrato.



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

Mais integram a Subconcessão, para além da auto-estrada, o itinerário principal e complementar e conjuntos viários associados que integram os lanços objecto da subconcessão<sup>9</sup>, as áreas de serviço e repouso, centros de assistência, manutenção e outros serviços de apoio e todas as obras, máquinas, aparelhagens, acessórios afectos, por alguma forma, à Subconcessão;

i) Nos pontos 3.4. e 3.5. do Programa de Concurso estabeleceu-se:

*“3.4. O Estado reserva-se o direito de reduzir o objecto da subconcessão, dele excluindo o lanço identificado na alínea b) do n.º 1<sup>10</sup>, 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 consideravelmente os custos da respectiva construção.*

*3.5. O Estado comunicará aos dois concorrentes escolhidos para a fase de negociações, logo que se encontre disponível, a Declaração de Impacte Ambiental do lanço 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.<sup>a</sup> fase do concurso, foi comunicada aos dois concorrentes admitidos a essa fase a retirada do lanço IP2-Junqueira/Pocinho do objecto da Subconcessão, por não ter sido emitida declaração de impacte ambiental favorável<sup>11</sup>;

k) No âmbito do processo n.º 1787/08 e também no âmbito do presente processo, foi questionado de que forma é que a supressão do lanço IP2-

---

<sup>9</sup> Com excepção do lanço referido nas alíneas seguintes. Vide cláusulas 9.<sup>a</sup> e 10.<sup>a</sup> do contrato.

<sup>10</sup> IP2-Junqueira/Pocinho.

<sup>11</sup> Vide acta n.º 5 da fase de negociações, a fls. 166 do processo n.º 1787/08. Vide igualmente, no mesmo processo, os officios da EP n.ºs 2418 (resposta à terceira questão formulada) e 2978 (alínea a) na pág. 7), de 1 de Abril de 2009 e de 24 de Abril de 2009, respectivamente. O troço em causa tinha, na proposta inicial apresentada, um valor de 99.671ME



Junqueira/Pocinho do objecto da Subconcessão havia sido reflectida nos custos do investimento e no esforço financeiro do concedente.

A este respeito refere-se no ofício n.º CA/0275, EP-SAI/2010/11066, de 26 de Fevereiro de 2010<sup>12</sup>:

*“As alterações ao objecto da concessão foram tidas em conta não só nos custos de construção, operação e manutenção mas também no esforço financeiro da EP.*

*De acordo com o ponto 28.1 do Programa de Concurso, “a fase de negociações visa atingir uma melhoria das propostas seleccionadas (...)”, e na verdade, foi isso que se verificou, ou seja foi possível obter na fase das negociações do procedimento concursal várias melhorias da proposta (...).*

*No traçado em causa, podem citar-se, entre outras, as melhorias relativas à introdução de escapatórias de segurança e melhoria do traçado em planta e perfil longitudinal na zona do Nó de Bornes. Foi também reforçado o dimensionamento do Túnel de Bornes e reforçadas as peças relativas a restabelecimentos municipais, nomeadamente com a consideração de iluminação e reposição de serviços afectados em maior número.*

*Adicionalmente, a economia do valor pela retirada do lanço Junqueira-Pocinho nunca poderia ser integral, uma vez que a barreira física da existência do Rio Douro provocará aumentos de custos na circulação dos veículos de obra, aumentando as distâncias de transporte de materiais e a duplicação de meios materiais e humanos, provocando também gastos na sinalização e reparação de vias danificadas fora da zona de obra, por via dessa circulação adicional. Por outro lado, tornou-se indispensável prever a construção de duas novas ligações dos lanços interrompidos à rede viária envolvente, para garantir a continuidade do itinerário.*

*Acresce ainda que os custos fixos de uma empreitada, situados entre 11 e 15% são diluídos pelo volume total de obras. Retirando-se um lanço, o custo fixo associado a uma empreitada desta ordem de grandeza é assim diluído pelos lanços restantes, aumentando o seu valor original.*

*Ora, a obtenção destas melhorias das condições técnicas da proposta, bem como os sobrecustos acima referidos, encareceram a mesma, tendo o conjunto dos impactes resultado num benefício de redução do custo de construção do traçado do IP2 de 27 M€ (...).*

---

<sup>12</sup> Cfr. fls. 65 e seguintes dos autos.



*Também o esforço de operação e manutenção obrigará à duplicação de meios de assistência, para o período de 30 anos, pelo facto da concessão não ter continuidade, o que teve como consequência o aumento dos custos de operação e manutenção do IP2 em 15 M€ (...).*

*Adicionalmente e, uma vez que o lanço que foi retirado provoca uma descontinuidade do traçado com aumentos do tempo de percurso, introduzindo no itinerário uma menor atractividade que se reflecte na redução de tráfego esperado, as receitas de serviço diminuíram, com consequentes reduções nos pagamentos na componente de serviço. Assim, a subconcessionária, para manter o mesmo volume de receitas substituiu as receitas de serviço por pagamentos de disponibilidade, reflectindo-se no esforço financeiro da EP em 17 M€, o qual concorre para o critério A1, mas desceu, no mesmo montante, os pagamentos de serviço.*

*Em conclusão, o benefício da retirada do objecto de concessão do lanço do IP2-Junqueira/Pocinho está contemplado no VAL do esforço financeiro da EP, sendo no entanto compensado pelo aumento dos custos resultantes das melhorias na construção, na operação e manutenção e pela substituição das receitas de serviço por pagamentos de disponibilidade.*

*Assim, e em consequência da retirada do referido lanço, tornou-se necessário prever obras de substituição, para além das melhorias técnicas conseguidas no restante lanço do IP2, o que acarretou um acréscimo de custos.*

*Mesmo assim, foram conseguidas condições que globalmente são mais benéficas para o interesse público, como está demonstrado na classificação global (...).*

*Refere-se ainda que a retirada do lanço Junqueira-Pocinho, aliás prevista no Programa de Concurso, foi feita em fase de concorrência, tendo o outro concorrente apresentado uma proposta claramente pior.”*

- D) Como se referiu na alínea ff) do probatório do Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ª S/SS, a Comissão de Análise das Propostas referiu, na página 97 do relatório final da 2.ª fase do concurso, a propósito da supressão do lanço em causa e das suas consequências nos custos de construção: “(...) estranhamente, o custo de construção no IP2 sofre um acréscimo de 73 070 367 € (...);”



- m) A este respeito refere a AENOR, nas alegações do recurso que interpôs neste Tribunal do Acórdão mencionado<sup>13</sup>:

*“O que se terá de comparar, quando se analisar a proposta da co-contratante apresentada na 1.ª fase (com o lanço Junqueira-Pocinho) e a proposta BAFO (sem o lanço Junqueira-Pocinho) é apenas o que puder ser comparado, sem esquecer que o valor global da proposta (nas suas parcelas) pode aumentar ou diminuir também por virtude de outros factores decorrentes das exigências apresentadas pela CAP, no sentido de prever, por exemplo, a implantação de escapatórias adicionais, de redução de inclinação de trainel, de introdução de vias de lentos, de aumento de curvas de concordância convexas...*

*(...) no seguimento das negociações foram acomodadas inúmeras alterações (onerosas) solicitadas pela CAP.*

*(...) importa não olvidar (...) o facto muito relevante de a fase de negociações servir também para os concorrentes reverem as suas propostas para darem sequência às exigências da CAP, desde logo na parte técnica, mas também na parte jurídica e financeira (...).*

*(...) o valor da construção do IP2 passou de € 427.158.107 da 1.ª fase para €347.093.518 na BAFO, sendo que esta poupança de €80.064.589 podia ainda ter sido maior no caso de a CAP não ter solicitado um conjunto alargado de alterações técnicas à referida proposta, com os custos daí advenientes.*

*(...) é forçoso concluir-se que a retirada do lanço Pocinho-Junqueira (mesmo a considerar-se ilegal a inclusão e posterior retirada de um lanço num concurso) não teve quaisquer repercussões financeiras no contrato (...).”*

- n) Na mesma matéria refere-se nas alegações apresentadas pela EP no recurso por ela interposto do mesmo Acórdão<sup>14</sup>:

*“ (...) a exclusão daquele lanço não determinou qualquer agravamento do resultado financeiro, pois esse resultado é o mesmo que se verificaria se o lanço em causa não tivesse sido incluído logo no lançamento do concurso, sendo que, essa opção, de não integração daquele lanço logo no lançamento do concurso, não seria sindicável pelo Tribunal de Contas”*

---

<sup>13</sup> Cfr. cópia das alegações a fls. 416 e seguintes dos autos.

<sup>14</sup> Cfr. cópia das alegações a fls. 167 e seguintes dos autos.



*(...) Convém ainda ter presente que os cálculos feitos pela CAP têm um erro manifesto de conta. Na verdade, a supressão do lanço relativamente ao qual não foi emitida a DIA consistiu na diminuição dos custos de construção do IP2 em 27 milhões de euros”;*

- o)** A Subconcessionária receberá da Subconcedente uma remuneração anual, a partir do 6.º ano a contar do início de vigência do contrato de Subconcessão, nos termos do Case Base anexo ao Contrato e das cláusulas 6ª.3., 67.ª, 73.ª e 74.ª 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 encontrarem 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;

- p)** Nos termos do Programa de Concurso, o procedimento de selecção decorreu em duas fases<sup>15</sup>:

- Uma *1.ª fase de qualificação e avaliação de propostas*, finda com um relatório, 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 negociações;
- Uma *2.ª fase de negociações*, visando melhorar as duas propostas seleccionadas e escolher a Subconcessionária;

- q)** 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, deveria ser realizada de acordo com o critério de

---

<sup>15</sup> Cfr., designadamente, os n.ºs 25.1, 27 e 28 do Programa de Concurso.



adjudicação, e respectivos factores de ponderação, fixado no n.º 25 do Programa de Concurso, o qual era composto da seguinte forma:

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

r) O critério A.i. foi definido nos seguintes termos:

*“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.”*



s) O critério C.iii foi descrito da seguinte forma:

*“Análise do nível de risco incorrido pelo concedente na execução do contrato de Subconcessão - 70%.*

*É realizada uma análise dos quadros contratuais propostos pelos concorrentes para determinar os graus de risco incorridos pelo concedente durante a respectiva execução, nomeadamente ao nível das situações de reequilíbrio financeiro e dos critérios para a sua reposição.”*

t) Estabeleceu-se no n.º 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.*

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

u) 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.”*

v) A Comissão de Análise das Propostas aprovou uma “Metodologia de Avaliação das Propostas” sobre a qual refere<sup>16</sup>:

*“A Comissão” adoptou “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*

---

<sup>16</sup> Vide página 6 do Relatório de Apreciação das Propostas-2.ª fase.



# Tribunal de Contas

*intervalos de referência qualitativa que de seguida se apresentam, os quais pretendem reflectir os níveis de satisfação que as propostas alcançam face às expectativas das Estradas de Portugal 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.*

*(...)*”

- w) Apresentaram propostas seis concorrentes, numerados de 1 a 6 no procedimento e respectiva documentação constante dos autos;
- x) A 1.<sup>a</sup> fase do concurso culminou com a selecção para a fase de negociações das propostas dos concorrentes n.ºs 5 (*AUTO-ESTRADA XXI*) e 6 (*AENOR-Douro Interior*);
- y) O quadro seguinte compara as pontuações obtidas pelas duas propostas seleccionadas para a fase de negociações, na 1.<sup>a</sup> e na 2.<sup>a</sup> fase do concurso, em cada factor/subfactor de análise:

	Ponderação do factor	Concorrente 5		Concorrente 6 (Subconcessionário)	
		1ª Fase	BAFO	1ª Fase	BAFO
<b>A - Critérios de Natureza Financeira</b>	<b>50%</b>				
<b>Ai. Valor Actualizado Líquido do Esforço Financeiro do Concedente</b>	85%	11,4	4,8	12,9	11,4
Aii Equilíbrio Económico Financeiro	6%	11,5	13	12,5	12,5
Aiii Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	6%	8	7,5	12,5	13,5
Aiv Meios e Condições dos Financiamentos	3%	10,5	12,5	11	12
<b>B - Critérios de Natureza Técnica</b>	<b>40%</b>				
Bi Qualidade Técnica da Proposta	60%	9	12	12	12
Bii Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção	20%	12,3	12	14,3	13,5
Biii Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança qto ao sistema de Assistência aos utentes e gestão de incidentes incluindo sistema de controlo e gestão de tráfego	10%	12,9	12	12,2	13
Biv Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço	10%	10	12	12	9
<b>C - Critérios de Natureza Jurídica</b>	<b>10%</b>				
Cj) Análise da Estrutura Contratual	15%	12	5,9	12	14
Cjii Transferência do Risco	15%	14	5,9	14	14
Cjiii Risco do Concedente na Execução do Contrato	70%	12	5,9	12	14



# Tribunal de Contas

de Concessão					
<b>Classificação Final</b>		<b>11,38</b>	<b>8,008</b>	<b>12,34</b>	<b>11,64</b>

- z) Como se vê do quadro, ambos os concorrentes obtiveram na fase de negociações pontuações inferiores àquelas que tinham obtido na 1ª fase do concurso, quer no subfactor A.i. quer na classificação final;
- aa) Para a pontuação do factor A.i. concorreram os montantes propostos pelos concorrentes para a remuneração anual por disponibilidade a pagar pela EP (deduzidos dos pagamentos feitos pela Subconcessionária), cujo VAL era o seguinte:

	Concorrente 5		Concorrente 6 (Subconcessionário)	
	1ª Fase	BAFO	1ª Fase	BAFO
<b>Ai. Valor Actualizado Líquido do Esforço Financeiro do Concedente (em milhões de euros)</b>	756,00	1023,63	696,57	757,33

- bb) A EP foi questionada, no âmbito do processo n.º 1787/2008, sobre as razões que a levaram a aceitar a diminuição, na fase de negociações, das pontuações relativas ao subcritério A.i. correspondentes ao aumento do esforço líquido do Concedente verificado em ambas as propostas, em oposição ao disposto no n.º 28 do Programa de Concurso.



A empresa invocou, então<sup>17</sup>, a significativa degradação do clima económico e financeiro verificada entre a 1.ª e a 2.ª fase do procedimento, “*decorrente da gravíssima e por todos sobejamente conhecida crise financeira global com repercussões directas nos termos e condições de financiamento propostos pelas entidades financiadoras para a subconcessão do Douro Interior*”.

No caso, alegou a EP a consequente diminuição do *ratio* de endividamento, a redução dos prazos de financiamento, o aumento dos custos financeiros, margens e comissões, a limitação da maturidade das facilidades de crédito, a redução dos bancos disponíveis para participar no programa e a decisão, entretanto tomada, de não participação do *BEI*<sup>18</sup> na estrutura de financiamento apresentada na fase de negociações.

Desses factores decorria o aumento do desembolso de fundos próprios accionistas e o acréscimo de encargos financeiros, que, conjugados com o decréscimo das estimativas dos pagamentos por serviço, conduziam, na fase de negociações, a uma redução da *TIR*<sup>19</sup> accionista.

Como então se referiu, “*os pagamentos por disponibilidade foram aumentados em conformidade, tendo-se mantido a mesma TIR accionista da 1.ª fase*”.

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

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

*Na perspectiva da EP, esta norma é aplicável à fase pré-contratual”;*

---

<sup>17</sup> Cfr. probatório constante do Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ª S/SS.

<sup>18</sup> Banco Europeu de Investimentos.

<sup>19</sup> Taxa Interna de Rentabilidade.



## Tribunal de Contas

---

- cc) O procedimento culminou com a adjudicação à proposta do concorrente n.º 6 (*AENOR-Douro Interior*), que se constituiu em sociedade anónima, com a qual foi celebrado, em 25 de Novembro de 2008, o contrato de Subconcessão;
- dd) A esse contrato foi recusado o visto em 2 de Novembro de 2009, através do Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ª S/SS, tendo a recusa de visto sido fundamentada, além do mais, na forma como a degradação das condições oferecidas na fase final de negociações violou o disposto no n.º 28 do Programa de Concurso, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e nos artigos 9.º, n.º 2, 10.º e 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho;
- ee) Na sequência daquela recusa de visto e das devoluções determinadas no âmbito do presente processo, a EP assegurou<sup>20</sup>:
- “a) *Reforma do procedimento concursal, ou seja:*
- i) *Fase de negociação reformada;*
  - ii) *Propostas finais reformadas dos dois concorrentes finalistas;*
  - iii) *Relatório preliminar de avaliação das propostas finais reformadas;*
  - iv) *Audiência prévia dos dois concorrentes finalistas;*
  - v) *Relatório final de avaliação das propostas finais reformadas; e, no final deste procedimento, obtenção de um*
- b) *Contrato de Subconcessão Reformado, com respeito da letra do n.º 28 do programa de concurso.*”
- ff) Em 10 de Março de 2010, a Comissão de Análise das Propostas reuniu com os dois concorrentes seleccionados para a fase de negociações, tendo-lhes indicado que era sua intenção dar aos concorrentes oportunidade de apresentar nova proposta final, no âmbito da reforma do procedimento e do contrato<sup>21</sup>;
- gg) Foi fixada data para a apresentação das propostas finais reformadas, estabelecendo-se que “*Nas situações em que, no todo ou em parte, a proposta do Agrupamento for idêntica à proposta entregue na BAFO, o Agrupamento poderá remeter, no todo ou em parte, para a documentação entregue com essa proposta (cfr. número 13.13 do programa do concurso,*

---

<sup>20</sup> Cfr. ofício n.º 376, DC-1767, de 17 de Março de 2010, a fls. 110 e seguintes.

<sup>21</sup> Cfr. Actas a fls. 81 e seguintes.



# Tribunal de Contas

*aplicável por analogia, justificando-se esta permissão ainda ao abrigo do princípio da economia processual e do princípio da proporcionalidade”<sup>22</sup>;*

- hh)** O concorrente n.º 5 (*Agrupamento AUTO-ESTRADAS XXI*) apresentou declaração, datada de 12 de Março de 2010, no sentido de que mantinha integralmente a proposta BAFO anteriormente apresentada, para a qual remeteu, dando-a por integralmente reproduzida<sup>23</sup>;
- ii)** O concorrente n.º 6 (*AENOR-Douro Interior*) apresentou uma proposta final reformada, com alteração da minuta do Contrato de Subconcessão e do respectivo Anexo V (Caso Base);
- jj)** Em 15 de Março de 2010, a Comissão de Análise das Propostas emitiu o seu “*Relatório Final de Avaliação das Propostas Finais Reformadas-2.ª Fase Reformada*”<sup>24</sup>, procedendo à avaliação das propostas finais à luz do critério de adjudicação;
- kk)** A avaliação final das propostas reformadas está incluída no quadro seguinte:

	Ponderação do factor	Concorrente 5			Concorrente 6 (Subconcessionário)		
		1ª Fase	2.ª Fase BAFO	Proposta final reformada	1ª Fase	2.ª Fase BAFO	Proposta final reformada
<b>A - Critérios de Natureza Financeira</b>	<b>50%</b>						
<b>Ai. Valor Actualizado Líquido do Esforço Financeiro do Concedente</b>	85%	11,4	4,8	4,8	12,9	11,4	12,9
Aii Equilíbrio Económico Financeiro	6%	11,5	13,0	13,0	12,5	12,5	12,5
Aiii Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	6%	8,0	7,5	7,5	12,5	13,5	13,5
Aiv Meios e Condições dos Financiamentos	3%	10,5	12,5	12,5	11,0	12,0	12,0
<b>B - Critérios de Natureza Técnica</b>	<b>40%</b>						
Bi Qualidade Técnica da Proposta	60%	9,0	12,0	12,0	12,0	12,0	12,0
Bii Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção	20%	12,3	12,0	12,0	14,3	13,5	13,5
Biii Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança qto ao sistema de Assistência aos utentes e gestão de incidentes incluindo sistema de controlo e gestão de tráfego	10%	12,9	12,0	12,0	12,2	13,0	13,0
Biv Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço	10%	10,0	12,0	12,0	12,0	9,0	9,0

<sup>22</sup> Cfr. fls. 87.

<sup>23</sup> Vide declaração a fls. 90.

<sup>24</sup> Cfr. Relatório a fls. 105 e seguintes.



C - Critérios de Natureza Jurídica	10%						
Ci Análise da Estrutura Contratual	15%	12,0	5,9	5,9	12,0	14,0	14,0
Cii Transferência do Risco	15%	14,0	5,9	5,9	14,0	14,0	14,0
Ciii Risco do Concedente na Execução do Contrato de Concessão	70%	12,0	5,9	5,9	12,0	14,0	14,5
<b>Classificação Final</b>		<b>11,38</b>	<b>8,008</b>	<b>8,2<sup>25</sup></b>	<b>12,34</b>	<b>11,64</b>	<b>12,7</b>

II) Para a pontuação do factor A.i. concorreram os montantes propostos pelos concorrentes para a remuneração por disponibilidade a pagar pela EP, cujo VAL se apresentou da seguinte forma:

	Concorrente 5			Concorrente 6 (Subconcessionário)		
	1ª Fase	2.ª Fase- BAFO	Proposta final reformada	1ª Fase	2.ª Fase- BAFO	Proposta final reformada
Ai. Valor Actualizado Líquido do Esforço Financeiro do Concedente (em milhões de euros)	756,00	1023,63	1023,63	696,57	757,33	696,57

mm) O concorrente n.º 5 não alterou a sua BAFO, apresentada na 2.ª fase do concurso, pelo que a sua proposta final obteve as mesmas pontuações;

nn) O concorrente n.º 6, na sua proposta final reformada<sup>26</sup>, apresentou novos valores para a remuneração por disponibilidade a pagar pela EP, que, implicando um pagamento nominal<sup>27</sup> total de € 1.711.570.000,00<sup>28</sup>, representam um VAL de € 696.566.390,00, ligeiramente inferior ao VAL dos montantes por ele propostos na 1.ª fase (€ 696.572.440,00);

oo) Assim, na avaliação final das propostas reformadas, e no factor A.i, foi atribuída ao concorrente n.º 6 pontuação igual à que lhe tinha sido atribuída na 1.ª fase do concurso;

pp) Por outro lado, a proposta reformada contemplou alterações nas cláusulas 86.ª e 87.ª da minuta do contrato de Subconcessão. Essas alterações foram do seguinte teor:

<sup>25</sup> Há diferença na classificação final, que se deve à circunstância de haver um erro no cálculo efectuado na 2.ª fase.

<sup>26</sup> Vide novo Caso Base e páginas 35 a 38 do Relatório Final de Avaliação das Propostas Finais Reformadas.

<sup>27</sup> A preços correntes e líquido de IVA.

<sup>28</sup> O pagamento nominal proposto pelo mesmo concorrente na 1.ª fase havia sido de € 2.286.102.000,00 (a que se deduzia um pagamento pela Subconcessionária à EP de € 200.000.000,00) e o proposto na 2.ª fase foi de € 1.944.169.000,00.



## **86.Reposição do Equilíbrio Financeiro e Compensações ao Concedente**

(...)

86.13. O Concedente é compensado, nos termos do número seguinte, **no caso de haver lugar**<sup>29</sup> a uma reposição do equilíbrio financeiro da Subconcessão, subsequente à assinatura do contrato, por motivo de alteração das circunstâncias resultantes do agravamento anormal das condições dos mercados financeiros.

86.14. O impacto favorável que decorra das reposições do equilíbrio financeiro pelas causas referidas no número anterior, é integralmente atribuído ao Concedente, até que se atinjam as condições fixadas no contrato antes dessa primeira reposição, momento a partir do qual se passa a aplicar o disposto no número 86.03.

86.15. Para efeitos do número anterior, aplicam-se, com as devidas adaptações, os números 86.03 e 86.05 a 86.07.

## **87.Refinanciamento da Subconcessão e Partilha de Benefícios**

(...)

87.03. Os impactos favoráveis que decorram da concretização do Refinanciamento da Subconcessão serão partilhados, em partes iguais entre a Subconcessionária e o Concedente, excepto na situação prevista no número 87.16.

(...)

87.16. Contrariamente ao disposto nos números anteriores, o Concedente é o único beneficiário dos impactos favoráveis de um Refinanciamento da Subconcessão, nos termos do número seguinte, **no caso de haver lugar**<sup>30</sup> a uma reposição do equilíbrio económico-financeiro da Subconcessão subsequente à assinatura do contrato, por motivos de alteração das circunstâncias derivada do agravamento anormal das condições vigentes nos mercados financeiros.

87.17. O impacto favorável que decorra dos Refinanciamentos da Subconcessão subsequentes à reposição do equilíbrio económico-financeiro da Subconcessão pelas causas referidas no número anterior, é integralmente atribuído ao Concedente, até que se atinjam as condições fixadas no contrato, antes dessa reposição, momento a partir do qual se passa a aplicar o disposto no número 87.03.

---

<sup>29</sup> Negrito nosso.

<sup>30</sup> Negrito nosso.



## Tribunal de Contas

---

*87.18. Para efeitos do número anterior, aplicam-se, com as devidas adaptações, os números 87.04 a 87.10 e 87.15.”*

- qq)** Nos termos do caderno de encargos e do contrato, a Subconcessionária assume, com a celebração do contrato, todos os riscos inerentes à Subconcessão, a não ser nos casos expressamente previstos no contrato e que conferem à mesma o direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, nos termos da cláusula 86.<sup>a</sup>;
- rr)** As alterações propostas às cláusulas 86.<sup>a</sup> e 87.<sup>a</sup> foram ponderadas no âmbito do factor C.iii (*Análise do nível de risco incorrido pelo Concedente na execução do contrato de Subconcessão*), cuja descrição consta da supra alínea s);
- ss)** No que concerne, em concreto, às alterações propostas, consta do Relatório Final de Avaliação das Propostas Finais Reformadas<sup>31</sup>:
- “ (...) Em relação ao nível de risco incorrido pela EP - Estradas de Portugal, S.A., na execução do Contrato de Subconcessão, nomeadamente ao nível das situações de reequilíbrio e dos critérios para a sua reposição, verifica-se que os dois concorrentes optaram por não fazer qualquer proposta de alteração no sentido de atenuar os riscos que, nos termos da minuta do Contrato de Subconcessão, são da responsabilidade e gestão da EP – Estradas de Portugal, S.A.*
- Porém, o concorrente n.º 6 optou por prever na minuta do Contrato de Subconcessão o direito que para os particulares contratantes com a Administração decorre da cláusula geral prevista no artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (aplicável por força da remissão do número 34 do programa do concurso).*
- Acresce que o concorrente n.º 6 optou também por alterar a cláusula 87.<sup>a</sup> do Contrato de Subconcessão em termos mais favoráveis para a EP – Estradas de Portugal, S.A., já que, em determinadas condições, a EP passa a partilhar integralmente os benefícios decorrentes de um ou mais refinanciamentos.”*
- tt)** Com este fundamento, a pontuação atribuída pela Comissão de Análise de Propostas no factor C.iii à proposta reformada do concorrente n.º 6 passou de 14 para 14,5;

---

<sup>31</sup> Vide a respectiva página 111.



## Tribunal de Contas

---

- uu)** A avaliação final da proposta do concorrente n.º 6 foi de 12,7, quando havia sido de 12,34 na 1.ª fase;
- vv)** Em 15 de Março de 2010, o Conselho de Administração da EP aprovou o relatório final de avaliação das propostas finais reformadas, que apresentava a proposta do concorrente n.º 6 como a mais vantajosa, e procedeu à adjudicação à proposta final reformada apresentada por esse concorrente<sup>32</sup>;
- ww)** Em 15 de Março de 2010, foi assinado com a AENOR o denominado *Contrato Reformado*, ora submetido a visto, o qual:
- Consagra as alterações às cláusulas 86.ª e 87.ª referidas na supra alínea pp);
  - Assume as alterações efectuadas ao Caso Base pela proposta agora adjudicatária<sup>33</sup>;
  - Refere, na sua cláusula segunda: “*As Partes expressamente declaram que o caso base em anexo ao presente Aditamento corresponde às circunstâncias em que as Partes fundaram a decisão de contratar, e foi elaborado nos termos da situação dos mercados financeiros tal como os mesmos se apresentavam à data de apresentação da proposta na 1.ª fase*”;
  - Mantém o teor não alterado do Contrato de Subconcessão anteriormente celebrado;
  - Reproduz integralmente, em Anexo, o Contrato de Subconcessão Reformado, com as alterações introduzidas nos respectivos lugares;
- xx)** Para fornecimento dos documentos relativos ao procedimento a Subconcedente fixou um preço de 30.000 €;
- yy)** Questionada sobre os fundamentos subjacentes à fixação daquele valor, a EP alegou o seguinte<sup>34</sup>:

*“ A fixação do valor das peças processuais teve por base a extensão do empreendimento – 255 km – e a fase dos estudos patenteados. Neste último aspecto teve peso considerável o facto dos projectos patenteados de 5 dos lanços se encontrarem já em fase avançada de Geometria de*

---

<sup>32</sup> Vide deliberação do Conselho de Administração, a fls. 104.

<sup>33</sup> Do qual constam os novos valores dos Pagamentos por Disponibilidade.

<sup>34</sup> Vide ofício da EP n.º 2978, de 24 de Abril de 2009, no processo n.º 1787/08.



# Tribunal de Contas

---

*Traçado, com algumas peças do Projecto de Execução, Programa Base de Processos de Expropriação e Relatórios Preliminares de RECAPE”.*

- zz)** De acordo com as cláusulas 13.<sup>a</sup> e 91.<sup>a</sup> do Contrato de Subconcessão, o mesmo entrou em vigor às 24h00 do dia da sua assinatura, sendo o prazo da Subconcessão de trinta anos a contar dessa data;
- aaa)** O Contrato de Subconcessão foi inicialmente celebrado em 25 de Novembro de 2008;
- bbb)** Esse contrato foi submetido a visto deste Tribunal em 23 de Dezembro de 2008, tendo sido registado sob o n.º 1787/08;
- ccc)** Ao referido contrato foi recusado o visto em 2 de Novembro de 2009, pelo já referido Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.<sup>a</sup> S/SS;
- ddd)** Do referido Acórdão foi interposto recurso, cuja instância se encontra suspensa<sup>35</sup>;
- eee)** Refere-se no ofício n.º CA/0275, EP-SAI/2010/11066, de 26 de Fevereiro de 2010<sup>36</sup>:  
*“ (...) a Estradas de Portugal, SA, não tem conhecimento da interposição, até à data de hoje, de nenhuma acção de impugnação dos actos praticados, quer no procedimento de concurso e adjudicação, quer no procedimento de reforma agora efectuado”;*
- fff)** Do ofício da EP n.º 396/0147, 3633 de 22 de Janeiro de 2010<sup>37</sup> consta o seguinte:  
*“A EP reitera, ainda, que respeitará, como é seu dever, toda e qualquer recomendação que eventualmente venha ainda a ser emitida, caso entenda esse Venerando Tribunal justificar-se o uso da faculdade da concessão de visto com recomendações (...)”.*

---

<sup>35</sup> Cfr. fls. 1041 e seguintes dos autos.

<sup>36</sup> Vide fls. 67 dos autos.

<sup>37</sup> Cfr. fls. 3 do processo.



# Tribunal de Contas

---



## III. FUNDAMENTAÇÃO

### 1. Dos requisitos prévios ao lançamento do procedimento para a constituição da parceria público-privada

#### 1.1. Comparador público

Conforme foi referido no Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ª S/SS, a alínea c) do n.º1 do artigo 6.º do Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril<sup>38</sup> (doravante designado por RJPPP), refere que:

*“ (...) [o] lançamento e a contratação da parceria público-privada **pressupõem**<sup>39</sup> (...) [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 artigo 19.º da lei do enquadramento orçamental (...)”.*

Na mesma linha, a alínea d) do n.º 7 do artigo 8.º do mesmo diploma refere-se à demonstração da *“inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira”*<sup>40</sup>.

Refira-se, neste âmbito, também a necessidade de uma 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”.*

O Acórdão referido, para o qual nesta parte se remete, considerou que a exigência de que o lançamento de uma parceria público-privada seja *antecedido* de um estudo de comparador público, que responda àquelas finalidades previstas na lei:

- É uma exigência material que decorre do cumprimento do dever de boa administração;

---

<sup>38</sup> Na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º141/2006, de 27 de Julho.

<sup>39</sup> Negrito nosso.

<sup>40</sup> 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”.*



## Tribunal de Contas

---

- É aplicável às parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob forma societária, nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 2.º do RJPPP;
- Era aplicável ao caso em apreço, mesmo que se considere que a decisão de optar por uma parceria público-privada foi uma decisão governativa imposta à EP.

Mais considerou aquele Acórdão que ocorreu violação do referido artigo 6.º, n.º 1, alínea c) do RJPPP, uma vez que o único estudo anterior ao lançamento do procedimento não abordou a matéria em causa.

Concluiu o aresto a que nos vimos referindo que, não tendo sido dado atempado cumprimento à exigência legal referida, ficou-se sem meios de saber – como a lei preconiza – se a constituição da parceria público-privada que o contrato concretiza seria a solução mais adequada.

Como se aponta nas alíneas f) e g) do probatório constante do ponto anterior, foi agora junto ao processo um estudo que conclui pelas vantagens da solução de parceria público-privada por comparação com uma solução de desenvolvimento do projecto numa óptica de contratação tradicional.

Esta análise, na parte relativa à estimativa dos custos do Projecto numa perspectiva de contratação tradicional, baseou-se num cenário de desenvolvimento e implementação do projecto pela própria EP, construído a partir do histórico da EP em projectos comparáveis e de um modelo de projecções económico-financeiras assente em pressupostos resultantes da experiência e *know how* da empresa<sup>41</sup>.

Por seu turno, na parte relativa à solução em regime de parceria público-privada foram utilizados os valores constantes do Estudo de Viabilidade referido na alínea d) da matéria de facto constante do ponto II, coevo do lançamento da parceria.

Embora relativo à matéria em questão, o estudo agora remetido centra-se na comparação dos custos de desenvolvimento do projecto, não incluindo a análise de custo-benefício acima referida, que é parte integrante de uma análise de *Value for Money*, como a que se invoca ter sido agora realizada.

Por outro lado, trata-se de uma análise efectuada em Novembro de 2009, *posteriormente* à própria contratação, que, em consequência, não afasta a ilegalidade no lançamento do procedimento, por o mesmo não ter sido *precedido* de uma avaliação das vantagens da parceria relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins.

---

<sup>41</sup> Vide “Estudo Comparativo Sector Público - Douro Interior”, a fls. 15 e seguintes do processo.



Disse-se no Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ªS/SS que se o estudo em causa tivesse sido *previamente* realizado “*poderia ter conduzido a outra solução, a outro contrato e a outro resultado financeiro.*”

Tendo o estudo sido feito *a posteriori* terá sido suprida essa incerteza?

Não sabemos.

A verdade é que o procedimento foi lançado sem cumprimento de uma exigência material indispensável e não pode dar-se como assente que o resultado seria o mesmo caso ela tivesse sido atempadamente cumprida.

## 1.2. Declaração de Impacte Ambiental (DIA)

A alínea d) do n.º1 do artigo 6º do RJPPP, também expressamente aplicável às parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob forma societária, nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 2º do mesmo diploma, refere que:

“ (...) [o] lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem (...) [a] **prévia**<sup>42</sup> adequação às normas legais e demais instrumentos normativos, bem como a obtenção das autorizações e pareceres administrativos exigidos, tais como, entre outros, os de natureza ambiental e urbanísticos, 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 privado**<sup>43</sup>”.

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 **previamente***<sup>44</sup> ao lançamento da parceria.”

Como se referiu no Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ª S/SS, que nesta parte igualmente se acompanha, estes preceitos contêm uma exigência material muito concreta, que, como deles claramente resulta, deve ser cumprida *antes* do lançamento da parceria<sup>45/46/47</sup>.

---

<sup>42</sup> Negrinho nosso.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> 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 (...)*”.

<sup>46</sup> A clareza legal no sentido de as necessárias declarações de impacte ambiental (DIA) devem serem obtidas previamente, não apenas à contratação, mas ao próprio lançamento da parceria, resulta das alterações



## Tribunal de Contas

---

A norma em causa, como já então se referia, 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, como então bem se clarificou, o legislador pretendeu também acautelar riscos anteriores à própria celebração do contrato, ou seja, riscos na própria condução do procedimento, no sentido de 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 referiu no Acórdão em referência, tal exigência faz todo o sentido no quadro do princípio da estabilidade aplicável aos 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.

Não pode deixar de se reconhecer que o procedimento em apreciação admitia negociação das propostas dentro dos limites das cláusulas imperativas dos documentos concursais e que, em casos como estes, o princípio da estabilidade não funciona de forma absoluta.

Por outro lado, deve relevar-se o facto de que, por via da referência contida nos pontos 3.4 e 3.5 do Programa de Concurso<sup>48</sup>, todos os concorrentes sabiam da possibilidade de alteração do objecto do procedimento.

Mas importa precisar que, conforme decorre do artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, nos procedimentos em que estejam previstas negociações, o que é susceptível de alteração são as *propostas* e não os documentos concursais que definem o objecto do procedimento.

Ora, as referidas normas do Programa de Concurso, para além de ofenderem a letra do artigo 6.º, n.º 1, alínea d), e n.º 4, do RJPPP, introduziram incerteza sobre a âmbito da concessão, sobre as soluções a implementar e sobre o modelo de remuneração correspondente.

Como decorre das alíneas j) a n) da matéria de facto elencada no ponto II deste Acórdão, a DIA para o lanço “IP2-Junqueira/Pocinho”, só conhecida durante a 2ª fase do procedimento, foi negativa e, em consequência, o lanço foi, nessa fase, retirado do objecto da Subconcessão, o que acarretou a necessidade de:

---

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.

<sup>47</sup> A este respeito, recordem-se também 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.

<sup>48</sup> Cfr. alínea i) do probatório.



- Construir, em alternativa, soluções de ligação dos lanços interrompidos à rede viária envolvente;
- Diluir custos fixos pelos lanços restantes, aumentando o seu custo original;
- Rever, por aumento, os custos de operação e manutenção de um itinerário interrompido;
- Corrigir as estimativas de tráfego para um traçado descontínuo e com um tempo de percurso aumentado;
- Alterar a estrutura de remuneração da Subconcessão.

Todas estas alterações foram feitas sem que os concorrentes da 1.<sup>a</sup> fase e o mercado pudessem responder a esta nova realidade fáctico-económica.

Não obstante esses concorrentes terem tido toda a informação atempadamente, e, portanto, não estar em causa o cumprimento do princípio da igualdade, a verdade é que o cenário de redução da Subconcessão foi sujeito a uma concorrência limitada a dois candidatos, e isso poderá ter prejudicado a formação do preço final.

Por outro lado, e tendo presente o referido nas alíneas k) a n) do ponto II, constata-se que as consequências financeiras das alterações introduzidas para fazer face à supressão do lanço se perderam nas consequências financeiras de um conjunto vasto de alterações negociadas nos outros lanços.

Assim, e porque nem sequer foram exigidas ou elaboradas propostas variantes específicas para o cenário de redução do objecto da Subconcessão, foi prejudicada a compreensão e comparabilidade das propostas e torna-se difícil determinar, com certeza, se o resultado financeiro teria sido, ou não, alterado<sup>49</sup>.

De qualquer modo, face à incerteza que introduziu no procedimento e no respectivo resultado, que não se coaduna com os objectivos e pressupostos dos procedimentos de contratação pública, e à violação da exigência material inequivocamente imposta pelo legislador no artigo 6.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, alínea d) e n.<sup>o</sup> 4 do RJPPP, não há dúvida de que os n.<sup>os</sup> 3.4. e 3.5. do Programa de Concurso padecem de ilegalidade e que aqueles preceitos legais se mostram incumpridos.

## **2. Da violação das regras do procedimento na fase de negociação das propostas**

---

<sup>49</sup> Observe-se que, como resulta das alíneas k) a n) do ponto II, não há sequer coerência nas várias afirmações da comissão de análise das propostas, da EP e da Subconcessionária quanto à mera quantificação da redução dos custos de construção.



## Tribunal de Contas

---

Ficou claramente estabelecido nos Acórdãos n.ºs 160/09-2.Nov.09-1.ªS/SS, 161/09-2.Nov.09-1.ªS/SS, 164/09-17.Nov.09-1.ªS/SS, 168/09-23.Nov.09-1.ªS/SS e 169/09-23.Nov.09-1.ªS/SS, que é entendimento deste Tribunal que as normas dos programas de concurso e dos cadernos de encargos têm natureza *regulamentar*, que se tornam vinculantes para a autoridade procedimental e para todos os intervenientes no processo concursal, que a natureza regulamentar destes documentos implica que eles devem manter-se *estáveis* durante o decurso dos respectivos procedimentos e que isso envolve a *proibição* de modificações subsequentes à abertura do concurso.

Como então se referiu, 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.

Concluiu-se no Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ªS/SS que, no caso, havia sido violado o n.º 28 do Programa de Concurso, por, contrariamente ao estabelecido pela própria entidade adjudicante, a fase de negociações ter redundado em condições menos vantajosas para a entidade pública.

Tal ilegalidade ocorreu na 2.ª fase do concurso, em que se procedeu às negociações com os concorrentes seleccionados para essa fase.

Ainda que culminando um conjunto de actos algo confuso<sup>50</sup>, a EP acabou por promover a reforma do procedimento concursal em termos de repor o cumprimento daquela norma do Programa de Concurso.

Como decorre das alíneas ee) a ww) do probatório, a Comissão de Análise de Propostas foi reactivada, convocou os dois concorrentes admitidos à 2.ª fase para reatamento das negociações, foram apresentadas novas propostas finais, procedeu-se a uma nova avaliação das propostas em face das alterações introduzidas, efectuou-se uma nova adjudicação, que substituiu a anterior, e outorgou-se um novo contrato.

Como se depreende do exposto nas alíneas kk), oo), uu) e vv) da matéria de facto, a nova adjudicação recaiu sobre uma proposta que, quer no subfactor A.i. do critério de adjudicação, quer na nota final, obteve uma pontuação não inferior àquela que obteve na 1.ª fase do concurso.

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

---

<sup>50</sup> Que aqui não se refere, mas que está documentado nos autos.



Note-se que se regista, sem censurar, a nova pontuação atribuída no subfactor C.iii<sup>51</sup>.

Ela vem fundamentada na introdução de cláusulas que, em determinadas circunstâncias, permitem a reposição do equilíbrio financeiro a favor do Concedente e o benefício do mesmo em caso de impactos favoráveis decorrentes de refinanciamentos da Subconcessão.

Quanto às cláusulas que regulam o direito da Subconcessionária à reposição do equilíbrio financeiro (cfr. cláusulas 85.<sup>a</sup> e 86.1.<sup>a</sup> da minuta do Contrato de Subconcessão), e compulsada a *Proposta Final Reformada* do concorrente n.º 6 a esse respeito, não foram nela propostas quaisquer alterações às mesmas.

### **3. Da reposição do equilíbrio financeiro da Subconcessão.**

Nas alterações introduzidas aos n.ºs 13 a 15 da cláusula 86.<sup>a</sup> e 3, 16, 17 e 18 da cláusula 87.<sup>a</sup> refere-se, no entanto, a eventualidade de ocorrer uma operação de reposição do equilíbrio financeiro da Subconcessão, subsequente à assinatura do contrato, por motivo de alteração das circunstâncias resultantes do agravamento anormal das condições dos mercados financeiros, observando-se no relatório final de avaliação das propostas finais reformadas que tal possibilidade decorre da cláusula geral prevista no artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março<sup>52</sup>.

Nos Acórdãos n.ºs 160/09-2.Nov.09-1.ªS/SS, 161/09-2.Nov.09-1.ªS/SS, 164/09-17.Nov.09-1.ªS/SS, 168/09-23.Nov.09-1.ªS/SS e 169/09-23.Nov.09-1.ªS/SS este Tribunal pronunciou-se no sentido de que o disposto no referido artigo 198.º não é aplicável ao processo negocial, não autorizando quaisquer derrogações das regras procedimentais fixadas.

Como então se referiu, o princípio aplicável aos procedimentos pré-contratuais é o da imodificabilidade das regras do jogo até à decisão de adjudicação.

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, recomençar o procedimento de acordo com novos pressupostos.

---

<sup>51</sup> Cfr. alíneas pp) a tt) do ponto II.

<sup>52</sup> Cfr. alínea ss) do ponto II.



## Tribunal de Contas

---

A este respeito, reitera-se que a obrigatoriedade normativa das regras concursais vigora até à decisão de adjudicação ou até à decisão de *não adjudicação* e volta a lembrar-se a observação feita por Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira<sup>53</sup>: *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.*

Entendeu, pois, o Tribunal que as invocadas alterações verificadas nas condições dos mercados financeiros na pendência do concurso<sup>54</sup> não podiam conduzir ao incumprimento das regras concursais.

Como vimos no ponto anterior, a EP conformou-se com esse entendimento e acabou por reformar o procedimento, promovendo o cumprimento do disposto no n.º 28 do Programa de Concurso.

Restará agora saber se as denominadas circunstâncias anormais ocorridas nas condições dos mercados financeiros podem fundamentar uma reposição do equilíbrio financeiro da Subconcessão, *posterior* à celebração do contrato, nos termos das normas legais e contratuais aplicáveis.

Como se apontava nos Acórdãos referidos, o artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99 reporta-se à alteração de circunstâncias verificadas *após* a celebração de um contrato e não antes, tanto mais que a decisão de contratar há-de ser vista à luz das circunstâncias verificadas na data em que é tomada.

Como, aliás, é hoje também referido no artigo 79.º, n.º 1, alínea d) do Código dos Contratos Públicos<sup>55</sup>, quaisquer circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, devem, quando relevantes, dar lugar à não adjudicação e, portanto, obstar à efectiva contratação.

Assim, só os factos posteriores à decisão de contratar são, em regra, susceptíveis de fundamentar a reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

Para a mesma solução apontava o estabelecido no n.º 31 do Programa do Concurso<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Em *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das Fontes às Garantias*, Almedina, 1998, pág. 136.

<sup>54</sup> Cfr. alínea bb) do ponto II.

<sup>55</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março de 2008, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro. Será doravante designado como Código dos Contratos Públicos.

<sup>56</sup> Cfr. alínea u) do ponto II.



Trata-se, no entanto, de um juízo de legalidade a fazer sobre um incidente de execução do contrato, que só se justifica *se* esse incidente tiver lugar e tendo em conta os seus exactos contornos. Ora, as cláusulas contratuais apresentam esse incidente como uma mera eventualidade, a ocorrer de acordo com as regras aplicáveis<sup>57</sup>.

Deve, pois, diferir-se essa apreciação para o caso de a referida reposição vir a ocorrer.

Refira-se, no entanto, desde já, que é matéria em que se impõe rigor e respeito pela legalidade e interesse público, tendo, aliás, presente o disposto na alínea d) do artigo 7º do RJPPP: *“O risco da insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível transferido para o parceiro privado”*.

#### **4. Da fixação do valor a pagar pela aquisição dos documentos concursais**

Como resulta da alínea xx) do nº II deste Acórdão, a EP fixou como valor a pagar para fornecimento dos documentos concursais o montante de € 30 000,00.

Instada a justificar tal valor, a EP invocou a extensão do empreendimento e o volume e a pormenorização dos documentos técnicos patenteados a concurso<sup>58</sup>.

Os nºs 2 e 4 do artigo 62º do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de Março, dispõem que *“o projecto, o caderno de encargos e o programa de concurso devem estar patentes nos serviços respectivos, para consulta dos interessados, desde o dia da publicação do anúncio até ao dia e hora do acto público do concurso”* e que *“os interessados poderão solicitar, em tempo útil, que lhes sejam fornecidas pelo dono da obra, a **preços de custo**<sup>59</sup>, cópias devidamente autenticadas dos elementos referidos nos nºs 2”*.

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

Como tem sido referido em variados Acórdãos da 1ª Secção deste Tribunal<sup>60</sup>, 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.

---

<sup>57</sup> Cfr. alínea pp) do ponto II.

<sup>58</sup> Cfr. alínea yy) do probatório.

<sup>59</sup> Negrito nosso.

<sup>60</sup> Cfr., sobre esta matéria, designadamente, o Acórdão nº12/09 – MAR.10 -1ªS/PL.



# Tribunal de Contas

---

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 CADA<sup>61</sup> 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 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 apenas do serviço de certificação.

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;

---

<sup>61</sup> Cfr. Parecer da CADA n.º 125/2007, de 16 de Maio de 2007.



- 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<sup>62</sup>, na medida em que faz depender a fixação do preço da dimensão do empreendimento e do grau de sofisticação e 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, verificou-se, pois, a violação do disposto no n.º 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

## 5. Da relevância das ilegalidades verificadas

### 5.1. Das ilegalidades verificadas como fundamento para a recusa do visto

Conforme decorre do exposto, no procedimento de pré-contratação em causa, e apesar da reforma nele introduzida, foram violadas as seguintes disposições legais:

- Artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho;
- Artigos 6.º, n.º 1, alínea d), e n.º 4, do mesmo Decreto-Lei, e 10.º e 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho;
- Artigo 62.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Como se viu, tais violações respeitam no essencial a:

- Ausência de realização *prévia* 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

---

<sup>62</sup> Vide alínea yy) do ponto II.



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;
- Fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais.

As violações de lei referidas implicam a *susceptibilidade* de alteração do resultado financeiro do procedimento.

Isto é, se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, é possível que tivessem sido obtidos resultados diferentes, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos.

Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)<sup>63</sup>, quando aí se prevê, como fundamento para a recusa de visto, “*ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro.*”

Sublinhe-se 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.

Há pois fundamentos para recusa do visto.

## **5.2. Da eventual aplicação do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC**

Estabelece o n.º 4 do mesmo artigo 44.º que:

*“ Nos casos previstos na alínea c) do número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.”*

A própria EP invoca essa possibilidade<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 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.

<sup>64</sup> Cfr. alínea fff) do ponto II.



## Tribunal de Contas

---

A ponderação que o Tribunal de Contas deve fazer para efeitos da eventual aplicação do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC deve ter vários aspectos em consideração.

Deve, a este respeito, ter-se presente que todas as normas jurídicas protegem valores e que ao Tribunal de Contas cabe a protecção dos valores financeiros<sup>65</sup>.

Sabendo que o pressuposto de aplicação da norma em causa é que se verifiquem ilegalidades com susceptibilidade de alterar o resultado financeiro de um procedimento e de um contrato, o legislador entendeu que, mesmo nessas situações, e apesar delas, o Tribunal poderá considerar como adequada ao caso a concessão do visto com recomendações.

Para o efeito, o Tribunal deve proceder, em concreto, a uma ponderação da dimensão dos interesses financeiros prejudicados ou em risco, das consequências financeiras prováveis da sua decisão, dos valores jurídicos em causa e da função de prevenção geral e especial inerente à sua actuação, bem como ajuizar da probabilidade de reposição futura da legalidade.

Ora, no caso, a dimensão dos interesses financeiros prejudicados ou não é segura ou não está determinada.

Em vários momentos do processo, e dos recursos interpostos do Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ªS/SS<sup>66</sup>, se invoca que as situações referidas, a serem consideradas como ilegais, ainda assim não tiveram efectiva repercussão no resultado financeiro do procedimento.

Vejamos.

Quanto à ilegalidade resultante da violação do disposto no artigo 6º, nº 1, alínea c), do RJPPP, não temos meio de saber se, na hipótese de o estudo relativo ao comparador público e à análise de custo-benefício ter sido realizado previamente ao lançamento da parceria em causa, outra teria sido a opção e o consequente resultado.

Quanto à ilegalidade resultante da violação do disposto no artigo 6º, nº 1, alínea d), e n.º 4, do RJPPP, veio a EP alegar<sup>67</sup> que o resultado financeiro obtido é o mesmo que se verificaria se o lançaço IP2- Junqueira/Pocinho não tivesse sido incluído logo no lançamento do concurso.

É certo que o principal bem que se pretende acautelar com a exigência de DIA prévia aos investimentos públicos foi salvaguardado. Não tendo sido obtida uma

---

<sup>65</sup> Cfr. artigo 214.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 1.º, n.º 1, da LOPTC: “ *O Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efectiva responsabilidades por infracções financeiras.*”

<sup>66</sup> Cfr. cópia das alegações a fls. 167 e seguintes e 416 e seguintes.

<sup>67</sup> Vide alínea n) do probatório.



# Tribunal de Contas

---

Declaração de Impacte Ambiental positiva para um determinado lanço de auto-estrada, o projecto em causa não foi realizado, tendo, portanto, sido respeitado o objectivo legal de protecção do valor ambiental.

Por outro lado, é também seguro que se o lanço em causa não tivesse sido incluído no objecto do concurso, por não ter a DIA assegurada, ter-se-ia estabelecido a Subconcessão com a delimitação objectiva que, a final, veio a ser consagrada.

Tenha-se ainda em conta que, ainda que os concorrentes da 1.<sup>a</sup> fase do concurso não tenham tido a possibilidade de oferecer propostas para o cenário de supressão do lanço, a verdade é que conheciam a regra desde o início do procedimento, já que a mesma estava consagrada no Programa de Concurso, e não formularam qualquer contestação relativamente à situação ocorrida.

Quanto aos concorrentes admitidos à 2.<sup>a</sup> fase do concurso, verifica-se igualdade no respectivo tratamento, por terem tido idêntica oportunidade de responder ao cenário alternativo.

Há, no entanto, que ter em atenção que um correcto funcionamento da concorrência não se destina a salvaguardar apenas o interesse dos eventuais candidatos a co-contratantes.

Destina-se também a assegurar um adequado funcionamento do mercado e a melhor satisfação do interesse financeiro público. É sabido que as melhores propostas financeiras surgem no ambiente da mais ampla concorrência. E é também por isso que se estabelece o princípio da maior abertura possível dos concursos para os contratos de mais elevado valor.

Ora, como vimos no ponto III.1.2, as propostas finais, já num contexto de supressão do lanço, formaram-se num ambiente de concorrência limitada, de apenas dois concorrentes.

Por outro lado, como também aí vimos, não se conseguem isolar, com clareza, as repercussões financeiras dessa supressão, que, ainda assim, ambos os contratantes defendem não ter influenciado negativamente a proposta e o contrato<sup>68</sup>.

Quanto à ilegalidade verificada na fixação do custo das peças concursais, por violação do disposto no artigo 62.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 59/99, referiu o Acórdão n.º 160/09-2.Nov.09-1.ªS/SS que considerava ténue a possibilidade de restrição da concorrência por essa via e, portanto, ténue também a possibilidade de o resultado financeiro do contrato ter sido alterado por esse motivo.

---

<sup>68</sup> Cfr. alíneas k) a n) do ponto II.



# Tribunal de Contas

---

Efectivamente, no caso de mercados com a dimensão e a natureza daquele que está em causa, admite-se uma provável rigidez da procura perante variações do preço das peças concursais, atenta a capacidade financeira dos concorrentes e a possibilidade de compensação do custo do processo pelos proveitos resultantes dos contratos.

Por outro lado, não se pode desprezar o facto de estarmos perante um contrato que envolve elevados montantes e vultuosos investimentos e financiamentos já contratados.

Como também não se pode deixar de considerar que se está perante uma empresa responsável por numerosas obras públicas e por contratos de grande dimensão e relevância financeira, a quem compete, em primeira linha, assegurar, de forma exemplar, o mais rigoroso cumprimento da legalidade.

Importa, enfim, considerar que o cumprimento das regras de contratação pública não corresponde à realização de meras formalidades, mas protege bens jurídicos de grande relevância, de que se destacam o são funcionamento dos mercados públicos, a igualdade no acesso a esses mercados, a transparente, competitiva e vantajosa formação dos preços e a necessária prevenção de fenómenos colusivos.

Ponderando todos estes aspectos, tendo em especial consideração as correcções entretanto efectuadas ao procedimento concursal e o sério compromisso de correcção das situações que se apresentam desconformes com a lei<sup>69</sup>, este Tribunal entende poder, neste caso concreto e a título excepcional, usar da faculdade prevista no referido n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.

No entanto, impõe-se deixar claro que é pressuposto desta opção que a mesma se limita a este caso concreto, face aos interesses e às circunstâncias única e concretamente em causa.

Não pode pensar-se que o bem, fundamental num Estado de Direito, de respeito pela legalidade e a função de controlo deste Tribunal se compadecem com uma múltipla desconsideração pelas regras jurídicas que protegem importantes valores financeiros, sobretudo em processos tão financeira e contratualmente relevantes como as parcerias público-privadas.

Por isso, as recomendações que o Tribunal formulará ao abrigo do preceito legal em causa serão também levadas ao conhecimento do Governo, para que as conheça, divulgue e faça cumprir nos demais processos de contratação.

---

<sup>69</sup> Cfr. alínea fff) do probatório.



### 5.3. Da fiscalização prévia deste tipo de contratos

Conforme se estabeleceu no processo n.º 1787/08, o contrato em causa está sujeito a fiscalização prévia deste Tribunal.

Nos termos do artigo 45.º da LOPTC, os contratos sujeitos a este tipo de fiscalização podem produzir todos os seus efeitos antes do visto, excepto quanto aos pagamentos a que derem causa, até à data da notificação da recusa do visto.

De acordo com o artigo 97.º, n.º 4, da mesma Lei, o recurso das decisões finais de recusa de visto tem efeito suspensivo.

No caso, o contrato de Subconcessão foi assinado em 25 de Novembro de 2008, tendo começado, de imediato, a produzir efeitos<sup>70</sup>.

Esse contrato foi remetido a este Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, em 23 de Dezembro de 2008.

Nos termos do disposto no artigo 85.º da LOPTC, o Tribunal dispõe de 30 dias para proferir a sua decisão, prazo que se suspende quando o Tribunal solicite elementos ou diligências instrutórias, retomando-se a respectiva contagem com a entrada no Tribunal da satisfação do pedido. Ou seja, o Tribunal não pode, na totalidade, fazer uso de mais de 30 dias.

No âmbito do processo n.º 1787/08, a EP foi confrontada desde o início com as dúvidas deste Tribunal sobre a legalidade do processo de lançamento da parceria e de escolha da proposta.

A partir de Abril de 2009, e após alguns pedidos de elementos e esclarecimentos por parte do Tribunal, a EP pediu por várias vezes a devolução do processo, a desistência do mesmo e a prorrogação de prazos para ponderação das dúvidas, sem que tenha chegado a introduzir alterações ao procedimento ou ao contrato.

Após o recebimento do processo em 30 de Outubro de 2009, o Tribunal recusou o visto ao contrato em 2 de Novembro de 2009, devendo apenas imputar-se ao Tribunal a demora legal de 30 dias dos muitos meses que decorreram desde a entrada em vigor do contrato até essa decisão.

Foi interposto recurso dessa decisão, com o consequente efeito suspensivo da mesma.

O presente processo deu entrada neste Tribunal em 25 de Janeiro de 2010 com base num *Contrato Reformado* outorgado em 22 de Janeiro de 2010.

O Tribunal suscitou por duas vezes questões sobre os procedimentos adoptados para reforma do contrato, em 17 de Fevereiro e em 5 de Março de 2010.

---

<sup>70</sup> Cfr. alíneas zz) e aaa) do ponto II.



# Tribunal de Contas

---

Como resulta das alíneas ff) a ww) da matéria de facto, só entre 10 e 15 de Março de 2010 foram praticados os actos que consubstanciaram a efectiva reforma do procedimento concursal e do contrato.

O *Contrato Reformado* ora em apreciação foi assinado em 15 de Março corrente e submetido a este Tribunal em 17 do mesmo mês<sup>71</sup>.

Estamos, pois, perante um contrato de Subconcessão que se encontra a produzir efeitos desde 25 de Novembro de 2008 e que só em 26 de Março de 2010 obtém uma decisão de visto deste Tribunal, a qual, como se conclui pelo que acima se refere, poderia ser de recusa desse visto.

Como é do conhecimento público, a obra em causa encontra-se em execução, para o que a Subconcessionária assumiu compromissos e fez investimentos.

Em caso de recusa de visto, significativos pagamentos teriam de ser feitos ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 45.º da LOPTC ou de eventuais pedidos de indemnização.

É assim manifesto que este regime de fiscalização prévia não se mostra consentâneo com os interesses em causa e com uma eficaz e útil intervenção deste Tribunal, o que assume uma especial relevância quando os contratos impliquem compromissos elevados, como é o caso.

**Por razões desta natureza, toda a legislação anterior à Lei n.º 98/97, previa que, acima de determinados montantes, os contratos fossem sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal em minuta, antes, portanto, da respectiva assinatura e produção de efeitos, assim se prevenindo a assumpção de relevantes compromissos financeiros por contratos aos quais podia vir a ser recusado o visto.**

**Neste sentido, veja-se, designadamente, o disposto no artigo 13.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 86/89, de 8 de Setembro.**

**Afigura-se-nos que o presente caso é bem elucidativo do acerto dessa solução e deveria levar o legislador a reponderar a solução legislativa actual, substituindo-a por uma solução idêntica à referida, a fim de evitar a futura ocorrência de situações similares.**

---

<sup>71</sup> Cfr. officio n.º 0376, DC 1767, de 17 de Março de 2010, a fls. 110.



#### IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 e no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juizes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em:

1. Conceder o visto ao contrato acima identificado, com recomendações;
2. Recomendar à Estradas de Portugal, S.A., que, em futuros procedimentos:
  - a) Dê integral cumprimento ao disposto nos artigos 4.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, na redacção do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, assegurando que o lançamento das parcerias público-privadas é *precedido* dos estudos necessários que demonstrem, em concreto, as vantagens do recurso a essa modalidade relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins e a capacidade dessas parcerias para alcançar os fins estabelecidos na lei;
  - b) Assegure o respeito pelo estipulado na alínea d) do n.º 1 e no n.º 4 do artigo 6.º do mesmo diploma legal, garantindo que o lançamento e objecto das parcerias não abrange quaisquer intervenções para as quais não tenha sido *previamente* obtida a exigível Declaração de Impacte Ambiental;
  - c) Garanta a observância do disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 152.º do Código dos Contratos Públicos, de acordo com os quais, em concursos em que haja negociação de propostas, não podem ser escolhidas propostas finais cuja pontuação global seja inferior à das respectivas versões iniciais;
  - d) Tenha em conta que a decisão de contratar é aferida em função das circunstâncias que se verificam à data em que é tomada. Assim, sempre que ocorrerem circunstâncias supervenientes ao lançamento dos procedimentos que introduzam diferenças relevantes entre os pressupostos do



procedimento e os pressupostos da decisão de contratar, deve ser accionado o disposto no artigo 79.º, n.º1, alínea d), do Código dos Contratos Públicos, que fixa essa ocorrência como causa de não adjudicação;

e) Fixe o preço das peças concursais nos termos do artigo 133.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos, tendo em conta o estabelecido na Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto.

3. Alertar a Estradas de Portugal, S.A., para que as ilegalidades em causa são, por si, fundamento de recusa de visto e para que o incumprimento das recomendações deste Tribunal pode constituir, além do mais, infracção financeira punível nos termos da alínea j) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 65.º da LOPTC;
4. Determinar à Estradas de Portugal, S.A., que remeta a este Tribunal toda a documentação relativa a eventuais actos de reposição do equilíbrio financeiro da Subconcessão, com a justificação do respectivo fundamento jurídico e demonstração detalhadamente fundamentada do cálculo do seu montante;
5. Remeter cópia deste Acórdão ao Senhor Primeiro-Ministro para que sejam adoptados os procedimentos necessários a promover o cumprimento das normas legais nele referidas em todas as parcerias público-privadas e, ainda, para que seja considerado o referido no ponto III.5.3;
6. Remeter cópia deste Acórdão à Assembleia da República para que seja ponderado o que se refere no mencionado ponto III.5.3;
7. Comunicar esta decisão à 2.ª Secção deste Tribunal.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 1, alínea b), do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> 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.



# Tribunal de Contas

---

Lisboa, 26 de Março de 2010

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Alberto Fernandes Brás)

(João Figueiredo)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)