

ACÓRDÃO N.º 71/2011 - 20.dez. - 1ªS/SS

(Processo n.º 963, 964 e 1696/2011)

DESCRITORES: Contrato de Empreitada / Contrato de Prestação de Serviços / Área de Localização Empresarial / Pacto Social / Adjudicação / Ajuste Direto / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Alteração / Caderno de Encargos / Avaliação das Propostas / Capacidade Técnica e Financeira / Alvará / / Elemento Essencial / Nulidade / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. As decisões de exclusão da única proposta apresentada no concurso público, de não adjudicação e de extinção do procedimento foram tomadas ao abrigo dos artigos 28.º, n.º 1 e 30.º, n.º 1, al. a) do Programa de Concurso e 70.º, n.º 2, als. b) e f) e 79.º, n.º 1, al. b) do Código dos Contratos Públicos (CCP).
2. O motivo fundamental conducente àquelas decisões foi o facto de *“na única proposta apresentada, o pacto social e o respetivo acordo parassocial nela incluídos, [corresponderem] a uma completa e absoluta secundarização e até total paralisação do interesse público maioritário, que em função de tais minutas contratuais, a serem aceites, ficaria reduzido a um papel meramente simbólico e inoperante no quadro da gestão de tal sociedade, em benefício do interesse incontrolável do consórcio privado proponente.”*
3. A decisão de proceder a ajuste direto para a formação dos contratos baseou-se no disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP, segundo o qual *“qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando (...) [e]m anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento.”*

4. A imposição de um texto de pacto social e a conseqüente alteração do modelo de avaliação das propostas configuram uma alteração substancial do caderno de encargos colocado a concurso, violando o disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP.
5. O não convite, no procedimento por ajuste direto, do concorrente excluído e único concorrente no concurso público, viola o disposto no n.º 3 do art.º 24.º do CCP.
6. A não previsão, no modelo de avaliação constante dos documentos do concurso, de escalas de pontuação para cada fator ou subfactor elementar da avaliação, viola o disposto no n.º 3 do art.º 139.º e na al. n) do n.º 1 do art.º 132.º do CCP.
7. A exigência de capacidades técnicas e financeiras aos concorrentes, no modelo de avaliação das propostas, designadamente a experiência do candidato em atividades que constituam o objeto da sociedade gestora e as habilitações literárias e experiência profissional da sua equipa técnica e de gestão, viola o disposto no n.º 1 do art.º 75.º do CCP.
8. A exigência de apresentação do alvará adequado à realização das obras públicas com a proposta constitui, igualmente, uma violação do disposto no n.º 2 do art.º 81.º do CCP, que prevê que tal exigência só pode ser colocada ao concorrente adjudicatário. Esta violação de lei também ocorreu no ajuste direto subsequente (cfr. art.º 126.º, n.º 3 do CCP).
9. Do desrespeito pelo disposto na al. b) do n.º 1 e do n.º 3 do art.º 24.º do CCP, resulta que os contratos não poderiam ter sido formados mediante um procedimento por ajuste direto. Face à natureza dos contratos e valores envolvidos, os mesmos deveriam ter sido precedidos de concurso público ou de concurso público limitado por prévia qualificação.
10. A ausência de concurso, quando obrigatório, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, que determina a respetiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA).
11. A nulidade é fundamento de recusa de visto, de acordo com o disposto na al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

12. As violações do n.º 3 do art.º 139.º, da al. n) do n.º 1 do art.º 132.º, do n.º 1 do art.º 75.º, do n.º 2 do art.º 81.º e do n.º 3 do art.º 126.º do CCP, são suscetíveis de alterar o resultado financeiro do concurso, bem como do subsequente ajuste direto, o que constitui fundamento da recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da LOPTC.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Transitou em julgado em 23/01/12

ACÓRDÃO N^o71 /2011-20.DEZ-1^a S/SS

Processos n^os 963, 964 e 1696/2011

I - OS FACTOS

I.A – Os contratos celebrados

1. A TROFA-PARK, Empresa de Reabilitação Urbana, Desenvolvimento Económico, Inovação Empresarial e Gestão de Equipamentos, EEM (doravante designada por TROFA-PARK) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, os seguintes contratos:
 - a) Contrato de constituição da GLOBALTROFA – Sociedade Gestora da Área de Localização Empresarial da Trofa, S.A. (doravante designada por GLOBALTROFA), celebrado em 14 de março de 2011, entre o Município da Trofa, a TROFA-PARK, a “Britalar – Sociedade de Construções, S.A”, a “Construções Europa Ar-Lindo, S.A.” e a “Nicolau de Macedo, S.A.”;
 - b) Contrato de empreitada de obra pública para construção da área de acolhimento empresarial/área de localização empresarial da Trofa, celebrado em 10 de maio de 2011, pela TROFA-PARK, a Britalar, Europa Ar-Lindo, ACE e a GLOBALTROFA, pelo valor de 16.365.404,39 euros, acrescido de IVA à taxa legal aplicável, e um prazo de execução de 1028 dias;
 - c) Contrato de prestação de serviços (elaboração do projeto de arquitetura dos serviços comuns da área de localização empresarial), celebrado em 10 de maio de 2011, pela TROFA-PARK, a Britalar, Europa Ar-Lindo, ACE, e a GLOBALTROFA, pelo valor de 350 000,00 euros, acrescido de IVA à taxa legal aplicável e um prazo de execução de 365 dias.



2. Para melhor caracterização do contrato referido na alínea a) do número anterior, deve acrescentar-se¹:

- a) A GLOBALTROFA tem por objeto social a aquisição de imóveis, conceção, desenvolvimento, implementação, licenciamento, construção, gestão, exploração, manutenção, conservação, promoção e financiamento da Área de Localização Empresarial da Trofa (doravante designada por ALE);
- b) Na prossecução e concretização do seu objeto, a sociedade respeita o interesse público que orientou a sua constituição;
- c) Na prossecução do seu objeto, no que tange à aquisição dos imóveis para a implementação da ALE, a sociedade foi dotada dos poderes expropriativos delegados pela Câmara Municipal da Trofa;
- d) Quanto ao respetivo capital social, no montante de € 500.000:
 - i. 25 000 ações são pertencentes ao Município da Trofa, no montante de € 25 000,00 representativas de 5% do capital social;
 - ii. 230 000 ações são pertencentes a TROFA-PARK, no montante € 230 000,00 representativas de 46% do capital social.
 - iii. 81 667 ações são pertencentes a “Britalar – Sociedade de Construções, S.A”, no montante de € 81 667,00, representativas de 16,335 % do capital social;
 - iv. 81 667 ações são pertencentes a “Construções Europa Ar-Lindo, S.A.”, no montante de € 81 667,00, representativas de 16,335 % do capital social;
 - v. 81 667 ações são pertencentes a “Nicolau de Macedo, S.A.” no montante de € 81 667,00, representativas de 16,335 % do capital social.

3. Para melhor caracterização dos contratos referidos nas alíneas b) e c) do nº 1, deve acrescentar-se²:

- a) A primeira outorgante – a TROFA-PARK – é a *“entidade contratante com poderes para outorgar os contratos definitivos respeitantes ao âmbito do procedimento de formação contratual para seleção do parceiro privado para participar na constituição*

¹ Vide artigo 3º, do pacto social anexo ao contrato de constituição da sociedade e alínea a) deste contrato.

² Vide considerandos prévios ao clausulado dos contratos.



da sociedade gestora” da ALE, para a “empreitada de obra pública” da ALE e para a “prestação de serviços referente à elaboração do projecto de arquitectura dos serviços comuns” da mesma ALE;

- b) A segunda outorgante - a “Britalar, Europa Ar Lindo, ACE” - é a entidade adjudicatária da empreitada e da prestação de serviços;
 - c) A terceira outorgante - a GLOBALTROFA – é a entidade cessionária das posições contratuais originárias da TROFA-PARK.
4. Referiu a entidade adjudicante TROFA-PARK que “(...) *todos estes contratos foram lançados de forma indissociável no (...) concurso público internacional, por ter a entidade adjudicante considerado que, a serem separados em sede de procedimento de formação contratual, poderiam ocorrer graves inconvenientes para a prossecução do interesse público de viabilização do projecto, situação contemplada no artigo 32º nº1 do CCP (...)*”³.

I.B – Factos relativos ao concurso público, com publicitação no DR e JOUE

5. Para além do referido nos números anteriores, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos relativos ao concurso público, com publicitação no DR e JOUE, que foi lançado pelas entidades adjudicantes:
- a) Por anúncio publicado no DR, II Série, de 30 de janeiro de 2009 e no JOUE sob o nº 2009/S 21-029741⁴, foi lançado um procedimento de concurso público com publicitação internacional, para formação de três contratos distintos;
 - b) Efetivamente, o procedimento teve como objeto, nos termos do artigo 1º do programa de concurso (PC) e do ponto I do caderno de encargos (CE):
 - i. “[a] escolha de parceiro(s) privado(s) para participar(em) na constituição de sociedade gestora da ALE com capital social global, a constituir, de € 500 000, no mínimo, nela detendo uma participação minoritária para a aquisição dos direitos inerentes dos imóveis, concepção, desenvolvimento, implementação, licenciamento, construção, gestão, exploração, manutenção, conservação, promoção e

³ Vide ofício nº 98/2011, de 11 de outubro de 2011, na fl. 224 do processo nº 963.

⁴ Vide fl. 234 e ss. e 750 e 754 e ss. do processo.



- financiamento da Área de Acolhimento Empresarial/Área de Localização Empresarial da Trofa (...)*”;
- ii. “[a] escolha de parceiro(s) privado(s) para a execução da empreitada de obra pública da construção [da ALE], a quem a sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos irá adjudicar a presente empreitada⁵, sendo que quer a Câmara Municipal da Trofa quer a TROFA-PARK, EEM participarão na maioria do capital societário da sociedade anónima a constituir (...)”;
- iii. “[a] escolha de parceiro(s) privado(s) para a adjudicação do serviço de elaboração do projeto de arquitetura dos serviços comuns da [ALE] a quem a sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos irá adjudicar a presente empreitada, sendo que quer a Câmara Municipal da Trofa quer a TROFA-PARK, EEM participarão na maioria do capital societário da sociedade anónima a constituir (...)”;
- c) De acordo com o programa de concurso e o caderno de encargos, o concorrente teria sempre de apresentar propostas conjuntas para os três contratos, uma vez que a adjudicação dos contratos de empreitada e prestação de serviços ficavam dependentes da adjudicação do contrato da sociedade de gestão;
- d) Refere ainda o PC, no seu artigo 2º, que “a entidade pública contratante é a TROFA-PARK” e que a “Câmara Municipal da Trofa designa desde já e por força do nº 2 do artigo 39º do [CCP⁶], como representante no presente procedimento (...) a TROFA-PARK, EEM”;
- e) Em reunião realizada em 4 de fevereiro de 2009, a Câmara Municipal da Trofa (CMT) deliberou “aprovar e ratificar” propostas apresentadas pela TROFA-PARK de aprovação da nova área de intervenção da ALE da Trofa, de realização do procedimento concursal e de nomeação do júri⁷;
- f) Nos termos do ponto IV do CE:

⁵ No ponto E do CE refere-se que a sociedade gestora “deverá assegurar a realização das empreitadas de obras públicas necessárias à implementação da ALE, em conformidade com o plano de trabalhos da ALE da Trofa”.

⁶ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei nºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei nº 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro.

⁷ Vide fl. 239 e ss. do processo. Note-se que em Dezembro de 2008, a CMT e a Assembleia Municipal da Trofa tinham procedido a aprovação de versões anteriores daquelas propostas. Vide fls. 242 e ss.



- i. A sociedade gestora, “*tal como previsto na alínea f), do n.º 2 do Decreto-Lei n.º 70/2003, de 10 de Abril, deverá constituir-se como uma sociedade comercial de capitais privados, públicos ou mistos, responsável pelo integral cumprimento da licença da ALE, bem como pelo licenciamento e supervisão das atividades exercidas na ALE e ainda pelo funcionamento e manutenção das infraestruturas, serviços e instalações comuns*”;
 - ii. A sociedade gestora “*deve ser constituída sob a forma de sociedade anónima, com um capital social mínimo de 500 mil euros e um situação líquida igual ou superior a 25% do seu ativo total líquido*”;
 - iii. A sua estrutura societária “*deve conhecer a seguinte expressão:*
 - *Câmara Municipal da Trofa – participante em 5%, no capital da sociedade a constituir;*
 - *TROFA-PARK, EEM – participante em 46%, no capital da sociedade a constituir;*
 - *Parceiro(s) privado(s) – participante(s) em 49%, no capital da sociedade a constituir*”;
- g) Nos termos do artigo 4.º do PC, o critério de adjudicação foi o da proposta economicamente mais favorável, tendo em conta os fatores e subfactores seguintes:
- i. Estrutura financeira da proposta – 30%
 - Montante de prestações acessórias a realizar na sociedade gestora – 10%
 - Estudo económico de viabilidade do projeto – 40%
 - Declaração que ateste o grau de compromisso com a entidade bancária para assegurar o financiamento do projeto – 50%
 - ii. Estrutura técnica da proposta – 40%
 - Experiência do candidato em atividades que constituam o objeto da sociedade gestora, comprovada através de declarações abonatórias das entidades contratantes – 50%;
 - Metodologia a adotar e plano de ações para o lançamento da área ALE e adjudicação – 30%
 - Habilitações literárias e experiência profissional da equipa técnica e de gestão do candidato – 20%
 - iii. Estrutura contratual da proposta – 5%



- Pacto social proposto – 40%
 - Proposta de acordo parassocial – valoração das responsabilidades e competências atribuídas ao parceiro público em contraponto com o parceiro privado – 60%
- iv. Valor discriminado da proposta – 25%
- Valor da empreitada – 100%;
- h) Como resulta da alínea anterior, para cada fator e subfator foi definida uma percentagem. Contudo, não foram indicados quaisquer critérios a seguir na atribuição de valorações;
- i) No PC e no CE foram fixados requisitos de capacidade técnica e financeira dos concorrentes⁸. Assim:
- i. Para a **capacidade técnica dos concorrentes** foram fixados os seguintes requisitos “*adequados à natureza das prestações objecto do contrato a celebrar, designadamente*”⁹:
- Experiência nos domínios da construção, gestão, exploração e manutenção de parques empresariais, áreas de localização empresarial, plataformas logísticas ou realidades afins;
 - Experiência no desenvolvimento de estudos económico-financeiros referentes a operações de licenciamento, construção, gestão, exploração e financiamento de parques empresariais, áreas de localização empresarial, plataformas logísticas ou realidades afins;
 - Experiência na realização de operações de financiamento respeitantes ao desenvolvimento de projetos de licenciamento, construção, gestão e exploração de parques empresariais, áreas de localização empresarial, plataformas logísticas ou realidades afins;
 - Experiência no domínio da infraestruturização de parques empresariais, áreas de localização empresarial, plataformas logísticas ou realidades afins, designadamente em áreas referentes a telecomunicações, energia, tratamento e valorização de resíduos, segurança, águas e saneamento;

⁸ Nos termos do ponto VI do CE tratava-se do “*perfil dos parceiros privados a seleccionar*”.

⁹ Vide nº 1 do artigo 6º do PC e nº 1 do ponto VI do CE.



- Capacidade para o desenvolvimento de parcerias com entidades públicas e privadas nos domínios da inovação tecnológica e científica, em projetos relacionados com as atividades objeto do contrato a celebrar;
 - Capacidade para o desenvolvimento de parcerias com instituições de ensino superior, no domínio das atividades do contrato a celebrar;
 - Capacidade de alocação e de gestão de recursos humanos e técnicos para o desenvolvimento das atividades objeto do contrato a celebrar;
 - Capacidade para o desenvolvimento de parcerias com entidades nacionais ou estrangeiras nos domínios da construção, instalação, gestão, exploração, manutenção e financiamento de parques empresariais, ale, plataformas logísticas ou realidades afins, preferindo as conducentes ao desenvolvimento de projetos em regiões transfronteiriças;
 - Experiência na gestão de condomínios imobiliários preferencialmente no domínio dos parques empresariais, áreas de localização empresarial e realidades afins.;
 - Capacidade para adoção de medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar;
 - Capacidade para desenvolver processos de certificação de qualidade/acreditação no âmbito das atividades objeto do contrato a celebrar.
- ii. A **capacidade financeira dos concorrentes**¹⁰ *“deve ser aferida pela análise do requisito mínimo, que equivale à apresentação da declaração bancária (...) ou no caso de o concorrente ser um agrupamento de empresas, um dos membros que o integram ser uma instituição de crédito que apresente documento de que possui sede ou sucursal em estado membro da União Europeia, emitido pela entidade que exerça a supervisão bancária nesse Estado”. O requisito mínimo referido aferia-se pela “aptidão estimada para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações que resultarão do contrato a celebrar”;*

¹⁰ Vide nº 2 do artigo 6º do PC e nº 2 do ponto VI do CE.



- j) O PC estabeleceu os elementos que deveriam constar das propostas. Assim:
- i. A proposta para constituição de sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos deveria conter os seguintes elementos¹¹:
 - Estudo económico-financeiro de fundamentação da proposta;
 - Cronograma de execução de todas as atividades postas a concurso;
 - Listagem da atividade desenvolvida pelo interessado, nos últimos 5 anos, com interesse para a constituição da sociedade anónima;
 - Estrutura técnica da proposta, através da apresentação de um cronograma temporal de execução, enumeração das intervenções, projeto arquitetónico, indicação da repartição de responsabilidades pela entidade pública e privada e
 - Estrutura contratual da proposta, através da apresentação de pacto social e acordo parassocial;
 - ii. A proposta de empreitada de obra pública de construção da área de acolhimento empresarial/área de localização empresarial deveria conter os seguintes elementos¹²:
 - Estudo económico-financeiro de fundamentação da proposta;
 - Cronograma de execução de todas as atividades postas a concurso;
 - Listagem da atividade desenvolvida pelo interessado, nos últimos 5 anos, com interesse para a constituição da sociedade anónima;
 - Estrutura técnica da proposta, através da apresentação de um cronograma temporal de execução, enumeração das intervenções, projeto arquitetónico, indicação da repartição de responsabilidades pela entidade pública e privada e
 - Lista de preços unitários de todas as espécies de trabalhos previstas nos projetos de execução;
 - Plano de trabalhos da construção das infraestruturas e serviços comuns

¹¹ Vide artigo 10º do PC.

¹² Vide artigo 14º do PC.



- Alvará de empreiteiro de obras públicas “ajustado à empreitada objecto da presente parceria a constituir”¹³;
- iii. A proposta de prestação de serviços, referente ao projeto de arquitetura dos serviços comuns da área de acolhimento empresarial/área de localização empresarial, deveria conter os seguintes elementos¹⁴:
- Estrutura técnica da proposta, através da apresentação de um cronograma temporal de execução, enumeração das intervenções, projeto arquitetónico, indicação da repartição de responsabilidades pela entidade pública e privada;
 - Projeto de arquitetura e especialidades dos serviços comuns da ALE;
 - Lista de preços unitários de todas as espécies de trabalhos previstas nos projetos de execução;
 - Plano de trabalhos.
- k) Ao concurso público internacional, apenas se apresentou um concorrente: o agrupamento de empresas, constituído por “Ferreira Construções, S.A.”, “Efimóveis Imobiliária, S.A.”, “M. Couto Alves S.A.” e “Fomentinvest SGPS, S.A.”;
- l) A sua proposta foi “admitida liminarmente” para negociações do pacto social e acordo parassocial propostos;
- m) A possibilidade de recurso a uma fase negocial não constava nas peças do concurso público. No entanto, a entidade adjudicante TROFA-PARK, no intuito de aproveitar o procedimento e obter um acordo quanto ao pacto social e acordo parassocial que refletissem “*um necessário equilíbrio dos interesses públicos e privados a associar, mas sem alienação à parceria privada dos mecanismos legais e contratuais de tutela e protecção do interesse público maioritário, que justifica o projecto da Área de Localização Empresarial da Trofa*”, propôs negociações, “*com base nos artigos 149º e 154º do CCP*”, que foram aceites pelo concorrente¹⁵;

¹³ Vide neste caso a alínea d) do n.º 1 do artigo 18º do PC.

¹⁴ Vide artigo 20º do PC.

¹⁵ Vide ofício do concorrente a fls. 869 do processo.



- n) A TROFA-PARK, em resposta a um pedido de esclarecimentos¹⁶ desenvolveu as razões que levaram àquela decisão, nos seguintes termos:

“(…)

Na verdade, tendo sido permitido no Programa do concurso pelos responsáveis à data pelo seu lançamento, que a definição do quadro jurídico da constituição e funcionamento da sociedade gestora a constituir fosse apresentada no âmbito das propostas dos interessados privados, apenas definindo previamente o seu modelo como sociedade anónima de capitais mistos maioritariamente públicos, verificou-se que, na única proposta apresentada, o pacto social e o respectivo acordo parassocial nela incluídos, correspondiam a uma completa e absoluta secundarização e até total paralisação do interesse público maioritário, que em função de tais minutas contratuais, a serem aceites, ficaria reduzido a um papel meramente simbólico e inoperante no quadro da gestão de tal sociedade, em benefício do interesse incontrolável do consórcio privado proponente (...).

Assim, resultava, como claramente dos textos sobressai, dos regimes propostos para o funcionamento e tomadas de deliberação da assembleia geral, do conselho de administração, fiscalização da sociedade, prestações acessórias e transmissão de acções, compra forçada de acções pela parceria pública, regime de dissolução e liquidação da sociedade e mora e incumprimento das obrigações recíprocas.

A título meramente exemplificativo, registe-se que os accionistas deliberariam sempre com a maioria qualificada de 4/5, maioria esta exigível para todas as deliberações relevantes, pelo que apenas um dos participantes a título singular no consórcio privado único concorrente, a quem caberia uma participação de 22% do capital social, seria assim entregue um verdadeiro direito de veto absoluto sobre toda a actuação da sociedade gestora.

Acresce que a parceria pública ficaria em minoria no conselho de administração, cabendo-lhe uma presidência simbólica e sem poderes, desprovida de qualquer contrapeso nas deliberações da administração, que assim poderia nomeadamente alienar e onerar livremente todo o património imobilizado da sociedade, sendo que para esta reverteriam os imóveis a expropriar com

¹⁶ Vide ofício nº 98/2011, de 11 de Outubro, a fls. 217 e ss. do processo. Os trechos transcritos são uma seleção da nossa responsabilidade, tal como os assinalados a negro.



dinheiros públicos e por decorrência do exercício dos poderes públicos originários do Município da Trofa.

Consequentemente, algo teria forçosamente de ser efectuado na defesa do interesse público (...).

Pelo exposto, para que a adjudicação tivesse tido lugar no âmbito do concurso público internacional, seria pois fundamental que por via negocial, a desenvolver entre a entidade contratante e a única concorrente (...) se tivesse conseguido obter um acordo quanto ao pacto social e acordo parasocial constantes da proposta do concorrente, na perspectiva da revisão profunda destes textos (...);

- o) Referiu a TROFA-PARK¹⁷ que as negociações foram iniciadas com base num “*prévio acordo quanto aos temas a tratar, a metodologia de trabalho e a data da conclusão das negociações*”. Refira-se que os limites temporais eram uma consequência dos rigorosos condicionalismos estabelecidos no âmbito do QREN, “*com vista a poder aproveitar o financiamento já aprovado*”. No entanto, os prazos acabaram por ser ultrapassados “*(...) não se tendo logrado obter qualquer consenso em face da inflexibilidade do concorrente único quanto às alterações ao pacto social e acordo parassocial, tendo por base textos alternativos apresentados pela parceria Município da Trofa / TROFA-PARK, EEM, que por isso ficaram sem resposta, não tendo sido sequer apresentada pela parceria privada qualquer solução alternativa.*

Esclarece-se que, uma vez fixados os objectivos e a calendarização destas negociações, estas se resumiram a uma reunião informal entre os juristas representantes de ambas as partes, onde a parceria pública apresentou os textos das suas propostas de alteração do pacto social e de acordo parassocial (...) tendo ficado aprazada uma nova reunião na sede social da Trofa Park para análise destes textos com a participação directa dos representantes legais das entidades envolvidas, tendo esta nova reunião tido efectivamente lugar e terminado inconclusiva com o compromisso da parceria privada em apresentar em curto prazo as suas contrapropostas escritas, o que jamais viria a suceder”.

Naquelas circunstâncias e “não se respeitando e até se preterindo de forma grave, evidente e intolerável o interesse público

¹⁷ Idem.



subjacente ao concurso, ficou inviabilizada definitivamente a decisão de adjudicação”, as entidades adjudicantes decidiram excluir a única proposta apresentada e “liminarmente admitida a concurso”, com base no “disposto nos artigos 28º, nº 1 e 30º nº 1 a) do Programa do Concurso e artigos 70º nº 2 alíneas b) e f) e 79º nº 1 do CCP”;

- p) A TROFA-PARK, em 27 de outubro de 2010¹⁸, aprovou proposta a apresentar à CMT no sentido de que esta “ao abrigo dos artigos 28º nº 1 e 30º nº 1 a) do Programa de Concurso e 70º nº 2, alíneas b) e f) e 79º nº 1 b) do Código dos Contratos Públicos, delibere em termos definitivos pela não adjudicação e subsequente extinção do procedimento concursal, por ter ficado deserto”;
- q) Por deliberação da CMT de 5 de novembro de 2010¹⁹, foi tomada “decisão definitiva de não adjudicação e subsequente extinção do procedimento concursal”, nos termos da proposta apresentada pela TROFA-PARK referida na alínea anterior.

I.C – Factos relativos ao ajuste direto para formação dos contratos

6. Para além do referido nos números anteriores, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos relativos ao ajuste direto conduzido pela entidade adjudicante para formação dos presentes contratos²⁰:

- a) Em deliberações do Conselho de Administração da TROFA-PARK, da CMT e da Assembleia Municipal da Trofa de 29.11.2010²¹, 3.12.2010²² e 13.12.2010²³, respetivamente, entendendo-se que tendo o concurso público internacional ficado deserto, por não ter havido outra proposta para além da excluída, decidiu-se abrir procedimento por ajuste direto, de acordo com o preceituado nos artigos 23º e 24º, nº 1, b) do CCP, uma vez que, também se entendeu que o caderno de encargos não seria, substancialmente, alterado em relação ao procedimento anterior;

¹⁸ Vide fls. 999 e ss. do processo.

¹⁹ Vide certidão a fls. 996 e ss. do processo.

²⁰ Vide, em geral, o ofício nº 98/2011, de 11 de Outubro, a fls. 217 e ss. do processo. Os trechos transcritos são uma seleção da nossa responsabilidade, tal como os assinalados a negrito.

²¹ Vide igualmente acta a fl. 34 do processo nº 963/2011.

²² Vide certidão a fls. 38 e ss. do processo nº 963/2011.

²³ Vide certidão a fls. 40 e ss. do processo nº 963/2011. Vide igualmente texto do convite a fl. 61 do mesmo processo.



- b) Nesse sentido teceram-se as seguintes considerações: *“Ora, o interesse público dominante manteve-se inalterado, isto é o desenvolvimento do projecto de criação e instalação da [ALE], pelo que subsistiam igualmente inalterados, em relação ao concurso anterior, os objectivos essenciais a submeter a contratação pública, nomeadamente a constituição da sua entidade gestora, a celebração do contrato de empreitada pública de construção da área de acolhimento empresarial e a celebração do contrato de prestação de serviços referente à elaboração do projecto de arquitectura da área de localização, numa perspectiva de formação de três contratos coligados e indissociáveis entre si, embora com predomínio do contrato da gestora, sem o qual os outros ficariam prejudicados. Todos estes três contratos mantiveram-se inalterados (...). Por questões de melhor técnica jurídica, em nada se alterando no plano substantivo as relações jurídicas finais a constituir, apenas se admitiu como melhor solução que fosse desde logo prevista a celebração dos três contratos por outorga da entidade contratante, Trofa Park EEM., a qual, por sua vez, cederia as posições contratuais emergentes da celebração dos contratos de empreitada e de prestação de serviços a favor da sociedade gestora a constituir”*;
- c) E continuou-se: *“Nesta senda as alterações que foram introduzidas no caderno de encargos do ajuste directo foram (...) as de previsão imediata e inegociável das regras a incluir [n]o pacto social que presidiria à constituição e funcionamento da entidade gestora da [ALE] (...). Manteve-se, no entanto, no caderno de encargos a previsão de atribuição de pontuação à qualidade do Acordo de Accionistas, permitindo-se que os candidatos oferecessem as suas propostas para este tipo de acordo, desde que aceitassem prévia e definitivamente o pacto social da sociedade gestora integrado pela parceria pública no caderno de encargos, pacto este, aliás, absolutamente idêntico ao que fora apresentado em sede de negociações à parceria privada única concorrente do extinto concurso público internacional e que esta rejeitou”*(...).
- d) E disse-se ainda: *“Em suma tratou-se de assegurar no novo procedimento que a sociedade gestora (...) seja controlada “de jure” e “de facto” pela parceria pública maioritária que nela tomará assento, constituída pelos entes públicos Câmara Municipal da Trofa e Trofa Park, EEM., para que dela dependa o destino do seu património, a afectação dos dinheiros públicos e a*



sua gestão operacional essencial à prossecução de uma política de preços controlados e competitivos, eventualmente atractivos do investimento, ou seja, excluídos de uma lógica de mercado e da especulação imobiliária, com inerente imposição de sacrifícios do interesse privado a associar, desde que justos e proporcionados.

Tal preocupação é reforçada pela necessidade de que no plano dos pressupostos da concessão de subsídio pelo ON.2 no âmbito do SAAAEL/1/2010, a candidatura que a Trofa-Park, EEM, se viu forçada a elaborar, substituindo a que fizera anteriormente no âmbito do SAAAEL/1/ 2008, haja efectivo controlo público da sociedade pelo menos enquanto durar o projecto como se encontra na candidatura, ou seja, durante mais 15 anos após a assinatura do contrato com o ON.2.”;

- e) Em sintonia com as considerações reproduzidas nas alíneas anteriores, no convite²⁴ para participação no procedimento de ajuste direto, previu-se:
- i. ***“A entidade adjudicante está disponível para negociar eventual acordo parassocial, mas a prevalência do interesse público municipal exige que o controlo efectivo da sociedade gestora de capitais maioritariamente públicos referida no presente convite seja mantido, pelo que não haverá lugar a negociação sobre o conteúdo do Projecto de Pacto Social”;***
 - ii. ***“A adjudicação é feita (...) tendo em conta os factores que constam do (...) programa de Concurso Público internacional (...) com excepção do primeiro parágrafo da alínea c), que se anula”.*** Assim, o fator do critério de adjudicação “estrutura contratual da proposta” com a ponderação de 5%, passou a ter só o subfator “proposta de acordo parassocial - valoração das responsabilidades e competências atribuídas ao parceiro público em contraponto com o parceiro privado na sociedade gestora da ALE”, com uma ponderação de 100%²⁵;
- f) Em 23 de dezembro de 2010, foram enviados convites a “Construções Europa Ar-Lindo, S.A.”, “Alexandre Barbosa

²⁴ Vide texto do convite a fl. 61 do processo nº 963/2011. Os trechos transcritos são uma seleção da nossa responsabilidade, tal como os assinalados a negrito.

²⁵ Compare-se com facto referido acima na subalínea iii) da alínea g) do nº 5 .



- Borges, S.A.”, “FDO – Construções, S.A.” e “Britalar – Sociedade de Construções, S.A.”²⁶;
- g) Em resposta ao convite, em 7 de janeiro de 2011, foi apresentada uma proposta pelo agrupamento de empresas constituído pelas sociedades “Britalar – Sociedade de Construções, S.A./Construções Europa Ar-Lindo, S.A./Nicolau de Macedo, Lda.”²⁷;
- h) Por deliberação de 20.01.2011²⁸, o Conselho de Administração da TROFA-PARK constatou que a proposta recebida cumpria todos os requisitos legais e os fixados nos documentos do procedimento, e decidiu propor ao agrupamento proponente²⁹ alterações na sua proposta *“no âmbito da participação na constituição da sociedade gestora (...) nomeadamente, no que respeita ao articulado proposto para o Acordo Parassocial de Accionistas”*, a melhoria da proposta referente *“à construção da empreitada (...) nomeadamente, no que respeita a preços e prazos de execução”* e no que refere à proposta de elaboração do projeto de arquitetura, *“nomeadamente, no que respeita aos preços apresentados”*;
- i) O proponente propôs alterações à proposta inicialmente apresentada³⁰;
- j) Atendendo a que, no convite, apenas foi admitida a negociação do eventual acordo parassocial, questionou-se a entidade adjudicante TROFA-PARK, no sentido de se saber por que razão tinham sido sugeridas melhorias nas propostas apresentadas para a execução da empreitada e elaboração do projeto, no que respeita a preços e prazos, tendo a mesma entidade respondido, *“(…) que o convite enviado não exclui negociação quanto a preços e prazos, pelo que a possibilidade de negociação não se encontra descartada”*;
- k) Em 4 de fevereiro de 2011, mediante proposta da TROFA-PARK, a CMT decidiu proceder à adjudicação ao convidado proponente da celebração dos três contratos³¹.

²⁶ Vide fls. 55 e ss. do processo nº 963/2011.

²⁷ Vide fls. 66 e ss. do processo nº 963/2011.

²⁸ Vide fls. 93 e ss. do processo nº 963/2011.

²⁹ Vide ofício enviado ao proponente em 28 de janeiro de 2011, a fls. 96 do processo nº 963/2011.

³⁰ Vide fls. 98 e ss. do processo nº 963/2011.

³¹ Vide certidão a fls. 108 e ss. do processo nº 963/2011.



I.D – Factos relativos ao processo de fiscalização prévia

7. Na instrução do presente processo de fiscalização prévia atente-se no seguinte:

- a) Pelo ofício nº 56/2001, de 7 de junho de 2011, entrado nos Serviços de Apoio a este Tribunal em 14 de junho de 2011, a TROFA-PARK remeteu para fiscalização prévia o contrato de empreitada acima referido na alínea b) do nº 1, tendo dado origem ao processo nº 963/2011;
- b) Pelo ofício nº 40/2011, de 11 de abril de 2011, entrado nos Serviços de Apoio a este Tribunal em 14 de abril de 2011, a TROFA-PARK remeteu para fiscalização prévia o contrato de prestação de serviços acima referido na alínea c) do nº 1. Contudo, **o contrato então enviado não vinha assinado**. Por isso após fax nº 52D/2011 dos Serviços de Apoio, pelo ofício nº 57/2011, de 7 de junho de 2011, entrado nos Serviços de Apoio a este Tribunal em 14 de junho de 2011, a TROFA-PARK remeteu para fiscalização prévia o referido contrato de prestação de serviços **já assinado**, tendo dado origem ao processo nº 964/2011;
- c) Face ao disposto naqueles contratos, concluiu-se que a sua análise só poderia ser adequadamente realizada juntamente com o contrato de constituição da entidade gestora, acima referido na alínea a) do nº 1. Por isso, e por força do disposto no artigo 152º da Lei nº 55-A/2010, de 31 de Dezembro, em sessão diária de visto de 28 de Outubro de 2011, foi tomada decisão no sentido de se entender que tal contrato deveria ser sujeito a fiscalização prévia, e só depois de este recebido ser possível proceder à adequada análise dos já enviados. Em consequência, decidiu-se também que os três contratos e correspondentes processos deveriam ser apensos e, articuladamente, objeto de análise e decisão, no exercício das competências deste Tribunal em matéria de fiscalização prévia. A mesma decisão tomada em sessão diária de visto, concluiu, em consequência, que o prazo previsto no nº 1 do artigo 85º da LOPTC³² deveria ser contado a partir da receção do referido

³² Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro, e 61/2011, de 7 de dezembro.



contrato - até então não enviado - e constituição do respetivo processo;

- d) Pelo ofício nº 106/2011, de 11 de novembro de 2011, entrado nos Serviços de Apoio a este Tribunal em 15 de novembro de 2011, a TROFA-PARK remeteu para fiscalização prévia o contrato de constituição da entidade gestora, acima referido na alínea a) do nº 1, tendo dado origem ao processo nº 1696/2011.

II - FUNDAMENTAÇÃO

8. Refira-se em primeiro lugar que, face aos dados expostos no número anterior, não se esgotou nesta data o prazo fixado no nº 1 do artigo 85º da LOPTC, pelo que este Tribunal mantém competência para se pronunciar sobre os contratos sujeitos a fiscalização prévia.

II.A – Síntese dos factos e questões fundamentais

9. De todos os factos elencados na Parte I deste acórdão poderá sublinhar-se a seguinte matéria essencial para a fundamentação da presente decisão:
- a) Com a celebração destes contratos visa-se a constituição de uma parceria público-privada institucional, visando a conceção e a construção de uma área de localização empresarial e a criação de uma entidade para a sua gestão, com a participação de capitais públicos e privados;
 - b) As entidades adjudicantes são a Câmara Municipal da Trofa e a TROFA-PARK (entidade empresarial daquele município), sendo aquela representada por esta na condução do procedimento, ao abrigo do nº 2 do artigo 39º do CCP;
 - c) A natureza dos contratos, os valores neles envolvidos e a estreita relação que as entidades adjudicantes entenderam estabelecer entre eles, exigiam para sua formação o lançamento de um concurso público com publicitação internacional;
 - d) Tal concurso público foi lançado;
 - e) Nos documentos concursais estabeleceram-se exigências em matéria de capacidades técnicas e financeiras dos concorrentes e a apresentação de alvará adequado às obras públicas envolvidas na parceria;



- f) Nos documentos concursais estabeleceu-se um modelo de avaliação de propostas baseado em determinados fatores e subfatores, com as respetivas ponderações, mas sem a fixação de escalas de pontuação;
- g) Nos documentos concursais não foi incluído qualquer projeto de pacto social e de acordo parassocial da entidade gestora a constituir, prevendo-se que deveriam constar da proposta a apresentar e objeto de avaliação;
- h) Um único concorrente apresentou proposta que incluiu um projeto de pacto social e acordo parassocial, considerados inaceitáveis pelas entidades adjudicantes;
- i) A entidade adjudicante TROFA-PARK propôs a realização de negociações não previstas nos documentos concursais com o único concorrente, que as aceitou, visando nelas obter profundas alterações ao pacto social e acordo parassocial apresentados na proposta, com base em textos alternativos por ela apresentados, mas o concorrente não as aceitou e não apresentou contrapropostas;
- j) As entidades adjudicantes decidiram proceder a não adjudicação e extinguir o procedimento ao abrigo dos artigos 28º nº 1 e 30º nº 1 a) do Programa de Concurso e 70º nº 2, alíneas b) e f) e 79º nº 1 b) do CCP;
- k) Na sequência de tal decisão, decidiram realizar um procedimento por ajuste direto, com base nos artigos 23º e 24º, nº 1, b) do CCP, e no entendimento de que o caderno de encargos não era substancialmente alterado em relação ao procedimento anterior;
- l) Contudo, nos documentos concursais foram introduzidas as seguintes alterações:
 - i. Foi incluído um projeto de pacto social idêntico ao que fora apresentado, em negociações, à única concorrente do extinto concurso público internacional;
 - ii. As entidades adjudicantes manifestaram-se disponíveis para negociar eventual acordo parassocial, mas indisponíveis para qualquer negociação sobre o conteúdo do projecto de pacto social;
 - iii. A adjudicação seria feita com base no modelo de avaliação que constou do programa de concurso público internacional, com excepção de um subfactor relativo ao pacto social proposto, que foi eliminado;
- m) Foram dirigidos convites a quatro entidades que não participaram no concurso público;



- n) Duas dessas entidades e uma terceira agruparam-se e apresentaram uma proposta;
- o) Após negociações, envolvendo aspetos inicialmente não previstos, as entidades adjudicantes decidiram proceder à adjudicação àquele único concorrente.

10. Sem prejuízo de outras que também se abordarão, a questão fundamental que se suscita nos presentes processos é a de saber se a formação dos três contratos poderia ter sido realizada mediante ajuste direto.

Contudo, como se viu, a formação dos contratos através de um procedimento por ajuste direto teve como antecedente um concurso público com publicitação no DR e no JOUE em que não se procedeu a adjudicação e foi declarado extinto.

Temos pois de recuar a tal procedimento inicial para avaliar sobre a conformidade legal do ajuste direto adotado.

Assim, as seguintes questões devem ser suscitadas e respondidas:

- a) As decisões de exclusão da única proposta apresentada no concurso público, de não adjudicação e de extinção do procedimento, foram conformes à lei?
- b) Na sequência de tais decisões, foi conforme à lei a decisão de formação dos contratos mediante ajuste direto?
- c) Outras questões relacionadas com o concurso público podem pôr em causa a conformidade com a lei dos contratos celebrados?

II.B – A não adjudicação no concurso público e extinção do procedimento

11. As decisões de exclusão da única proposta apresentada no concurso público, de não adjudicação e de extinção do procedimento foram tomadas ao abrigo dos artigos 28º nº 1 e 30º nº 1 a) do Programa de Concurso e 70º nº 2, alíneas b) e f) e 79º nº 1 b) do CCP.

Disponha o nº1 do artigo 28º do PC:

“A decisão de selecção/adjudicação é tomada pela Câmara Municipal da Trofa, sob proposta do Conselho de Administração



da TROFA-PARK, EEM, ponderados os argumentos e as conclusões contidas no relatório final do júri.”

E dispunha a alínea a) do nº1 do artigo 30º do mesmo PC:

“Não há lugar à adjudicação/selecção (...) [q]uando todas as propostas apresentadas sejam consideradas inaceitáveis pelo Conselho de Administração da TROFA-PARK, EEM”.

12. Como se viu³³, o motivo fundamental que conduziu àquelas decisões foi o facto de *“na única proposta apresentada, o pacto social e o respectivo acordo parassocial nela incluídos, [corresponderem] a uma completa e absoluta secundarização e até total paralisação do interesse público maioritário, que em função de tais minutas contratuais, a serem aceites, ficaria reduzido a um papel meramente simbólico e inoperante no quadro da gestão de tal sociedade, em benefício do interesse incontrolável do consórcio privado proponente”.*
13. Note-se que a criação das ALE está subordinada ao regime estabelecido no Decreto-Lei nº 72/2009, de 31 de Março, que estabelece o regime jurídico de instalação e exploração das áreas de localização empresarial, bem como os princípios gerais relativos à sua gestão.

Dispõe o nº 1 do artigo 4º desse diploma legal quanto à constituição da sociedade gestora das ALE:

“A constituição da sociedade gestora de ALE obedece aos seguintes requisitos:

- a) Ser detida maioritariamente pelo proprietário dos prédios onde se pretende licenciar a ALE ou por quem seja titular, por um prazo mínimo de 30 anos, de um direito de utilização desses prédios que habilite à prática de todos os actos inerentes à instalação e exploração da ALE;*
- b) Ter a forma de sociedade anónima, com um capital mínimo de € 500 000 e situação líquida igual ou superior a 25 % do seu activo total líquido.”*

³³ Vide acima a alínea n) do nº 5.



14. Tendo em conta o regime jurídico das ALE e as disposições fixadas nos documentos do concurso compreendem-se bem as decisões tomadas pela CMT.

Pese embora o fundamento constante na alínea a) do nº1 do artigo 30º do PC não tenha correspondência na lei – vide as causas de exclusão de propostas constantes do nº 2 do artigo 70º do CCP - deve reconhecer-se que a proposta apresentada, a ser aceite e depois objeto de decisão favorável de adjudicação, constituía uma subversão completa de aspetos fundamentais do contrato a celebrar, muito particularmente a clara intenção expressa no PC e no CE de que a entidade gestora a constituir, com a participação de capitais públicos e privados, deveria ter uma configuração estatutária com predominância dos interesses públicos representados pela CMT e pela TROFA-PARK.

E tal intenção era claramente conforme ao disposto no quadro jurídico das ALE e à concreta situação da que se pretende constituir no Município da Trofa.

Assim, considera-se que agiu bem a CMT, sob proposta da TROFA-PARK, em invocar o disposto nas alíneas b) e f) do nº 2 do artigo 70º e na alínea b) do nº 1 do artigo 79º do CCP.

Efetivamente, pode considerar-se que os **aspetos nucleares** do pacto social e do acordo parassocial propostos violavam “*aspectos da execução do contrato a celebrar (...) não submetidos à concorrência*” e, **genericamente**, tais documentos da proposta violavam “*parâmetros base fixados no caderno de encargos*”. Recorde-se que tais parâmetros, nos termos do nº 3 do artigo 42º do CCP, são “*aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência*”.

E, face ao disposto no regime jurídico das ALE, pode igualmente considerar-se que os **aspetos nucleares** daqueles documentos conduziam à violação de “*vinculações legais (...) aplicáveis*”.

15. Deverá dizer-se que face a tais disposições legais, deveriam ter sido tomadas decisões imediatas de exclusão e de não adjudicação, ao invés de terem procedido à admissão da proposta e a negociações com a única entidade proponente.

Efetivamente, as negociações não deveriam ter ocorrido por fortes razões:

- a) Fundamentalmente porque, nos termos da lei, tal fase não se enquadra no tipo de procedimento escolhido;



b) Porque nem estavam previstas nos documentos concursais.

Em alternativa, poderia adotar-se outro entendimento: pese embora as negociações tenham assim sido designadas, e tenham decorrido no âmbito do concurso público, poder-se-ia considerar que, substancialmente, se tratou de um procedimento de ajuste direto, realizado ao abrigo do disposto na alínea b) do nº 1, e nos nºs 2 e 3 do artigo 24º do CCP. Mas este entendimento, apelando a uma compreensão muito material dos factos, conduziria à imediata crise do procedimento por ajuste direto que a seguir foi efetivamente lançado.

E o que importa agora destacar é que nas negociações realizadas nenhum resultado se obteve.

16. Em conclusão: em resposta à questão a) acima equacionada no nº 10, e como se disse acima no nº 14, agiu bem a CMT, sob proposta da TROFA-PARK, ao tomar aquelas decisões de exclusão e de não adjudicação, que têm suporte legal.

II.C - A possibilidade de formação dos contratos mediante ajuste direto

17. A decisão de proceder a ajuste direto para a formação dos contratos baseou-se no disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 24º do CCP que dispõe:

“Qualquer que seja o objecto do contrato a celebrar, pode adoptar-se o ajuste directo quando (...) [e]m anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento”.

Na sequência desta disposição, deve igualmente atender-se ao que se dispõe no nº 8 do mesmo artigo, no que agora é relevante:

“Para efeitos do disposto [na alínea b)] do nº 1, considera-se que o caderno de encargos e os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira são substancialmente alterados quando as alterações sejam susceptíveis de impedir a verificação das situações previstas nessas alíneas, nomeadamente quando



sejam alterados os parâmetros base fixados no caderno de encargos”.

Mas, para avaliar a conformidade legal de tal decisão, no caso concreto – face aos valores envolvidos no contrato de empreitada e no contrato de prestação de serviços ³⁴ - deve igualmente atender-se ao que se dispõe nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo que no essencial dispõem:

“No caso [de todas as propostas terem sido excluídas com fundamento no n.º 2 do artigo 70º], a adopção do ajuste directo só permite a celebração de contratos [de empreitada e de aquisição de serviços] de valor igual ou superior [ao dos limiares comunitários], desde que o anúncio do procedimento anterior tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia e sejam convidados a apresentar proposta todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas apenas com fundamento no n.º 2 do artigo 70º”.

18. Devemos perscrutar qual a *ratio legis* destas soluções normativas e analisá-las em pormenor.

Desde logo, deve constatar-se que a solução constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 24º do CCP constitui uma das situações em que o legislador, por razões materiais – e ao contrário do que se exigiria face a critérios, designadamente, relacionados com o valor e tipo de contrato – admite o afastamento de procedimentos concorrenciais mais exigentes.

Na formulação do direito comunitário, trata-se de uma situação em que apenas se exige que as entidades adjudicantes “*consultem os operadores económicos da sua escolha e negociem as condições do contrato com um ou mais de entre eles*”³⁵.

19. Tal solução – e as demais constantes dos artigos 24º a 27º e 31º n.º 3 do CCP – assume pois um carácter excepcional, face às regras gerais de escolha do procedimento para a formação de um contrato.

De tal carácter excepcional resultam várias consequências: designadamente, a de não se poder fazer uso de tal solução por via de aplicação analógica e de dever ser feita uma **interpretação estrita** na

³⁴ Vide acima alíneas b) e c) do n.º 1.

³⁵ Vide a alínea c) do artigo 1º, n.º 9 da Diretiva 2004/17 e a alínea d) do artigo 1º, n.º 11 da Diretiva 2004/18.



aplicação da norma, admitindo-se apenas tal aplicação aos casos que claramente se subsumem à previsão normativa³⁶.

20. Os fundamentos que subjazem à solução constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º respeitam à provável inutilidade de lançamento de um novo procedimento concorrencial porque o anteriormente lançado ficou deserto (neste caso, em sentido amplo, por exclusão de todas as propostas apresentadas).

Isto é: feito o apelo à concorrência e respeitados os princípios e regras aplicáveis da contratação pública em anterior procedimento, configura-se uma situação de inutilidade de novo apelo, justificando-se um esforço de aproveitamento de matéria do procedimento anterior.

Perante tal inutilidade admite a lei que se faça apelo a um procedimento por ajuste direto, **desde que a dimensão concorrencial obtida no procedimento anterior seja respeitada.**

21. E que critérios fixa a lei para que se respeite tal dimensão concorrencial no novo procedimento por ajuste direto?

Os seguintes:

- a) O caderno de encargos não pode ser substancialmente alterado: veja-se o disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 8 do artigo 24.º;
- b) O procedimento concorrencial anterior deve ter tido a publicitação adequada, em função dos valores envolvidos: veja-se o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 24.º;
- c) Devem ser convidados a apresentar proposta todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas apenas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º;
- d) Devem ser respeitados os prazos fixados nos n.ºs 6 e 7 do mesmo artigo 24.º.

22. Para melhor se compreenderem as soluções legais adotadas, do que se refere no número anterior dois aspetos devem ser ainda aprofundados:

- a) O que constitui uma alteração substancial do caderno de encargos?
- b) Por que devem ser convidados exclusivamente os candidatos excluídos ao abrigo do n.º 2 do artigo 70.º?

³⁶ Vide, neste sentido, os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferidos nos processos n.ºs 250/07, C-157/06 e 126/03, de 4 de junho de 2009, 2 de outubro de 2008 e de 18 de novembro de 2004 (casos Comissão/Grécia, Comissão/Itália e Comissão/Alemanha).



23. Vejamos a primeira questão.

É o próprio nº 8 do artigo 24º que estabelece uma orientação quando afirma que “*o caderno de encargos [é substancialmente alterado] quando as alterações sejam susceptíveis de impedir a verificação [da situação prevista na alínea b) do nº 1]*”.

Que situação é essa? Indubitavelmente: a exclusão de propostas. Isto é: a lei não permite, nomeadamente, que se façam alterações no caderno de encargos de forma que as propostas antes excluídas venham a ser consideradas *qua tale* no novo procedimento. Admitir-se isso seria conformar os interesses da entidade adjudicante às propostas apresentadas pelos concorrentes e que antes tinham sido excluídas.

Mas a lei ainda é mais explícita no mesmo número ao adiantar que constitui uma alteração substancial do caderno de encargos “*quando sejam modificados os parâmetros base fixados no caderno de encargos*”.

Ora, nos termos dos nºs 3 e 4 do artigo 42º do CCP “[*a*]s cláusulas do caderno de encargos relativas aos aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência podem fixar os respectivos parâmetros base a que as propostas estão vinculadas” e “os parâmetros base podem dizer respeito a quaisquer aspectos da execução do contrato”.

Destas disposições resulta uma conclusão: **qualquer alteração relativa aos aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência devem ser considerados alterações substanciais do caderno de encargos.**

24. Quanto à segunda questão suscitada no nº 22, atente-se que a alínea b) do nº 1 do artigo 24º fixa como pressuposto para a adoção do ajuste direto a exclusão de todas as propostas independentemente das causas de exclusão: isto é, quer as do nº 2 do artigo 70º, quer as do nº 2 do artigo 146º podem fundamentar a adoção posterior do ajuste direto ³⁷. E adotado este posteriormente, nos termos daquele nº 3 do artigo 24º, só devem ser convidados os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas pelos motivos previstos no nº 2 do artigo 70º. Isto é: só podem ser convidados os concorrentes cujas propostas foram excluídas na

³⁷ Ao contrário do previsto para os contratos dos setores especiais, no nº 4 do mesmo artigo 24º, onde só se admite a adoção do ajuste direto quando a exclusão de todas as propostas tenha ocorrido com fundamento diferente do nº 2 do artigo 70º (e portanto ao abrigo do artigo 146º nº 2).



sequência da apreciação do seu mérito e, portanto, por motivos de natureza substancial.

Trata-se de dar uma nova oportunidade a esses concorrentes para adequarem as suas propostas ao que é solicitado no caderno de encargos não substancialmente alterado.

Perante as disposições acima transcritas e a interpretação que agora delas foi feita, impõe-se analisar o caso concreto.

Atendendo ao que acima se referiu no nº 21, relembre-se que o anterior concurso público teve anúncio publicado no Jornal Oficial da União Europeia e, nele, a única proposta apresentada foi excluída com o fundamento das alíneas b) e f) do nº 2 do artigo 70º. Reconheça-se igualmente que não estão em causa os prazos legalmente previstos para a tomada de decisão de adoção do ajuste direto e para a formulação dos convites.

Na sequência também do que se referiu no nº 21, devem pois colocar-se as seguintes questões:

- a) No procedimento por ajuste direto pode considerar-se que o caderno de encargos não foi substancialmente alterado em relação ao patente no concurso público anterior?
- b) No procedimento por ajuste direto foram “*convidados a apresentar proposta todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas apenas com fundamento no nº 2 do artigo 70º*” ou, noutros termos: foi convidado a apresentar proposta o concorrente, e apenas, o concorrente cuja proposta foi excluída apenas com fundamento no nº 2 do artigo 70º?

Vejam os.

25. Da matéria de facto³⁸ resulta que, no ajuste direto, relativamente ao CE e PC do concurso, foram introduzidas as seguintes alterações:

- a) Foi apresentado o texto de pacto social da sociedade gestora “*pacto este, aliás, absolutamente idêntico ao que fora apresentado em sede de negociações (...) do extinto concurso público internacional*”;

³⁸ Vide acima alínea e) do nº 6.



- b) *“A entidade adjudicante [manifestou-se] disponível para negociar eventual acordo parassocial”* mas alertou *“que não haverá lugar a negociação sobre o conteúdo do Projecto de Pacto Social”*;
- c) Foi introduzida uma alteração ao modelo de avaliação das propostas: *“[a] adjudicação [passou a ser feita] (...) tendo em conta os factores que constam do (...) programa de Concurso Público internacional (...) com excepção do primeiro parágrafo da alínea c), que se anula”*. Assim, o fator do critério de adjudicação “estrutura contratual da proposta” com a ponderação de 5% passou a ter só o subfactor “proposta de acordo parassocial - valoração das responsabilidades e competências atribuídas ao parceiro público em contraponto com o parceiro privado na sociedade gestora da ALE” com uma ponderação de 100%.

26. Vimos acima que constitui uma alteração substancial do caderno de encargos *“quando sejam modificados os parâmetros base fixados no caderno de encargos”* e concluímos que **qualquer alteração relativa aos aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência devem ser considerados alterações substanciais do caderno de encargos.**

Ora, foram as próprias entidades adjudicantes que estabeleceram que a proposta de pacto social - salvaguardados **aspetos nucleares** relacionados com o predomínio dos interesses públicos, que acima se aceitou considerar estarem fora da concorrência - era um dos elementos da execução do contrato – um parâmetro base - submetidos à concorrência: por isso, a proposta de pacto social era objeto de avaliação.

Assim, não pode deixar de se considerar que a imposição de um texto de pacto social e a conseqüente alteração do modelo de avaliação das propostas configuram uma alteração substancial do caderno de encargos colocado a concurso.

Ocorreu pois violação do disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 24º do CCP.

27. Ficou patente nos factos dados como provados que o concorrente excluído e único concorrente no concurso público não foi convidado no procedimento por ajuste direto. E outras quatro entidades que não participaram no concurso público foram convidadas a apresentar propostas.



Ocorreu pois violação do disposto no n° 3 do artigo 24° do CCP.

Revisitando o que acima se disse, a propósito da *ratio legis* das soluções normativas que no caso são relevantes, diga-se em conclusão que as violações de lei referidas consubstanciaram **uma alteração total da dimensão concorrencial obtida no concurso público anterior.**

28. Em conclusão: em resposta à questão b) equacionada acima no n° 10, **os contratos sub judice não poderiam ser formados mediante ajuste direto, com o enquadramento legal que lhes foi dado.**

II.D – Outras questões relacionadas com o concurso público e com o ajuste direto subsequente

29. Note-se o seguinte: a possibilidade de poder ser formado um contrato mediante ajuste direto, na sequência de concurso deserto, ao abrigo da alínea b) do n° 1 do artigo 24° do CCP, tem como necessário pressuposto que tal concurso foi lançado e conduzido em conformidade com a lei. Isto é: se o referido concurso estiver ferido de ilegalidades que poderão ter contribuído para os resultados obtidos – designadamente através de disposições que afetaram o universo concorrencial alcançado – então não poderão ser invocadas as circunstâncias previstas naquela disposição legal para se formar um contrato através de ajuste direto.

30. Ora, no concurso lançado, verificaram-se as seguintes circunstâncias que agora se relevam:

- a) No modelo de avaliação fixado foram estabelecidos fatores e subfatores de avaliação e respetivos coeficientes de ponderação, mas não foram fixados escalas de atribuição de pontuações³⁹;
- b) Foram exigidas determinadas capacidades técnicas e financeiras aos concorrentes⁴⁰;
- c) Foi exigido que as propostas incluíssem o alvará de empreiteiro de obras públicas ajustado à empreitada objeto do respetivo contrato⁴¹.

Vejamus cada uma destas questões.

³⁹ Vide acima as alíneas g) e h) do n° 5.

⁴⁰ Vide acima a alínea i) do n° 5.

⁴¹ Vide acima a subalínea ii) da alínea j) do n° 5.



31. O nº 3 do artigo 139º do CCP estabelece que “[p]ara cada factor ou subfactor elementar deve ser definida uma escala de pontuação” e o nº 2 do mesmo artigo prevê que “[a] pontuação global de cada proposta, expressa numericamente, corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada factor ou subfactor elementar”.

A alínea n) do nº1 do artigo 132º do CCP tem estatuições normativas coincidentes.

Relembre-se igualmente que os nºs 1 dos artigos 146º e 148º determinam que a decisão de adjudicação se apoie em relatórios fundamentados.

Ora, o modelo de avaliação constante dos documentos do concurso não prevê escalas de pontuação para cada factor ou subfactor elementar da avaliação.

Assim, o modelo de avaliação aprovado não só viola o que a lei prevê nessa matéria, como era insuscetível de gerar relatórios fundamentados de suporte à decisão de adjudicação.

No concurso público ocorreu pois violação do disposto no nº 3 do artigo 139º e na alínea n) do nº1 do artigo 132º do CCP.

Dir-se-á que como surgiu só um concorrente tal violação é irrelevante. Não deve contudo esquecer-se uma outra dimensão: o facto de o modelo de avaliação ser desadequado, lançando assim a avaliação para domínios de exercício de uma discricionariedade avaliativa, que a lei não admite, pode ter tido impacto no universo dos potenciais interessados e concorrentes.

32. Como se viu, no concurso público, foram exigidas determinadas capacidades técnicas e financeiras aos concorrentes. E fizeram-se refletir tais exigências no próprio modelo de avaliação das propostas, designadamente quando nele se fez prever como subfatores de avaliação a experiência do candidato em atividades que constituam o objeto da sociedade gestora e as habilitações literárias e experiência profissional da sua equipa técnica e de gestão.

Tais preocupações refletiram-se igualmente no tipo de documentos a apresentar, designadamente quando se exigiram listagens da atividade desenvolvida pelo interessado, nos últimos 5 anos, com interesse para a constituição da sociedade anónima.



Ora tais exigências – que teriam evidente justificação se tivesse sido adotado um concurso limitado por prévia qualificação - contrariam claramente o disposto no nº 1 do artigo 75º do CCP, quando neste se prevê que a avaliação não se pode ter em consideração “*directa ou indirectamente, situações qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*”.

No concurso público ocorreu pois violação do disposto no nº 1 do artigo 75º do CCP.

Ora, tal violação pode também ter contribuído para a distorção do universo de potenciais interessados e concorrentes no concurso público.

Note-se que esta violação de lei também ocorreu no ajuste direto subsequente.

33. A exigência de apresentação do alvará adequado à realização das obras públicas com a proposta constitui igualmente uma violação do disposto no nº 2 do artigo 81º do CCP, que prevê que tal exigência só pode ser colocada ao concorrente adjudicatário.

Tal violação pode também ter contribuído para a distorção do universo de potenciais interessados e concorrentes no concurso público.

Por outro lado, deve referir-se que a lei prevê que compete ao dono da obra definir qual a habilitação adequada à sua realização – como se dispõe no artigo 31º, nº 1 do decreto-lei nº 12/2004, de 9 de janeiro⁴² - o que não aconteceu no caso presente, por razões relacionadas provavelmente com a contemporaneidade da formação do contrato relativo ao projeto de arquitetura e a do contrato de empreitada.

No concurso público ocorreu pois violação do disposto no nº 2 do artigo 81º do CCP.

Note-se que esta violação de lei, por referência ao nº 3 do artigo 126º, também ocorreu no ajuste direto subsequente.

⁴² Entretanto alterado pelo Decreto-Lei nº 69/2011, de 5 de junho.



34. As violações de lei verificadas no lançamento do concurso público podem, como se referiu, ter tido impacto no universo concorrencial abrangido e ferem-no de vícios que não permitem a invocação de ter ficado deserto para fundamentar a formação dos contratos mediante ajuste direto.

II.E – Da relevância das violações de lei identificadas para o exercício das competências de fiscalização prévia

35. Como se viu nos pontos anteriores, no processo de formação dos contratos sub judicio, ocorreu a violação das seguintes disposições legais:

- a) Da alínea b) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 24.º do CCP;
- b) Do n.º 3 do artigo 139.º e da alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º, do n.º 1 do artigo 75.º, do n.º 2 do artigo 81.º e do n.º 3 do artigo 126.º, do CCP.

36. Do desrespeito pelo disposto na alínea b) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 24.º do CCP resulta, como se viu, que os contratos não poderiam ter sido formados mediante um procedimento por ajuste direto.

Face à natureza dos contratos e valores envolvidos, os contratos deveriam ter sido precedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação.

A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, como tem sido entendimento deste Tribunal.

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade dos contratos, nos termos do artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

37. As violações do n.º 3 do artigo 139.º, da alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º, do n.º 1 do artigo 75.º, do n.º 2 do artigo 81.º e do n.º 3 do artigo 126.º do CCP foram suscetíveis de alterar o resultado financeiro do concurso bem como do subsequente ajuste direto.



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

38. Há pois fundamentos para recusa de visto.

III - DECISÃO

39. Pelos fundamentos indicados, por força do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto aos contratos acima identificados.

40. São devidos emolumentos nos termos do n.º 3 do artigo 5.º, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁴³.

Lisboa, 20 de dezembro de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

⁴³ 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/00, de 4 de abril.



Tribunal de Contas

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)