

ACÓRDÃO N.º 09/2012 - 21.mar. - 1ª S/SS

(Processo n.º 233/2011)

DESCRITORES: Contrato de Concessão / Parceria Público-Privada / Infra-Estrutura Ferroviária / Cabimento Orçamental / Assunção de Compromissos / Caderno de Encargos / Eficácia do Contrato / Apreciação das Propostas / Adjudicação / Princípio da Concorrência / Princípio da Igualdade / Norma Financeira / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. As violações de lei relativas à falta de informação sobre cabimento e suficiência orçamental, controlo de fundos disponíveis, assunção de encargos para anos futuros e comportabilidade orçamental de uma parceria consubstanciam violação directa de normas financeiras.
2. As propostas que contenham atributos diferentes dos que haviam sido definidos pela entidade adjudicante nos documentos concursais como não negociáveis devem ser excluídas, não podendo *a posterior* ser objecto de quaisquer alterações.
3. Dado que a lei exige a elaboração de um programa de procedimento e de um caderno de encargos, a sua conformidade legal e a sua estabilidade durante o procedimento, o facto de se desrespeitar disposição naqueles contida que esteja em conformidade com a lei traduz-se na violação da própria lei.
4. Tendo incorporado alterações a matérias definidas como negociáveis pelo Caderno de Encargos, ao abrigo do disposto no art.º 150.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), a proposta adjudicatária violou esse Caderno de Encargos e era ilegal. Como tal, deveria ter sido excluída do concurso, tendo a adjudicação a essa proposta sido um ato ilegal, por violação dos arts. 121.º, n.º 1 e 152.º, n.º 2 do CCP.

5. É ilegal uma cláusula contratual que regula para além do que se dispõe no art.º 45.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), permitindo que, em caso de recusa de visto, se compensem custos que aquela norma não abrange, e não contemplando limitações que dela decorrem.
6. A violação de normas financeiras constitui fundamento de recusa do visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. b) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
7. As ilegalidades praticadas no âmbito do procedimento de escolha da proposta adjudicatária violaram os princípios da concorrência e da igualdade, aplicáveis por força do art.º 1.º, n.º 4 do Código dos Contratos Públicos (CCP), os artigos 3.º e 4.º do Caderno de Encargos e os artigos 121.º, n.º 1 e 152.º, n.º 2 do CCP, e originaram a ilegalidade das adjudicações e a subsequente ilegalidade do contrato e do seu instrumento de reforma.
8. Tendo a adjudicação recaído numa proposta que deveria ter sido excluída, para além da invalidade dos actos, verifica-se uma potencial alteração do resultado financeiro do procedimento, o que constitui, igualmente, fundamento da recusa do visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



Transitou em julgado em 10/04/12

ACÓRDÃO Nº 9 /12 – 21.Mar-1ª S/SS

Processo nº 233/11

I. RELATÓRIO

1. Em 27 de Maio de 2010, a “**Rede Ferroviária Nacional REFER E.P.E.**”¹ remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, um contrato de concessão, celebrado, em 8 de Maio de 2010, entre o **Estado Português**, enquanto Concedente, e a sociedade “**ELOS – Ligações de Alta Velocidade, S.A.**”, na qualidade de Concessionária, tendo por objecto a atribuição a esta última da **concessão do projecto, construção, financiamento, manutenção e disponibilização de infra-estruturas ferroviárias no troço Poceirão-Caia e ainda do projecto, construção, financiamento, manutenção, disponibilização e exploração da Estação de Évora**, o qual entrou em vigor na data da sua assinatura.
2. Entre Maio e Outubro de 2010 decorreram diligências de instrução do respectivo processo.
3. Em 1 de Outubro de 2010, dia em que o Tribunal de Contas tinha agendado para sessão a decisão final do mesmo, a REFER apresentou a este Tribunal a desistência do pedido de fiscalização prévia do referido contrato.
4. Em 8 de Novembro de 2010, foi aberto um procedimento de reforma do procedimento concursal que havia antecedido aquele contrato.

¹ Doravante designada por REFER.



Tribunal de Contas

5. Em *9 de Fevereiro de 2011*, foi outorgado um **Instrumento de Reforma do Contrato de Concessão acima identificado**, consubstanciando alterações ao referido contrato, com efeitos retroactivos a 8 de Maio de 2010.
6. Em *11 de Fevereiro de 2011*, a REFER remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de concessão referido em 1. e o instrumento de reforma referido em 5.
7. Este Tribunal pediu elementos para uma melhor instrução do processo em *24 de Fevereiro de 2011*.
8. A resposta ao pedido do Tribunal foi enviada em *7 de Abril de 2011* e, em *20 de Abril de 2011*, o Tribunal de Contas suscitou o esclarecimento de questões de natureza jurídico-financeira.
9. Em *19 de Maio de 2011*, *17 de Junho de 2011*, *19 de Julho de 2011*, *29 de Julho de 2011*, *22 de Setembro de 2011* e *3 de Novembro de 2011*, a REFER faz sucessivos pedidos de prorrogação do prazo para reenvio do processo ao Tribunal de Contas, informando que não estavam a ser praticados quaisquer actos de execução material do contrato.
10. Em *12 de Dezembro de 2011*, o Tribunal concluiu que, apesar de solicitadas, não lhe foram dadas suficientes garantias de que o contrato não estava a ser executado pela concessionária nem lhe foram prestados esclarecimentos inequívocos sobre o futuro do contrato em vigor face ao afirmado abandono do projecto de alta velocidade, tal como referido no ponto 7.3. do Plano Estratégico dos Transportes, Horizonte 2011-2015, publicado no *Diário da República*, 1.^a Série, de 10 de Novembro de 2011. Nessa medida, afirmou que todos os prazos legais para o reenvio do contrato tinham já sido largamente excedidos e não havia qualquer justificação para o seu protelamento.
11. Em *7 de Março de 2012*, a REFER voltou a enviar a este Tribunal o contrato referido em 1. e o respectivo instrumento de reforma referido em 5., para que o mesmo sobre eles se pronuncie em sede de controlo prévio.



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) Em 2 de Junho de 2008, foi apresentada a versão final do “*Estudo Estratégico da Parceria Público-Privada referente ao troço compreendido entre Poceirão e Caia, parte integrante do Eixo Lisboa/Madrid do Projecto da Rede Ferroviária de Alta Velocidade em Portugal*”, nos termos e para os efeitos do Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (RJPPP)², o qual incluiu o estudo do comparador do sector público e a análise dos impactos, riscos, financiamento e comportabilidade da parceria, tendo concluído pela vantagem do lançamento da mesma;
- b) Por Despacho Conjunto de 2 de Junho de 2008, o Ministro de Estado e das Finanças e o Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, na sequência de parecer favorável da Comissão de Acompanhamento da Parceria em causa, determinaram a abertura de um *concurso público internacional* para a concessão designada por “*Concessão RAV Poceirão/Caia*” e aprovaram os respectivos Programa do Procedimento e Caderno de Encargos;
- c) Com relevância para a presente decisão, o Programa do Procedimento estabeleceu, designadamente, o seguinte:

“(…)”

25. *A selecção das propostas para a fase de negociações e a escolha da Concessionária é realizada de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa para o Estado Português, nos termos da metodologia de avaliação constante do Anexo 25.*

26.1. *O Júri elabora um relatório preliminar, no qual estabelecerá, de modo fundamentado, um projecto de classificação e ordenação das propostas admitidas, por ordem decrescente de mérito, indicando os dois concorrentes cujas*

² Decreto-Lei n.º 86/2003, alterado e republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.



propostas, melhor classificadas, são seleccionadas para uma fase de negociações, com vista à escolha de um deles para Concessionária (...).

(...)

27.1. A fase de negociações visa atingir uma melhoria das propostas seleccionadas e tem como resultado final a minuta do Contrato de Concessão e os respectivos anexos.

27.2. As negociações incidem sobre os aspectos das propostas relativos à execução do Contrato de Concessão a celebrar.

27.3. O resultado das negociações não pode resultar num aumento do Custo de Construção, em mais de 5% (cinco por cento), nem 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 global inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase.

27.4. Os aspectos da execução do contrato a celebrar que não são negociáveis são aqueles que se encontram identificados no artigo 4.º do Caderno de Encargos.

(...)"

- d)** Com relevância para a presente decisão, o Caderno de Encargos estabeleceu, designadamente, o seguinte:

"(...)

Artigo 3.º (Contrato de Concessão)

1. As disposições do Anexo I constarão do contrato de concessão.

2. As disposições dos Anexos 2 a 17 e do Apêndice 6 constarão dos anexos do contrato de concessão, sem prejuízo das adaptações e aditamentos que resultarem da fase de negociações.

Artigo 4.º (Matérias Não Negociáveis)

Nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 150.º do CCP, não são negociáveis as matérias constantes da minuta de Contrato de Concessão, que consta do Anexo I, e as matérias constantes dos Anexos 3 a 17 e do Apêndice 6 a essa minuta de Contrato de Concessão, sem prejuízo dos aditamentos e das adaptações que, relativamente às mesmas, forem aceites pelo Concedente no decurso do processo negocial."



Tribunal de Contas

- e) A abertura do concurso público internacional foi publicitada no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 105, de 2 de Junho de 2008, no *Jornal Oficial da União Europeia*, S107, de 4 de Junho de 2008, e no *Jornal de Negócios e Diário Económico* de 3 de Junho de 2008;
- f) Apresentaram-se a concurso 4 agrupamentos de concorrentes;
- g) Por despachos do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, de 5 de Janeiro de 2009, e do Ministro de Estado e das Finanças, de 14 de Janeiro de 2009, foi aprovado o relatório final da 1.ª fase do concurso, seleccionando-se para a fase de negociações as propostas apresentadas pelos concorrentes n.ºs 1 (*agrupamento ELOS-Ligações de Alta Velocidade*) e 4 (*agrupamento Altavia Alentejo - Infraestruturas de Alta Velocidade*), por terem sido as melhores classificadas;
- h) A classificação dessas propostas nesta fase foram as seguintes:
- i. Concorrente n.º 1: 16,12;
 - ii. Concorrente n.º 4: 15,43;
- i) A fase de negociações iniciou-se em 4 de Fevereiro de 2009, tendo os concorrentes apresentado as suas propostas finais em 1 de Junho de 2009;
- j) Em 4 de Novembro de 2009, foi apresentado, pelo júri do concurso, o relatório final de avaliação das propostas da 2.ª fase, do qual se destaca, com relevância para a presente decisão, o seguinte:
- i. A proposta final do concorrente n.º 1 foi classificada com 14,95;
 - ii. A proposta final do concorrente n.º 4 foi classificada com 13,68;
 - iii. Foram as seguintes as classificações detalhadas das duas propostas, nas duas fases:



Tribunal de Contas

Subfactores do critério de adjudicação	%	Concorrente n.º 1		Concorrente n.º 4	
		1.ª Fase	Proposta final	1.ª Fase	Proposta final
A.Custo	50%	18,00	15,04	18,42	13,62
B.Qualidade	30%	14,95	18,55	13,00	16,77
B.1.Soluções Técnicas	15%	15,00	18,50	13,00	16,90
B.2.Organização da Manutenção	6%	14,00	18,00	13,00	16,90
B.3.Estação de Évora-Norte	4,5	18,00	19,00	12,00	16,00
B.4.Sistemas de Gestão de Segurança, da Qualidade e de Ambiente	4,5	13,00	19,00	14,00	16,90
C.Risco	20%	13,15	9,30	11,60	9,19
C.1.Riscos acrescidos para os parceiros públicos	10%	13,00	5,00	10,00	5,00
C.2.Exequibilidade do planeamento	4%	16,00	19,00	12,00	17,00
C.3.Equilíbrio e robustez financeira	3%	11,00	16,00	13,00	16,90
C.4.Solidez da estrutura contratual e transferência de risco	3%	12,00	4,00	15,00	5,00
CLASSIFICAÇÃO FINAL		16,20	14,95	15,43	13,68

- iv. O júri reconhecia o dever de proceder de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 152.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)³, embora o tenha qualificado como um mero *dever formal de cumprimento das normas*⁴;
- v. O júri informava que da consequente aplicação do regime previsto no artigo 152.º, n.º 4, do CCP – reprimenda das propostas iniciais dos concorrentes para efeitos de adjudicação - resultariam propostas colocadas à decisão de adjudicação que representavam significativo prejuízo e risco para o interesse público, recomendando a não adjudicação de tais propostas;
- vi. O júri chamava a atenção da entidade adjudicante para que a pior classificação obtida na 2.ª fase nos factores C1 e C4 resultava exclusivamente da inclusão nas propostas finais de regras contratuais não aceites pelo júri na fase de negociação, que, no seu entender, aumentavam o risco do Estado de forma que o júri entendia ser inaceitável na contratação da parceria. O júri recomendava ao Governo que não as aceitasse, quaisquer que fossem as circunstâncias. Estas regras diziam respeito aos riscos arqueológicos, ao risco pela alteração de normas, ao calendário dos pagamentos relativos aos Fundos Comunitários, à exigência de garantia do Estado aos pagamentos da REFER, à vinculação do

³ 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, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

⁴ Artigo 152.º, n.º 3, do CCP: “Quando seja adoptada uma fase de negociação restringida aos concorrentes cujas propostas sejam ordenadas nos primeiros lugares, o júri deve ainda propor a exclusão das versões finais cuja pontuação global seja inferior à das respectivas versões iniciais.”



Tribunal de Contas

Estado à autorização de certas vendas de participações no agrupamento, à responsabilidade ambiental, a multas contratuais e aos efeitos de um eventual refinanciamento da concessão;

- vii. O júri informava ainda que o Concorrente n.º 1 tinha manifestado, em audiência prévia, a sua disponibilidade para em sede de ajustamentos ao contrato, nos termos do artigo 99.º do CCP, eliminar as referidas regras contratuais;
- k)** Por despacho conjunto de *10 de Dezembro de 2009*, os Ministros de Estado e das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações procederam à adjudicação à proposta apresentada pelo Concorrente n.º 1, “*nos termos por este formulada em 1 de Junho de 2009*”;
- l)** Subsequentemente, e na mesma data, os mesmos Ministros aprovaram ajustamentos à minuta desse contrato e encarregaram a *RAVE - Rede Ferroviária de Alta Velocidade, S.A.*, e a *Parpública, SGPS, S.A.* de assessorar o Governo na fixação dos termos finais do Contrato de Concessão e dos anexos e apêndices a que se haviam aprovado os ajustamentos;
- m)** Em *27 de Janeiro de 2010*, aqueles Ministros aprovaram os ajustamentos finais, com aceitação da redacção contraproposta pela adjudicatária para a cláusula 63.2 do contrato;
- n)** O Decreto-Lei n.º 33-A/2010, de 14 de Abril, atribuiu a concessão e definiu as respectivas bases;
- o)** A Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/2010, de 27 de Abril, aprovou a minuta do contrato de concessão;
- p)** Em *8 de Maio de 2010*, foi celebrado o contrato;
- q)** Nos termos da sua cláusula 102.1, o contrato de concessão entrou em vigor às 24h00 do dia da sua assinatura, contando-se a partir dessa data o prazo de duração da Concessão;
- r)** Nos termos da cláusula 102.2., caso o visto do Tribunal de Contas não fosse concedido e notificado à Concessionária no prazo de seis meses a



Tribunal de Contas

contar da data da assinatura do Contrato, os prazos neste fixados suspender-se-iam até à data da concessão e notificação daquele visto;

- s) Em *27 de Maio de 2010* foi solicitada a este Tribunal a fiscalização prévia do contrato e em *1 de Outubro de 2010* foi solicitada a desistência desse pedido;
- t) Em *8 de Novembro de 2010*, o Secretário de Estado do Tesouro e Finanças e o Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, invocando dúvidas suscitadas pelo Tribunal de Contas, determinaram, ao abrigo do artigo 137.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA):
 - i. A abertura da reforma do procedimento de escolha do co-contratante, visando “*a fase de negociação do concurso, a avaliação e a classificação das propostas finais e o acto de adjudicação*”;
 - ii. “*Reactivar o júri do concurso mencionado, com o objectivo de negociar, receber, analisar e avaliar as novas propostas finais reformadas dos concorrentes finalistas, elaborar o respectivo relatório preliminar e proceder à audiência prévia, elaborar o relatório final e propor ao Governo a adjudicação da melhor proposta final reformada, tudo no estrito cumprimento do Programa de Concurso e do Caderno de Encargos*”.
- u) Em *23 de Novembro de 2010* foi reiniciado o processo negocial com os dois concorrentes que haviam sido admitidos à 2.ª fase do procedimento;
- v) Em *12 de Janeiro de 2011*, foram recebidas as propostas finais reformadas. O concorrente n.º 1 apresentou alterações à sua proposta anterior e o concorrente n.º 4 declarou que mantinha inalterada a proposta apresentada em 1 de Junho de 2009;
- w) Em *18 de Janeiro de 2011*, foi apresentado o novo relatório final de análise das propostas. A classificação atribuída às propostas finais reformadas foi a seguinte:



Tribunal de Contas

Subfactores do critério de adjudicação	%	Concorrente n.º 1			Concorrente n.º 4		
		1. ^a Fase	2. ^a Fase	Proposta final reformada	1. ^a Fase	2. ^a Fase	Proposta final reformada
A.Custo	50%	18,00	15,04	16,10	18,42	13,62	15,92
B.Qualidade	30%	14,95	18,55	18,55	13,00	16,77	16,77
B.1.Soluções Técnicas	15%	15,00	18,50	18,50	13,00	16,90	16,90
B.2.Organização da Manutenção	6%	14,00	18,00	18,00	13,00	16,90	16,90
B.3.Estação de Évora-Norte	4,5	18,00	19,00	19,00	12,00	16,00	16,00
B.4.Sistemas de Gestão de Segurança, da Qualidade e de Ambiente	4,5	13,00	19,00	19,00	14,00	16,90	16,90
C.Risco	20%	13,15	9,30	16,45	11,60	9,19	9,19
C.1.Riscos acrescidos para os parceiros públicos	10%	13,00	5,00	16,00	10,00	5,00	5,00
C.2.Exequibilidade do planeamento	4%	16,00	19,00	19,00	12,00	17,00	17,00
C.3.Equilíbrio e robustez financeira	3%	11,00	16,00	16,00	13,00	16,90	16,90
C.4.Solidez da estrutura contratual e transferência de risco	3%	12,00	4,00	15,00	15,00	5,00	5,00
CLASSIFICAÇÃO FINAL		16,20	14,95	16,90	15,43	13,68	14,82

- x) As diferenças na proposta final reformada do concorrente n.º 1 relativamente à sua proposta final anterior são, no essencial, as seguintes⁵:
- Redimensionamento da estação de Évora e dos viadutos adjacentes, com redução dos custos de construção;
 - Redução do VAL⁶ da proposta em cerca de 25,4M€,
 - Inclusão dos ajustamentos acordados anteriormente ao contrato;
 - Eliminação da parte final da cláusula 63.1 do contrato, revertendo-se à redacção original do caderno de encargos;
 - Alterações ao contrato de empreitada (apêndice 1 ao contrato de concessão) em resultado da alteração do valor da construção;
 - Alterações aos valores dos contratos de financiamento e do contrato de manutenção, pela mesma razão;
 - Eliminação do Anexo referente ao Acordo relativo aos efeitos da variação do indexante da taxa de juro;
 - Eliminação da garantia do Estado, no âmbito do empréstimo contraído pela Concessionária junto do Banco Europeu de Investimento, a substituir por garantia prestada por um sindicato-bancário;

⁵ Vide, designadamente, ofício n.º 0336-A, de 7 de Abril de 2011, da REFER, a fls. 347 e seguintes.

⁶ Valor Actualizado Líquido



Tribunal de Contas

- y) Por despacho de *19 de Janeiro de 2011*, os Ministros de Estado e das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações adjudicaram a proposta reformada do concorrente n.º 1;
- z) A Resolução do Conselho de Ministros n.º 10/2011, de 28 de Janeiro, aprovou a minuta do Instrumento de Reforma do Contrato de Concessão;
- aa) O Instrumento de Reforma do Contrato foi outorgado em *9 de Fevereiro de 2011*, com efeitos retroactivos a 8 de Maio de 2010;
- bb) Na mesma data foram revogados o “*Contrato de Fiança*”, celebrado em 8 de Maio de 2010 entre o Estado Português, o BEI e a adjudicatária, bem como o “*Acordo relativo aos efeitos da variação do indexante da taxa de juro*”, celebrado na mesma data entre o Estado Português e a adjudicatária;
- cc) A concessão tem o prazo de 40 anos, a contar da data da assinatura do contrato, com a salvaguarda referida na alínea r);
- dd) Conforme cláusula 24.1 do contrato, a Concessionária é responsável pela obtenção do financiamento necessário ao desenvolvimento de todas as actividades que integram o objecto da Concessão;
- ee) Nos termos das cláusulas 33.1 e 31.2 do contrato, a Concessionária promove, por sua conta e inteira responsabilidade, a realização dos estudos e projectos relativos ao Troço e à Estação de Évora;
- ff) Nos termos da cláusula 66 do contrato, a Concessionária tem direito a receber, durante o *período de desenvolvimento*⁷, um pagamento anual tal como fixado na parte A do Anexo 13 do Contrato. Este pagamento é constituído por 3 parcelas, uma a pagar pelo Concedente (Estado), outra pela REFER e outra por Fundos Comunitários, no seguinte valor:

i. Pagamentos do Estado:

Ano 1	€ 63.000.000	(sessenta e três milhões de euros)
Ano 2	€ 53.000.000	(cinquenta e três milhões de euros)

⁷ Vide cláusula 1: “*Período de Desenvolvimento, significa o período de tempo que tem início com a entrada em vigor do Contrato de Concessão e termo às 24 (vinte e quatro) horas do dia em que for emitido o Certificado de Disponibilidade ou as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do 51.º mês a contar da data de assinatura do Contrato de Concessão, consoante o que ocorrer mais tarde.*”



ii. Pagamentos da REFER:

Ano 1	€ 9.200.000	(nove milhões e duzentos mil euros)
Ano 2	€ 20.400.000	(vinte milhões e quatrocentos mil euros)
Ano 3	€ 24.800.000	(vinte e quatro milhões e oitocentos mil euros)
Ano 4	€ 5.600.000	(cinco milhões e seiscentos mil euros)

iii. Pagamentos relativos a Fundos Comunitários:

Rede transeuropeia de Transportes (via Estado)	€ 190.937.500
Quadro de Referência Estratégico Nacional – Programa Operacional de Valorização do Território – Fundo de Coesão (via Estado)	€ 471.000.000

gg) Nos termos da cláusula 67 do contrato, a Concessionária tem direito a receber, durante o *período de disponibilidade*⁸, uma remuneração anual, composta por um pagamento de desempenho e um pagamento por tráfego, a pagar pelo Estado, e por um pagamento de manutenção, a pagar pela REFER;

hh) De acordo com a cláusula 26.5 do contrato, “o Concedente assume perante a Concessionária total responsabilidade pelo pagamento à Concessionária dos Fundos Comunitários nos montantes e nos prazos previstos no Anexo 13A, devendo o Concedente substituir-se na disponibilização de fundos à Concessionária em caso de não obtenção desses fundos ou de atraso no cumprimento dos prazos previstos no Anexo 13A por facto não imputável à mesma”

ii) A Portaria n.º 360/2011, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 35, de 18 de Fevereiro de 2011, dispôs o seguinte:

⁸ Vide cláusula 1: “*Período de Disponibilidade*, significa o período de tempo que decorre entre as 24 (vinte e quatro) horas do dia em que for emitido o Certificado de Disponibilidade para o Troço Poceirão-Caia ou as 0 (zero) horas do primeiro dia do 52.º mês a contar da data de assinatura do Contrato de Concessão, consoante o que ocorrer mais tarde, e o Termo da Concessão.”



Tribunal de Contas

Assim, ao abrigo da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28 de Agosto, pela Lei n.º 23/2003, de 2 de Julho, e pela Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto, e do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho, manda o Governo, pelos Ministros de Estado e das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações o seguinte:

1 — Os encargos resultantes do contrato mencionado não deverão exceder relativamente a cada ano económico as seguintes importâncias, às quais acrescerá, entre 2014 e 2050, IVA à taxa legal em vigor:

Ano	Valor (euros)
2010	0
2011	76 250 000
2012	39 750 000
2013	0
2014	35 966 317,60
2015	85 028 217,27
2016	86 064 651,51
2017	86 289 470,64
2018	87 435 719,66
2019	86 909 605,63
2020	88 371 962,02
2021	89 675 511,80
2022	96 825 590,67
2023	94 800 285,65
2024	78 162 662,32
2025	56 626 677,77
2026	56 563 563,14
2027	56 350 630,83
2028	58 921 704,65
2029	59 173 480,67
2030	57 754 894,81
2031	55 697 635,52
2032	58 054 181,75
2033	61 706 005,07
2034	49 527 116,33
2035	33 890 367,63
2036	32 170 707,71
2037	35 005 162
2038	38 957 953,27
2039	42 691 053,71
2040	42 837 612,42
2041	41 062 303,14
2042	34 487 685,89
2043	33 379 235,84
2044	33 820 148,28
2045	27 589 149,15
2046	27 958 448,40
2047	25 285 634,98
2048	25 628 503,31
2049	28 327 999,18
2050	14 358 491,83

2 — As importâncias referidas no número anterior foram calculadas tendo por base uma estimativa de inflação de 2 %, devendo as mesmas ser atualizadas anualmente nos termos previstos na parte A do anexo 13 ao contrato de concessão.

3 — Os encargos resultantes da presente portaria são suportados por verbas a inscrever no Orçamento do Estado dos anos respectivos.

4 — Os encargos resultantes da presente portaria para 2011 devem ser suportados através de reprogramação de verbas do PIDDAC no âmbito do MOPTC.

5 — A presente portaria produz efeitos desde o dia 8 de Maio de 2010.

jj) Em 20 de Junho de 2011, o Secretário de Estado Adjunto e do Orçamento proferiu um despacho que, “de modo a permitir que o Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações (MOPTC) possa executar a reprogramação prevista no ponto 4 da Portaria 360/2011”, determinou:



Tribunal de Contas

“1- Ficam os competentes serviços do MOPTC autorizados a inscrever (com excepcionamento do Despacho de Sua Ex.^a o MEF) e a reafectar compromissos nas verbas do PIDDAC daquele ministério.

2- É autorizada a descativação de todas as receitas gerais do Programa 14 do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações.

3- As autorizações referidas nos pontos anteriores destinam-se exclusivamente à finalidade prevista no ponto 4 da Portaria 360/2011.”

kk) Não foi integrada no processo qualquer informação sobre cabimento e/ou compromisso orçamental, para os anos de 2011 e 2012, nos termos do artigo 12.º e Anexo II das *Instruções* aprovadas pela Resolução n.º 13/2007, publicada no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2007, e/ou do artigo 9.º e do Anexo I das *Instruções* aprovadas pela Resolução n.º 14/2011, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série, de 16 de Agosto de 2011.



III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Do contrato submetido a fiscalização prévia

Os pedidos de prorrogação de prazo para reenvio do contrato em apreço ao Tribunal de Contas, referidos no ponto I.9 deste Acórdão, apresentaram-se fundamentados, designadamente, no interesse de o XIX Governo da República, empossado a *21 de Junho de 2011*, fazer uma *“reponderação global do investimento nacional na rede ferroviária de alta velocidade”*⁹ e no facto de ser necessário tempo para que o Estado pudesse concluir *“o modelo financeiro e jurídico de reformulação e recalendarização do projecto de Alta Velocidade Ferroviária no eixo Lisboa-Madrid”*¹⁰.

Questionada sobre a compatibilidade do contrato em apreço com as referidas reformulações, a REFER referiu¹¹:

“A REFER esclarece o Tribunal, com referência à questão suscitada no ponto “II- Reformulação e Recalendarização do Projecto de Alta Velocidade” do Despacho de 30 de Setembro de 2011, que o Contrato em causa é aquele que foi assinado entre as partes outorgantes em 8 de Maio de 2010 e reformulado em 9 de Fevereiro de 2011.

É certo que, conforme a REFER já anteriormente informou o Tribunal, o Governo desenvolve intensas diligências no sentido de, salvaguardando o interesse público fundamental do país neste momento de extraordinárias circunstâncias, encontrar soluções para o projecto ferroviário em causa que permitam cumprir os apertados requisitos de contenção da despesa e do défice público que foram assumidos por Portugal no Memorando de Entendimento.

E é igualmente certo que a consensualização, com a Concessionária, dessas alterações será, naturalmente, limitada e regulada pelas normas do Código dos Contratos Públicos atinentes à modificação dos contratos administrativos e será objecto de tempestiva apresentação ao Tribunal, para os efeitos previstos na Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.”

⁹ Vide ofícios n.ºs 0623, de 19 de Julho de 2011, e 0673, de 29 de Julho de 2011, da REFER, a fls. 293 e seguintes do processo.

¹⁰ Vide ofício n.º 0830, de 22 de Setembro de 2011, da REFER, a fls. 306 dos autos.

¹¹ Vide ofício n.º 0909, de 3 de Novembro de 2011, da REFER, a fls. 313 e seguintes.



No ponto 7.3. do *Plano Estratégico dos Transportes, Horizonte 2011-2015*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, publicada no *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 216, de 10 de Novembro de 2011, refere-se:

“ (...)

Quanto ao anterior projecto de alta velocidade entre Lisboa e Madrid, o mesmo será abandonado.

Em alternativa, será dada prioridade à ligação ferroviária de mercadorias entre os portos de Sines/Lisboa/Setúbal, a plataforma logística do Poceirão e Madrid/resto da Europa.

(...)

Relativamente à concessão do troço Poceirão-Caia, salienta-se que a mesma carece ainda de pronúncia do Tribunal de Contas relativamente à legalidade do processo concursal, realizado em momento anterior à actual legislatura, do qual resultou o contrato actualmente em vigor. Trata-se de uma decisão independente do Governo, que irá ditar se o actual contrato cumpre todos os requisitos legais e tem condições de vigorar para o futuro.”

No despacho de 12 de Dezembro de 2011, a que se refere o n.º I.10. deste Acórdão, este Tribunal referiu expressamente que não se esclarecia de que forma se conjuga o referido abandono do projecto de alta velocidade com a vigência do presente contrato. O contrato foi agora reenviado a este Tribunal para efeitos de visto sem que nada se diga a esse respeito.

Por outro lado, e não obstante as pretensões e indicações de reformulação do projecto, nada a esse respeito foi até agora reportado a este Tribunal, que ora é chamado a tomar a uma decisão sobre o contrato de concessão do troço ferroviário de alta velocidade Poceirão-Caia, *tal como outorgado em 8 de Maio de 2010 e alterado em 9 de Fevereiro de 2011.*

É o que faremos.

2. Da cobertura orçamental dos encargos

Por força do contrato de Concessão em apreciação, a Concessionária receberia, durante o período de desenvolvimento, pagamentos provenientes do *Estado Português*, da *REFER* e de *Fundos Comunitários* e, durante o período de disponibilidade, pagamentos provenientes do *Estado Português* e da *REFER* (Cfr. Cláusulas 66 e 67 do Contrato e Anexos 5 e 13 ao



Tribunal de Contas

Contrato)¹². De acordo com o contratado, prevêem-se pagamentos logo a partir do primeiro ano de vigência do contrato.

- a) Quanto aos **encargos do Estado**, a Portaria n.º 360/2011¹³, fixou que os encargos resultantes do contrato não deverão exceder um determinado valor em cada exercício orçamental e que os mesmos serão suportados por verbas *a inscrever* no *Orçamento do Estado* de cada ano.

Conforme já foi esclarecido à REFER por despacho de 20 de Abril de 2011, proferido no presente processo, o teor daquela Portaria releva para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 45.º da Lei de Enquadramento Orçamental¹⁴, do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho, ou seja, como forma de autorizar a assumpção de encargos em anos futuros, relativamente aos quais ainda não há orçamentos aprovados e é necessário comprometer a futura orçamentação¹⁵.

Mas, como então também se disse, e ao contrário do que a REFER referiu no n.º 8.b) da Parte I do seu ofício n.º 0336-A, de 7 de Abril de 2011, as disposições daquela Portaria não são directamente operativas e aplicáveis em termos de demonstrar o *cabimento orçamental* dos encargos.

Efectivamente, quando já existe orçamento em vigor, o que sucede sempre que há despesas no ano em curso, o n.º 6 do artigo 42.º e o n.º 1 do artigo 45.º da Lei de Enquadramento Orçamental, bem como o artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 155/92, são claros no sentido de que deve estar já consagrada efectiva e adequada inscrição orçamental, em cuja dotação a despesa tenha *cabimento*.

Este requisito deve ser comprovado junto deste Tribunal nos termos do artigo 9.º e do Anexo I das *Instruções* aprovadas pela Resolução n.º 14/2011, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série, de 16 de Agosto

¹² Vide alíneas ff) e seguintes do ponto II.

¹³ Transcrita na alínea II.ii) supra.

¹⁴ Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28 de Agosto, e pelas Leis n.ºs 23/2003, de 2 de Julho, 48/2004, de 24 de Agosto, 48/2010, de 19 de Outubro, 22/2011, de 20 de Maio e 52/2011, de 13 de Outubro.

¹⁵ Vide hoje também artigo 6.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de Fevereiro.



de 2011, considerando ainda o que se estabelece no artigo 13.º e no Anexo II¹⁶.

Essa comprovação não havia sido feita no processo para os encargos a satisfazer no ano de 2011, tendo posteriormente sido apenas junto o despacho do Secretário de Estado Adjunto e do Orçamento de *20 de Junho de 2011*¹⁷ a autorizar a inscrição orçamental no referido ano.

No entanto, reitera-se que a confirmação do *cabimento orçamental* de uma despesa junto deste Tribunal não se basta com a declaração de que as verbas serão ou poderão ser inscritas em orçamento.

Exige-se, nos termos da lei, que se comprove que já se operou a *efectiva* inscrição em rubrica adequada e que se demonstre a *suficiência do saldo* dessa dotação orçamental para o compromisso em causa bem como a respectiva *cativação*. Esta confirmação deve ser feita pelo responsável financeiro competente, nos termos das Instruções deste Tribunal, como havia sido indicado.

A Lei n.º 8/2012, de 21 de Fevereiro, veio recentemente exigir que se comprove ainda a *efectiva disponibilidade de fundos*.

Ora, nem essa comprovação chegou a ser feita para os previsíveis encargos de 2011, nem é agora efectuada para os encargos a satisfazer no ano orçamental em curso: 2012.

- b) Quanto aos **encargos a satisfazer pela REFER**, a declaração junta aos autos e os esclarecimentos entretanto prestados referem tão só que os valores necessários para fazer face aos pagamentos desta empresa estão, ou virão a estar, previstos nos orçamentos desta entidade.

Tal declaração não é suficiente para atestar que, no ano em curso, os saldos da execução orçamental da despesa permitem suportar os encargos decorrentes do contrato, como se exige no artigo 9.º, n.º 8, e no Anexo I das *Instruções* aprovadas pela Resolução n.º 14/2011, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série, de 16 de Agosto de 2011¹⁸, nem para demonstrar que os encargos futuros estão devidamente autorizados.

¹⁶ Antes de Agosto de 2011 relevava o artigo 12.º e o Anexo II das *Instruções* aprovadas pela Resolução n.º 13/2007, publicada no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2007, bem como o respectivo artigo 13.º e Anexo III.

¹⁷ Vide alínea jj) do ponto II.

¹⁸ Antes de Agosto de 2011 relevava o artigo 12.º e o Anexo II das *Instruções* aprovadas pela Resolução n.º 13/2007, publicada no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2007, bem como o respectivo artigo 13.º e Anexo III.



E não se refira, como faz a REFER, que tal não é possível, por não se poderem aplicar às empresas públicas o mesmo tipo de exigências de disciplina orçamental que se impõem ao Estado.

Nos termos do artigo 2.º da Lei de Enquadramento Orçamental, e tendo presente a lista das Entidades do Sector Institucional das Administrações Públicas 2010¹⁹, a REFER considera-se integrada no sector público administrativo, como serviço e fundo autónomo da administração central, devendo obedecer àquela lei.

Acresce que o artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 32/2012, de 13 de Fevereiro, bem como a Lei n.º 8/2012, de 21 de Fevereiro, são claríssimos no sentido de que a ela se aplicam os princípios e regras de controlo de fundos, registo de compromissos e assunção de compromissos plurianuais.

- c) Quanto aos **encargos a satisfazer por Fundos Comunitários**, também não se presta a necessária informação sobre *cabimento orçamental* para os valores a pagar em 2012, pelo orçamento que os veiculará, nos termos das *Instruções* deste Tribunal, já acima referidas. De resto, de acordo com a última informação prestada, os respectivos contratos de financiamento ainda não estão celebrados.
- d) O contrato é celebrado entre o Estado Português e a Concessionária. Por força do disposto no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, tendo em conta a responsabilidade assumida relativamente aos montantes relativos a *Fundos Comunitários*²⁰ e a circunstância de, em caso de situação deficitária da *REFER*, o Estado dever igualmente honrar o compromisso assumido, não há razões para que a portaria ministerial que autoriza a assunção dos encargos para anos futuros não contemple as despesas a suportar pela *REFER* e por *Fundos Comunitários*, devendo mesmo fazê-lo. No entanto, isso não sucede, já que a Portaria n.º 360/2011 não contempla esses valores, os quais não estão, assim, abrangidos por adequado compromisso financeiro.

Para além de dever verificar a efectiva comportabilidade orçamental da parceria, nos termos dos artigos 8.º, n.º 7, alínea e), do Regime Jurídico das

¹⁹ Vide tabela do Instituto Nacional de Estatística.

²⁰ Esta responsabilidade está assumida no contrato, conforme se refere na alínea hh) do ponto II, e, bem assim, no n.º 5 da Base XXII da Concessão, tal como aprovada pelo Decreto-Lei n.º 33-A/2010, de 14 de Abril: “5 — O Concedente assume perante a Concessionária total responsabilidade pelo pagamento à Concessionária dos Fundos Comunitários nos montantes e nos prazos previstos no Contrato de Concessão, devendo o Concedente substituir -se na disponibilização de fundos à Concessionária em caso de não obtenção desses fundos ou de atraso no cumprimento dos prazos previstos no Contrato de Concessão, por facto não imputável à mesma.”



Parcerias Público-Privadas (RJPPP) e 31.º, n.º 1, alínea l), da Lei de Enquadramento Orçamental, enquanto requisito da respectiva legalidade, o Tribunal de Contas, nos termos do artigo 44.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)²¹, deve, em sede de fiscalização prévia, especificamente verificar se os encargos contratuais *têm cabimento em verba orçamental própria*.

Essa verificação deve basear-se na comprovação feita nos termos que acabámos de referir, sendo que, não obstante o Tribunal o ter solicitado, tal comprovação não foi feita no processo.

3. Da justificação da parceria

De acordo com os artigos 4.º, 6.º e 8.º do RJPPP, a contratação de uma parceria público-privada pressupõe a viabilidade financeira do projecto, a obtenção de eficiência na afectação dos recursos públicos e o alcance de vantagens para o parceiro público relativamente a formas de alcançar os mesmos fins, avaliadas de acordo com o disposto no artigo 19.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental.

É certo que, no caso, foram efectuados estudos prévios, incluindo a análise do comparador do sector público, antes do lançamento da parceria em causa²².

Sem entrar na análise sobre a correcção da metodologia e das estimativas constantes desses estudos, e mesmo sem questionar a intangibilidade dos benefícios económicos invocados face aos custos identificados, é inegável que esses estudos abordavam a concessão do troço Poceirão-Caia como parte integrante do eixo de alta velocidade entre Lisboa e Madrid e que, entretanto, ocorreram alterações de contexto com inafastável impacto no projecto em causa e na sua prevista reduzida rendibilidade económica.

Refira-se, em especial, o impasse no troço Lisboa-Poceirão, incluindo a travessia do Tejo, com consequências nas projecções de procura e efeitos na sustentabilidade financeira do projecto, e as já referidas opções estratégicas de transportes anexas à Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011.

Afigura-se, pois, que o cumprimento do disposto nas normas acima referidas imporia, neste caso concreto, uma revisão do enquadramento e da justificação do projecto.

²¹ 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, 35/2007, de 13 de Agosto, 3-B/2010, de 28 de Abril, 61/2011, de 7 de Dezembro e 2/2012, de 6 de Janeiro.



4. Da inalterabilidade das propostas finais e da reforma do procedimento

Ao procedimento de concurso que precedeu o presente contrato aplica-se o Código dos Contratos Públicos (CCP), por determinação expressa do Decreto-Lei n.º 85/2008, de 27 de Maio.

Como se evidencia nas alíneas c) e seguintes do probatório, no concurso em causa foi adoptada uma fase de negociação das propostas restringida aos concorrentes detentores das duas propostas melhor classificadas.

Ora, como resulta claro das alíneas h) e j) do ponto II, as propostas finais desses dois concorrentes tiveram uma pontuação global inferior à pontuação das respectivas versões iniciais o que, nos termos do n.º 3 do artigo 152.º do CCP e do n.º 27.3 do Programa do Procedimento²³, deveria ter conduzido à sua exclusão.

Acresce que os concorrentes admitidos à fase de negociação, incluindo o que veio a ser o adjudicatário, apresentaram nas suas propostas finais um conjunto de condições não aceites pelo júri no âmbito das negociações²⁴.

Assim, a adjudicação recaiu sobre uma proposta que deveria, em rigor, ter sido excluída²⁵, uma vez que continha elementos não aceites e não negociáveis e, simultaneamente, tinha uma classificação inferior à da 1.ª fase.

O concorrente n.º 1 havia-se disponibilizado, no entanto, para retirar essas condições em sede de contrato, e, conforme se descreve nas alíneas j)vii, l) e m) do ponto II, o Estado determinou ajustamentos ao contrato, de modo a elas serem, em parte, eliminadas.

Daí resultou a subsequente celebração, em *8 de Maio de 2010*, de um contrato com substanciais alterações relativamente à proposta adjudicada, as quais, na opinião deste Tribunal, não eram reconduzíveis ao conceito de ajustamentos previsto no artigo 99.º do CCP.

Posteriormente, abriu-se um processo de reforma do procedimento de escolha do co-contratante, ao abrigo do artigo 137.º do Código do Procedimento Administrativo, visando a repetição da fase de negociação do concurso, a apresentação de novas propostas finais, a nova avaliação e classificação das mesmas e uma nova adjudicação, tudo de modo a alegadamente ultrapassar as dúvidas colocadas pelo Tribunal de Contas no âmbito do procedimento. Do procedimento de reforma resultou um conjunto de alterações ao contrato de

²² Vide alínea II.a).

²³ Vide alínea II.c)

²⁴ Vide alínea II.j)vi.

²⁵ Vide alínea II.k).



Tribunal de Contas

Concessão e a outros documentos contratuais com ele relacionados ou a ele anexos, confirmadas por despacho de adjudicação de *19 de Janeiro de 2011*²⁶.

Ora, os procedimentos concursais de escolha dos co-contratantes devem ser conduzidos em ambiente concorrencial e de forma séria.

O CCP estabelece algumas regras claras para atingir esses objectivos, de entre as quais a constante do artigo 121.º, n.º 2, que afirma que, em processos negociais, “*Depois de entregues as versões finais das propostas, não podem as mesmas ser objecto de quaisquer alterações*”.

O n.º 1 do mesmo artigo 121.º refere que essas versões finais das propostas “*não podem conter atributos diferentes dos constantes das respectivas versões iniciais no que respeita aos aspectos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante tenha indicado não estar disposta a negociar*”.

E o artigo 152.º, n.º 2, preceitua que “*O júri deve também propor a exclusão das versões finais das propostas que sejam apresentadas em violação do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 121.º*”.

Ou seja, as propostas que contenham atributos que haviam sido definidos como não negociáveis devem ser *excluídas*, não podendo, *a posteriori*, ser objecto de quaisquer alterações.

O que a lei pretende é que os concorrentes apresentem as suas *propostas finais* no momento próprio, sabendo que as não vão poder alterar mais e assumindo o risco daí decorrente.

O regime não consente que os concorrentes apresentem uma proposta alegadamente *final*, oferecendo-se para a alterar a seguir na fase de celebração do contrato e esperando ainda poder fazê-lo a seguir numa fase de reforma procedimental. Esta maneira de proceder pode pôr em causa a seriedade das propostas e dos concursos e ofende os princípios protegidos pelo regime da contratação pública.

No caso, quando decidiu proceder à reforma do procedimento, a entidade adjudicante nem sequer identificou claramente as ilegalidades que estavam na base dessa decisão, limitando-se a remeter para dúvidas do Tribunal. Só que, por desistência do processo da iniciativa da REFER, o Tribunal nem chegou a ter oportunidade de se pronunciar sobre a legalidade do contrato.

No caso vertente, e como veremos a seguir, não estava apenas em causa a classificação inferior da proposta em aspectos submetidos à concorrência. A

²⁶ Vide alíneas t) a bb) do ponto II.



proposta final da adjudicatária continha, *consciente e voluntariamente*, aspectos que, não só não haviam sido aceites pelo júri na negociação, como constituíam efectivas alterações a cláusulas imperativas do Caderno de Encargos. Ou seja, continha alterações a aspectos que não haviam sido submetidos à concorrência.

Como vimos, a lei é muito clara a este respeito: a proposta deveria ter sido excluída nos termos do artigo 152.º, n.º 2, do CCP.

Sendo este regime claro, imperativo e conhecido, não se pode admitir que o concorrente venha posteriormente a corrigir as faltas da sua proposta final, anulando o risco que nela assumiu, em violação do princípio estabelecido no artigo 121.º, n.º 2, do CCP.

Não se verificou neste procedimento qualquer justificação de força maior para o procedimento do concorrente, que pudesse levar a sequer equacionar a razoabilidade da reforma do procedimento.

A pretexto de um princípio de aproveitamento dos actos administrativos, não podem admitir-se nem banalizar-se as possibilidades de alteração das propostas apresentadas a concurso e desvalorizar-se a seriedade e risco que devem ser postos na apresentação de propostas BAFO, assim se desrespeitando os princípios da concorrência e da igualdade, aplicáveis por força, além do mais, do artigo 1.º, n.º 4, do CCP.

Como refere Esteves de Oliveira, em anotação ao artigo 137.º do CPA, a reforma e a conversão de acto *ilegal* deve respeitar as *regras procedimentais próprias* dos actos reformados ou convertidos.

O que não sucedeu.

5. Dos limites da negociação

O artigo 45.º do CCP estabelece que os cadernos de encargos dos procedimentos de formação de contratos que configurem parcerias público-privadas devem submeter à *concorrência* os aspectos da sua execução relativos aos *encargos* para a entidade adjudicante e aos *riscos* a ela directa ou indirectamente afectos decorrentes da configuração do modelo contratual.

Por sua vez, o artigo 42.º afirma que o caderno de encargos contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar, inclui os aspectos da execução do contrato *submetidos à concorrência*, podendo fixar os respectivos parâmetros base através de limites mínimos e máximos, e descreve também os aspectos



Tribunal de Contas

não submetidos à concorrência, eventualmente também através da fixação de limites mínimos ou máximos.

O artigo 150.º do mesmo Código determina que, *quando a entidade adjudicante decidir adoptar uma fase de negociação das propostas*, o programa do concurso ***deve indicar***, para além do mais, quais os aspectos da execução do contrato a celebrar que a entidade adjudicante *não está disposta a negociar*.

Nos termos dos artigos 121.º, n.º 1, e 152.º, n.º 2, as propostas finais não podem conter atributos que divirjam dos aspectos da execução do contrato que a entidade adjudicante tenha indicado não estar disposta a negociar e, se isso acontecer, *essas propostas devem ser excluídas*.

De acordo com o regime descrito, são os documentos concursais que devem especificar claramente o que está ou não está submetido à concorrência, os limites mínimos ou máximos a que as propostas se encontrem vinculadas e o que é ou não negociável.

Este regime faz todo o sentido. A entidade adjudicante deve definir, de forma clara, quais são os contornos da concorrência e deve fazê-lo de forma prévia e conhecida de todos os concorrentes.

Faz ainda mais sentido no quadro das parcerias público-privadas, em que se impõe que a entidade adjudicante defina quais são os encargos e riscos que está disposta a assumir e, a partir dessa base, apenas aceite que a concorrência funcione para melhorar esse perfil de encargos e riscos, nunca para o piorar.

E impõe-se sempre que estejamos em presença de processos negociais, para que todos os concorrentes saibam com clareza quais são os limites dessa negociação.

Ora, no caso concreto, em que o procedimento previa sessões de negociação, os artigos 3.º e 4.º do Caderno de Encargos do procedimento em causa fizeram essa especificação, nos seguintes termos:

“Artigo 3.º

(Contrato de Concessão)

1.As disposições do Anexo I constarão do contrato de concessão.

2.As disposições dos Anexos 2 a 17 e do Apêndice 6 constarão dos anexos do contrato de concessão, sem prejuízo das adaptações e aditamentos que resultarem da fase de negociações.



Artigo 4.º

(*Matérias Não Negociáveis*)

Nos termos e para os efeitos do disposto no art. 150.º do CCP, não são negociáveis as matérias constantes da minuta do Contrato de Concessão, que consta do Anexo I, e as matérias constantes dos Anexos 3²⁷ a 17 e do Apêndice 6 a essa minuta de Contrato de Concessão, sem prejuízo dos aditamentos e das adaptações que, relativamente às mesmas, forem aceites pelo Concedente no decurso do processo negocial.”

Estas normas do Caderno de Encargos suscitam vários problemas de interpretação, muito relevantes para o presente caso.

Em primeiro lugar, é preciso determinar quais as matérias que admitiam e quais as que não admitiam “*adaptações*” e “*aditamentos*”.

A REFER considera que só o artigo 4.º do Caderno de Encargos (e não o seu artigo 3.º) se reporta à definição das matérias insusceptíveis de negociação e que, de acordo com a sua redacção, a possibilidade de introduzir “*adaptações*” e “*aditamentos*” se aplica a todas essas matérias.

Ora, ao contrário, consideramos que deve ser feita uma leitura conjugada destes dois artigos, deles decorrendo que as disposições do Anexo I constariam do Contrato de Concessão e *não eram negociáveis* e que as disposições dos Anexos 2 a 17 e do Apêndice 6 constariam dos anexos do Contrato de Concessão e também não eram negociáveis, embora neste caso sem prejuízo das “*adaptações*” e “*aditamentos*” que resultassem da fase de negociações.

Só esta interpretação permite dar sentido à diferença de redacção entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 3.º do Caderno de Encargos. E não pode ignorar-se essa diferença.

Consequentemente, quanto ao Anexo I do Caderno de Encargos, e em resultado do estabelecido no artigo 3.º do mesmo Caderno de Encargos, considera-se que *não se admitiam divergências, nem sequer a título de adaptações ou aditamentos*.

²⁷ O Anexo 2, referido no artigo 3.º e não neste artigo 4.º, dizia respeito à *Estrutura Accionista, Composição do ACE e Composição do Operador de Manutenção*, estando condicionado a regras estabelecidas no próprio Anexo I e também no Programa do Procedimento.



A segunda questão que importa dilucidar é o que significa uma matéria “*não ser negociável*”, mas simultaneamente admitir “*adaptações*” e “*aditamentos*”.

A REFER alega que “ (...) a frase “*sem prejuízo dos aditamentos e das adaptações que, relativamente às mesmas, forem aceites pelo Concedente no decurso do processo negocial*”, ínsita no n.º 2 do art. 4.º do Caderno de Encargos, é a fórmula encontrada pela entidade pública contratante para indicar, justamente, aquilo que não estava disponível para negociar, obviamente no respeito dos princípios que regem os concursos públicos, nomeadamente quanto à imutabilidade do objecto”²⁸.

A empresa considera que tudo seria negociável, excepto aquilo que a entidade pública contratante “*não estava disponível para negociar*”. Neste sentido, refere no ofício a fls. 329: “(...) o Caderno de Encargos permitia a negociação de todas as matérias que o Júri considerasse negociáveis, em aditamentos ou alterações (...)”

Ora, no caso, não pode inferir-se da possibilidade atribuída ao Concedente de aceitar “*adaptações*” e “*aditamentos*” a possibilidade de ele “*negociar*” de acordo com o seu próprio critério. Isto porque não pode ignorar-se ou afastar-se a proibição de negociação estabelecida na primeira parte do artigo.

O que significa, então, algo ser inegociável mas ajustável?

Considerando o disposto nos artigos 42.º e 45.º do CCP, parece-nos que o sentido útil só poderá ser o de quaisquer eventuais adaptações e aditamentos não poderem envolver alterações à base não negociável estabelecida no caderno de encargos e definida pelas suas cláusulas. Ou seja, deve entender-se que o caderno de encargos estabelecia um perfil de distribuição de riscos e encargos para o parceiro público que não era negociável, no sentido de que, embora pudesse ser ajustado, não podia, de modo algum, ser agravado. Significa isto que o caderno de encargos definia limites mínimos, que não podiam ser alterados, mas podiam ser melhorados através de adaptações e aditamentos.

Este entendimento resolve a terceira questão, qual seja a de determinar a amplitude dos poderes negociais do júri, enquanto representante do Concedente, nas matérias referidas nos artigos 3.º e 4.º do Caderno de Encargos.

²⁸ Vide fls 325 dos autos.



Tribunal de Contas

Nas matérias em causa e no contexto referido, e ao contrário do que defende a REFER, ao júri não competia definir o que considerava ou não negociável mas tão só ajuizar sobre a aceitação de ajustamentos, sempre no pressuposto de que eles fossem admissíveis e não prejudicassem o núcleo essencial das matérias não negociáveis, tal como definidas pelas cláusulas do Caderno de Encargos.

Só esta interpretação é aceitável, pois, de outro modo, os artigos 3.º e 4.º do Caderno de Encargos não teriam qualquer sentido.

Se aceitássemos a tese defendida pela REFER, isso significaria que aqueles preceitos definiriam como inegociáveis matérias que, afinal, podiam ser negociadas e entregariam a uma apreciação casuística da entidade pública aquilo que pareciam querer regular *a priori*. Não se pode aceitar tal contradição.

Mas, para além disso, nesse cenário nunca se conseguiria definir à partida o que se poderia, ou não, negociar, pois isso dependeria do juízo que, durante o concreto processo negocial, fosse feito pelos júris.

Ora, tal solução seria incompatível com o regime do CCP acima referenciado, e, designadamente, com o estabelecido no seu artigo 150.º, n.º 1, alínea b). De acordo com esta norma, *é o programa de concurso que deve definir, à partida, e de forma clara, os aspectos que a entidade adjudicante não está disposta a negociar*, não lhe sendo lícito deferir essa definição para uma apreciação casuística dos júris.

Isso não significa que, nas matérias sujeitas a negociação, os júris não devam ter parâmetros de avaliação do interesse público e de aceitação ou rejeição das propostas. Só que, no caso, estamos ainda num momento anterior, que é o de tornar previamente conhecidos os limites onde a negociação não pode ir.

Acresce que definir as matérias não negociáveis com uma tal imprecisão, num procedimento desta importância e de tão relevante interesse público, seria profundamente negativo. Como acabou por se comprovar no caso.

As hesitações no entendimento perfilhado conduziram a que a proposta final incluísse aspectos que o júri primeiramente não aceitou, por serem inegociáveis, e depois veio a aceitar, por afinal os considerar negociáveis, a par de outros aspectos que o júri nunca aceitou, mas que o concorrente se disponibilizou para ajustar mais tarde. No contrato corrigiram-se alguns desses aspectos. Posteriormente, uma reforma do procedimento levou à alteração de novos aspectos da proposta, reconduzindo-os ao teor do Caderno de Encargos, porque afinal não podiam ser negociados. E outros aspectos que



também estavam em divergência com o Caderno de Encargos ficaram inalterados, porque se considerou que podiam ser negociados e que o júri os considerava aceitáveis.

Considerando o propósito legal de que os limites da negociação sejam bem definidos nos documentos concursais e o teor dos artigos 3.º e 4.º do Caderno de Encargos do procedimento em referência, que procederam a essa definição, entende-se, no caso:

- Que não estava na disponibilidade do júri negociar tudo aquilo que entendesse adequado;
- Que as matérias do Anexo I não eram susceptíveis de negociação;
- Que as matérias constantes dos Anexos 3 a 17 do Caderno de Encargos e do Apêndice 6 à minuta de Contrato de Concessão admitiam “*aditamentos*” e “*adaptações*”, desde que tais ajustamentos não agravassem a distribuição de riscos e encargos do parceiro público descrita no referido Caderno de Encargos.

6. Das violações ao Caderno de Encargos

Ora, na situação em apreço, verificou-se precisamente a inclusão na proposta final adjudicatária de regras divergentes das cláusulas imperativas daquele *Anexo I* ao Caderno de Encargos.

Algumas, referentes às cláusulas 63.2, 97.3 e 97.4, não foram incluídas no contrato celebrado, a título de ajustamentos, e não foram também incluídas na proposta reformada.

Outras foram retiradas da proposta no âmbito da reforma do procedimento.

Mas outras divergências mantiveram-se, referindo-se de seguida as mais relevantes em termos financeiros²⁹:

- a) O artigo 63.º desse Anexo I estabelecia: “*A descoberta de qualquer património histórico ou arqueológico no decurso das obras de construção do Troço Poceirão-Caia não confere à Concessionária o direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão.*”

É certo que essa norma consta agora do Contrato, na versão resultante da reforma do mesmo.

²⁹ E não se diga que outras alterações não merecem reparo. O que importa é que há, pelo menos, estas, que são financeiramente significativas.



No entanto, existem outras cláusulas que limitam o risco da Concessionária nesta matéria.

A cláusula 63.2, acrescentada, determina que, em determinadas condições, se a Concessionária não conseguir evitar atrasos no cumprimento de tarefas, derivados da descoberta de património histórico ou arqueológico no decurso das obras de construção, a mesma não será sujeita a multas contratuais pelos atrasos nem o Estado poderá eximir-se aos Pagamentos de Disponibilidade.

Por outro lado, os pontos D.2 e D.3 do Anexo 7 (Acordo Directo com as Entidades Financiadoras) estabelecem que, se houver atrasos na construção derivados de achados históricos ou arqueológicos que caíam na previsão daquele artigo 63.2., o Estado compensará a Concessionária pelos custos resultantes da demora na libertação da garantia prestada ao Banco Europeu de Investimento (BEI) bem como pela não descida da margem do financiamento BEI.

- b) O artigo 78.º do Anexo I estabelecia que o incumprimento, pela Concessionária, de quaisquer deveres ou obrigações emergentes do Contrato, daria lugar à aplicação de multas contratuais, sem prejuízo de outras sanções.

Foram acrescentadas alíneas a este artigo, das quais resultam limitações ao poder sancionatório referido, em especial aquela a que se refere o artigo 78.8.º do Contrato, estabelecendo que a *“responsabilidade da Concessionária ao abrigo do presente Contrato, incluindo pelo pagamento de multas não decorrentes de atraso, é limitada ao montante máximo de 7,5% (sete vírgula cinco por cento) do Preço Contratual”*.

Este limite contraria, aliás, o que se estabelece no artigo 329.º do CCP.

A REFER argumentou que uma vez alcançado aquele limite o Estado tem direito a rescindir o contrato e que isso representa uma vantagem para o parceiro público³⁰.

Sucedo que, nos termos da lei, o parceiro público tem, por um lado, o direito de não resolver o contrato e optar pelas sanções, e tem também sempre o direito de resolver o contrato em situações de grave violação das obrigações assumidas pelo co-contratante e de simultaneamente aplicar as sanções previstas no contrato. Assim, a redução daquele

³⁰ Vide fls. 326.



montante pode, efectivamente, traduzir-se em concreto na limitação dos poderes sancionatórios.

Acresce que, como muito bem observou o júri no seu relatório preliminar, a redacção consagrada aplica este limite a todas as responsabilidades da Concessionária.

Tratava-se, mais uma vez, de matéria não negociável.

- c) Dos artigos 97.3 e 97.4 do Anexo I resultava que nenhuma alteração a Normas, com exclusão das Normas REFER, conferiria direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão.

Ao invés, o artigo 97.5 do Contrato veio consagrar que determinadas alterações a Normas Técnicas conferem à Concessionária direito ao reequilíbrio financeiro.

- d) A cláusula 74.3 do Anexo I do Caderno de Encargos estabelecia que o valor da caução seria de 5% do preço contratual, como, aliás, impõe o artigo 89.º, n.º 1, do CCP.

No contrato ficou estabelecido que a caução seria prestada nos termos do Anexo 11 ao contrato, que integra cauções de valor inferior a essa percentagem.

Estas alterações foram introduzidas na fase de negociações. Foram sucessivamente rejeitadas pelo júri do procedimento com invocação de se tratar de matérias não negociáveis, nos termos do artigo 4.º do Caderno de Encargos e do artigo 150.º do CCP (cfr. actas e documentos das sessões de negociação n.ºs 3, 6, 7, 8 e 9 e, em especial, a Nota Complementar à acta da sessão 9, em que o júri reafirma o carácter inegociável e a impossibilidade de alteração das cláusulas).

O júri acabou por aceitar as alterações na sessão n.º 11, advertindo os concorrentes de que faria reflectir as alterações na avaliação das propostas. A REFER considera que essa posição do júri é perfeitamente aceitável e de louvar, em termos de defesa do interesse público, traduzindo uma melhor avaliação da situação concreta e dos *trade-offs* em jogo. A nós afigura-se-nos que a situação evidencia bem o inconveniente da interpretação fluida que foi feita das regras.

Para além de que, tal como referimos no número anterior, e de acordo com o Caderno de Encargos em apreço, as matérias em causa não podiam ser negociadas nem alteradas.



Tribunal de Contas

O Caderno de Encargos, tal como o Programa de Concurso, estabelece regras que todos os participantes no procedimento devem observar e vincula a entidade adjudicante que, no quadro da lei, livremente as produziu.

Como este Tribunal vem assinalando³¹, as suas disposições, depois de publicitadas, têm natureza *regulamentar* e tornam-se vinculantes para a autoridade procedimental e para todos os intervenientes no processo concursal.

Precisamente a propósito do caderno de encargos, refere Mário Esteves de Oliveira in *Direito Administrativo*, Almedina, 1980, a pág. 183: “*Antes da celebração do contrato e para a Administração, o CE (tipo ou especial) é uma forma regulamentar que a vincula a decidir o concurso em consonância com os critérios e regras que nela se contém: a adjudicação feita a um concorrente que não ofereceu, por exemplo, os materiais prescritos, fere esse acto de ilegalidade por violação de regulamento (...)*”³².

Como se tem referido noutros Acórdãos deste Tribunal, qualquer que seja a tese defendida quanto ao fundamento da vinculatividade jurídica dos Programas de Concurso e dos Cadernos de Encargos³³, há um ponto em que todas as teses convergem: a adjudicação feita a um concorrente em violação das cláusulas neles contidas segue o regime da invalidade jurídico-administrativa.

No fundo, dado que a lei exige a elaboração de um programa de procedimento e de um caderno de encargos, a sua conformidade legal e a sua estabilidade durante o procedimento, o facto de se desrespeitar disposição naqueles contida que esteja em conformidade com a lei, traduz-se na violação da própria lei³⁴.

Em suma:

³¹ Cfr., designadamente, os Acórdãos n.ºs 295/2006-29SET2006-1ªS/SS e 141/2007-17DEZ 2007-1ªS/SS.

³² Vide também, Margarida Olazabal Cabral in *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1997.

³³ O seu carácter normativo ou o seu carácter contratual.

³⁴ Em comentário à posição de Mário Esteves de Oliveira acima referida, refere Margarida Olazabal Cabral, op. cit. (pág. 246) abordando já expressamente o caso de violação de disposição do programa de concurso: “*Não se pode deixar, obviamente de concordar com Esteves de Oliveira quando afirma que será ilegal a adjudicação feita a um concorrente que não respeitou as condições do caderno de encargos: simplesmente o vício de tal acto não será violação de regulamento, enquanto violação do caderno de encargos, mas antes violação de regulamento por violação da cláusula do programa de concurso que obriga à exclusão das propostas que não respeitem o caderno de encargos, se esta existir, ou por violação da lei que regulamenta o concurso público e que contém uma cláusula daquele género, ou, ainda, violação do princípio geral que obriga as propostas a respeitarem os termos dos cadernos de encargos (...)*”.



- Tendo incorporado alterações a matérias definidas como inegociáveis pelo Caderno de Encargos, ao abrigo do disposto no artigo 150.º do CCP, a proposta adjudicatária violou esse Caderno de Encargos e era ilegal;
- Como tal, deveria ter sido excluída do concurso, por força do disposto nos artigos 121.º, n.º 1, e 152.º, n.º 2, do CCP;
- A adjudicação a essa proposta foi um acto ilegal, por violação daqueles preceitos.

7. Dos pagamentos a efectuar em caso de recusa do visto

O artigo 45.º da LOPTC, depois de proibir que antes do visto deste Tribunal se façam quaisquer pagamentos por força de contratos sujeitos à sua fiscalização prévia, permite que, no caso de ocorrer uma recusa desse visto, os trabalhos realizados ou os bens ou serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa possam ser pagos após essa notificação, se o respectivo valor não ultrapassar a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período.

Importa salientar que estamos perante uma norma de direito financeiro público, de natureza imperativa, que disciplina a eficácia jurídica dos actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia e os efeitos desta fiscalização.

As despesas públicas só podem realizar-se se os factos que as geram estiverem de acordo com as normas legais aplicáveis³⁵, e, por força da lei (que ninguém pode alegar não conhecer), a eficácia jurídico-financeira de muitos dos contratos que originam despesa pública depende da verificação e confirmação dessa legalidade pelo Tribunal de Contas.

Quando o Tribunal de Contas recusa o visto a um contrato sujeito ao seu controlo prévio, o que está, assim, em causa é o não preenchimento de uma condição de eficácia de um contrato. Se essa recusa ocorrer, o contrato deixa de ser eficaz e a correspondente despesa não poderá efectuar-se. Exceptuam-se os efeitos e despesas permitidos nos exactos termos do artigo 45.º, n.º 3, da LOPTC.

A norma em apreço não regula qualquer situação de incumprimento contratual por parte do contraente público nem qualquer indemnização pela não execução do contrato. Nessa medida, não estamos perante matérias de

³⁵ Vide, designadamente, artigos 42.º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental e 22.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho.



natureza contratual, que estejam na disponibilidade das partes e que possam ser entre elas reguladas.

Ora, nesta matéria, a cláusula 102.3 do Contrato de Concessão em apreço estabeleceu o seguinte:

“102.3. Em caso de recusa de visto prévio pelo Tribunal de Contas, as partes acordam que os custos e despesas comprovadamente incorridos pela Concessionária com a realização de todas as actividades e investimentos para a prossecução do objecto do Contrato de Concessão, incluindo quaisquer custos incorridos com a Proposta e bem assim com a proposta inicialmente apresentada, as despesas e encargos inerentes à obtenção de fundos necessários à realização de investimentos, bem como dos custos e despesas que, em resultado da referida recusa de visto, forem comprovadamente incorridos pela Concessionária com a resolução antecipada dos instrumentos de cobertura de risco de taxa de juro por esta contratados no âmbito dos Contratos de Financiamento, serão pagos, salvo acordo em contrário pelas partes, pelo Concedente à Concessionária, nos termos do disposto no número 3 do artigo 45.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.”

Esta cláusula regula para além do que se dispõe no referido artigo 45.º da LOPTC, contemplando a compensação de custos que esta norma não abrange.

E pretende ainda a REFER³⁶ que, mesmo que o visto fosse recusado com base na sua ilegalidade, isso não impediria a aplicação da cláusula na relação contratual entre as partes, em sede de determinação da indemnização devida.

Também nesta parte se pretendeu ir além do disposto no artigo 45.º da LOPTC, conferindo à matéria natureza disponível, que inexistente. Também nesta vertente se violou aquela norma legal.

Refira-se que o júri começou por considerar a redacção proposta inaceitável (cfr. acta da sessão n.º 9), embora no final a tenha acolhido. Mais uma vez agiu mal, porquanto neste caso a questão nem era a natureza negociável ou não da matéria em face do Caderno de Encargos, mas a oposição de norma legal claramente imperativa.

³⁶ Vide fls. 332.



Tribunal de Contas

Deve, ainda, referir-se que a aplicação do disposto no artigo 45.º, n.º 3, da LOPTC tem limitações que a cláusula ignora, mas que, por serem imperativas, se lhe impõem e devem ter-se em conta.

Desde logo, só podem pagar-se os bens ou serviços adquiridos, *desde que o respectivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida*. Ora, no caso, esta programação não pode deixar de ter em conta o estabelecido na cláusula 102.2 do contrato:

“102.2.Caso o visto do Tribunal de Contas não seja concedido e notificado à Concessionária no prazo de 6 (seis) meses a contar da assinatura do Contrato, os prazos neste fixados suspendem-se até à data da concessão e notificação daquele visto.”

Considerando que o visto não foi concedido, afigura-se que qualquer eventual execução material do contrato posterior a 8 de Novembro de 2010 ultrapassará a programação contratualmente estabelecida e não pode ser paga ao abrigo do referido artigo 45.º.

Por outro lado, há que conjugar a produção de efeitos do contrato com o regime dos artigos 81.º, n.º 2, e 82.º, n.º 2, da LOPTC.

Estes preceitos estabelecem que nos casos em que os contratos produzam efeitos antes do visto, os respectivos processos têm de ser remetidos e reenviados ao Tribunal de Contas em determinados prazos. A inobservância destes prazos, nos termos do n.º 4 do artigo 82.º, faz cessar imediatamente todas as despesas emergentes dos contratos. Uma vez que essas despesas só poderiam ser pagas nos termos do artigo 45.º, n.º 3, isso significa que não poderão ser feitos pagamentos relativos à execução material dos contratos que tenha ocorrido nos períodos em que se verificou incumprimento daqueles prazos.

No caso, e como já várias vezes foi referido, verificaram-se períodos de incumprimento daqueles prazos (designadamente, entre 1 de Outubro de 2010 e 11 de Fevereiro de 2011 e a partir de Junho de 2011).

A REFER referiu sempre que não tinha praticado actos de pagamento ou execução material do contrato nestes períodos. Mas, como também foi salientado em despacho de 30 de Setembro último, ao qual não foi dada integral resposta, importava garantir que a concessionária não praticava ela própria actos de execução do contrato de concessão cujo pagamento pudesse vir a reclamar por força do artigo 45.º, n.º 3, da LOPTC. Ora, se porventura isso tiver sucedido, o regime do n.º 4 do artigo 82.º impede esse pagamento.



Do referido decorre que a cláusula 102.3 do contrato, ao pretender densificar o regime do artigo 45.º, n.º 3, da LOPTC, se revela ilegal por excesso, contemplando custos não abrangidos naquela norma, e também por defeito, ao não contemplar limitações que decorrem dela ou de normas a ela associadas.

E é irrelevante a invocação de que tal norma se respalda nas bases da concessão aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 33-A/2010, de 14 de Abril, porquanto se trata de matéria regulada pela LOPTC, que é de reserva absoluta da Assembleia da República, não podendo, sob pena de inconstitucionalidade, ser alterada por diploma legislativo do Governo.

8. Da relevância das ilegalidades verificadas

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

- Quanto à *falta de informação sobre cabimento orçamental* do contrato:
 - Os artigos 42.º, n.º 6, e 45.º, n.º 1, da Lei de Enquadramento Orçamental e 22.º do Decreto-Lei n.º 155/92;
 - Os artigos 2.º da Lei de Enquadramento Orçamental e 21.º do Decreto-Lei n.º 32/2012, de 13 de Fevereiro, bem como a Lei n.º 8/2012, de 21 de Fevereiro, conjugados com a lista das Entidades do Sector Institucional das Administrações Públicas 2010³⁷;
 - Os artigos 9.º e 13.º e Anexos I e II das Instruções aprovadas pela Resolução n.º 14/2011, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série, de 16 de Agosto de 2011;
- Quanto às *ilegalidades do procedimento de escolha da proposta adjudicatária*:
 - Os princípios da concorrência e da igualdade, aplicáveis por forçado artigo 1.º, n.º 4, do CCP;
 - Os artigos 3.º e 4.º do Caderno de Encargos;

³⁷ Vide tabela do Instituto Nacional de Estatística.



Tribunal de Contas

- Os artigos 121.º, n.º 1, e 152.º, n.º 2, do CCP;
- Quanto aos *efeitos do contrato*:
 - O artigo 45.º da LOPTC.

As violações de lei relativas à falta de informação sobre cabimento orçamental e aos efeitos do contrato consubstanciam violação directa de normas financeiras.

A violação de normas financeiras constitui fundamento de recusa do visto deste Tribunal, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea b), da LOPTC.

As ilegalidades praticadas no âmbito do procedimento originaram a ilegalidade das adjudicações e a ilegalidade do contrato e do seu instrumento de reforma.

Tendo a adjudicação recaído numa proposta que deveria ter sido excluída, para além da invalidade dos actos, verifica-se uma potencial alteração do resultado financeiro do procedimento. Isto é, se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, é provável que tivessem sido obtidos resultados diferentes, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos.

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

Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

Há pois fundamentos para recusa do visto.



IV. DECISÃO

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

São devidos emolumentos nos termos do n.º 3 do artigo 5º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas³⁸

Lisboa, 21 de Março de 2012

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Manuel Mota Botelho)

(João Figueiredo)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(José Vicente)

³⁸ 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
