

ACÓRDÃO N.º 35/2013 - 17.dez. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1613/2013)

DESCRITORES: Contrato de Concessão / Concurso Público / Ajuste Direto / Elemento Essencial / Adjudicação / Nulidade / Contrato de Desenvolvimento / Direito Comunitário / Contratação Pública / Princípio da Concorrência / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Qualquer que seja o objecto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando (...) em 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 [cfr. al. b) do n.º 1 do art.º 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)].
2. Qualquer que seja o objecto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando (...) na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante (cfr. al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP).
3. Não tendo o concurso público anterior ficado deserto e não se verificando os pressupostos de imprevisibilidade e inimputabilidade exigidos pela al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP não podia formar-se o contrato *sub judice* por ajuste direto ao abrigo daquelas disposições legais.
4. Face ao disposto no art.º 31.º do CCP, para a formação do contrato de concessão deveria ter sido adotado concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação ou diálogo concorrencial.

5. A ausência do procedimento legalmente previsto implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e a nulidade do contrato nos termos estabelecidos no art.º 283.º, n.º 1 do CCP, o que constitui fundamento de recusa do visto nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
6. A previsão, no caderno de encargos do concurso público e depois no do ajuste direto, da celebração de um contrato de investigação e desenvolvimento directamente relacionado com as prestações que constituem o objeto do contrato de concessão, viola o direito comunitário e o direito nacional da contratação pública, por inobservância do princípio da concorrência e o da não discriminação.
7. A violação supra mencionada configura ainda uma situação de alteração dos resultados financeiros obtidos no procedimento de formação do contrato, o que constitui, igualmente, fundamento para a recusa do visto, ao abrigo da al. c) do n.º 3 do art.º 44 da LOPC.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



ACÓRDÃO N.º35 /17.DEZ.2013/1ª S/SS

Processo n.º 1613/2013

I - RELATÓRIO

1. A LIPOR – Serviço Intermunicipalizado de Gestão de Resíduos do Grande Porto (doravante designada por LIPOR) remeteu, para fiscalização prévia, o contrato de “Concessão da Construção e Exploração do Aterro Intermunicipal da LIPOR na Póvoa do Varzim”, celebrado em 3 de outubro de 2013, com o agrupamento complementar das empresas “Ferrovial Servicios-EGEO Tecnologia e Ambiente, Amândio Carvalho & Gabriel Couto, A.C.E.”, pelo valor de 111.388.239,50 €, ao qual acresce o valor de IVA à taxa legalmente aplicável.
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido à LIPOR pelos Serviços de Apoio a este Tribunal, solicitando, designadamente, esclarecimentos sobre os fundamentos que permitiram a formação do presente contrato ao abrigo das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP¹.

II - OS FACTOS

3. Para além do referido no n.º 1, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos diretamente relacionados com o contrato e seu procedimento de formação:
 - a) A LIPOR é uma associação de municípios, que associa os municípios de Espinho, de Gondomar, da Maia, de Matosinhos, do Porto, da Póvoa de Varzim, de Valongo e de Vila do Conde, e que tem por objeto imediato a reciclagem, valorização, tratamento e aproveitamento final dos resíduos sólidos entregues pelos municípios associados, bem como proceder à gestão, manutenção e desenvolvimento das infraestruturas necessárias para o efeito;

¹ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho.



- b) Em 26 de maio de 2010, o Conselho de Administração da LIPOR deliberou proceder ao lançamento de um concurso público com publicitação internacional para a formação do contrato de concessão da construção e exploração do aterro sanitário intermunicipal da LIPOR, na Póvoa do Varzim;
- c) Em 17 e 19 de junho de 2010 foram publicados os anúncios respetivos no Diário da República e no Jornal Oficial da União Europeia;
- d) Apresentaram proposta oito concorrentes;
- e) O concurso foi estruturado em duas fases: uma primeira com avaliação de todas as propostas apresentadas, segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa (Valia Técnica - 50% e Valia Económica - 50%); e uma segunda fase para a qual transitaram, apenas, as duas propostas melhor classificadas. Esta segunda fase envolveu uma subfase de negociação, que culminou com a apresentação das propostas finais;
- f) Nos termos do artigo 14º do programa do procedimento “[o]s concorrentes são obrigados a manter as respetivas propostas pelo prazo de 90 dias contados da data do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas”;
- g) Em 13 de julho e em 14 de setembro de 2011 decorreram as duas sessões de negociação;
- h) Também em setembro de 2011, os dois concorrentes selecionados para a fase de negociação apresentaram as suas propostas finais, acontecendo que o concorrente cuja proposta viria a ficar colocada em segundo lugar a apresentou no dia 29 de setembro;
- i) Em 14 de novembro de 2011, o júri aprovou o relatório final de avaliação;
- j) Em 30 de novembro de 2011, o Conselho de Administração da LIPOR, deliberou adjudicar a concessão da construção e exploração do aterro sanitário intermunicipal da LIPOR ao concorrente que integrava as sociedades MOTA-ENGIL, Engenharia e Construção, S.A. / MONTEADRIANO - Engenharia e Construção, S.A. / SUMA - Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. / ECOVISÃO-Tecnologias do Meio Ambiente, Lda. e ECOAMBIENTE - Consultores De Engenharia, Gestão e Prestação de Serviços, S.A. e que apresentou proposta no valor de 77.341.528,30 €;
- k) O concorrente adjudicatário foi notificado para apresentar os documentos de habilitação e prestar a caução contratual;
- l) Em 15 de fevereiro de 2012, o Conselho de Administração da LIPOR deliberou aprovar a minuta de contrato, tendo concedido ao agrupamento de empresas adjudicatário, nos termos do artigo 101.º do CCP, um prazo de cinco dias úteis para, querendo, apresentar reclamação contra a mencionada minuta contratual, faculdade que tal agrupamento veio a utilizar;
- m) Alegando a complexidade técnico-jurídica de várias das reclamações apresentadas, a LIPOR deliberou prorrogar o seu prazo de pronúncia sobre



tais reclamações. Nesse espaço temporal, a LIPOR e o agrupamento adjudicatário mantiverem contactos no sentido de se consensualizar a minuta do contrato em discussão;

- n) Em 23 de maio de 2012, o Conselho de Administração da LIPOR deliberou aprovar um conjunto de reclamações apresentadas por tal agrupamento de empresas (a maioria) e recusar outras, com o fundamento de que as mesmas previam obrigações que contrariavam e/ou não constavam dos documentos que integravam o contrato (no caso, especialmente, o Caderno de Encargos);
- o) Também nesse dia 23 de maio, o Conselho de Administração da LIPOR agendou para o dia 6 de junho de 2012 a outorga do contrato de concessão;
- p) O agrupamento adjudicatário suscitou um pedido de suspensão da eficácia jurídica da decisão que fixou a data para outorga do contrato, solicitação que a LIPOR indeferiu, tendo no entanto manifestado disponibilidade para que a assinatura do contrato de concessão se pudesse concretizar no dia 19 de junho de 2012;
- q) O agrupamento de empresas adjudicatário não compareceu na data *ab initio* definida pela LIPOR (6 de junho de 2012), sendo que, no dia 19 de junho de 2012, compareceu tendo, no entanto, então, declarado, recusar-se outorgar o mencionado contrato de concessão;
- r) *“Alegando para o efeito uma não provada “alteração das circunstâncias””, entre a data que apresentou a sua proposta final e a data da celebração do Contrato, “o agrupamento de empresas adjudicatário manifestou que estaria disponível para assinar o contrato de concessão desde que lhe fosse garantido um benefício suplementar face à proposta apresentada”;*
- s) *“Com base na tal não provada, nem sequer indiciariamente demonstrada, “alteração das circunstâncias”, o agrupamento adjudicatário pretendeu estabelecer uma negociação no sentido de, mesmo antes de ser assinado o Contrato de Concessão, verificar-se uma “previsão do ajustamento” do mesmo”;*
- t) Refere a LIPOR que *“[t]al circunstância (não comparência para assinatura do Contrato), por força da Lei (Artigo 105.º, n.º 1, primeira parte, do CCP) e do Artigo 27.º, n.º 1 al. c) do Programa de Procedimento), conduziu, necessariamente, à caducidade da adjudicação. Os fundamentos para a caducidade da adjudicação encontram-se enunciados no n.º 1 do Artigo 105.º do CCP e desdobram-se em dois tipos, em ambos os casos se os factos descritos se deverem considerar imputáveis ao adjudicatário:*
 - a) O adjudicatário não comparecer no dia, hora e local fixados para a outorga do contrato (ou comparecer e não o assinar);*
 - b) O adjudicatário, tratando-se de um agrupamento de entidades, não se tiver apresentado associado nos termos previstos no*



programa do procedimento e em conformidade com o disposto no n.º 4 do Artigo 54.º do CCP”;

- u) Em 20 de junho de 2012, foi formalmente auscultado o concorrente constituído pelas empresas CASAIS - Engenharia e Construção, S.A./ SEMURAL - Sociedade de Empreendimentos Urbanos, S.A./ ALBERTO COUTO ALVES, S.A. e R.R.I. - Recolha de Resíduos Industriais, S.A., o qual apresentou a proposta ordenada em segundo lugar, no sentido de saber se o mesmo ainda mantinha a sua proposta final, apresentada em 29 de setembro de 2011 e que apresentava um valor de 77.510.501,36 €;
- v) Em 19 de setembro de 2012, o concorrente classificado em segundo lugar (apesar de uma posição inicial de disponibilidade para aceitar a adjudicação), veio por comunicação dirigida ao Conselho de Administração, informar da sua impossibilidade de manter a proposta final, apresentada em 29 de setembro de 2011, argumentado para tal impossibilidade, quer razões internas atinentes às várias sociedades que o constituíram, quer em razões externas anotando os grandes constrangimentos em obter os financiamentos necessários ao projeto;
- w) No mesmo dia 19 de Setembro de 2012, o Conselho de Administração da LIPOR, dada a não disponibilidade do concorrente classificado em segundo lugar para manter a sua proposta, deliberou não lhe fazer a adjudicação, tendo presente também deliberações suas anteriores, em particular a constante da ata do dia 20 de Junho de 2012, em que se tinha decidido que só se promoveria a adjudicação à proposta classificada em segundo lugar, se o concorrente declarasse manter, sem reservas, a proposta final apresentada a 29 de Setembro de 2011;
- x) No dia 10 de outubro de 2012, o Conselho de Administração da LIPOR deliberou:
 - “1. Não adjudicar o objeto do "Concurso Público para a Contratação da Concessão da Construção e Exploração do Aterro Sanitário Intermunicipal da Lipor (Póvoa de Varzim)", com a consequente e inerente revogação da decisão de contratar, nos termos do disposto no Artigo 80.º, n.º 1 do CCP.*
 - 2. (...)*
 - 3. Promover a "Contratação da Concessão da Construção e Exploração do Aterro Sanitário Intermunicipal da Lipor (Póvoa de Varzim) ", por Ajuste Direto, nos termos do disposto nas alíneas b) e c), do n.º 1 do Artigo 24.º do CCP, devendo os Serviços garantir as seguintes premissas:*
 - a) O Caderno de Encargos deverá manter-se substancialmente idêntico e inalterado face ao que presidiu o Concurso Público anterior e que, agora, culminou com a decisão de não adjudicação;*
 - b) O procedimento por Ajuste Direto deverá integrar uma fase de negociação;*



- c) *Deverão ser consultados para apresentação de propostas os Concorrentes que tendo apresentado proposta no âmbito do "Concurso Público para a Contratação da Concessão da Construção e Exploração do Aterro";*
- y) Em 5 de dezembro de 2012, o Conselho de Administração da LIPOR, aprovou a abertura do procedimento por ajuste direto, nos termos dos artigos 23.º e 24.º, n.º 1 alíneas b) e c) do CCP, para a contratação da concessão da construção e exploração do aterro sanitário intermunicipal, dirigindo o convite aos seis agrupamentos de empresas que tendo apresentado proposta no concurso público, não transitaram para a fase de negociação;
- z) Dos seis agrupamentos de empresas convidados, três apresentaram proposta;
- aa) Em 11 de setembro de 2013, o Conselho de Administração da LIPOR, no seguimento do relatório de avaliação das propostas, adjudicou a concessão ao agrupamento acima referido no nº 1;
- bb) Sobre os fundamentos para celebração do novo contrato ao abrigo das alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 24º do CCP, disse ainda a LIPOR:

“O agrupamento de empresas adjudicatário foi o único responsável pela não assinatura do Contrato, já que podia e devia ter cumprido a sua obrigação de assinar o mesmo, que mais não era do que a formalização da sua vontade negocial manifestada com a sua proposta definitiva apresentada em setembro de 2011.

Já é verdade que a Lipor teve grandes prejuízos com o comportamento de tal agrupamento de empresas adjudicatário.

De facto, o atraso na formação do Contrato concursado, e, ainda mais, o conseqüente atraso na execução da obra pública, objeto de tal Contrato, impediram, e ainda impedem, a Lipor de prosseguir o interesse público que lhe está confiado que é o de criar as condições de deposição de resíduos urbanos produzidos pelos Municípios associados e que dizem respeito a, praticamente, um milhão de pessoas!

Resíduos esses que, pelas mais elementares normas ambientais, têm de ser recolhidos e tratados, podendo, inclusive, o País ser penalizado se tal serviço público não for prestado atempadamente, tendo em conta a necessidade de observância do direito comunitário.

A Lipor, dado que o candidato classificado em segundo lugar no concurso retirara, legitimamente, a sua proposta, viu-se forçada a lançar novo procedimento de contratação, o qual se concretizou no presente Contrato de Concessão, agora sob análise desse Alto Tribunal.

Só que a nova adjudicação, e, em consequência, o arranque da obra e



o início de funções desta ir-se-ão atrasar-se, em relação ao previsto, em, pelo menos, dois anos, por facto exclusivamente imputável ao agrupamento de empresas adjudicatário.

O Artigo 24.º, n.º 2, alínea b) estabelece que qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adoptar-se o ajuste direto quando "Em 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 pronunciamento."

O Artigo 19.º do Programa do Procedimento previa que seriam retidas para negociação apenas as duas propostas melhor classificadas, pelo que todas as outras seis propostas (as que não passaram a tal decisiva fase) terão de ser entendidas como se encontrando excluídas dessa fase do procedimento, pelo simples facto de não reunirem as condições para, sobre as mesmas, poder recair a adjudicação, após a fase da negociação que não integraram.

De facto, com a decisão inicial de graduação das propostas à luz do critério de adjudicação, esta Associação de Municípios produziu, desde logo, uma decisão final e com eficácia externa que atingiu todos os Concorrentes, salvo aqueles dois, pelo que todas as propostas que não transitaram para a fase de negociação foram, por esse motivo, afastadas do procedimento, iniciando-se, seguidamente, um novo e distinto momento procedimental, restrito aos referidos dois Concorrentes.

Pelo que, as propostas não caducaram. Seis delas foram, portanto, excluídas na última fase do procedimento; a do agrupamento de empresas adjudicatário auto excluiu-se, dado que se recusou a assinar o Contrato, depois de escolhida; a que se classificou em segundo lugar foi, posteriormente àquela recusa e à verificação da caducidade da adjudicação, retirada pelo agrupamento de empresas que a apresentou (no caso as empresas Casais — Engenharia e Construção S.A./ Semural — Sociedade de Empreendimentos Urbanos, S.A., / Alberto Couto e Alves, S.A./ R.R.I. — Recolha de Resíduos Industriais, S.A.).

Ora, o que é certo, é que se manteve, e mantém, intocável o interesse e a necessidade da Lipor em promover a obra concursada, na medida que a mesma permitirá a esta Associação de Municípios a prossecução do seu escopo estatutário e, conseqüentemente, do interesse público.

*Certo é, igualmente, que a concretização desse interesse público, se encontra já gravemente prejudicado face às vicissitudes do processo concursal em causa, sendo que foi considerado que só seria possível a sua mitigação através de um processo de contratação mais expedito.
(...)*



[O] Aterro Sanitário da Maia já foi objeto de uma intervenção de ampliação que permitiu acomodar, em termos de deposição de resíduos, os atrasos, não imputáveis à Lipor, que o processo concursal tem sofrido, não sendo prospetivável, tecnicamente, uma nova intervenção que permita prolongar a vida útil de tal infraestrutura, por esgotamento de alvéolos de deposição.

Ora, a Lipor tem necessidade de confinar tecnicamente, em Aterro, anualmente, resíduos urbanos, a que crescem, ainda anualmente, cerca de 30.000 Toneladas de cinzas (subproduto que resulta do processo de incineração) e, ainda, de dar destino adequado a entre 55.000 a 60.000 Toneladas de escórias (subproduto que resulta do processo de incineração), constituindo, pois, o Aterro uma infraestrutura relevante no adequado funcionamento do Sistema de Gestão de Resíduos.

Foi, ainda e igualmente, ponderado que não seria exetável que a curto prazo a situação económica e financeira evoluísse no sentido de permitir a um significativo leque de entidades construtoras potencialmente interessadas no Projeto, a obtenção de condições financeiras à prossecução do mesmo.

No entanto, seria insustentável que um novo processo concursal aberto à concorrência pudesse culminar com uma nova situação de concurso deserto por falta de interessados, acontecimento este que tornaria o Sistema de Gestão de Resíduos da Lipor vulnerável, face ao exetável esgotamento da capacidade do Aterro Sanitário da Maia, o que geraria uma situação insolúvel para a deposição dos resíduos produzidos pela população que esta Associação de Municípios serve (cerca 1 milhão de habitantes) nas paragens técnicas para manutenção da Central de Incineração (vulgo Lipor II), bem como das cinzas que resultam do processo de valorização energética dos resíduos.

Entende, pois, esta Associação de Municípios que dispunha de legitimidade para o lançamento de um procedimento por ajuste direto nos termos da al. b) do Artigo 24.º do CCP.

Ora, o que aconteceu é que de facto todas as propostas foram, como se disse, excluídas umas por não reunirem condições face aos critérios definidos para passar à fase de negociação, outra (a do agrupamento adjudicatário) por este se ter recusado a assinar o Contrato e, ainda outra (a apresentada pelo concorrente que transitou para a fase de negociação) pelo facto do mesmo ter retirado a sua proposta.

Pelo que, no fim, nenhuma das propostas restou, para que pudesse sobre ela recair a adjudicação (a quem quer que fosse).

De facto, e como já várias vezes se mencionou, só existiu a necessidade da Lipor desenvolver um processo de contratação mais expedito, pelo



facto do agrupamento adjudicatário, de forma totalmente inopinada ter pretendido usufruir, ilegitimamente, de uma renegociação dos valores da proposta antes mesmo de assinar o Contrato.

Perante os condicionalismos supra expostos, não poderia a Lipor desenvolver um processo de contratação mais complexo (Concurso Público) que nunca duraria menos de 12 a 14 meses, a que se seguiria um conjunto de exigências legais, nomeadamente o visto do Tribunal de Contas, e, depois, e ainda, a necessidade de aguardar mais 18 meses para que a infraestrutura estivesse apta a receber os resíduos.

A Lipor limita-se, assim, a dizer (repetir) que o recurso a um processo de contratação mais expedito, só acontece pelo facto do agrupamento adjudicatário não ter comparecido à outorga do Contrato de Concessão e ao facto de, numa segunda marcação, ter comparecido mas, aí, ter-se recusado a assiná-lo.

Porém, a Lipor reputou como interessante a transição, para o novo procedimento, de todos os agrupamentos de empresas (seis) que se mostraram interessados no procedimento inicial, pelo facto dos mesmos já conhecerem de forma pormenorizada o presente Projeto, podendo assim apresentar melhorias apreciáveis face às Propostas ab initio apresentadas, em benefício, assim da competitividade e da concorrência.

Concomitantemente, assegurou-se, ainda e também, o interesse da LIPOR em garantir, por outro lado, que a universalidade do "mercado" que demonstrou efetivo interesse na execução do Contrato (e que, por isso, apresentou proposta), continuasse a ser consultada.

Assim, no âmbito do processo de contratação subjacente ao Contrato de Concessão, agora sob análise por esse Alto Tribunal, foram convidadas a apresentar propostas os seis agrupamentos de empresas que manifestaram interesse, em particular, no Concurso Público anterior, e que não transitaram para a subfase de negociação das propostas.

Dos seis agrupamentos de empresas convidados, três deles entenderam por bem participar, tendo apresentado as respetivas propostas.

Entende a Lipor, igualmente, que lhe seria possível recorrer ao procedimento por ajuste direto nos termos da al c), n.º 1 do Artigo 24.º do CCP - "Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante".

De facto, esta Associação de Municípios foi confrontada com uma circunstância imprevisível, já que não é normal, num Concurso



Público Internacional de muitos milhões de euros, o agrupamento e empresas sobre quem recaiu a adjudicação pretender uma renegociação dos valores da proposta, por si livremente apresentados, antes de assinar o Contrato.

Sendo que, quanto aos demais requisitos que preenchem a previsão da al. c) do n.º 1 do Artigo 24.º, julgamos, com o devido respeito, que já se encontra suficiente e abundantemente explicado o porquê de ter sido estritamente necessário o ajuste direto (e foi tão estritamente necessário que foram convidadas a apresentar propostas seis agrupamentos de empresas e não apenas um) e de haver urgência imperiosa incompatível com, por exemplo, um procedimento por concurso público, bem como tal situação não pode ser imputável à entidade adjudicante, já que nos limitamos a cumprir a lei ao não negociar e não aceitar um Contrato de Concessão por valores muito superiores aos que constavam na proposta adjudicada.

Pelo exposto, e com o devido respeito, esta Associação de Municípios entende que estavam reunidos os requisitos legais necessários e suficientes para o recurso ao procedimento por Ajuste Direto quer nos termos da al. b), quer nos termos da al. c) do n.º 1 do Artigo 24.º do CCP.”

cc) No caderno de encargos do procedimento de ajuste direto, previu-se na sua cláusula 28.^a:

“1 – O concessionário obriga-se, através de si ou de uma entidade terceira, a elaborar e a executar um ou mais projectos de investigação e desenvolvimento, nos termos da proposta adjudicada, de valor correspondente a 1% do preço contratual.

2 – Os projetos a que se refere o número anterior devem:

a) Estar diretamente relacionados com as prestações que constituem o objeto do contrato de concessão e devem ser concretizados no território nacional;

b) Conter todos os aspetos necessários e adequados à concretização inequívoca das atividades a desenvolver, nomeadamente a sua descrição, planeamento, objetivos, resultados expectáveis e quantificação financeira;

c) Ser concretizados no prazo de 5 anos a contar da data de início da exploração.

3 – Para os efeitos do n.º 1, deve ser celebrado um contrato que regule a elaboração e execução dos projectos de investigação e desenvolvimento, na data da assinatura do contrato de concessão”;



dd) Na sequência do previsto na alínea anterior, com o contrato de concessão com o qual “*se encontra funcionalmente ligado*”² foi concomitantemente celebrado contrato de projeto de investigação e desenvolvimento que para esta finalidade prevê um montante de € 1.113.882,40³;

ee) Face à matéria constante das alíneas anteriores cc) e dd) foi a entidade adjudicante questionada para que esclarecesse “*por que motivo, não foi expurgado do caderno de encargos do presente procedimento, o seu capítulo IX, atendendo a que o disposto nos n.ºs 7 a 10 do artigo 42.º do CCP, se encontra revogado pelo D.L. n.º 149/2012, de 12 de julho*” salientando-se que “*a revogação de tal norma teve por base um Parecer da Comissão Europeia - IP/10/1555, de 25 de novembro de 2010*”. A tal questão respondeu a LIPOR nos seguintes termos:

“O Capítulo IX do Caderno de Encargos (Cláusula 28.ª e Cláusula 29.ª), com a epígrafe “Projetos de Investigação e Desenvolvimento”, estabelece a obrigação do Concessionário financiar projetos de investigação e desenvolvimento, a definir pela Concedente.

Tais projetos terão, nos termos da Cláusula 28.ª, n.º 2 do Caderno de Encargos, um âmbito e um prazo de concretização muito específico, assim:

a) Serão projetos relacionados com o setor dos resíduos (o Contrato de Concessão tem por objeto a construção e exploração de uma infraestrutura de resíduos sólidos urbanos), na vertente da valorização dos mesmos ou da diminuição da sua periculosidade e impacto no Ambiente;

b) Tais projetos terão de ser concretizados no prazo de 5 anos a contar da data de início da exploração.

(...)

Entende esta Associação de Municípios que, apesar de terem sido revogados os preceitos legais supra enunciados (...), nada há que impeça e que se impossibilite ao abrigo de um processo de Contratação Pública a promoção de projetos de investigação e desenvolvimento, ainda para mais num quadro como o presente em que, salvo melhor entendimento, não se descortina, eventual que seja, a violação dos princípios e das preocupações que a Comissão anotou no seu Parecer com a referência IP/10/1555.

Desde logo não se descortina qualquer vantagem das empresas portuguesas, porque e como consta especificamente no Caderno de Encargos, quem define os projetos de investigação e desenvolvimento a realizar é a entidade Concedente. Ou seja, não fica à livre decisão e arbítrio do Concessionário estabelecer quais são esses projetos e assim, por ter nacionalidade

² Vide artigo 2º deste contrato.

³ Vide cláusula 6ª deste contrato.



portuguesa, poder beneficiar de especiais vantagens face a empresas não nacionais. Assim, e quanto a este aspeto, o que nos parece decisivo anotar é que os projetos a desenvolver, para além de serem os que a Concedente definir, terão de ser, e aqui o Caderno de Encargos foi muito preciso, diretamente relacionados com resíduos. Por outro lado, e ainda quanto a este aspeto específico, não decorre do Caderno de Encargos que tais projetos tenham obrigatoriamente que decorrer em território nacional (e esta era também uma forte preocupação da Comissão).

Quanto à questão de poder ser uma desvantagem para as empresas que não estivessem dispostas a aceitar esse encargo adicional, cumpre referir que o presente processo baseou-se num convite à apresentação de propostas a agrupamentos de empresas que em anterior Concurso Público manifestaram interesse em participar. No Concurso Público Internacional, que esteve na génese do atual processo de Ajuste Direto, não se verificou qualquer situação, que tenha chegado ao nosso conhecimento, ou qualquer constrangimento relacionado com a incapacidade de apresentar propostas em virtude do eventual encargo adicional que resulta do Capítulo IX do Caderno de Encargos. Anote-se que à data de desenvolvimento do mencionado Concurso Público estavam em vigor os n.ºs 7 a 10 do Artigo 42.º do CCP.

Por outro lado, parece-nos adequado lembrar, sempre com o devido respeito, que o já mencionado Parecer da Comissão assenta a sua argumentação, para considerar que a exigência que resultava do n.º 7 a 10 do Artigo 42º do CCP constituía uma desvantagem para as empresas que não estivessem dispostas a aceitar esse encargo adicional, quando o mesmo não tivesse utilidade para a execução do Contrato. Ora, como já referido, os projetos a desenvolver têm que estar diretamente relacionados com o setor dos resíduos, em especial na vertente da valorização dos mesmos, ou da diminuição da sua periculosidade e impacto no Ambiente, pelo que encontra-se 'assegurado que os projetos terão significativa utilidade para o Contrato (anote-se que no aterro não serão apenas rececionados resíduos urbanos, mas também escórias e cinzas resultantes do processo de incineração de resíduos, e pelo menos, neste particular, poderá haver muitos campos a investigar, por exemplo o reaproveitamento de tais escórias e cinzas).

Refira-se, ainda, que tendo o processo de contratação sido por Ajuste Direto nos termos do Artigo 24.º, al. b) e c) do CCP, tal implica que o Caderno de Encargos não pudesse ser substancialmente alterado em relação ao procedimento anterior (no caso um concurso público com publicidade internacional).

Para finalizar, esta Associação de Municípios reafirma o seu entendimento que nenhuma norma da Contratação Pública foi violada, nem foi desrespeitado nenhum princípio nem nenhum dos valores que a Comissão Europeia pretendeu reafirmar através do seu Parecer IP/10/1555, de 25 de novembro de 2010”.



III – FUNDAMENTAÇÃO

III.A – Questões que se suscitam no processo e observações preliminares.

4. Duas questões se devem suscitar no presente processo:
 - a) Podia o presente contrato de concessão da construção e exploração do aterro intermunicipal da LIPOR ser celebrado, como foi, mediante um procedimento de ajuste direto?
 - b) Podia a entidade concedente exigir ao concessionário a celebração do contrato de investigação e desenvolvimento juntamente com o contrato de concessão?
5. Algumas observações preliminares devem ser feitas antes de se passar à indagação que aquelas questões suscitam.

Não contesta este Tribunal que deve *“a Lipor [...] prosseguir o interesse público que lhe está confiado que é o de criar as condições de deposição de resíduos urbanos produzidos pelos Municípios associados e que dizem respeito a, praticamente, um milhão de pessoas! Resíduos esses que, pelas mais elementares normas ambientais, têm de ser recolhidos e tratados(...).”*

Não se contesta igualmente que *“a Lipor tem necessidade de confinar tecnicamente, em Aterro, anualmente, resíduos urbanos, a que crescem, ainda anualmente, cerca de 30.000 Toneladas de cinzas (subproduto que resulta do processo de incineração) e, ainda, de dar destino adequado a entre 55.000 a 60.000 toneladas de escórias (subproduto que resulta do processo de incineração), constituindo, pois, o Aterro uma infraestrutura relevante no adequando funcionamento do Sistema de Gestão de Resíduos”.*

E aceita-se *“que se manteve, e mantém, intocável o interesse e a necessidade da Lipor em promover a obra concursada, na medida que a mesma permitirá (...) a prossecução do seu escopo estatutário e, conseqüentemente, do interesse público.”*

E admite-se que, numa certa perspetiva, *“a concretização desse interesse público, se encontra já gravemente prejudicado face às vicissitudes do processo concursal em causa”.*



E dizemos que, numa certa perspetiva a concretização desse interesse público pode estar prejudicado, porque há que atender a outras perspetivas na proteção dos interesses públicos: nomeadamente o respeito pela lei que, num Estado de Direito e numa Administração subordinada ao princípio da legalidade, deve imperar na satisfação das necessidades públicas.

E no presente processo há que ter bem presente designadamente o facto de ao concurso público internacional terem ocorrido oito concorrentes – revelador do interesse do mercado na assunção desta concessão – e de, em seu resultado, terem sido apuradas propostas finais no valor de 77.341.528,30 € e de 77.510.501,36 €.

E, estando-se no âmbito da jurisdição financeira, há que ter bem presente que do presente contrato, formado por ajuste direto, resultam encargos no montante de 111.388.239,50 €.

III.B - Sobre a conformidade legal da formação do contrato, mediante ajuste direto, ao abrigo da alínea b) do nº 1 do artigo 24º do CCP

6. Como se viu, a decisão de proceder a ajuste direto para a formação do contrato *sub judice* baseou-se no disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 24º do CCP. Esse preceito legal dispõe:

“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”.

7. Desde logo, deve constatar-se que a solução constante da alínea b) do nº 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.

Tal solução – e as demais constantes dos artigos 24º a 27º e 31º nº 3 do CCP – assume pois um carácter excecional, face às regras gerais de escolha do procedimento para a formação de um contrato e, por isso, deve ser objeto de aplicação estrita.

8. Os fundamentos que subjazem à solução constante da alínea b) do nº 1 do artigo 24º 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; a situação de concurso



“deserto” *stricto sensu*, de inexistência de concorrentes ou de propostas, está prevista na alínea a) do mesmo número e artigo).

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, ainda que, em certas circunstâncias, obrigatoriamente com convite a um conjunto de entidades pré-determinadas, desde que os pressupostos concorrenciais fixados no procedimento anterior sejam respeitados.

Note-se: o que está sobretudo em causa é o respeito pelo princípio da concorrência. Respeitado este no procedimento inicial e frustrado o apelo que foi feito à concorrência, admite-se a formação do contrato por solução concorrenciais mais restrita.

Mas estando-se no domínio da satisfação de necessidades públicas o respeito pelo princípio da concorrência está intimamente associado à necessidade de, por essa via, se obterem as melhores propostas: numa perspetiva de eficiência, eficácia e economia.

9. Mas note-se também o seguinte: quando a lei na previsão desta norma exige que “*todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas*” está a referir-se às situações de exclusão *proprio sensu*: isto é, exclusão de propostas que no procedimento não puderam ser objeto de avaliação final e que não puderam ser consideradas na decisão de adjudicação. Por terem sido excluídas no procedimento: no decurso da análise das propostas, após análise das propostas mas antes da avaliação, no decurso da avaliação ou mesmo no seu termo.

São exclusões operadas em função de causas previstas na lei ou especificamente nos documentos do procedimento, ao abrigo do nº 4 do artigo 132º e alínea n) do nº 2 do artigo 146º do CCP desde que, naturalmente, sejam legalmente admissíveis.

E as causas de exclusão fixadas na lei são as que especialmente constam do nº 2 do artigo 146º - causas de exclusão formal –, do nº 2 do artigo 70º do CCP - causas de exclusão material – e de algumas outras disposições do CCP ⁴ ou de legislação avulsa que expressamente as consagram.

⁴ Vide nomeadamente o nº 1 do artigo 121º, nº 1 do artigo 151º, nº 3 do artigo 152, nº 1 do artigo 180º, nº 2 do artigo 212º, alínea b) do nº 8 do artigo 231º e nº 4 do artigo 241º.



Não ter este entendimento conduzir-nos-ia, *a fortiori*, à conclusão de que todas as propostas, em todos os procedimentos, seriam objeto de exclusão, com exceção das propostas adjudicatárias.

10. Ora foi precisamente este o entendimento de que lançou mão a LIPOR para justificar o lançamento do procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP quando diz⁵:

*“O (...) Programa do Procedimento previa que seriam retidas para negociação apenas as duas propostas melhor classificadas, pelo que todas as outras seis propostas (as que não passaram a tal decisiva fase) **terão de ser entendidas como se encontrando excluídas** dessa fase do procedimento, pelo simples facto de não reunirem as condições para, sobre as mesmas, poder recair a adjudicação, após a fase da negociação que não integraram.*

*De facto, com a decisão inicial de graduação das propostas à luz do critério de adjudicação, esta Associação de Municípios produziu, desde logo, uma decisão final e com eficácia externa que atingiu todos os Concorrentes, salvo aqueles dois, pelo que **todas as propostas que não transitaram para a fase de negociação foram, por esse motivo, afastadas do procedimento, iniciando-se, seguidamente, um novo e distinto momento procedimental, restrito aos referidos dois Concorrentes.***

*Pelo que, as propostas não caducaram. Seis delas foram, portanto, **excluídas na última fase do procedimento; a do agrupamento de empresas adjudicatário auto excluiu-se, dado que se recusou a assinar o Contrato, depois de escolhida; a que se classificou em segundo lugar foi, posteriormente àquela recusa e à verificação da caducidade da adjudicação, retirada pelo agrupamento de empresas que a apresentou (...)**”.*

11. Ora, este entendimento não tem qualquer suporte legal: efetivamente as seis propostas que não passaram à fase de negociações não foram excluídas: foram admitidas e objeto de avaliação. Simplesmente, dada a classificação obtida não passaram à fase de negociação. E o concorrente inicialmente adjudicatário não foi excluído igualmente. Só em linguagem corrente se poderá dizer que se autoexcluiu: juridicamente, como a LIPOR reconhece, recusou-se a assinar o contrato, quando instado a fazê-lo, tendo por isso arcado com as consequências, como a lei dispõe. E o mesmo se diga relativamente ao segundo classificado: não foi excluído. Simplesmente fez uso de uma possibilidade conferida pela lei e pelos

⁵ Negritos nossos.



documentos do procedimento, não mantendo a sua proposta: “o candidato classificado em segundo lugar no concurso [retirou], legitimamente, a sua proposta”, como diz a LIPOR.

12. O concurso anterior não ficou deserto. E também por isso não se pode alegar como razão impeditiva de um novo procedimento concursal que “*seria insustentável que um novo processo concursal aberto à concorrência pudesse culminar com uma nova situação de concurso deserto por falta de interessados*”, como refere a LIPOR.
13. Igualmente não assiste razão à LIPOR quando concluiu: “*[o]ra, o que aconteceu é que de facto todas as propostas foram, como se disse, excluídas, umas por não reunirem condições face aos critérios definidos para passar à fase de negociação, outra (a do agrupamento adjudicatário) por este se ter recusado a assinar o Contrato e, ainda outra (a apresentada pelo concorrente que transitou para a fase de negociação) pelo facto do mesmo ter retirado a sua proposta. Pelo que, no fim, nenhuma das propostas restou, para que pudesse sobre ela recair a adjudicação (a quem quer que fosse)*”.
14. Em conclusão: o pressuposto essencial consagrado na alínea b) do nº 1 do artigo 24º do CCP – “*pode adotar-se o ajuste direto quando (...) [e]m anterior concurso público (...) todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas*” – não se verificou.

Não poderia pois formar-se o contrato *sub judice* por ajuste direto ao abrigo daquela disposição legal.

III.C - Sobre a conformidade legal da formação do contrato, mediante ajuste direto, ao abrigo da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP

15. Para a celebração do contrato em apreciação foi invocada igualmente a alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP, que dispõe:

“Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar pode adotar-se o ajuste directo quando (...) [n]a medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”.

16. Esta disposição ao permitir a adoção de ajuste direto, pelas razões materiais nele fixadas, para contratos de qualquer valor, fá-lo de forma claramente restritiva.



Tribunal de Contas

Efetivamente estabelece três pressupostos:

- a) Existirem motivos de urgência imperiosa;
- b) Tal urgência deve resultar de acontecimentos imprevisíveis;
- c) Tais acontecimentos não podem ser imputáveis, em caso algum, à entidade adjudicante.

Nos termos da referida disposição legal estabelece-se ainda que o recurso ao ajuste direto só é admissível:

- d) Na medida do estritamente necessário; e
- e) Quando não possam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos.

Sublinhe-se que os referidos pressupostos devem verificar-se cumulativamente.

17. Na pegada de vasta jurisprudência deste Tribunal ⁶, são motivos de **urgência imperiosa** aqueles que se impõem à entidade administrativa de uma forma categórica, a que não pode deixar de responder com rapidez.

Existem motivos de urgência imperiosa quando, por imposição do interesse público, se deve agir com a máxima rapidez sem se realizar, quando a lei o prevê, concurso público (ou outro tipo de procedimento que garanta, de alguma forma, a concorrência). E recorre-se a tal solução, sob pena de, não o fazendo com a máxima rapidez, os danos daí decorrentes causarem ou poderem vir a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação.

18. É ainda necessário que essa urgência imperiosa seja **resultante de acontecimentos imprevisíveis** pela entidade adjudicante, e não sejam, em caso algum, a ela imputáveis.

E acontecimentos imprevisíveis são todos aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto. **Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis, os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto.**

⁶ Vide designadamente os acórdãos n.ºs 1/04, de 3/2, n.º16/06, de 14 de Março, n.º 4/05 de 2/2, n.º 37/06, de 6/6 e n.º 5/07, de 24/4. Vide ainda acórdãos n.º 5/2008 - 22.Jan.2008 - 1.ª S/SS, n.º 7 /2008-1.ªS/PL-8ABR2008, n.º 8 /2011 - 12.ABR-1ªS/PL, n.º16 /08 - 11 Novembro 2008 - 1ª S/PL, n.º 35/2008 - 06.Mar.2008 - 1ª S/SS, n.º 45/11 - 07.JUN. 2011/1ª S/SS, n.º 8 /2011 - 12.ABR-1ªS/PL, n.º 4/14.FEV.2012/1ªS/SS.



19. Pode, contudo, acontecer que haja motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis e que mesmo assim não se encontre legitimada a escolha do procedimento não concorrencial. Estão nesta situação tais procedimentos fundamentados em circunstâncias que, de algum modo, sejam **imputáveis ao decisor público**. É o que acontece, por exemplo, quando a impossibilidade de cumprimento dos prazos exigido pelo concurso público se devem a inércia ou a má previsão da entidade adjudicante.
20. Finalmente, os acontecimentos imprevisíveis só são atendíveis, para efeitos de admissibilidade do recurso ao ajuste direto, se o objeto deste se contiver dentro dos limites do “**estritamente necessário**” ao fim em vista e **não puderem ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos**.

E sublinhe-se de novo que tratando-se de proceder a contratação pública diminuindo-se a observância dos princípios gerais a que se deve subordinar – nomeadamente os da concorrência, da transparência e da igualdade – a solução do ajuste direto para contratos de qualquer valor deve ser encarada como uma exceção de aplicação estrita.

Analise-se agora o caso *sub judice*.

21. Invocou a LIPOR:

“Entende a Lipor, igualmente, que lhe seria possível recorrer ao procedimento por ajuste direto nos termos da al c), n.º 1 do Artigo 24.º do CCP (...).

De facto, esta Associação de Municípios foi confrontada com uma circunstância imprevisível, já que não é normal, num Concurso Público Internacional de muitos milhões de euros, o agrupamento e empresas sobre quem recaiu a adjudicação pretender uma renegociação dos valores da proposta, por si livremente apresentados, antes de assinar o Contrato.

Sendo que, quanto aos demais requisitos que preenchem a previsão da al. c) do n.º 1 do Artigo 24.º, julgamos, com o devido respeito, que já se encontra suficiente e abundantemente explicado o porquê de ter sido estritamente necessário o ajuste direto (e foi tão estritamente necessário que foram convidadas a apresentar propostas seis agrupamentos de empresas e não apenas um) e de haver urgência imperiosa incompatível com, por exemplo, um procedimento por concurso público, bem como tal situação não pode ser imputável à entidade adjudicante, já que nos limitamos a cumprir a lei ao não negociar e não aceitar um Contrato de Concessão por valores muito superiores aos que constavam na proposta



adjudicada.

Pelo exposto, e com o devido respeito, esta Associação de Municípios entende que estavam reunidos os requisitos legais necessários e suficientes para o recurso ao procedimento por Ajuste Direto (...) nos termos da al. c) do n.º 1 do Artigo 24.º do CCP.”

22. Perante tais alegações e face ao disposto na disposição legal invocada, algumas perguntas devem ser feitas. As seguintes:

- a) Fez bem a LIPOR ao recusar o que o inicial adjudicatário propôs – aumentar as suas vantagens – já após a negociação realizada, a apresentação da sua última proposta e a recusa de assinatura do contrato? Sim, sem dúvida;
- b) Criar “*condições de deposição de resíduos urbanos (...) que dizem respeito a, praticamente, um milhão de pessoas*” a “*que crescem, ainda anualmente, cerca de 30.000 Toneladas de cinzas (subproduto que resulta do processo de incineração) e, ainda, de dar destino adequado a entre 55.000 a 60.000 toneladas de escórias*” quando “*o Aterro Sanitário da Maia já foi objeto de uma intervenção de ampliação que permitiu acomodar, em termos de deposição de resíduos, os atrasos, não imputáveis à Lipor (...), não sendo prospetivável, tecnicamente, uma nova intervenção que permita prolongar a vida útil de tal infraestrutura*” constitui uma urgência imperiosa que se impõe à entidade administrativa de uma forma categórica, a que não pode deixar de responder com rapidez? Admite-se que assim seja;
- c) Era imprevisível a situação criada pelo inicial adjudicatário ao recusar o contrato? Sim, sem dúvida também;
- d) Era imprevisível a situação criada pelo segundo classificado ao declarar não manter a sua proposta? Não. E aqui entramos no cerne da aplicação ao caso da alínea c) do nº 1 do artigo 24º. Vejamos.

23. Como se viu o programa do procedimento estipulou que “*[o]s concorrentes são obrigados a manter as respetivas propostas pelo prazo de 90 dias contados da data do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas*”. Tal regra foi estabelecida pela LIPOR, tendo em conta que a lei o permite, respeitando-se um prazo mínimo de 66 dias, como se prevê no artigo 65º do CCP.

Acontece que o segundo classificado apresentou a sua proposta final no dia 29 de setembro de 2011. **Sabia pois a LIPOR que, face ao disposto no artigo 470º do CCP, tal proposta poderia ser só mantida até 8 de fevereiro de 2012.**

Contudo, o relatório final de avaliação só foi aprovado em 14 de novembro pelo júri e em 30 de novembro, finalmente, a LIPOR deliberou a adjudicação.



E só em 15 de fevereiro de 2012, a minuta do contrato é aprovada. Estranha-se tal demora dado que o texto da minuta deve limitar-se a traduzir em clausulado contratual o previsto no artigo 96º do CCP, em particular o caderno de encargos - diz o artigo 42º do CCP que “[o] caderno de encargos é a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar” - e a proposta adjudicada.

A fixação definitiva do texto contratual arrasta-se desde então até 23 de maio de 2012. Pese embora a alegada complexidade técnico-jurídica da matéria do procedimento, tal arrastamento suscita igualmente perplexidade, face ao disposto na lei e no próprio programa de procedimento que previa no nº 3 do seu artigo 29º: “[a]s reclamações da minuta do contrato a celebrar só podem ter por fundamento a previsão de obrigações que contrariem ou que não constem dos documentos que integram o contrato ou ainda a recusa dos ajustamentos propostos”.

Face ao tempo decorrido era pois natural que o segundo concorrente viesse declarar que já não mantinha a proposta apresentada.

Como já se referiu, reproduzindo palavras da LIPOR, “o candidato classificado em segundo lugar no concurso [retirou], legitimamente, a sua proposta”.

Não pode deixar de se concluir que, no caso, não se verificam os pressupostos de imprevisibilidade e inimputabilidade exigidos pela alínea c) do nº 1 do artigo 24º, tal como acima foram explicitados nos números 18 e 19, numa interpretação estrita que a solução excecional consagrada pelo preceito exige.

24. Em conclusão: pressupostos consagrados na alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP – a urgência imperiosa deve ser “*resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante*” e “*desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante*” – não se verificaram.

Não poderia pois formar-se o contrato *sub judice* por ajuste direto ao abrigo daquela disposição legal.

25. Sublinhe-se uma vez mais que a aplicação estrita do previsto nas alíneas b) e c) do nº 1 do artigo é particularmente exigida pelo facto de se tratar de um procedimento com elevado valor financeiro. E note-se também de novo que as propostas que resultaram do concurso público internacional e foram apresentadas após a negociação terem valores de 77.341.528,30 € e de 77.510.501,36 € e o contrato resultante do procedimento por ajuste direto aponta para encargos no montante de 111.388.239,50 €.



26. A LIPOR invocou a impossibilidade de adoção de novo concurso público, uma vez que a sua tramitação demoraria de 12 a 14 meses. Ora, desde que o seu Conselho de Administração deliberou realizar o ajuste direto (10 de outubro de 2012) até à outorga do contrato (3 de outubro de 2013) decorreram quase 12 meses!
27. Sublinha a LIPOR que procedeu a ajuste direto convidando os demais seis concorrentes que se apresentaram ao concurso público, permitindo assim que *“a universalidade do “mercado” que demonstrou efetivo interesse na execução do Contrato (e que, por isso, apresentou proposta), continuasse a ser consultada”*.

Ora, não se compreende por que razão não foi convidado o que ficou classificado em segundo lugar, dado que a não manutenção da sua proposta não se fundava em desinteresse. E ademais tratava-se da melhor proposta, com exclusão da anterior adjudicatária.

E daquela afirmação da LIPOR não pode retirar-se a conclusão de que um novo procedimento concursal não faria surgir novas propostas e, portanto, não poderá nunca afirmar-se com segurança que *“não seria exetável que a curto prazo a situação económica e financeira evoluísse no sentido de permitir a um significativo leque de entidades construtoras potencialmente interessadas no Projeto, a obtenção de condições financeiras à prossecução do mesmo”*.

III.D – A celebração do contrato de investigação e desenvolvimento

28. Como se viu na matéria de facto, no caderno de encargos do concurso público e depois no do ajuste direto previu-se a obrigação de o concessionário *“através de si ou de uma entidade terceira, (...) elaborar e executar um ou mais projetos de investigação e desenvolvimento (...) diretamente relacionados com as prestações que constituem o objeto do contrato de concessão (...) concretizados no território nacional (...) no prazo de 5 anos a contar da data de início da exploração”* devendo ser celebrado *“um contrato (...), na data da assinatura do contrato de concessão”*

Na sequência de tais previsões, com o contrato remetido para fiscalização prévia, foi concomitantemente celebrado contrato de projeto de investigação e desenvolvimento que para esta finalidade prevê um montante de € 1.113.882,40.

29. Atendendo à data em que se lançou o concurso público é fácil concluir que aquela exigência se fundava no disposto no nº 7 do artigo 42º do CCP que previa *“[o] caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de valor igual ou superior a € 25 000 000 deve prever a obrigação de o adjudicatário elaborar um ou vários projetos de investigação e desenvolvimento diretamente relacionados com as*



prestações que constituem o objeto desse contrato, a concretizar em território nacional, pelo adjudicatário ou por terceiras entidades, de valor correspondente a, pelo menos, 1 % do preço contratual”.

30. Acontece que tal disposição (e ainda os n.ºs 8 a 10 do mesmo artigo) veio a ser revogada pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho.

Acontece ainda que o procedimento por ajuste direto foi lançado em data posterior.

31. A revogação dos n.ºs 7 a 10 do artigo 42.º do CCP ocorreu após a emissão de parecer fundamentado da Comissão Europeia⁷, no exercício dos poderes que lhe são conferidos no artigo 258.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, visando pôr fim a um incumprimento de um estado membro e antes de submeter o caso a apreciação do Tribunal de Justiça.

Dizia-se nesse parecer essencialmente o seguinte:

- a) *“A Comissão considera que a legislação em vigor em Portugal, devido a uma exigência no sentido de que todos os contratos públicos de valor superior a 25 milhões de € sejam acompanhados de um projecto de investigação e desenvolvimento (I&D), é discriminatória e viola as regras da UE para os contratos públicos. As regras aplicáveis aos contratos públicos foram concebidas para garantir uma concorrência justa e transparente na Europa, criando oportunidades para as empresas europeias e garantindo a melhor relação qualidade/preço na aplicação dos fundos públicos. Se não forem respeitadas, existe o risco de que os mercados se mantenham fechados e de que os fundos públicos sejam desperdiçados”;*
- b) *“A legislação portuguesa exige que todos os contratos públicos avaliados em 25 milhões de € ou mais sejam acompanhados de um projecto de I&D equivalente a pelo menos 1% do valor do contrato. A lei estipula ainda que esses projectos sejam executados em território português. A Comissão considera essa exigência ilegal à luz das regras da UE por duas razões. Em primeiro lugar, é discriminatória porque confere às empresas portuguesas ou que já se encontrem estabelecidas em Portugal uma clara vantagem em relação às empresas instaladas noutros Estados-Membros, já que os operadores locais poderão utilizar as suas próprias instalações de I&D em Portugal ou beneficiar de acordos já celebrados com parceiros nacionais, o que lhes permitirá apresentar propostas mais competitivas. Em segundo lugar, a legislação exige que todos os contratos avaliados em 25 milhões de € ou mais sejam acompanhados de um projecto de I&D independentemente da*

⁷ Parecer a que se refere o IP/10/1555 de 24/11/2010.



sua utilidade no quadro da execução do contrato, o que constitui uma desvantagem para as empresas que não estejam dispostas a aceitar esse encargo adicional”;

- c) *“Os cidadãos poderão não beneficiar das melhores condições económicas nos grandes contratos públicos, por duas razões: em primeiro lugar, o custo do projecto de I&D é integrado no custo global do contrato, o que vem aumentar o preço a pagar pelas autoridades públicas, sem que seja justificada a necessidade de conduzir actividades de I&D no contexto de cada contrato. Por outro lado, uma vez que existe a exigência de que os projectos de I&D sejam executados em território português, as empresas que já se encontrem estabelecidas em Portugal beneficiam de uma clara vantagem, pelo que haverá menos concorrência na concessão dos contratos.”*

32. As críticas da Comissão centravam-se pois sobretudo nos seguintes aspectos:

- a) No facto da legislação nacional exigir para qualquer contrato com certa dimensão financeira a realização de projetos de investigação;
- b) No facto de os projectos de investigação puderem não ter qualquer relação com o objeto dos contratos;
- c) No facto de com tais projetos de investigação – sem qualquer relação com o objecto dos contratos - ser aumentando o preço a pagar pelas autoridades públicas pelos contratos;
- d) No facto de os projetos de investigação terem de ser realizados em território nacional.

Por tais factos a Comissão considerava que aquela exigência da legislação nacional era discriminatória e violava as regras da UE para os contratos públicos.

33. Como acima se viu, questionou-se a LIPOR sobre esta matéria, tendo esta dito, no essencial, o seguinte:

- a) Possibilidade legal de promover projectos de investigação: *“Entende esta Associação de Municípios que, apesar de terem sido revogados os preceitos legais supra enunciados (...), nada há que impeça e que se impossibilite ao abrigo de um processo de Contratação Pública a promoção de projetos de investigação e desenvolvimento”;*
- b) Não discriminação das empresas portuguesas: *“Desde logo não se descortina qualquer vantagem das empresas portuguesas, porque e como consta especificamente no Caderno de Encargos, quem define os projetos de investigação e desenvolvimento a realizar é a entidade Concedente”;*



- c) Relação com o objeto do contrato: *“o que nos parece decisivo anotar é que os projetos a desenvolver, para além de serem os que a Concedente definir, terão de ser, e aqui o Caderno de Encargos foi muito preciso, diretamente relacionados com resíduos”*;
- d) Possibilidade de desenvolvimento dos projectos fora do território nacional: *“Por outro lado, e ainda quanto a este aspeto específico, não decorre do Caderno de Encargos que tais projetos tenham obrigatoriamente que decorrer em território nacional”*;
- e) Não existência de um encargo adicional: *“Quanto à questão de poder ser uma desvantagem para as empresas que não estivessem dispostas a aceitar esse encargo adicional, cumpre referir que o presente processo baseou-se num convite à apresentação de propostas a agrupamentos de empresas que em anterior Concurso Público manifestaram interesse em participar. No Concurso Público Internacional, que esteve na génese do atual processo de Ajuste Direto, não se verificou qualquer situação, que tenha chegado ao nosso conhecimento, ou qualquer constrangimento relacionado com a incapacidade de apresentar propostas em virtude do eventual encargo adicional que resulta do Capítulo IX do Caderno de Encargos”*;
- f) Impossibilidade de alterar o caderno de encargos do concurso: *“Refira-se, ainda, que tendo o processo de contratação sido por Ajuste Direto nos termos do Artigo 24.º, al. b) e c) do CCP, tal implica que o Caderno de Encargos não pudesse ser substancialmente alterado em relação ao procedimento anterior (no caso um concurso público com publicidade internacional”*.

Vejamos.

34. Assim:

- a) É verdade que nada impede que as entidades públicas, nas iniciativas de contratação, insiram projectos de investigação, desde que em tal exigência se cumpram as regras da legislação nacional e comunitária;
- b) É verdade que no presente contrato se refere a necessária relação entre a investigação a desenvolver e o objecto do contrato;
- c) Mas não é verdade que não se tenham inserido exigências que, à partida, beneficiariam empresas nacionais, segundo a leitura feita pela Comissão e que a habilitaria a interpor uma acção por incumprimento, e que o Estado português acolheu, revogando as disposições em causa: é um facto que no caderno de encargos se estabelecia que os projetos de investigação e



desenvolvimento deveriam ser concretizados no território nacional, com as consequências referidas no parecer fundamentado;

- d) E também não se pode afirmar que não existia um encargo adicional. Havia e era de muita relevância: mais de um milhão de euros!

35. Finalmente foi argumentado que constando tal exigência do caderno de encargos do concurso, face à invocação da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º para lançar um procedimento por ajuste direto, não poderia o caderno de encargos ser alterado.

Como antes já se demonstrou que aquela disposição não poderia ser invocada, este argumento perde completa relevância.

36. Deve é concluir-se que o disposto no caderno de encargos em matéria de celebração de um contrato para desenvolvimento de projectos de investigação viola o direito comunitário e o direito nacional da contratação pública, por inobservância do princípio concorrência – expressamente consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do CCP - e o da não discriminação.

III.E - Relevância da matéria referida no exercício das competências de fiscalização prévia

37. Referiu-se pois, acima, nos n.ºs 14 e 24, que o contrato *sub judice* não poderia ter sido formado mediante procedimento de ajuste direto ao abrigo das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.

38. O contrato em fiscalização prévia é inquestionavelmente um contrato de concessão de obra pública, nos termos do n.º 1 do artigo 407.º do CCP que diz: “[e]ntende-se por concessão de obras públicas o contrato pelo qual o cocontratante se obriga à execução ou à conceção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respetiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço”.

Face ao disposto no artigo 31.º do CCP, para a formação deste contrato deveria ter sido adotado concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação ou o diálogo concorrencial.

O que não aconteceu. Portanto, foi tal disposição violada.

39. A ausência do procedimento legalmente previsto implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, como tem sido entendimento deste Tribunal.



Tribunal de Contas

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do CCP.

Ora, existindo um vício gerador de nulidade, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC ⁸, tem este Tribunal de recusar o visto.

Mesmo que se entenda, à luz do que passou a dispor-se no artigo 283º-A do CCP, que o referido vício origina a anulabilidade do contrato, a ausência de procedimento concursal, com o impacto que com elevada probabilidade teria no resultado financeiro, é igualmente fundamento para recusa do visto, ao abrigo da alínea c) do referido n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Refira-se que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro” pretende-se afirmar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar ou ter resultado uma alteração do resultado financeiro do procedimento.

40. A violação acima identificada no n.º 36, configura igualmente uma situação evidente de alteração dos resultados financeiros que se obtiveram no procedimento de formação do contrato.

IV – DECISÃO

41. Pelos fundamentos indicados, nos termos 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 ao contrato acima identificado.
42. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas ⁹.

Lisboa, 17 de dezembro de 2013

⁸ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: 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.

⁹ 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

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(José Mouraz Lopes)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente)