

1.ª Secção - SS

Data: 20/06/2018

Processo: 685/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

Transitado em julgado na sequência do trânsito do acórdão nº 13/2019, de 28.mai-1ªS- PL e do acórdão nº 58/2021 do Tribunal Constitucional

**Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:**

## I. RELATÓRIO

1 O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:

1.1 Infraestruturas de Portugal, S.A. (IP) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC):

a) Requerimento com o seguinte teor: «para os efeitos do disposto nos artigos 2.º, n.º 2, alínea b); 5.º, n.º 1, alínea c) e 44.º e seguintes da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas», «o Aditamento ao Contrato de Subconcessão do Algarve Litoral, celebrado entre a Infraestruturas de Portugal, S.A. enquanto subconcedente, e Rotas do Algarve Litoral, S.A., enquanto subconcessionária, no dia 23 de outubro de 2017».

b) Com aquele requerimento inicial foi remetido o original do designado *Contrato de Subconcessão Alterado*, o qual constitui o anexo I de um *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente* (cujo original não foi remetido ao TdC), referindo-se na cláusula 2.ª daquele *Contrato de Subconcessão Alterado* que «fazem parte do contrato de subconcessão, para todos os efeitos legais e contratuais» vários anexos cujos originais também não foram remetidos ao TdC (existindo digitalizações, em ficheiros pdf, de documentos que corresponderão àqueles gravados em CD-Rom identificado como doc. n.º 3).

1.2 Na alegação do requerimento inicial, com referência ao designado «documento orientador da opção da IP» (doc. n.º 2, que constitui apenas uma listagem dos elementos referidos na

alínea o) do n.º 1 do artigo 17.º da Resolução n.º 14/2011 do TdC<sup>1</sup>), afirma-se que o impulso «decorre do tipo de contrato em causa e das especificidades da sua celebração, designadamente as decorrentes de se tratar da alteração de um contrato existente e não de um novo contrato».

- 1.3 O instrumento contratual submetido a fiscalização prévia constitui o resultado de amplas e prolongadas negociações (entre 2012 e 2017), contudo, com o requerimento inicial não foram juntas «atas de negociações», nem «versões finais integrais das propostas», nem «notificações para a sua apresentação», conforme previsto na alínea o) do n.º 1 do artigo 17.º da Resolução n.º 14/2011, tendo, para justificar essa omissão, o requerente alegado (doc. 2):

«As reuniões de negociação que estiveram na base do processo negocial regem-se pelo disposto no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, que não regula os termos do funcionamento das mesmas, nem o detalhe relativo às regras de deliberação, documentação ou reporte das sessões de negociação.

«O elevado número de reuniões que se mostrava necessário realizar, muitas delas sucessivas, envolvendo vários especialistas e temáticas muito diferenciadas (financeira, operacional, jurídica, tráfego, engenharia, dispositivos eletrónicos de cobrança, regulatório, entre outras), as dificuldades que se reconhecem na tradução em texto do que os diversos intervenientes nas reuniões afirmam, a burocracia que se encontra à elaboração de textos de reduzida utilidade e a necessidade de se procurar consensos quanto ao respetivo conteúdo, situação que é sempre suscetível de gerar um contínuo esforço de aproximação por eventuais diferenças de opinião entre os intervenientes, levaram a que se considerasse mais racional, eficiente e eficaz não proceder à elaboração de atas específicas das múltiplas sessões de negociação ocorridas, concentrando antes numa ata final de negociação o acordo global alcançado (cfr. cópia gravada em suporte digital.

«Acréscce que não se pode perder de vista que a carga administrativa e processual elevada com a elaboração e atas relativas a dezenas e dezenas de reuniões, sucessivas vezes com um número de participantes muito elevado (comissão de negociação e, quando aplicável, representantes da IP e representantes da subconcessionária e seus consultores das áreas jurídica, técnica e financeira), e a circunstância de se revelar uma tarefa passível de contribuir para sobrecarregar ainda mais um processo negocial que, por si só, se revelou de grande complexidade e elevado grau de dificuldade, justificou, na ótica dos intervenientes, a metodologia adotada.»

- 1.4 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) do TdC, para informação complementar prestada pela entidade requerente.

---

<sup>1</sup> Publicada no *Diário da República*, II Série, de 16-8-2011.

1.5 Apresentado o 1.º relatório do DECOP ao TdC foi proferido despacho judicial com a seguinte decisão:

«1) Convidar a entidade requerente a suprir a irregularidade e insuficiência do requerimento inicial, no prazo de 10 dias, atento, nomeadamente, o disposto nos artigos 5.º, alínea c), 46.º, n.º 1, 80.º e 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) conjugados com os artigos 3.º, 5.º, 6.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, alíneas a) e e), 279.º, n.º 1, 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.ºs 1, 3 e 4, do Código de Processo Civil (CPC):

- a. Esclarecendo ao abrigo de que disposição do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC enquadra a fiscalização prévia do contrato submetido;
- b. Concretizando a matéria de facto alegada de molde a tornar claro:
  - i. Se a modificação de contrato visado no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 compreendeu um agravamento dos respetivos encargos financeiros (sem olvidar os limites do caso julgado da decisão final daquele processo n.º 727/2010 tendo presente nomeadamente o referido quanto a designadas *compensações contingentes* no Relatório de Auditoria n.º 15/2012 aprovado em plenário da 2.ª Secção do TdC e na decisão n.º 1615/2017 proferida no processo n.º 3601/2017); e
  - ii. Se o instrumento contratual submetido ao TdC se reporta também a modificação ou integração de algum acordo ou contrato não abrangido pela decisão final proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010, nomeadamente, as anteriormente designadas *compensações contingentes* atento o referido sobre esse tema nas decisões do TdC mencionadas na alínea anterior (b.i);

2) Dar oportunidade à entidade requerente para, querendo, se pronunciar sobre os motivos das deficiências do requerimento inicial identificadas *supra* na fundamentação do presente despacho, em face do disposto, nomeadamente, nos artigos 13.º, n.º 3, e 80.º da LOPTC e nos artigos 3.º, n.º 3, e 531.º do CPC.»

1.6 Na sequência daquele despacho, a requerente alegou o seguinte:

«Em primeiro lugar, importa ter presente que entre o nosso requerimento inicial e a V. carta de 22 de maio de 2018, o Tribunal de Contas formulou diversos pedidos de esclarecimento a que esta empresa (IP) deu oportunamente resposta (cfr. V. carta de 28.03.2018 e nossa carta de 07.05.2018), sendo que nesta última o Tribunal de Contas pode encontrar a resolução de algumas dúvidas que agora enuncia, tais como, qual o contrato de subconcessão efetivamente em vigor (cfr. resposta às perguntas 55, 51 e 18), se a IP considera que estamos, ou não, perante um novo contrato (cfr. resposta à pergunta n.º 3), e se houve, ou não, redução de encargos (cfr. resposta às questões n.ºs 21, 40 e 52).

Em qualquer caso e em segundo lugar, a IP não quer deixar de dar uma resposta absolutamente clara ao despacho de aperfeiçoamento lavrado por esse Tribunal de Contas, oferecendo uma explicação global que clarifica as questões concretas colocadas ao abrigo do ponto 1) (“Dispositivo”), da V. carta.

A resposta a essas questões implica, necessariamente, que façamos um enquadramento, ainda que resumido, da situação que levou a IP a resubmeter o Contrato de Subconcessão Alterado do Algarve Litoral à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

De facto, importa ter presente, como o Tribunal de Contas lembra, que o Contrato de Subconcessão Alterado do Algarve Litoral já foi submetido à V. fiscalização prévia, processo nº 3601/2017. No âmbito deste processo e por decisão proferida em 11.12.2017, "foi indeferido liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado por Infraestruturas de Portugal, S.A. relativo a fiscalização prévia de modificação objetiva de um contrato visado por manifesta improcedência do pedido (...)" (cfr. V. mensagem de Fax n.º 39158/2017-DECOP/UAT.1 e V-carta de 13 de dezembro de 2017, V. referência DECOP/UAT. 1/39334/2017).

Sucede, porém que essa decisão de indeferimento liminar não poderia espoliar, nos termos acordados com a subconcessionária, a entrada em vigor do Contrato de Subconcessão Alterado.

Nos termos dessa decisão, o Tribunal de Contas decidiu indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado pela IP, tecendo, no entanto, algumas considerações sobre (ou relacionado com) a alegada invalidade jurídica dos pagamentos contingentes, sendo que se deixava a dúvida sobre se estes últimos pagamentos tinham ou não sido considerados na renegociação.

A Comissão de Negociação considerou na remuneração contratualmente devida à subconcessionária os pagamentos contingentes e consequentemente, a determinação da redução de encargos fez-se com base nessa consideração.

Mas, como a Comissão de Negociação refere no Aditamento, "os designados "pagamentos contingentes, que deveriam ocorrer a partir de 2014 e até ao final do prazo da Subconcessão, foram eliminados, sendo igualmente reduzidos em cerca de 89% os pagamentos da subconcessionária à IP que se encontravam previstos nesse modelo financeiro" (cfr. página 48, do Segundo Aditamento ao 3.º relatório final da Comissão de Negociação).

Quer isto dizer, portanto, que no âmbito do Contrato de Subconcessão Alterado do Algarve Litoral não haverá lugar a quaisquer pagamentos contingentes, nenhum pagamento será feito a este título já que, sublinhe-se, os pagamentos contingentes foram eliminados.

De acordo com aquele pressuposto - consideração dos pagamentos contingentes - verificou-se uma efetiva redução de encargos e, portanto, o denominado Contrato de Subconcessão Alterado do Algarve Litoral, não estaria sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas (mas à fiscalização sucessiva e concomitante, nos termos da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, e da V. Instrução nº 1/2016).

Sucede, porém, que da leitura da decisão proferida pelo Tribunal de Contas no citado processo de fiscalização prévia nº 3601/2017, poderíamos entender que, para o Tribunal de Contas, esses pagamentos contingentes não deviam ter sido considerados pela Comissão de Negociação.

Ora, não sendo esses pagamentos considerados, metodologia diferente da seguida pela Comissão Negociação, poderia haver já um aumento do valor do contrato de subconcessão— sendo que este aumento decorre exclusivamente da redução muito significativa dos pagamentos que a subconcessionária deveria fazer ao Concedente.

Neste cenário - em que se mantém que não serão pagos quaisquer pagamentos contingentes no âmbito do Contrato de Subconcessão Alterado do Algarve Litoral - a redução da linha de encargos mantém-se (de uma despesa de 1.023.630 milhares de euros previstos no Contrato de Subconcessão Reformado, passamos para uma despesa de 591.464 milhares de euros, no Contrato de Subconcessão Alterado), ou seja, houve

uma efetiva redução de encargos brutos, e, portanto, o Contrato de Subconcessão Alterado do Algarve Litoral não estaria sujeito a fiscalização prévia.

Mas como o valor do contrato aumenta - apesar da redução da despesa - o nosso pressuposto metodológico, digamos assim, podia ser questionado por esse Venerando Tribunal de Contas.

Tendo em conta assim a fundamentação expressa no teor da V. decisão proferida no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 3601/2017 e havendo igualmente fundada dúvida se, na situação descrita, o Contrato de Subconcessão alterado estará, ou não, sujeito a fiscalização prévia, o Conselho de Administração da IP entendeu que não podia dar execução ao Contrato de Subconcessão Alterado e, portanto, deliberou, com a fundamentação que antecede e pelos motivos exposto, submeter de novo, o Contrato de Subconcessão Alterado do Algarve Litoral à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

A IP entende assim:

(i) Que, de acordo com o pressuposto metodológico acima exposto, o Contrato de Subconcessão Alterado do Algarve Litoral não está sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas;

(ii) Caso o Venerando Tribunal de Contas discorde do pressuposto metodológico seguido pela Comissão de Negociação e aceite pela IP, então a sujeição à fiscalização prévia seria feita, ao abrigo do artigo 46, n.º 1, alínea d) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, na redação em vigor;

(iii) Os designados pagamentos contingentes são eliminados.»

1.7 Em face do aperfeiçoamento operado pela requerente foi proferido o seguinte despacho:

«Os esclarecimentos e alegação da requerente na sequência do despacho judicial de 21-5-2018 — nomeadamente, sobre o objeto do presente processo de fiscalização prévia e a circunstância de as designadas *compensações contingentes* terem sido “consideradas” no contrato submetido (*Contrato de Subconcessão Alterado* outorgado em 23-10-2017) — foram relevantes para suprimento de irregularidades e insuficiências do requerimento inicial identificadas naquele despacho.

O operado aperfeiçoamento do requerimento inicial exige, subsequentemente, um complemento instrutório, e, ainda, que se faculte à entidade requerida a possibilidade de se pronunciar sobre questões emergentes dos pontos de facto assumidos nessa última intervenção processual.

Pelo exposto, em sessão diária de visto, decide-se determinar a notificação da entidade requerente para, no prazo de 10 dias:

1) Esclarecer, tendo presente o alegado na alínea o) do ponto 4 do documento n.º 2 que acompanhou o requerimento inicial, se, apesar de inexistência de atas aí referida, existem outros elementos documentais, nomeadamente, memorandos ou registos escritos sobre as datas, temas das reuniões e participantes nas mesmas, ou outros comprovativos de encontros realizados no âmbito da negociação, abrangendo todo o período compreendido na renegociação da subconcessão *do Algarve Litoral*, indicando, ainda, as mesmas de forma diacrónica.

2) Pronunciar-se, querendo, sobre o eventual corolário da perspetiva [assumida em decisões transitadas do Tribunal de Contas (TdC), e objeto de notificações à entidade requerente], sobre os limites do caso julgado da decisão final do processo de

fiscalização prévia n.º 727/2010, e, conseqüentemente, que o âmbito do contrato visado não compreende designadas *compensações contingentes*:

A consideração das designadas *compensações contingentes* na reforma daquele contrato (assumida no aperfeiçoamento do requerimento inicial empreendido pela entidade requerente) constitui uma *alteração* ou *modificação substancial* do contrato visado.

3) Apresentar, querendo, a sua perspetiva jurídica ao nível do direito substantivo (sendo certo que é conhecida pelo TdC a posição da Comissão de Negociação nomeada pelo Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos) sobre:

Deveres de pagamento da Infraestruturas de Portugal, S.A. (IP) derivados de expectativas do cocontratante suportados nas designadas *compensações contingentes* ou, noutra formulação, o fundamento jurídico de hipotéticos deveres da IP relativos às designadas *compensações contingentes* no contexto do cumprimento do contrato visado no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 apesar de não integrarem o clausulado contratual.

4) Informar o TdC sobre:

a. Todos os eventuais pagamentos relativos a designadas *compensações contingentes* ocorridos no período decorrido entre 14-7-2010 e 5-6-2018 (juntando a respetiva prova documental caso tenham ocorrido);

b. Todas as eventuais interpelações (por qualquer via, nomeadamente, comunicação direta ou judicial) da IP empreendidas pelo cocontratante relativas às designadas *compensações contingentes* no período compreendido entre 14-7-2010 e 5-6-2018 (juntando a respetiva prova documental caso tenham existido interpelações sobre esse tema).

1.8 A entidade fiscalizada veio responder nos seguintes termos a cada um dos 4 pontos do dispositivo do despacho referido no § 1.7:

a) Sobre o ponto 1): «não existem quaisquer documentos, para além daqueles que já foram remetidos ou identificados»;

b) Sobre os pontos 2) e 3): «é conhecida a posição da IP, posição essa anterior à da Comissão de Negociação (cfr. volume II, anexos, do relatório de auditoria n.º 15/2012, resposta da então EP, páginas 123 a 150 do relatório, em especial páginas 11/12 e 19 a 23, todas da resposta da IP)»;

c) Sobre as duas alíneas do ponto 4): «informa-se que a IP nunca fez qualquer pagamento por disponibilidade contingente no âmbito da subconcessão do Algarve Litoral (nem nunca foi interpelada para esse efeito pela subconcessionária), nem o fará já que os pagamentos contingentes foram eliminados».

1.9 Tendo presente o respetivo relevo probatório, em face, nomeadamente, da alegação da requerente:

a) Foram juntos aos presentes autos:

(i) Após consulta dos originais, cópias em suporte papel do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS proferido no processo n.º 1352/09 (em 17-7-2009), da decisão da 1.ª secção do TdC n.º 612/2010, de 14-7-2010, proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010, da decisão n.º 1615/2017, de 11-12-2017, proferida no processo n.º 3601/2017, e o ofício da EP n.º 3936, saída 95963, de 17-10-2011, na sequência de solicitação do TdC formulada através de ofício n.º 014370, de 27-9-2011 que tem junto, nomeadamente, um ofício de 24-5-2010 remetido pela Caixa – Banco de Investimento S.A. à Rotas do Algarve Litoral, SA (adjudicatária), com conhecimento a EP – Estradas de Portugal, SA, com indicação do seguinte assunto *Re.: Consent Letter – Amendment to the Subconcession Agreement*, que se encontra agregado ao processo n.º 35/09 AUDIT (onde foi aprovado o relatório n.º 15/2012) da 2.ª secção do TdC);

(ii) Em suporte digital: Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário (aprovado pelo plenário da 2.ª secção no âmbito do processo n.º 35/09 AUDIT) e Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito à Contratualização, Renegociação e Gestão de todas as Parcerias Público-Privadas do Sector Rodoviário e Ferroviário aprovado em 4-7-2013).

b) Apensou-se aos presentes autos o processo de fiscalização prévia n.º 727/2010, em face do respetivo relevo probatório, atenta nomeadamente a alegação mencionada no § 1.8.b) (conexa com o que consta *infra* no § 2.10.a)).

## II. FUNDAMENTAÇÃO

### FACTOS PROVADOS

2 Com relevo para a decisão de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:

2.1 O contrato inicial de subconcessão rodoviária do Algarve Litoral foi celebrado em 20-4-2009, entre Estradas de Portugal (EP) e a Rotas do Algarve Litoral, S.A. na sequência de concurso público internacional, durante a X Legislatura encontrando-se em funções o XVII Governo

Constitucional, ressaltando, como fundamental a regra n.º 28 do programa do concurso sobre a fase da negociação do adjudicante após seleção entre concorrentes admitidos.

a) A regra n.º 28 do Programa de Concurso tem o seguinte teor:

«28.1. A fase das negociações visa atingir uma melhoria das propostas selecionadas e tem como resultado final a minuta do contrato de subconcessão e os respetivos anexos.

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

b) A interpretação dessa regra assumida pelo TdC no § 37 do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS (*infra* §§ 2.2 e 2.3) reiterada, implicitamente, na decisão da 1.ª secção do TdC n.º 612/2010, foi a seguinte:

«A *ratio* desta disposição é clara e razoável, visando-se otimizar o interesse público com respeito pelos princípios concorrenciais.

a) Se por um lado, se pretende obter melhorias nas propostas dos concorrentes em benefício da entidade adjudicante, não se pode esquecer que, nesta fase, cada um dos concorrentes selecionados conhece já todas as demais propostas. Admitir que pudessem piorar as suas propostas relativamente ao que foi apresentado na primeira fase, traduzir-se-ia numa violação grosseira do princípio da estabilidade, numa deficiente salvaguarda dos interesses públicos e num perverso entendimento do princípio da transparência.

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

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

c) O caderno de encargos do concurso e a proposta vencedora não compreendiam qualquer menção a *compensações contingentes*, não tendo sido transmitido a nenhum dos outros concorrentes informação sobre a suscetibilidade de quaisquer pagamentos a título de *compensações contingentes* — referidos em documento remetido por banco financiador com conhecimento à EP em 24-5-2010 (*cf. infra* § 2.4.j)).

2.2 O contrato de subconcessão de 20-4-2009 foi remetido para fiscalização prévia, tendo dado origem ao processo n.º 1352/09 (em 17-7-2009) no âmbito do qual foi recusado visto

através do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS, transitado em julgado em 20-9-2010, com o seguinte sumário elaborado pelo Conselheiro Relator:

«1. As parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações as exigências materiais e os princípios constantes do Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (RJPPP), designadamente os resultantes dos artigos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 14.º-C e 14.º-F, sendo o respetivo acompanhamento e controlo exercidos através da função acionista do Estado.

«2. É, ainda, aplicável, face à data em que foi desencadeado o procedimento e à natureza da entidade adjudicante e do contrato, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 9 de março, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, com as necessárias adaptações resultantes do facto de se estar perante a constituição de uma parceria público-privada.

«3. A ausência do estudo que a lei exige, demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de Tribunal de Contas – 2 – Mod. TC 1999.001 obras públicas (estudo de comparador público), viola o disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 6.º do RJPPP.

«4. A degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria concedente estabeleceu no programa de concurso, viola o disposto no n.º 28 do programa de concurso, dos n.ºs 1 e 2 do art.º 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e do n.º 1 dos arts. 7.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

«5. A fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais, viola o disposto no n.º 4 do art.º 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, que estabelece que o preço da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das cópias autenticadas dos correspondentes documentos.

«6. Ao contrário da violação referida no ponto 5, cuja possibilidade de restrição da concorrência e, conseqüente, possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato, atento o montante envolvido, é muito ténue, as violações de lei mencionadas nos pontos 3 e 4 provocaram, com forte probabilidade, a alteração efetiva do resultado financeiro do procedimento, o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.»

2.3 O TdC no acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS empreendeu uma análise cuidada da alegação da EP (entretanto reiterada nos presentes autos pela IP, cf. §§ 1.8.b) e 2.10.a)) a qual foi rejeitada de forma perentória, sendo o seguinte o teor do acórdão quanto ao fundamento (sumariado no ponto 4 transcrito no § 2.2) nuclear da recusa<sup>2</sup>:

«44. Perante tais factos, a EP justificou-se nos termos referidos na alínea II) do nº 2. Analisemos essas justificações.

45. As razões apresentadas são basicamente as seguintes:

a) A diminuição do benefício líquido do concedente - efetivamente verificado - tem como justificação, por um lado, a diminuição dos fluxos de caixa operacionais decorrente do

---

<sup>2</sup> Na transcrição que se segue omitiram-se as notas de rodapé que também integram essa parte do aresto, bem como as formatações com negritos.

decrécimo da remuneração por serviço e, por outro, do acréscimo de custos a incorrer com grandes reparações e investimentos de substituição;

b) Por outro lado, as condições de financiamento propostas pelas entidades financiadoras para a subconcessão do Algarve Litoral, agravaram-se da primeira fase para a fase final, por razões relacionadas com a crise financeira internacional;

c) Tal agravamento traduziu-se, designadamente, no aumento do *pricing* global do financiamento e na diminuição do nível de alavancagem financeira;

d) A diminuição do VAL “*direta e umbilicalmente ligado ao aumento dos custos financeiros decorrentes da crise económico-financeira global*”, não é irreversível face ao disposto na cláusula de refinanciamento da concessão;

e) No plano jurídico, o não cumprimento do estipulado no PC, encontra-se respaldado no disposto no artigo 198.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março;

f) Há momentosas razões de interesse público para a concretização do investimento.

46. Diga-se antes de mais que a justificação de que ocorreu a diminuição dos fluxos de caixa operacionais por decréscimo da remuneração por serviço e do acréscimo de custos a incorrer com grandes reparações e investimentos de substituição suscita uma interrogação: e a diminuição dos benefícios líquidos por disponibilidade, proporcionalmente maiores?

E diga-se ainda que parece resultar de todo o processo que o agravamento das condições de financiamento se refletiu no contraente público, já que um dos vetores da solução parece ter sido igualmente assegurar a TIR do contraente privado que não só se manteve como acabou mesmo por subir, repercutindo-se no aumento do esforço financeiro da concedente.

Finalmente, justifica-se desde já referir que não se questionam os interesses públicos que se visam prosseguir com a constituição da parceria público-privada e consequente celebração e execução do contrato de subconcessão. O que se trata é só saber se na prossecução desses interesses públicos e nas concretas decisões tomadas e procedimentos realizados foi cumprida a lei. E, como se está a ver, não foi.

47. Mas as justificações produzidas não são aceitáveis, por quatro razões fundamentais:

a) Há incontestável violação do disposto no programa de concurso e de outras disposições legais;

b) A crise internacional não é razão justificativa para violações de lei;

c) O artigo 198º citado não é aplicável na presente situação;

d) A invocação da cláusula de refinanciamento não sana as violações ocorridas.

Há uma incontestável violação do disposto no PC, o que, como já vimos, constitui uma ilegalidade.

Já referimos que o desrespeito por disposições do Programa de Concurso que estejam em conformidade com a lei se traduz em violação da própria lei, o que sucedeu no caso, uma vez que a disposição que foi ignorada era clara e nada tinha de contrário à lei.

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

O próprio Programa de Concurso estabeleceu, no seu nº 26.1, que as propostas que violassem o Caderno de Encargos ou o Programa do Concurso deveriam ser consideradas inaceitáveis e excluídas do concurso.

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

De facto, estabelecem os nºs 1 e 2 do artigo 100º do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de março, que as propostas são analisadas em função dos critérios estabelecidos no programa de concurso. Não tendo aplicado a EP este critério, violou o disposto naquelas normas.

IV.C – A crise internacional como razão justificativa

49. No ofício nº 7911, de 30.10.09, acima referido na alínea mm) do nº 2, expôs-se também, como já se referiu, a argumentação relativa ao impacto no procedimento da “*crise financeira global*”.

Tal argumentação, nos seus aspetos essenciais, já antes tinha sido produzida, embora desta vez tenha sido aprofundada e desenvolvida.

Não se pretende contestar a pertinência da avaliação de tais impactos no procedimento. A questão que se coloca é a de saber se, perante tais impactos e sua avaliação, eram ou são admissíveis, perante a lei, as soluções encontradas ou a observância da lei exigiria a adoção de outras soluções.

Os procedimentos concretamente adotados neste procedimento, não são suscetíveis de assegurar que foi escolhida a melhor proposta que o mercado poderia oferecer.

A regra fixada no ponto 28.2. do Programa do Concurso é objetiva, assegura a observância dos princípios aplicáveis à contratação pública e traduz a garantia de que a proposta vencedora, em circunstância alguma, poderá obter uma valoração inferior àquela que lhe foi inicialmente atribuída. Esta regra impede que, através da utilização de juízos subjetivos, as entidades adjudicantes possam escolher propostas objetivamente menos favoráveis do que as inicialmente apresentadas.

A não ser assim, estaríamos face a uma inadmissível incerteza jurídica e a uma subjetividade incompatível com o bem público que aquela regra visou assegurar.

Tudo se deve reconduzir à questão da lei e da sua observância: admitir, quando a lei não o prevê e a sua interpretação não o permite, que pela irrupção de uma crise financeira internacional se subvertam princípios e regras jurídicas é substituir o Direito pela arbitrariedade das avaliações casuísticas. Hoje não se observariam tais princípios e regras por causa da crise internacional, amanhã por outras circunstâncias quaisquer, certamente da maior gravidade também...

E só a observância dos princípios e regras jurídicas – que o próprio Direito ao nível mais elevado exige num Estado de Direito Democrático – asseguram que os interesses públicos e coletivos são adequadamente prosseguidos e respeitados os direitos e interesses legítimos particulares.

IV. D – As “*alterações de circunstâncias*” como razão justificativa do não cumprimento das regras do procedimento

50. A EP invoca o artigo 198º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de março. Este, no essencial, consagra, no regime jurídico relativo às obras públicas, a disciplina constante do artigo 437º, nº 1, do Código Civil. Estamos no domínio da teoria da imprevisão na execução dos contratos. Em ambas as disposições legais, o princípio tradicionalmente rígido de “*pacta sunt servanda*” é flexibilizado por preocupações de “*rebus sic stantibus*”. Não importa agora fazer uma deambulação pela complexa e secular querela quanto à consideração da alteração de circunstâncias no âmbito da execução dos contratos. Importa sobretudo afirmar o seguinte: tanto as soluções legislativas adotadas, como a jurisprudência lavrada, como a doutrina produzida sobre esta temática assentam num pressuposto essencial: trata-se de alteração de circunstâncias após a celebração de um contrato. E não no processo negocial (ou procedimento administrativo) a ele conducente.

51. Basta aliás atender aos elementos da previsão e da estatuição normativas do referido artigo 198º: revisão do contrato, por alteração anormal e imprevisível de circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar, havendo grave aumento de encargos na execução da obra, encargos que não caibam nos riscos normais (do contrato). Deve, igualmente, atender-se à inserção sistemática do preceito: o artigo 198º integra-se no Capítulo VIII do diploma sobre o “Não cumprimento e revisão do contrato”. Ora, no caso, não havia ainda nem contrato celebrado, nem a nele ínsita decisão de contratar, correspondente à decisão de adjudicação, que permitisse o apelo a este mecanismo legal. Contrato e decisão ocorreram depois de se terem considerado aceitáveis as alterações de circunstâncias como fundamento de não aplicação da regra procedimental constante do PC.

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

53. Aliás, considerar como refere a EP que, antes da decisão final de adjudicação e da assinatura do contrato, há já *“uma qualquer entidade que está associada, de alguma forma, à administração, à prossecução de fins de interesse público”*, ter em conta a *“afetação, em concreto, daquele particular cuja colaboração com a administração é considerada importante para o(s) interesse público(s)”* e relevar *“a proximidade entre as partes – para mais de uma fase de negociações diretas e prolongadas com os concorrentes”* é permitir que aquelas violações ocorram.

54. Justifica-se, como faz a EP, apelar à *“observância de dever de lealdade”* pela Administração na condução do procedimento. Mas lealdade com todos os concorrentes e não adotando soluções que consubstanciam alteração de regras pelas quais o procedimento deve ser conduzido, assim tratando de maneira diferente os diversos concorrentes que formularam as suas propostas na expectativa do quadro jurídico não se alterar.

55. Aquela disposição legal – o artigo 198º - não se aplica pois à situação em análise por estar excluída da sua previsão, nem se vê por que regra de interpretação e aplicação das leis possa ela ser invocada. De facto, o apelo àquela disposição legal, por força dos mecanismos de integração de lacunas, poderia ser feito no caso de ausência de comando normativo adequado na sua previsão. Ora, não se crê que seja essa a situação.

56. De facto, afastada que está a possibilidade de aplicação do referido artigo 198º, não se defende que as graves alterações de circunstâncias não devam ter qualquer impacto na condução do procedimento. Podem tê-lo: veja-se designadamente o que dispõe o artigo 107º do Decreto-Lei nº 55/99, de 2 de março, em interpretação que tenha em conta as particularidades da constituição de uma parceria público-privada.

IV.E - Os mecanismos de refinanciamento como instrumento de sanção

57. Referiu a EP que *“a diminuição do VAL (...) não é irreversível”*, podendo constatar-se *“que parte da causa da diminuição do VAL (...) constituem justamente o objeto de Refinanciamento da Concessão”*. E o regime previsto *“na cláusula 85.ª do Contrato de Subconcessão permite á EP: (i) apresentar —a qualquer momento, uma proposta de Refinanciamento da Subconcessão” (cfr. n.º 13), (ii) partilhar, em partes iguais, os respectivos benefícios financeiros (cfr. n.º 3) e (iii) impor essa proposta de refinanciamento, verificado o pressuposto previsto no n.º 2 (cfr. n.º 2 e 14).*

58. Tal argumentação confirma que há um reconhecimento de que os resultados obtidos na negociação não só foram piores como, através deles, se torna visível a violação das regras previamente fixadas. Mas pretende-se agora defender que esses maus resultados e, conseqüentemente, tais violações não são “irreversíveis”.

59. Ora a cláusula 85ª tem toda a razão de existir, num contrato, em contexto de parceria público-privada, que estabelece uma concessão de obra ou serviço público. Trata-se de distribuir equitativamente benefícios entre parte pública e privada da parceria que, entretanto, no contexto da execução do contrato venham a surgir, em matéria de financiamento. Com o devido respeito, contudo, não faz sentido invocar tal cláusula como mecanismo de sanção de vícios de violação de lei. As violações do programa do concurso ocorreram e não são sanados com tal cláusula. A cláusula surge, e bem, para situações que venham a ocorrer no contexto da execução do contrato. Não surge como forma de corrigir os resultados obtidos na negociação contratual. E refira-se que é incompreensível que no momento de negociação do contrato não se acautelem certos aspectos, na esperança de que se acautelarão no futuro. Parece querer trocar-se o certo pelo incerto... Parece querer dizer-se que “negociemos mal hoje” que “amanhã negociaremos bem...”. Acrescente-se finalmente que, nos termos da lei, este Tribunal tem competência para analisar o contrato e o seu processo de formação e a sua conformidade legal. Não lhe permite a lei que se pronuncie sobre eventualidades futuras.

60. Na mesma linha, a EP juntou ao processo declaração da subconcessionária cujo conteúdo essencial se explicitou acima na alínea nn) do nº 2. Analisada tal declaração retenha-se o seguinte:

- a) Tal declaração é também, no seu conteúdo essencial, irrelevante para efeitos da análise do contrato. Com efeito, o que se encontra em causa é a observância dos princípios da legalidade e da estabilidade na formação desse contrato e não já a sua execução;
- b) De qualquer modo, o conteúdo daquela declaração enquadra-se no regime já consagrado no próprio contrato, porquanto a subconcessionária, verificando-se os pressupostos estabelecidos no n.º 2 da já citada cláusula 85.º do contrato – *as condições constantes dos instrumentos contratuais resultantes do Refinanciamento da Subconcessão não deverão ser mais onerosas para a subconcessionária, para os seus acionistas ou para a Concedente, do que as existentes nos contratos de financiamento que substituem* – tem, sob pena de incumprimento contratual, de aceitar a proposta de refinanciamento apresentada pela EP, exceto se demonstrar que consegue obter no mercado uma proposta ainda mais favorável;
- c) Por outro lado, é também a subconcessionária que tem todo o interesse em que haja lugar ao refinanciamento da parceria, uma vez que por força do disposto no n.º 3 da Cláusula 85.ª do contrato, beneficiará de uma partilha equitativa dos benefícios financeiros daí resultantes;
- d) Acresce que a imposição da proposta de refinanciamento a apresentar pela EP, nos termos da declaração em causa, poderá até revelar-se menos favorável para esta, se se entendesse que ficaria afastada a possibilidade da subconcessionária poder apresentar uma proposta alternativa mais vantajosa ou ter a faculdade de a negociar com vista a obter um melhor resultado, conforme se prevê no n.º 14 da Cláusula;
- e) Em conclusão, sublinha-se ainda que o que se encontra em causa no presente contrato não são os eventuais benefícios financeiros decorrentes da sua execução,

benefícios que, por força da lei, do caderno de encargos e do contrato, seriam sempre recebidos pela EP, independentemente da entidade vencedora do concurso, mas sim o respeito pelas regras fixadas no programa de procedimento e dos princípios jurídicos aplicáveis.

#### IV.F – Alteração da matriz de risco e violações ocorridas

61. Finalmente, na senda do que já se referiu nos nºs 41 e 42, comparando-se os resultados obtidos na primeira fase e os resultados da fase de negociações, constatando-se que:

- a) Os pagamentos por serviço (relacionados com os riscos do tráfego) a cargo da concedente diminuíram;
- b) Os pagamentos do subconcessionário ao concedente diminuíram;
- c) O esforço financeiro líquido do concedente aumentou;
- d) Os níveis previstos de rentabilidade dos acionistas aumentaram, poderá afirmar-se que os riscos e dificuldades resultantes da crise financeira internacional e até algum do risco associado ao volume do tráfego foram, em substância, transferidos para a entidade concedente. Em síntese: a matriz de risco alterou-se substancialmente da primeira para a fase final, em desfavor da parte pública.

62. A propósito do número anterior relembre-se o disposto na alínea d) do artigo 7º do RJPPP: “O risco da insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível transferido para o parceiro privado”.

63. Com a violação já identificada do disposto no nº 28 do PC também, como já se indicou, foi violado o princípio da legalidade e o da estabilidade do procedimento, consagrado no nº 1 dos artigos 7º e 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de junho.

64. Face ao exposto nos nºs 36 e seguintes, houve pois violação do nº 28 do programa de concurso, dos nºs 1 e 2 do artigo 100º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março e dos princípios consagrados no nº 1 dos artigos 7º e 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho. Caso tais disposições tivessem sido observadas o resultado do procedimento, o teor do contrato e o correspondente resultado financeiro poderiam, com fortíssima probabilidade, ter sido diferentes.

[...]

#### VI – Conclusões

75. No procedimento verificou-se pois a violação das seguintes disposições legais:

- a) Da alínea c) do artigo 6º do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho;
- b) Do nº 28 do programa de concurso, dos nºs 1 e 2 do artigo 100º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março e do nº 1 dos artigos 7º e 14º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho;
- c) Do n.º 4 do artigo 62.º também do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

76. Como se viu tais violações respeitam no essencial a:

- a) Ausência do estudo que a lei exige, demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de obras públicas (estudo de *comparador público*);
- b) Degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria EP estabeleceu no Programa de Concurso;

c) Fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais. 77. Dos autos resulta que as violações de lei referidas nas alíneas a) e b) do número 75 provocaram, com fortíssima probabilidade, a alteração efetiva do resultado financeiro do procedimento. Isto é: se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, há fortíssima probabilidade de que teriam sido obtidos resultados diferentes, com melhor proteção dos interesses financeiros públicos. O mesmo não acontece quanto à violação referida na alínea c) do nº 75.

78. Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC, quando aí se prevê “*ilegalidade que ... possa alterar o respetivo resultado financeiro.*” Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respetivo resultado financeiro. E, como se viu, no presente processo, há fortíssimos indícios de tal ter acontecido.

79. Há pois fundamentos para recusa de visto.

80. A violação identificada na alínea c) do nº 75, pela sua pequena relevância, é suscetível de fundamentar a concessão de visto com formulação de recomendação à entidade adjudicante para que, no futuro, conforme a sua ação ao que dispõe a lei.

81. Contudo, a gravidade das demais violações que ferem o núcleo central dos valores que devem ser observados na constituição das parcerias público-privadas e nos procedimentos de negociação e de avaliação de propostas no âmbito da contratação pública e a fortíssima probabilidade de por elas ter sido alterado o resultado financeiro do contrato, não permite o uso daquela faculdade concedida pelo nº 4 do artigo 44º da LOPTC.

#### VII – DECISÃO

82. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, em recusar o visto ao contrato.

83. Estabelecer que são devidos os emolumentos a pagar nos termos do nº 3 do artigo 5º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas.

2.4 O contrato foi objeto de reforma durante a XI Legislatura encontrando-se em funções o XVIII Governo Constitucional sendo o *contrato reformado* outorgado em 19-5-2010, o qual foi submetido pela EP a fiscalização prévia dando origem ao processo n.º 727/2010:

a) O valor do *contrato reformado* considerado para efeitos de fiscalização prévia foi de 212 885 898,00 €, correspondendo 382 072 452,00 € ao valor atualizado líquido (VAL) dos pagamentos por serviço e (- 169 186 554,00 €) ao VAL do esforço financeiro líquido da EP, tendo em conta o clausulado contratual e os documentos financeiros que o suportaram.

b) Foi considerado, apenas, o valor de 212 885 898,00 € pelo TdC como encargo resultante do regime remuneratório estabelecido no clausulado contratual e foi apenas esse o valor considerado pela requerente (então E.P., S.A.) nos documentos financeiros

apresentados ao TdC (v.g. nos documentos relativos à assunção de encargos plurianuais) os quais suportaram, igualmente, a correspondente autorização de despesa.

c) O clausulado do *contrato reformado* não compreendia qualquer referência a *compensações contingentes*.

d) A requerente no processo n.º 727/2010 não juntou o ofício de 24 de maio de 2010 remetido pela Caixa – Banco de Investimento, S.A. a Rotas do Algarve Litoral, SA (adjudicatária) e a EP – Estradas de Portugal, SA, rececionado na EP em 27-5-2010, e que veio a ser conhecido pelo TdC apenas depois da decisão final proferida naquele processo de fiscalização prévia (no âmbito da indagação desenvolvida no processo n.º 35/09 AUDIT onde foi aprovado o relatório n.º 15/2012, *infra* § 2.9), e que tendo sido ocultado pela EP não podia ser atendido pela 1.ª secção do TdC no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 (cujo objeto foi estabelecido pelo requerimento inicial e o original do *contrato reformado* submetido a fiscalização).

e) Nos considerandos do *contrato reformado*, sublinha-se a necessidade de «reformular o Contrato de Subconcessão de modo a dar pleno cumprimento ao entendimento do Tribunal de Contas, razão porque se altera designadamente o caso base do contrato (Anexo 5)», bem como os seus números 84.º e 85.º do contrato, relativos aos regimes de «reposição do equilíbrio financeiro e compensações ao concedente» e ao «refinanciamento da subconcessão e partilha de benefícios», respetivamente.

f) De acordo com a cláusula 71 do *contrato reformado* que tem por epígrafe *Remuneração da subconcessão e pagamentos a efetuar à concedente*:

(i) A subcessionária receberá, nos termos previstos na fórmula aí definida uma remuneração anual que tem em conta as seguintes componentes: remuneração anual relativa à disponibilidade das vias; remuneração anual relativa ao serviço prestado pela subcessionária; deduções a efetuar em virtude da ocorrência de falhas de desempenho e de disponibilidade; penalidade resultante das externalidades ambientais e da sinistralidade; dedução ou incremento imposto em resultado da evolução dos índices de sinistralidade.

(ii) Relativamente à componente da remuneração anual relativa à disponibilidade, prescreve-se que será calculada de acordo com a fórmula definida na cláusula 71.2,

a qual tem em conta, entre outros fatores, o valor da tarifa diária de disponibilidade, sendo, por sua vez, os valores da tarifa de disponibilidade definidos para cada ano os que constam do Anexo 5B, nos termos da cláusula 71.3.

(iii) Por sua vez, a remuneração relativa ao serviço prestado pela subconcessionária efetivamente verificado em cada ano será calculada de acordo com a fórmula definida nas cláusulas 71.4 e 71.5.

(iv) Quanto aos pagamentos a realizar pela subconcessionária à subconcedente, limita-se a cláusula 71.19. a estabelecer que os mesmos se efetuarão de acordo com o Anexo 5A.

(v) Cláusula 71 que não foi objeto de qualquer modificação na sequência da *reforma* do contrato, mantendo-se, assim, inalterada, sendo nessa cláusula que se define o regime remuneratório da subconcessionária, bem como os pagamentos que a subconcessionária efetuará à concedente ao longo do período da subconcessão, ainda que efetuando remissões para os anexos 5A e 5B, e apenas tendo o Anexo 5A sido objeto de alteração na sequência da *reforma*.

(vi) A estrutura da remuneração estabelecida nessa cláusula respeita o estipulado no Caderno de Encargos do concurso em causa, conforme imposto no acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS (cf. §§ 2.2 e 2.3), não permitindo a existência de outros tipos de pagamentos a efetuar à concessionária.

(vii) Sendo o seguinte o teor da aludida cláusula 71:

«71.1. A subconcessionária receberá uma remuneração anual, calculada por referência aos lanços dos números 6.1, 6.2 e 6.3, nos termos da fórmula seguinte:

$$R_t = Dis_t + Serv_t - Ded_t - Pen_t \pm \sum(Sin)_t$$

em que:

$R_t$  = Remuneração anual da subconcessionária no ano t;

$Dis_t$  = Componente da remuneração anual relativa à disponibilidade das vias efetivamente verificada no ano t, calculada nos termos do número 71.2;

$Serv_t$  = Componente da remuneração anual relativa ao serviço prestado pela subconcessionária efetivamente verificado no ano t, calculada nos termos do número 71.4;

$Ded_t$  = Componente correspondente às deduções a efectuar em virtude da ocorrência de falhas de desempenho e de disponibilidade, no ano t, calculada nos termos dos números 71.6. e 72.;

$Pen_t$  = Componente correspondente à penalidade resultante das externalidades ambientais e da sinistralidade, no ano t, calculada nos termos do número 71.8

$Sin_t$  = Montante correspondente à dedução ou incremento imposto em resultado da evolução dos índices de sinistralidade para o ano  $t$ , calculada nos termos dos números 71.9. e seguintes.

«71.2. A componente da remuneração anual relativa à disponibilidade para cada troço  $j$  em cada ano, será calculada de acordo com a fórmula seguinte:

$$Dis_t = \sum_j td_t \times nd_t(j) \times \frac{L(j)}{L_{Total}}$$

em que:

$td_t$  = Valor da tarifa diária de disponibilidade no ano  $t$ .

$nd_t(j)$  = Número de dias em que o troço  $j$  se encontrou em serviço, devendo considerar-se:

- no ano de entrada em serviço do troço  $j$ , o número de dias desde a data de entrada em serviço do troço  $j$  e 31 de Dezembro do ano  $t$  (inclusive);
- nos anos posteriores, o período entre 1 de Janeiro e 31 de Dezembro.
- no ano de termo da subconcessão, o número de dias entre 1 de Janeiro e a data de termo da subconcessão;

$L(j)$  = Extensão, expressa em quilómetros, do troço  $j$ ;

$L_{Total}$  = Extensão total, expressa em quilómetros, do Empreendimento Subconcessionado;

$t$  = Período correspondente a um ano civil;

troço  $j$  = zona de influência de cada um dos equipamentos de contagem e classificação de veículos instalados em obediência ao que dispõe o número 48.3.

«71.3. Os valores da tarifa de disponibilidade definidos para cada ano  $t$  constam do Anexo 5 B e não são actualizáveis durante a vigência do Contrato de Subconcessão.

«71.4. A componente da remuneração anual relativa ao serviço prestado pela subconcessionária efectivamente verificado em cada ano, será calculada de acordo com a fórmula seguinte:

$$Serv_t = \sum_j L(j) \times ts_t \times TMDA_t(j) \times nd_t(j)$$

em que:

$L(j)$  = Extensão, expressa em quilómetros, do troço  $j$ ;

$ts_t$  = Valor da tarifa diária por quilómetro por serviço prestado no ano  $t$ , que é igual a  $25\% \times \text{€ } 0,06671 = \text{€ } 0,0166775$ , sem IVA, a preços de Dezembro de 2006, aplicado ao comprimento efectivo de cada troço  $j$ , com arredondamento ao hectómetro, sendo as actualizações calculadas de acordo com a seguinte fórmula:

$$TP(d1) = tv(1) \times \frac{[0,90 \times IPC(p) + 0,10]}{IPC(p-n)}$$

sendo:

$tp(d1)$  - valor máximo admissível para a data  $d$  da tarifa actualizada por sublanço;

$tv(1)$  - valor da tarifa de referência;

$IPC(p)$  - valor do último índice de preços no consumidor, sem habitação, publicado para o continente;

p - mês a que se refere o último índice publicado;

n - número de meses decorridos entre a data da última atualização tarifária, ou dezembro de 2006 no caso do lanço a construir, e a pretendida para a entrada em vigor da nova tarifa;

IPC(p-n) - valor do índice de preços no consumidor, sem habitação, para o continente, relativo ao mês (p-n).

$TMDA_t(j)$  = Tráfego médio diário anual de veículos de todas as classes, conforme definidas no número 49.1., registado no troço j no ano t, sendo o índice de multiplicação de classes igual à unidade;

$nd_t(j)$  = Número de dias em que o troço j se encontrou em serviço devendo considerar-se:

- no ano de entrada em serviço do troço j, o número de dias desde a data de entrada em serviço do troço j até 31 de Dezembro do ano t (inclusive);

- nos anos posteriores, o período entre 1 de Janeiro e 31 de Dezembro.

- no ano de termo da subconcessão, o número de dias entre 1 de Janeiro e a data de termo da subconcessão;

t = Período correspondente a um ano civil;

troço j = zona de influência de cada um dos equipamentos de contagem e classificação de veículos instalados em obediência ao que dispõe o número 48.3.

«71.5 Na fórmula constante do número anterior observar-se-á o seguinte:

(a) Se o  $TMDA_t(j)$  for maior ou igual a 20.000 e menor do que 25.000, e para os veículos deste intervalo, a tarifa diária por quilómetro por serviço prestado será igual a 75% do valor da referida tarifa, calculada nos termos do número anterior ( $tst = (25\% * €0,06671) * 75\%$ );

(b) Se o  $TMDA_t(j)$  for maior ou igual a 25.000, e para os veículos que ultrapassem este limite, a tarifa diária por quilómetro por serviço prestado será igual a 50% do valor da referida tarifa, calculada nos termos do número anterior ( $tst = (25\% * €0,06671) * 50\%$ );

«71.6 O montante total das deduções a efectuar em cada ano, a que se refere o número 71.1, será calculado de acordo com a seguinte fórmula:

$$Ded_t = \sum F(Dis)_t$$

em que:

$F(Dis)_t$  = Montante correspondente à dedução diária imposta em resultado da ocorrência de falhas de disponibilidade para o ano t, calculada nos termos do número 72.4.;

«71.7. Considera-se existir uma falha de disponibilidade quando alguma das condições de indisponibilidade definidas na cláusula 72. se verificar.

«71.8 O montante da penalidade relativa às externalidades ambientais e à sinistralidade é calculado de acordo com a fórmula seguinte:

$$Pen_t = Ppen_t \times Puni_t$$

em que:

$Pen_t$  = Montante correspondente à penalidade relativa às externalidades ambientais e à sinistralidade, no ano  $t$ ;

$Ppen_t$  = Pontos de penalização incorridos no ano  $t$ , calculados de acordo com o disposto nas Partes I e II do Anexo 12

$Puni_t$  = Valor unitário da penalidade a impor por cada ponto de penalização incorrido.

Este valor é fixado pela Concedente entre € 2.500 e € 25.000, a preços de 2007, e é atualizado anualmente de acordo com o IPC.

«71.9. O montante relativo à dedução ou incremento imposto em resultado da evolução dos índices de sinistralidade será calculado de acordo com as formulas seguintes:

O índice de sinistralidade da subconcessão calcular-se-á nos seguintes termos:

$$IS_t(Conc) = \frac{N_t \times 10^8}{L \times TMDA_t \times 365}$$

em que:

$IS_t(Conc)$  = índice de sinistralidade da Subconcessão para o ano  $t$ ;

$N_t$  = Número de acidentes no ano  $t$ , com vítimas (mortos e/ou feridos), registados na Subconcessão pela autoridade policial competente;

$L$  = Extensão total, em quilómetros, do Empreendimento Subconcessionado em serviço;

$TMDA_t$  = TMDA registado na Subconcessão no ano  $t$ ;

«71.10. Sempre que se verifique:

(a)  $IS_t(Conc) < IS_{t-1}(Conc)$

a Concedente somará à remuneração anual da subconcessionária um valor calculado nos termos do número 71.11., alínea (a).

(b)  $IS_t(Conc) > IS_{t-1}(Conc)$

a subconcessionária deduzirá à remuneração anual da subconcessionária um valor calculado nos termos do número 71.11., alínea (b).

«71.11. Os incrementos e deduções referidos no número anterior serão calculados da seguinte forma:

1. (a) Incremento:

$$Sin_t = 2\% \times (Dis_t + Serv_t) \times \frac{IS_{t-1}(Conc) - IS_t(Conc)}{IS_t(Conc)}$$

2. (b) Dedução:

$$SIn_t = 2\% \times (Dis_t + Serv_t) \times \frac{IS_{t-1}(Conc) - IS_t(Conc)}{IS_t(Conc)}$$

«71.12. No caso de a entrada em serviço do último Lanço ou Sublanço, devidamente requalificado ou construído de raiz, ocorrer em mês diverso de janeiro, ou no caso de a Subconcessão terminar em mês diverso de Dezembro, serão feitos os necessários ajustes ao cálculo dos prémios e multas aplicáveis, na proporção dos meses inteiros que decorrerem até Dezembro, no primeiro caso, ou dos meses inteiros que decorrerem entre Janeiro e o Termo da Subconcessão, no segundo.

«71.13. O valor da tarifa de serviço prestado a fixar em janeiro de cada ano civil deverá ser apresentado pela subconcessionária à Concedente, devidamente justificados, com a antecedência mínima de 45 dias em relação à data pretendida para a sua entrada em vigor.

«71.14. A Concedente procederá ao pagamento da remuneração anual pela forma e datas em seguida indicadas:

(i) no final de cada um dos meses de fevereiro, abril, junho, agosto, outubro e dezembro de cada ano serão efetuados pagamentos, todos de igual montante, correspondentes, na sua globalidade, a 80% da remuneração anual prevista.

(ii) No final do mês de fevereiro de cada ano, será efetuado um pagamento de reconciliação correspondente à diferença entre a remuneração anual do ano anterior e os pagamentos por conta efetuados nesse ano anterior.

«71.15. A determinação da parte responsável pelo pagamento de reconciliação será feita da seguinte forma:

a) Se a soma dos pagamentos por conta de certo ano for superior à remuneração anual desse mesmo ano caberá à subconcessionária pagar à Concedente o montante respeitante ao pagamento de reconciliação;

b) Se a soma dos pagamentos por conta de certo ano for inferior à remuneração anual desse mesmo ano caberá à Concedente pagar à subconcessionária o montante respeitante ao pagamento de reconciliação.

«71.16. A Concedente pode, em qualquer momento, pagar à subconcessionária a totalidade ou parte dos valores vincendos dos pagamentos por si devidos, nos termos a acordar entre as partes, por referência ao Caso Base.

«71.17. Os montantes pagos pela Concedente, nos termos do número anterior, serão aplicados pela subconcessionária, salvo acordo em contrário fixado entre as partes, pela seguinte ordem:

a) amortização da dívida sénior;

b) amortização da dívida subordinada;

c) remuneração acionista.

«71.18. A remuneração prevista na presente cláusula calcular-se-á partir do momento em que entre em serviço a totalidade do Empreendimento Subconcessionado, devidamente requalificado ou construído de raiz, vencendo-se e sendo paga à subconcessionária a partir do quinto aniversário da assinatura do Contrato de Subconcessão.

«71.19. A subconcessionária efetuará à Concedente os pagamentos previstos no Anexo 5A.»

(viii) Por seu turno, o anexo 5A compreende uma tabela com duas colunas, precedida pela seguinte frase «os pagamentos a efetuar à concedente, previstos no caso base, são os seguintes:», constando da coluna da esquerda uma sequência de anos com início em 2009 e fim em 2039 e na coluna da direita valores em €, sendo até ao ano de 2013, inclusive, 0,00 € iniciando-se a indicação de valores no ano de 2014 com 1.000.000,00 €, em regra, em crescendo muito acentuado sendo, por exemplo em cada um dos anos entre 2030 e 2038 sempre superiores a 74.000.000 €.

g) Confrontando a redação da cláusula 71 do contrato a que foi recusado o visto e do *contrato reformado*, no que diz respeito à *remuneração da subconcessão e pagamentos a efetuar à subconcedente*, não se verifica qualquer alteração no seu regime, tendo apenas sido alterado o Anexo 5A para o qual aquela cláusula remete. Assim, mantido aquele regime, verifica-se que:

(i) A previsão dos pagamentos por disponibilidade a efetuar pela concedente à concessionária, tomados em consideração nos relatórios de apreciação das propostas e expressos no caso base, são objeto de um ligeiro aumento, passando de 38.298m € para 38.640m €, e de uma diferente repartição ao longo dos anos da concessão (cf. relatórios de análise de propostas e respetivos casos base);

(ii) Os pagamentos à subconcedente previstos no Anexo 5A foram objeto de um substancial incremento (629.334.802,85 €).

(iii) As alterações assim introduzidas permitiram uma redução substancial no VAL do esforço financeiro da subconcedente, tendo sido determinante, realce-se, o assinalável incremento no valor total dos pagamentos à subconcedente.

h) Da leitura de toda a documentação e explicações da EP apresentadas no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 resulta que:

(i) O regime de pagamentos de ambas as partes é aquele que se encontra consagrado no texto contratual, de acordo apenas com as componentes definidas no seu regime, como não poderia aliás deixar de ser, não sendo permitidas outras componentes remuneratórias aí não previstas;

(ii) Os pagamentos dos valores previstos nos anexos 5A e 5B devem ser efetuados nos exatos termos em que se encontram disciplinados no texto contratual.

(iii) As operações que, em termos contratuais e para efeitos da reavaliação da proposta na sequência da reforma, permitiram a redução do VAL do esforço financeiro da EP a qual foi decisiva para permitir a atribuição de uma classificação de 16,0 a esse fator (A1) no *contrato reformado* por parte da comissão de avaliação do concurso — a classificação atribuída no critério A1 na 1.ª fase tinha sido de Bom, com uma pontuação de 16,0, tendo passado na proposta BAFO (no caso do o *contrato originário* a que foi recusado o visto) a ser de Suficiente com uma pontuação de 10,2.

(iv) A alteração introduzida pelo adjudicatário nos *pagamentos da concessionária à concedente* que, no *contrato objeto da recusa* totalizavam, a preços correntes, 131.514.893,31 € e no *contrato reformado* ascendem ao montante de 760.849.696,16 €, ou seja, a concessionária passou a ter a obrigação de pagar à concedente mais 629.334.802,85 € do que o anteriormente acordado.

i) No relatório que suporta a decisão de adjudicação relativa ao *contrato reformado* não se faz qualquer menção a *pagamentos* ou *compensações contingentes* a efetuar pela concedente à concessionária, nem a eventuais efeitos financeiros decorrentes de *compensações contingentes*.

j) O ofício de 24-5-2010 remetido pela Caixa – Banco de Investimento a S.A. a Rotas do Algarve Litoral, SA (adjudicatária), com conhecimento à EP – Estradas de Portugal, SA, com indicação do assunto *Re.: Consent Letter – Amendment to the Subconcession Agreement* (que se encontra agregado ao processo n.º 35/09 AUDIT, onde foi aprovado o relatório n.º 15/2012 da 2.ª secção do TdC, que foi apenas remetido no quadro de indagações de auditoria da 2.ª secção do TdC, por ofício da EP n.º 3936, saída 95963, de 17-10-2011, na sequência de solicitação do TdC formulada através de ofício n.º 014370, de 27-9-2011) tem um texto que compreende, designadamente, um ponto 5 intitulado *Amendment of the Subconcession Agreement: Interpretation* com o seguinte teor:

«The consent expressed in this Consent Letter is given on the basis of the following terms and interpretation of the Amendment in conjunction with the modified Base Case attached to the Amendment as Annex 5, as modified (the "Modified Subconcession Base Case"), and the Subconcession Agreement:

- a. Todos os pagamentos a efectuar pelo Concedente ao abrigo do Caso Base que constitui o Anexo 5 ao Controlo de Subconcessão (conforme alterado pela Cláusula Segunda (Caso Base) da Minuta do Contrato Reformado — o "Caso Base

Modificado'), seja qual for a respectiva natureza e fundamento, são considerados como receita da subconcessionária para todos os efeitos do Contrato de Subconcessão, dos Finance Documents, ou dos documentos que os substituam em caso de Refinanciamento da Subconcessão;

- b. O referido na alínea (a) aplica-se, designadamente e sem reservas ou condições, à rubrica identificada como "compensação contingente" no Caso Base Modificado;
- c. O pagamento das verbas respeitantes a essa "compensação contingente" ocorrerá nas datas indicadas na Cláusula 71.14 do Contrato de Subconcessão e pelos precisos montantes inscritos na linha 3841 da folha "4. Semesterly Inputs" do referido Caso Base Modificado e detalhados no Anexo II à presente;
- d. Sem prejuízo do disposto na alínea (a), o pagamento das verbas respeitantes à "compensação contingente" é incondicional; tal pagamento apenas não será devido, na totalidade ou em parte nos casos em que seja concluída com sucesso, nos casos previstos na cláusula 85.16 do Contrato de Subconcessão, uma ou mais operações de Refinanciamento da Subconcessão até 60 (sessenta) dias antes de ser devido o primeiro pagamento da componente da remuneração anual relativa à disponibilidade ao abrigo da Cláusula 71 do Contrato de Subconcessão; caso sejam concluídas as referidas operações de refinanciamento, as verbas respeitantes à "compensação contingente" serão reduzidas ou eliminadas na exata medida dos impactes favoráveis dessas operações de refinanciamento no Caso Base Modificado, calculados nos termos previstos na Cláusula 85.13 do Contrato de Subconcessão;
- e. A subconcessionária e o Concedente acordaram que os impactes favoráveis das operações de refinanciamento previstas na cláusula 85.16 do Contrato de Subconcessão serão atribuídos totalmente ao Concedente até que seja eliminada a "compensação contingente", traduzindo-se tal atribuição na redução ou eliminação do valor da "compensação contingente" nos termos previstos na alínea d); sem prejuízo do Concedente poder optar, nos termos do 85.17 do Contrato de Subconcessão, pela antecipação dos pagamentos devidos pela Subconcessionária ao abrigo do Anexo 5A ao Contrato de Subconcessão, desde que tal antecipação seja neutra para a subconcessionária e seus acionistas;
- f. O pagamento dos montantes devidos pela subconcessionária ao abrigo do Anexo 5A ao Contrato de Subconcessão será realizado por meio de compensação com os montantes de compensação contingente devidos pelo Concedente à subconcessionária; e
- g. Nos refinanciamentos que se sucederem ao primeiro Refinanciamento da Subconcessão ter-se-á sempre em consideração, para efeitos da determinação dos impactes favoráveis desses refinanciamentos, o Cash-Flow Acionista considerado no Caso Base Modificado.»

k) O referido texto que não foi apresentado no âmbito do processo de fiscalização prévia reportava-se a um regime complementar de pagamentos à concessionária sem qualquer acolhimento no clausulado do contrato, não tendo sido transmitido ao TdC no processo n.º 727/2010, não fazia parte dos documentos que instruíram esse processo de visto, nem era referido como anexo ou como fazendo parte integrante do contrato submetido

a visto, o qual a ter algum valor jurídico para as partes, e caso envolvesse válidos efeitos financeiros (a título de pagamentos da EP à concessionária no montante de 629.002.749,54 €) teria de ser diretamente disciplinado no próprio articulado contratual.

l) O valor das designadas *compensações contingentes* corresponde aproximadamente ao incremento dos pagamentos à concedente, contemplados no *contrato reformado* (referido *supra* no § 2.4.g), pelo que, caso se concretizassem, anulariam por completo o efeito decorrente do mencionado incremento.

m) No contrato, o *caso base* é definido na Cláusula 1.1. h como «o conjunto de pressupostos, projeções e outros dados de natureza económico-financeira constantes do ficheiro informático contido no CD-ROM não regravável que constitui o Anexo 5 ao Contrato de Subconcessão, com as alterações que lhe forem introduzidas nos termos permitidos e previstos no Contrato de Subconcessão».

n) Apenas uma das linhas da demonstração de resultados do *caso base* reformado compreende uma menção a *compensação contingente*, no entanto, nem nesse segmento nem em qualquer outro dos documentos remetidos ao TdC no processo n.º 727/2017 se identificou a entidade responsável por essa compensação, os seus fundamentos, em que termos a mesma ocorreria e quais os prazos de pagamentos respetivos.

o) No *contrato originário* e no *contrato reformado* as obrigações de pagamento das partes não estão estabelecidas no caso base mas no clausulado contratual, como aliás sucede na generalidade das concessões em que os pagamentos sejam devidos com fundamento no caso base, por imperativos decorrentes, designadamente, do princípio da transparência.

2.5 Foi concedido o visto ao *contrato reformado* de 19-5-2010, pela decisão da 1.ª secção do TdC n.º 612/2010, de 14-7-2010, proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010:

a) Na decisão de concessão de visto reiterou-se, de forma inequívoca, a concordância com o juízo sobre as ilegalidades formulado no anterior acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS (cf. §§ 2.2 e 2.3), e que o *contrato reformado* apenas seria visado na medida em que já não padecia do vício mais grave anteriormente detetado relativo ao procedimento, a degradação das condições oferecidas pelo concessionário ao

concedente relativamente à proposta da 1.ª fase de negociações (alterações com aumentos de encargos financeiros fundamentados na crise económica com violação, nomeadamente, do n.º 28 do programa do concurso, cf. *supra* §§ 2.1 e 2.3) tendo sido referido na decisão n.º 612/2010:

«A EP procedeu agora, como ela própria refere, à:  
"a) Reforma do procedimento concursal, ou seja:  
i) Fase de negociação reformada;  
ii) Propostas finais reformadas dos dois concorrentes finalistas;  
iii) Relatório preliminar de avaliação das propostas finais reformadas;  
iv) Audiência prévia dos dois concorrentes finalistas;  
v) Relatório final de avaliação das propostas finais reformadas; e,  
no final deste procedimento, obtenção de um  
b) Contrato de Subconcessão Reformado, com respeito da letra do n.º 28<sup>3</sup> do programa de concurso." »

[...]

No que respeita à violação das regras do procedimento na fase de negociação das propostas, a EP promoveu a reforma da 2.ª fase do concurso, repetindo o procedimento de negociação e adjudicação.

A nova adjudicação recaiu sobre uma proposta que, quer no subfactor A.i. do critério de adjudicação, quer na nota final, obteve uma pontuação não inferior àquela que obteve na 1.ª fase do concurso.

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

b) O incremento de pagamentos à concedente referido *supra* no § 2.4.g) foi decisivo para a concessão do visto, no pressuposto de que o mesmo não compreendia quaisquer compensações à subconcessionária (enquanto condição do respeito da regra n.º 28 do programa do concurso).

2.6 Ainda no quadro da XI Legislatura, o XVIII Governo Constitucional solicitou a concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal, de acordo com programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», acordado, em 17-5-2011, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional.

---

<sup>3</sup> Transcrito em 3.1, deste relatório.

2.7 Em 20-6-2011 iniciou-se a XII Legislatura durante a qual foi empossado e exerceu funções o XIX Governo Constitucional.

2.8 A Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, de 10 de novembro, aprovou o Plano Estratégico dos Transportes, tendo por referência a vinculação de Portugal ao Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica. Resolução que compreende um capítulo 5.7, no qual «face às projeções futuras da dívida da Estradas de Portugal, S. A. e às implicações que as mesmas representam, o Governo estabeleceu a implementação urgente de um conjunto de medidas de viabilização do modelo de financiamento da empresa», referindo-se, nomeadamente, no subcapítulo 5.7.2:

«Está a ser estudado o cancelamento, suspensão ou revisão de um conjunto de troços incluídos nas subconcessões em curso, em virtude das atuais condições financeiras. Esta medida abrange dois tipos de troços:

«Troços de conceção/construção ou aumento de vias incluídos, cujos trabalhos ainda não se tenham iniciado ou se encontrem numa fase inicial;

«Troços de requalificação/beneficiação/conservação/ operação e manutenção passíveis de serem cancelados, assumindo a Estradas de Portugal, S. A., a responsabilidade pela sua manutenção, como na generalidade da rede rodoviária nacional.

«Elencam-se de seguida as subconcessões em causa: Subconcessão Transmontana; Subconcessão Douro Interior; Subconcessão Litoral Oeste; Subconcessão Baixo Tejo; Subconcessão Pinhal Interior; Subconcessão Algarve; Subconcessão Baixo Alentejo.

«Estima-se que o cancelamento, suspensão ou revisão dos troços enunciados tenha um impacto líquido de redução de mais de mil milhões de euros, entre CAPEX e OPEX.»

2.9 No dia 10-5-2012 foi aprovado por unanimidade, em plenário da 2.ª Secção do TdC, o Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário (no âmbito do processo n.º 35/09 AUDIT)<sup>4</sup>, no qual designadamente se refere:

«266. Após a recusa de visto àqueles contratos, os mesmos vieram a ser “reformados”, com o afirmado objetivo de assegurar o cumprimento da regra concursal de não agravamento das condições financeiras das propostas da 1.ª para a 2.ª fase do concurso. Uma vez que, de acordo com os elementos constantes dos processos, a reforma dos procedimentos apontava para a reposição do cumprimento dessa regra, o Tribunal veio a conceder o visto aos contratos reformados, formulando recomendações para o futuro.

267. Considerando que as alegadas alterações de condições resultantes da crise financeira internacional, por serem anteriores à outorga dos contratos, não poderiam também

---

<sup>4</sup> O qual foi junto aos presentes autos (*supra* § 1.9) e pode ser consultado em [http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel\\_auditoria/2012/2s/audit-dgtrc-rel015-2012-2s.pdf](http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2012/2s/audit-dgtrc-rel015-2012-2s.pdf).

fundamentar o seu reequilíbrio financeiro, o TC, nos acórdãos<sup>5[nota 88]</sup> proferidos, determinou, ainda, que a E.P., S.A. lhe remetesse toda a documentação relativa a eventuais atos de reequilíbrio financeiro das subconcessões.

268. Em auditoria, foi detetada a existência de acordos entre os Bancos financiadores, as subconcessionárias e a E.P., S.A., consagrando um conjunto de denominadas “compensações contingentes”, as quais, nos termos acordados, são devidas às subconcessionárias sem reservas ou condições.

«269. Veja-se, a título de exemplo, o teor da carta do banco financiador relativa à subconcessão do Algarve Litoral, onde se refere o seguinte:

“a) Todos os pagamentos a efetuar pelo concedente ao abrigo do Caso Base que constitui o Anexo 5 ao Contrato de Subconcessão (conforme alterado pela Cláusula Segunda (Caso Base) da Minuta do Contrato Reformado – o “Caso Base Modificado”), seja qual for a respetiva natureza e fundamento são considerados como receita da subconcessionária para todos os efeitos do Contrato de Subconcessão, dos *Finance Documents*, ou dos documentos que os substituam em caso de Refinanciamento da Subconcessão;

b) O referido na alínea (a) aplica-se, designadamente e sem reservas ou condições, à rubrica identificada como “compensação contingente” no Caso Base Modificado;

c) O pagamento das verbas respeitantes a essa “compensação contingente” ocorrerá nas datas indicadas na Cláusula 71.14 do Contrato de subconcessão e pelos precisos montantes inscritos na linha 3841 da folha “4. *Semestrelly Inputs* do referido Caso Base Modificado e detalhados no Anexo II à presente;”

«270. Estes acordos, não obstante serem concomitantes à outorga dos contratos reformados, não foram referenciados nesses contratos nem sequer indicados como seus anexos e também não foram juntos aos processos de fiscalização prévia acima referidos.

«271. Ao contrário do que foi alegado pelo MOPTC do XVIII Governo Constitucional, no primeiro contraditório, e pela E.P., S.A., a referência às “compensações contingentes” nos Casos Bases não era suficiente para evidenciar a sua natureza remuneratória nem para fundamentar juridicamente o eventual pagamento. Nos termos da própria definição contratual, o Caso Base é tão só um “conjunto de pressupostos, projeções e outros dados de natureza económico-financeira” que “representa a equação financeira com base na qual será efetuada a reposição do equilíbrio financeiro da subconcessão”. Os valores nele referidos são, como resulta da sua própria definição, meras projeções financeiras que poderão, ou não, ocorrer. Os pagamentos ou remunerações devidos nos termos de um contrato têm de encontrar o seu fundamento nas cláusulas contratuais que definem o respetivo regime jurídico (se, quando, como e a quem são devidos). Os próprios contraentes reconheceram isso, ao considerarem necessário explicitar a obrigatoriedade e termos de pagamento das compensações em acordos subscritos na mesma altura em que foram outorgados os contratos reformados.

«272. Não procede também a alegação de que as “compensações contingentes” estão juridicamente sustentadas pela concessão do visto aos contratos reformados. Como já se referiu, as cláusulas remuneratórias desses contratos não contêm qualquer referência a essas compensações, as quais encontram o seu único fundamento nos acordos referidos

---

<sup>5</sup> [nota 88 do relatório] Acórdão n.º 12/2010-1.ª S/SS, Decisões n.ºs 499/2010-1.ª S/SS, 611/2010-1.ª S/SS, 612/2010-1.ª S/SS, 613/2010-1.ª S/SS, 672/2010-1.ª S/SS e 703/2010-1.ª S/SS [o relatório compreende no trecho constante do § 2.9 do presente acórdão outras notas de rodapé que, contudo, não se transcreveram]

no parágrafo 269, os contratos principais não mencionam esses acordos como seus anexos e os mesmos não foram juntos aos processos. Não foram, pois, conhecidos nem visados por este Tribunal.

«273. Os acordos em causa constituíram uma forma adicional de remuneração das subconcessões que não estava prevista nos cadernos de encargos, não foi objeto de apreciação no âmbito da análise e da classificação das propostas, não foi espelhada no texto dos contratos principais, designadamente, nas cláusulas que, nos mesmos, definiram as remunerações das subconcessionárias, e não foi visada por este Tribunal.

«274. Assim, este Tribunal alerta para a falta de fundamentação legal das referidas “compensações contingentes”. Caso os respetivos pagamentos venham a ocorrer, podem os mesmos constituir infrações financeiras puníveis, a que o Tribunal de Contas estará atento.»

2.10 Nesse processo de auditoria tinha sido conferida a possibilidade à EP de, antes da aprovação do relatório referido no § 2.9, exercer o contraditório.

a) A EP pronunciou-se, por ofício de 30-6-2011, sobre as referências ao sentido e âmbito das decisões de recusa e concessão de visto, nomeadamente proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 (*supra* §§ 2.1 a 2.5):

«Não nos parece adequado voltar a referir decisões de recusa de vistos e acórdãos de 2009, ponto 37, quando o próprio Tribunal já considerou ultrapassadas essas questões ao aceitar as justificações da EP e os estudos e demonstrações feitos, concedendo os respetivos vistos. [...]

Perante a evidência da crise financeira, o Tribunal de Contas veio a aceitar os argumentos da EP e os empreendimentos foram financiados a taxas mais favoráveis das que hoje seriam possíveis no mercado e conseguiu financiar os projetos sem sofrer na íntegra o ónus do impacto da crise financeira internacional. [...]

As compensações contingentes constituem um mecanismo para voltar a ser possível ter os encargos a níveis de antes da crise internacional, com recurso a refinanciamento feito em época mais propícia. Esta solução deu resposta à questão colocada pelo Tribunal de que os benefícios posteriores seriam repartidos, quanto o encargo da crise tinha sido suportado pelo promotor dos projetos.» [pp. 11-12 da resposta da EP, cf. pp. 135-137 do 2.º volume do relatório de auditoria n.º 15/2012]

«No ponto 266, dever-se-ia precisar que o TdC recusou o visto a alguns contratos de subconcessões e que posteriormente concedeu o visto a todos esses contratos.» [p. 19 da resposta da EP]

[Sobre os futuros pontos 267 a 272 do relatório que veio a ser aprovado]: «uma vez que em todos os instrumentos de reforma (cujo conteúdo damos aqui por integralmente reproduzido e cujas cópias foram integralmente facultadas aos auditores) o Caso Base foi alterado; que neste Caso Base as “Compensações Contingentes” estão expressa e devidamente identificadas; que é manifesto que, quanto ao anexo 5, ou seja, quanto ao Caso Base, o contrato entre as partes foi objeto de reforma; e que esses instrumentos de reforma e respetivos anexos, incluindo os Casos Base Reformados, instruíram a submissão dos contratos Reformados à fiscalização prévia do TdC, é manifesto que “reescrevendo” a afirmação dos TdC, “estas compensações referenciadas ao Caso Base, resultam do instrumento de

*reforma e alteram o contrato outorgado entre as partes, pelo que não carecem de fundamentação jurídica”, ou seja, as “Compensações Contingentes” foram, também elas, tidas em consideração na decisão de concessão do visto. Nem podia deixar de ser assim pois a não ser assim, tal seria objeto de oportuna interpelação, que não ocorreu em momento algum, antes, durante, ou após a reforma dos contratos e a concessão dos respetivos Visto.» [p. 19 da resposta da EP]*

b) A transcrita alegação da EP (e que também integra a alegação da IP nos presentes autos, cf. *supra* § 1.8.b)) foi rejeitada no relatório n.º 15/2012 aprovado por unanimidade pela 2.ª secção do TdC (cf. *supra* § 2.9), tendo, antes dessa aprovação, sido objeto de especificada apreciação, onde se considerou, nomeadamente, o seguinte:

«Contratos reformados:

13. A EP, S.A. reitera a sua pronúncia, alegando que o contrato de subconcessão não é apenas composto pelo corpo do contrato, mas que integra também, todos os seus anexos, incluindo o Caso Base, onde estão referenciadas as “*compensações contingentes*”, que, por isso, foram tidas em consideração na decisão de visto.

14. Mais alega que “os auditores ao interpretarem o sentido, alcance e âmbito de decisões – já transitadas em julgado – que o Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia e de acordo com a regulação prevista na lei tomou, concedendo o Visto a todos e cada um dos Contratos de Subconcessão Reformados, estão, materialmente, a reabrir os processos de fiscalização prévia”, reabertura que não estando prevista na Lei do TC, também não respeita o princípio do contraditório.

15. O Tribunal sublinha que só teve conhecimento da existência dos acordos paralelos sobre as denominadas “*compensações contingentes*” no decorrer do processo de auditoria, uma vez que não foram mencionados nem juntos como anexos aos contratos apreciados em fiscalização prévia. Esses acordos não foram, pois, conhecidos nem visados por este Tribunal. A análise da sustentabilidade financeira das subconcessões da EP, S.A. enquadra-se no papel que o InIR, I.P. deve ter como entidade reguladora, pelo que, essa análise, não poderia deixar de ter em conta as “*compensações contingentes*”. Assim sendo, a avaliação das “*compensações contingentes*” cabe perfeitamente no âmbito da presente auditoria, nos termos do artigo 55.º, n.º1, da Lei n.º 98/97, segundo o qual o Tribunal pode “*para além das auditorias necessárias à verificação externa de contas, realizar a qualquer momento, por iniciativa sua ou a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, auditorias de qualquer tipo ou natureza a determinados actos, procedimentos ou aspetos da gestão financeira de uma ou mais entidades sujeitas aos seus poderes de controlo financeiro*”.

16. Como se afirma nos pontos 269 e 270, a referência a essas “*compensações contingentes*”, nos casos base, não era suficiente para evidenciar a sua natureza remuneratória nem para fundamentar juridicamente o respetivo pagamento.» [cf. p. 445 do 2.º volume do relatório de auditoria n.º 15/2012]

2.11 Posteriormente, na fundamentação da decisão n.º 1615/2017, de 11-12-2017, no processo n.º 3601/2017 da 1.ª secção do TdC (cf. *infra* §§ 2.35 e 2.36) foi sublinhado:

«No caso concreto, o contrato da subconcessão rodoviária do Algarve Litoral é conformado pelo caso julgado estabelecido pela decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 (*supra* §§ 2 e 4 do capítulo II.1) que subsiste, dentro dos respetivos limites (cf. *supra* § 8 do capítulo II.1). [...]

«Como se explanou acima (*supra* capítulo II.2), a fiscalização prévia é conformada pelo princípio do pedido que, por força do disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, obsta à prolação nessa sede de uma decisão de mérito sobre a conformidade com as leis em vigor de instrumentos contratuais quando os mesmos alegadamente apenas formalizam modificações objetivas de um contrato visado e não implicam um agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras que foram assumidos no contrato visado. Nessa sede subsiste a força de caso julgado da anterior decisão de visto, a qual no caso do contrato de subconcessão rodoviária do Algarve Litoral já foi expressamente referida em auditoria da 2.ª secção do TdC (*supra* § 8 do capítulo II.1).»

[...].

«Existem alguns motivos para se entender que estão reunidos um conjunto de fatores especialmente relevantes para a referida fiscalização concomitante e sucessiva:

1) A decisão que visou o contrato em 14-7-2010 no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 (*supra* § 4 do capítulo II.1) compreendeu um conjunto de ressalvas e recomendações, sendo certo, para além do mais, o respetivo caso julgado tem determinados limites objetivos cuja captação se recorta pelo teor dos fundamentos dessa decisão, sem olvidar o caso julgado do acórdão proferido no processo n.º 1352/09 (*supra* § 2 do capítulo II.1).

2) O Relatório de Auditoria n.º 15/2012 sobre o modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário identificou a existência de outros acordos interligados com aquele contrato, tendo sublinhado que os mesmos não são abrangidos pelo caso julgado da decisão de visto prévio proferida no processo n.º 727/2010 (cf. *supra* § 8 do capítulo II.1).

3) Acresce que o caso julgado da decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 se apresenta irrelevante para efeitos de legitimação de acordos que já consubstanciem alterações substanciais (nomeadamente por via da integração no contrato de acordos passados que não o integravam originariamente ou outras alterações), os quais sendo realizados constituem novos contratos sujeitos a fiscalização prévia fora do quadro invocado pelo requerente nos presentes autos.

4) Por outro lado, a eventual celebração de acordos de modificação objetiva de acordos não visados pode ter de ser submetida a fiscalização prévia do TdC ao abrigo da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 46.º do LOPTC, em que a ausência de caso julgado de uma anterior decisão de fiscalização prévia altera os dados da questão relativamente ao disposto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º do LOPTC, e em particular os ónus específicos de alegação e prova do requerente (especialmente se o anterior acordo não visado tivesse sido abrangido por uma fiscalização do TdC que se pronunciasse sobre a inadmissibilidade de quaisquer pagamentos ao abrigo do mesmo).

Como se destacou acima (*supra* § II.2), os pressupostos processuais sobre a admissibilidade do pedido de fiscalização prévia e os ónus do requerente estão relacionados com o quadro operativo desse processo, em que o TdC não tem competência nem meios (nomeadamente no plano temporal) para empreender uma

indagação do processo negocial prévio àquela formalização, em particular quanto a matérias que extravasam o âmbito do contrato que tinha sido visado no passado pelo TdC, e eventuais acordos ou outros negócios que não foram objeto de fiscalização prévia pelo TdC, e/ou as eventuais conexões funcionais com outros contratos suscetíveis de preencher uma coligação de contratos.

Impõe-se ter presente que a posição assumida de forma inequívoca no Relatório de Auditoria n.º 15/2012 constante do § 8 do capítulo II.1 deve ser inteiramente reiterada na presente sede, e, nesta medida, sublinhado que os acordos relativos a designadas *compensações contingentes* não foram objeto de qualquer visto do TdC, carecem de “fundamentação legal” e caso determinem quaisquer pagamentos relativos “podem os mesmos constituir infrações financeiras puníveis”.»

- 2.12 O Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23-5, criou a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP), com a natureza de «entidade administrativa dotada de autonomia administrativa, na dependência direta do membro do Governo responsável pela área das finanças», para assumir responsabilidades «no âmbito da preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos de PPP e assegurar um apoio técnico especializado ao Governo, e em especial ao Ministério das Finanças, em matérias de natureza económico-financeira». Essa entidade pode, ainda, conforme se refere no preâmbulo do diploma, «prestar apoio técnico a entidades públicas na gestão de contratos, assumir a qualidade de gestora de contratos e promover ações de formação, bem como de prestar apoio técnico no desenvolvimento, contratação e acompanhamento de grandes projetos de infraestruturas não enquadráveis na definição legal de PPP».
- 2.13 Por despacho, datado de 3-12-2012, do Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, foi determinado o relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes às PPP do setor rodoviário, como as concessões das ex-SCUT do Norte litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve, concessões Norte e da Grande Lisboa, bem como das subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral.
- 2.14 Pelo Despacho n.º 16198-F/2012 do Coordenador da UTAP<sup>6</sup>, foi constituída e nomeada uma comissão para a renegociação dos contratos referentes às seguintes PPP do setor rodoviário: i) Concessões ex-SCUT do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve; ii) Concessões Norte

---

<sup>6</sup> Publicado no *Diário da República*, II Série, de 19-12-2012.

e da Grande Lisboa; iii) Subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral (alterada pelo Despacho n.º 13007/2014<sup>7</sup> e pelo Despacho n.º 10457-A/2016<sup>8</sup>, de 18 de agosto).

2.15 O artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31-12, que aprovou o Orçamento de Estado para 2013, com a epígrafe *Redução de encargos nas parcerias público-privadas do setor rodoviário*, estabeleceu:

«1 — O Governo obriga-se, na estrita defesa do interesse público, a realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos de parcerias público-privadas do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público, liquidados diretamente pelo Estado Português ou através da EP — Estradas de Portugal, S. A., recorrendo, para tal, aos meios legalmente disponíveis e tendo por referência as melhores práticas internacionais.

2 — A redução de encargos brutos para o erário público expectável em 2013 é de 30 % face ao valor originalmente contratado.»

2.16 A Comissão Parlamentar de Inquérito à Contratualização, Renegociação e Gestão de todas as Parcerias Público-Privadas do Sector Rodoviário e Ferroviário desenvolveu os respetivos trabalhos entre 3-5-2012 e 5-7-2013 abrangendo a subconcessão Algarve Litoral, nomeadamente, as diligências ocorridas após e na sequência da recusa de visto referida *supra* no §§ 2.2 e 2.3 tendo o respetivo relatório final sido aprovado na 79.ª reunião de 4-7-2013<sup>9</sup>. O relatório compreende uma análise detalhada dos procedimentos no âmbito da EP sobre alterações contratuais, na sequência de recusas de visto, que permitissem os contratos reformados superar as ilegalidades determinantes das recusas, em particular, quanto à não alteração das condições financeiras estabelecidas entre as duas fases de negociações, dando contrapartidas ao concorrente selecionado sem suporte no programa de concurso (*supra* § 2.3), da qual resulta de forma inequívoca que a EP, independentemente de não ter concordado com as decisões jurisdicionais de recusa de visto, estava plenamente informada do imperativo de um contrato reformado respeitador do imperativo estabelecido pelo n.º 28 programa de concurso — cf. pp. 310-331 do relatório.

---

<sup>7</sup> Publicado no *Diário da República*, II Série, de 27-10-2014.

<sup>8</sup> Publicado no *Diário da República*, II Série, de 19-8-2016.

<sup>9</sup> O qual foi junto aos presentes autos (*supra* § 1.9).

- 2.17 Em 30 de junho de 2014 foi concluído o programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica» celebrado entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional (*supra* § 2.6).
- 2.18 Por força do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei nº 91/2015, de 29 de maio, com efeitos a partir de 1-6-2015, a Rede Ferroviária Nacional (REFER, E.P.E.) incorporou, por fusão, a Estradas de Portugal (EP, S.A.), convertendo-se em sociedade anónima (S.A.) passando a designar-se Infraestruturas de Portugal, S.A..
- 2.19 Em 23-10-2015 iniciou-se a XIII Legislatura, na qual foram sucessivamente empossados o XX Governo Constitucional (em 30-10-2015) e o XXI Governo Constitucional (em 26-11-2015).
- 2.20 O procedimento negocial relativo à subconcessão do Algarve Litoral terá decorrido entre 2012 e 2017, envolvendo, nomeadamente, subconcedente, subconcessionária e a Comissão de Negociação nomeada pela UTAP, tendo sido outorgado o *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente*, assinado em 23-10-2017, o qual compreende, como anexo I, um designado *Contrato de Subconcessão Alterado* que corresponde ao contrato objeto do presente processo de fiscalização prévia.
- 2.21 O referido procedimento culminou numa ata final de negociação, que acompanhou o requerimento inicial, e no presente processo a entidade requerente:
- a) Não juntou com o requerimento inicial outros elementos ao abrigo do dever processual consignado na alínea o) do n.º 1 do artigo 17.º da Resolução n.º 14/2011, alegando a inexistência de «atas de negociações», de «versões finais integrais das propostas», e de «notificações para a sua apresentação» (cf. *supra* § 1.3);
  - b) Notificada para esclarecer se existiam outros elementos documentais, nomeadamente, memorandos ou registos escritos sobre as datas, temas das reuniões e participantes nas mesmas, ou outros comprovativos de encontros realizados no âmbito da negociação, abrangendo todo o período compreendido na renegociação da subconcessão *do Algarve Litoral*, indicando, ainda, as mesmas de forma diacrónica não juntou quaisquer outros elementos, alegando que «não existem quaisquer documentos, para além daqueles que já foram remetidos ou identificados» (cf. *supra* §§ 1.7 e 1.8.a)).

- 2.22 Através dos Despachos do Secretário de Estado Adjunto e das Finanças de 29-1-2016 e Despacho do Secretário de Estado das Infraestruturas datado de 22-1-2016 foi aprovado o 3.º relatório da comissão de negociação.
- 2.23 Foram colhidos os pareceres favoráveis da UTAP, da Inspeção-Geral de Finanças, da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes e do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, em 2017.
- 2.24 Em 14 de setembro de 2017, foi elaborado o *segundo aditamento ao relatório final da Comissão de Negociação*, que incidiu, a título complementar, sobre uma segunda e subsequente fase negocial, desencadeada pela reabertura do Processo Negocial de 2015 e pela reativação, para o efeito, do mandato da Comissão de Negociação, tudo por força do Despacho n.º 10457-A/2016, de 18 de agosto, do Coordenador da UTAP.
- 2.25 No *Segundo Aditamento ao denominado 3.º Relatório Final da Comissão de Negociação constituída pelo Despacho n.º 16198-F/2012*, consta, nomeadamente, o seguinte:

«Importa ainda ter presente que, no cenário de CBR, os designados “pagamentos contingentes”, que deveriam ocorrer a partir de 2014 e até ao final do prazo da Subconcessão, foram eliminados, sendo igualmente reduzidos em cerca de 89% os pagamentos da subconcessionária a IP que se encontravam previstos nesse modelo financeiro» [p. 48]

«Na verdade, tendo a IP entendido que, perante a posição anteriormente assumida pelo Tribunal de Contas, em sede de fiscalização sucessiva, estaria formalmente impedida de efetuar o pagamento dos designados “pagamentos contingentes” ao abrigo do Contrato de Subconcessão Vigente — muito embora fosse amplamente reconhecido por todos os intervenientes que o Estado assumiu, no momento da contratação, a responsabilidade por estes pagamentos previstos contratualmente e contemplados no caso base que integrou o processo de “visto” —, a manutenção desta situação conduziria, inevitavelmente, a um contexto de incontornável litigância, com consequências potencialmente gravosas para a IP e, de forma indireta, para o Estado, de que decorreria, com elevadíssima probabilidade, um agravamento dos encargos suportar pelo parceiro público.» [p. 49]

«71. Para efeitos do apuramento das poupanças obtidas, foi ainda considerada a estimativa de encargos que irão ser internalizados pela IP. Com efeito, importa pois ter em atenção que, em consequência da renegociação a IP irá assumir encargos adicionais de natureza distinta face aos que resultariam do Contrato de Subconcessão Vigente, a saber: i) relacionados com os gastos anuais com a exploração dos cerca de 116 km de via que vão ser transferidos para a sua gestão direta; ii) os relacionados com as grandes reparações de pavimento que se prevê que venham a ocorrer nesses mesmos lanços, ao longo de um período equivalente ao prazo remanescente do Contrato de Subconcessão Alterado, com base nas previsões de tráfego disponibilizadas pela IP; e iii) os relacionados com as grandes reparações de pavimento que se prevê que venham a ocorrer nos lanços que

permanecem na Subconcessão, ao longo do prazo remanescente do Contrato de Subconcessão Alterado, com base nas previsões de tráfego disponibilizadas pela IP.» [p. 53]

2.26 O *segundo aditamento ao 3.º relatório da comissão de negociação* foi aprovado por despacho do Secretário de Estado das Infraestruturas, datado de 06-10-2017, e por despacho do Secretário de Estado Adjunto e das Finanças, de 16-10-2017.

2.27 Desta segunda fase negocial, resultou o Pacote Contratual de 2017, constituído por um *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente* e pelo *Contrato de Subconcessão Alterado*.

2.28 No *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente* subscrito pela IP e a Rotas do Algarve Litoral, SA (o *Contrato de Subconcessão Alterado* é o anexo I do referido acordo e compreende *considerandos* similares aos transcritos abaixo) constam, nomeadamente, os seguintes considerandos que precedem o clausulado:

«(C) Foi assim, celebrado entre a subconcedente e a subconcessionária, em 3 de outubro de 2012, um memorando de entendimento para renegociação do Contrato de Subconcessão do Algarve Litoral, no qual foi acordada a redução do âmbito dos trabalhos subconcessionados com a conseqüente suspensão imediata dos trabalhos associados, bem como a redução dos respetivos encargos para a subconcedente daí decorrentes, em linha com os objetivos fixados pelo Governo (o MoU); [...]

«(E) Neste quadro, e em face da necessidade de dar sustentabilidade às contas públicas e, bem assim, de dar cumprimento aos compromissos assumidos no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, o Governo Português solicitou à subconcessionária um esforço visando a identificação de todas as rúbricas passíveis de redução de encargos, passando este exercício, designadamente, pela redução de âmbito anteriormente acordada com a subconcedente no MoU, bem como pela redução da rentabilidade acionista, pelo ajustamento dos níveis de operação e pela revisão do modelo de financiamento das grandes reparações de pavimento;

(F) No âmbito do procedimento negocial a que se referem os considerandos (D) e (E), foram acordados os termos da alteração do Contrato de Subconcessão Vigente, que se encontram vertidos na ata da última sessão de negociação, de 5 de agosto de 2015, que contém em anexo a minuta então consensualizada de acordo de aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente e demais contratos e documentos anexos ao mesmo (o Projeto de Acordo de Aditamento) e que foram aprovados pelos Bancos Financiadores da subconcessionária e pelos membros do Governo competentes;

(G) Nessa mesma ata ficou expresso que as partes estimavam e pretendiam que a assinatura do Projeto de Acordo de Aditamento ocorresse até 5 de setembro de 2015, sendo este subsequentemente remetido pela subconcedente ao Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização prévia;

(H) Porém, por diversas vicissitudes entretanto ocorridas, as várias condições legais de que dependia a assinatura do Projeto de Acordo de Aditamento apenas foram obtidas no dia 17 de março de 2016, com a emissão do parecer do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. (o IMT), no qual, ademais, veio este Instituto determinar, no âmbito da aprovação do contrato de subconcessão alterado, "*que fossem corrigidas as desatualizações, bem como outras inconsistências formais pontuais*".»

2.29 O *Contrato de Subconcessão Alterado* subscrito pela IP e a Rotas do Algarve Litoral, SA compreende 96 cláusulas desenvolvidas por 116 páginas, sendo ainda «integrado» (cláusula 2) por 29 anexos.

2.30 No *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente*, assinado em 23 de outubro de 2017, ressaltam, nomeadamente, os seguintes ajustamentos: Compensação a atribuir à subconcessionária, pelo atraso na assinatura das alterações contratuais, que, à luz da partilha de riscos assumida entre as partes, estas acordam efetuar o equilíbrio económico-financeiro da Subconcessão através do pagamento pela subconcedente à subconcessionária do montante total de 18 716 428,00 € e da alteração vertida nos números 71.5, 71.6, 71.7, 71.20, 71.21 e 89.A.2 do *Contrato de Subconcessão Alterado* (v.g. cláusula terceira do *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão*).

2.31 Do *segundo aditamento ao relatório final da Comissão de Negociação* consta que o montante da compensação financeira, pode ascender a 28 244 989,00 €, não vertido, pelo menos de forma expressa, na referida cláusula terceira do *Acordo de Aditamento ao Contrato de Subconcessão* e, no que concerne ao modelo remuneratório refere-se no relatório o seguinte:

«Tratando-se de um Contrato de Subconcessão, assente num esquema remuneratório que, nos termos em que foi alterado, se baseia apenas na remuneração pelo serviço prestado pela subconcessionária, eliminando-se os pagamentos contingentes e os pagamentos à IP, houve necessidade de proceder a um conjunto de ajustamentos com vista a adequá-lo às demais alterações introduzidas e a um alinhamento de incentivos tidos por adequados, bem como uma redução substancial da TIR acionista, tudo refletido, a final, nas linhas de pagamento constantes no caso base revisto.

[...] Sublinhe-se que a aplicação a esta subconcessão de um regime remuneratório assente fundamentalmente no risco de tráfego não implica qualquer diminuição ou perda de relevância das obrigações da subconcessionária respeitantes às condições das vias. Pelo contrário, e não obstante tais obrigações poderem ser atualmente avaliadas no quadro do regime sancionatório já vigente no contrato de subconcessão na sua redação original, que permite verificar e reagir face ao (in) cumprimento dos níveis de serviço e dos padrões de qualidade exigíveis, [...] o Contrato de Subconcessão alterado vem agora autonomizar e reforçar este quadro em linha com o proposto para as concessões e subconcessões assentes num modelo de remuneração por disponibilidade,

com destaque para o (in) cumprimento dos requisitos de qualidade da via, prevendo-se, neste caso, expressamente no novo regime da subconcessão um procedimento específico de aplicação de deduções por falhas nas condições das vias.»

- 2.32 Foram, ainda, estabelecidas duas novas vinculações para a subconcedente, constantes da cláusula quarta do *Acordo*: envio do *Contrato de Subconcessão Alterado* para o Tribunal de Contas no prazo de 45 dias a contar da data da notificação à subconcedente da aprovação pelos bancos financiadores da minuta do *Acordo*, ficando as alterações acordadas ao *Contrato de Subconcessão Vigente*, ao abrigo da cláusula segunda do *Acordo* (com a epígrafe *Aditamento ao Contrato de Subconcessão Vigente*) sujeitas à obtenção de visto do Tribunal de Contas, expresso ou tácito, ou à confirmação por este que as mesmas não se encontram sujeitas a procedimento de fiscalização prévia nos termos da respetiva Lei de Organização e Processo, em conformidade com o estabelecido na cláusula 89.º-A do *Contrato de Subconcessão Alterado*.
- 2.33 Do Pacote Contratual de 2017 resultou, igualmente, um conjunto de alterações ao *Contrato de Subconcessão Alterado*, justificadas pelo alinhamento necessário com as novas regras de contabilização em contas públicas, publicadas pelo Eurostat em meados de 2016, nomeadamente, eliminação do regime de partilha de benefícios operacionais, mitigação do regime de neutralidade fiscal; alteração da cláusula que previa o rácio de distribuição, entre as partes, dos impactes favoráveis de refinanciamento; alterações relacionadas com a compensação pelo atraso na assinatura da modificação do *Contrato de Subconcessão Vigente*; alterações relacionadas com o pagamento da taxa de gestão.
- 2.34 Em 23-10-2017 foi celebrado entre Banco BPI, S.A., Banco Santander Totta, S.A., Société Générale, Caixa Geral de Depósitos, S.A. Caixa Banco de Investimento, S.A., Rotas do Algarve Litoral, S.A., Conduril Engenharia, S.A., Conduril — Gestão de Concessões de Infraestruturas, S.A., Desarrollo de Concesiones Viarias Uno, S.L., Dragados, S.A., Iridium Concesiones De Infraestructuras, S.A., Elevation - Engenharia, S.A., Elevation Group, SGPS, S.A., Tecnovia, Sociedade de Empreitadas, S.A., Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A. um designado *Amendment Agreement* redigido em inglês «relating to the Algarve Litoral Subconcession» cujos considerandos se reportam apenas ao contrato originário não visado (*supra* §§ 2.1 a 2.3), omitindo qualquer referência ao *contrato reformado* (*supra* §§ 2.1 a 2.3), como se este não tivesse substituído aquele (e não fosse o vigente em 23-10-2017):

«A. On 20 April 2009, the Borrower and Infraestruturas de Portugal, S.A. (the company which incorporated EP-Estradas de Portugal, S.A. by merger pursuant to Decree-Law 91/2015, of 29 May 2015), entered into the Algarve Litoral Subconcession Agreement (the "Subconcession Agreement");

B. The Finance Documents relating thereto were executed on 20 April 2009, including (i) the Common Terms Agreement, (ii) the Facility Agreement, (iii) the Accounts Agreement, (iv) the Forecasting Agreement, (v) the Security Agreement, and (vi) the Equity Subscription Agreement;

C. Due to several circumstances, the Works were first delayed and finally suspended in 2012, in parallel with the Utilisations of the Loans;

D. In May 2011, the Portuguese State, the European Commission, the European Central Bank and the International Monetary Fund entered into a "Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality" pursuant to which, among others, the Portuguese State undertook the obligation to renegotiate several Public-Private Partnerships in order to reduce the financial obligations of the Portuguese State;

E. In pursuance of such obligation, IP was mandated by the Portuguese Government to renegotiate the Subconcession Agreement, in order to reduce its scope and the financial costs arising therefrom;

F. On 03 October 2012, IP and the Borrower have entered into a Memorandum of Understanding setting forth the main principles for the reduction of the scope of the Project;

G. As from that date, IP and the Borrower have been in continuous negotiations with a view to agree on the implementation of the agreed principles by amending the Project Contracts and the Financial Model, in terms acceptable to all the parties involved;

H. The objectives of those negotiations were to reduce the scope of the Project and consequently the Grantor's payments to the Borrower by, *inter Oa*, (1) reducing the investment expenditure; (ii) reducing the scope of the Subconcession; (iii) adjusting the service levels of the infrastructure; (iv) reviewing the financing model for major pavement repairs; and (v) reducing the shareholders' internal rate of return;

I. During the negotiation period, the Shareholders have agreed to change the shareholding structure, with the shares formerly owned by Iridium, DCV and Dragados (the "NonPortuguese Shareholders") being transferred to Conduril, Conduril Concessoes, Elevation Engenharia, Elevation, Tecnovia and Tecnovia Madeira (the "Portuguese Shareholders"), subject to the approval of the Grantor and the Banks. The shareholding restructuring also entails the transfer of all the shares held by Iridium and DCV in the Operator and the exoneration of Dragados from the Design and Construction Contractor;

J. On or before Closing Date, the Shareholders have entered into the Transfer Agreements which shall become in force upon the verification of the conditions precedent therein established;

K. The Works have already been resumed, in order to permit compliance with the time schedule agreed with IP;

L. In light of the above, and notwithstanding the Notified Events of Default, the Banks have agreed on a new financing structure, based on the reduced scope of

the Subconcession, which still allows the Borrower to comply with the obligations arising under the Amended Subconcession Agreement, (hereinafter as defined in the Common Terms Agreement, as amended in this Agreement — and although the Common Terms Agreement remains unchanged until the Amendment Date), and the Shareholders to have their Shareholders Investment remunerated.

The Finance Parties, the Borrower and the Shareholders agree to amend the Finance Documents in accordance with the terms and conditions set out in this amendment agreement (the "Agreement").»

2.35 O instrumento contratual que acompanhou o requerimento inicial de impulso dos presentes autos já tinha sido objeto de uma outra iniciativa processual formulada pela mesma entidade, no processo n.º 3601/2017 do TdC.

2.36 Esse processo terminou com a decisão n.º 1615/2017, de 11-12-2017:

a) Nessa decisão destacaram-se os vícios do requerimento inicial que obstavam a uma decisão de mérito:

«Um dos corolários do princípio do pedido é, como já se destacou, que o processo de fiscalização prévia depende um requerimento inicial que conforma um pedido relativo a uma decisão de mérito sobre visto prévio de um ato ou contrato (cujo original completo tem de ser remetido, incluindo o original de todos os outros documentos que se encontram em união funcional ou coligação com o contrato remetido, cf. *supra* parte final do capítulo I da presente decisão).

Se um requerimento inicial invoca como causa de pedir uma modificação objetiva de contrato que não é suscetível de apreciação em sede de fiscalização prévia apresenta-se como manifestamente inepto, atento o disposto no artigo 186.º, n.º 2, alínea b), do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

Acresce que no caso presente a ineptidão deriva mesmo da ausência de pedido (no artigo 186.º, n.º 2, alínea b), do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC), pois a entidade requerente no seu requerimento defende que o ato *não está sujeito à jurisdição do TdC.*»

b) Consequentemente, o primeiro ponto do dispositivo da decisão teve o seguinte teor:

«Indeferir liminarmente o pedido de fiscalização prévia formulado por Infraestruturas de Portugal, SA relativo a fiscalização prévia de modificação objetiva de um contrato visado por manifesta improcedência do pedido ao abrigo das disposições dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 46.º, n.º 1, alínea d), e 80.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) conjugadas com as dos artigos 3.º, 5.º, 186.º, n.º 2, alínea b), 576.º, n.º 2, 578.º e 590.º, n.º 1, do Código de Processo Civil».

c) Na decisão também se determinou «a remessa à área VII da 2.ª Secção do Tribunal de Contas de cópias em suporte papel da presente, do relatório final e do requerimento inicial da subconcedente (ofício n.º DCO-2785, de 27-10-2017, do Conselho de

Administração Executivo de Infraestruturas de Portugal, S.A.) e cópia em suporte digital integral do CD-ROM que acompanhou aquele requerimento inicial, para serem ponderadas nessa sede eventuais medidas no quadro das respetivas competências de fiscalização concomitante e sucessiva atendendo, nomeadamente, ao que é referido no capítulo II.3 da presente decisão» — parte da fundamentação dessa parte da decisão foi transcrita *supra* no § 2.11.

2.37 No requerimento inicial formulado no presente processo n.º 685/2018 a entidade requerente não referiu o processo n.º 3601/2017 nem indicou a alínea do n.º 1 do artigo 46.º da (LOPTC) ao abrigo da qual impulsionou o processo de fiscalização prévia (*supra* § 1.1).

2.38 Notificado do despacho de aperfeiçoamento (*supra* no § 1.5) sobre o motivo para, depois do indeferimento liminar proferido no processo n.º 3601/2017 (e transitado em julgado), impulsionar nova fiscalização prévia a requerente apresentou a alegação transcrita *supra* no § 1.6 (que se dá por reproduzida).

2.39 Posteriormente, relativamente à evolução das negociações entre subconcedente e subconcessionária:

a) A requerente foi notificada para esclarecer «tendo presente o alegado na alínea o) do ponto 4 do documento n.º 2 que acompanhou o requerimento inicial, se, apesar de inexistência de atas aí referida, existem outros elementos documentais, nomeadamente, memorandos ou registos escritos sobre as datas, temas das reuniões e participantes nas mesmas, ou outros comprovativos de encontros realizados no âmbito da negociação, abrangendo todo o período compreendido na renegociação da subconcessão *do Algarve Litoral*, indicando, ainda, as mesmas de forma diacrónica (*supra* § 1.7);

b) Tendo a requerente respondido: «não existem quaisquer documentos, para além daqueles que já foram remetidos ou identificados» (*supra* § 1.8.a)).

2.40 Segundo a entidade requerente (*supra* §§ 1.7 e 1.8.c)):

a) Relativamente a eventuais pagamentos reportados a designadas *compensações contingentes* entre 14-7-2010 e 5-6-2018: «nunca fez qualquer pagamento por

disponibilidade contingente no âmbito da subconcessão do Algarve Litoral [...], nem o fará já que os pagamentos contingentes foram eliminados»;

b) Quanto a eventuais interpelações (por qualquer via, nomeadamente, comunicação direta ou judicial) da IP empreendidas pelo cocontratante relativas às designadas *compensações contingentes* no período compreendido entre 14-7-2010 e 5-6-2018: «nunca foi interpelada para esse efeito pela subconcessionária».

2.41 O *Contrato de Subconcessão Alterado*, de acordo com os dados constantes do *segundo aditamento ao relatório da Comissão de Negociação* traduz-se num valor de 288 milhões euros (VAL@6,08%)<sup>10</sup>, equivalente a 614 milhões de euros (a preços correntes).

2.42 De acordo com os dados fornecidos pela requerente, na sequência de perguntas do DECOP (*supra* § 1.4), o valor do contrato após a renegociação estima-se em termos de VAL em 301 557 000,00 € o que será equivalente a 503 321 000,00 € (a preços correntes), correspondendo 0,00 € ao VAL da remuneração por disponibilidade, 321 320 000,00 € ao VAL da remuneração por serviço, 20 789 000,00 € a título de compensações à subconcessionária devido pelos atrasos nas negociações, 831 000,00 € relativo a taxas de gestão do contrato e -41 384 000,00 € de pagamentos à IP.

2.43 Tendo por referência os dados fornecidos pela IP sintetizados no § 2.42, caso não se adicionem aos valores contratualizados no *contrato reformado* (*supra* §§ 2.4 e 2.5) pagamentos reportados a supostas *compensações contingentes*, a variação de encargos, entre o *contrato reformado* (de 2010) e o *contrato alterado* (de 2017) é a que consta no quadro seguinte, em milhares de euros, sem IVA<sup>11</sup>:

---

<sup>10</sup> Corresponde à taxa de juro nominal prevista no Despacho n.º 13 208/2003, de 2 de junho, da Ministra das Finanças, publicado no D.R. n.º 154, de 7 de julho de 2003, que incorpora a taxa de inflação anual de 2%.

<sup>11</sup> As questões n.ºs 21 e 34 do DECOP (cf. § 1.4) referidas no mapa e que suscitaram os esclarecimentos da IP essenciais para a respetiva elaboração foram as seguintes: «21. Preencha o quadro seguinte e remeta o mesmo em versão editável: [...] 34. Apresente os encargos do Estado com a subconcessão, utilizando para tal os quadros seguintes e as instruções neles incluídas: [...]».

(milhares de euros, sem IVA)

Encargos com a subconcessão	Tráfego CBR						Tráfego 2016					
	CBR		CB acordado		Acréscimo		CBR		CB acordado		Acréscimo	
	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018	Preços correntes	VAL@2018
2009-2039												
Pagamentos por disponibilidade	38 641	28 867			- 38 641	- 28 867	38 641	28 867			- 38 641	- 28 867
Pagamentos à IP	- 760 850	- 334 216	- 83 524	- 41 384	677 326	292 832	- 760 850	- 334 216	- 83 524	- 41 384	677 326	292 832
Pagamentos por serviço	984 989	602 939	572 748	324 783	- 412 241	- 278 156	787 240	474 526	567 493	321 320	- 219 747	- 153 206
Compensações			18 716	20 789	18 716	20 789			18 716	20 789	18 716	20 789
Taxas de gestão do contrato	7 419	4 858	636	831	- 6 783	- 4 027	5 819	3 882	636	831	- 5 183	- 3 051
<b>Total 1</b>	<b>270 199</b>	<b>302 448</b>	<b>508 576</b>	<b>305 019</b>	<b>238 377</b>	<b>2 571</b>	<b>70 850</b>	<b>173 059</b>	<b>503 321</b>	<b>301 556</b>	<b>432 471</b>	<b>128 497</b>
Encargos internalizados - grandes reparações			30 321	15 181	30 321	15 181			30 321	15 181	30 321	15 181
Encargos internalizados - OPEX lanços transferidos			9 902	5 453	9 902	5 453			9 902	5 453	9 902	5 453
Encargos internalizados - grandes reparações lanços transferidos			15 622	8 604	15 622	8 604			15 622	8 604	15 622	8 604
<b>Total 2</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>55 845</b>	<b>29 238</b>	<b>55 845</b>	<b>29 238</b>	<b>-</b>	<b>-</b>	<b>55 845</b>	<b>29 238</b>	<b>55 845</b>	<b>29 238</b>
<b>TOTAL GERAL (total 1 + total 2)</b>	<b>270 199</b>	<b>302 448</b>	<b>564 421</b>	<b>334 257</b>	<b>294 222</b>	<b>31 809</b>	<b>70 850</b>	<b>173 059</b>	<b>559 166</b>	<b>330 794</b>	<b>488 316</b>	<b>157 735</b>
% face ao CBR					109%	11%					689%	91%

Fonte: esclarecimentos da IP, respostas às questões 21 e 34

2.44 O quadro engloba os encargos líquidos com pagamentos à concessionária (total 1), bem como os encargos internalizados pela IP, na sequência da alteração do objeto da concessão (lanços transferidos para a IP e grandes reparações a cargo da IP) e os modelos financeiros obedecem a diferentes programas de trabalhos e a diferentes datas de entradas em serviço. Em preços correntes, calcula-se um aumento de encargos de 294,2 milhões de euros ou de 488,3 milhões de euros, utilizando respetivamente o tráfego do caso base reformado, ou o tráfego que a IP refere ter sido estimado em 2016. Em valor atualizado, calcula-se um aumento de encargos de 31,8 milhões de euros ou de 157,7 milhões de euros, utilizando respetivamente o tráfego do caso base reformado, ou o tráfego que a IP refere ser ter sido estimado em 2016. Os acréscimos de encargos, face ao caso base reformado são de 11% ou de 91%, utilizando respetivamente o tráfego do caso base reformado, ou o tráfego que a IP refere ser ter sido estimado em 2016.

2.45 Assim, tendo em conta os valores ora apurados, o *contrato alterado* outorgado em 23-10-2017 apresenta o valor total de 301 557 000,00 €.

## MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

3 Relativamente à matéria de facto julgada provada impõe-se destacar:

3.1 A entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e

Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8<sup>12</sup>, e as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.

- 3.2 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo normativo interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia.
- 3.3 O julgamento sobre a matéria de facto estabelecido nos §§ 2.1 a 2.45 baseou-se em facticidade expressamente reconhecida pela requerente (cf., nomeadamente, *supra* §§ 1.4, 1.6 e 1.8), na prova documental fornecida pela requerente (incluindo os elementos digitalizados, ficheiros pdf, que constam de CD-Rom junto pela entidade requerente, cf. § 1.1.a)), nas respetivas omissões (*supra* §§ 1 e 2), na prova documental que se determinou que fosse anexada aos autos na sequência de respostas da requerente (*supra* §§ 1.1, 1.2, 1.3 e 1.9), derivando os juízos sobre a matéria de facto provada de estritas inferências diretas do tribunal sobre enunciados factuais extraídos daqueles elementos probatórios.

#### ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 4 As principais questões jurídicas suscitadas no presente caso vão ser analisadas em três etapas fundamentais:
- 4.1 Pressupostos processuais da fiscalização prévia em face da força de caso julgado das decisões finais proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010;

---

<sup>12</sup> Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

- 4.2 Ilegalidades do *contrato de subconcessão alterado*;
- 4.3 Efeito das ilegalidades do *contrato de subconcessão alterado* no processo de fiscalização prévia: recusa de visto.
- 5 Não serão objeto de análise jurídica neste acórdão, por força dos fins da fiscalização prévia pelo TdC de contratos e dos cânones metodológicos e processuais conformadores desse controlo (artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, 46.º, 81.º, 82.º e 84.º da LOPTC), factos referidos acima eventualmente relevantes para apreciações judiciais em outras sedes processuais:
- 5.1 A conduta processual da entidade requerente carece de indagação superveniente sobre o eventual preenchimento de infrações previstas no artigo 66.º, n.º 1, da LOPTC, a qual deve ter lugar no quadro de um processo autónomo de eventual multa e/ou eventuais recomendações à entidade fiscalizada derivadas dos factos que aí sejam apurados;
- 5.2 O presente processo compreende informação que se afigura com interesse para efeitos da fiscalização concomitante e sucessiva sobre parcerias público-privadas no âmbito da Área VII da 2.ª Secção do TdC — em face, nomeadamente, do entendimento da IP sobre *compensações contingentes*, na renegociação dos contratos referentes às PPP's do setor rodoviário, em sentido antagónico de anteriores pronúncias do TdC, em particular no relatório n.º 15/2012 aprovado por unanimidade pela 2.ª secção do TdC, bem como todos os fundamentos das comunicações à Área VII dessa secção constantes das decisões proferidas nos processos de fiscalização prévia n.ºs 3601/2017 e 564/2018, sendo também essa a sede adequada para indagações relativas a hipotéticas infrações previstas no artigo 65.º da LOPTC, numa fiscalização abrangente dos vários procedimentos de PPP's relativos a concessões e subconcessões do setor rodoviário;
- 5.3 A Comissão Parlamentar de Inquérito à Contratualização, Renegociação e Gestão de todas as Parcerias Público-Privadas do Setor Rodoviário e Ferroviário determinou o envio do respetivo relatório final ao Ministério Público para apreciação da factualidade aí apurada eventualmente relevante para o exercício da responsabilidade constitucional e legal desse órgão do Estado em matéria de ação penal. No âmbito dos presentes autos, as informações fornecidas pela requerente, a matéria de facto julgada provada e a valoração jurídica empreendida (embora teleologicamente vinculada à decisão sobre a concessão ou recusa do visto) apresentam conexão com aquele relatório podendo compreender elementos com

interesse para os eventuais processos judiciais instaurados devendo, conseqüentemente, ser transmitidos ao titular da ação penal.

**Pressupostos processuais da fiscalização prévia em face da força de caso julgado das decisões finais proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010**

- 6 O presente processo compreende um requerimento da IP para pronúncia do TdC sobre a eventual fiscalização prévia do designado *contrato de subconcessão alterado* outorgado em 23-10-2017.
- 7 A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 8 No plano processual, a competência do TdC de fiscalização prévia de contratos é conformada pelo princípio do pedido, cujo exercício compete às entidades sujeitas subjetivamente a essa fiscalização, nos termos do artigo 81.º, n.ºs 1 e 4, da LOPTC, e na medida em que o órgão decisor (o TdC) não pode atuar *ex officio*, daí que em sede de fiscalização prévia se verifique uma concretização do *paradigma da jurisdição sem ação*.
- 9 Segundo o princípio do pedido o titular do poder de iniciativa (a entidade subjetivamente sujeita à jurisdição do TdC com o poder / dever de impulso da fiscalização prévia) não pode ser substituída por outro interveniente, manifestando-se esse princípio (e a indissociável responsabilização das entidades requerentes), nomeadamente, na norma processual estabelecida no artigo 2.º, n.º 1, da Resolução n.º 14/2011 do plenário da 1.ª secção do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo dos artigos 77.º, n.º 1, alínea b), e 81.º, n.º 1, da LOPTC.
- 10 O princípio do pedido em sede de fiscalização prévia constitui a concretização de um programa processual que conforma a margem de ação e repartição de responsabilidades dos intervenientes, existindo uma componente de jurisdicionalidade que determina um específico *iter* no qual são reconhecíveis e analiticamente autonomizáveis a interposição do requerimento, a apreciação dos pressupostos processuais sobre o âmbito subjetivo e objetivo da competência material de fiscalização prévia, e, em face do pedido e juízo positivo sobre aqueles pressupostos, o controlo

do mérito do ato ou contrato em sede de decisão judicial final cujo objeto é delimitado pelo pedido.

- 11 Neste quadro, as entidades fiscalizadas têm uma responsabilidade própria ao outorgar instrumentos contratuais e identificarem novos contratos sujeitos a visto (incluindo os casos de alteração substancial de anterior contrato), modificações objetivas de contratos visados sujeitas a visto ou modificações objetivas de contratos não visados sujeitas a visto — variantes contratuais que, no plano processual, conformam específicos ónus de alegar em sede de formulação do requerimento de fiscalização prévia.
- 12 As entidades abrangidas pela jurisdição do TdC ao apresentarem um requerimento devem assumir uma determinada alegação e valoração (em face da enumeração taxativa do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC) e formular uma pretensão juridicamente concretizada sobre determinado(s) ato(s) remetendo o respetivo original — sem olvidar que um único suporte pode compreender uma pluralidade de contratos (e até de relações subjetivas entre diversos contratantes) e se houver conexões funcionais com outros contratos as mesmas devem ser especificamente discriminadas e comprovadas documentalmente.
- 13 O interesse direto no processo de fiscalização prévia que conforma a legitimidade para o requerimento inicial — atentas as disposições conjugadas dos artigos 80.º e 81.º, n.º 1, da LOPTC e artigo 30.º, n.º 1, do CPC — é indissociável do âmbito subjetivo da jurisdição do TdC nesse domínio, delimitado, nomeadamente, pelo artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC.
- 14 Âmbito subjetivo que se tem de articular com a existência de uma causa de pedir que conforma o ónus de alegação da entidade requerente relativo a factos subsumíveis em alguma alínea do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, sem prejuízo de a situação em causa, independentemente de impulso da entidade abrangida pela jurisdição do TdC, poder ser objeto oficiosamente de fiscalização concomitante e/ou sucessiva por parte do TdC (artigo 46.º, n.º 4, da LOPTC), tipologias de intervenções do TdC que podem existir alternativa ou cumulativamente, a fiscalização prévia não obsta à realização de auditorias pelo tribunal que abranjam atos ou contratos objeto da decisão final daquele processo (ou atos que não tenham dado origem a qualquer processo de fiscalização prévia) — algo que pareceu não ser compreendido na alegação da EP apresentada no processo de auditoria em que se aprovou o relatório n.º 15/2012 (cf. *supra* §§ 2.10.a) e 1.8.b)).

- 15 Desta forma, o requerimento inicial (cf. *supra* § 1.1), nos termos em que se encontrava formulado em articulação com o documento n.º 2, apresentava-se afetado por lacunas, contudo, tendo a requerente empreendido o respetivo aperfeiçoamento (*supra* §§ 1.5 e 1.6), o enquadramento do presente processo ao nível das alíneas do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC vai atender a essa alegação que preenche de forma satisfatória o respetivo ónus em termos que permitem ao tribunal exercer o respetivo poder jurisdicional de valoração jurídica.
- 16 A alegação da requerente em sede de aperfeiçoamento compreende, nomeadamente, dois factos novos que não constavam do requerimento inicial formulado nos presentes autos e que colidem com a conclusão formulada no requerimento que deu origem ao processo n.º 3601/2017 e foi determinante da decisão sobre a respetiva ineptidão (cf. *supra* § 2.36):
- 16.1 A negociação do *contrato alterado* considerou integradas nas responsabilidades financeiras do parceiro público elementos que não constavam do clausulado do *contrato reformado* e que a requerente imputa a deveres supostamente derivados de *compensações contingentes*;
- 16.2 As responsabilidades financeiras da IP no contrato alterado são superiores às que tinha no *contrato reformado* se não forem contabilizadas quanto a este as designadas *compensações contingentes*.
- 17 Com efeito:
- 17.1 A alegação no requerimento inicial do processo n.º 3601/2017 determinava a respetiva ineptidão, na medida em que, simultaneamente, se afirmava que não havia alteração substancial relativamente ao contrato visado e existia uma mera modificação objetiva que não gerava aumento de encargos financeiros da IP — isto é, segundo esse requerimento não se preenchia o pressuposto de nenhuma alínea do artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC, o que constitui *conditio sine qua non* para uma decisão de mérito de fiscalização prévia;
- 17.2 No aperfeiçoamento do requerimento inicial formulado no processo n.º 685/2018 indicam-se dois factos suscetíveis de colisão com a conclusão do requerimento inicial formulado no processo n.º 3601/2017:
- a) Foram consideradas como abrangidos pelo *novo* contrato supostas obrigações que não constavam do clausulado do *contrato reformado* (2010) e não tinham sido atendidas, nem sequer conhecidas, pelo TdC na concessão de visto a esse contrato («A

Comissão de Negociação considerou na remuneração contratualmente devida à subconcessionária os pagamentos contingentes e conseqüentemente, a determinação da redução de encargos fez-se com base nessa consideração»);

b) Aquelas representam um valor muito significativo, por esse motivo, apesar da enorme redução de trabalhos e responsabilidades da subconcessionária, o VAL do *contrato alterado* (de 2017) é superior ao VAL do contrato visado (de 2010), circunstância geradora de um problema de legalidade de que a requerente tinha perfeita noção, «não sendo esses pagamentos [contingentes] considerados [...] poderia haver já um aumento do valor do contrato de subconcessão», «o valor do contrato aumenta» (*supra* § 1.6).

18 Convidada a apresentar argumentos que sustentassem a coerência entre as duas alegações e justificar juridicamente a consideração das designadas *compensações contingentes* (no requerimento inicial do processo n.º 3601/2017 e no aperfeiçoado apresentado no processo n.º 685/2018), a requerente optou por remeter para uma alegação de 30-6-2011 (cf. §§ 1.8.b) e 2.10.a)) que, além de contrariar de forma frontal posições expressas do TdC em decisões posteriores a essa alegação (oportunamente notificadas à requerente), apresenta-se como parte de uma *narrativa* sobre as decisões do TdC nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 que não tem correspondência com as fundamentações e dispositivos das mesmas (*supra* §§ 2.2 a 2.5):

18.1 Afirma-se que «perante a evidência da crise financeira, o Tribunal de Contas veio a aceitar os argumentos da EP e os empreendimentos foram financiados a taxas mais favoráveis das que hoje seriam possíveis no mercado e conseguiu financiar os projetos sem sofrer na íntegra o ónus do impacto da crise financeira internacional», «as compensações contingentes constituem um mecanismo para voltar a ser possíveis ter os encargos a níveis de antes da crise internacional», «esta solução deu resposta à questão colocada pelo Tribunal», «as “Compensações Contingentes” foram, também elas, tidas em consideração na decisão de concessão do visto» (alegação constante do § 2.10.a)),

18.2 Tal versão é incompatível com o que consta das decisões proferidas naqueles processos n.ºs 1352/09 e 727/2010, o teor do *contrato reformado*, a documentação que foi transmitida ao processo n.º 727/2010 (*supra* §§ 2.2 a 2.5, inclusive), sem olvidar os compromissos ou entendimentos constantes dos ficheiros da EP e ocultados ao TdC em sede de fiscalização prévia (§§ 2.5.d), 2.5.j)), elementos omitidos no processo n.º 727/2010 que, apenas, foram elaborados e objeto da troca de missivas por se reportarem a dados com importância que

não constam do contrato (envolvendo, aliás, entidades terceiras às contrapartes do contrato, o banco financiador da subconcessionária).

18.3 Essa versão foi reiterada, apesar de a requerente ter sido notificada de pronúncias inequívocas do TdC em sentido oposto à respetiva *tese* (cf. §§ 2.9, 2.10.b) e 2.11), e cujo significado apreendeu de forma inequívoca, afirmando, nomeadamente, «o Tribunal de Contas decidiu indeferir liminarmente [...] tecendo, no entanto, algumas considerações sobre (ou relacionado com) a alegada invalidade jurídica dos pagamentos contingentes» (cf. §§ 1.6 e 2.10.a))

18.4 Nos presentes autos a requerente:

a) Optou, primeiro, por nada dizer sobre este aspeto nuclear limitando-se a transmitir conclusões cujos pressupostos fácticos e jurídicos contradizem aquelas decisões, tendo formulado um requerimento (que omite a decisão final do processo n.º 3601/2017, cf. § 1.1);

b) Interpelada, reconheceu que

(i) Os termos do requerimento inicial omitem uma decisão do TdC incompatível com os respetivos *pressupostos*, «da leitura da decisão proferida pelo Tribunal de Contas no citado processo de fiscalização prévia n.º 3601/2017, poderíamos entender que, para o Tribunal de Contas, esses pagamentos contingentes não deviam ter sido considerados pela Comissão de Negociação»;

(ii) Contudo, essa decisão silenciada foi o motivo determinante do novo requerimento (cf. *supra* § 1.6).

c) Renunciou a apresentar novos argumentos além dos que tinham sido apresentados pela EP ao TdC em 2011 ((cf. §§ 1.8.b) e 2.10.a)), os quais, então, foram rejeitados de forma enfática e inequívoca pelo TdC (cf. §§ 2.9 e 2.10b)), num processo perfeitamente conhecido pela requerente e presente na respetiva memória institucional (tanto que nos presentes autos remete para posições aí assumidas há mais de 6 anos, cf. § 1.8.b)).

18.5 Sendo certo que o TdC:

a) Em todas as decisões de mérito em sede de fiscalização prévia relativamente à subconcessão do Algarve Litoral manteve o entendimento de que a *crise internacional*

não podia justificar a derrogação da regra n.º 28 do programa do concurso pois tal compreenderia a violação, nomeadamente, dos princípios da concorrência, transparência, legalidade e estabilidade do procedimento (existindo soluções de renegociação alargada que salvaguardariam esses princípios e poderiam conformar os impactos de eventuais alterações de circunstâncias anteriores à celebração do contrato) — cf. §§ 2.1.a), 2.1.b), 2.3 e 2.5;

b) Posteriormente, foi sempre claro no sentido de que o caso julgado da decisão proferida no processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 se apresenta irrelevante para efeitos de legitimação de soluções que consubstanciem alterações substanciais (nomeadamente por via da integração no contrato de entendimentos passados que não integravam originariamente o contrato, em particular sobre *compensações contingentes* que não integravam as estatuições do contrato visado em 2010 sobre remuneração da subconcessionária) — cf. §§ 2.9, 2.10.b) e 2.11.

19 As alegações por remissão da requerente (cf. *supra* §§ 1.8.b) e 2.10.a)) sobre a integração das designadas *compensações contingentes* nos direitos e deveres das partes advenientes do *contrato de subconcessão reformado* (*supra* §§ 2.4 e 2.5) para efeitos de ponderação no *contrato de subconcessão alterado*, incluindo cálculo dos encargos financeiros ou das responsabilidades financeiras originalmente contratualizadas pelo parceiro público no *contrato alterado*, compreendem como epicentro um conjunto de considerandos sobre o caso julgado da decisão final proferida no processo n.º 727/2010 (*supra* §§ 2.4 e 2.5), por seu turno conexo funcionalmente com o caso julgado do acórdão final proferido no processo n.º 1352/09 (*supra* §§ 2.2 e 2.3) — afirmando a então a EP na alegação agora repristinada pela requerente (§ 1.8.b)) que «o TdC recusou o visto a alguns contratos de subconcessões e que posteriormente concedeu o visto a todos esses contratos» (cf. § 2.10.a)), quando o que se passou foi que recusado o visto a um contrato e o novo contrato a que foi concedido visto era distinto daquele, sendo na segunda decisão final de fiscalização prévia sobre a subconcessão Algarve Litoral ressalvada não só o decidido no acórdão de recusa como a respetiva fundamentação (intocáveis, aliás, por força da intangibilidade do caso julgado).

20 Sendo notório o inconformismo de vários agentes da requerente (e respetiva antecessora EP) com o acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS, aparentemente nunca ultrapassado (pois subsistiram desde 2009 até, inclusive, 2018, na defesa da *tese* de que a *crise internacional*, que precedeu a

outorga do contrato de 2009, justificava a alteração, sem consulta da concorrência, da proposta garantindo condições mais favoráveis para a subconcessionária (cf. §§ 1.8.b), 2.3, 2.9, 2.10.a) e 2.16), a sua sujeição ao princípio da legalidade (nomeadamente financeira) implica que em todos os atos sobre a matéria se tenham de conformar com as condições de ação advenientes das pronúncias do TdC:

- 20.1 O TdC sublinhou, por decisão transitada, que a *crise internacional* anterior à outorga do contrato não legitimava a derrogação do n.º 28 do programa do concurso (transcrita no § 2.1.a));
- 20.2 Essa era uma linha vermelha que o TdC, nas duas decisões de fiscalização prévia transitadas em julgado da 1.ª secção, destacou que não podia ser violada na segunda fase de negociações — cf. §§ 2.1.b), 2.3 (em particular §§ 48, 49, 63, 64 e 75 do acórdão aí transcritos) e 2.5.a);
- 20.3 Introduzir *compensações contingentes* a favor da subconcessionária não previstas na proposta inicial, nem no clausulado do *contrato reformado* submetido a fiscalização prévia, constitui uma violação desse limite ou *linha vermelha* (sobre o potencial impacto financeiro das designadas *compensações contingentes*, cf. § 2.4).
- 21 Reportando-se a questão jurídica às condições de ação da Administração num caso em que já foi proferida uma decisão jurisdicional transitada em julgado são impertinentes novas abordagens autónomas sobre os problemas jurídicos apreciados e decididos pelo TdC no processo n.º 727/2010, por outras palavras, na análise do problema jurídico-prático suscitado as matérias apreciadas e decididas pelo TdC através de decisão transitada em julgado não podem ser objeto de valoração autónoma sobre o *dever ser* da atuação administrativa, pois a força do caso julgado da decisão final do processo n.º 727/2010, que integrou na fundamentação o juízo jurídico do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS, «é um valor constitucionalmente tutelado» pelo artigo 205.º, n.º 2, da Constituição, na fórmula adotada no acórdão n.º 86/2004 do Tribunal Constitucional.
- 22 Decisão n.º 612/2010 que «constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga», na fórmula do artigo 673.º, n.º 1, do Código de Processo Civil 1961, então vigente, mantida inalterada no artigo do código de 2013, plano em que sobre a operatividade determinante da interpretação do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS relativamente ao n.º 28 do programa do concurso a

decisão n.º 612/2010 (cf. §§ 2.1, 2.3 e 2.5) e não integrou hipotéticos acordos sobre *compensações contingentes* que, aliás, não eram abrangidos pelo pedido do processo de fiscalização prévia n.º 727/2010 e nem sequer podiam ser extraídos da prova aí apresentada pela requerente (cf. *supra* § 2.4).

- 23 A requerente na sua alegação aperfeiçoada apresentada nos presentes autos (*supra* § 1.6) argumenta que os termos do problema sobre pressupostos processuais de fiscalização prévia se reportam a duas alternativas: considerar que está preenchido ou não está preenchido o requisito de carácter quantitativo previsto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC para poder haver lugar a uma decisão de mérito em sede de fiscalização prévia (*agravamento dos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras* previstos no contrato visado).
- 24 Contudo, a questão não se cinge, no plano jurídico, aos dois termos apresentados na argumentação da requerente, existindo uma *alteração substancial* relativamente ao contrato visado o critério do aumento ou redução do valor relativamente a esse contrato deixa de ser determinante para a sujeição a fiscalização prévia: a alteração que integre contrapartidas relevantes não previstas no contrato visado determina um novo contrato sujeito a fiscalização prévia, devendo a entidade indicar, nomeadamente, todos os factos relevantes no requerimento inicial, ao abrigo do artigo 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC (e não da nova competência prevista na alínea *d*) após a revisão de 2011 da LOPTC).
- 25 Relativamente à alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, uma breve referência ao elemento histórico:
- 25.1 Essa norma foi introduzida pela Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro, que aprovou alterações da LOPTC no quadro de um programa legislativo sobre controlo da despesa pública e transparência orçamental determinado historicamente pelo programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido no «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica» acordado, em maio de 2011, entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional (*supra* §§ 2.6 a 2.8);
- 25.2 Na exposição de motivos da proposta de lei n.º 17/XII, que deu origem à alteração da LOPTC operada pela Lei n.º 61/2011, informava-se que o articulado, nomeadamente, previa «que os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas passem a estar sujeitos a visto prévio ou declaração de conformidade do Tribunal de Contas, sempre que impliquem um

agravamento significativo dos encargos ou responsabilidades financeiras do Estado Português»;

- 25.3 Em sintonia, no n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC da proposta de lei constava uma nova alínea com o seguinte teor: «Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras, sempre que, somados ao valor de anteriores modificações, excedam em 15% o valor do contrato visado»;
- 25.4 O trecho final — *sempre que, somados ao valor de anteriores modificações, excedam em 15% o valor do contrato visado* — veio a ser eliminado por proposta conjunta das bancadas da então maioria PSD e CDS-PP, na sequência de audição dos então Presidente, Vice-Presidente e Diretor-Geral do TdC em 7-10-2011<sup>13</sup>.
- 25.5 Concluindo: a alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC é o resultado de um programa de ampliação da competência de fiscalização prévia passando a poder abranger algumas *meras* modificações objetivas de contratos visados.
- 26 Se o instrumento submetido, além da modificação objetiva de um contrato visado, integra, ainda, supostas obrigações advenientes de outros acordos relativos ao modelo remuneratório que não tinham sido objeto de visto, ou novas obrigações com relevo fundamental nos direitos e deveres das partes, já não se apresenta enquadrável na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 46.º introduzida em 2011, nem na alínea *e)* desse artigo — relativa à modificação de contratos não visados — mas na previsão da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC.
- 27 Nos casos previstos no artigo 46.º, n.º 1, alínea *b)*, da LOPTC, para efeitos de preenchimento dos pressupostos processuais necessários à apreciação do mérito o montante da despesa relevante reporta-se ao valor total do contrato tendo por referência, consoante o enquadramento da entidade em face da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, os limiares estabelecidos no artigo 48.º, n.º 1, da LOPTC conjugado com a Lei do Orçamento do ano económico em causa, ou no artigo 47.º, n.º 1, alínea *a)*, da LOPTC.

---

<sup>13</sup> Nessa audição tinha sido entregue um memorando escrito (disponível para consulta em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=91260>) em que, depois de se elogiar a nova norma, se afirma: «Entende-se, porém, que não se justificará a restrição contida na alínea *d)*, devendo, em nossa opinião ser eliminado o limite fixado: 15% do valor do contrato visado. Na verdade, em contratos visados de valor muito elevado a percentagem estabelecida permitirá que não sejam objeto de fiscalização prévia adicionais de valor igualmente muito relevante».

28 No caso *sub judice*, o impacto das designadas *compensações contingentes* em termos de deveres e direitos das partes implica que:

28.1 Está preenchido o pressuposto processual para a fiscalização prévia previsto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, por força da diferença substancial de modelo remuneratório de que partiu a comissão de negociação (reconhecendo supostas *compensações contingentes* da subconcessionária) por confronto com o modelo remuneratório do contrato visado em 2010;

28.2 De qualquer modo, ainda que se considerasse que não ocorrera alteração substancial e o contrato objeto dos autos não constituía um novo contrato (solução que dependeria de uma expressa rejeição da posição assumida de forma inequívoca pelo TdC no relatório de auditoria n.º 15/2012), no caso concreto também estava preenchido o pressuposto processual previsto na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC — cf. *supra* §§ 2.4.a) e 2.45.

### **Ilegalidades do contrato de subconcessão alterado**

29 Os principais problemas de legalidade que, em face de uma pragmática conformada pelas condicionantes processuais, carecem de ser ponderados na fiscalização prévia do *contrato de subconcessão alterado do Algarve Litoral* são suscetíveis de ser analiticamente decompostos tendo por referência as eventuais violações:

29.1 Do caso julgado estabelecido pelas decisões proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010;

29.2 Do complexo normativo constituído pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC conformador de uma reserva de jurisdição do TdC;

29.3 Do artigo 42.º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental (LEO) aprovada pela Lei n.º 91/2001, de 20-8 (cuja última revisão, a oitava, foi operada pela Lei n.º 41/2014, de 10-7),

29.4 Do artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012;

29.5 Das exigências de procedimento conforme a lei para alteração substancial de contrato outorgado na sequência de concurso público internacional.

- 30 Começando pela problemática do caso julgado, atentas as considerações já desenvolvidas (*supra* §§ 18.5, 19, 20, 21 e 22), a matéria de facto provada sobre o *contrato reformado* e o *visto* de 2010 (*supra* §§ 2.4 e 2.5), ao invés do que é pretendido no relatório da *Comissão de Negociação* (onde se consideraram valores decorrentes de “pagamentos contingentes”) e pela requerente (*supra* §§ 1.6 e 1.8), impõe-se concluir que o *contrato reformado* (e a decisão de *visto* de 2010) não contemplava as designadas *compensações contingentes* da subconcedente à subconcessionária (acrescente-se que, ao contrário do que alega a requerente, a primeira decisão não foi revogada pela segunda, o *contrato reformado* é que revogou o anterior contrato, cf. § 19).
- 31 Desta forma cai pela terra um pressuposto nuclear assumido de forma expressa pela requerente e pela comissão de negociação que dando por assente (em sentido antagónico à força de caso julgado da decisão n.º 612/2010) que o contrato visado devia integrar essas *compensações contingentes* à subconcessionária determina, com esse fundamento, que desapareçam 89% dos pagamentos que, nos termos do contrato visado, eram devidos pela subconcessionária à subconcedente — «os designados “pagamentos contingentes”, que deveriam ocorrer a partir de 2014 e até ao final do prazo da Subconcessão, foram eliminados, sendo igualmente reduzidos em cerca de 89% os pagamentos da subconcessionária à IP que se encontravam previstos nesse modelo financeiro”» (cf. §§ 1.6 e 2.25).
- 32 Trata-se de uma decisão sobre o modelo remuneratório do contrato visado que ofende a força do caso julgado da decisão n.º 612/2010 sendo certo que, para efeitos de fiscalização prévia, é nuclear na apreciação de *contrato alterado* (de 2017) única e exclusivamente o *contrato reformado* de 2010 — e não o *contrato originário* de 2009, ao qual foi recusado o visto e substituído pelo *contrato reformado* por acordo das partes que sabiam ser essa a única via para obterem a concessão de visto (cf. §§ 2.2 a 2.5, 2.16 e 19), atente-se, designadamente, nos considerandos do *contrato reformado* (cf. § 2.4.e)) sem olvidar que foi destacado em comissão de inquérito parlamentar sobre o trabalho que teria sido desenvolvido no âmbito do EP e do próprio executivo de então, em necessária articulação com o adjudicatário, para adequar a *reforma* do contrato à jurisprudência do TdC, e não o inverso (cf. § 2.16).
- 33 Consequentemente, o *contrato reformado* não compreende qualquer estatuição em sede de remuneração do subconcessionário relativa a *compensações contingentes* e o *contrato originário* não pode produzir efeitos nem vincular as partes na medida em que lhe foi recusado o visto — apesar do que é dito em alguns documentos contratuais, nomeadamente, o novo *Amendment*

*Agreement* de 2017 com intervenção dos bancos financiadores, em que na diacronia dos acontecimentos apenas se refere o *contrato originário* de 2009 (entretanto revogado em 2010) e já não o *reformado* de 2010, como se no fundo para as partes aí envolvidas apenas tivesse existido aquele contrato e o de 2010 não tivesse sido nunca relevante em sede de execução (cf. §§ 2.10.a), 2.34 e 19), aliás, as designadas *compensações contingentes* (relativas ao *Amendment to the Subconcession Agreement* ocultado ao TdC em 2010) implicavam um esvaziamento do essencial do impacto financeiro das alterações do *contrato reformado* relativamente ao *originário* (cf. §§ 2.4.c), 2.4.e), 2.4.g), 2.4.k), 2.4.l), 2.4.n), 2.4.o)) e, no fundo, a derrogação do caso julgado do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS e da decisão n.º 612/2010.

- 34 Independentemente dos paralelismos de impactos financeiros entre o *contrato originário* (a que foi recusado o visto, cf. *supra* § 2.2 e 2.3) e o *Amendment of the Subconcession Agreement* (de 2010 e que nesse ano não foi submetido à apreciação do TdC em sede de processo de visto, cf. *supra* § 2.4.j)), no plano jurídico da legalidade financeira, por força do caso julgado das decisões dos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010, a produção de efeitos imediatos ou mediatos de um qualquer desses documentos na esfera das relações entre subconcedente e subconcessionária (por via da consideração como válidos para efeitos de negociação) compreende uma ofensa do caso julgado fixado nas decisões finais daqueles processos de fiscalização prévia.
- 35 A requerente, convidada a fundamentar o juízo formulado sobre inclusão das *compensações contingentes* no *contrato visado objeto* de alteração no plano do direito substantivo, renunciou a apresentar quaisquer argumentos novos, apenas remetendo para uma alegação passada na qual defendia que essas *compensações contingentes* integravam o *contrato reformado* (*supra* §§ 1.6, 1.7, 1.8.b), 2.4, 2.5, 2.10.a)), estribando-se, no essencial, na suposta força de caso julgado da decisão n.º 612/2010 (*supra* §§ 1.8.b) e 2.10.a)), a qual, contudo, impõe uma solução oposta: as *compensações contingentes* à subconcessionária não estão previstas no contrato visado e não podem servir para legitimar a eliminação em 89% das obrigações de pagamento da subconcessionária à subconcedente estabelecidas no modelo remuneratório do contrato.
- 36 O reconhecimento no aperfeiçoamento do requerimento inicial, que as designadas *compensações contingentes* foram «consideradas» no contrato submetido a visto nos presentes autos (*Contrato de Subconcessão Alterado* outorgado em 23-10-2017) enquanto valores devidos à subconcessionária (*supra* §§ 1.5 e 1.6), além de contrariar decisões do TdC (aprovação pela 2.ª secção do relatório de auditoria n.º 15/2012 e decisão n.º 1615/2017 da 1.ª secção e objeto de

notificações à entidade requerente, *supra* §§ 2.9 e 2.11), ofende de forma direta o caso julgado da decisão n.º 612/2010 (do processo de fiscalização prévia n.º 727/2010) que considerou o modelo remuneratório do contrato como compreendendo as obrigações de pagamento da subconcessionária à subconcedente sem que aquela tivesse direito a *compensações contingentes* — caso julgado por seu turno conexo funcionalmente com o do acórdão final proferido no processo n.º 1352/09, no fundo o imperativo, afirmado nas duas decisões, de que a concessão de visto ao contrato dependia de um modelo remuneratório que não compreendesse uma degradação das condições oferecidas à subconcedente na proposta da adjudicatária apresentada na primeira fase de negociações (*supra* §§ 2.1 a 2.5).

- 37 Respeito pelo sentido das decisões transitadas proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 que, sublinhe-se, se impõe ao próprio TdC pois proferida a decisão jurisdicional «fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa», nos termos do artigo 613.º, n.º 1, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.
- 38 Conformação das condições de ação da IP pela força de caso julgado das decisões transitadas proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 que deriva, sublinhe-se, de uma coordenada jurídico-constitucional diretamente estabelecida no artigo 205.º, n.º 2, da Constituição: as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer autoridades.
- 39 Isto é, o caso julgado do acórdão n.º 13/2017-07.NOV-1ªS/SS e da decisão n.º 612/2010, como já se referiu acima, «é um valor constitucionalmente tutelado» (*supra* § 22), estabelecendo-se no artigo 619.º, n.º 1, do CPC que transitada em julgado a decisão que decida do mérito da causa essa decisão fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 580.º e 581.º do CPC.
- 40 Consequentemente, tendo presentes as regras sobre o esgotamento do poder jurisdicional e a força do caso julgado, impõe-se concluir que são impertinentes e ilegítimas abordagens autónomas nos presentes autos sobre os problemas jurídicos apreciados e decididos pelo TdC em decisões finais proferidas nos processos n.ºs 1352/09 e 727/2010 (como o reenvio da requerente para a argumentação da EP sobre a ponderação da *crise internacional* para alteração das condições remuneratórias em derrogação do disposto no n.º 28 do programa do concurso).

- 41 O pressuposto adotado pela IP e Comissão de Negociação considerando remunerações compensatórias à subconcessionária (que não estavam cobertas por esse contrato e que contrariam os pressupostos expressos das decisões do TdC) constitui, ainda, uma violação, no quadro da renegociação do contrato, do complexo normativo sobre a competência de fiscalização prévia constituído pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC.
- 42 Dimensão normativa que, sublinhe-se, integra a reserva de jurisdição do TdC e não pode ser desrespeitada por quaisquer outras entidades públicas, a qual tem uma raiz no artigo 214.º da Constituição, sem embargo do reenvio dinâmico para o legislador ordinário também aí determinado.
- 43 Neste domínio a matriz sistémico-funcional das competências do Tribunal de Contas é uma opção estruturante do sistema jurídico português que visa impedir estritos nominalismos de raiz formalista como via para a *fuga* ao controlo por esse tribunal da gestão dos dinheiros públicos enquanto elemento conformador do *dever ser* da atuação da administração.
- 44 Sobre a inderrogabilidade, por quaisquer acordos ou decisões (ainda que de tribunais arbitrais), dos mecanismos de controlo (e respetivos efeitos) do Tribunal de Contas é pertinente referir o acórdão n.º 2/2013-23.FEV-3S/PL (proferido no R.O. n.º 05-JRF /2012 — processo n.º 5 JRF /2003):
- «O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas, competindo-lhe, *inter alia*, “efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei” – vide alínea c) do n.º 1 do artigo 214.º da CRP e artigo 5.º, n.º 1, alínea e), da LOPTC.
- Trata-se de uma competência exclusiva e indisponível, ou seja, trata-se de uma competência que só pode ser exercida pelo Tribunal de Contas e que não é suscetível de ser derogada por vontade das “partes”.»
- 45 A violação das normas legais assinaladas implica, ainda, que deva ser ponderado, em face da despesa gerada, o disposto no artigo 42.º, n.º 6, da LEO de 2001, em particular o primeiro dos requisitos cumulativos (previsto na alínea a)) para a admissibilidade da despesa: *nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que o facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis*.
- 46 Oportunamente, também se referiu que a renegociação do *contrato de subconcessão reformado* foi determinada pelo disposto no artigo 143.º da Lei que aprovou o Orçamento de Estado para 2013 (*supra* § 2.15), norma emitida pela Assembleia da República uma estatuição dirigida ao executivo para *realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos*

*de parcerias público-privadas do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público.*

- 47 Norma que não compreendendo uma prescrição específica relativa a uma meta quantitativa obrigatoriamente visada em termos de percentagem de redução estipula um imperativo: a renegociação não pode determinar um aumento de encargos para o ente público, em especial quando associada a uma redução de prestações ou obras a cargo do parceiro privado, como sucedeu no caso objeto de fiscalização prévia, pelo que também o artigo 143.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012 é violado quando a renegociação ao invés de respeitar o comando legislativo de reduções quantitativas de encargos determina um aumento de encargos — cf. §§ 2.4.a) e 2.45.
- 48 Passemos agora à análise mais desenvolvida do tópico acima abordado: a consideração das designadas *compensações contingentes* como um suposto direito da subconcessionária (assumida no aperfeiçoamento do requerimento inicial empreendido pela requerente) constitui uma alteração ou modificação substancial do contrato visado?
- 49 Resulta da matéria de facto provada que a singela referência a *compensações contingentes* na documentação remetida pela EP no âmbito do processo n.º 727/2010 (*supra* § 2.4.m)) se reporta a uma mera menção numa linha da demonstração de resultados do *caso base* que, do ponto de vista jurídico, não permite fundamentar quaisquer direitos remuneratórios (ainda que por via de compensação) da subconcessionária, não legitima encargos financeiros por parte da EP, nem a dispensa (por compensação) da subconcessionária da obrigação de proceder aos pagamentos fixos à subconcedente quantificados em anexo do contrato, inexistindo qualquer suporte no texto contratual ou no espírito da *reforma do contrato* para as aludidas *compensações contingentes* (*supra* §§ 2.2 a 2.5, 2.9, 2.10.b) e 2.11).
- 50 Isto é, o que consta da alínea a) do n.º 5 do texto sobre *compensações contingentes* (*supra* § 2.4.j)) remetido pelo banco financiador à EP, e ocultado ao TdC no processo n.º 727/2010, não tem suporte no contrato (respetivo corpo e anexos) e é incompatível com as condições contratuais sobre regime remuneratório.
- 51 Foi essa a conclusão do relatório de auditoria n.º 15/2012 sobre a matéria (*supra* §§ 2.9 e 2.10.b)).
- 52 Considerar, como foi feito pela requerente e a comissão de negociação, que existe um direito da subconcessionária relativo às referidas *compensações contingentes* constitui uma alteração radical dos direitos e deveres estabelecidos no *contrato reformado* que foi objeto de visto e também do

- procedimento concursal (que, aliás, anula o essencial das alterações de modelo remuneratório entre o *contrato originário* de 2009 e o *contrato reformado* de 2010 e que foi determinante para a concessão de visto ao segundo depois da recusa do visto ao primeiro).
- 53 O conceito de modificação de contrato envolve dimensões relativas às categorias jurídicas de direito interno — podendo ter de se atender, de acordo com a legislação atual e consoante os casos, ao disposto nos artigos 311.º a 315.º e 339.º a 342.º do Código de Contratos Públicos (CCP) — interpretado em conformidade com o direito da União Europeia.
- 54 Ao *contrato originário* (de 2009) e ao *contrato reformado* (de 2010) não se aplicava o disposto no CCP, atento o disposto no artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou esse diploma — segundo esse preceito o CCP só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados depois de 29-7-2008 e à execução dos contratos que revistam natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data.
- 55 Por esse motivo, o quadro normativo imediato do procedimento de contratação encontrava-se estabelecido pelo Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de março, e pelo Programa de Concurso e Caderno de Encargos do próprio procedimento.
- 56 Com carácter fundamental neste domínio, independentemente da lei nacional aplicável, apresentam-se as implicações hermenêuticas decorrentes dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, especialmente no quadro de concursos internacionais sujeitos a publicitação no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, como foi o caso.
- 57 Em particular, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a matéria e respetivos corolários principais: (1) A inaplicabilidade de qualquer regra ou ato de direito interno incompatível com regra ou ato de Direito da União Europeia, anterior ou posterior (efeito abrogatório do primado); (2) A proibição de os Estados-membros aprovarem regras ou atos contrários ao Direito da União Europeia (efeito bloqueador do primado).
- 58 As considerações adicionais sobre a admissibilidade da modificação de contrato devem ter em atenção os princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
- 59 Desde os primeiros textos fundadores, a União Europeia reclama «uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade

na concorrência», paradigma conformador da competência exclusiva da União no «estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno» (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*), do TFUE).

- 60 Existe, assim, um quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União refletido, nomeadamente, na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.
- 61 Segmento em que novas cláusulas ou alteração de cláusulas que compreendam alterações essenciais das condições apresentadas pelo adjudicatário na proposta geram um novo contrato para efeitos de regime de contratação pública que, salvo caso excepcional, carece de um novo procedimento concorrencial.
- 62 No início da presente década a jurisprudência do TdC sobre a matéria foi marcada pelo acórdão n.º 20/2010-1.JUN-1S/SS (mantido pelo acórdão n.º 28/2011-3NOV-1S/PL):

«A modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões de interesse público e do respeito pelo objeto do contrato e pelo equilíbrio financeiro do mesmo. Depende também, em obediência aos principais constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada;

O direito comunitário não proíbe a modificação de contratos públicos, mas limita-a de forma significativa por aplicação dos princípios da concorrência, igualdade e transparência;

É possível introduzir alterações aos contratos desde que a possibilidade de modificação haja sido expressamente prevista no contrato inicial ou nas peças do procedimento de adjudicação, de forma precisa quanto às circunstâncias e condições em que pode ser feita;

Ainda que não expressamente autorizadas, admitem-se alterações não substanciais aos contratos mas não podem ser feitas quaisquer alterações substanciais;

As alterações são substanciais quando apresentam características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato;

Salvo previsão expressa ou operações de reorganização interna do cocontratante, a substituição do cocontratante ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato público;

Não é possível o alargamento do contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos;

Salvo ajustamentos inicialmente previstos ou sem significado relevante, a alteração do preço durante o período de vigência do contrato constitui alteração de uma das suas condições essenciais;

As modificações só são possíveis até ao ponto em que se possam considerar “neutras” para os interesses económicos dos proponentes, em particular do cocontratante privado, que não deve resultar beneficiado;  
As modificações só são possíveis se não forem prejudiciais aos interesses dos que poderiam ter apresentado proposta no processo de adjudicação inicial;  
As modificações só são possíveis se não forem prejudiciais aos interesses dos potenciais concorrentes a uma nova adjudicação;  
Fora destes parâmetros, as alterações correspondem a uma nova adjudicação;  
Nesses casos, o contraente público tem o dever de promover a “concorrência para o mercado.»

63 Passando à jurisprudência europeia, o acórdão de 29-4-2004 proferido no processo n.º C-496/99, no caso *Comissão c. CAS Succhi di Frutta SpA*, constitui um *leading case* sobre os princípios determinantes em procedimentos concursais:

«110. O princípio da igualdade de tratamento entre os proponentes, que tem por objetivo favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã e efetiva entre as empresas que participam num concurso público, impõe que todos os proponentes tenham as mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica portanto que estas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os concorrentes.

111. Quanto ao princípio da transparência, que é corolário daquele, o mesmo destina-se essencialmente a garantir a ausência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante. Implica que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de forma, por um lado, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, por outro, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa.»

64 Sublinhando-se, à frente, que «as estipulações» dos «regulamentos» do concurso «constituem o enquadramento do desenrolar do processo» (§ 114), para culminar na ideia central expressa no § 116: «se, assim, uma proposta que não seja conforme às condições estipuladas deve, com toda a evidência, ser afastada, a entidade adjudicante também não está autorizada a alterar a sistemática geral do concurso modificando em seguida unilateralmente uma das suas condições essenciais e, em especial, uma estipulação que, se tivesse figurado no anúncio de concurso, teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente».

65 Matriz que limita a margem de atuação da entidade adjudicante em supervenientes modificações de contrato celebrado na sequência de procedimento concursal, «a entidade adjudicante não podia, depois da adjudicação do contrato e além disso através de uma decisão cujo conteúdo

derroga as estipulações dos regulamentos adotados anteriormente, proceder a uma modificação de uma condição importante do concurso» (§ 117).

- 66 Abordagem fulcral do princípio da transparência retomada no acórdão de 16-2-2012 proferido no processo n.º C-72/10: «O princípio da transparência, que é um corolário do princípio da igualdade, tem, nesse contexto, essencialmente o objetivo de assegurar que qualquer operador interessado pode decidir apresentar propostas em concursos, com base em todas as informações pertinentes, e de garantir a inexistência do risco de favoritismo e arbitrariedade da entidade adjudicante. Esse princípio implica que todas as condições e modalidades do procedimento de atribuição sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, de modo, por um lado, a permitir que todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreendam o seu alcance exato e os interpretem da mesma forma e, por outro, a enquadrar o poder discricionário da entidade adjudicante e permitir que esta verifique efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios que regem o procedimento em causa».
- 67 Existe, desta forma, uma significativa redução da margem de ação da entidade adjudicante no estabelecimento e desenvolvimento das condições do concurso no respetivo regulamento,
- 68 Como se refere, ainda, no acórdão de 10-5-2012 no caso *Comissão Europeia c. Reino dos Países Baixos*, proferido no n.º C-468/10, exige-se «um grau de clareza, de precisão e de univocidade tal que qualquer proponente razoavelmente informado e normalmente diligente possa saber de maneira certa e completa quais são os critérios que abrangem essas exigências».
- 69 Retornando ao objeto do processo, a consideração de *compensações contingentes* nos termos em que consta do documento do banco financiador (§ 2.4.j)) alterava de forma radical o modelo remuneratório do contrato visado.
- 70 Caso esse documento visasse a alteração substancial do contrato aí consignada a mesma teria sido operada sem dar qualquer oportunidade a outros interessados nessa subconcessão, nem sequer permitindo aos operadores económicos que concorreram e foram preteridos no concreto concurso de apresentarem propostas em face das novas condições estabelecidas (que derrogaram elementos essenciais das regras do procedimento concursal em que participaram).
- 71 Preterição das regras procedimentais que, além de atingir os interesses daqueles operadores, lesa o Estado na obtenção da melhor proposta para o interesse público.

- 72 No presente caso, pelo menos em 2010, não se pode sequer falar de qualquer interesse público determinante de uma alteração substancial contemporânea do próprio *contrato reformado* (modificação do modelo remuneratório que não derivou de uma situação de facto marcada pelo novo quadro em sede de execução de contrato, pois existiu, ainda antes da outorga do contrato um conjunto de intervenções viciadoras da transparência do procedimento)<sup>14</sup>.
- 73 Acrescente-se que alguma flexibilidade reconhecida no direito da União Europeia no quadro da execução de contratos de longa consideração, reporta-se a situações verificadas nessa execução e não à legitimação de vícios originários da contratação, como aliás resulta evidente no considerando n.º 76 da Diretiva n.º 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão: «as autoridades e entidades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram a concessão, em especial quando a sua execução abrange um maior período de tempo. Nesses casos, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar a concessão a essas circunstâncias sem um novo procedimento de adjudicação. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a circunstâncias que não podiam ter sido previstas, apesar de a autoridade ou entidade contratante ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível. Contudo, este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global da concessão, por exemplo, substituindo as obras a realizar ou os serviços a fornecer por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de concessão, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado».
- 74 Desta forma, a suscetibilidade do preenchimento de uma das exceções previstas no artigo 43.º da Diretiva n.º 2014/23/UE que permitiria dispensar a exigência de um novo procedimento para

---

<sup>14</sup> Sendo certo que o direito da União Europeia deixa um margem limitada de flexibilidade mesmo nos casos em que a preterição as regras sobre concorrência se apresente fundada no interesse público — cf. PEDRO GONÇALVES, «Comentário ao Acórdão *Pressetext*: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.73 (2009), pp.17-22; HÉLÈNE HOEPPFNER, «La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire: à propos des arrêts de la Cour de justice Communautés européennes du 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, et de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 avril 2010, aff. c-91/08, *Wall AG*», *Revue Française de Droit Administratif*, a. 27 n.1 (2011), pp.98-115 e ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos — Parte Geral*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 246-249.

operar uma alteração substancial do *contrato reformado* da subconcessão do Algarve Litoral não constitui o nódulo problemático carecido, em primeira linha, de análise.

- 75 Acrescente-se que a aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, sobre as normas aplicáveis à intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, lançamento, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas ao procedimento de renegociação não se afigura controversa, atento o disposto no artigo 48.º desse diploma.
- 76 O problema é admitir a alteração substancial do *contrato reformado* conformada pelo reconhecimento de um direito da subconcessionária relativo a *compensações contingentes* que, em si mesma é uma alteração substancial e inadmissível do contrato de subconcessão de 2010.
- 77 A mácula é constituída pela admissão de que o *contrato reformado*, o contrato a alterar, deve ser integrado pela inserção do modelo remuneratório de designadas *compensações contingentes* (à subconcessionária) que eliminam uma percentagem significativa das obrigações da subconcessionária remunerar (através de valores fixados em anexo ao *contrato reformado*) a subconcedente a partir de 2014.
- 78 Acrescente-se que a submissão, nos termos analisados, da referida alteração de contrato aos princípios da concorrência, igualdade de tratamento e transparência impostos pelo direito da União Europeia também se impunha, em face dos princípios a que se encontrava submetida a modificação de contrato ao abrigo do regime estabelecido no Decreto-Lei nº 59/99 e no Código de Procedimento Administrativo de 1991 (cf. artigos 182.º e 189.º), e, ainda, se se aplicasse o Código dos Contratos Públicos (cf. artigos 312.º e 313.º).
- 79 *Substancialidade* nesta sede significa alteração de elementos essenciais descaracterizadores do contrato em termos que determinam em concreto um novo contrato com total preterição do procedimento legal<sup>15</sup>.
- 80 Refira-se que no âmbito do processo n.º 1352/2009, em que houve recusa de visto, a requerente ainda tentou esboçar uma defesa das vantagens conferidas ao adjudicatário (e pioria do sistema remuneratório para a subconcedente) invocando compromissos existentes em sede de negociações entre partes e a operatividade do instituto da *culpa in contrahendo* na contratação

---

<sup>15</sup> Modificação essencial que implica que a alteração deve ser classificada como novo contrato em termos claramente mais evidentes do que os verificados no caso objeto de apreciação pelos acórdãos n.º 20/2010-1.JUN-1S/SS e n.º 28/2011-3NOV-1S/PL (que se reportam a uma situação muito mais controversa).

pública, aspeto analisado pela decisão transitada em julgado do acórdão n.º 168/2009-23.NOV-1.ªS/SS e que integra a força do respetivo caso julgado.

- 81 Neste plano, a requerente não voltou a desenvolver essa linha argumentativa, pelo menos de forma expressa, pelo que, tendo ainda presente a força do caso julgado daquele aresto não se justifica desenvolvimentos, sendo certo que as regras sobre a responsabilidade por facto ilícito e/ou as regras sobre a *culpa in contrahendo* não podem olvidar a ilicitude das próprias condutas das pessoas singulares em violação dos limites do respetivo mandato, poderes de representação e regras legais imperativas a que estavam sujeitos, nomeadamente, em matéria financeira.
- 82 Relativamente ao fundamento e pressuposto da responsabilidade pré-contratual em que o faltoso teve *culpa in contrahendo* a censurabilidade da sua conduta, nos termos do artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil, tem na base uma axiologia similar ao abuso de direito, figura que relativamente a contratos públicos apresenta um especial relevo quando a formação da vontade não se opera no quadro do respeito de um procedimento vinculado mas emerge de um acordo sem qualquer procedimento.
- 83 Acrescente-se, por fim, quanto a uma hipotética *culpa in contrahendo* que a subconcedente e subconcessionária sabiam que a operatividade de quaisquer *compensações contingentes* foi expressamente proibida pelo TdC, em 2012, e que segundo os acordos que os suportariam seriam devidas a partir de 2014 (cf. *supra* § 1.6), não tendo a subconcessionária interpelado o subconcedente para a sua aceitação até 11-6-2018 (cf. § 2.40), sem olvidar que a responsabilidade adveniente de eventual *culpa in contrahendo* teria prescrito decorridos 3 anos sobre a assunção pública e conhecida de todos os intervenientes da proibição de eventuais compromissos sobre *compensações contingentes* serem cumpridos, atentas as disposições conjugadas dos artigos 227.º e 498.º do Código Civil.

**Efeito das ilegalidades do contrato de subconcessão alterado no processo de fiscalização prévia: recusa de visto**

- 84 Sendo o processo teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto a identificação de ilegalidades tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.
- 85 Das ilegalidades acima identificadas ressalta que:

- 85.1 O ato que considera, para efeitos de renegociação do *contrato de subconcessão*, as *compensações contingentes* como integrando o modelo de remuneração do contrato visado (*contrato reformado*) viola a decisão n.º 612/2010 (processo n.º 727/2010) o que constitui *ofensa do caso julgado*, na medida em que aquela decisão sobre o visto vincula diretamente a IP, quanto ao âmbito do contrato visado que, como se demonstrou acima, exclui do modelo remuneratório quaisquer *compensações contingentes*, o que implica o preenchimento da nulidade prevista na alínea *i)* do n.º 2 do artigo 161.º do CPA e, nessa medida, a alínea *a)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;
- 85.2 A violação do complexo normativo constituído pelos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c)*, 44.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, alínea *b)*, da LOPTC e da reserva de jurisdição do TdC sobre a matéria constitui, por seu turno, a violação direta de normas financeiras, subsumível à alínea *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC que, conseqüentemente, impõe em sede de fiscalização prévia a recusa de visto.
- 85.3 Violação direta de normas financeiras que também se verifica no desrespeito das normas do artigo 42.º, n.º 6, alínea *a)*, da LEO de 2011 e do artigo 143.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012 com a mesma consequência em sede de recusa de visto.
- 85.4 A alteração substancial derivada da integração no contrato reformado de um modelo remuneratório de compensações contingentes da subconcessionária e a sua ratificação superveniente, fora de um quadro de estado de necessidade, constitui a prática de ato com preterição total do procedimento legalmente exigido que implica a respetiva nulidade nos termos do disposto pelo artigo 161.º, n.º 2, alínea *l)*, do Código de Procedimento Administrativo de 2015.
- 86 A subsunção de violações da lei na previsão a alínea *a)* ou *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC implica necessariamente a recusa de visto e, no caso de contratos subsumíveis à previsão do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC, como o que foi objeto do presente processo, a proibição de quaisquer efeitos jurídicos do novo contrato.
- 87 Acrescente-se que a violação do princípio da concorrência, ainda que não fosse configurada como uma preterição absoluta da exigência de procedimento, deveria ser qualificada como ilegalidade prevista na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC que preenche um segundo requisito

constante da previsão dessa norma na medida em que a mesma *pode alterar o resultado financeiro*.

- 88 Juízo casuístico que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual da conexão entre o desvalor consubstanciado na violação da lei com o resultado financeiro envolvido no processo, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a um nexos causal entre o específico vício e o resultado financeiro, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.
- 89 Os vícios identificados em procedimentos que culminam num contrato público, em regra, não ocorrem na etapa imediatamente anterior à decisão final de adjudicação, mas, em momentos anteriores.
- 90 Para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro importa ponderar o relevo do mesmo na etapa em que ocorre e da específica etapa na decisão final, no caso, a adjudicação do contrato, isto é, um juízo de aptidão abstrato-concreto, não se exigindo a demonstração de um nexos causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.
- 91 Fundamental é a importância da etapa no complexo de um procedimento administrativo cujo ato final é sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, na medida em que a referida decisão compreenda um potencial efeito financeiro tal implica que o vício justifica, por si só, a recusa de visto ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.
- 92 Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea c) do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada, cf. acórdãos n.º 17/2015 - 1. DEZ-1.ª S/SS, n.º 14/2015 - 5 NOV-1.ª S/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ª S/SS) mas também, no caso em que a etapa não é relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela etapa), mas se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação ou o modelo remuneratório da concessão — daí se falar de uma *aptidão*, ou de um perigo abstrato-concreto de impacto financeiro.

- 93 Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?
- 94 Verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando no âmbito de procedimento concursal público se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
- 95 O preenchimento das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º tende a tornar supérflua a valoração concreta da violação enquadrável na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC no sentido de ponderar se devia determinar a recusa do visto ao contrato ou, em alternativa, a concessão de visto ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC.
- 96 Sem embargo, no plano metodológico a ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes no caso conformadas pelos princípios da adequação e proporcionalidade e em particular, lesão do interesse público, gravidade da ilegalidade e anteriores processos de fiscalização prévia.
- 97 Nessa medida, entende-se que a operação de concordância prática exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato que no caso *sub judice* imporá sempre a recusa de visto.

### III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos (o *contrato de subconcessão alterado do Algarve Litoral* outorgado em 23-10-2017).

- Determinar a remessa de cópia da presente decisão:

**Ao Departamento de Controlo Concomitante (cf. *supra* § 5.1);**

**À Área VII da 2.ª Secção do TdC (cf. *supra* § 5.2);**

**Ao Ministério Público (cf. *supra* § 5.3).**

- Emolumentos legais (ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).

- Registe e notifique.

Lisboa, 20 de junho de 2018

Os Juízes Conselheiros,

---

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

---

(Alzira Antunes Cardoso)

---

(Fernando Oliveira Silva)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

---

