

Acórdão 7/2023 – 14.mar – 1ªS/SS

Processo: 1995/2022

Relator: Conselheiro Miguel Pestana de Vasconcelos

DESCRITORES

AJUSTE DIRETO / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / MODIFICAÇÃO OBJETIVA DO CONTRATO / NULIDADE / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA IGUALDADE / RECUSA DE VISTO / TRABALHOS COMPLEMENTARES

SUMÁRIO

1. O regime dos trabalhos complementares (arts. 370.º e segs. *ex vi* 447.º-A do CCP) foi consideravelmente alterado pela Lei 30/2021, de 21 de maio. Aí se estatui que “As alterações à parte iii do Código dos Contratos Públicos relativas a modificação de contratos e respetivas consequências aprovadas pela presente lei aplicam-se aos contratos que (...) se encontrem em execução à data da sua entrada em vigor, desde que o fundamento da modificação decorra de facto ocorrido após essa data.”
2. A compra de um lote de 9 baterias que não faziam parte, por opção da entidade adjudicante, do contrato inicial de aquisição de 10 navios (e uma bateria) não constitui fundamento para a alteração de um contrato com outro, pelo que o regime dos trabalhos complementares aplicável ao contrato é o anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

3. A submissão a visto de um contrato que visa uma modificação objetiva do contrato inicial, cujo objeto era o fornecimento de 10 navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias (e 1 única bateria), destinados a assegurar o serviço público de transporte fluvial de passageiros entre as duas margens do Tejo na Área Metropolitana de Lisboa, para incluir nele, agora, a aquisição de 9 packs de baterias marítimas, essenciais para o funcionamento dos navios, e que foram excluídas inicialmente, por decisão da entidade fiscalizada, daquele contrato, é ilegal por (i) violação dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento (art. 1.º-A, n.º 1 CCP) e (ii) por violação do artigo 370.º ex vi artigo 447.º-A do CCP por falta de preenchimento dos requisitos da modificação objetiva do contrato.
4. O contrato de compra dos navios cria (i) uma dependência da entidade pública relativamente ao fornecedor, sem que os bens objeto desse contrato e não integrados no contrato inicial possam, por ter sido subtraídos, vir a ser sujeitos a um procedimento aberto - favorecendo-se o contraente original e afastando todos os outros concorrentes da aquisição futura das 9 baterias, e (ii) uma dependência do preço que o beneficiário da exclusividade queira exigir pela venda das baterias.
5. O contrato sujeito a fiscalização prévia não preenche os requisitos da modificação objetiva do contrato na redação anterior à introduzida pela Lei n.º 30/2021, porquanto (i) são trabalhos complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato, não estando aqui incluídos os casos em que foi o próprio ente público a excluí-los do contrato, e (ii) os trabalhos complementares não resultam de circunstâncias imprevistas, uma vez que foi a entidade adjudicante que não quis incluir as baterias no concurso de aquisição dos navios. A aquisição futura das baterias não só não era imprevisível, como foi mesmo prevista.
6. Quanto ao recurso a um eventual ajuste direto em vez da modificação objetiva do contrato, ele seria ilegal uma vez que a entidade adjudicante só pode recorrer ao ajuste direto se estiverem preenchidos os limites quantitativos ligados ao valor do contrato (artigos 19.º e seguintes do CCP), ou materiais, independentemente do valor quando se verificarem alguma das circunstâncias previstas nos artigos 24.º e seguintes do CCP.
7. Atendendo ao seu valor e à não verificação do critério material, o contrato seria sempre nulo por violação do procedimento exigido pela lei, uma vez que se recorre a um ajuste

direto (modelo mais restritivo dos procedimentos fechados), quando se deveria ter recorrido a um procedimento aberto, *maxime* concurso público.

8. O contrato *sub judice* viola o artigo 1.º-A, n.º 1 CCP, tendo essa ilegalidade alterado o resultado financeiro do contrato, o que é fundamento da recusa de visto nos termos do artigo 44.º, número 3, alínea c) da LOPTC.
9. O contrato é nulo por violação do artigo 370.º CCP (*ex vi* artigo 454.º CCP), do artigo 16.º CCP (falta total de qualquer dos procedimentos para a formação de contratos) e do artigo 161.º, n.º 1, alínea l) CPA. A nulidade é fundamento de recusa de visto nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea a) LOPTC.

1.ª Secção – SS
Data: 14/03/2023
Processo: 1995/2022

RELATOR: Conselheiro Miguel Pestana de Vasconcelos

TRANSITOU EM JULGADO EM 15/05/2023

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 Através do Portal *eContas*, a *Transtejo Transportes do Tejo S.A.* (doravante designada Transtejo), submeteu a fiscalização prévia o contrato relativo ao fornecimento de 9 packs de baterias marítimas, classificando o mesmo como um 2.º adicional ao contrato n.º. 03/2021-TT, de fornecimento de 10 navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias, celebrado pelo montante de € 15.512.544 euros (S/IVA), com o prazo de execução desde o visto até 15.12.2024.
 - 1.2 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP) da Direção-Geral do TdC à requerente em 21/12/2022, para instrução complementar do processo mediante solicitação de esclarecimentos e documentação em falta, tendo a resposta respetiva sido rececionada em 17/01/2023.
 - 1.3 Em Sessão Diária de Visto de 01 de fevereiro de 2023 foi decidido devolver o contrato à requerente para ulterior pronúncia, tendo esta apresentado nova resposta em 03/03/2023, devidamente ponderada no presente Acórdão.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 FACTOS PROVADOS

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

Do contrato objeto destes autos

- 2.1 A *Transtejo Transportes do Tejo S.A.* submeteu a fiscalização prévia o contrato celebrado com *Astilleros Gondán, S.A.*, relativo ao fornecimento de 9 packs de baterias marítimas, celebrado pelo montante de € 15.512.544 (S/IVA), com o prazo de execução a contar do visto até 15/12/2024, classificando o mesmo como um 2.º adicional ao contrato n.º 03/2021-TT, de fornecimento de 10 navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias.
- 2.2 O 1.º aditamento ao contrato n.º 03/2021 TT, outorgado em 30/09/2021, apenas promoveu uma modificação contratual relativa aos prazos de entrega dos navios, constantes da respetiva Cláusula 4.ª, sem que tenha comportado qualquer acréscimo de despesa, razão pela qual não foi o mesmo remetido a fiscalização prévia.
- 2.3 No contrato aqui em apreço prevê-se o aditamento, além de outras, das seguintes cláusulas ao contrato inicial:

“Cláusula 1.ª-A

Baterias

1. *O Segundo Outorgante obriga-se a fornecer adicionalmente 9 (nove) conjuntos modulares de baterias que constituem o Sistema de Armazenamento de Energia a instalar a bordo dos navios a fornecer.*
2. *As baterias a serem entregues e instaladas nos navios a fornecer pela Segunda Outorgante são-no de acordo com as especificações técnicas constantes do Sistema de Armazenamento de Energia (ESS) elaborado pela Segunda Outorgante, que passa a constituir Anexo ao presente Contrato.*
3. *O fornecimento das baterias para todos e cada um dos navios a fornecer inclui todas as obrigações de fornecimento constantes do Contrato e dos seus Anexos, incluindo as obrigações de fornecimento que impendem para o Segundo Outorgante constantes do Caderno de Encargos.*
4. *As baterias a fornecer cumprirão com os requisitos necessários à obtenção da classificação “Battery System”, conforme exigido pelo Caderno de Encargos e segundo a especificação técnica incluída no ANEXO.*

Cláusula 6.ª-A

Preço e condições de pagamento das Baterias

1. *Pelo fornecimento adicional 9 (nove) conjuntos modelares de baterias a instalar nos navios a fornecer, a Primeira Outorgante pagará à Segunda Outorgante o preço*

adicional total de € 15.512.544 Euros (Quinze milhões, quinhentos e doze mil, quinhentos e quarenta e quatro euros).

2. O encargo resultante do fornecimento de bens objeto do presente contrato encontra-se devidamente autorizado, nos termos da Portaria n.º 856/2022, de 29 de novembro de 2022, e será suportada pelo Compromisso n.º 1973/2022.”

2.4 Anteriormente à realização do adicional agora submetido a fiscalização prévia, a Transtejo procedeu à realização de dois procedimentos por ajuste direto com convite dirigido ao operador *CORVUS ENERGY* (entidade com quem a cocontratante elaborou o projeto de instalação elétrica dos navios), em 18/04/2022 e em 09/06/2022, respetivamente, tendo ambos ficado desertos.

2.5 A plurianualidade dos encargos contratuais relativos ao contrato sujeito a fiscalização nos presentes autos foi autorizada por meio da Portaria de Extensão de Encargos n.º 856/2022, publicada no DR, 2.ª série, n.º 230, de 29 de novembro, até ao montante de € 16.000.000,00, repartidos pelos anos de 2022 a 2024, e restringida à aquisição baterias marítimas a instalar nos navios, mas não aos respetivos serviços de manutenção até 2032, acompanhada da seguinte justificação:

Com efeito, a evolução da pandemia COVID-19 na China, a situação de conflito militar que subsiste na Ucrânia e os constrangimentos logísticos acumulados ao longo dos últimos meses resultaram num agravamento substancial dos custos de produção das baterias marítimas, verificando-se um incremento substancial do respetivo encargo face ao inicialmente estimado e autorizado pela Portaria n.º 49/2022, de 14 de janeiro.

Do contrato inicial

2.6 O contrato inicial, outorgado na sequência de concurso público com publicitação internacional com a mesma sociedade *Astilleros Gondán, S.A.*, tinha por objeto o fornecimento de 10 navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias, destinadas a assegurar o serviço público de transporte fluvial de passageiros entre as duas margens do Tejo na Área Metropolitana de Lisboa, pelo montante de € 52.440.000,00, com o prazo de execução de 3 anos.

2.7 Tal contrato foi submetido a fiscalização prévia no processo que correu termos na 1.ª secção deste tribunal sob o n.º 237/2021.

2.8 Esse contrato insere-se no *Plano de Renovação da Frota da Transtejo, S. A.*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2019, de 18 de janeiro, publicada no *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 13, de 18 de janeiro, a qual confere à *Transtejo S.A.* autorização para a realização de todas as ações necessárias à concretização dos investimentos do referido Plano (que compreende a aquisição de até 10 novos

navios, bem como a respetiva manutenção), no período de 2020 a 2035, e autoriza a *Transtejo, S. A.*, a assumir os encargos plurianuais e a realizar a despesa necessária até ao montante global de € 57.000.000 referentes à componente aquisição (e de até € 32.946.000 referentes à componente de manutenção), valores aos quais acresce IVA à taxa legal em vigor, conferindo-lhe as competências legalmente e atribuídas pelo CCP ao órgão competente para a decisão de contratar, incluindo a prática de todos os atos relativos à condução do procedimento e à formação do contrato.

2.9 Ao aludido processo n.º 237/2021 foi apenso o PEQD n.º 113/2021, aberto na sequência de denúncia/participação da concorrente preterida *Estaleiros Navais de Peniche S.A.*, nos seguintes termos:

Os ENP – Estaleiros Navais de Peniche, SA, relativamente ao Concurso Público com Publicidade Internacional Para a Fornecimento de Dez Navios para a Transtejo – Transportes do Tejo, S.A., Procedimento N° 006/2020-DJC/TT da entidade Pública Transtejo, impugnaram a adjudicação, com efeitos suspensivo automático, nos termos que melhor constam da Ação de Contencioso Pré-Contratual n.º 954/20.0BELRA, que corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria, contudo o efeito suspensivo foi levantado, alegando o Interesse Público, ora é exactamente esse aspecto que deve ser analisado e escrutinado pelo tribunal de contas.

Com efeito a proposta classificada em primeiro lugar, com base no interesse económico, só ficou classificada dessa maneira, devido ao um subterfugio desenvolvido pela entidade adjudicante, que separou aquilo que é um concurso para aquisição de bens operacionais, em dois concursos, já que do primeiro resultará o fornecimento de bens não operacionais, sem baterias, o que aliás é demonstrado no quadro seguinte (dados retirados das propostas publicadas):

| | Gondan | ENP |
|--|---------------------|---------------------|
| Valor 10 navios + 1 conj. Baterias | 52 440 000 € | 56 890 000 € |
| Valor conj. baterias 1 navio | 1 598 400 € | 835 046 € |
| Valor 10 navios sem conj. baterias | 50 841 600 € | 56 054 954 € |
| Valor 10 navios + 10 conj. baterias | 56 825 600 € | 64 405 414 € |
| diferença [€] | | 2 420 186 € |
| diferença [%] | | 3,6% |

Ora, num concurso único, para fornecimento de embarcações funcionais, a proposta dos ENP- Estaleiros navais de Peniche, teria que ser classificada em primeiro lugar. Com a separação artificial em dois concursos, a proposta do concorrente Espanhol parece ser mais barata, quando na verdade não o é.

A entidade adjudicante, tenta justificar esta estratégia, com o facto das baterias, que deverão ser alvo de novo concurso, se traduzirem num custo operacional. Este argumento completamente abstruso e sem qualquer sustentação técnica, esbarra no facto de que o tempo de vida destes equipamentos (baterias) ser de 10 anos, portanto, em nada diferente de muitos outros equipamentos que equipam estas embarcações.

De qualquer forma, se apenas em tese, embora errada, considerássemos que o tempo de vida médio, das baterias era menor, que os 10 anos, então a proposta do concorrente classificada em primeiro lugar ainda seria mais ruínoza para o Estado Português, já que cada conjunto de baterias para as 10 embarcações previstas pelo concorrente classificado em primeiro custariam 15.984.000 Euros, por oposição ao custo de 8.350.460 euros da proposta dos Estaleiros Navais de Peniche, já que as embarcações deste são 44% menos consumidoras de energia (de acordo com dados propostas publicadas).

Para além de ser um argumento completamente errado, a verdade é que se fosse verdadeiro a entidade adjudicante estaria a promover um negócio completamente ruínozo para o Estado Português.

2.10 Relacionada com a questão suscitada na denúncia, nesse processo o Tribunal dirigiu à entidade fiscalizada a seguinte questão:

Esclareça ainda se as baterias necessárias ao funcionamento dos bens a adquirir fazem parte do objeto contratual e se estão incluídas no preço e, em caso de resposta negativa, justifique a sua resposta, demonstrando que o resultado financeiro do contrato não se alteraria caso tivessem sido contempladas.

2.11A entidade fiscalizada respondeu nos seguintes termos:

Foi entendimento da Transtejo apenas incluir no objeto submetido à concorrência um conjunto de acumuladores elétricos (baterias) para realização dos testes finais aos navios e formação dos tripulantes com a entrega do navio “Leader” em Lisboa. Este conjunto aparece refletido no preço base, tal como integra também a proposta do Adjudicatário, na Nota Justificativa do Preço (Sist. Armazenagem de Energia- ESS). Sendo os acumuladores elétricos considerados como equipamento de desgaste, e, portanto, de vida útil inferior à de cada unidade (mínimo de 7 anos, conforme peças do procedimento), serão objeto de um Concurso autónomo para o fornecimento das baterias necessárias à operação dos navios, não sendo assim integradas no presente fornecimento.

2.12 Entendeu-se naquele processo que a divisão da contratação dos navios e das respetivas baterias em procedimentos distintos, naquele momento, se inseria no âmbito gestor da entidade e não tanto de legalidade do procedimento em apreço.

2.13 Por esse motivo, em sessão diária de visto de 18/03/2021 foi concedido visto ao contrato, tendo quanto ao PEQD n.º 113/2021 sido decidido que não continha factos relativos a questões de legalidade estrita que devessem ser considerados em sede de fiscalização prévia, pelo que deveria ser eventualmente considerado em sede de fiscalização concomitante ou sucessiva, as únicas onde podem ser apreciadas questões de economia, eficiência e eficácia.

Da tramitação destes autos

2.14 Em 21/12/2022, o DFP devolveu o contrato à aqui requerente, tendo-lhe colocado, entre outras, as seguintes questões:

Justifique legalmente a modificação objetiva efetuada, demonstrando o cumprimento de todos os respetivos pressupostos, limites e consequências, nos termos do fundamento legal invocado.

Sem prejuízo da resposta à questão anterior, esclareça se em causa está a prestação de serviços complementares, previstos no artigo 447.º-A do CCP, justificando detalhadamente a sua resposta e a verificação dos pressupostos e limites previstos nos artigos 370.º e sgs. do CCP.

2.15 A entidade requerente respondeu através de ofício de 17/01/2023 nos seguintes termos:

O processo de fiscalização prévia acima identificado tem por base uma modificação contratual ao contrato n.º 03/2021-TT, vigente desde 19.03.2021, o qual foi celebrado na sequência de um concurso público internacional, e cuja execução implicava a conceção do projeto dos navios e construção dos mesmos.

No âmbito do concurso público oportunamente aberto, foram apresentadas várias soluções técnicas, tendo sido escolhida a da entidade que veio a ser a adjudicatária do contrato, a GONDÁN.

A solução vencedora desse concurso público, continha a definição, de entre outros aspetos, de uma solução concreta respeitante ao Sistema de Armazenamento de Energia (SAE), a qual foi construída especificamente no âmbito e para este projeto, em colaboração da GONDÁN com a ABB AS IA Marine & Ports e a CORVUS ENERGY, garantindo capacidade suficiente para cumprir os requisitos de autonomia e velocidade definidos nos requisitos técnicos fixados para os navios, no Caderno de Encargos. Trata-se de uma solução customizada, com características únicas ou, na expressão anglicana, “*tailor-made*”. Solução essa que foi objeto de certificação e aprovação pelas entidades oficiais competentes.

Consequentemente, apenas as entidades que colaboraram como adjudicatário na conceção do projeto, em particular a CORVUS ENERGY, possuem a capacidade técnica para fornecer os conjuntos de baterias para todos os navios capazes de se adequar à solução escolhida no âmbito do concurso público referido.

Nessa medida, verifica-se que a conceção construtiva e os componentes baterias resultaram do concurso público, não sendo possível nesta sede alterar essa escolha, pois tal significaria pôr em causa o resultado desse concurso público. Recorrer agora ao mercado para o fornecimento de um componente equivalente, seria pôr em causa o sistema adjudicado no referido concurso público e isso seria uma modificação substancial ao contrato adjudicado à GONDÁN, que previa essa específica solução. Assim, não há no mercado outro fornecedor possível que não os que definiram a solução escolhida no referido concurso público. Qualquer outra solução seria alterar as premissas base do contrato e optar por um outro navio com uma outra solução técnica, com outra certificação, que não seria o que foi adjudicado no âmbito do referido concurso público.

Posto isto, a única solução possível foi a de recorrer ao mecanismo da modificação contratual, de modo a formalizar a aquisição dos nove conjuntos de baterias por parte da CORVUS ENERGY, a qual se entende ser legalmente fundamentada nos termos que se expõe de seguida.

A Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, promoveu alterações ao CCP, incluindo alterações à Parte III relativas à modificação contratuais e respetivas consequências, sendo que o respetivo art. 27.º/2/b) determina que a nova redação se aplica aos contratos que se encontrem em execução à data da sua entrada em vigor, desde que o fundamento da modificação decorra de facto ocorrido após essa data. Considerando que a decisão de não adjudicação e conseqüente revogação da decisão de contratar do segundo procedimento por ajuste direto lançado pela Transtejo com vista a adquirir as baterias a instalar nos navios diretamente à CORVUS ENERGY data de 28.07.2022, tal constitui o facto que deu origem à modificação contratual operada, uma vez que a necessidade de proceder a uma modificação contratual do contrato celebrado entre a Transtejo e a Cocontratante surgiu, pelo menos, nessa data. Consequentemente, são aplicáveis nos termos da norma supra referida as alterações à Parte III do CCP promovidas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

A figura dos *trabalhos complementares* previstos no art. 370.º do CCP, configura um regime especial de alterações contratuais que afastam o regime geral, previsto nos arts. 312.º e ss., os quais, como modificação objetiva do contrato, se materializam numa expressão do poder de modificação unilateral de que a Administração dispõe, o qual é aplicável a um contrato de prestação de serviços por via da norma remissiva do art. 454.º, n.º 1 do CCP, sendo que estão sujeitos a pressupostos e limites próprios, diversos dos condicionantes e limites gerais. O art. 370.º, n.º 2 do CCP estipula que a justificação da realização dos trabalhos complementares exige o cumprimento de requisitos de razão técnica, através da demonstração da impossibilidade técnica de substituição do empreiteiro/prestador de serviços/fornecedor, ou seja, da existência de um grave inconveniente em autonomizar as prestações que são objeto dos trabalhos complementares que se pretendem ordenar, face à prestação principal; e requisitos de razão financeira, através da demonstração que os trabalhos complementares não provocam um aumento considerável dos custos, constituindo uma percentagem relativamente reduzida do valor total do contrato, além de que nunca os trabalhos complementares podem constituir um acréscimo de valor superior a 50% do preço contratual, nos termos do art. 370.º, n.º 4 do CCP.

Além do referido, existe sempre o limite intransponível da impossibilidade de alterar a natureza global do contrato, de acordo com o previsto no art. 313.º, n.º 1 do CCP.

Ora, considerando as circunstâncias que promoveram a modificação contratual em causa, entende-se que a mesma se encontra fundamentada e cumpre os pressupostos e limites acima expostos, uma vez que:

- a) a inclusão dos nove conjuntos de baterias no objeto do contrato de fornecimento dos navios, constitui um trabalho complementar, cujas espécies já se encontravam previstas no contrato inicial, pois já constava do contrato inicial o fornecimento de um conjunto de bateria exatamente igual;
- b) trata-se assim de apenas incrementar o número de conjuntos de baterias a fornecer no âmbito do contrato, devido ao facto da superveniente imprevisibilidade dos custos das baterias, devido às circunstâncias macroeconómicas atuais, em particular à evolução do preço do lítio no mercado internacional e à flutuação do câmbio do dólar norte-americano face ao euro, ter tornado impossível a sua aquisição direta pela Transtejo junto do fornecedor;
- c) o fornecimento dos 9 adicionais conjuntos de baterias é necessário para o cumprimento integral do contrato inicialmente delineado, pois, obviamente, os 10 navios a fornecer não podem funcionar sem as baterias, pelo que sempre será necessário adquiri-las, e, sem as mesmas, também o Cocontratante não poderá fornecer navios completamente construídos, certificados e aptos a navegar (para além do único para o qual já fornecia o respetivo conjunto de baterias – o navio líder);
- d) como já referido, por razões técnicas decorrentes da proposta técnica escolhida em concurso público, não pode o fornecimento das baterias ser promovido por outro fornecedor, não existindo sequer alternativa ou substituto possível às baterias desenvolvidas pela CORVUS ENERGY (com a colaboração da ABB), por, tanto os navios a fornecer, como o Sistema de Armazenamento de Energia (SAE), terem sido concebidos como um todo, enquanto um único projeto inovador especificamente desenvolvido para a renovação da frota da Transtejo e, como tal, em conjunto certificado para navegar, sendo imperativo implementar rigorosamente todos os materiais e equipamentos utilizados na construção da solução técnica definida no concurso público, tanto mais que é esta que se encontra sob processo de certificação, sendo portanto infungíveis.

- e) a inclusão da obrigação adicional de fornecimento dos 9 conjuntos de baterias no contrato de fornecimento de dez navios não provoca um aumento considerável dos custos, e sempre este custo estava já previsto pela entidade adjudicante, embora ao abrigo de contrato autónomo, não sendo assim um acréscimo global de custos para o projeto, apenas a sua inclusão num único contrato;
- f) São trabalhos que manifestamente não excedem 50% do preço contratual, uma vez que este é de € 52.440.000,00 e o preço dos 9 conjuntos adicionais de baterias é de cerca de € 16.000.000,00, constituindo cerca de 30% do preço contratual inicial;
- g) Não se traduz numa alteração da natureza do contrato, permanecendo um contrato de fornecimento de bens, sendo apenas ampliadas as obrigações de fornecimento por parte do Cocontratante, que já tinha a obrigação de fornecer os 10 navios e 1 conjunto de baterias (para o navio líder), passando a incluir o fornecimento da totalidade dos navios (10) e dos conjuntos das baterias (10).

2.16 Nessa mesma devolução, foi ainda a entidade requerente questionada nos seguintes termos:

Justifique, detalhadamente, o acréscimo ao montante de despesa que o instrumento em apreço comporta, mais demonstrando se em causa estão serviços de espécie diferente dos inicialmente contratados e comparando os valores com os preços unitários inicialmente propostos.

2.17 Tendo aquela respondido:

O acréscimo ao montante de despesa justifica-se pela necessidade de a prestação de serviços a que se refere o contrato n.º 03/2021-TT incluir não só o projeto, conceção construção e fornecimento de dez navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias, mas ainda o fornecimento de todos os conjuntos das baterias por parte do Cocontratante, em vez de apenas um único conjunto para o navio líder.

Tal deveu-se ao facto de o Cocontratante ter elaborado o projeto de instalação elétrica do navio em parceria com as firmas ABB AS IA Marine & Ports e CORVUS ENERGY, conferindo-lhe capacidade suficiente para cumprir os requisitos de autonomia e velocidade definidos nos requisitos técnicos fixados para os navios, nos termos do Caderno de Encargos do concurso público então aberto para o fornecimento da solução integral. Esta solução foi a escolhida no concurso público, de entre várias outras alternativas, pelo que alterar agora a solução poria em causa esse anterior concurso e o contrato celebrado ao seu abrigo, bem como toda a solução encontrada para os navios e a sua certificação.

O Sistema de Armazenamento de Energia (SAE) foi proposto de modo a que a Transtejo pudesse garantir a aquisição dos restantes nove conjuntos de baterias iguais às testadas e aprovadas pela Sociedade Certificadora e pela Autoridade Marítima Nacional para o Navio Líder.

O Cocontratante submeteu à aprovação da Sociedade Classificadora todos os elementos necessários à classificação dos navios, incluindo o Sistema de Armazenamento de Energia (SAE).

A opção inicial de aquisição das baterias autonomamente por parte da Transtejo foi posta supervenientemente em causa pela alteração das circunstâncias macroeconómicas, em particular a evolução do preço do lítio no mercado internacional e o câmbio do dólar norte-americano face ao euro, assumindo-se agora como única solução a integração do fornecimento no contrato de fornecimento dos navios de todos os conjuntos das baterias. Ainda se tentou a aquisição autónoma dos 9 conjuntos de baterias junto do seu único fornecedor, todavia, face à não apresentação de proposta por parte da CORVUS ENERGY aos dois ajustes diretos lançados para aquisição das baterias e dado não existir alternativa ou substituto às baterias desenvolvidas pela CORVUS ENERGY, uma vez que tanto os navios como o Sistema de Armazenamento de Energia (SAE) foram concebidos como um todo, constituindo um projeto inovador, especificamente desenvolvido para o projeto de renovação da frota da Transtejo, escolhido no âmbito de um concurso público, sendo imperativo implementar rigorosamente todos os materiais e equipamentos constitutivos da solução técnica escolhida, tanto mais que é esta que se encontra, como um todo, sob processo de certificação oficial, sendo, portanto, infungível. A aquisição das baterias a outros fornecedores imporia à Transtejo custos excessivos em testes, ensaios, vistorias, obrigando à repetição de todo o processo de obtenção de autorizações e certificação para os restantes navios a adquirir. Obrigando também a alterações substanciais aos navios a fornecer, que passariam a ser outros navios, com outra solução técnica, diversa da escolhida no concurso público que lhe está na origem.

Posto isto, a única opção viável passou por incluir o fornecimento de todos os conjuntos das baterias e instalação das mesmas por parte do Cocontratante, o qual as adquire diretamente à CORVUS ENERGY.

Deste modo, entende-se justificado o acréscimo de despesa deste contrato, que não é um acréscimo de despesa global do projeto, pois o valor da aquisição das baterias já era um encargo considerado pela Transtejo.

Por outro lado, os serviços complementares em causa não possuem diferente natureza, uma vez que apenas se contratualizou o fornecimento adicional de mais elementos do componente dos navios que, inicialmente, seria adquirido diretamente pela Transtejo e entregue ao Cocontratante para ser por este instalado nos navios. A diferença passa por, agora, ser obrigação do Cocontratante adquirir todos os 10 conjuntos de baterias e não apenas 1 conjunto de baterias.

As características técnicas destes nove conjuntos de baterias são rigorosamente iguais ao conjunto que já constituía obrigação de fornecimento pelo estaleiro no âmbito do Contrato nº 3/2021-TT, por forma a que todos os 10 navios cumpram com o projeto elaborado em sede de execução contratual, bem com cumpram as mesmas exigências operacionais e de segurança, assim garantindo a sua certificação, de acordo com a solução escolhida no âmbito do concurso público que lhe esteve na origem.

Concretamente, trata-se ainda da prestação de serviços de conceção construção e fornecimento de dez navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias.

De referir que, inicialmente, apenas o valor de um conjunto de baterias se encontrava englobado no preço contratual, o qual, de acordo com o constante da proposta do adjudicada, se fixava no montante de 1.598.400,00€, conforme lista de preços unitários anexo ao processo do concurso apresentada em julho de 2020. Todavia, a variação e posteriormente a evolução crescente e exponencial do preço de matérias-primas para fabrico deste tipo de baterias, com destaque para o preço do lítio no mercado internacional, que subiram rápida e drasticamente (o preço do lítio e do cobre, nos últimos 2 anos, tiveram um acréscimo de, aproximadamente, 500% e 150%, respetivamente), o que levou a que o preço de cada conjunto de baterias tenha vindo a aumentar, situando-se, à data da celebração da adenda dos serviços complementares no montante de 1.723.616,00€, o que representa uma variação de aproximadamente 7,8% sobre o valor de referência do Concurso.

2.18 Foi ainda colocada à entidade requerente outra questão:

Pese embora a opção gestonária da não inclusão das baterias aquando da realização do procedimento para o fornecimento dos navios, justifique, legalmente, como considera que uma necessidade que já seria conhecida aquando da aquisição dos navios (em virtude da inutilidade dos mesmos sem as baterias), poderá traduzir-se numa alteração imprevisível das circunstâncias para efeitos do disposto no artigo 312.º do CCP.

2.19 Ao que a entidade fiscalizada, respondeu:

Embora fosse conhecida a necessidade de inclusão das baterias nos navios, existiu uma alteração imprevisível das circunstâncias, nos termos do artigo 312.º do CCP, uma vez que o motivo impeditivo da entidade CORVUS ENERGY apresentar proposta no âmbito de ambos os procedimentos por ajuste direto se prendeu com o aumento substancial do preço do lítio nos mercados internacionais e a evolução desfavorável e imprevisível do câmbio do dólar norte-americano face ao euro, o qual, entre o momento em que foi fixado o preço base do procedimento até à data de apresentação da proposta (e, ainda mais, à data da produção das baterias), impossibilitou a CORVUS ENERGY de apresentar uma proposta financeiramente viável que respeitasse o preço base.

Aliás, basta atentar para a diferença do preço base em ambos os procedimentos por ajuste direto, cujas deliberações de abertura datam de 18.04.2022 e 09.06.2022, para verificar uma diferença de preço num total de cerca de € 2.500.000,00 para os nove conjuntos de baterias (cfr. procedimentos por ajuste direto que se juntam em anexo, em resposta à questão n.º 10).

2.20 Tendo em consideração os procedimentos prévios de ajuste direto realizados, o DFP colocou à requerente a seguinte questão:

Atendendo a que a necessidade de aquisição de baterias já havia sido identificada no âmbito do Processo n.º 237/2021, tendo sido informado pela entidade fiscalizada que as mesmas seriam adquiridas em procedimento concursal distinto do da aquisição dos 10 navios, esclareça e fundamente legalmente a opção pela realização de um procedimento de ajuste direto com convite à entidade Corvus Energy, em detrimento de um procedimento aberto ao mercado, em respeito pelos princípios da transparência e da concorrência.

2.21 A entidade requerente apresentou a seguinte resposta:

A aquisição dos conjuntos das baterias à CORVUS ENERGY resultou de um procedimento de concurso público, aberto e transparente. Quando foi aberto o concurso público para fornecimento de 10 navios elétricos, foram apresentadas várias soluções, tendo sido escolhida a solução adjudicada, que incluía o sistema de propulsão elétrico e de baterias da CORVUS ENERGY (também desenvolvido pela ABB). Assim, derivado da escolha feita nesse concurso público, a solução só pode ser agora a escolhida nesse procedimento aberto e transparente, pois qualquer outra solução poria em causa a escolha aí feita e consubstanciaria um outro navio e uma outra solução, que não a adjudicada.

Assim, a opção de recorrer a um procedimento de ajuste direto com convite à entidade CORVUS ENERGY em detrimento de um procedimento aberto ao mercado prendeu-se com o facto de no âmbito do contrato para fornecimento de dez navios, celebrado na sequência do procedimento pré-contratual por concurso público com publicidade internacional (com a ref.ª 006/2020-DJC-TT), constituir obrigação do Cocontratante fornecer um conjunto de grupos de baterias principais CORVUS Dolphin Power, que permite a execução das provas ao cais e de mar dos diversos navios, condição essencial para a certificação das mesmas e apresentar um esquema de aprovação, os quais integram o sistema de gestão de baterias a instalar a bordo dos restantes navios, cuja certificação global será obtida em observância das regras da Sociedade Classificadora, de forma a permitir a certificação "Battery System".

A entidade CORVUS ENERGY colaborou na realização do projeto de instalação elétrica do navio, em respeito pelos requisitos técnicos fixados para os navios, nos termos do Caderno de Encargos do concurso público aberto para a escolha do adjudicatário do fornecimento dos 10 navios elétricos, no qual se inclui o Sistema de Armazenamento de Energia (SAE), o qual foi testado e aprovado pela Sociedade Certificadora e Autoridade Marítima Nacional para instalação no Navio Líder.

A conceção e projeto dos sistemas elétricos de bordo, seu dimensionamento, controle e gestão são fundamentais para a operação diária a realizar pelos navios, tendo sido idealizados à medida para instalação nos concretos navios a fornecer, pelo que não pode um qualquer fornecedor do mercado fabricar e fornecer tal Sistema de Armazenamento de Energia (SAE), pois tal equivaleria a um outro navio e uma outra solução que não a saída do concurso público.

Aliás, foi junto à deliberação de abertura dos procedimentos por ajuste direto um Parecer Técnico que sustenta a infungibilidade das baterias CORVUS Dolphin Power concebidas e projetadas pela entidade CORVUS ENERGY para instalação no Sistema de Armazenamento de Energia (SAE) nos navios a fornecer.

A opção inicial de aquisição das baterias autonomamente por parte da Transtejo prendeu-se com estimativas que vieram a tornar-se inviáveis, derivado das supervenientes circunstâncias macroeconómicas, em particular a evolução do preço do lítio no mercado internacional e das alterações do câmbio do dólar norte-americano face ao euro, sendo a CORVUS ENERGY canadiana.

Neste sentido, por apenas puderem ser adquiridas as baterias à entidade CORVUS ENERGY, entende-se encontrar-se fundamentada a escolha do procedimento por ajuste direto com fundamento no art. 24.º/1/e)/ii do CCP, atenta a falta de concorrência por motivos técnicos.

Em anexo junta-se parecer da Prof.ª Raquel Castro, que suportou a deliberação do Conselho de Administração que consubstanciou a decisão de contratar do procedimento por ajuste direto com convite à entidade CORVUS ENERGY (**Doc. n.º 6** que se junta em anexo).

2.22 Questionou ainda o DFP:

Perante a não apresentação de proposta ao primeiro procedimento de ajuste direto, justifique a abertura de novo procedimento de ajuste direto com convite à mesma entidade e não a outras entidades que operam no mercado.

Esclareça se foi efetuada alguma consulta informal junto da Corvus Energy, com vista à obtenção das características específicas e dos preços dos conjuntos de módulos de baterias marítimas, remetendo evidência da mesma.

2.23 Tendo a entidade requerente apresentado a seguinte resposta:

A abertura de novo procedimento por ajuste direto com convite à mesma entidade teve por base os fundamentos expostos na resposta à Questão n.º 6. Ou seja, replicou-se a fundamentação de facto e de direito para lançamento do primeiro procedimento por ajuste direto, pelo que, conforme exposto, não poderia outro operador no mercado fornecer as baterias em causa, dado que as mesmas foram concebidas pela entidade CORVUS ENERGY com base o projeto elaborado à medida para os navios a fornecer, sendo infungíveis, de acordo com o Parecer Técnico junto com a deliberação de abertura de procedimento. O que equivale a dizer que, por motivos técnicos, não existe concorrência. Escolher agora uma outra solução poria em causa o concurso público aberto para o fornecimento dos 10 navios e equivaleria a uma alteração substancial ao contrato em vigor.

O lançamento de um segundo procedimento consubstanciou uma tentativa adicional da Transtejo para que a entidade CORVUS ENERGY pudesse ultrapassar as dúvidas decorrentes de dificuldades na apresentação da proposta associadas ao atual contexto de incerteza dos mercados internacionais, que confirmou o agravamento do preço da aquisição das baterias marítimas, a qual, contudo, foi infrutífera.

Conforme referido em resposta a questões anteriores, as características técnicas das baterias resultaram do projeto elaborado pela própria CORVUS ENERGY, sendo que a elaboração do projeto dos navios, Sistemas de Armazenamento de Energia (SAE) e baterias era do Cocontratante, nos termos do contrato n.º 03/2021-TT e resultaram do concurso público aberto para o efeito. Configuram, portanto, uma solução técnica feita à medida para os navios em causa, sendo infungíveis. De referir, ainda, que para efeito de elaboração das especificações técnicas incluídas no Caderno de Encargos de ambos os procedimentos por ajuste direto, a TRANSTEJO, solicitou ao Cocontratante no âmbito do Contrato n.º 03/2021-TT toda a documentação técnica para o efeito.

Para demonstração do acima exposto, veja-se a seguinte documentação que se junta em anexo como **Docs n.ºs 7 a 10**:

- Declarações do Cocontratante do qual figuram os motivos técnicos pelos quais apenas podem ser adquiridas as baterias da entidade CORVUS ENERGY (**Doc. n.º 7**);
- Carta da TRANSTEJO dirigida ao Cocontratante através do qual solicita toda a documentação que contenha as características das baterias e Sistema de Armazenamento de Energia (SAE) e questiona se apenas a CORVUS ENERGY pode fornecer tais baterias e resposta do Cocontratante (**Doc. n.º 8**);
- Parecer Técnico da RINAVE que analisa a infungibilidade do projeto (**Doc. n.º 9**);
- BV Certificação sistema baterias (**Doc. n.º 10**).

2.24 Em sessão diária de visto de 01/02/2023, foi o contrato novamente devolvido à requerente para indicar qual o atual estágio da execução do contrato de aquisição de navios, nomeadamente, se e quantos, foram já entregues e se estão em funcionamento, e ainda para resposta aos seguintes pontos:

- a) *No âmbito do processo de fiscalização n.º 237/2021, relativo à aquisição de 10 navios de passageiros que foi objeto de modificação pelo instrumento em apreço, foi afirmado por essa entidade que foi opção técnica incluir no contrato apenas um conjunto de acumuladores elétricos (baterias) e que “sendo os acumuladores elétricos considerados como equipamento de desgaste, e, portanto, de vida útil*

inferior à de cada unidade (mínimo de 7 anos, conforme peças do procedimento), serão objeto de um Concurso autónomo para o fornecimento das baterias necessárias à operação dos navios, não sendo assim integradas no presente fornecimento”. Tendo em consideração a afirmação então efetuada, justifique que o “concurso autónomo” nunca tenha sido efetuado.

- b) Na sequência da questão anterior, esclareça se à data das afirmações transcritas era já entendimento dessa entidade que as baterias apenas poderiam ser fornecidas pelo fabricante dos navios, justificando a sua resposta e enquadrando-a na decisão técnica de aquisição dos componentes em separado.*
- c) Em caso de resposta negativa à questão anterior, esclareça fundamentadamente o que levou essa entidade à alteração do entendimento de que as baterias seriam bens de desgaste fungíveis e objeto de posterior procedimento concorrencial.*
- d) Perante a alegada incindibilide e inoperabilidade das soluções técnicas inerentes à construção dos navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias, e das próprias baterias, sem as quais os navios não poderão funcionar, esclareça e fundamente documentadamente como entende legalmente possível que tenha sido opção gestionária dessa entidade, a realização de CPI que não tenha contemplado os 2 objetos contratuais, em ordem aos princípios elementares da concorrência, transparência e igualdade de tratamento dos operadores económicos.*
- e) Esclareça se, por via da ora alegada aptidão técnica exclusiva do fabricante dos navios para fornecer as respetivas baterias, se poderá estar a desvirtuar o resultado financeiro do contrato inicial, apresentando os cálculos completos e discriminados da totalidade do fornecimento constante das propostas admitidas.*
- f) Esclareça quanto à decisão proferida no âmbito do Processo 954/20.0BELRA – Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria – Unidade Orgânica 1, remetendo cópia da mesma, ou informe em que ponto se encontra o referido processo.*
- g) Mais informe, como entende legalmente possível que não tenha sido realizado novo procedimento concorrencial, considerando que a aquisição dos bens em causa arredada de procedimento concorrencial, poderá ter por consequência legal a recusa de visto - vide sobre esta matéria o Acórdão n.º 19/2020, 1.ª S/SS, de 01.04.2020, mantido pelo Acórdão 32/2020, proferido no RO n.º 7/20202, e o Acórdão N.º 11/2020 – 1.º S/SS de 18.02.2020, mantido pelo Acórdão n.º 46/2020, proferido no RO 5/2020*
- h) Perante os montantes que compreendem o contrato inicial e o adicional agora submetido, esclareça e demonstre documentalmente, que o resultado financeiro do contrato não se alterou pela não inclusão das baterias no objeto contratual inicial.*
- i) Sem prejuízo da resposta às questões anteriores, pronuncie-se justificadamente sobre qual a versão do CCP que considera aplicável à alegada modificação contratual em*

apreço, esclarecendo em concreto como considera que o fundamento da modificação decorre de facto ocorrido após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, atendendo a que foi opção dessa entidade efetuar a separação da aquisição dos navios da aquisição das baterias, sendo que a necessidade das mesmas era conhecida desde a data em que essa opção de separação foi tomada.

- j) Pronuncie-se ainda sobre a possibilidade de aumento do preço unitário de cada conjunto de acumuladores elétricos (baterias), atendendo a que trata de bem da mesma espécie, em face do disposto no n.º 1 do artigo 373.º do CCP.*
- k) Remeta toda a documentação financeira pelo ano económico de 2023, devidamente atualizada, datada e assinada, de acordo com os mapas e modelos disponibilizados para o efeito na Plataforma eContas, conforme previsto no n.º 4 do artigo 6.º da Resolução n.º 3/2022-PG, publicada no Diário da República n.º 70/2022, Série II de 08/04/2022, nomeadamente:
 - a) Informações de cabimento e compromisso orçamental integralmente preenchidas, incluindo quanto às fontes de financiamento, pelo orçamento do ano de 2023 (Mapas I e II);*
 - b) Informação de encargos orçamentais diferidos ajustada à execução contratual, nos termos do (Mapa III);*
 - c) Informação de controlo de fundos disponíveis de acordo com o compromisso registado no orçamento de 2023 (Mapa IV);*
 - d) Registo de compromisso extraído o sistema informático em utilização nessa entidade, em cumprimento do artigo 6º da do Anexo à Resolução n.º 3/2022;*
 - e) Mapa de fundos disponíveis referente ao mês da inscrição do compromisso em causa, extraído do sistema informático em utilização nessa entidade;*
 - f). Mapa de fundos disponíveis, referente ao mês de inscrição do compromisso, retirado da aplicação da DGO;*
 - g) Extrato de conta corrente do registo informático do compromisso, onde se verifiquem os fundos disponíveis existentes antes e após aquele registo.**

2.25 A entidade fiscalizada respondeu por ofício de 06/03/2023, nos seguintes termos:

a)

É verdade que no concurso relativo à aquisição de 10 navios de passageiros, de que o presente é uma modificação, se entendeu incluir apenas 1 conjunto de acumuladores elétricos (baterias), destinado à realização de testes nos navios, sendo opção, na altura, vir a adquirir os restantes 9 conjuntos (1 para cada um dos restantes navios), em procedimento autónomo.

No entanto, tal não foi possível apenas devido a circunstâncias supervenientes que a Transtejo, apesar de toda a diligência tida, não pôde prever.

(i) Opção por um concurso autónomo

As razões para se ter decidido inicialmente lançar um concurso autónomo, não incluindo a aquisição das baterias no concurso de aquisição de navios, decorrem de razões técnicas e financeiras seguintes:

a) Previamente ao lançamento do procedimento para o fornecimento de 10 navios elétricos e tendo por base a projeção dos custos decorrentes da implementação global do Plano de Renovação da Frota (RCM n.º 11/2019 - € 89.946.000,00), a Transtejo ponderou a opção por (i) integrar os custos de aquisição de todas as baterias marítimas a instalar a bordo no preço final dos navios ou (ii) em autonomizar a sua aquisição.

b) Por razões de natureza técnica e financeira, a opção inicial foi a de autonomizar a sua aquisição, não a incluindo no procedimento de aquisição de navios.

c) As razões de natureza técnica que decorriam especialmente do facto da durabilidade dos módulos de baterias marítimas a instalar a bordo não acompanhar a vida útil do navio, sendo mais curta;

d) As razões de natureza financeira decorriam: (i) da indisponibilidade financeira no momento, não havendo fundos europeus do POSEUR para o investimento em baterias; (ii) a melhor opção financeira ser, então, a locação operacional (renting), pois conforme Parecer VTM 01/2020 (**Doc. 1**), os custos da anualidade do renting das baterias para os primeiros 7 anos, seriam entre um mínimo de 800 mil euros e um máximo de 1,2 milhões de euros (sendo que o posterior Parecer MARLO 04/2021 – **Doc. 2** - considerou um custo total do renting inferior a 9 milhões de euros para o período e número de baterias considerado), o que comparava com um custo de aquisição estimado, na altura, superior a 10 milhões de euros;

e) Assim, a escolha do modelo de locação operacional para a obtenção das baterias marítimas era aquele que, à luz das circunstâncias da altura (janeiro 2020), melhor servia o interesse público.

(ii) Alteração superveniente das razões técnicas

f) No Caderno de Encargos do procedimento por concurso público com publicidade internacional, que resultou na celebração do Contrato nº 3/2021-TT, foram definidas as características técnicas que o Sistema de Armazenamento de Energia deveria possuir (a páginas 42 e 43), elaboradas com base em estudos técnicos de Consultores Externos (MARLO);

g) Em sede de concurso público foram apresentadas 4 propostas, todas elas com a sua específica solução elétrica de armazenamento, de entre as quais foi adjudicada a proposta apresentada pelos estaleiros GONDÁN, atual cocontratante, que apresentou para o seu projeto do Sistema de Armazenamento de Energia, de conceção e desenvolvimento pela ABB, a solução de baterias fabricadas pela CORVUS ENERGY;

h) Este entendimento de só se poder adquirir as baterias incluídas na proposta do adjudicatário, resultou do teor dessa proposta e de uma análise da comparação com outras opções existentes no mercado, no sentido de verificar se seria possível adquirir baterias a outros fabricantes sem alteração substancial do projeto vencedor (o Parecer MARLO 10/2021 - **Doc. 3**) fez uma análise do mercado, comparando 4 outros fabricantes com a solução adjudicada, e concluído que nenhuma outra

solução do mercado poderia substituir a apresentada pela adjudicatária do concurso público internacional, pelo que a Transtejo ficou adstrita à solução escolhida.

i) Qualquer outra solução implicaria modificações relevantes ao contrato de aquisição de navios, por obrigar (i) a uma alteração do projeto dos navios e (ii) a uma nova certificação marítima, tudo (iii) com atrasos consideráveis e incertos, até pela novidade da solução, e (iv) com riscos de perda dos fundos europeus.

(iii) Alteração superveniente das razões financeiras

j) Inesperada e supervenientemente, pois não era uma opção ao dispor no momento do lançamento do procedimento para a aquisição dos navios (em janeiro 2020), por então não haver verbas disponíveis suficientes para o efeito, também ocorreu a possibilidade de a aquisição das baterias vir também a ser cofinanciado pelo POSEUR (Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos) em 75% do seu valor (deliberação de 30 de outubro de 2020, da Comissão Diretiva do POSEUR), o que levou a Transtejo a ter de rever o modelo inicial e a ser forçada a decidir optar pela aquisição da propriedade das baterias marítimas, pois o POSEUR não financia leasing (conforme Parecer VTM 04/2022 - **Doc. 4**: a opção de aquisição com financiamento do POSEUR tornava muito mais económica a opção pela aquisição, comparando os cerca de 8 milhões de euros de renting a uns meros 1,5 milhões de aquisição para os restantes 25% não financiados, para 8 baterias financiadas).

k) Esta a razão superveniente que levou a Transtejo a alterar a sua opção inicial de aquisição dos conjuntos de baterias, por via de uma locação operacional, para uma aquisição da propriedade das baterias.

l) Sendo que, se esta opção tivesse ocorrido antes do lançamento do concurso para aquisição dos navios, teria necessariamente levado à inclusão da totalidade da aquisição dos conjuntos das baterias no mesmo concurso, o que assim não pode suceder.

Ou seja, a opção inicial por um concurso autónomo decorreu de uma inicial ponderação de uma eventual fungibilidade das baterias e por não adquirir a propriedade das baterias, mas antes de as obter mediante uma locação operacional, que se afigurava menos dispendiosa, até pelo período mais curto de vida das baterias face ao dos navios.

No entanto, já conhecedor da solução escolhida no concurso público internacional para a aquisição dos navios, as baterias assumiram uma natureza infungível, porque indissociável da solução técnica escolhida concorrencialmente no concurso público internacional de aquisição dos navios.

No entanto, ainda antes de se ter optado pela modificação objetiva ao Contrato de aquisição de navios, incluindo nele a aquisição de todos os conjuntos de baterias, ainda se tentou adquirir autonomamente as baterias diretamente junto do fabricante, CORVUS ENERGY, único capaz de as fornecer dadas as especificações técnicas e certificações marítimas dos navios e das baterias. Mas dado o mesmo não ser uma empresa da União Europeia e não conseguir oferecer um preço fixo, atentas as flutuações do câmbio do dólar norte-americano face ao euro e ao aumento constante do

preço mundial do lítio, não conseguiu corresponder aos requisitos do CCP, tendo dois procedimentos lançados para o efeito ficado desertos (abril e junho 2022).

b)

À data dos estudos para o lançamento do concurso público internacional para a aquisição dos navios, em finais de 2019 e princípios de 2020, quando se tomou a opção inicial pela não inclusão da aquisição da totalidade das baterias no mesmo concurso de aquisição dos navios e se lançou este concurso, não era entendimento da Transtejo que as baterias só podiam vir a ser fornecidas pelo fabricante dos navios.

Este entendimento só se tornou como a única opção viável atentos os constrangimentos de prazos de entrega dos navios e de obrigações de fundos europeus, após julho de 2022, quando a segunda tentativa feita de as adquirir diretamente junto do fabricante, CORVUS ENERGY, ficou deserta.

Este entendimento de só se poder adquirir as baterias incluídas na proposta do adjudicatário, resultou do teor dessa proposta e de uma análise da comparação com outras opções existentes no mercado, no sentido de verificar se seria possível adquirir baterias a outros fabricantes sem alteração substancial do projeto vencedor

Na verdade, existem vários possíveis fornecedores de soluções de baterias para navios, tendo o Parecer MARLO 10/2021 (cfr. Doc. 3) feito uma análise do mercado, comparando com a solução adjudicada, e concluído o seguinte:

“Todos os sistemas de armazenamento de energia estudados demonstraram serem passíveis de cumprir com os requisitos de potência necessários; contudo, alguns apresentam limitações, como por exemplo, peso, dimensão e tipo de refrigeração.

O caso por exemplo das baterias Léclanche, que são refrigeradas a água, impossibilita a instalação no interior dos navios sem que seja feita uma profunda alteração aos mesmos para suportar este sistema de refrigeração.

As baterias Green Orca e Echadia Energy, apesar de refrigeradas a ar, apresentam características físicas diferentes e não têm um sistema de controlo e sensorização adaptado ao sistema proposto e instalado nos navios vencedores.

As baterias Corvus Dolphin Power cumprem com todos os requisitos do construtor naval nomeadamente em questões de potência, características físicas (tamanho e peso), refrigeração, assim como outras que validam os estudos apresentados pelo próprio estaleiro como perdas de calor, queda de potência, sistema de controlo, interfaces e envelhecimento.”

Assim, tecnicamente foi concluído que nenhuma outra solução do mercado poderia substituir a apresentada pela adjudicatária do concurso público internacional, pelo que a Transtejo ficou adstrita à solução escolhida.

Qualquer outra solução implicaria modificações relevantes ao contrato de aquisição de navios, por obrigar (i) a uma alteração do projeto dos navios e (ii) a nova certificação marítima, tudo (iii) com atrasos consideráveis e incertos, até pela novidade da solução, e (iv) com riscos de perda dos fundos europeus.

c)

Como se deixou referido, a alteração do entendimento da Transtejo resultou da proposta adjudicada no concurso público internacional, que não permitia outra solução técnica, sem custos substanciais, atrasos e incerteza no projeto, aumentando o risco do contrato para a Transtejo (e foram previamente analisados pelos Consultores outras opções do mercado face à proposta adjudicada, tendo concluído pela inexistência de outras soluções viáveis – Parecer MARLO 10/2021 – cfr. Doc. 3).

Este entendimento derivava dos resultados da escolha efetuada no âmbito do concurso público internacional que levou à celebração do contrato com a GONDÁN. Nesse concurso público foram apresentadas 4 soluções, embora 3 delas fossem com o fabricante CORVUS ENERGY e apenas uma com um outro fabricante (TOSHIBA), tendo sido escolhida a proposta da GONDÁN, que propunha uma determinada solução de armazenamento elétrico preparada para o seu projeto de navio (ABB/CORVUS ENERGY) e devidamente certificada por uma sociedade classificadora marítima (Bureau Veritas). Esta solução era diferente de qualquer uma das outras 3 soluções também apresentadas.

Assim, a partir da escolha concorrencial feita neste concurso público internacional, a Transtejo ficou vinculada a esta específica solução da GONDÁN com a CORVUS ENERGY.

Com efeito, os navios, bem como o Sistema de Armazenamento de Energia, necessitam de certificação de segurança marítima para poderem navegar, pelo que era obrigação do cocontratante, decorrente do Contrato nº 3/2021-TT, fornecer baterias para realização de testes dos navios, para efeitos de certificação. Tendo a solução construtiva idealizada conjuntamente pela GONDÁN, ABB e CORVUS ENERGY, sido objeto de certificação, e sendo esta uma solução infungível também do ponto de vista técnico – dado que feita exclusivamente para estes navios - apenas a solução de Sistema de Armazenamento de Energia constante da proposta adjudicada do cocontratante no âmbito de concurso público internacional, poderia ser adquirida.

A opção por incluir a obrigação de adquirir todas as baterias no contrato de aquisição dos navios à GONDÁN, veio a tornar-se a única opção possível e a mais económica, dado terem falhado as tentativas de aquisição direta junto da CORVUS ENERGY. Com a inegável vantagem de transferir igualmente para a GONDÁN o risco de as baterias a adquirir serem as exatamente adequadas aos navios a construir, saindo esse risco da esfera da Transtejo, sendo também o meio mais expedito para evitar atrasos na entrega dos navios.

Em Parecer VTM 11/2022 (Doc. 5), foi atualizado o preço estimado das baterias, em resultado da subida do preço do lítio (27%) e de outros materiais e do custo acrescido do câmbio do dólar, em cerca de 1,7 milhões de euros cada uma, sendo esse o preço oferecido pela GONDÁN, mas que inclui não só as baterias, mas todo o conjunto do sistema elétrico de carregamento, comissionamento, garantia de 1 ano e transporte (em comparação com o preço unitário do conjunto de bateria constante do Contrato, no valor de cerca de 1,6 milhões, trata-se de uma atualização de cerca de 8%, muito inferior ao aumento do preço do lítio e da própria inflação verificada).

d)

Como referido nas respostas anteriores, o conhecimento da incindibilidade e inoperabilidade das soluções técnicas inerentes à construção dos navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias, e das próprias baterias, sem as quais os navios não poderão funcionar, só adveio à Transtejo após o termo do concurso público internacional aberto para a aquisição dos navios.

O concurso público internacional aberto para a aquisição dos navios foi concorrencial, tendo sido apresentadas 4 propostas, cada uma com uma específica solução técnica. Decorreu com total transparência e igualdade de tratamento, tendo o contrato celebrado na sua sequência sido visado pelo Tribunal de Contas, sem qualquer recomendação.

Acresce que a única impugnação judicial havida terminou, confirmando a legalidade da adjudicação feita pela Transtejo.

A modificação objetiva ao contrato que se veio a celebrar com o cocontratante segue as regras previstas no artigo 370.º CCP, por se tratar de um trabalho complementar, não existindo alteração da natureza global do contrato, considerando as prestações principais que constituem o seu objeto, nem implica uma modificação substancial do contrato, tendo em conta que já constava do contrato o fornecimento de 1 conjunto de baterias, sendo a modificação apenas o aumento desse número, ou configura uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Aliás, a modificação proposta decorre de circunstâncias que a Transtejo, apesar de toda a diligência que teve, designadamente recorrendo sistematicamente a pareceres técnicos externos prévios às decisões e obtendo sempre a autorização prévia da Tutela (expressa nas várias RCM e Portarias de extensão de encargos publicadas), não poderia ter previsto.

E nunca ultrapassando os valores limite previstos na lei.

Tenha-se em consideração que, tratando-se de uma empreitada de construção de navios, se aplica especialmente o artigo 370.º CCP (até por remissão do art. 313.º CCP).

Igualmente, não se considera que as alterações introduzidas no contrato, se inicialmente previstas no caderno de encargos do procedimento que o precedeu (inclusão do fornecimento de todos os 10 conjuntos de baterias), teria ocasionado, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas.

Recorde-se que uma das razões para essa não inclusão inicial, foi a falta de financiamento para o efeito. A inclusão de todas as baterias no concurso teria aumentado o preço base, na altura, em pelo menos mais 10 milhões de euros, para 67 milhões, não havendo financiamento garantido para o efeito (ainda não havia financiamento do POSEUR para as baterias).

A opção de uma locação operacional era perfeitamente justificada, na altura, quer financeiramente, quer tecnicamente.

Ao concurso apresentaram-se 4 concorrentes que apresentaram proposta, alguns em agrupamento. A diferença de avaliação das propostas, entre a proposta adjudicada e as restantes, foi significativa:

| Concorrente | Avaliação do Concurso (pontos) | Preço Global Propostas |
|--|--------------------------------|------------------------|
| ASTILLEROS GONDÁN | 1º Classificado (70) | € 52.440.00,00 |
| ESTALEIROS NAVAIS DE PENICHE, S.A AFAI SOUTHERN SHIPYARD (Panyu Guangzhou) Ltd. | 2º Classificado (63) | € 56.890.000,00 |
| MAJESTIC | 3º Classificado (62) | € 56.750.000,00 |
| HOLLAND SHIPYARDS | EXCLUIDA | € 56.999.999,90 |

Nem se concebe como é que a modificação possa alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante, de modo a que este seja colocado numa situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido. Pois, como visto, trata-se de apenas aumentar o número de conjuntos de baterias a fornecer, sendo que o preço fixado se afigura competitivo para o mercado, conforme Parecer de consultor externo obtido previamente.

No Parecer VTM 11/2022 (cfr. Doc. 5), foi atualizado o preço estimado das baterias no mercado, em resultado da subida do preço do lítio (27%) e de outros materiais e do custo acrescido do cambio do dólar, estimando em mais de 1,7 milhões de euros o preço atualizado de cada uma

Este preço atualizado de mercado, correspondia, sensivelmente, ao mesmo preço unitário já apresentado pela GONDÁN na sua proposta em 2020 (€ 1.598.400,00), apenas acrescido de uma atualização inferior à inflação verificada em 2021 e 2022, verificando-se, assim, que o cocontratante objetivamente não aproveitou para obter um enriquecimento à custa da modificação ou deu origem a um desequilíbrio do contrato.

Diga-se, ainda, que anteriormente haviam sido lançados dois procedimentos de ajuste direto ao Fabricante CORVUS ENERGY, um em abril 2022, com o preço base de € 10 milhões, e outro em junho 2022, com o preço base de € 12,5 milhões, tendo os dois ficado desertos.

Assim, fica evidente que o preço de mercado das baterias se situa, pelo menos, no preço fixado na modificação ao contrato.

A opção por incluir a aquisição das restantes baterias no contrato de aquisição de navios decorre exclusivamente de todas as vicissitudes supervenientes antes expostas:

i alteração da opção inicial pela locação operacional, por imposição do POSEUR, que apenas supervenientemente teve possibilidade de financiar a aquisição das baterias;

ii verificação da infungibilidade das baterias, por as mesmas serem tecnicamente indissociáveis da solução adjudicada no concurso publico;

iii impossibilidade de aquisição direta ao fabricante, apesar de duas tentativas feitas;

e

iv *necessidade de garantir os prazos de entrega dos navios, com risco de perda de fundos europeus.*

Como visto, a Transtejo tinha optado inicialmente por obter as baterias autonomamente por via de uma locação operacional (à semelhança do que sucedia em geral para os veículos automóveis elétricos), por os estudos realizados demonstrarem que na altura seria a opção técnica e financeiramente melhor (Parecer VTM 01/2020 – cfr. Doc. 1).

Assim, não faria sentido incluir as baterias no concurso público internacional para a aquisição de navios, para além da única necessária para equipar o navio líder.

No entanto, qualquer das propostas apresentadas detinha uma solução técnica especial, que exigia uma determinada bateria. Aliás, 3 das 4 propostas apresentadas vinham com uma solução do mesmo fabricante, a CORVUS ENERGY (embora com outras soluções para o sistema elétrico global).

Com o abandono da opção da locação operacional, por imposição do POSEUR (que não estava disponível no momento do lançamento do concurso público internacional para a aquisição dos navios), deixou de igualmente ser possível optar pela escolha de uma empresa de locação.

Como visto, após a adjudicação da aquisição dos navios, a Transtejo ainda solicitou aos seus Consultores Técnicos uma análise do mercado de baterias marítimas para verificar se seria possível adquirir a outro fabricante, mas nenhuma outra solução foi considerada tecnicamente possível (Parecer MARLO 10/2021 – cfr. Doc. 3).

Estas considerações, suportadas em Pareceres técnicos de consultores externos, ditaram que não fosse viável outra solução, por razões económicas ou técnicas, designadamente em função da necessidade de assegurar a permutabilidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes, designadamente, os projetos dos navios já adjudicados e em construção.

A alteração das baterias levaria forçosamente à necessidade de alteração dos projetos, pois cada tipo de bateria tem especificações técnicas diferentes, desde logo em termos de dimensões e refrigeração. Mas também obrigaria a um novo processo de certificação da segurança marítima, com resultados incertos, até pela novidade do processo em termos mundiais, sendo a solução CORVUS ENERGY já testada.

Também, a solução de resolver o contrato de aquisição dos navios e regressar ao início, seria altamente inconveniente ou provocaria um aumento considerável de custos. Aliás, essa solução quase certamente ditaria o fim do Projeto de Renovação da Frota da Transtejo, pois como se constatou, os custos não param de aumentar, designadamente pela continuada inflação e pelo risco iminente de perda dos fundos europeus.

Assim, considera-se estarem verificadas as condições legais para se proceder à modificação, sendo que, como se espera ter demonstrado, não se verifica qualquer alteração da concorrência, nem da transparência ou da igualdade de tratamento dos operadores económicos.

e)

Entende-se que não existiu qualquer desvirtuação do resultado financeiro do contrato inicial, porquanto em sede de propostas no âmbito do Concurso Público com publicidade internacional tendente ao “Fornecimento de Dez Navios para a Transtejo”, com a referência 006/2020-DJC/TT, todos os concorrentes apresentaram propostas de projetos de Sistema de Armazenamento de Energia, tendo a proposta adjudicada sido a que melhor ficou classificada por ser a economicamente mais vantajosa, por aplicação do critério de adjudicação definidos em sede de Programa do Procedimento, conforme se pode verificar através do quadro comparativo infra (chama-se a atenção que, por o objeto do concurso não ser o de fornecimento de baterias, mas antes de construção e navios, algumas das propostas não autonomizaram esse item, optando antes por o diluir no conjunto dos restantes custos):

| Concorrente | Avaliação do Concurso (pontos) | Preço Global Propostas | Fornecedor da Solução Elétrica | Marca das Baterias | Principais Características Sistema de Armazenamento Energia | Preço Unitário do Pack de Baterias |
|--|--------------------------------|------------------------|---|----------------------|--|------------------------------------|
| ASTILLEROS GONDÁN | 1º Classificado (70) | € 52.440.00,00 | ABB (responsável pela solução elétrica e fornecimento dos equipamentos) | CORVUS DOLPHIN POWER | A capacidade total instalada a bordo da embarcação de 1.860kWh Corvus Dolphin é um Sistema de Armazenamento de Energia de íões de lítio projetado e construído para a indústria marítima. É a Solução de Armazenagem de Energia ideal para embarcações de alta velocidade e que precisam de carregar as baterias com frequência e rapidez. | € 1.598.400,00 |
| ESTALEIROS NAVAIS DE PENICHE, S.A AFAI SOUTHERN SHIPYARD (Panyu Guangzhou) Ltd. | 2º Classificado (63) | € 56.890.000,00 | DANFOSS EDITRON (Sistema de controlo da propulsão) (não refere um fornecedor para a solução integrada) | CORVUS DOLPHIN POWER | A capacidade total instalada a bordo da embarcação de 1.306kWh Sistema de armazenamento de energia (ESS) completo com os respetivos conjuntos independentes de módulos de baterias marítimas de alta potência | Valor não autonomizado |
| MAJESTIC | 3º Classificado (62) | € 56.750.000,00 | o Sistema Elétrico é da responsabilidade do CONSTRUTOR; o sistema de gestão das baterias é da EATON os Motores elétricos VULKAN | TOSHIBA | A capacidade total instalada a bordo da embarcação será de 1.674kWh Baterias de Li-Ion refrigeradas a ar; As baterias serão equipadas com um sistema de gestão de baterias fornecido pelo fornecedor das baterias, ligado ao sistema MAS | € 3.270.000,00 |

| | | | | | | |
|-------------------|----------|-----------------|---|----------------------|---|------------------------|
| HOLLAND SHIPYARDS | EXCLUIDA | € 56.999.999,90 | o Sistema Elétrico é da responsabilidade do Construtor; os motores elétricos são OSWALD | CORVUS DOLPHIN POWER | A capacidade total instalada a bordo da embarcação será de 1.851kWh; | Valor não autonomizado |
|-------------------|----------|-----------------|---|----------------------|---|------------------------|

Ainda, como já se deixou dito, foi possível adquirir as baterias à GONDÁN por cerca de 1,7 milhões de euros cada uma, o que, diga-se, corresponde a um aumento de cerca de 8% do preço unitário apresentado pela GONDÁN na sua proposta em 2020 (€ 1.598.400,00), verificando-se, assim, em comparação com o maior aumento dos preços das baterias no mercado, que o cocontratante não aproveitou para obter um enriquecimento à custa da modificação.

g)

Analisados os Acórdãos indicados, verifica-se que, em ambos os casos, não se trata de situações equiparáveis à situação em apreço, devendo, por isso, ser tratada de modo distinto e com consequências opostas.

Vejamos a seguinte comparação das 3 situações para fácil visualização:

| | Acórdão n.º 19/2020, 1.ª S/SS, de 01.04.2020, mantido pelo Acórdão n.º 32/2020 | Acórdão n.º 11/2020-1.ª S/SS de 18.02.2020, mantido pelo Acórdão n.º 46/2020 | Caso em apreciação |
|--|---|--|--|
| Circunstâncias do Caso | Celebração de um Protocolo de Cooperação para execução de projeto de I&D AUXDEFENSE, que concede às entidades executantes direitos de produção dos produtos resultantes do projeto em troca de benefício de 75% de aquisição para o MDN face ao valor de mercado; Celebração de dois contratos de aquisição de bens resultantes do projeto através de procedimento de negociação sem publicação de anúncio com apenas uma entidade das que celebraram o Protocolo para cada um dos produtos. | Celebração de Contrato na sequência de concurso público com publicidade internacional para fornecimentos de refeições escolares; Celebração de Contrato na sequência do anterior, por ajuste direto, para fornecimento de refeições escolares intermédias (lanches), mediante convite ao mesmo prestador de serviços, alegando impossibilidades técnicas do ponto de vista logístico, operacional e financeiro, apenas sendo viável ser o mesmo fornecedor em ambos os contratos. | Concurso Público com publicidade Internacional para fornecimento de dez Navios e 1 conjunto de baterias; As restantes baterias inicialmente seriam a adquirir autonomamente, por razões técnicas e inexistência de financiamento; Supervenientemente, pela proposta adjudicada, verificou-se que as baterias apenas poderiam ser fornecidas por um Fabricante, uma vez que foram projetadas especificamente para os navios em causa, além de terem sido alvo de certificação marítima de segurança por entidade certificadora. Qualquer alteração das baterias implica alteração do projeto e nova certificação, com atrasos na entrega dos navios e perda dos fundos europeus. Tentativas de aquisição direta das baterias ao Fabricante ficaram desertas. Modificação contratual (art. 370.º CCP) para incluir fornecimento de todas as baterias; |
| Possível Facto Restritivo da Concorrência | A escolha dos adjudicatários por procedimento de negociação teve exclusivamente por fundamento o Protocolo celebrado, que não teve na base qualquer concorrência na escolha das entidades que o celebraram. | Escolha do mesmo adjudicatário, por ser já quem fornecia as refeições e poder fornecer também os lanches. Não é fundamentada a razão por que não se contratou logo os lanches com as refeições, não havendo imprevisibilidade na nova adjudicação. | Inclusão no contrato de aquisição de navios (que já previa o fornecimento de 1 conjunto de bateria) da aquisição das restantes 9 baterias. O contrato de aquisição de 10 baterias resulta de um concurso público internacional. Porque não se incluiu logo no concurso inicial a aquisição de todas as baterias, se já seria possível saber que seriam necessárias. |
| Origem da Restrição | Protocolo celebrado previamente que influenciou na escolha do procedimento aquisitivo fiscalizado e entidades convidadas | Adjudicatário em concurso público com publicidade internacional para venda de refeições | Proposta adjudicada em sede concurso público com publicidade internacional, contendo já uma solução técnica específica com baterias |
| Formalização da Aquisição | Procedimento de negociação sem publicação de anúncio com apenas uma entidade para cada produto Resultante do Protocolo de Colaboração | Ajuste Direto, com fundamento em necessidade de proteção de direitos exclusivos Fornecimento de lanches a par dos almoços | Modificação contratual - trabalhos complementares (art. 370.º CCP) O contrato já prevê o fornecimento de um conjunto de 10 baterias, prevendo-se a ampliação a mais 9 conjuntos |
| Justificação da legalidade | A legalidade foi justificada com base na celebração do Protocolo com algumas entidades. A aquisição só poderia ser | O concurso público teve por objeto apenas a venda de almoços. Mas a venda de lanches, cuja necessidade só apareceu | A necessidade de incluir a aquisição de todas as baterias ao mesmo fornecedor dos navios, só ocorreu posteriormente ao concurso público inicial. |

| | | | |
|--|--|---|---|
| | <p>feita às mesmas entidades que subscreveram o Protocolo.</p> <p>A escolha das entidades subscritoras do Protocolo não foi precedida de qualquer procedimento concorrencial</p> | <p>posteriormente, só podia ser feita pela mesma entidade que ocupava a cozinha.</p> <p>Não se encontra justificada a razão por não se ter logo incluído os lanches no concurso inicial, dado que já era previsível na altura que também seriam necessários</p> | <p>É decorreu de circunstâncias fora do controle da Transtejo apesar de toda a diligência tomada inicialmente julgou-se possível adquirir as baterias a uma empresa de locação operacional e até a outro fornecedor de baterias, mas a superveniência de financiamento do POSEUR obrigou a afastar a hipótese de locação operacional além de as soluções técnicas apresentadas no concurso público de aquisição dos navios impediam a escolha de outro fabricante de baterias, sem alterações substanciais ao contrato.</p> <p>As especificações das baterias ficaram determinadas na proposta apresentada e adjudicada no concurso público internacional, sendo que uma modificação das mesmas levaria a uma alteração do projeto dos navios e de nova certificação marítima, tudo com atrasos consideráveis e incertos, dada a novidade da solução.</p> <p>A Transtejo ainda tentou adquirir diretamente as baterias ao fabricante, mas dois procedimentos lançados para o efeito ficaram desertos.</p> <p>Face aos prazos de entrega dos navios e à possibilidade de perda de fundos europeus, a única solução alternativa foi a de incluir no contrato de aquisição dos navios também a aquisição de todas as baterias.</p> <p>Esse fornecedor já fornecia um conjunto de baterias, pelo que as restantes seriam idênticas.</p> <p>O preço apresentado corresponde a um incremento de cerca de 8% do valor constante da proposta inicial, o que é menos que a inflação acumulada de 2021 e 2022 (2,7% + 9,6%) e muito menos que a subida do preço do lítio em 2022 (27%) e até menos que o valor supletivo de revisão de preços fixado no art. 3.º/4 do DL 36/2022 (10%).</p> <p>Todas as soluções foram precedidas de Pareceres técnicos de consultores externos e do respaldo financeiro do Governo, em RCM e Portarias de extensão de encargos.</p> <p>Assim, fica demonstrado que a modificação cumpre os critérios do artigo 370.º CCP, quanto aos</p> |
| | | | <p>fundamentos, condições e limite de valor</p> <p>Encontra-se objetivamente justificada a razão por não se ter incluído inicialmente no concurso dos navios a aquisição de todas as baterias</p> |

A comparação acima feita demonstra que os 2 Acórdãos indicados tratam de situações em que se verificaram restrições ilícitas à concorrência cuja origem advém de opções das entidades adjudicantes prévias à formalização da aquisição e escolha do respetivo procedimento que a condicionaram.

Pelo contrário, na situação em análise, a modificação contratual resultou de alterações supervenientes externas à Transtejo e que apesar de toda a sua diligencia (expressa em pareceres de

consultores técnicos externos e autorizações do Governo) não era possível de prever (financiamento do POSEUR que afastou a possibilidade de locação operacional; infungibilidade das baterias; e impossibilidade de aquisição direta ao fabricante).

Posto isto, fica evidente que, contrariamente às duas situações dos Acórdãos citados, no presente caso, a opção por um novo procedimento concorrencial não iria permitir à Transtejo adquirir as baterias específicas necessárias para finalizar os navios, tendo sido o mercado concorrencial, no concurso público internacional de aquisição dos navios, que determinou a solução que esta teria de adquirir, ou, por outras palavras, o bem concreto e o fabricante único que o podia fornecer.

Ainda, também diversamente dos dois Acórdãos, não se verifica uma ilícita subtração da aquisição das baterias ao concurso inicial, mas antes uma alteração das circunstâncias externas à Transtejo (financiamento do POSEUR; solução específica das propostas apresentadas no concurso público; e impossibilidade comprovada de adquirir diretamente ao fabricante) que impôs a modificação do contrato, única economicamente viável, e sem riscos para a construção dos navios, com benefícios em termos de prazo, que permite manter os financiamentos europeus.

h)

Como já visto, o contrato inicial foi adjudicado pelo valor mais baixo das 4 propostas apresentadas no procedimento concursal, pelo valor de € 52.440.00,00 (o preço base era de 57 milhões de euros e todas as restantes foram perto desse valor). O preço unitário do conjunto de baterias constante do contrato era de € 1.598.400,00 (inclui todo o sistema de armazenagem e elétrico, para além das baterias).

O preço dos 9 conjuntos de baterias (e sistemas elétricos) contante da modificação aqui em causa, é de € 15.512.544, correspondendo a um valor unitário de € 1.723.616, o que face ao valor do contrato, significa um acréscimo de cerca de 8%, muito inferior ao aumento do preço do lítio no mercado (27%) e até inferior ao valor acumulado da inflação de 2020 (data da entrega da proposta inicial) até 2022 (data da proposta do aditamento). O valor da inflação fixado pelo INE para 2021 e 2022 foi, respetivamente, o seguinte: (i) a taxa de variação homóloga do IPC em 2021 foi 2,7%; (ii) a Taxa de variação homóloga do IPC de 2022 foi de 9,6%.

Só pelo valor acumulado da inflação, já poderemos considerar que o preço do conjunto de baterias diminuiu em vez de aumentar.

Ou seja, podemos concluir que não se verificou um acréscimo de custos reais com a inclusão desta aquisição no objeto do contrato, pelo contrário, até existiu uma pequena economia.

Podemos ver a evolução do valor previsto para o conjunto do projeto de navios elétricos, que inclui 4 componentes: (i) os navios, (ii) a manutenção, (iii) as estações de carregamento em terra, (iv) e as baterias, como segue:

| diploma | Valor total | observações |
|-----------------------|--------------------|---|
| RCM n.º 11/2019 | € 89.946.000,00 | frota € 57.000.000,00; manutenção € 32.946.000 |
| RCM n.º 45-A/2021 | € 89.946.000,00 | Frota/ estações € 61 145 497,00 Manutenção € 28 800 505,00 |
| RCM n.º 33/2022 | € 99.346.002,00 | Frota/estações € 70.545.497,00 manutenção € 28.800.505,00 |
| Portaria n.º 49/2022 | € 10.000.000,00 | baterias |
| Portaria n.º 856/2022 | € 16.000.000,00 | baterias |

Assim, temos que, inicialmente, se estimava o valor previsto para a aquisição dos 10 navios e das baterias em € 67 milhões (sendo 57 milhões para os navios e 10 milhões para as baterias). Aconteceu que foi possível adquirir os 10 navios no concurso por apenas 52,4 milhões, economizando 4,6 milhões.

Posteriormente, atenta a evolução dos preços em 2022, estimou-se um valor para a aquisição dos navios e baterias em 68,4 milhões (52,4 milhões para os navios e 16 milhões para as baterias).

A adição da aquisição das baterias ao valor do contrato inicial de aquisição de navios, elevou o valor do mesmo de 52,4 milhões para 67,9 milhões, ainda assim abaixo do valor total previsto para as duas rubricas, em 500 mil euros.

Assim, entende-se que o resultado financeiro do projeto não se alterou pela inclusão das baterias no objeto do contrato de aquisição de navios, uma vez que tal despesa sempre esteve prevista e não se agravou pela inclusão da mesma no contrato inicial por via da modificação contratual operada, antes, até resultou nalguma economia global.

Com efeito, a diferença entre o valor previsto inicialmente para as baterias e o resultante após celebração do aditamento, nas palavras do preâmbulo da Portaria de Extensão de Encargos 856/2022, resultam apenas da

“evolução da pandemia COVID-19 na China, a situação de conflito militar que subsiste na Ucrânia e os constrangimentos logísticos acumulados ao longo dos últimos meses resultaram num agravamento substancial dos custos de produção das baterias marítimas, verificando-se um incremento substancial do respetivo encargo face ao inicialmente estimado e autorizado pela Portaria n.º 49/2022, de 14 de janeiro.”

Também, a Transtejo solicitou aos seus Consultores uma análise da evolução dos preços das baterias marítimas para verificar se o aumento dos valores estava de acordo com o mercado. Nos termos do Parecer VTM 11/2022 (cfr. Doc. 5), esse aumento foi confirmado,

“Mais recentemente, e de acordo com dados obtidos no site Trade Economics, pode verificar-se a continuada e significativa evolução no preço da tonelada de lítio durante 2022, tendo sido atingido um máximo histórico em novembro de 2022 de quase 600.000 yuans por tonelada (cerca de 81.000 € por tonelada) (...).

Adicionalmente a esta subida de preço no lítio, também os custos das operações logísticas, em particular de transporte, e de mão-obra têm subido significativamente, tendo estes últimos sofrido um aumento médio de 6,7%, de acordo com um decreto-lei publicado pela Presidência do Conselho de Ministros a 20 de maio de 2022, onde quantificou a subida de preços de algumas matérias-primas assim como dos custos de mãos de obra e o seu impacto nos contratos públicos. Aliado à subida do preço das matérias primas, também as flutuações cambiais do euro face ao dólar americano, (...) têm tido um impacto significativo no custo dos packs de baterias visto que os orçamentos recebidos foram sempre apresentados em dólares americanos, uma vez que a entidade fabricante tem sempre por referência a referida moeda. A flutuação cambial constitui um fator igualmente decisivo no aumento dos preços das baterias, até pela volatilidade diária e semanal que a mesma reflete, tornando difícil obter um preço fixo em Euros.”

Concluindo o Parecer VTM 11/2022 (cfr. Doc. 5), que o aumento do valor está “em linha com as estimativas que mostram um incremento no custo total das baterias com base de lítio em cerca de 27% em relação aos preços de 2021.

i)

Entende a Transtejo que é aplicável a redação do CCP promovida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que, entre outras alterações, alterou a Parte III (na qual se insere o art. 370.º), relativa à modificação contratual e respetivas consequências.

O art. 27.º/2/b) da citada Lei n.º 30/2021, determina que a nova redação do art. 370.º CCP se aplica aos contratos (i) que se encontrem em execução à data da sua entrada em vigor, (ii) desde que o fundamento da modificação decorra de facto ocorrido após essa data.

Ora, considerando que o Contrato n.º 3/2021-TT se encontrava em execução à data da entrada em vigor da referida Lei n.º 30/2021 (20.06.2021) e a decisão de não adjudicação e conseqüente revogação da decisão de contratar do segundo procedimento por ajuste direto lançado pela Transtejo com vista a adquirir as baterias a instalar nos navios diretamente à CORVUS ENERGY data de 28.07.2022, entende-se ser este o facto constitutivo que deu origem à necessidade de proceder à modificação contratual operada, porquanto somente nessa data surgiu a necessidade de proceder a uma modificação contratual do contrato celebrado entre a Transtejo e a Cocontratante, como a única solução viável para adquirir as baterias em tempo útil da entrega dos navios.

Com feito, a opção da Transtejo de adquirir os navios e adquirir as baterias em separado não é o facto que justificou a modificação contratual, porquanto, a essa data, sempre foi desígnio da Transtejo proceder à aquisição das baterias por via de outro procedimento pré-contratual, sendo que, somente quando impossibilitada de o fazer, por motivos externos, surgiu o fundamento (necessidade) da modificação contratual.

De qualquer forma, também se entende que a pretendida modificação feita ao abrigo do artigo 370.º CCP se encontra justificada por esse normativo, quer pela redação decorrente da revisão feita pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, quer pela redação feita pela Lei n.º 30/2021. No primeiro caso, a modificação cumpre o previsto no artigo 370.º, n.º 4, no segundo caso cumpre o previsto no artigo 370.º, n.ºs 2 e 4.

j)

Como já visto, os preços apenas sofreram uma correção de cerca de 8% face ao valor contratual (1,59 milhões vs 1,72 milhões), abaixo do valor da inflação acumulada de 2021 e 2022 (2,7% + 9,6%, segundo o INE) e até abaixo do valor de revisão de preços fixada supletivamente pelo Decreto-Lei n.º 36/2022, de 20 de maio (10% - art. 3.º/4).

Este aumento teve respaldo na Portaria de Extensão de Encargos n.º 856/2022, que expressamente reconheceu o aumento de preços, e foi justificada pelos Consultores, por Parecer VTM 11/2022, que concluiu ser o aumento em linha com o valor de mercado, principalmente tendo em conta o brutal aumento do valor do lítio no mercado mundial, principal componente das baterias, assim estando “em linha com as estimativas que mostram um incremento no custo total das baterias com base de lítio em cerca de 27% em relação aos preços de 2021.”

Ou seja, o valor unitário não aumentou, pelo contrário, em resultado do efeito da inflação acumulada em 2021 e 2022, o valor decresceu face ao valor contratual.

Mais indique, qual o atual estágio da execução do contrato de aquisição de navios nomeadamente, se e quantos, foram já entregues, e se estão em funcionamento

À presente data, foram já concluídas com sucesso as provas ao navio líder, estimando-se a sua chegada ao porto de Lisboa até ao próximo dia 15/03/2023.

Para o efeito, remetem-se imagens do navio em navegação, que se podem visualizar no ficheiro junto.

No global, a execução do contrato, física e financeira, por navio, encontra-se neste momento nos termos expostos na tabela abaixo (estando muito dependente da chegada ao estaleiro dos packs de baterias, sem os quais não é possível prosseguir com a conclusão de mais navios):

| Referência de Construção | Processo da DGRM | Nome da Embarcação | Execução do Contrato a 02/02/23 | | | | | | | | Observações (Não inclui os 9 Conjuntos de Baterias) | | |
|--------------------------|------------------|----------------------|--|---|---|---------------|-------------------|-------------------------------------|---|---|---|-------------------|---|
| | | | Visto do TC, Início do Projeto (1% Preço Global) | Assentamento da quilha, Início da Construção (2% do Preço Global) | Montagem da Superestrutura no Casco, fecho do convés (2% do Preço Global) | Ida para água | Início das provas | Fim das provas (2% do Preço Global) | Chegada ao Porto de Lisboa (1% do Preço Global) | Receção Provisória (2% do Preço Global) | | % execução física | |
| 1º NAVIO | C493 | Processo nº C-6-2021 | Cegonha Branca | X | X | X | X | X | X | | | 99% | A receção provisória está prevista para meados de março |

| | | | | | | | | | | | | | | |
|----------------------------------|------|-----------------------|----------------------|---|---|---|---|--|--|--|--|--|------------|---|
| 2ºNAVIO | C494 | Processo nº C-3-2022 | Garça-Vermelha | X | X | X | X | | | | | | 95% | Aguarda a instalação das baterias para se iniciar as provas |
| 3ºNAVIO | C495 | Processo nº C-4-2022 | Flamingo Rosa | X | X | X | | | | | | | 85% | A terminar a montagem dos equipamentos e o aprestamento dos salões. Quase todo o equipamento está em armazém |
| 4ºNAVIO | C496 | Processo nº C-9-2022 | Íbis-Preto | X | X | X | | | | | | | 70% | A iniciar a montagem dos equipamentos de navegação e o aprestamento dos salões. Grande maioria do Equipamento está em armazém |
| 5ºNAVIO | C497 | Processo nº C-33-2022 | Tarambola-Dourada | X | X | | | | | | | | 45% | A terminar a fase da laminagem interior e a montar os equipamentos de propulsão. Quase todo o equipamento já se encontra em armazém |
| 6ºNAVIO | C498 | Processo nº C-34-2022 | Milhafre-Preto | X | X | | | | | | | | 30% | A terminar a laminagem dos cascos (flutuadores). Existe muito equipamento em armazém |
| 7ºNAVIO | C499 | - | Perna-Verde | X | | | | | | | | | 5% | Está prevista o Início da construção para meados de Fevereiro. Todo o material para a fabricação dos cascos está em Armazém e já existe algum equipamento |
| 8ºNAVIO | C500 | - | Alvéola-Amarela | X | | | | | | | | | 4% | Existe algum material em armazém para construção dos cascos |
| 9ºNAVIO | C501 | - | Trepadeira-Azul | X | | | | | | | | | 1% | - |
| 10ºNAVIO | C502 | - | Peneireiro-Cinzentos | X | | | | | | | | | 1% | - |
| Execução Física Total | | | | | | | | | | | | | 44% | |
| Execução Financeira Total | | | | | | | | | | | | | 30% | |

2.26

II.2 FACTOS NÃO PROVADOS

- 3 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia não há factos que se devam considerar não provados.

II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

A consideração como provada da matéria de facto acima elencada baseou-se no exposto reconhecimento de factos pela requerente e na prova documental por esta fornecida, tendo o tribunal extraído os factos diretamente dos documentos apresentados e esclarecimentos prestados.

III - DE DIREITO

§ 1

Questões a resolver

São as seguintes as questões a resolver:

- a) *Qual a versão do Código dos Contratos Públicos (CCP) aplicável ao contrato submetido a fiscalização?*
- b) *Pode a entidade adjudicante recorrer a uma modificação objetiva do contrato celebrado com a Astilleros Góndan, SA, cujo objeto era o fornecimento de 10 navios, para comprar 9 packs de baterias marítimas que foram excluídas inicialmente por decisão da Transtejo S.A. desse contrato?*
- c) *Poderia a Transtejo ter recorrido a um ajuste direto?*

§ 2

Primeira questão

- a) **Qual a versão do CCP aplicável ao contrato?**
 1. O regime dos trabalhos complementares (arts. 370.º e segs. *ex vi* 447.º-A do CCP) foi consideravelmente alterado pela Lei 30/2021, de 21/5, cabendo assim em primeira linha saber qual a disciplina normativa a aplicar nos termos do art. 27.º, n.º 2, al. b) desse diploma. Aí se estatui que “*As alterações à parte iii do Código dos Contratos Públicos relativas a modificação de contratos e respetivas consequências aprovadas pela presente lei aplicam-se aos contratos que (...) se encontrem em execução à data da sua entrada em vigor, desde que o fundamento da modificação decorra de facto ocorrido após essa data.*”
 2. Sustenta a Transtejo Transportes do Tejo S.A. (doravante Transtejo) que o regime aplicável é o decorrente da Lei n.º 30/2021, de 21/5, por o fundamento da modificação contratual consistir na decisão de não adjudicação do segundo procedimento de ajuste direto e consequente revogação da decisão de contratar com a *Corvus Energy* de 28.07.2022.

3. O que a Transtejo pretende, efetivamente, é comprar um lote de 9 baterias que não faziam parte, por opção sua, do contrato de aquisição dos navios (e uma bateria). A razão de ser do recurso a esta figura, tal como a duas tentativas, goradas - e ilegais, como se verá mais à frente -, de ajuste direto, reside aí, nessa escolha inicial da entidade fiscalizada, que deixou para momento posterior, e para um outro procedimento, a compra das baterias.
4. Nem se vê, ademais, como é que o insucesso de um ajuste direto com um sujeito (a *Corvus Energy*) pudesse justificar a alteração de um contrato com outro (a *Astilleros Góndan, SA*).
5. O regime aplicável é, pois, aquele das modificações objetivas ao contrato anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 30/2021, de 21/5.

§ 3

Segunda questão

- b) **Pode a Transtejo recorrer a uma modificação objetiva do contrato celebrado com a *Astilleros Góndan, SA*, cujo objeto era o fornecimento de 10 navios, para comprar 9 *packs* de baterias marítimas que foram excluídas inicialmente por decisão da Transtejo desse contrato?**

Por razões de clareza, vamos dividir a resposta a esta questão em diversos pontos.

1. Enquadramento fáctico. Pontos centrais

6. A Transtejo submete a fiscalização prévia o 2.º Aditamento ao Contrato n.º 03/2021-TT (para fornecimento de 10 navios para a Transtejo) relativo ao fornecimento de 9 *packs* de baterias marítimas e prorrogação do prazo de entrega dos navios.
7. Pretende, agora, modificar o contrato fornecimento 10 navios de passageiros com propulsão elétrica a baterias, destinadas a assegurar o serviço público de transporte fluvial de passageiros entre as duas margens do Tejo na Área Metropolitana de Lisboa, celebrado em 29.01.2021, entre as mesmas partes, pelo valor de € 52.440.000,00 (S/IVA) e prazo de 3 anos, visado em s.d.v. de 18.03.2021 (Processo n.º 237/2021).

Este último contrato contemplava, unicamente, a aquisição de 1 única bateria elétrica para realização dos testes finais aos navios e formação dos tripulantes com a entrega do navio “Leader” em Lisboa, mas já não para os restantes 9 navios, sendo certo que elas são essenciais para o seu funcionamento.

8. Devido à ligação incidível entre o contrato de aquisição dos navios e o instrumento contratual *sub judice* que o visa modificar e completar é necessário expor igualmente os diversos atos praticados no processo n.º 237/2021, que culminou com o ato jurisdicional de visto ao primeiro contrato (a 18.03.2021), onde se incluem os pedidos de esclarecimento do Tribunal e as respostas dadas pela Transtejo.
9. Confrontada, no âmbito do processo n.º 237/2021, com um pedido de esclarecimento do Tribunal em sede de devolução do processo, nestes termos:

“Esclareça ainda se as baterias necessárias ao funcionamento dos bens a adquirir fazem parte do objeto contratual e se estão incluídas no preço e, em caso de resposta negativa, justifique a sua resposta, demonstrando que o resultado financeiro do contrato não se alteraria caso tivessem sido contempladas”.

10. A Transtejo prestou os seguintes esclarecimentos¹:

“Foi entendimento da Transtejo apenas incluir no objeto submetido à concorrência um conjunto de acumuladores elétricos (baterias) para realização dos testes finais aos navios e formação dos tripulantes com a entrega do navio “Leader” em Lisboa. Este conjunto aparece refletido no preço base, tal como integra também a proposta do Adjudicatário, na Nota Justificativa do Preço (Sist. Armazenagem de Energia- ESS). Sendo os acumuladores elétricos considerados como equipamento de desgaste, e, portanto, de vida útil inferior à de cada unidade (mínimo de 7 anos, conforme peças do procedimento), serão objeto de um Concurso autónomo para o fornecimento das baterias necessárias à operação dos navios, não sendo assim integradas no presente fornecimento.”
(sublinhado adicionado agora).

11. Confrontada, ainda, pelo Tribunal com o motivo da exclusão no concurso das baterias, uma vez que eram essenciais para o funcionamento dos navios, a entidade alegou razões de ordem financeira e gestionária, indicando que iria depois abrir um concurso para o seu fornecimento, ou seja, aquisição.

¹ Esclarecimentos prestados ao Tribunal de Contas pela Transtejo a 3/03/2021 (ponto 5, página 5) em resposta ao ofício DECOP 6226/2021, de 18/02/2021.

12. A Transtejo vem agora na sequência de duas tentativas de ajuste direto com o fornecedor de baterias (a *Corvus Energy*), submeter a este tribunal um contrato que visa uma alteração objetiva ao contrato inicial de aquisição dos navios celebrado com a *Astilleros Góndan, S.A.*, incluindo nele a aquisição, agora, das baterias.
13. Fundamenta o pedido, alegando que a solução técnica de instalação e baterias e das próprias baterias é original, e, por esse motivo, só poderem ser adquiridas ao seu produtor. Nas suas palavras: trata-se de uma “*solução customizada*” e, por isso, não há “*no mercado outro fornecedor possível que não os que definiram a solução escolhida a solução escolhida no referido concurso público*”.
14. Todavia, a Transtejo não submete a fiscalização um contrato com o fornecedor, a *Corvus Energy*, mas a alteração de um contrato com a *Astilleros Góndan, S.A.*, que, mais tarde, ela, *Astilleros Góndan, S.A.*, e não a Transtejo, irá adquirir ao fornecedor para depois revender à Transtejo. Ou seja, o que Transtejo é pretende é modificar um contrato com o construtor dos navios em si, para este vir depois comprar as baterias ao fabricante desses bens com quem desenvolveu a solução técnica. Isto, porque a Transtejo procurou já sem sucesso celebrar ajuste diretos para aquisição das baterias com *Corvus Energy*, sem que ela tenha aceite, aspeto a que se voltará mais à frente.

2. Da razoabilidade económica mínima subjacente à decisão da entidade de adquirir 9 navios incompletos, sem baterias

15. O juízo deste tribunal em sede de fiscalização prévia é de legalidade e não de avaliação do resultado económico de uma operação, contrato ou conjunto de contratos, que cabe em regra ou à fiscalização concomitante ou sucessiva². Contudo, deve aplicar - porque de legalidade se trata - os princípios gerais da atividade administrativa, neste caso o da boa administração (art. 6.º Código do Procedimento Administrativo - CPA) na sua vertente da economicidade (que não se aplicando diretamente, se impõe por maioria de razão como princípio geral *per se* a uma empresa pública, porque tem os meios técnicos e a sua própria teleologia visa essa finalidade).
16. Tendo presente, e respeitando, a ampla discricionariedade técnica que cabe às entidades, ainda assim é de exigir, por aplicação desse princípio, uma razoabilidade económica mínima da solução jurídico-económica escolhida.

² Ver, entre outros, o Acórdão N.º 19/2020, 1.ª S/SS, de 01.04.2020.

17. Esse juízo não era suscetível de ser realizado face ao contrato de aquisição de navios, mas pode sê-lo agora, por um lado, devido à ligação que se estabelece entre ambos os contatos, e, por outro, por só neste momento ser possível - e o Tribunal ter os elementos - para analisar, sob este prima, a conjugação jurídico-económica da aquisição dos navios na sua globalidade.

Vejamos então.

18. A Transtejo comprou um navio completo e nove navios incompletos, sem poderem funcionar, porque não estavam dotados de baterias necessárias para o efeito. O mesmo seria, com as devidas adaptações, comprar um automóvel sem motor, uma moto sem rodas ou uma bicicleta sem pedais, reservando-se para um procedimento posterior a sua aquisição. Na verdade, não se pode sequer falar em navios sem as baterias, como não se pode falar, p. ex., em navios sem motor ou sem leme. Isto porque elas constituem uma parte integrante (ou seja, compõem) desses mesmos navios³.

19. A Transtejo alega não ter à data da celebração do contrato verbas para esse efeito ⁴ e diz ainda que essa aquisição nem sequer estaria no futuro assegurada, porque segundo a Transtejo à data do contrato nem sequer dispunha de verbas para o efeito.

20. Contudo, nos termos da Resolução RCM n.º 11/2019, de 18 de janeiro, a Transtejo ficou autorizada a assumir os encargos plurianuais e a realizar a despesa referente à componente aquisição de até (euro) € 57 000 000, e de até (euro) € 32 946 000, referentes à componente de manutenção, valores aos quais acresce IVA à taxa legal em vigor. O que permitia acomodar tantos os navios em si⁵, como as baterias que são deles parte integrante. Sendo certo que a entidade comprou com essas mesmas verbas uma bateria (para o navio *Leader*, o único que comprou completo).

³ Sobre a noção de parte integrante, ver Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português, I parte geral, t. 2, das Coisas*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 134, ss.

⁴ Em resposta da Transtejo, datada de 03.03.2023, ao Tribunal nos termos da qual vem “(i) proceder ao reenvio do processo para efeitos de fiscalização prévia, (ii) com os esclarecimentos (Anexo I) e (iii) elementos adicionais solicitados (Anexo II)”

⁵ A Transtejo não tinha que comprar 10 navios. Poderia ter comprado menos, ajustando os navios às verbas disponíveis. Com efeito, Plano de Renovação da Frota da Transtejo, S. A., aprovado pela RCM n.º 11/2019, de 18 de janeiro, publicada no DR 1.ª Série n.º 13 de 18 de janeiro, a qual conferia à Transtejo S.A. autorização para a realização de todas as ações necessárias à concretização dos investimentos do referido Plano, que compreende a aquisição de até 10 novos navios, bem como a respetiva manutenção, no período de 2020 a 2035. (sublinhado nosso).

21. Nesse quadro, é possível afirmar que a compra de 9 navios incompletos, que não podem cumprir a sua função básica de navegar, sem que, segundo afirma a Transtejo, nem sequer estivessem asseguradas as verbas para a sua aquisição futura dos bens que os deveriam completar⁶ - as baterias - é a luz de qualquer observador com mínimo, de experiência, sem qualquer explicação razoável.
22. Na verdade, se o limite de verba da entidade só permitia, como alega, adquirir 1 navio completo e 9 navios incompletos, não diria esse observador com um nível experiência mesmo básica que teria sido melhor comprar menos navios⁷, mas completos? Com as baterias, que lhes permitissem navegar? Seguramente, não seria uma opção que ele tomaria?
23. Refere de forma expressiva, Maria Clara Sottomayor⁸, a resolução de um caso não pode constituir “embotamento do sentido de justiça da pessoa média”. Parafraseando a autora, dir-se-á que a opção de dispêndio de dinheiros públicos não pode embotar o sentido de racionalidade económica mínima de um contribuinte médio.
24. E, sendo assim, é mais inexplicável e surpreendente ainda que gestores públicos, sujeitos à regra de um gestor diligente, tanto em termos de esforço como de competência técnica, especialistas em gestão, com o dever de zelarem pelos recursos públicos a tenham adotado. Não restam, pois, dúvidas que o princípio da boa administração foi aqui clamorosamente violado, com consequências sérias para o interesse financeiro público.
25. Com a gravidade acrescida de um concurso elaborado nestes termos poder ter influenciado o seu resultado. É plausível afirmar que se o concurso tivesse por objeto os navios completos - eventualmente em menor número -, o que seria o jurídica e *economicamente razoável*, sem ter sido adotada a solução de excluir as baterias, *economicamente sem justificação*, o seu resultado final poderia ter sido diverso.
26. Para além do mais, veio a ser adotada uma solução técnica que implicava a sua aquisição somente ao seu fornecedor, que poderia, pois, fixar o preço, dada a

⁶ Quanto a estas últimas, diz, em resposta datada de 03.03.2023 a este tribunal: “As razões de natureza financeira decorriam: (i) da indisponibilidade financeira no momento, não havendo fundos europeus do POSEUR para o investimento em baterias”.

⁷ O Plano de Renovação da Frota da Transtejo, S. A., aprovado pela RCM n.º 11/2019, de 18 de janeiro, publicada no DR 1.ª Série n.º 13 de 18 de janeiro, a qual conferia à Transtejo S.A. autorização para a realização de todas as ações necessárias à concretização dos investimentos do referido Plano, que compreende a aquisição de até 10 novos navios, bem como a respetiva manutenção, no período de 2020 a 2035. (sublinhado nosso)

⁸ *Invalidade e registo. A proteção do adquirente de boa fé*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 83.

dependência económica, pelo período de tempo de vida útil dos navios. A Transtejo diz que decorreu do resultado do concurso. Contudo, quem elaborou o concurso nestes termos, definiu as peças do procedimento e as avaliou, em todas as suas vertentes, foi a Transtejo. E essa solução, objetivamente, tinha potencial para só por si favorecer o concorrente que ganhou o concurso.

3. Das constantes contradições da Transtejo nas respostas ao Tribunal de Contas

27. O primeiro aspeto a sublinhar é que a Transtejo disse ao Tribunal de Contas, num curto período de tempo, uma coisa e o seu contrário para justificar os contratos que submete. Começa por dizer em resposta ao Tribunal no âmbito do processo de fiscalização prévia do contrato de aquisição dos navios (um deles com bateria e outros sem ela) que a exclusão das restantes baterias se justifica por razões gestionárias e que seria, depois, lançado um concurso para as adquirir. O que, presume-se, serviria melhor o interesse público financeiro. Agora vem dizer que só pode comprar as restantes baterias àquele fornecedor, porque a solução adotada é original, desenvolvida só para aqueles navios.
28. No primeiro caso, está a faltar à verdade. Com efeito, quando submeteu o contrato de aquisição dos navios (*rectius*, parte deles, porque estavam incompletos) a fiscalização prévia sustentou a sua posição gestionária com a abertura subsequente de um concurso público para a aquisição das (restantes) baterias, sendo assim respeitados os princípios estruturantes da contratação pública da igualdade e concorrência, que, de outra forma seriam violados, com alteração potencial do resultado financeiro do contrato - fundamento de recusa de visto [art. 44.º, n.º 1, al. c) LOPTC].
29. Contudo, vem agora dizer que por força da solução técnica decorrente desse contrato ser original, não pode recorrer à abertura de um concurso público para a aquisição das (restantes) baterias. Logo, se essa solução é original - como alega agora -, e ela decorre do contrato, é óbvio que sabia de tal facto quando submeteu *esse mesmo contrato* a fiscalização prévia⁹.

⁹ Nos termos da resposta da Transtejo a este Tribunal de 3.03.2023, p. 7: “Assim, a partir da escolha concorrencial feita neste concurso público internacional, a Transtejo ficou vinculada a esta específica solução da GONDÁN com a CORVUS ENERGY.(...) Tendo a solução construtiva idealizada conjuntamente pela GONDÁN, ABB e CORVUS ENERGY, sido objeto de certificação, e sendo esta uma solução infungível também do ponto de vista técnico - dado que feita exclusivamente para estes

30. Por isso, sempre seguindo a sua alegação, tinha perfeito conhecimento de que estava a faltar à verdade ao tribunal quando disse que iria recorrer a um “Concurso autónomo para o fornecimento das baterias”¹⁰, induzindo-o em erro. Concurso impossibilitado pela solução do próprio contrato que submetia a fiscalização.
31. Mais: os pressupostos em que o tribunal tomou a decisão de concessão de visto foram incorretos, porque a entidade faltou à verdade. Sendo que se tivessem sido prestadas ao tribunal as informações corretas - como deveria ter sido feito - a decisão do tribunal poderia ter sido -, à luz do que se acabou de expor e da própria jurisprudência do tribunal nesta matéria - a de recusa do visto. Com efeito, a Jurisprudência do Tribunal relativamente à de ausência de concorrência por motivos técnicos causada pela entidade pública é muito restritiva (como decorre do Acórdão N.º 11/2020 – 1.ª S/SS de 18.02.2020 e o Acórdão N.º 19/2020, 1.ª S/SS, de 01.04.2020).¹¹ Este ato da entidade, pelos seus pressupostos, só se pode considerar censurável¹²
32. Por último, ao cair do pano, a entidade vem, na resposta à devolução feita pelo tribunal, datada de 03.03.2023, alegar que afinal sempre pretendeu inicialmente celebrar um contrato de *leasing* operacional das baterias. Essa solução seria mais vantajosa do que a sua aquisição, para o que de todo o modo nem sequer teria dinheiro¹³ (segundo a entidade, tal só veio a suceder com a possibilidade de

navios - apenas a solução de Sistema de Armazenamento de Energia constante da proposta adjudicada do cocontratante no âmbito de concurso público internacional, poderia ser adquirida.”

Contudo, mais à frente, e no *mesmo documento* (p. 16, linha 9), diz que a infungibilidade das baterias é um dos factos supervenientes que justificam o recurso à modificação objetiva do contrato, que pretende.

¹⁰ A Transtejo diz agora, como se analisará mais à frente que o efetivamente pretendido era um *leasing* operacional das baterias. Todavia, o que disse ao tribunal foi que iria realizar um concurso para o fornecimento das baterias. Ou seja, um concurso para a sua aquisição, porque nos termos art. 437.º CCP, é esse o contrato pelo qual o ente público compra bens móveis a um fornecedor. Se era o *leasing* operacional, como agora diz que é, o que visaria seria um contrato de locação de bens móveis (art. 431.º CCP), mas não de fornecimento.

¹¹ Para um caso em que a “exclusividade em que assenta terá sido criada “artificialmente” pela própria entidade adjudicante” - ponto 52 *in fine*. Aí se lê ainda: “decorre que a derrogação desse princípio-regra de abertura à concorrência apenas pode ocorrer em casos muito excecionais, nomeadamente quando as prestações contratuais em causa apenas possam ser confiadas a uma certa entidade, por uma razão objetiva e concreta, legalmente prevista, e não, como nos casos em análise, em consequência de decisões da entidade adjudicante que restringiram a concorrência.” (ponto 56).

¹² A Transtejo na sua resposta (p. 8), datada de 03.03.2023, ao Tribunal vem agora referir que tinha o “contrato celebrado na sua sequência [do concurso] sido visado pelo Tribunal de Contas, sem qualquer recomendação” (sublinhado no original) – ignorando o facto de esse visto ter sido concedido tendo por base informações incorretas que, ela própria, prestou ao Tribunal.

¹³ Nas suas palavras: aquisição de baterias “não era uma opção ao dispor no momento do lançamento do procedimento para a aquisição dos navios (em janeiro 2020), por então não haver verbas disponíveis suficientes para o efeito” - resposta da Transtejo, datada de 03.03.2023, ao Tribunal nos termos da qual vem “(i) proceder ao reenvio do processo para efeitos de fiscalização prévia, (ii) com os esclarecimentos (Anexo I) e (iii) elementos adicionais solicitados (Anexo II), p. 4.

cofinanciamento pelo POSEUR da compra das baterias, por deliberação de 30 de outubro de 2020, da Comissão Diretiva do POSEUR¹⁴)¹⁵. Leia-se: porque não as comprou todas inicialmente.

33. Ao contrário - mais uma vez - do que disse aquando da resposta ao Tribunal em que afirmou ir recorrer a um concurso autónomo para o seu fornecimento. Ou seja, a resposta da entidade está sempre em plena evolução; primeiro o concurso para o fornecimento (resposta ao contrato de aquisição dos navios); depois, a modificação objetiva do contrato (contrato ora submetido a fiscalização); por fim, o *leasing* operacional.¹⁶
34. Todavia. O *leasing* operacional, como se sabe, é um contrato legalmente atípico, socialmente típico, que em termos estruturais consiste num contrato misto de aluguer de um bem móvel e de prestação de serviços, completamente distinto da locação financeira, com a qual em comum só tem o nome. Nos seus termos, o locador, em regra a locadora financeira (que pode celebrar a título profissional ambos os contratos), compra ao produtor o bem pelo seu valor de mercado e, depois, aluga-o ao locatário, obrigando-se igualmente a prestar um conjunto de outros serviços relativamente a esse objeto.
35. O aluguer, sempre que o bem tenha uma vida útil curta, como é o caso, deverá incorporar a amortização desse valor, o custo do financiamento indireto (quem paga logo o preço de compra dos bens pelo seu valor de mercado é a locadora) e o custo decorrente da necessidade de cumprir as suas obrigações emergentes do contrato de locação, bem como os serviços. Assim sendo, não se percebe, dada a estrutura e função jurídico-económica do *leasing* operacional, como se pode afirmar que é mais favorável e envolve menos custos do que a efetiva compra dos bens, isto é, das baterias.¹⁷

¹⁴ Resposta da Transtejo, datada de 03.03.2023, ao Tribunal nos termos da qual vem "(i) proceder ao reenvio do processo para efeitos de fiscalização prévia, (ii) com os esclarecimentos (Anexo I) e (iii) elementos adicionais solicitados (Anexo II), p. 4.

¹⁵ Contudo, como decorre do relatório da Marlo de abril de 2021, p. 11, só parte do financiamento da aquisição dos navios decorria do POSEUR. Pelo contrário, o financiamento sua maior parte provinha do fundo ambiental. Os valores eram os seguintes: em 2021, cerca de 4.000.000 € do valor global de 14.000.000 €; e, em 2022, 5.000.000 €, no valor global de 30.000.000 €.

¹⁶ Resposta da Transtejo, datada de 03.03.2023, ao Tribunal nos termos da qual vem "(i) proceder ao reenvio do processo para efeitos de fiscalização prévia, (ii) com os esclarecimentos (Anexo I) e (iii) elementos adicionais solicitados (Anexo II), p. 4.

* Diga-se, de todo o modo, que a hipótese analisada pela Marlo, no relatório de abril de 2021, e pela VTM, no relatório de abril de 2022, é de uma locação financeira, e não de um *leasing* operacional ou

4. Da ilegalidade do contrato submetido a fiscalização

36. O contrato ora sujeito a fiscalização pela Transtejo é ilegal com dois fundamentos: a violação dos princípios da concorrência e da igualdade (i) e a violação do art. 370.º (arts. *ex vi* 447.º-A do CCP) por falta de preenchimento dos requisitos da modificação objetiva do contrato (ii).

i) Violação dos princípios da concorrência e da igualdade (art. 1.º-A, n.º 1 CCP)

37. O contrato articulado com o contrato inicial consiste numa violação direta e flagrante dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento (art. 1.º-A, n.º 1 CCP). O contrato de compra dos navios cria uma dependência da entidade pública relativamente a um fornecedor, sem que os bens objeto desse contrato e não integrados no contrato inicial pudessem, por ter sido subtraídos, vir a ser sujeitos a um procedimento aberto - favorecendo-se o contraente original. E afastando todos os outros concorrentes da aquisição futura das 9 baterias. Isto, para além de ficar totalmente dependente do preço que o beneficiário da exclusividade quisesse exigir pela venda das baterias ao longo da vida útil dos navios (16 a 22 anos)¹⁸.

38. Veja-se que, se tal fosse possível, bastaria à entidade decompor o contrato em diversas partes sucessivas. Em vez de celebrar, p. ex., um contrato de aquisição de automóveis negociaria a compra dos *chassis* e viria, mais tarde, através da modificação objetiva do contrato, incluir no mesmo negócio, e com o mesmo cocontratante, os objetos que, logo no início, tinha excluído da concorrência.

renting, como a entidade refere (resposta da Transtejo ao Tribunal, datada de 03.03.2023, p. 4 e p. 10). Os contratos são muito diferentes. O primeiro é um contrato de crédito (típico, previsto e regulado Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6); os dois últimos, como se refere em texto, são contratos mistos de locação e de prestação de serviços.

Tal só reforça o que se diz em texto: a locação financeira exige sempre a compra do bem ao produtor que é depois entregue à outra parte.

Mas, diferença fundamental do *leasing* operacional, todos os custos relativos à sua manutenção e reparação correm por conta locatário financeiro [alíneas e) e f) do número 1 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6], ao contrário do que sucede no *leasing* operacional. Também, ao contrário do *leasing* operacional, é o locatário financeiro que corre o risco da perda ou da deterioração do bem (artigo 15.º do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6) e tem os deveres de celebrar (e pagar) o seguro do bem objeto do contrato, contra o risco da sua perda ou deterioração, por um lado, e pelos danos por ela provocados, por outro [alínea j) do número 2 do artigo do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6].

Todas estas diferenças de regime colocam em causa as vantagens que a Transtejo liga ao *leasing*, porque, como se vê, os riscos os custos são distintos. E, na eventualidade de locação financeira, é à Transtejo que cabe a necessidade de fazer a manutenção e reparação das baterias (ou, claro, contratá-la a terceiro, muito provavelmente o fornecedor). O que aumenta as incongruências da sua argumentação.

¹⁸ Resposta da Transtejo ao Tribunal, datada de 03.03.2021, p. 4

39. Por conseguinte, violando-se os princípios da concorrência e da igualdade (art. 1.º-A, n.º 1 CCP) estruturantes da contratação pública. Com óbvios prejuízos também para o resultado financeiro de ambos os contratos, tanto isoladamente considerados, como, de forma mais clara ainda, na sua articulação. O que constitui fundamento da recusa de visto nos termos do art. 44.º, n.º 3, alínea c) LOPTC.

ii) Violação do art. 370.º (arts. *ex vi* 447.º-A do CCP) por falta de preenchimento dos requisitos da modificação objetiva do contrato

40. O contrato sujeito a fiscalização não preenche os requisitos da modificação objetiva do contrato. Aplica-se-lhe, conforme decorre da questão a), a disciplina das modificações objetivas aos contratos na redação anterior àquela introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21/05.

41. São trabalhos complementares aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato (art. 370.º, n.º 1 CCP). Não estão aqui incluídos os casos em que foi o próprio ente público que os excluiu do contrato; hipóteses em que se visou deliberadamente realizar subsequentemente um outro procedimento de formação dos contratos. Do que a Transtejo tem perfeita noção, porque informou o Tribunal que iria proceder ao concurso com vista a essa aquisição. E foi mesmo essa aquisição que pretendeu realizar com os malogrados ajustes diretos com a *Corvus Energy*.

42. O contrário permitira a uma entidade elaborar um procedimento com um objeto específico, vindo mais tarde a utilizar a figura dos trabalhos complementares para alargar, incluindo aí novos bens. Quando, se eles aí tivessem sido incluídos, os concursos seriam diferentes e o seu resultado económico potencialmente também. De que o caso *sub judice* é um excelente exemplo.

43. Por conseguinte, não está preenchido o primeiro requisito (e os requisitos são cumulativos) de aplicação da disciplina das modificações objetivas do contrato. A atuação da entidade foi assim, desde logo, ilegal.

44. Mas, mesmo que o primeiro requisito estivesse preenchido, e não está, o segundo seguramente também não estaria. Na versão anterior do art. 370.º CCP, exigia-se que os trabalhos complementares resultassem de circunstâncias não previstas. Ora, foi a entidade que não quis incluir as baterias no concurso de aquisição dos navios quando o poderia ter feito e tinha mesmo verba para isso (comprando menos navios,

eventualmente incluindo no contrato um direito de opção a novas unidades, como é comum). A aquisição futura das baterias não só não era imprevisível como foi mesmo prevista.

45. Por conseguinte, conforme se refere no recente acórdão n.º 6/2023 1.ª S/SS de 20.02.2023, que segue a jurisprudência estabilizada do Tribunal nesta matéria, não tendo sido observados os requisitos da alteração objetiva ao contrato (neste caso duplamente) foi violado o artigo 370.º CCP e há falta total de qualquer dos procedimentos para a formação de contratos previstos no art. 16.º CCP. Verifica-se, desta forma, uma falta total de procedimento de contratação [artigo 161.º, número 1, alínea l) CPA], que tem como consequência a nulidade.

§ 4

Terceira questão

c) Poderia a Transtejo recorrer a um ajuste direto com a *Astilleros Góndan, S.A.*?

46. Cabe saber se a entidade poderia, em vez da modificação objetiva do contrato, celebrar um ajuste direto com *Astilleros Góndan, S.A.*
47. A Transtejo procurou já celebrar dois ajustes diretos – ilegais como se verá - com a *Corvus Energy*. Com uma particularidade. A *Corvus Energy*, que não aceitou os ajustes diretos da entidade, aceita, no entanto, celebrar o mesmo contrato com a *Astilleros Góndan, S.A.* que, depois, os revenderá à Transtejo. O que gera uma enorme perplexidade: se a *Corvus Energy* não vende à Transtejo, por que razão o faz só à *Astilleros Góndan, S.A.*, por um preço sempre superior ao dos ajustes diretos, para esta vender à entidade?
48. Refere a Transtejo que tal se deve ao “facto da superveniente imprevisibilidade do custo das baterias”, devido ao aumento do preço do lítio nos mercados e a variação cambial entre o dólar e o euro, que conclui tornaram “impossível a aquisição direta pela Transtejo junto do fornecedor”.
49. São de difícil compreensão os argumentos aduzidos. De facto, não se percebe por que razão tais fatores impedem a *Corvus Energy* de vender as baterias diretamente à Transtejo (e não se entende em que é que a evolução desses fatores impeçam a venda em si - quando muito seriam elementos que se refletiriam no preço), mas não

impedem que a mesma empresa venda as mesmas baterias à *Astilleros Góndan, S.A.* que, por sua vez, os revenderia à Transtejo.

50. Recorrendo a regras de experiência e de conhecimento, mesmo básico, da realidade empresarial, a resposta só pode ser uma: havendo um intermediário, aumenta o preço. A atividade no circuito comercial é sempre realizada a título oneroso, correspondendo a cada prestação uma contraprestação. Ela assume a forma de comissão (o próprio contrato de aquisição para revenda a outrem por conta deste é um contrato de comissão) ou de diferença entre o preço da aquisição e da revenda. Desta forma, para além do preço contratual, a *Astilleros Góndan, S.A.*, em virtude do contrato celebrado com exclusão das baterias, obtém um ganho adicional traduzido na (re)venda dessas mesmas baterias.
51. Quanto ao eventual ajuste direto em si. Ele seria ilegal, como o foram os dois anteriores procedimentos de ajuste de preço com convite dirigido com a *Corvus Energy* (entidade com quem a cocontratante elaborou o projeto de instalação elétrica dos navios), em 18/04/2022 e em 09/06/2022, procedimentos que ficaram desertos, porque a *Corvus Energy* não aceitou o valor.
52. Na verdade, a entidade adjudicante só pode recorrer ao ajuste direto se estiverem preenchidos os limites quantitativos ligados ao valor do contrato (arts. 19.º e segs. CCP), ou materiais, independentemente do valor quando se verificarem alguma das circunstâncias previstas nos arts. 24.º segs. Alega a Transtejo a inexistência de concorrência por motivos técnicos. Porém, ela não se verifica aqui.
53. Com efeito, o contrato submetido a fiscalização não seria celebrado com a *Corvus Energy*, mas com a *Astilleros Góndan, S.A.*, que terá de adquirir as baterias para revender. Ora, qualquer empresa pode adquirir bens a outra, ou seja, qualquer outra empresa poderia ter adquirido estas baterias. Não há relação de concorrência assente em motivos técnicos com a *Astilleros Góndan, S.A.*, embora tal possa suceder com a *Corvus Energy*.
54. Desta forma, o contrato, atendendo ao seu valor e à não verificação do critério material, seria sempre nulo por violação do procedimento exigido pela lei, uma vez que se recorre a um ajuste direto (modelo mais restritivo dos procedimentos fechados), quando se deveria ter recorrido a um procedimento aberto, *maxime* concurso público.

§ 5

Consequências em termos de fiscalização prévia

55. A nulidade é fundamento direto de recusa de visto. [art. 44.º, n.º 3, al. a) LOPTC].
56. A ilegalidade só o será se se atingir alterar ou puder alterar o resultado financeiro do contrato, nos termos do art. 44.º, n.º 3, al. c) LOPTC. É este aspeto que cumpre agora analisar.
57. O primeiro ponto a referir é que o presente contrato não pode ser analisado do ponto de vista financeiro sem a referência ao contrato de aquisição dos navios de que é uma consequência. As baterias só têm de ser compradas agora, porque, de caso pensado, não se incluíram no concurso. Fosse de outra forma, o contrato *sub judice* não teria tido lugar.
58. O que afetou o resultado financeiro de ambos os contratos, uma vez que tivesse essa contratação sido realizada à data, o resultado económico-financeiro daí decorrente seria diverso, e logo este não teria tido lugar. Dito de outra forma: tivessem as baterias sido adquiridas na altura, o resultado financeiro, complexamente analisado, teria sido diverso, porque as baterias têm hoje um preço mais elevado.
59. A entidade alega que neste momento tem acesso a financiamentos comunitários para adquirir as baterias e que correria o risco de os perder se não as adquirisse. Leia-se, porque é sempre o que está subjacente, à fabricante dos navios. Todavia, o mesmo financiamento poderá ser utilizado para adquirir outras baterias no mercado, eventualmente com ajustes.
60. Centrando-nos agora somente sob o contrato ora submetido a fiscalização, a ilegalidade que o vicia, *per se*, isoladamente considerada, atinge sempre diretamente o resultado financeiro do contrato. Na verdade, em virtude da situação de exclusividade, como igualmente se comprova, a Transtejo não tem qualquer capacidade de negociar o preço. Ele é-lhe imposto. Agora e no futuro durante toda a vida útil dos navios (18 a 22 anos, que é muito superior àquele de cada uma das baterias - 7 anos). Além do mais, tem sempre que recorrer a um intermediário com reflexos em termos de – aumento de - preço. Esta dependência atinge claramente os interesses financeiros públicos.

61. Em síntese: o comportamento da Transtejo, com a prática de um conjunto sucessivo decisões que são não apenas economicamente irracionais, mas também (como se viu) ilegais, algumas com um elevado grau de gravidade, atinge o interesse financeiro do Estado e tem um elevado impacto social. Que lhe é direta, e exclusivamente, imputável.
62. O quadro geral que resulta de toda a análise efetuada, nomeadamente das decisões tomadas no âmbito dos dois contratos submetidos a fiscalização, é suscetível de gerar fundadas suspeitas quanto à eventual existência de responsabilidade que possa ir para além dos fundamentos de recusa deste visto, pelo que se ordenará a remessa de certidão do presente acórdão ao Ministério Público, a quem caberá aferir da necessidade de instauração de procedimento tendente ao completo apuramento de tais responsabilidades.

III

Efeitos das ilegalidades do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

63. Haverá que verificar, por último, se as ilegalidades verificadas se enquadram nos fundamentos de recusa de visto previstos taxativamente no artigo 44.º, número 3 da LOPTC. Com efeito, a “desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos previstos nas leis em vigor”, é fundamento de recusa de visto se configurarem:
- a) Uma nulidade;
 - b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras;
 - c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro
1. O contrato é nulo por violação do artigo 370.º CCP (*ex vi* artigo 454.º CCP), artigo 16.º CCP (falta total de qualquer dos procedimentos para a formação de contratos) e artigo 161.º, número 1, alínea I) CPA. A nulidade é fundamento de recusa de visto nos termos do artigo 44.º, número 3, alínea a) LOPTC.
2. O contrato viola o art. 1.º-A, n.º 1 CCP, tendo essa ilegalidade alterado o resultado financeiro do contrato, o que é fundamento da recusa de visto nos termos do artigo 44.º, número 3, alínea a) LOPTC.

V. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos;
- São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, número 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei número 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei número 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei número 3-B/2000, de 4 de abril).
- Determinar a remessa, após trânsito, de certidão do presente acórdão ao Ministério Público para os efeitos tidos por convenientes, nomeadamente para eventual apuramento de responsabilidade financeira e/ou de responsabilidade criminal.

Registe e notifique.

Lisboa, 14 de março de 2023

Os Juízes Conselheiros,

Miguel Pestana de Vasconcelos – Relator

Participou por videoconferência e assina digitalmente o acórdão.

Nuno M. P. Ribeiro Coelho

Participou na sessão na sala de sessões do tribunal e votou favoravelmente o acórdão.

Sofia Mesquita David

Participou na sessão na sala de sessões do tribunal e votou favoravelmente o acórdão