



Data: 8/01/2019
Processo: 3301/2018

RELATOR: Paulo Dá Mesquita

I. Questão prévia: Sujeição a visto

I.1 O Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE (CHLO) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC) um documento intitulado «Concessão de Exploração da Unidade de Cogeração a Gás Natural para posterior fornecimento de Energia Térmica ao HSFX» outorgado em 4-10-2018 entre o CHLO e Such-Veolia – Serviços Hospitalares, ACE (SUCH-Veolia) pelo valor de 792 689,76 € informando no respetivo requerimento que o mesmo foi submetido «para efeitos de fiscalização prévia».

No plano metodológico impõe-se começar por analisar a questão de saber se o contrato em apreço está sujeito a fiscalização prévia. Sendo a resposta negativa não pode haver lugar a decisão de mérito sobre a eventual concessão de visto, devendo ser determinado o arquivamento do processo, e apenas em face da resposta afirmativa àquela questão prévia pode o TdC decidir sobre a eventual concessão de visto ao contrato.

A questão jurídica central sobre a sujeição do contrato a visto relaciona-se com duas normas legais que constam das alíneas *b)* do n.º 1 do artigo 46.º e *c)* do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC. Normas dos artigos 46.º, n.º 1, *b)*, e 47.º, n.º 1, *c)*, da LOPTC integram nas respetivas previsões a qualificação do contrato como elemento nuclear.

As entidades integradas no âmbito subjetivo da fiscalização prévia do TdC têm *interesse em agir* relativamente a ações que compreendam como pedido principal a pronúncia do tribunal sobre a sujeição de contratos por si outorgados a essa fiscalização, na medida em que o âmbito objetivo dos atos e contratos sujeitos se encontra regulado no artigo 46.º, n.º 1, da LOPTC com as delimitações estabelecidas nos artigos 47.º, n.º 1, e 48.º, n.º 1, da LOPTC e a potencial recusa de visto repercute-se reflexamente na relação entre a entidade fiscalizada e a respetiva contraparte. Deve nesta matéria atender-se ao disposto no artigo 45.º da LOPTC que estabelece um regime especial sobre ineficácia de atos e contratos para além de outras dimensões jurídicas da obrigação das entidades submeterem atos e contratos a fiscalização prévia, nomeadamente, em sede de responsabilidade financeira (cf. artigo 65.º, n.º 1, alínea *h)*, da LOPTC).

Ainda que a requerente não formule um pedido expresso sobre a sujeição a visto limitando-se a requerer a respetiva concessão, o problema do enquadramento do ato ou contrato no âmbito objetivo do visto constitui uma questão prévia que carece de ser apreciada pelo tribunal.

1.2 O TdC na decisão n.º 43/2012, de 19-1-2012, proferida no processo n.º 1864/2011, decidiu que o anterior contrato celebrado pelo CHLO e o SUCH-Dalkia (antecessor do SUCH-Veolia) sobre a instalação da central de cogeração não estava sujeito a fiscalização prévia «face ao disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC».

Valorar a reunião dos pressupostos materiais da submissão do contrato a fiscalização prévia, no caso concreto, deve ter por referência, em primeira linha, as normas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 46.º, n.º 1, 47.º, n.º 1 e 48.º, n.º 1, da LOPTC, em particular a alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º que dispõe estarem sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas os *contratos de obras públicas aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa* quando reduzidos a escrito por força da lei, sendo o valor dos contratos excluídos fixado pelas leis do orçamento do Estado (LOE), que até à data têm sempre estabelecido o mesmo limiar em 350 000 € (cf. artigo 164.º, n.º 1, da LOE para 2018 aprovada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, *ex vi* artigo 48.º, n.º 1, da LOPTC).

A integração do contrato na previsão na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC não suscita dúvida. A questão que se pode suscitar é a de saber se o contrato em causa deve ser qualificado como contrato de *fornecimento de gás natural*, integrando uma das tipologias (*contratos de arrendamento, bem como os de fornecimento de água, gás, eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica*) que a alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC isenta de fiscalização prévia, independentemente dos encargos financeiros assumidos pela entidade pública.

A norma excecional da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC relaciona-se com especificidades do serviço essencial de fornecimento de energia. No caso do fornecimento de gás natural, à data da aprovação da LOPTC não existia um mercado liberalizado de fornecimento de gás canalizado, tendo sido o Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro, a estabelecer as bases gerais da organização e funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN) em Portugal, bem como as bases gerais aplicáveis ao exercício das atividades de receção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito (GNL), de armazenamento subterrâneo, transporte, distribuição e comercialização de gás natural, incluindo a comercialização de último recurso, e a organização dos mercados de gás natural. Alterações desenvolvidas na legislação subsequente, tendo o Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de julho, visado a liberalização por etapas do mercado de fornecimento de gás natural, que, contudo, continua a ser um setor regulado, subsistindo os controlos administrativos sobre entradas de novos fornecedores / comercializadores. Destacam-se nessa evolução legislativa, o Decreto-Lei n.º 74/2012 que estabeleceu o regime de extinção das tarifas reguladas de venda de gás natural a clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m³, no território continental, concluindo o processo iniciado pelo Decreto-Lei n.º 66/2010, que determinou a extinção das tarifas reguladas para os clientes com consumos anuais de gás natural superiores a 10 000 m³.

O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 140/2006 compreende um conjunto de conceitos essenciais sobre os contratos de fornecimento de gás natural, nomeadamente, os de «cliente final» («o cliente que compra gás natural para consumo próprio), de «cliente grossista» («pessoa singular ou coletiva distinta dos operadores das redes de transporte e dos operadores das redes de distribuição que compra gás natural para efeitos de revenda»), de «cliente retalhista» («pessoa singular ou coletiva que compra gás natural não destinado a utilização própria, que comercializa gás natural em infraestruturas de venda a retalho, designadamente de venda automática, com ou sem entrega ao domicílio dos clientes»), de «comercialização» (relativo «a compra e a venda de gás natural a clientes, incluindo a revenda»), «comercializador» («entidade titular de licença de comercialização de gás natural cuja atividade consiste na compra a grosso e na venda a grosso e a retalho de gás

natural»), e «comercializador de último recurso» (CUR) que é «a entidade titular de licença de comercialização de gás natural sujeito a obrigações de serviço público, designadamente a obrigação de fornecimento, nas áreas abrangidas pela rede pública de gás natural (RPGN), a todos os clientes que o solicitem».

A interpretação histórico-teleológica e sistemático-teleológica do conceito de empresa de «fornecimento» de gás natural, para efeitos da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC, exige que o mesmo não apresente um contorno mais amplo do que o de «comercializador» de gás natural. Os comercializadores de gás natural para grandes clientes e indústrias constam de uma lista que, atualmente, compreende 14 empresas¹, sendo certo que o SUCH-Veolia não integra o conceito de comercializador de gás natural ou de eletricidade.

Por seu turno, o contrato submetido a fiscalização não constitui um contrato de fornecimento de gás natural, compreendendo um complexo de direitos e deveres das partes relativos a uma unidade de cogeração, envolvendo, nomeadamente, a exploração de equipamentos existentes nas instalações do CHLO. Daí a qualificação do contrato pelas partes como concessão, relativa à exploração de uma unidade de cogeração alimentada a gás natural em que o fornecimento de energia é uma das componentes que não esgota todo o universo de direitos e deveres contratuais.

Contendo-se a presente apreciação na economia de uma decisão conformada pela teleologia da fiscalização prévia de contratos, importa sublinhar que a cogeração objeto do contrato se reporta a um processo de produção e utilização combinada de calor e eletricidade visando proporcionar o aproveitamento da energia térmica proveniente dos combustíveis utilizados nesse processo. Por outro lado, o gás natural pode ser aplicado na conversão em energia elétrica com uso em turbinas de alto rendimento, e as vantagens desse sistema reportam-se a uma componente de eficiência energética, ao nível de (menores) impactos ambientais, e dos custos comparativos com outras alternativas energéticas.

A exploração de uma unidade de cogeração a gás natural instalada no estabelecimento do beneficiário final de energia é assim uma atividade que está para além do estrito fornecimento de energia e, por outro lado, tem subjacente a necessidade de contratos de fornecimento de gás natural para o respetivo funcionamento. O contrato de exploração da unidade de geração não se confunde, assim, com os contratos de fornecimento do gás natural necessário para a operação de cogeração.

Autonomias analíticas refletidas nas regulações legais, sendo atualmente o regime da cogeração estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 23/2010, de 25 de março, alterado pela Lei n.º 19/2010, de 23 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 68-A/2015, de 30 de abril que procedeu à respetiva republicação integral. Estabelecendo-se no artigo 2.º-A, alínea *c)*, do referido regime que a «cogeração» para esse efeito, é «a produção simultânea, num processo integrado, de energia térmica e de energia elétrica e, ou se for o caso, mecânica» e, nos termos da alínea *k)* desse preceito, a «instalação ou unidade de cogeração» é constituído pela «instalação capaz de operar em modo de cogeração» e, por último, a alínea *s)*, determina que a «unidade de utilização associada» é a «unidade industrial, de serviços ou outra, que seja abastecida pela energia produzida em autoconsumo na instalação de cogeração, desde que esta seja detida, direta ou indiretamente, pelo titular ou titulares daquela unidade».

O contrato submetido a fiscalização prévia não se reporta a um estrito contrato de fornecimento de energia, mas a um contrato relativo à instalação e produção em cogeração no estabelecimento da entidade requerente, sendo o fornecimento de energia à requerente apenas uma

¹<http://www.erse.pt/pt/gasnatural/agentesdosector/comercializadores/Paginas/Clientesnaoresidenciais.aspx> (consultado pela última vez em 3-1-2019).

das componentes do referido contrato. Aliás, em abstrato, os benefícios económicos prosseguidos pelo concessionário de uma unidade de cogeração, atento o regime legal de cogeração, podem, em teoria, compreender eventuais pagamentos a realizar pelo próprio *comercializador de último recurso*. Acresce que, mesmo no plano legal, os direitos e deveres do *cogrador* estão significativamente para além da mera relação típica do contrato de fornecimento de energia, através da relação sinalagmática relativa ao fornecimento de energia / pagamento do preço tabelado — cf. artigos 17.º a 20.º do Decreto-Lei n.º 23/2010. Não estando o contrato de *Concessão de Exploração da Unidade de Cogeração a Gás Natural para posterior fornecimento de Energia Térmica ao HSFX* submetido ao regime dos contratos de serviços essenciais estabelecido na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, nem às regras específicas sobre os contratos de fornecimento de eletricidade ou de gás natural, nomeadamente, em matéria de prazo e direitos de denúncia e resolução.

No contrato submetido a fiscalização, o designado concessionário, o SUCH-Veolia, assume, designadamente, a responsabilidade relativa aos custos com comercializadores de gás natural derivados de contratação celebrada pelo CHLO de molde a que continue a ser assegurado o fornecimento de energia essencial para a operação de cogeração (cf. cláusula 8.ª do contrato submetido a fiscalização prévia). Para efeitos da norma excecional do artigo 47.º, n.º 1, al. c), da LOPTC apenas os aludidos contratos de fornecimento de energia, no caso gás natural, é que estão excluídos da fiscalização prévia sendo certo que, no caso concreto, não foi um desses contratos que foi submetido a visto (sendo a celebração pelo CHLO do contrato de fornecimento de gás natural mencionada no clausulado do contrato de *Concessão de Exploração da Unidade de Cogeração a Gás Natural para posterior fornecimento de Energia Térmica ao HSFX*, o que apenas torna ainda mais clara a respetiva autonomia analítica)

Isto é, no plano jurídico e material o presente contrato de *Concessão de Exploração da Unidade de Cogeração a Gás Natural para posterior fornecimento de Energia Térmica ao HSFX* não se confunde com os contratos de fornecimento de gás natural que têm de ser celebrados pelo CHLO e a obrigação do cocontratante suportar os respetivos encargos é apenas uma das componentes relativas aos direitos e deveres das partes no âmbito do contrato de *Concessão de Exploração da Unidade de Cogeração a Gás Natural*.

Importa referir que a pluralidade de prestações previstas no presente contrato, relativas a obrigações de ação e de resultado, determinam que o mesmo se apresente como contrato público relativo uma prestação de serviços inominada. Por outro lado, a circunstância de o mesmo ser designado pelas partes como *concessão* não determina que o mesmo deva ser qualificado para efeitos do artigo 407.º do CCP como uma *concessão de obras públicas* (artigo 407.º, n.º 1, do CCP) ou uma *concessão de serviços públicos* (artigo 407.º, n.º 1, do CCP), na medida em que não preenche quanto ao respetivo objeto os pressupostos de nenhuma das aludidas tipologias contratuais, pois o serviço prestado pelo cocontratante não é uma *obra* nem se reporta a um *serviço público* a cargo da entidade requerente.

Em conclusão, o contrato não preenche nenhuma das tipologias de contratos (arrendamento, fornecimento de água, gás e eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica) que, por força da norma excecional do artigo 47.º, n.º 1, c), da LOPTC são excluídos do âmbito objetivo da fiscalização prévia.

Consequentemente, o contrato de *Concessão de Exploração da Unidade de Cogeração a Gás Natural para posterior fornecimento de Energia Térmica ao HSFX*, outorgado em 4-10-2018 e com adenda (*acordo modificativo*) de 17-12-2018, integra o âmbito subjetivo e objetivo da fiscalização prévia estabelecido pelas normas conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 46.º, n.º 1, alínea b), e 48.º, n.º 1, da LOPTC (o último conjugado com o artigo 164.º, n.º 1, da LOE para 2018).

II. Concessão de visto no caso concreto

Relativamente à matéria de fundo sobre a concessão de visto, tendo presentes a análise do relatório do DECOP, os antecedentes processuais, o quadro jurídico-processual e os limites gnoseológicos da fiscalização prévia, constata-se que não foram identificados pelo DECOP elementos que permitam considerar a existência de indícios de vícios que preencham um dos fundamentos de recusa de visto taxativamente previstos no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, preceito que estabelece apenas poder ser recusado o visto quando se detete «a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique: *a)* nulidade; *b)* encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; ou *c)* ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro».

*

Em face do exposto, em sessão diária de visto, decide-se:

- 1- Conceder o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.
- 2- Fixar os emolumentos, conforme proposto, no valor de 792,68 €, ao abrigo do disposto nos artigos 5.º, n.º 1, alínea *b)*, e 6.º, n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas.

Registe e notifique. DN.

Lisboa, 8 de janeiro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita)

(Alziro Antunes Cardoso)