

I. Relatório

O presente processo inicia-se com requerimento do Município de Cascais (MC) relativo a contrato de prestação do serviço público de transporte rodoviário regular de passageiros em Cascais no valor de 11.232.000,00 € (acrescido de IVA) celebrado, em 25-10-2019, com a empresa Scotturb – Transportes Urbanos, Ld.^a (Scotturb) e a duração máxima de 2 anos.

II. Fundamentação

II.1 Factos essenciais

Da prova dos autos, atenta ainda a alegação factual do requerente, resulta que:

1. O contrato submetido a fiscalização foi precedido de outros acordos conexos celebrados pela entidade fiscalizada:
 - a. Protocolo celebrado entre o Município de Cascais, a Cascais Próxima, E.M., e a Scotturb, referente a obrigações tarifárias de serviço público (utilização de serviço público de transportes rodoviários de passageiros por menores de 14 anos e maiores de 65 anos e os termos da respetiva compensação financeira a pagar às empresas de transporte), a vigorar entre janeiro a novembro de 2019 (processo de fiscalização prévia n.º 3562/18)
 - b. Protocolo celebrado entre o Município de Cascais, a Cascais Próxima, E.M. e a Scotturb referente às condições diferenciadas em que as crianças até aos 14 anos e os cidadãos com mais de 65 anos poderão utilizar o serviço público de transportes rodoviários de passageiros e os termos da compensação financeira a pagar às empresas de transporte, a vigorar entre setembro e dezembro de 2018 (processo de fiscalização prévia n.º 2504/18).
 - c. Protocolo celebrado entre o Município de Cascais, a Cascais Próxima, E.M. e a Scotturb referente às condições diferenciadas em que as crianças até aos 12 anos e os cidadãos com mais de 65 anos poderão utilizar o serviço público de transportes rodoviários de passageiros e os termos da compensação financeira a pagar pelo Município, com prazo de execução entre março e agosto de 2018. (processo de fiscalização prévia n.º 608/18).
 - d. Protocolo celebrado entre o Município de Cascais, a Cascais Próxima, E.M. e a Scotturb referente às condições de utilização de serviço Público de transporte rodoviário para crianças até 12 anos e adultos com mais de 65 anos, entre dezembro de 2017 a fevereiro de 2018 (processo de fiscalização prévia n.º 0987/2018).

- e. Contrato de aquisição de vinhetas de passes escolares celebrado a 28 de agosto de 2012, para o período compreendido entre setembro de 2012 e julho de 2013, entre o Município de Cascais e a Scotturb Lda (processo de fiscalização prévia n.º 1298/12).
2. O serviço público de transporte de passageiros no concelho de Cascais vinha sendo assegurado pela Scotturb ao abrigo de autorizações provisórias concedidas pelo Município de Cascais, nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 10.º a 12.º da Lei n.º 52/2015, de 9 de Junho, válidas até ao dia 3 de dezembro de 2019.
3. No quadro da referida operação, a Scotturb assumia o risco de exploração, embora tivesse celebrado alguns protocolos com o Município de Cascais (cf. *supra* 1), podendo referir-se os seguintes que constam do Portal de Contratos Públicos:
 - a. Aquisição de títulos para transporte escolar (ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP), valor: 198.000 €, data 12-2-2019, prazo: 365 dias;
 - b. Aquisição de títulos para transporte escolar (ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP), valor: 218.948,77 €, data 16-11-2017, prazo: 330 dias;
 - c. Aquisição de vinhetas para transporte escolar (ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP), valor: 313.069,82 €, data 17-8-2016, prazo: 300 dias;
 - d. Aquisição de vinhetas para transporte escolar (ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP), valor: 291.217,96 €, data 12-10-2015, prazo: 335 dias;
 - e. Aquisição de vinhetas para transporte escolar (ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP), valor: 323.582,88 €, data 16-10-2014, prazo: 334 dias;
 - f. Aquisição de senhas para transporte escolar ano letivo 2013/2014 (ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP), valor: 339.292,45€, data 29-10-2013, prazo: 304 dias;
 - g. Aquisição de vinhetas para transporte escolar ano letivo 2008/2009 (ajuste direto, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP), valor: 476.286,67 €, prazo: 300 dias.
4. O Município de Cascais adjudicou à Martin, S.A. um contrato de prestação de serviço público de transporte de passageiros (que não é objeto do presente processo), na sequência de concurso público internacional em que o adjudicatário assume obrigações de serviço público previamente definidas pela entidade adjudicante.
5. A deliberação de adjudicação no aludido concurso internacional foi objeto de impugnação judicial, não constando informação de que a ação de contencioso pré-contratual tenha sido decidida, nem que tenha sido judicialmente apreciado o pedido de levantamento do efeito suspensivo apresentado pelo Município de Cascais.
6. Invocando que a autorização provisória concedida pelo Município de Cascais à Scotturb caducaria no dia 3 de dezembro de 2019 e a necessidade de assegurar a continuidade do serviço público de transporte de passageiros, o MC deliberou desencadear um procedimento para assegurar o serviço de transporte de passageiros até ao início de execução do contrato resultante do procedimento de concurso público internacional, pelo prazo máximo de dois anos.
7. No procedimento aberto, o Município de Cascais, empreendendo o que designou como *consulta preliminar ao mercado*, solicitou a um conjunto de entidades estimativas de preço / quilómetro para assegurar uma operação de transporte público com requisitos previamente estabelecidos pelo MC.
8. A consulta preliminar ao mercado foi realizada às seguintes entidades:

| Sociedade | Sede |
|------------|---------|
| Avanza Bus | Espanha |



| | |
|---|--|
| Empresa Martin S.A. - Sucursal em Portugal | Lisboa |
| Auto Viação Feirense, Limitada | Santa Maria da Feira |
| Empresa de Transportes Gondomarense Lda | Gondomar |
| Rodonorte - Transportes Portugueses S.A. | Vila Real |
| Transdev (diversas empresas do grupo) | Marco de Canaveses, Castro Daire, Matosinhos e Guimarães |
| Valpi Bus - Alberto Pinto & Filhos Transportes Rodoviários S.A. | Penafiel |
| Barraqueiro Transportes, S.A. | Lisboa |
| Cascais Próxima | Cascais |
| Scotturb - Transportes Urbanos Lda. | Cascais |

9. Na sequência da realização destes contactos, e de diversas respostas recebidas, o Município veio a adjudicar, através de ajuste direto, o contrato de prestação de serviços à Scotturb.
10. Questionado pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC quanto aos fundamentos legais em que se baseou a decisão dos órgãos municipais em convidar apenas a empresa Scotturb, o Município declarou o seguinte:

A escolha da empresa Scotturb decorreu não só do facto de esta ter apresentado um preço incomparavelmente inferior ao das restantes empresas que apresentaram preços estimados na consulta preliminar como, para além do mais, o preço apresentado pela empresa Martin pressupunha uma frota ambientalmente menos exigente do que o solicitado e a empresa Valpi não deu qualquer garantia de estar em condições de vir a apresentar o respetivo preço estimado.

Por outro lado, era facto incontestável que a empresa Scotturb é a que detém a principal operação de transporte público rodoviário de passageiros em Cascais, podendo, pois, assegurar, com celeridade e sem hiatos, a transição para uma operação devidamente contratualizada com o Município de Cascais.

11. O adjudicatário do concurso internacional (Martin, S.A.) no âmbito da aludida consulta, embora tenha apresentado uma proposta, comunicou a sua opinião nos seguintes termos: «consideramos que a continuidade do atual operador até novo adjudicatário assumir o serviço é a opção mais adequada para a realização da prestação».
12. O preço base do procedimento, de € 11.232.000,00 (onze milhões, duzentos e trinta e dois mil euros) sem IVA, foi determinado com base no preço unitário de 1,56 € (um euro e cinquenta e seis cêntimos) por quilómetro, multiplicado pelo número estimado de quilómetros a percorrer comercialmente durante o prazo máximo de dois anos.

13. O contrato submetido a fiscalização compreende obrigações de serviço público (ao nível das carreiras de autocarro) inferiores às estabelecidas para o adjudicatário no concurso internacional e um custo por km também inferior.
14. A entidade fiscalizada solicitou parecer prévio da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) tendo havido pronúncia dessa entidade.

*

II.2 Apreciação jurídica para efeitos de visto

II.2.1 Regime procedimental e interpretação do direito relevante para efeitos de visto no caso concreto

II.2.1.1 A fiscalização prévia do Tribunal de Contas (TdC) constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 46.º, 47.º e 48.º da LOPTC.

A apreciação de estrita legalidade desenvolvida no âmbito do processo de fiscalização prévia opera num quadro teleologicamente vinculado à prolação de uma decisão em prazo perentório legal sobre a concessão ou recusa de visto, atento, nomeadamente, o disposto no artigo 44.º, n.ºs 1 e 3, 84.º, n.º 2, e 85.º, n.ºs 1 e 3, da LOPTC. Pelo que, a fiscalização prévia não compreende a valoração de segmentos em que existe discricionariedade e margens de livre opção política por parte da entidade fiscalizada (como a delimitação do serviço público de transportes de passageiros no município), cingindo-se a avaliar o respeito de imposições legais cujo desrespeito pela entidade pública pode determinar recusa de visto (ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3 da LOPTC), nomeadamente, em matéria de procedimento vinculado, respeito de regras e princípios concorrenciais e cabimentação orçamental.

II.2.1.2 Em matéria de transporte público de passageiros importa destacar que existe um campo de decisão política sobre a intervenção das entidades públicas «para garantir a prestação desses serviços», bem como na delimitação da obrigação de serviço público, enquanto «imposição definida ou determinada por uma autoridade competente com vista a assegurar serviços públicos de transporte de passageiros de interesse geral que um operador, caso considerasse o seu próprio interesse comercial, não assumiria, ou não assumiria na mesma medida ou nas mesmas condições sem contrapartidas», nos termos do artigo 2.º, alínea e), do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo ao serviço público de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros. Domínios em que à entidade pública é conferida pelo Regulamento (CE) n.º 1370/2007 e pelo Regime Jurídico do Serviço Público do Transporte de Passageiros (RJSPTP) aprovado pela Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, margem de escolha sobre os instrumentos adotados para a prossecução das respetivas finalidades em matéria de mobilidade (repercutidas, designadamente, em alternativas contratuais de concessão ou prestação de serviços na interação com entidades privadas que vão colaborar na prossecução dos serviços públicos de transporte de passageiros definidos pela entidade pública)¹. Sem embargo, aqueles regimes legais

¹ Para o direito da União Europeia «é irrelevante se os serviços públicos de transporte de passageiros são operados por empresas públicas ou privadas» sendo fundamentais os «princípios da neutralidade no que se refere ao regime de propriedade consagrado no artigo 295.º do Tratado, da liberdade dos Estados-Membros de definir os serviços de interesse económico geral, consagrado no artigo 16.º do Tratado, e da subsidiariedade e da proporcionalidade, consagrados no artigo 5.º do Tratado»

estabelecem um conjunto de exigências que têm de ser respeitadas pela entidade pública na forma como devem ser estabelecidas ou contratualizadas as obrigações de serviço público na relação com o mercado e mesmo atribuídas compensações financeiras a operadores económicos, destacando-se imperativos de respeito do princípio da concorrência nesse domínio — matéria que já foi objeto de jurisprudência deste Tribunal, nomeadamente, nos Acórdãos n.ºs 19/2019-25.JUN-1.ªS/PL e 12/2018-20.JUN-1.ªS/PL².

II.2.1.3 No caso concreto, o contrato objeto de fiscalização foi celebrado ao abrigo do RJSPTP sem ter sido precedido de procedimento concorrencial com invocação do artigo 19.º, n.º 2, do RJSPTP.

Apreciando: entende-se que está verificado o pressuposto para o recurso ao artigo 19.º, n.º 2, do RJSPTP, atenta a respetiva base de referência constituída pelo artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007. Artigo 19.º, n.º 2, do RJSPTP que constitui uma norma especial, sendo certo que o período da contratação ao abrigo da mesma não pode exceder 2 anos, atenta a parte final do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 e o disposto no artigo 19.º, n.º 4, do RJSPTP.

Solução excecional para adjudicação direta de transporte de passageiros que tem de ser conformada pelo respeito dos valores da livre concorrência e igualdade, nomeadamente, quanto ao estabelecimento do preço e seleção do operador para efeitos do ajuste direto, planos em que a entidade adjudicante deve ter em atenção as soluções reguladas no Código dos Contratos Públicos (CCP) — embora não se aplique a remissão direta para o CCP estabelecida na norma do n.º 1 do artigo 19.º do RJSPTP [a qual se deve conjugar com os n.ºs 1, 2, 4 e 6 do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1370/2007].

Com efeito, o ajuste direto cujos pressupostos constam do artigo 19.º, n.º 2, do RJSPTP deve ser enquadrado em face do espaço restrito permitido pela fonte hierarquicamente superior, o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, em particular as normas dos n.ºs 1 e 5 do artigo 5.º, e, na medida em que se reporta a um contrato de prestação de serviços tem de respeitar o direito da União Europeia sobre essa tipologia de contratos — em particular a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos [as referências constantes do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 têm de ser atualizadas aos instrumentos normativos que substituíram as diretivas aí mencionadas] e, em cada Estado-Membro, o regime legal que transpõe a Diretiva, no caso de Portugal o CCP, após a revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

Consequentemente, ao adotar um ajuste direto a entidade adjudicante está obrigada no plano procedimental a respeitar o CCP. Nesse regime ressalta que, em sentido diverso do que sucedeu no caso concreto, o artigo 35.º-A do CCP (*Consulta preliminar ao mercado*) está previsto para a fase anterior à abertura de um procedimento de formação de contrato público concorrencial, pelo que, na necessária conjugação do artigo 19.º, n.º 2, do RJSPTP com o CCP, o Município deveria ter realizado uma consulta prévia ao mercado por força do disposto no artigo 27.º-A do CCP: «deve

² Impõe-se, ainda, referir que, atento o disposto no artigo 4.º, n.º 1, *b*), do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, os parâmetros do contrato devem ser determinados «de modo a que cada compensação não possa, em caso algum, exceder o montante necessário para a cobertura do efeito financeiro líquido sobre os custos e as receitas decorrentes da execução das obrigações de serviço público, tendo em conta as respetivas receitas, decorradas pelo operador de serviço público, e um lucro razoável». Vertente cuja concretização no plano económico-financeiro para ser objeto de escrutínio pelo TdC apenas pode ser empreendido no quadro de fiscalização concomitante ou sucessiva (atentos os limites operativos da fiscalização prévia, acima referidos).

adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento».

II.3 Concessão de visto com recomendação

Da análise empreendida resulta que a entidade fiscalizada desrespeitou o disposto no artigo 27.º-A do CCP, regra que visa a defesa do princípio da concorrência. A questão jurídica objeto da presente Decisão tem, assim, uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Desde os primeiros textos fundadores, a União Europeia reclama «uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência», paradigma conformador da competência exclusiva da União no «estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno» (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*), do TFUE).

A violação do princípio da concorrência deve ser qualificada como ilegalidade prevista na alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), pois, na medida em que *pode alterar o resultado financeiro* do procedimento preenche o segundo requisito dessa norma para efeitos de recusa de visto.

Juízo sobre *alteração potencial do resultado financeiro* que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual da conexão entre o desvalor consubstanciado na violação da lei com o resultado financeiro envolvido no processo, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a umnexo causal entre o específico vício e um resultado, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato. Isto é, para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve ser ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de umnexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro. Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea *c*) do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada³) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma *aptidão* ou um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.

Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à outorga do contrato com aquele cocontratante, mas à celebração do contrato por aquele valor).

³ Cf. Acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.ªS/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.ªS/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ªS/SS.

Segundo jurisprudência pacífica do TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.

A ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.

A operação de concordância prática exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato.

No caso *sub judice*, sem embargo da violação de regra procedimental sobre contratação pública, a entidade fiscalizada alegou boa-fé e colaborou com o esclarecimento dos factos, sendo certo que, no panorama nacional e em termos relativos, se trata de um município cujo procedimento de contratação por via concursal do serviço público de transporte de passageiros se apresenta avançado. Da informação prestada pelo DECOP não resulta que a entidade fiscalizada tenha anteriormente sido objeto de recomendações do Tribunal sobre violações do específico regime legal indicado na vertente apreciada acima. Acresce que o efeito potencial da não contratação no caso concreto se poderia revelar muito danoso para o interesse público e o efeito preventivo da emissão de Recomendação se afigura a via mais adequada e proporcional para conformar a atuação futura da entidade fiscalizada.

Concluindo: o vício acima destacado afigura-se suscetível, em abstrato, de determinar a recusa de visto, contudo, no caso a mesma não vai ser prescrita, optando-se pela emissão de recomendação ao abrigo das disposições conjugadas do artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), e n.º 4, da LOPTC visando um efeito preventivo conformador da atuação futura da entidade requerente.

II.4 Eventual fiscalização concomitante e sucessiva

Em sede de fiscalização concomitante e sucessiva as relações subjacentes aos instrumentos contratuais podem ser objeto de indagações significativamente mais abrangentes, através de iniciativas probatórias desenvolvidas com meios próprios do TdC — artigos 46.º, n.º 1, al. *b*), 49.º, n.º 1, al. *b*) (*a contrario sensu*), 50.º, n.º 1, 51.º, n.º 1, al. *o*), 52.º, n.º 4, 54.º, n.º 1, e 55.º, n.º 1, da LOPTC —, quadro complementado pela alocação de recursos humanos e materiais para essas auditorias no âmbito da 2.ª Secção do TdC.

A ponderação sobre a eventual e superveniente fiscalização concomitante e/ou sucessiva será decidida noutra sede, no âmbito da 2.ª Secção do TdC.

A não identificação de ilegalidade financeira para efeitos de recusa visto (e exclusivamente para esse efeito), é independente de supervenientes indagações em termos de decisões com impacto financeiro, controlo dos gastos públicos e conformação com os deveres legais de economia, eficácia e eficiência, da efetividade do cumprimento dos deveres do ente público (especialmente quando existe um conjunto de variáveis complexas e exigentes carecidas de cuidado escrutínio, por exemplo, em sede de definição dos deveres de serviço público assumidos pelo cocontratante), com profundo impacto na atividade financeira da entidade requerente.

Desta forma, a concessão de visto ao contrato submetido a fiscalização prévia não obsta que a factualidade subjacente e as relações envolvidas nos instrumentos contratuais (deste e do procedimento concursal que esteve na base da sua necessidade e causalmente o determinou) sejam objeto de eventual apreciação no âmbito da área do TdC competente em sede de fiscalização concomitante e sucessiva.

III. Dispositivo

Em face do exposto, decide-se:

1. Visar o contrato submetido a fiscalização prévia.
2. Recomendar à entidade fiscalizada, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC, que em futuros ajustes diretos assegurando o cumprimento escrupuloso do Código dos Contratos Públicos (CCP) no plano procedimental (quando o mesmo é legalmente imposto, como sucede com o previsto no artigo 19.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Serviço Público do Transporte de Passageiros), atue conforme o imposto no 27.º-A do CCP.

*

Emolumentos: onze mil, duzentos e trinta e dois euros (11.232,00 €) a cargo do adjudicatário.

Comunique-se (DN).

Remeta, ainda, cópias à 2.ª Secção (DA IX) para os efeitos tidos por convenientes (DN).

Publique-se no sítio eletrónico do TdC (DN).

Lisboa, 20 de dezembro de 2019,
