

ACÓRDÃO N.º 11/2013 - 23.out.2013 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 13/2013

(Processo n.º 548/2013)

DESCRITORES: Contrato de Prestação de Serviços / Aquisição de Serviços / Assessoria Económica e Financeira / Renegociação das Condições / Parceria Público-Privada / Sector Rodoviário / Ajuste Direto / Urgência / Contratação Pública / Princípio da Concorrência / Princípio da Igualdade / Princípio da Transparência / Retroatividade / Concurso Público / Elemento Essencial / Nulidade / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto / Visto com Recomendações

SUMÁRIO:

1. De acordo com o disposto no art.º 143.º, n.º 1 da Lei do Orçamento do Estado para 2013, *“o Governo obriga-se, na estrita defesa do interesse público, a realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos de parcerias público-privadas do sector rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público (...), recorrendo, para tal, aos meios legalmente disponíveis e tendo por referência as melhores práticas internacionais.”*.
2. No contrato de aquisição de serviços de assessoria económica e financeira em apreço, não está demonstrada, factual e fundadamente, a urgência imperiosa da contratação da empresa de assessoria que justifique o recurso ao ajuste direto previsto no art.º 24.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos (CCP).
3. Atento o valor do contrato deveria ter decorrido concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º do CCP.
4. A ausência de concurso implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º

- 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, bem como a nulidade do contrato, nos termos estabelecidos no art.º 283.º, n.º 1 do CCP.
5. A nulidade constitui fundamento de recusa de visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
 6. No âmbito de um procedimento por ajuste direto, formal e substancialmente válido, a não formulação de convites múltiplos por parte da entidade adjudicante não evidencia, por si só, uma violação dos princípios concorrenciais que sustentam a contratação pública.
 7. No caso em apreço, o ajuste direto não se encontra, *ab initio*, validamente justificado, logo o convite efectuado a uma única entidade viola os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, consagrados no n.º 4 do art.º 1.º do CCP, o que configura uma situação de alteração do resultado financeiro do contrato.
 8. A eficácia retroativa dos contratos exige a verificação cumulativa dos requisitos referidos no art.º 287.º, n.º 2 do CCP. Não de encontrando verificados aqueles requisitos a concreta retroactividade do contrato está proibida por lei e consubstancia uma restrição da concorrência, propiciadora de alteração do resultado financeiro do contrato.
 9. As ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro do contrato constituem fundamento da recusa do visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da LOPTC.
 10. Nos casos previstos no número anterior, o Tribunal pode, em decisão fundamentada, conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.
 11. No caso dos autos, tendo ocorrido uma nulidade que põe a causa a própria validade do contrato, não é possível formular um visto com recomendações.

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



Acórdão N.º 11 /2013,23.10 – 1.ª Secção/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 13/2013

Processo nº 548/2013

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1ª secção:

I. RELATÓRIO

ESTRADAS DE PORTUGAL, S.A., com sede na Praça da Portagem, Almada, tendo sido notificada do Acórdão proferido em subsecção, da 1ª secção deste Tribunal, em que foi decidido recusar o visto ao contrato de prestação de serviços celebrado com a KPMG II – Consultores de Negócios, S.A. relativo à “Aquisição de Serviços de Assessoria Económica e Financeira à Comissão de Negociação Constituída e Nomeada Pelo Despacho do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos n.º 16198-F/2012”, veio interpor recurso do referido aresto para o Plenário da 1.ª Secção.

Na sua motivação conclui nos seguintes termos:

- I. *Ao contrário do sustentado na decisão impugnada, estão reunidas todas as condições de que depende a aplicação da alínea c) do número 1 do artigo 24.º do CCP.*
- II. *No duto Acórdão conclui-se que “perante tais factos, não se contesta a urgência em obter os serviços que se integram no objecto do contrato, não se contesta alguma imprevisibilidade, e vai-se ao ponto de considerar que há circunstâncias que, de algum modo, não são imputáveis ao decisor público” (cfr. ponto 22, página 10, sublinhado e itálico nossos).*
- III. *No aresto, portanto, dão-se por preenchidas três das cinco condições de que depende a aplicação da alínea c) do número 1 do artigo 24, do CCP.*



Tribunal de Contas

- IV. *No aresto, também não se coloca em crise que a contratação foi feita respeitando a condição segundo a qual o Contrato se deve conter “dentro dos limites do «estritamente necessário» ao fim em vista (...)” (cfr. Acórdão n.º 4/2012, da 1.ª Secção/SS do Tribunal de Contas);*
- V. *O Tribunal de Contas concluiu, porém, que seria possível recorrer a procedimento concorrencial para assegurar os serviços de assessoria financeira necessários dado que “a perspectiva da urgência foi formulada em termos indicativos”;*
- VI. *O Tribunal concluiu bem pela existência de urgência. Mas concluiu mal ao atribuir-lhe natureza indicativa;*
- VII. *Mal, porque a urgência é por natureza imperativa, não é nem nunca pode ser indicativa (pode ou não ser imperiosa para efeitos do CCP, mas essa natureza não é posta em causa no aresto);*
- VIII. *Mal, porque no aresto se confunde a natureza indicativa do calendário, com a urgência da contratação. No despacho do Senhor Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, a EP é instruída, para, “com urgência”, prestar todo o apoio logístico necessário, podendo, designadamente, contratar consultores externos cuja assessoria técnica, incluindo em matéria de tráfego, económico, financeira e jurídica, seja indispensável para o cumprimento atempado dos objetivos fixados para a renegociação das PPP, designadamente no âmbito das ex-scuts”;*
- IX. *A natureza indicativa do calendário não se confunde com a urgência da contratação. O calendário proposto pelo Estado tinha natureza indicativa porque a dinâmica do programa de ajustamento tem levado a Troika e o Estado Português a adaptar as datas de cumprimento das medidas previstas e acordadas à conjuntura nacional e internacional;*
- X. *Mas essa natureza indicativa do calendário não impediu o Estado Português de se comprometer com objectivos estritos e quantificados: o Estado comprometeu-se na Lei do Orçamento de Estado para 2013, a reduzir os encargos com as parcerias público-privadas em “30% face ao valor originalmente contratado” (cfr. artigo 143.º).*
- XI. *Era, portanto, urgente a contratação da KPMG, havia urgência na contratação imperiosa da KPMG em ordem a dar cumprimento aos objectivos de redução assumidos pelo Estado português perante a Troika e “formalizados” no artigo 143.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013;*
- XII. *Face à urgência imperiosa em contratar a KPMG em ordem a dar cumprimento aos objectivos de redução assumidos pelo Estado português perante a Troika e “formalizados” no artigo 143.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013, não seria possível recorrer a um procedimento concorrencial;*
- XIII. *Ao contrário do que foi pressuposto no aresto, não havia, no caso concreto, possibilidade de recorrer ao concurso público, mas tão só ao concurso limitado por prévia qualificação;*
- XIV. *Em causa não estava, portanto, “um prazo total mínimo de 71 dias (cerca de 2,5 meses), ao que acresce ainda o tempo necessário para a elaboração das peças do procedimento” como se refere*



Tribunal de Contas

e pressupõe na decisão impugnada (cfr. ponto iv, da alínea a) do ponto 5 do aresto, página 4), mas sim “um prazo total mínimo de 117 dias (cerca de 4 meses), ao que acresce ainda o tempo necessário para a elaboração das peças do procedimento”, sendo certo que não se consideram aqui “quaisquer atrasos no procedimento provocados pelas fases de esclarecimento, erros e omissões ou eventuais reclamações”;

- XV.** *A este respeito, a respeito da possibilidade de recorrer a um procedimento concorrencial, a EP contesta que no aresto recorrido se parta do pressuposto de que “releva para a avaliação sobre se os pressupostos legais estavam verificados, não a data indicada pela EP, mas datas anteriores”, pelo menos a 10 de dezembro de 2012;*
- XVI.** *O aresto incorre aqui em manifesto erro sobre os pressupostos de facto;*
- XVII.** *A Comissão foi constituída e nomeada pelo despacho do coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos n.º 16198-F/2012, publicado na 2.ª série, n.º 254 do Diário da República de 19 de dezembro;*
- XVIII.** *Nesse despacho, não é feita qualquer referência à obrigação da EP (nem são anexos os despachos dos Senhores Secretários de Estado) em assegurar a contratação dos consultores externos e, naturalmente, antes da publicação desse despacho a comissão não estava constituída e nomeada e, portanto, os seus trabalhos só se iniciaram a partir dessa data;*
- XIX.** *O Gabinete do Senhor Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações e o Gabinete do Senhor Secretário de Estado das Finanças não deram conhecimento à EP do teor dos despachos que emitiram, nem enviaram à EP cópia desses despachos;*
- XX.** *A EP só teve, portanto, conhecimento dos referidos despachos a partir de 10 de janeiro de 2013. Só nessa data teve a EP conhecimento de que seria responsável por assegurar a contratação dos consultores externos;*
- XXI.** *Assim sendo, a conclusão de que a “ponderação sobre a admissibilidade da exceção fixada na lei ao recurso a procedimentos concorrenciais, deve assentar, não na data de 10 de janeiro – como faz a EP – mas com certeza à data de 19 de dezembro. E com fortíssima probabilidade à data de 10 de dezembro. E sem grande esforço deverá mesmo remontar ao início de dezembro de 2012”, carece de qualquer sustentação factual, não podendo assim ser aceite;*
- XXII.** *Adicionalmente, deve ser destacado que, a urgência na contratação dos consultores externos foi determinada pelo Senhor Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, mas essa contratação dependia ainda de uma decisão da Comissão de Negociação, constituída por cinco membros efectivos e dois suplentes, sendo, portanto, essa Comissão de natureza colegial;*
- XXIII.** *De facto, cabia à Comissão de Negociação deliberar se essa contratação dos consultores externos era ou não indispensável, juízo de que dependia não só de uma avaliação preliminar dos trabalhos necessários e, igual e concomitantemente, da avaliação da própria capacidade da Comissão e da*



Tribunal de Contas

Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos de, por si só, assegurar a realização das tarefas associadas à renegociação dos contratos;

- XXIV.** *Essa avaliação só poderia ter lugar após a constituição e nomeação da comissão e uma vez iniciados os contactos com os vários parceiros privados;*
- XXV.** *Feita essa avaliação, posterior, portanto, a 10 de janeiro de 2013, a Comissão de Negociação deliberou solicitar à EP, com o carácter de urgência definido no despacho do Senhor Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, a contratação dos consultores externos, no caso a KMPG;*
- XXVI.** *Nestes termos, é manifesto, salvo melhor opinião e sem prejuízo do respeito pela decisão recorrida, que no caso concreto a EP só poderia recorrer ao procedimento de ajuste directo, não sendo, portanto, possível recorrer a um procedimento concorrencial para contratar os consultores externos julgados indispensáveis pela Comissão de Negociação para a assessorar na renegociação dos Contratos de Concessão do Estado;*
- XXVII.** *Neste contexto, tudo visto e ponderado e com a fundamentação que antecede, estavam pois preenchidas todas as condições de que dependia a aplicação da alínea c) do número 1 do artigo 24.º do CCP, não tendo havido, conseqüentemente, qualquer violação do CCP, designadamente da alínea b) do n.º 2 do artigo 20.º;*
- XXVIII.** *A contratação da KPMG foi pois feita com respeito integral do CCP, não se verificando assim a violação da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP;*
- XXIX.** *O lançamento de um procedimento de ajuste directo com convite a uma só entidade não violou quaisquer princípios da contratação pública, designadamente os princípios invocados pelo Tribunal de Contas, os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência;*
- XXX.** *A um tempo, o artigo 112.º do CCP, observados que forem os pressupostos de que depende o lançamento de um procedimento de ajuste directo, permite que o mesmo seja lançado com convite a uma só entidade. A outro tempo, a urgência imperiosa na contratação do consultor externo era, no caso concreto, incompatível com o convite a mais do que uma só entidade;*
- XXXI.** *Uma vez preenchidos os pressupostos legais, o princípio da concorrência não só não impede pois, soluções menos concorrenciais, como não pode nem deve conduzir a uma interpretação contrária aos termos da lei;*
- XXXII.** *Face à urgência imperiosa e aos objectivos fixados e prazo de cumprimento, a prossecução do interesse público impunha que fosse convidada e contratada a única entidade que – de acordo com as balizadas fixadas – estaria em condições de assessorar a Comissão de Negociação sem necessidade de qualquer período para adquirir e consolidar os conhecimentos necessários, sem carência de qualquer curva de aprendizagem;*
- XXXIII.** *Face ao enquadramento de facto, a EP não estava em condições de convidar mais do que uma entidade porque a única entidade que seria capaz de assessorar a Comissão de Negociação em*



Tribunal de Contas

- ordem a dar cumprimento aos objectivos de redução assumidos pelo Estado português perante a Troika (como vimos supra, no quadro da sexta avaliação do programa de ajustamento) e “formalizados” no artigo 143.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013, era a KPMG;*
- XXXIV.** *E era a KPMG porque face ao histórico e ao conhecimento adquirido e consolidado dos dossiers em causa, só a KPMG estava em condições de prestar a assessoria requerida pela Comissão de Negociação;*
- XXXV.** *A contratação da KPMG era pois, no caso concreto, imposta pelos princípios da prossecução do interesse público e da desformalização da actividade contratual da administração pública.*
- XXXVI.** *No Contrato só foi atribuída eficácia retroativa a partir da data de adjudicação, em linha com a jurisprudência constante e reiterada do Tribunal de Contas;*
- XXXVII.** *Na decisão impugnada, conclui-se que existem fortes indícios de que terá sido atribuída eficácia retroactiva ao Contrato antes da data de adjudicação com base numa interpretação equivocada de uma afirmação constante de uma informação interna de 26.02.2013;*
- XXXVIII.** *A afirmação completa em causa é a seguinte: “o contrato deverá ter a duração de três meses, a contar da data de adjudicação, uma vez que os superiores interesses públicos em presença levaram a Comissão de Negociação a solicitar a colaboração da KPMG – Consultores de Negócios, S.A. (KPMG) ainda antes da sua contratação, devendo caducar no fim desses três meses ou quando for atingido o preço contratual, consoante o que ocorrer primeiro. A EP deverá, porém, reservar contratualmente o direito de, durante a execução do contrato e a qualquer momento, optar que a caducidade do contrato opere apenas com base num daqueles motivos”;*
- XXXIX.** *A frase alegadamente denunciadora é feita na sequência da afirmação de que o contrato deve produzir efeitos “a contar da data da adjudicação” e, além disso, na sequência de uma primeira informação interna em que se alerta expressamente para o facto de, em obediência à jurisprudência do Tribunal de Contas, a atribuição de eventual efeito retroactivo só poder ser feita a partir da data de adjudicação;*
- XL.** *E, assim sendo, qual o sentido da afirmação segundo a qual “os superiores interesses públicos em presença levaram a Comissão de Negociação a solicitar a colaboração da KPMG – Consultores de Negócios, S.A. (KPMG) ainda antes da sua contratação” é o de que a Comissão de Negociação solicitou à KPMG que prestasse os serviços antes de estar assinado o contrato, ou seja, “antes da sua contratação”. Mas sempre a partir da data de adjudicação;*
- XLI.** *Não houve, portanto, qualquer violação do n.º 2 do artigo 287.º do CCP já que a atribuição de eficácia retroactiva foi feita apenas e só a partir da data de adjudicação;*
- XLII.** *A atribuição de eficácia retroactiva fundou-se em exigências imperiosas de direito público, cumprindo assim a exigência prevista no n.º 2 do artigo 287.º do CCP;*
- XLIII.** *Era urgente a contratação da KPMG, havia urgência na contratação imperiosa da KPMG em ordem a dar cumprimento aos objectivos de redução assumidos pelo Estado português perante a*



Tribunal de Contas

Troika (no quadro da sexta avaliação do programa de ajustamento) e “formalizados” no artigo 143.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013;

- XLIV.** *Era, portanto, indispensável para a prossecução dos interesses públicos em presença assegurar que a prestação de serviços da KPMG se iniciasse o mais depressa possível, isto é, a partir da data de adjudicação;*
- XLV.** *Em qualquer caso, ainda que a decisão impugnada não fosse passível de censura e, portanto, de revogação – no que não se concede – sempre o desvalor associado não seria o da nulidade mas tão só o da anulabilidade;*
- XLVI.** *Em casos semelhantes, quando também estava em causa a adjudicação de um contrato por ajuste directo, quando deveria ter sido utilizado, no entender do Tribunal de Contas, o concurso público, o referido Tribunal concluiu que o desvalor nunca poderia ser o das nulidade, mas tão só o da anulabilidade;*
- XLVII.** *A favor deste entendimento e para além das razões invocadas nessa jurisprudência do Tribunal de Contas, devem ainda ser convocadas as (outras) disposições legais pertinentes;*
- XLVIII.** *A primeira dessas disposições é referida na própria decisão impugnada., trata-se do artigo 283-A do CCP, quando refere que, “os contratos são designadamente anuláveis, quando tenham sido celebrados: a) na sequência de um procedimento de formação do contrato sem publicação prévia de anúncio do respectivo procedimento no Jornal Oficial da União Europeia, quando exigível”. É, seguramente e pelo menos, elemento interpretativo que não pode ser ignorado (e no aresto ele não é ignorado);*
- XLIX.** *A segunda e terceira dessas disposições são o artigo 40.º e o n.º 2 do artigo 41.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA). De facto, na alínea c) do n.º 1 do artigo 40.º do CPTA prevê-se que tem legitimidade para impugnar um contrato, quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adoptado o procedimento pré-contratual legalmente exigido, prevendo-se, assim, no n.º 2 do artigo 41.º do CPTA, que os pedidos de anulação, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos no prazo de seis meses, contado da data de celebração do contrato, ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado;*
- L.** *É, portanto, claro, com o devido respeito e salvo melhor opinião, que a preterição do procedimento pré-contratual legalmente exigido gera não a nulidade mas a anulabilidade dos contratos e, conseqüentemente, o visto ao Contrato não pode ser recusado com fundamento na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas;*
- LI.** *O visto ao Contrato não pode, igualmente, ser recusado, com fundamento na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas;*
- LII.** *De facto, deve, a um tempo, ser sublinhado que O Tribunal de Contas dá como provado, sem fundamentar, que a preterição de um procedimento concorrencial, o convite a uma só entidade e a atribuição de eficácia retroactiva configuram, todas elas, situações suscetíveis de alterar ou ter*



Tribunal de Contas

alterado o resultado financeiro. Não prova que alteraram, afirma, sem fundamentar, que poderiam ter alterado;

- LIII.** *A outro tempo, a EP considera que, no caso concreto e tendo presente que o procedimento concorrencial seria o concurso limitado por prévia qualificação, o resultado financeiro seria muito possivelmente pior;*
- LIV.** *O resultado financeiro seria possivelmente muito pior porque, desde logo, a EP não estaria mais limitada pela condição de se dever conter “dentro dos limites do «estritamente necessário» ao fim em vista (...)” (cfr. Acórdão n.º 4/2012, da 1.ª Secção/SS do Tribunal de Contas), e, conseqüentemente, esta circunstância teria levado a EP, desde logo, a fixar um preço base de valor bastante superior para acomodar, não só o fim em vista, mas também o processo global de renegociação;*
- LV.** *E o resultado financeiro também seria possivelmente pior porque a EP não estaria legalmente habilitada a impor um tecto máximo à taxa horária, prerrogativa que no quadro de um procedimento de ajuste directo com convite a uma só entidade é exercível;*
- LVI.** *A EP considera pois que, no caso concreto, não havia fundamento para recusa do visto ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas;*
- LVII.** *Ainda que assim não fosse, o que não se concede, também consideramos que não tem razão o Tribunal de Contas quando alega “que, no caso, não há circunstâncias que possam militar a favor do uso da faculdade prevista no n.º 4 do mesmo artigo”, ou seja, de conceder o visto e fazer recomendações à EP ao abrigo do n.º 4 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas;*
- LVIII.** *A EP considera, pelo contrário, que há circunstâncias que militam a favor do uso da faculdade prevista na referida norma;*
- LIX.** *A favor do recurso a essa faculdade devem ser sublinhadas as circunstâncias absolutamente excepcionais da contratação em causa, seguramente irrepetíveis.*
- LX.** *A par da já excepcional e anormal situação de resgate financeiro – enquadramento de fundo que não pode ser ignorado e/ou desvalorizado – a obrigação da EP de assegurar a contratação de consultores externos, com a urgência requerida e para permitir o cumprimento de uma medida – inaudita – prevista no programa de ajustamento e formalizada na Lei do Orçamento de Estado para 2013, e a par da criação de uma unidade técnica especializada – a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos -, é certamente irrepetível;*
- LXI.** *O carácter singular dessa obrigação e o seu contexto muito particular, convocam especialmente a necessidade da emissão de recomendações pelo Tribunal de Contas, desde logo para guiar a EP (e outras entidades adjudicantes) no procedimento a adoptar nas situações – estas já não tão excepcionais – em que a EP (e outras entidades adjudicantes) são convocadas pela tutela para contratar consultores externos que vão assessorar comissões de negociação;*



- LXII.** *Além disso, a adoção de visto com recomendações teria a virtualidade de não descapitalizar a Comissão de Negociação numa fase em que não foi ainda totalmente alcançado o objectivo de redução previsto no artigo 143.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013 e correspondente a um compromisso assumido pelo Estado português no quadro da sexta avaliação do programa de ajustamento;*
- LXIII.** *A concessão do visto com recomendações teria pois a virtualidade de assegurar a prossecução dos interesses públicos em presença, assegurando uma poupança dos recursos financeiros do Estado ainda mais significativa, com evidentes repercussões positivas na esfera dos contribuintes;*
- LXIV.** *Por fim, a concessão do visto com recomendações teria a virtualidade de permitir a esse Venerando Tribunal de Contas a adopção de algumas recomendações de natureza mais genérica e relativas à prática reiterada de às entidades do sector empresarial do Estado serem alocadas responsabilidades na contratação de consultores externos;*
- LXV.** *Nestes termos, existem pois, no caso concreto, circunstâncias que militam a favor do uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, estando, portanto, esse Tribunal de Contas em condições de conceder o visto com recomendações.*

O Ministério Público pronunciou-se, no seu parecer constante a fls. 168, no sentido da procedência do recurso, em termos de o Tribunal poder «*usar da faculdade de concessão do Visto com recomendações*».

*

II. Fundamentação.

A) Face às conclusões apresentadas pelo recorrente, que delimitam o objeto do recurso, são as seguintes as questões a decidir: (i) não preenchimento dos pressupostos de facto de que depende a aplicação do n.º 1 do artigo 24º do Código de Contratos Públicos; (ii) violação dos princípios da concorrência, igualdade e transparência; (iii) violação do n.º 2 do artigo 287º do CCP; (iv) da não existência de nulidade e não existência de repercussão financeira negativa do contrato; (v) do visto com recomendações.

*

B) É a seguinte a matéria de facto, que no essencial não é questionada, e que consta na decisão em apreciação, sobre a qual importa decidir.



1. A EP - Estradas de Portugal, S.A. (doravante também designada por EP) remeteu, para fiscalização prévia, o contrato para aquisição de serviços de assessoria económica e financeira, celebrado com a KPMG II – Consultores de Negócios, S.A., (doravante também designada por KPMG), em 5 de abril de 2013, pelo valor de € 500.000,00, ao qual acresce o IVA, à taxa legal aplicável.
2. A assessoria referida é prestada à Comissão de Negociação constituída e nomeada pelo Despacho do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos nº 16198-F/2012.
3. A Comissão referida destina-se à renegociação dos contratos referentes às seguintes parcerias público-privadas do setor rodoviário:
 - a) Concessões ex-SCUT, designadamente, do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa da Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve;
 - b) Concessões do Norte e da Grande Lisboa;
 - c) Subconcessões, designadamente as auto-estradas Transmontana, do Baixo Tejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve.
4. Para além do referido nos números anteriores, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:
 - a) O contrato referido foi celebrado mediante procedimento de ajuste direto ao abrigo da alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP;
 - b) Em 3 de dezembro de 2012, por despacho do Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações tinha sido determinado “o *relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes às (...) PPP do setor rodoviário*” e “a EP mandatada *para, com urgência, prestar todo o apoio logístico necessário, podendo, designadamente, contratar consultores externos cuja assessoria técnica (incluindo em matéria de tráfego, económico-financeira e jurídica) seja indispensável para o cumprimento atempado dos objetivos fixados para a renegociação das PPP, designadamente no âmbito das ex-SCUTS*”. Nos termos desse despacho “o *calendário indicativo para o processo de renegociação dos contratos de PPP no sector rodoviário (...) previa a conclusão do mesmo até ao final do 1º trimestre de 2013*”¹;

¹ Ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.



- c) Em 6 de dezembro, por despacho do Secretário de Estado das Finanças, foi *"confirmada" a obrigação da EP constante do despacho de S.E. o Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações*²;
- d) A Comissão de Negociação – à qual devia ser prestado pela EP todo o apoio logístico necessário *"incluindo a contratação dos consultores externos cuja assessoria for julgada indispensável"* – é presidida pelo Presidente da EP³;
- e) *"A comissão de negociação foi constituída através do despacho da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos nº 16198-F/2012 (Diário da República, 2ª Série, nº 245, de 19 de Dezembro de 2012"*⁴. Este despacho foi contudo assinado em 10 de dezembro;
- f) Foi decidido convidar a apresentar proposta uma única entidade: a KPMG;
- g) Foi estabelecido um preço base de 500 mil euros e um valor máximo de taxa horária de 130 euros *"sendo que só serão pagos os serviços efectivamente prestados à taxa horária definida, tendo por limite o preço contratual"*⁵;
- h) O prazo de execução do contrato estabelecido foi de 3 meses a partir da data de adjudicação, devendo caducar ao fim desses três meses ou na data em que fosse atingido o preço contratual, consoante o que ocorresse primeiro. Contudo, previu-se que *"na fase de execução do contrato, a todo o tempo e por razões ligadas à intervenção das instituições [da troika], a EP pode decidir unilateralmente que o contrato só caduca quando for atingido o preço contratual"*⁶;
- i) Em documento datado de 26 de fevereiro refere-se que *"os superiores interesses públicos em presença levaram a Comissão de Negociação a solicitar a colaboração da KPMG (...) ainda antes da sua contratação (...)"*⁷;
- j) A autorização de lançamento do procedimento foi dada em 27 de fevereiro de 2013, em decisão do Conselho de Administração da EP;
- k) O convite foi enviado em 7 de março de 2013, tendo sido estabelecida como data e hora limites de apresentação da proposta o dia 12 de março e as 15 horas;
- l) Em 12 de março de 2013 procedeu-se à abertura da proposta da KPMG, tendo sido aceite;
- m) A decisão de adjudicação foi tomada em 13 de março de 2013;

² Idem.

³ Vide nº 2, *in fine*, do ofício da EP nº 461, de 2.07.2013 e o despacho do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos nº 16198-F/2012.

⁴ Ofício da EP nº 409, de 27 de maio.

⁵ Cláusula 4ª do caderno de encargos.

⁶ Cláusula 3ª do caderno de encargos.

⁷ Informação nº DC-1008, da Direção de Concessões da EP, de 26 de fevereiro de 2013.



- n) O contrato foi celebrado em 5 de abril de 2013, mas produzindo efeitos desde 13 de março ⁸;
- o) O contrato estabelece como sendo seu objecto a *“aquisição de serviços de assessoria económica e financeira à comissão de negociação constituída e nomeada pelo despacho do Coordenador da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos nº 16198-F/2012”*. Nos artigos 9º a 16º do caderno de encargos fixaram-se as obrigações do adjudicatário;
- p) Entre a EP e a KPMG foram antes celebrados vários contratos, não remetidos para fiscalização prévia. Os seguintes:
 - i. Contrato nº 47/2005, celebrado a 28 de janeiro de 2005, para prestação de serviços de consultadoria financeira, com uma vigência de 7 meses e 2 semanas, e o valor de € 1.600.550,00 ⁹;
 - ii. Contrato nº 128/2010 - "Consultoria Económica e Financeira no Âmbito da Gestão de Contratos de Concessão e Subconcessão", com valor não indicado ¹⁰;
 - iii. Contrato nº 94/2011, celebrado a 31 de março de 2011, para aquisição de serviços de assessoria económica e financeira, com a vigência de 150 dias (a produzir efeitos desde 10 de outubro de 2010), e o valor €120.000,00, sem IVA¹¹;
 - iv. Contrato nº 161/2011, celebrado a 21 de julho de 2011, para aquisição de serviços de consultoria económica e financeira, com efeitos a partir da assinatura e duração de 240 dias, permitindo regularizar situações que decorrem desde 1 de março de 2010, e o valor de €100.000,00, sem IVA¹².

5. Na presente decisão, devem ainda ser tidas em conta as seguintes alegações produzidas pela EP durante a instrução do processo:

- a) Questionada a EP sobre os fundamentos que permitiram a formação do contrato mediante ajuste direto, foi referido no essencial o seguinte:
 - i. *“[A] EP ficou mandatada e habilitada para "com urgência, prestar todo o apoio logístico necessário, podendo, designadamente, contratar consultores externos cuja assessoria técnica (incluindo em matéria de tráfego, económico-financeira e jurídica), seja indispensável para o cumprimento atempado dos objetivos fixados*

⁸ Cláusula 2ª do contrato.

⁹ Em anexo ao ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.

¹⁰ Referido no ofício da EP nº 461, de 2.07.2013.

¹¹ Em anexo ao ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.

¹² Idem.



*para a renegociação das PPP, designadamente no âmbito das SCUTS, “[nos] termos dos despachos dos Senhores Secretários de Estado das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, de que foi dado conhecimento à EP através da carta da UTAP que **deu entrada na EP no dia 10 de Janeiro de 2013**”¹³;*

- ii. *“Essa urgência não era apenas temporal, isto é, não se definia apenas pelo prazo fixado para concluir o processo de renegociação (até ao final do 1º trimestre de 2013), mas resultava também dos interesses públicos em presença, a saber, cumprimento das metas do défice fixadas no âmbito do programa de assistência económica e financeira através da redução dos pagamentos a cargo da EP e/ou Estado, contribuindo, assim, para o saneamento e equilíbrio das contas públicas por via da sustentabilidade do sector das infraestruturas rodoviárias, designadamente da EP”¹⁴;*
- iii. Afirma a EP estarem verificados os pressupostos fixados na alínea c) do nº 1 do artigo 24º do CCP: existem motivos de urgência imperiosa, a urgência resulta de acontecimentos imprevisíveis, que não são imputáveis à entidade adjudicante, o recurso ao ajuste direto foi feito na medida do estritamente necessário e não poderiam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos;
- iv. *“Resulta [do] cronograma, que já incorpora prazos muito reduzidos para a realização dos relatórios de análise de propostas (...), um prazo total mínimo de 71 dias (cerca de 2,5 meses), ao que acresce ainda o tempo necessário para a elaboração das peças de procedimento. Ou seja, o prazo necessário para o desenvolvimento de um concurso público não seria compatível com a urgência deste processo de contratação”;*
- v. *“Atenta a grande complexidade técnica das matérias em causa, assim como a sua enorme relevância para o interesse público, resulta que não seria viável recorrer-se, nestes termos, ao procedimento de concurso público para contratação da assessoria à Comissão de Negociação”.*

b) Questionada a EP sobre os fundamentos que permitiram a opção pelo convite dirigido a uma única entidade, foi referido no essencial o seguinte ¹⁵:

¹³ Ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013. Negrito da nossa responsabilidade.

¹⁴ Ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.

¹⁵ Idem.



“Foi assim opção da Comissão de Negociação convidar a KPMG II — Consultores de Negócios, S.A., visto esta empresa possuir um conhecimento profundo do tema em análise, pelo facto de já ter prestado, anteriormente, serviços de assessoria económica / financeira à EP, incluindo a reestruturação das concessões ex-SCUT, Concessão da Grande Lisboa e Concessão Norte”;

- c) Questionada expressamente sobre o documento de 26 de fevereiro acima referido na alínea i) do nº 4, em que se diz que *“os superiores interesses públicos em presença levaram a Comissão de Negociação a solicitar a colaboração da KPMG (...) ainda antes da sua contratação”*, a EP respondeu que *“[a] KPMG II — Consultores de Negócios, S.A. encontra-se a prestar serviços ao abrigo do contrato submetido à fiscalização prévia do Tribunal de Contas desde a data de adjudicação, que se verificou em 13 de Março de 2013”*¹⁶;
- d) Questionada sobre as razões que conduziram a fixar o referido preço de 500 mil euros, como preço base e depois como valor contratual, referiu a EP¹⁷:
“O caderno de encargos (...) prevê no seu artigo 4º, que o preço máximo que a EP se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem objeto da presente aquisição de serviços é de 500.000,00 €, sendo ainda estabelecida uma taxa horária máxima de 130,00 €.
Prevê ainda, no nº 3 do artigo 17º, que só serão pagos os serviços efetivamente prestados à taxa horária constante da proposta adjudicada.
Ou seja, a remuneração a receber pelo adjudicatário no âmbito deste contrato será variável, resultando do número de horas de assessoria efetivamente prestada e da taxa horária contratual de 130 €, não podendo, em caso algum, ultrapassar o valor de 500.000 €.
Efetuada este enquadramento, importa referir que não seria possível determinar com exatidão, à data de elaboração do caderno de encargos e da tomada de decisão e contratar, qual o número de horas de assessoria que a Comissão de Negociação iria necessitar.
Assim, e tendo presente o nível de complexidade dos trabalhos a desenvolver e do elevado número de contratos de concessão que iriam ser objeto de renegociação, foi estimado um custo máximo de 500.000 €, tendo por base o seguinte dimensionamento: equipa constituída por cinco pessoas, oito horas por dia, durante os 3 meses do contrato.
Reitera-se no entanto que este é um valor estimado, impossível de definir com exatidão antes da conclusão dos trabalhos, e que o valor final a

¹⁶ Vide 3 a) no ofício da EP nº 409, de 27 de maio de 2013.

¹⁷ Ofício da EP nº 461, de 2.07.2013.



pagar resultará sempre do trabalho efetivamente realizado à taxa horária contratual.

Até 30 de Junho de 2013 os trabalhos realizados pela empresa KPMG II — Consultores de Negócios, S.A., (...) que ainda se encontra em execução nos termos do n.º 3 do artigo 3.º do caderno de encargos, totalizam o valor de 350.000 €.”

*

Vejamos cada uma das questões a decidir.

(i) Não preenchimento dos pressupostos de facto de que depende a aplicação do n.º 1 do artigo 24.º do Código de Contratos Públicos (CCP).

Sobre esta dimensão do recurso, em síntese, o recorrente referindo-se à alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, afirma nas conclusões, no que verdadeiramente é relevante para conhecimento do recurso, que se verificava uma «urgência imperiosa» na contratação da KPMG em ordem a dar cumprimento aos objetivos assumidos pelo Estado português perante a Troika no que respeita à renegociação das PPPs. Essa a questão essencial que justificaria, na opinião do recorrente, a que se recorresse a um procedimento concursal limitado por prévia qualificação.

O ajuste direto é, nos termos do CCP, uma modalidade excecional de procedimento concursal assente em requisitos legais taxativos que limitam, perante qualquer entidade adjudicante, a escolha daquele procedimento.

Trata-se de um procedimento «fechado», que se compreende «como desvio em relação a um modelo ou padrão de preferência aberto», claramente prevalentes ou dotados de primazia no âmbito da configuração legislativa da contratação pública, conhecidos os princípios da legalidade, igualdade e transparência a ela subjacentes (inequivocamente neste sentido, cf. Pedro Gonçalves, *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013, p. 437 e também o Acórdão deste Tribunal n.º 39/2010, de 3.11).

O que decorre do regime normativo do ajuste direto é exatamente a necessidade de a sua admissibilidade ser sempre restritiva e, naturalmente, ser muito controlada a



Tribunal de Contas

interpretação dos requisitos legais que são exigidos quando se recorre ao referido procedimento.

Em termos sintéticos pode dizer-se que o ajuste direto é uma modalidade excecional de procedimento concursal assente em requisitos taxativos que como tal devem ser interpretados.

Nesse sentido, o artigo 24º alínea c) do CCP estabelece os pressupostos referidos que, em qualquer caso, devem ser sempre obrigatória e cumulativamente verificados: (i) motivos de urgência imperiosa; (ii) urgência que resulte de acontecimentos imprevisíveis; (iii) tais acontecimentos não possam ser imputados, em caso algum, à entidade adjudicante; (iv) quando não possam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os restantes procedimentos; (v) o contrato celebrado apenas na medida do estritamente necessário.

A dimensão normativa aludida no acórdão recorrido sobre o entendimento deste Tribunal de Contas sobre os pressupostos legais referidos que justificam a adoção de ajuste direto, concretamente referidos nos pontos 9,10,11 e 12 da decisão, constituem jurisprudência sedimentada pelo Tribunal, desde pelo menos 2004 (concretamente os Acórdãos nºs 1/04, de 3/2, nº16/06, de 14 de Março, nº 4/05 de 2/2, nº 37/06, de 6/6 e nº 5/07, de 24/4, nº 5/2008 - 22.Jan.2008 - 1ª S/SS, nº 7 /2008-1.ªS/PL-8ABR2008, nº 8 /2011 – 12.ABR-1ªS/PL, nº16 /08 – 11 Novembro 2008 – 1ª S/PL, nº 35/2008 - 06.Mar.2008 - 1ª S/SS, nº 45/11 - 07.JUN. 2011/1ª S/SS, nº 8 /2011 – 12.ABR-1ªS/PL, nº 4/14.FEV.2012/1ªS/SS, identificados na decisão *sub judice*).

A mais do que é referido no acórdão em apreciação sobre o requisito da **urgência**, sublinhe-se que, quando em termos normativos se alude à «urgência» deve entender-se esta «como uma necessidade de actuação inadiável em resultado da existência de um perigo atual e iminente para um determinado bem jurídico» (cf. Miguel Nogueira de Brito, *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra Editora, p. 32.).

Assim é doutrinal e jurisprudencialmente entendido que a urgência «resulta da existência de um perigo atual e iminente que ameaça um interesse público protegido e da impossibilidade de, para o afastar, cumprir as normas legais», como inequivocamente



Tribunal de Contas

referem Diogo Freitas do Amaral e Maria da Glória Garcia, in «O estado de necessidade e a urgência em direito administrativo», *ROA*, Ano 59, Abril, 1999, p. 485.

Face a este quadro jurídico normativo que configura a admissibilidade do procedimento e, concretamente, do requisito urgência que o condiciona em primeira linha, atente-se na questão essencial suscitada no recurso.

Pode uma afirmação unilateral dada a título de instrução por um Secretário de Estado sobre a urgência de um procedimento para eventual contratação de assessoria técnica, estribada na necessidade e renegociar contratos de PPPs, ser suficiente para justificar a urgência do recurso a um procedimento concursal que a lei define como excecional?

A resposta à questão, não pode deixar de suscitar uma alusão às questões substanciais que estão em causa, nomeadamente a renegociação das parcerias público-privadas como fator de política orçamental, nomeadamente a nível da redução da despesa pública.

No seguimento de determinação legal já referida nas Leis que aprovaram os Orçamentos de Estado de 2012 e as Grandes Opções do Plano para 2012 e 2013, foi criada no ano de 2012 a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, com vista a coordenar todos os processos de PPPs, assim se reforçando a capacidade de avaliação de riscos e, por outro lado centralizando as competências da Administração Pública nesta matéria.

Em 2012, foi também realizada uma auditoria independente às 36 PPPs em execução pela empresa Ernst & Young, cujo trabalho foi apresentado em julho [cf. o documento Grandes Opções do Plano para 2013 (GOP)]. Referia-se, no mesmo documento (GOP/2013) que «*foi já conseguida uma poupança na ordem dos 1000 milhões de euros em valores atualizados, através das negociações das subconcessões*». No mesmo documento estava estabelecido que «*até final de dezembro, irá ser desenvolvida uma estratégia para lidar com os restantes contratos e assim aumentar substancialmente o valor destas poupanças*».

De uma forma mais incisiva, e normativamente vinculante, o artigo 143º n.º 1 da Lei do Orçamento de Estado para 2013 estabelece que «*o Governo obriga -se, na estrita defesa do interesse público, a realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação*



Tribunal de Contas

dos contratos de parcerias público -privadas do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público, liquidados diretamente pelo Estado Português ou através da EP — Estradas de Portugal, S. A., recorrendo, para tal, aos meios legalmente disponíveis e tendo por referência as melhores práticas internacionais».

No nº 2 do mesmo artigo refere-se ainda que «*a redução de encargos brutos para o erário público expectável em 2013 é de 30 % face ao valor originalmente contratado*» (sublinhado nosso).

O que pode concluir-se do conjunto de disposições normativas citadas é que a questão da renegociação das parcerias público-privadas é matéria que, pelo menos desde 2012, está normativamente determinada como forma de política orçamental, tendo para o ano de 2013 sido estabelecida uma expectativa de redução de encargos de 30% com a renegociação das PPPs no sector rodoviário. Expectativa certamente fundada numa apreciação financeiramente sustentada.

Se este é o quadro «macro» que envolve a relevância da renegociação das PPPs para efeitos da redução de despesa pública, concretamente sobre as PPPs rodoviárias, a dimensão normativa imediatamente vinculante está vertida nos despachos dos Secretários de Estados das Obras Públicas Transportes e Comunicações e das Finanças, de 3 e 6 de dezembro de 2012, respetivamente.

Aquele primeiro despacho, no seu ponto 7, refere-se ao *relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes às (...) PPP do setor rodoviário*” e mandata a EP *“para, com urgência, prestar todo o apoio logístico necessário, podendo, designadamente, contratar consultores externos cuja assessoria técnica (incluindo em matéria de tráfego, económico-financeira e jurídica) seja indispensável para o cumprimento atempado dos objetivos fixados para a renegociação das PPP, designadamente no âmbito das ex-SCUTS”*.

Por seu turno, o segundo despacho, de 6 de dezembro, determina a constituição da Comissão de Negociação e confirma a obrigação da empresa Estradas de Portugal, constante do despacho de S.E. o Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, apoiar a UTAP.



E na concretização deste objectivo foi criada uma *Comissão de Negociação* constituída através do despacho da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos nº 16198-F/2012 (Diário da República, 2ª Série, nº 245, de 19 de Dezembro de 2012), despacho sobre o qual vale a pena atentar, porque condensa toda a informação que acaba por ser relevante nesta matéria.

Aí se diz, o seguinte:

Considerando que:

a) No âmbito do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, celebrado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, o Governo Português assumiu o compromisso de renegociar as parcerias público-privadas (PPP) do setor rodoviário, com o objetivo de alcançar um impacto orçamental significativo já durante o ano de 2013 e assegurar uma redução sustentada dos encargos públicos.

b) A Lei do Orçamento de Estado para 2013, aprovada em 27 de novembro de 2012, inclui o compromisso do Governo de realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos de PPP do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, estimando uma redução de encargos para o erário público em 2013 de cerca de 30 % face ao valor originalmente contratado.

c) A renegociação dos contratos de PPP far -se -á no quadro do regime jurídico das PPP, recentemente aprovado pelo Decreto -Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, através de uma comissão de negociação a quem compete, designadamente, a missão de (i) representar o parceiro público nas sessões de negociação com os parceiros privados, (ii) negociar as soluções e medidas que considere mais consentâneas com a defesa do interesse público, tendo por referência os objetivos traçados pelo Governo, (iii) elaborar relatório fundamentado sobre os resultados do processo negocial, com uma proposta de decisão, e (iv) apresentar as minutas dos instrumentos jurídicos que se revelem necessárias à conclusão do processo negocial.

d) Por despacho datado de 3 de dezembro, Sua Exa. o Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações determinou o relançamento formal do processo de renegociação dos contratos referentes às seguintes PPP do setor rodoviário: (i) concessões ex -SCUT do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve; (ii) concessões Norte e da Grande Lisboa e (iii) subconcessões, designadamente Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral.

e) Nos termos do referido despacho, a renegociação dos supra elencados contratos de PPP deverá visar como objetivos últimos a reestruturação do setor rodoviário nacional e a sustentabilidade económica e financeira da EP, tendo em vista a redução do impacto das PPP rodoviárias nas contas públicas e a satisfação dos superiores interesses públicos em presença;

f) Por via do mesmo despacho, veio Sua Exa. o Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações indicar os membros efetivos e respetivo suplente da comissão de negociação, cuja indicação compete ao membro do Governo responsável pela área do projeto em causa;

g) Por despacho datado de 6 de dezembro, Sua Exa. o Secretário de Estado das Finanças determinou à Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP) a constituição de comissão de negociação para os efeitos acima descritos, indicação do respetivo presidente, bem como de três membros efetivos e de um suplente;

Assim, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 22.º, conjugado com o n.º 1 do artigo 10.º, e do disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 39.º, do Decreto -Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, determina -se: 1 — A constituição de uma comissão para a renegociação dos contratos referentes às seguintes PPP do setor rodoviário: (i) Concessões ex -SCUT do Norte Litoral, do Grande Porto, do Interior Norte, da Costa de Prata, das Beiras Litoral e Alta, da Beira Interior e do Algarve; (ii) Concessões Norte e da Grande Lisboa; (iii) Subconcessões da Autoestrada Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve. 2 — A seguinte composição para a comissão de negociação: i) Presidente: Dr. António Manuel de Palma Ramalho; ii) Membros efetivos: Dr. Vítor Manuel Batista de Almeida; Dra. Maria Ana Soares Zagallo; Dr. Carlos Alberto Correia de Oliveira Vaz de Almeida; Eng.º Mário João Alves



Tribunal de Contas

Fernandes. iii) Membros suplentes: Dr. Diogo Macedo Graça; Eng.º Rui Manuel Costa Manteigas. 3 — A participação na presente comissão de negociação não confere direito a qualquer remuneração adicional.

De todo o dispositivo normativo citado releva o papel central que a Comissão de Negociação tem que ter na concretização os objetivos referidos.

É esta Comissão que tem que renegociar as PPPs, sendo da sua responsabilidade executar a política governamental decidida, nomeadamente *(i) negociar as soluções e medidas que considere mais consentâneas com a defesa do interesse público, tendo por referência os objetivos traçados pelo Governo, (ii) elaborar relatório fundamentado sobre os resultados do processo negocial, com uma proposta de decisão, e (iii) apresentar as minutas dos instrumentos jurídicos que se revelem necessárias à conclusão do processo negocial.*

O trabalho da referida Comissão embora não tenha sido balizado no tempo, tem já prevista para o ano de 2013 uma etapa a concretizar: uma redução expectável de 30% nos encargos com as PPPs rodoviárias.

E é evidente que para se conseguir alcançar esta etapa certamente há que desenvolver a atividade de forma a que se cumpram esses objetivos, o mais rapidamente possível. Para isso a Comissão terá que dotar-se de todos os instrumentos e meios necessários para chegar aos objetivos. Para tal está a Estradas de Portugal S.A. mandatada para prestar todo o apoio logístico necessário. Se isso for relevante (ou mesmo indispensável) certamente será importante aceder e ter o apoio de consultores, nomeadamente empresas que nessa matéria prestem serviços e estejam disponíveis no mercado. E para isso terá que efetuar os procedimentos adequados, cumprindo as regras concorrenciais e respeitando os princípios legais que lhe permitam contratualizar tais serviços. Recordem-se, atentos os interesses e os valores em causa no tipo de consultoria, as exigências de transparência que tais procedimentos impõem.

O que de todo está demonstrado é que, para isso, exista urgência imperiosa, no sentido jurídico-administrativo, que justifique o desvio do mecanismo de contratação pública normal, sustentado num modelo ou padrão aberto e transparente, para enveredar por um procedimento fechado e excecional.



Tribunal de Contas

Procedimento que a lei apenas admite quando exista (e esteja demonstrada) uma necessidade de atuação inadiável em resultado da existência de um perigo atual e iminente para um determinado bem jurídico. É isto que fundamenta a urgência imperiosa.

É este conceito que este Tribunal de Contas tem também vindo a sustentar na sua jurisprudência, ao referir que na urgência imperiosa se trata de «uma situação de urgência impreterível, significando-se com isto que a prestação não pode ser “adiada”, sob pena de não ser mais possível realizá-la, ou que a sua não realização imediata venha a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação» (vidé, entre outros, o Acórdão n.º 45/11, 1ª SS de 7.6.2011).

Recorde-se que o CCP, no seu artigo 24º alínea c) não se refere apenas a urgência. Refere-se a urgência imperiosa.

O mandato conferido à Estradas de Portugal SA, por via do despacho do Secretário de Estados das Obras Públicas Transportes e Comunicações e das Finanças, de 3 de dezembro de 2012 não pode ser interpretado para além do que refere e pode: atribuir urgência ao apoio logístico da EP, SA à Comissão de Negociação.

Não é ele próprio razão que justifique a atuação inadiável para contratualizar directamente uma determinada entidade em resultado da existência de um perigo atual e iminente.

É assim evidente que, no caso, factual e fundadamente, não está demonstrada urgência imperiosa da contratação de uma empresa de assessoria que justifique a ultrapassagem das regras normais de contratação pública, razão única que permitiria a utilização do mecanismo legal constante no artigo 24º n.º 1 alínea c) do CCP.

Por outras palavras, não está demonstrado que não seria conseguido o interesse público previsto na lei com a utilização de um procedimento que não o ajuste direto.

Nessa medida não há razão para alterar o decidido, quando entende que foi violado, como foi, o regime estabelecido no artigo 24º n.º i alínea c) e, por isso, não existe justificação fundada para que fosse efetuado um ajuste direto.

Porque a questão é suscitada no parecer do Ministério Público, importa atentar no que neste parecer é referido sobre eventual fundamento legitimador do recurso ao



procedimento por ajuste direto, sustentado no facto de estarem em causa «interesses essenciais do Estado», a admitir-se que a assessoria técnica em causa era indispensável para o cumprimento atempado dos objectivos fixados para a renegociação das PPPs.

Refere o artigo 24º alínea f) do CCP efetivamente que qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando *«nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respetiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir»* (sublinhado nosso).

Como foi referido supra estamos, mais uma vez na interpretação deste requisito, no âmbito de interpretação de um conceito que exceciona o princípio regra de que a contratação pública obedece a um regime aberto, transparente e concorrencial.

A alínea f) do artigo 24º do CCP estriba-se na defesa de razões públicas estatutais onde a dimensão da transparência e concorrência deve ceder perante a salvaguarda de interesses essenciais do Estado, ou interesses públicos qualificados, na expressão de Miguel Assis Raimundo, (in «As exceções da contratação pública e da concorrência», in AAVV, *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, 2013, p. 132), de que são exemplo a proteção da segurança nacional ou do segredo de Estado.

A exigência da **defesa de interesses essenciais do Estado** enquadrada no âmbito das Tarefas Fundamentais do Estado, a que se refere o artigo 9º da Constituição da República, é uma cláusula geral de interesse público que deve sustentar-se numa fundamentação inequívoca.

Ora a alusão à necessidade de cumprimento atempado dos objetivos fixados no Programa de Estabilidade Financeira imposto pela Troika, sem qualquer nexos causal e demonstrativo de que só a contratação de uma consultora permite o cumprimento de tal finalidade, de todo demonstra uma fundamentação minimamente sustentada, para justificar a exceção onde se sustenta a exigência da defesa de interesses essenciais do Estado.

Daí que as razões referidas pelo Ministério Público no seu parecer não têm sustentação.



Assim sendo e no que respeita a nesta dimensão do recurso a decisão não merece qualquer reparo.

(ii) Violação dos princípios da concorrência, igualdade e transparência.

Sobre esta dimensão do recurso, o recorrente afirma *essencialmente que o lançamento de um procedimento de ajuste direto com convite a uma só entidade não violou quaisquer princípios da contratação pública, designadamente os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência.*

A decisão em apreciação sustenta que ao endereçar o convite a apenas uma entidade, ainda que em processo de ajuste direto, foi desrespeitado o princípio da concorrência, da igualdade e da transparência, a que se alude o artigo 1º n.º 4 do CCP.

Desde já se diga que o conhecimento desta questão não comporta qualquer utilidade prática na medida em que a invalidade corroborada na primeira questão decidida comporta, só por si, a inviabilidade do recurso.

Dir-se-á, por isso, de uma forma sintética, algo sobre a questão.

Na pressuposição de que o ajuste direto seria forma válida para contratar no caso em apreço, que não é o caso como se referiu por inexistência de fundamento bastante para tanto, importa referir que o artigo 112º do CCP estabelece a possibilidade da entidade adjudicante puder convidar uma ou várias entidades à sua escolha para apresentar propostas. Esse o princípio geral.

No âmbito de um procedimento de ajuste direto, formal e substancialmente válido, o facto de a entidade adjudicante não formular convites múltiplos (a mais do que uma entidade) só por si não é razão para se evidenciar uma violação do princípio da concorrência.

Na medida em que, *ab initio*, o procedimento escolhido de ajuste directo se funde em razões válidas e justificadas, cumprindo os pressupostos legais, (o que não foi o caso) então pode a entidade adjudicante, porque sustentado em razões legalmente pré-estabelecidas, enveredar pela escolha a uma única entidade.



Como se constatou em (i), no caso em apreço não se encontra verificado o pressuposto essencial que justifique a urgência imperiosa ou outro motivo como razão essencial para admitir o procedimento por ajuste direto.

Nesse sentido, porque o processo, *ab initio* não se encontra validamente justificado, a escolha efetuada não pode igualmente ser considerada válida à luz dos princípios concorrenciais que sustentam a contratação pública, nomeadamente não se respeitando os princípios da transparência e igualdade.

Assim, embora por motivos diferenciados da decisão *sub judice*, carece de razão o recorrente e por isso, também nesta parte, o recurso não merece provimento.

(iii) Violação do n.º 2 do artigo 287º do CCP.

Nesta dimensão do recurso entende o recorrente que a atribuição de eficácia retroativa ao contrato outorgado foi feita apenas e só a partir da data de adjudicação e fundou-se em exigências imperiosas de direito público, porque havia urgência na contratação imperiosa da KPMG em ordem a dar cumprimento aos objetivos de redução assumidos pelo Estado português perante a Troika. Para tal seria indispensável para a prossecução dos interesses públicos em presença assegurar que a prestação de serviços da KPMG se iniciasse o mais depressa possível, isto é, a partir da data de adjudicação.

Face às conclusões apresentadas importa sublinhar que estão em causa duas questões, neste âmbito do recurso: a data da produção de efeitos do contrato e a justificação para os mesmos ocorrerem antes do visto prévio.

Segundo a cláusula segunda do contrato outorgado em 5 de Abril de 2013, (cf. fls. 150 vs.) devidamente assinado pelas partes outorgantes, «*o presente contrato produz efeitos a partir de 13 de março de 2013, data da respectiva adjudicação, e caduca no final do prazo de três meses ou quando for atingida a remuneração máxima contratual, consoante o que ocorrer primeiro*».

Dispõe o artigo 287º do CCP que “[a] plena eficácia do contrato depende da emissão dos actos de aprovação, de visto, ou de outros actos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de acto administrativo que



Tribunal de Contas

eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objecto passível de acto administrativo”.

O n.º 2 do referido artigo estabelece, no entanto, que “[a]s partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos: a) não seja proibida por lei; b) não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e c) não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à [fase¹⁸] de formação do contrato”.

A decisão de adjudicação é «um ato administrativo que tem como efeito por um lado a determinação do concorrente com que vier a ser celebrado o contrato objeto de procedimento e, por outro a conformação do seu clausulado» (cf. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves e Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p.1007).

A adjudicação, embora comporte efeitos jurídicos, não se confunde com o contrato nem com os efeitos que resultem deste.

Daí que os efeitos contratuais, em princípio, só valem após a outorga e assinatura do contrato, ou seja para o futuro (excepciona-se, como se sabe, os contratos não reduzidos a escrito, tendo em conta o disposto no artigo 95º do CCP)

No caso em apreço, é absolutamente claro que os efeitos do contrato outorgado não decorre automaticamente da adjudicação, mas sim do teor do acordo estipulados pelas partes referido no contrato que fez retroagir esse efeito à adjudicação.

Como se referiu essa opção contratual é legalmente permitida, mas apenas nos termos previstos no artigo 287º n.º 2 do CCP: *quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem e desde que a produção antecipada de efeitos: (i) não seja proibida por lei; (ii) não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e (iii) não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à [fase] de formação do contrato* (sublinhado nosso).

¹⁸ Como se refere no acórdão *sub judice*, a palavra “fase” não consta da versão original do CCP, nem de declarações de retificação, nem das versões republicadas do diploma. Mas trata-se certamente de um *lapsus scriptae* ou mesmo de uma mera “gralha”.



Ora como se verificou e decidiu no ponto (I), todo o procedimento de ajuste directo está *ab initio* legalmente contaminado. No leque de motivos que fundam essa contaminação está a violação de regras que restringem a concorrência, nomeadamente a não verificação dos requisitos que levam à admissibilidade do procedimento por ajuste directo.

Nessa medida, ainda que estivessem demonstradas *exigências imperiosas de direito público* que justificassem a atribuição de efeitos retroativos ao contrato (que não estão demonstrados), nunca tal poderia ser efetuado por falta dos restantes requisitos legais para que isso pudesse ocorrer. Recorde-se que a admissibilidade da eficácia retroativa dos contratos exige a verificação cumulativa dos requisitos referidos no artigo 287º n.º 2 do CCP (neste sentido, inequivocamente, Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos*, 4ª edição, Almedina, 2013, p. 574), o que de todo está demonstrado.

Assim sendo é, também nesta dimensão, improcedente o recurso interposto.

(iv) Da não existência de nulidade e não existência de repercussão financeira negativa do contrato.

Dois tópicos são suscitados pelo recorrente no âmbito desta dimensão do recurso, a saber: a questão da natureza do vício ocorrido e a questão da alteração do resultado financeiro.

No primeiro tópico sustenta, em síntese, o recorrente que o desvalor associado à adjudicação de um contrato por ajuste directo, quando deveria ter sido utilizado o concurso público, não é o da nulidade mas tão só o da anulabilidade.

Como é referido na decisão *sub judice*, tem sido jurisprudência quase constante deste Tribunal o entendimento de que «a ausência do concurso, quando obrigatório, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133º, n.º 1, do Código do Procedimento» (cf. entre outros o Acórdão supra referido n.º 45/11 de 7.6.2011 e mais recentemente os Acórdãos n.º 16/2013/SS, de 21 de maio e n.º 18/2013/SS, de 1 de julho).



Tribunal de Contas

Conforme se refere no Acórdão n.º 16/2013, citado, «a situação de não realização de um concurso público quando tal seja exigido por lei, porque consubstancia uma preterição de uma formalidade essencial comporta a ocorrência de uma nulidade», seguindo, aliás posição doutrinária publicada (inequivocamente, Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2012, p. 455).

Essa situação não obstaculiza o disposto no artigo 283º-A do CCP, aplicável apenas aos casos de falta de publicação prévia de anúncio do respetivo procedimento no Jornal Oficial da União Europeia, quando exigível ou a celebração do contrato antes de decorrido o prazo de suspensão de 10 dias previsto nos artigos 95º e 104º.

Em síntese, a ausência do concurso, legalmente exigido, comporta uma omissão de um elemento essencial da adjudicação e configura uma nulidade que pode ser invocada a todo o tempo.

Dispõe a alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto que constitui fundamento de recusa de visto a desconformidade dos atos ou contratos com a lei em vigor que implique nulidade.

A situação em apreciação comporta uma nulidade e, por isso, subsume-se a essa previsão.

Daí que carece totalmente de razão o recorrente nesta parte.

Quanto ao segundo tópico, o recorrente refere que o Tribunal de Contas dá como provado, sem fundamentar, que a preterição de um procedimento concorrencial, o convite a uma só entidade e a atribuição de eficácia retroativa configuram, todas elas, situações suscetíveis de alterar ou ter alterado o resultado financeiro. Ao contrário, o recorrente EP considera que, no caso concreto e tendo presente que o procedimento concorrencial seria o concurso limitado por prévia qualificação, o resultado financeiro seria muito possivelmente pior.

Importa antes de mais atentar concretamente no que sobre esta matéria foi decidido para que, sem equívocos se possa decidir.

E o que se diz na decisão é o seguinte: «*mesmo que se entenda, à luz do que passou a dispor-se no artigo 283º-A do CCP, que o referido vício origina a anulabilidade do*



contrato, a ausência de procedimento concorrencial, com o impacto que com elevada probabilidade teria no resultado financeiro, é igualmente fundamento para recusa do visto, ao abrigo da alínea c) do referido nº 3 do artigo 44º da LOPTC. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar ou ter resultado uma alteração do resultado financeiro do procedimento».

Ou seja a decisão, nesta parte, refere tão só que apenas no caso de se entender que estava em causa um vício de anulabilidade (e não de nulidade) então, ainda assim, esse vício comportaria uma recusa de visto por ilegalidade tendo em conta que da mesma resultaria (ou poderia resultar) uma alteração do resultado financeiro do procedimento.

Conforme se referiu e decidiu, entende-se que no caso está em causa o vício de nulidade do contrato. Por tal motivo a dimensão condicional da decisão não se coloca.

Está em causa, no caso em apreço um vício de nulidade do contrato e, por tal motivo, a verificação legal da recusa de visto sustenta-se no n.º 3 alínea a) da LOPTC.

(v) Do visto com recomendações.

Sobre esta última dimensão do recurso o recorrente considera que há circunstâncias que militam a favor do uso da faculdade prevista no artigo 44º n.º 4 da LOPTC, nomeadamente conceder o visto e fazer recomendações.

Estabelece o artigo 44º n.º 3 da LOPTC que «*constitui fundamento da recusa de visto 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; c) ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro*».

Por sua vez o número 4 do referido artigo estabelece que «*nos casos previstos na alínea c) no número anterior, o Tribunal em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades*».



O poder de efetuar ou formular recomendações, como instrumento de correção de eventuais deficiências ou irregularidades, não é uma atividade livre ou arbitrária do Tribunal. Está vinculada legalmente às situações em que tenha ocorrido no procedimento uma ilegalidade que alterar ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

Só é possível efetuar ou formular um visto com recomendações quando o vício subjacente ao ato ou contrato em causa «não coloque em causa a sua própria validade, não se traduza na assunção de encargos sem cabimento orçamental ou na violação direta de normas financeiras» (assim Guilherme de Oliveira Martins, in «O Tribunal de Contas e a atividade contratual pública», *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1 Janeiro-Abril de 2011 p. 17).

No caso dos autos ocorreu no procedimento que levou à elaboração do contrato em apreciação por este Tribunal uma nulidade que põe em causa a sua própria validade.

Assim sendo, é inaplicável ao caso a possibilidade legal que assiste ao Tribunal de formular um visto com recomendações.

Nessa medida carece de fundamento a pretensão do recorrente nesta sua dimensão do recurso.

*

Conforme se refere na decisão de primeira instância foram celebrados contratos anteriormente entre a empresa recorrente e a KPMG que não foram submetidos a fiscalização prévia.

Nesse sentido o processo deverá prosseguir para apuramento de eventuais infrações financeiras, que não tenham sido já identificadas no âmbito da fiscalização sucessiva, tendo em conta o disposto na alínea h) do n.º 1 do artigo 65º da LOPTC.

DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Plenário, em negar provimento ao recurso interposto por ESTRADAS DE PORTUGAL, S.A., mantendo-se a decisão recorrida.



Tribunal de Contas

O processo deverá prosseguir para apuramento de eventuais infrações financeiras, que não tenham sido já identificadas no âmbito da fiscalização sucessiva, tendo em conta o disposto na alínea h) do n.º 1 do artigo 65º da LOPTC.

Emolumentos pelo recorrente (artigo 16º n.º 1, alínea b) do Regulamento Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 23 de Outubro de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(Mouraz Lopes-Relator)

(Ernesto Cunha)

(Santos Carvalho)

Fui presente
(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)