



ACÓRDÃO N.º 164/2009 - 17.Nov.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 361/09)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Autenticação de Documentos / Comparador Público / Contratação Pública / Contrato de Subconcessão / Parceria Público-Privada / Preços / Programa de Concurso / Recusa de Visto / Regime Jurídico

SUMÁRIO:

1. O contrato de subconcessão em apreço, que tem por objecto a concepção, construção, aumento do número de vias, beneficiação, financiamento, exploração e conservação de diversos lanços de auto-estrada e de vias, é um contrato abrangido pelo disposto no art.º 46.º, n.º 1, al. b) da Lei de Organização de Processo do Tribunal de Contas, do qual emergem encargos directos para a entidade sujeita a fiscalização prévia, superiores ao limiar fixado na Lei do Orçamento para efeitos de submissão a visto, e, portanto, sujeito àquela forma de fiscalização.
2. Tendo o referido contrato como objecto uma subconcessão em regime de parceria público-privada, é-lhe aplicável - e ao procedimento que lhe deu origem - o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (RJPPP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril. É-lhe, ainda, aplicável, face à data em que foi desencadeado o procedimento, bem como à natureza da entidade adjudicante e do contrato, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, por força dos seus n.º 2 do art.º 2.º e al. g) do n.º 1 do art.º 3.º, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, nos termos do seu art.º 4.º.
3. O lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os



mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do art.º 19.º da Lei do Enquadramento Orçamental (estudo de comparador público).

4. A falta de elaboração do estudo de comparador público, demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de obras públicas, viola o disposto no art.º 6.º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.
5. As regras concursais constantes, designadamente, do Programa de Concurso, não podem ser modificadas nem desrespeitadas pelos intervenientes no procedimento.
6. A degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contraria as regras que a própria concedente estabeleceu no Programa de Concurso, nomeadamente no n.º 29 do Programa de Concurso, e viola os princípios fundamentais da contratação pública, fixados no art.º 100.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e nos arts. 9.º, n.º2, 10.º e 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
7. O preço das cópias a fornecer aos interessados em processos de concurso é, nos termos do art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 3 de Março, apenas o preço de custo dessas cópias, não se incluindo nele factores exteriores à produção das cópias, designadamente o custo relativo à busca, preparação e elaboração dos documentos a copiar.
8. Não estando demonstrado que o valor fixado para a aquisição das peças concursais correspondeu, apenas, ao custo de reprodução e certificação das respectivas cópias, e, evidenciando o elevado valor fixado que essa correspondência foi ultrapassada, verifica-se a violação do disposto no n.º 4 do art.º 62.º do referido diploma legal.
9. As violações de lei mencionadas provocaram, com forte probabilidade, a alteração do resultado financeiro do procedimento, constituindo fundamento da recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
10. A gravidade das referidas violações, que ferem o núcleo central dos valores que devem ser observados na constituição das parcerias público-privadas e



Tribunal de Contas

nos procedimentos de negociação e de avaliação de propostas no âmbito da contratação pública, e a forte probabilidade de por elas ter sido alterado o resultado financeiro do contrato, não permitem o uso da faculdade concedida pelo n.º 4 do art.º 44 da LOPTC.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO Nº 164 /09 – 17.NOV-1ª S/SS

Processo nº 361/09

1. A “Estradas de Portugal, S.A.” (doravante designada por EP ou por Subconcedente) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de Subconcessão relativo à concepção, construção, aumento do número de vias, beneficiação, financiamento, exploração e conservação de diversos lanços de auto-estrada e de vias¹, genericamente designada por SUBCONCESSÃO DA AUTO-ESTRADA DO BAIXO ALENTEJO, celebrado em 31 de Janeiro de 2009 entre aquela entidade e a **SPER – Sociedade Portuguesa para a Construção e Exploração Rodoviária, S.A.** (doravante designada por SPER ou Subconcessionária)².

2. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior e nos números subsequentes, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) A Resolução do Conselho de Ministros nº 89/2007, de 14 de Junho, publicada no *Diário da República*, I série, de 11 de Julho de 2007, instituiu um novo modelo de gestão e financiamento do sector das infra-estruturas rodoviárias, prevendo a celebração de um contrato de concessão entre o Estado e a EP, tendo por objecto as responsabilidades de concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional;
- b) Através do Decreto-Lei nº 374/2007, de 7 de Novembro, a EP foi transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos e viu, pelo mesmo diploma, aprovados os seus estatutos;

¹ Nos termos da alínea xx) do nº1.1 do capítulo I do contrato e da alínea ww) do nº1.1 do Anexo I do Caderno de Encargos, “via” significa “em conjunto, o itinerário principal e itinerário complementar e conjuntos viários associados que integram as vias referidas no nº 6.3”.

² Nos termos da cláusula 2 do contrato de subconcessão, deste fazem parte integrante, constando como anexos, outros contratos e instrumentos contratuais, num total de 21, e tal como elencados nos seus sucessivos anexos, em que se incluem, designadamente, os contratos de projecto e construção, de operação e manutenção e de financiamento.



- c) Através do Decreto-Lei nº 380/2007, de 13 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 110/2009, de 18 de Maio, foram aprovadas as bases da concessão atribuída à EP;
- d) Pela Resolução do Conselho de Ministros nº 174-A/2007, de 14 de Novembro, publicada no *Diário da República*, I Série, de 23 de Novembro de 2007, foi aprovada a minuta do contrato de concessão entre o Estado e a EP;
- e) Pela Resolução do Conselho de Ministros nº 181/07, de 29 de Novembro de 2007, publicada no *Diário da República*, I Série, de 11 de Dezembro de 2007, foi determinado que a EP lançasse, até ao final de 2007, concurso público internacional para a Concessão do Baixo Alentejo, em regime de parceria público-privada;
- f) Nos termos dos nºs 1 a 3 do Programa de Concurso, do nº 6 do Anexo I do Caderno de Encargos, e do nº 6 do Contrato celebrado, a SUBCONCESSÃO DA AUTO-ESTRADA DO BAIXO ALENTEJO tem por objecto:
- A concepção, construção, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação, com cobrança de portagem aos utentes, dos seguintes lanços de auto-estrada:
 - IP8 – Nó de Roncão (IC33) / Nó de Grândola Sul (IP1), com a extensão aproximada de 23 quilómetros;
 - IP8 – Nó de Grândola Sul (IP1) / Ferreira do Alentejo, com a extensão aproximada de 29 quilómetros;
 - IP8 – Ferreira do Alentejo / Beja, com a extensão aproximada de 16 quilómetros.
 - A concepção, construção, duplicação, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação, sem cobrança de portagem aos utentes, dos seguintes lanços de auto-estrada:
 - IP8 – Sines/ Nó de Roncão (IC33), com a extensão aproximada de 27 quilómetros;
 - IP2 – Évora (A6/IP7) / S. Manços, com a extensão aproximada de 16 quilómetros;



- ER 261-5 – Sines / Santo André, com a extensão aproximada de 16 quilómetros.
- A beneficiação, financiamento, conservação e a exploração, sem cobrança de portagem aos utentes, das seguintes vias:
 - IP2 – S. Manços / Beja, com a extensão aproximada de 60 quilómetros;
 - IP2 – Beja / Castro Verde (A2/IP1), com a extensão aproximada de 50 quilómetros;
 - IC1 – Marateca (IP1) / IP8, com a extensão aproximada de 72 quilómetros;
 - IC33 – Santiago do Cacém / Grândola (IC1), com a extensão aproximada de 38 quilómetros;
- g) De acordo com o nº 13 do Contrato, o prazo da Subconcessão é de trinta anos, a contar da data da sua assinatura;
- h) Nos termos do nº 10.12 do Contrato, todos os bens e direitos que integram a Subconcessão reverterem, no seu termo, para o Estado Português, automaticamente e sem qualquer indemnização, custo ou preço;
- i) Na remessa do contrato a este Tribunal para apreciação “*no âmbito das suas competências em sede de fiscalização prévia*”, a EP afirmou que “*(...) na nossa perspectiva e salvo sempre melhor opinião, aquele Contrato de Subconcessão não está sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas no âmbito das suas competências em sede de fiscalização prévia, Efectivamente, com a celebração do Contrato de Subconcessão a EP não terá qualquer encargo, seja a que título for, durante os primeiros cinco anos de vigência do mesmo (cfr. nº 27.1, f) do Programa de Concurso e documentos de natureza financeira juntos em cumprimento da citada Resolução nº 13/2007), pelo que, salvo melhor opinião, não se encontra preenchido o disposto no artigo 5.º da Lei do Tribunal de Contas*”³;
- j) A Subconcessionária receberá da Subconcedente uma remuneração anual, a partir do 6.º ano a contar do início de vigência do contrato de

³ Cfr. ofício nº 23492, de 26 de Fevereiro de 2009, a fls. 2



Subconcessão, calculada de acordo com a fórmula indicada no nº 87 do Contrato.

Para o cálculo desta remuneração concorrem, designadamente:

- A disponibilidade efectivamente verificada dos lanços de estrada (medida, nomeadamente, pelo nº de dias em que os lanços se encontraram ao serviço);
- O serviço efectivamente prestado pela Subconcessionária (medido, nomeadamente, pela extensão do lanço e pelo tráfego médio diário anual de veículos);
- Deduções a efectuar em virtude da ocorrência de falhas de desempenho e de disponibilidade;
- Penalidades resultantes de externalidades ambientais e de sinistralidade;
- Dedução ou incremento imposto em resultado da evolução dos índices de sinistralidade;

k) Essa remuneração é variável. Tal como consta do Anexo II.1 ao Relatório de Apreciação das propostas-2.^a fase, que antecedeu a adjudicação, os pagamentos por disponibilidade implícitos na proposta adjudicatária, em milhares de euros, a preços correntes e líquidos de IVA, têm os seguintes valores estimados:

ANO	PERÍODO DA SUBCONCESSÃO	VALOR
2009	1	--
2010	2	--
2011	3	--
2012	4	--
2013	5	--
2014	6	35.044
2015	7	27.898
2016	8	25.546
2017	9	26.537
2018	10	29.844
2019	11	31.842
2020	12	32.393
2021	13	28.992
2022	14	26.372
2023	15	25.938



ANO	PERÍODO DA SUBCONCESSÃO	VALOR
2024	16	24.314
2025	17	26.429
2026	18	27.192
2027	19	31.443
2028	20	34.029
2029	21	33.316
2030	22	33.399
2031	23	34.778
2032	24	38710
2033	25	44.208
2034	26	48.529
2035	27	38.142
2036	28	24.286
2037	29	21.520
2038	30	21.520
2039	31	4.304
TOTAL		776.524

- l) Na Subconcessão em causa serão cobradas receitas de portagem em 3 dos lanços que a integram, as quais constituem receita da EP, actuando a Subconcessionária tão só como agente cobrador dessas portagens;
- m) O contrato da Subconcessão em causa foi precedido da realização de concurso público internacional, cujo anúncio de abertura foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* em 6 de Dezembro de 2007, no *Diário da República*, 2.ª Série, de 10 de Dezembro de 2007, e nos jornais *Correio do Alentejo* e *Diário de Notícias*;
- n) A abertura do concurso foi antecedida de um Estudo de Viabilidade, datado de Novembro de 2007, efectuado pela *KPMG – Consultores de Negócios, S.A.*, a solicitação da EP;
- o) Nesse estudo procedeu-se, no essencial, à estimativa dos custos do investimento e da operação e manutenção do mesmo, à estimativa das respectivas receitas e à consideração de outros pressupostos que influam no equilíbrio económico-financeiro do projecto.



Com base nos pressupostos definidos pela EP (investimento realizado pelo parceiro privado numa lógica *DBFOM*⁴, remuneração assente em pagamentos por disponibilidade da via e por serviço prestado e ausência de pagamento nos primeiros 5 anos da Subconcessão), e partindo do princípio de que a participação privada só se verificaria se os *cash flows* do projecto fossem tais que possibilitassem uma Taxa Interna de Rentabilidade (TIR) do projecto, após impostos, de, pelo menos, 6,13%, concluiu-se no referido estudo da seguinte forma:

“Com base no trabalho efectuado, destacamos as seguintes conclusões:

- O projecto do Baixo Alentejo é deficitário, estando previstos pagamentos líquidos por parte da EP, cujo VAL a 1 de Janeiro de 2009 ascende a € 523,9 milhões.*
- Os pressupostos de custos de operação, manutenção e de investimento são necessariamente preliminares e deverão ser revistos numa fase posterior do processo; e*
- Importa aferir sobre a capacidade da EP de suportar os encargos com esta e demais subconcessões, tendo em especial atenção o novo enquadramento institucional e as suas potenciais consequências no rating implícito da Empresa.”*

p) Questionada para remeter a este Tribunal *“eventuais estudos de índole económico-financeira/ projecções e elementos relativos à elaboração de um ‘comparador do sector público’”* que comprovassem a *“justificação de que o modelo de parceria escolhido, bem como a sua configuração, apresentam, para a concedente, vantagens relativamente a outros modelos tradicionais de contratação”*, a EP, através dos ofícios n.ºs 47425, de 23 de Abril de 2009⁵ e 124326, de 30 de Outubro de 2009⁶, veio sustentar a sua não obrigatoriedade;

q) Nos termos do Programa de Concurso, o procedimento de selecção decorreu em duas fases:

⁴ *DBFOM: Design-Build-Fund-Operate-Maintenance.*

⁵ Cfr. fls. 506 dos autos.

⁶ Cfr. fls. 686 e seguintes.



- Uma 1.^a fase de qualificação e avaliação de propostas, finda com um relatório de avaliação preliminar das propostas, estabelecendo, de modo fundamentado, a classificação dos concorrentes qualificados, por ordem decrescente de mérito, e indicando os dois concorrentes cujas propostas, melhor classificadas, foram seleccionadas para uma subsequente fase de negociações⁷;
 - Uma 2.^a fase de negociações, visando melhorar, do ponto de vista do interesse público, as duas propostas seleccionadas e escolher a Subconcessionária⁸;
- r) A análise das propostas, tanto na 1.^a fase, para selecção das duas propostas admitidas à fase de negociações, como na 2.^a fase, para escolha da Subconcessionária, foi realizada de acordo com o critério de adjudicação, e respectivos factores de ponderação, fixado no n.º 26 do Programa de Concurso, o qual era composto da seguinte forma:

A - Critérios de Natureza Financeira	50%
A)i .Valor Actualizado Líquido (VAL) do Esforço Financeiro do Concedente	85%
A)ii. Equilíbrio Económico- Financeiro da Proposta	6%
A)iii. Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	6%
A)iv. Termos e Condições dos Financiamentos	3%
B - Critérios de Natureza Técnica	40%
B)i. Qualidade Técnica da Proposta	60%
B)ii. Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção	20%
B)iii. Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança quanto ao sistema de Assistência aos utentes e gestão de incidentes	10%
B)iv. Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço	10%
C - Critérios de Natureza Jurídica	10%
C)i Análise da Estrutura Contratual	15%
C)ii Transferência do Risco	15%
C)iii Nível de Risco da EP na execução do Contrato de Subconcessão	70%

- s) O critério A)i. foi definido nos seguintes termos⁹:

“Valor actualizado dos pagamentos por disponibilidade - 85%;

⁷ Cfr. n.ºs 21 a 28 do Programa de Concurso e Relatórios de Apreciação das Propostas-1.^a fase, de fls. 196 a 377 dos autos.

⁸ Cfr. n.ºs 29 a 31 do Programa de Concurso e Relatórios de Apreciação das Propostas- 2.^a fase, de fls. 422 a 483 do processo.

⁹ Cfr. n.º 26.1 do Programa de Concurso.



São avaliadas mais favoravelmente as propostas que minimizem o valor actualizado do esforço financeiro líquido do Concedente.

O montante do VAL do esforço financeiro líquido do Concedente será calculado, com referência a 1 de Janeiro de 2009, utilizando a taxa de desconto prevista no Despacho da Ministra das Finanças n.º 13.208/2003, de 7 de Julho.

Por esforço financeiro líquido do Concedente entende-se o valor dos pagamentos associados à componente de Remuneração Anual por Disponibilidade deduzido de pagamentos que a Subconcessionária efectue ao Concedente.”

t) Estabeleceu-se no n.º 29 do Programa de Concurso:

“29. OBJECTIVO DA FASE DE NEGOCIAÇÕES

29.1. A fase das negociações visa melhorar, do ponto de vista do interesse público, as propostas seleccionadas.

29.2. O resultado das negociações não pode resultar na adjudicação de uma proposta, dos concorrentes que passaram à fase de negociações, em condições globalmente menos vantajosas para a EP do que as inicialmente propostas por aqueles mesmos concorrentes.

29.3. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se que uma proposta tem condições globalmente menos vantajosas para a EP se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação global inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa mesma fase.”

u) Ao concurso apresentaram-se 6 concorrentes, com 18 propostas (6 propostas base, 6 propostas alternativas, 3 propostas variantes financeiras e 3 propostas variantes financeiras alternativas)¹⁰;

v) A 1.ª fase do concurso culminou com a exclusão de 2 propostas variantes, por terem sido consideradas inaceitáveis, com a desconsideração das propostas alternativas, nos termos previstos no n.º 13.7 do Programa de Concurso, e com a selecção para a 2.ª fase do concurso das Propostas Base dos Concorrentes n.ºs 2 (*Grupo Rodoviário do Baixo Alentejo*) e n.º 3 (*Agrupamento de Empresas RBA- Rota do Baixo Alentejo*)¹¹;

¹⁰ Cfr. relatório a fls. 196 e seguintes.

¹¹ Idem.



Tribunal de Contas

- w) A proposta Base do concorrente nº 2 obteve, na 1.^a fase do concurso, a pontuação global de 15,41;
- x) A proposta Base do concorrente nº 3 obteve, na 1.^a fase do concurso, a pontuação global de 15,12;
- y) Para essa pontuação global concorreu a avaliação de:
- 18,8 no critério A)i, para a proposta Base do concorrente nº 2, correspondente a um VAL do esforço financeiro líquido do concedente de 235,4 milhões de euros;
 - 17,0 no critério A)i, para a proposta Base do concorrente nº 3, correspondente a um VAL do esforço financeiro líquido do concedente de 272,9 milhões de euros¹²;
- z) A proposta Base do concorrente nº 2 obteve, na 2.^a fase do concurso, a pontuação global de 13,9¹³;
- aa) A proposta Base do concorrente nº 3 obteve, na 2.^a fase do concurso, a pontuação global de 11,6¹⁴;
- bb) O quadro seguinte compara as pontuações obtidas pelas duas propostas em causa na 1.^a e na 2.^a fase do concurso, em cada factor/subfactor de análise¹⁵:

	Ponderação do factor	Concorrente nº 2		Concorrente nº 3	
		1. ^a Fase	2. ^a Fase	1. ^a Fase	2. ^a Fase
A – Critérios de Natureza Financeira	50%				
A)i. Valor Actualizado Líquido do Esforço Financeiro do Concedente	85%	18,8	14,9	17,0	9,8
A)ii. Equilíbrio Económico-Financeiro da Proposta	6%	12,0	12,5	14,0	12,0
A)iii. Robustez da Proposta Face aos riscos do Projecto	6%	6,5	5,5	11,0	6,0
A)iv. Termos e Condições dos Financiamentos	3%	12,0	10,5	12,5	10,0
B - Critérios de Natureza Técnica	40%				
B)i. Qualidade Técnica da Proposta	60%	13,5	14,5	13,7	14,8

¹² Cfr. avaliação a fls. 212 a 214 dos autos.

¹³ Cfr. relatório a fls. 422 e seguintes.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.



	Ponderação do factor	Concorrente nº 2		Concorrente nº 3	
		1ª Fase	2ª Fase	1ª Fase	2ª Fase
B)ii. Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção	20%	14,0	14,0	14,5	14,5
B)iii. Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança quanto ao sistema de Assistência aos utentes e gestão de incidentes	10%	14,0	14,5	13,5	13,9
B)iv. Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço	10%	13,0	10,0	10,0	13,0
C - Critérios de Natureza Jurídica	10%				
C)i. Análise da Estrutura Contratual	15%	14,5	15,0	16,9	17,0
C)ii. Transferência do Risco	15%	12,0	15,0	15,3	12,0
C)iii. Nível de Risco da EP na execução do Contrato de Subconcessão	70%	12,0	12,0	15,5	8,0
Classificação Final		15,41	13,9	15,12	11,6

- cc) Para a pontuação do factor A)i., na 2.^a fase, concorreu um VAL do esforço financeiro líquido do concedente de:
- 286,8 milhões de euros na proposta Base do concorrente nº 2;
 - 383,6 milhões de euros na proposta Base do concorrente nº 3¹⁶;
- dd) Ambas as propostas obtiveram, na 2.^a fase do concurso, pontuação global inferior àquela que obtiveram na 1.^a fase;
- ee) Na 1.^a fase do concurso o concorrente nº 5, que não foi seleccionado para a 2.^a fase, apresentou propostas Variante e Base, que colheram a pontuação global de 13,99 e 13,89, respectivamente¹⁷;
- ff) O VAL do esforço financeiro líquido da concedente subiu na proposta adjudicatária, da 1.^a para a 2.^a fase, de 235,4 M€ para 286,8 M€, o que representou um acréscimo de 51,4 M€;
- gg) A TIR accionista do concorrente adjudicatário era na 1.^a fase do concurso de 7,8% e subiu na 2.^a fase para 8,5%¹⁸;

¹⁶ Cfr. avaliação a fls.432 do processo.

¹⁷ Cfr. avaliação a fls. 307.

¹⁸ Cfr. relatórios de avaliação das propostas a fls. 433 e 215 e ofício a fls. 515.



hh) No factor A)3., “*Robustez da proposta face aos riscos do projecto*”, a apreciação da Comissão de Apreciação de Propostas foi a seguinte:

“A forma como a proposta do Concorrente absorve os impactos decorrentes dos cenários de padronização e de sensibilidade descritos em 5.1.3.1. é considerada insatisfatória. Face ao exposto, no global, considera-se que a proposta revela uma capacidade medíocre de absorção e gestão de riscos.”

ii) O Conselho de Administração da EP adjudicou a Subconcessão em causa à proposta Base apresentada pelo agrupamento concorrente n.º 2¹⁹, que se constituiu em Sociedade, com a qual veio a ser celebrado o contrato ora em apreciação;

jj) Questionada sobre as razões que justificaram a diminuição, após a fase de negociações, das pontuações globais atribuídas às propostas e das pontuações relativas ao subcritério A)i. e o aumento do VAL do concedente, a EP veio dizer o seguinte²⁰:

“ (...) Entre a 1.ª Fase e a 2.ª Fase do procedimento, verificou-se uma significativa degradação do clima económico e financeiro decorrente da gravíssima e por todos, sobejamente conhecida, crise financeira global com repercussões directas nos termos e condições de financiamento propostos pelas entidades financiadoras para a Subconcessão do Baixo Alentejo.

No caso das propostas apresentadas pela Subconcessionária, constata-se que entre a 1.ª fase e a 2.ª fase, o pricing global do financiamento aumentou — os spreads associados à banca comercial aumentaram de 100 a 180 bps, na fase de construção e de 125 bps para 200 a 250 bps, na fase de operação. O reflexo directo desta alteração consistiu no acréscimo dos fundos accionistas em cerca de 22 M€.

Adicionalmente, as entidades financiadoras passaram também a limitar a maturidade das facilidades de crédito. No caso da Subconcessionária, na proposta da 1.ª fase, a maturidade prevista para a dívida sénior era de 28 anos. Já na 2.ª fase, apesar da maturidade contratual ter apenas decrescido para 27 anos, as entidades financiadoras optaram por incorporar um mecanismo de

¹⁹ Cfr. fls. 499.

²⁰ Vide ofício n.º 47425, de 23 de Abril de 2009, a fls. 506 e seguintes.



cash sweep, através do qual, caso a Subconcessionária não consiga um refinanciamento no 6.º ano da Subconcessão, todo o cash flow liberto a partir desse ano passa a ser afecto ao reembolso da facilidade de crédito, remunerando-se os accionistas apenas após o seu reembolso total (a análise dos termos e condições dos financiamentos encontra-se detalhada no nº 5.1.4 do Relatório Final de Apreciação das Propostas).

Por último, no caso da Subconcessão do Baixo Alentejo, é ainda de referir o facto da proposta apresentada pela Subconcessionária na 2.ª fase do procedimento não prever a participação do Banco Europeu de Investimento (BEI).

No que diz respeito especificamente ao valor actualizado líquido (VAL), cumpre dizer que o acréscimo do VAL para a EP se encontra directamente relacionado com a deterioração das condições financeiras globais. Efectivamente, face à deterioração de condições financeiras, a Subconcessionária considerou na 2.ª fase a obtenção de um refinanciamento no 6.º ano de duração do Contrato de Subconcessão, tendo assumido o risco de conseguir diminuir o spread de financiamento de 2,5% para 1,0%. Caso a Subconcessionária não venha a conseguir obter este refinanciamento, o mecanismo de cash sweep acima mencionado é activado, sendo que a taxa interna de rentabilidade accionista (TIR accionista) passa a registar um decréscimo de cerca de 40 bps face à TIR accionista apresentada na 1.ª fase.

Assim, constata-se que o acréscimo do VAL para a EP por via do aumento dos pagamentos por disponibilidade visou essencialmente fazer face à alteração da estrutura financeira da Subconcessionária, designadamente no que concerne aos spreads mais elevados e à eliminação da participação do BEI. O acréscimo da TIR accionista entre as duas fases é, assim, explicado pelo risco, muito significativo, de refinanciamento da Subconcessão assumido pela Subconcessionária.

Por último, no que concerne ao VAL para a EP, é ainda de referir que no Estudo de Viabilidade que precedeu o lançamento da Subconcessão do Baixo Alentejo, o VAL para a EP tinha sido estimado em cerca de -423,7 M€. Ora a proposta da Subconcessionária, mesmo com o acréscimo verificado na fase de negociações, prevê um VAL para a EP de -287 M€, portanto



significativamente inferior ao estimado inicialmente antes do lançamento desta Subconcessão.

Do ponto de vista estritamente jurídico, e dado o manifesto interesse público na contratação da Subconcessão, interesse público esse reiterado pelo Estado enquanto accionista único da EP, quer junto do Conselho de Administração, quer através das sucessivas intervenções públicas de sua excelência o Senhor Primeiro Ministro sublinhando o papel decisivo do investimento público no combate à crise económico-financeira, algumas dessas intervenções feitas em data anterior à da decisão de adjudicação da Subconcessão do Baixo Alentejo, mas também, justamente, nas cerimónias de formalização dos contratos de subconcessão, incluindo na do contrato de subconcessão do Baixo Alentejo, os factos acima descritos configuram, salvo melhor opinião, uma clara alteração de circunstâncias para efeitos de aplicação do artigo 198.º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (aplicável por remissão do nº 35 do Programa de Concurso).

Efectivamente, dispõe esta norma que quando “as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro terá direito à revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado pelo aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços”.

Na perspectiva da EP, esta norma é aplicável à fase pré-contratual. Por um lado, a “ratio legis” subjacente àquela norma é o impacto de circunstâncias fácticas excepcionais numa qualquer entidade que está associada, de alguma forma, à administração, à prossecução de fins de interesse público. Ou seja, não é o facto de se tratar de um contrato em execução, mas sim a afectação, em concreto, daquele particular cuja colaboração com a administração é considerada importante para o(s) interesse(s) público(s).

Por outro lado, e em reforço do que se acaba de dizer, há, entre a imediatamente fase pré-adjudicatória e o início da execução do contrato, uma continuidade não só natural, mas também (e sobretudo) funcional. A isto acresce que a proximidade entre as partes — para mais numa fase de negociações directas e prolongadas com os concorrentes - assim o exige, impondo a



*observância de deveres de lealdade acrescidos. A doutrina reconhece de forma unânime, de resto, a existência de deveres de protecção in contrahendo, tanto no direito privado, como no direito público (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Contratos Públicos — subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*”, *Cadernos o Direito*, Almedina, 2007)*

Assim, parecem não restar dúvidas da possibilidade de utilização desta figura a este procedimento concursal da Subconcessão do Baixo Alentejo, pelo que, salvo sempre melhor opinião, a adjudicação da proposta apresentada pela Subconcessionária é perfeitamente justificável, quer do ponto de vista estritamente jurídico, quer, sublinhe-se, do ponto de vista do(s) interesse(s) público(s) em jogo.”

- kk)** Pelo ofício nº 124326, de 30 de Outubro de 2009²¹, a EP veio reiterar aquela argumentação, especificando que “*o ambiente macroeconómico descrito veio alterar de forma muito substancial a forma como os potenciais concorrentes tiveram de abordar o programa de subconcessões*”, atendendo a que acarretou a redução do conjunto de bancos disponíveis para participar no programa, o aumento dos custos financeiros, margens e comissões²², a redução dos prazos de financiamento e o aumento da componente de capitais próprios²³.

Refere-se no mesmo ofício que as alterações verificadas na proposta financeira por força da crise financeira, expressas em modificações na estrutura de capitais, no *pricing* e na estrutura de financiamento representam 92,7 milhões de euros.

Diz-se: “*Face ao exposto nesta simulação, caso o concorrente tivesse aplicado as condições económicas e financeiras da fase BAFO na 1.ª fase, o VAL desta última seria de € 328,1 milhões (trezentos e vinte e oito vírgula um milhões de euros), valor superior ao ocorrido de facto.*”

²¹ Cfr. fls. 686 dos autos.

²² Refere-se: “*Verificou-se que na média do programa de concessões, da 1.ª para a 2.ª fase dos concursos os ‘spreads’ aumentaram 1,2% e as comissões de montagem 0,7%.*”

²³ Refere-se: “*(...) os bancos exigiram gradualmente um aumento da componente de capitais próprios nos projectos. Assim, dos tradicionais ‘90/10’, em que o projecto era financiado em 90% por capitais alheios, evoluiu-se para os ‘85/15’ e mesmo ‘66/34’.*”



É pois legítimo poder-se concluir que a fase BAFO se traduziu por uma melhoria das condições verificadas no concurso avaliada em 41,3 milhões, e que se cumpriu o estipulado no programa de concurso”;

- ll)** No mesmo ofício, a EP invoca a existência de uma cláusula de refinanciamento (cláusula 23.^a do Contrato de Subconcessão), que permite à EP impor, quando possível, uma proposta de alteração das condições constantes dos contratos de financiamento e partilhar os respectivos benefícios financeiros.
A este respeito a EP manifesta a sua convicção de que a Subconcessão vai ser seguramente refinanciada e que tal ocorrerá antes de finalizado o período de construção e à medida que a situação económico-financeira global for melhorando;
- mm)** Em anexo ao ofício referido, a EP juntou ao processo declaração da subconcessionária em que esta afirma que “ (...) *se compromete, na medida em que as condições financeiras dos mercados o permitam e nos termos previstos no contrato, a desenvolver os seus melhores esforços no sentido de tornar possível, através do referido Refinanciamento da Subconcessão, a redução dos encargos da responsabilidade da EP*”²⁴;
- nn)** Através do ofício nº 126408, de 4 de Novembro de 2009, a EP fez juntar ao processo cópia do Despacho Conjunto do Ministro de Estado e das Finanças e do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, de 3 de Novembro de 2009, em que, reconhecendo-se que a crise financeira global e a conseqüente degradação dos mercados financeiros originaram um aumento relevante do esforço financeiro da EP entre a 1.^a e a 2.^a fase dos procedimentos concursais das Subconcessões, se determina que “*A EP, logo que as condições dos mercados financeiros o permitam e nos termos dos contratos das SUBCONCESSÕES, desencadeie um ou mais refinanciamentos daquelas, partilhando os respectivos benefícios.*”;
- oo)** Para fornecimento dos documentos relativos ao procedimento a EP fixou um preço de € 25 000,00;
- pp)** Questionada sobre os fundamentos subjacentes à fixação daquele valor, a EP referiu no ofício nº 86861, de 23 de Julho de 2009²⁵: “*A fixação do*

²⁴ Cfr. fls. 704.

²⁵ Cfr. fls. 665.



valor das peças concursais teve por base a extensão do empreendimento, designadamente 344 Km, o volume e a pormenorização dos documentos técnicos patenteados a concurso (neste último aspecto teve peso considerável o facto dos projectos do IP8 desde Sines até Beja terem sido patenteados já em fase avançada de Projecto Base) (...)”

3. DA SUJEIÇÃO DO CONTRATO A FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Como se referiu na alínea i) do ponto anterior, a EP veio invocar a não sujeição do contrato em causa a fiscalização prévia deste Tribunal.

Respondamos a esta questão prévia.

A alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas²⁶, doravante designada como LOPTC, refere que compete ao Tribunal “[f]iscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º e os das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas”.

Ao longo da análise do processo, a EP veio requerer a desistência do pedido de fiscalização prévia por considerar não estar, enquanto entidade, sujeita aos poderes de controlo prévio deste Tribunal.

Por Decisão proferida em sessão diária de visto deste Tribunal, de 8 de Julho de 2009, constante a fls. 636 e seguintes dos autos, foi já entendido que a EP, integrando o elenco de entidades previstas no n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC, é, no entanto, uma entidade sujeita aos poderes de fiscalização prévia do Tribunal de Contas por via da segunda parte da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º já citado.

²⁶ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.



Como vimos atrás, o contrato de Subconcessão em análise tem por objecto a concepção, construção, aumento do número de vias, beneficiação, financiamento, exploração e conservação de diversos lanços de auto-estrada e de vias.

A Subconcessionária é, para o efeito, remunerada pela EP, nos termos referidos nas alíneas j) e k) do nº 2 do probatório, pela disponibilidade das vias e pelo serviço.

Estamos, pois, perante um contrato abrangido pelo disposto no artigo 46.º, nº 1, alínea b) da LOPTC, do qual emergem encargos directos para a entidade sujeita a fiscalização prévia, encargos esses superiores ao limiar fixado na Lei do Orçamento para efeitos de submissão a visto²⁷.

Ora, não obstante a EP ter invocado que do contrato em apreciação não resultam encargos para a empresa nos primeiros cinco anos da sua vigência, nada na lei aponta para que esse facto seja relevante na determinação da sua sujeição, ou não, a controlo prévio do Tribunal de Contas.

O regime consagrado na LOPTC determina que, desde que resultem encargos, directos ou indirectos, para a entidade que se encontre sob o âmbito de controlo subjectivo do Tribunal, o acto ou contrato de que eles decorram está sujeito àquela forma de fiscalização.

Sendo irrelevante o momento em que os encargos tenham lugar, atendendo a que eles efectivamente ocorrerão e considerando o respectivo montante, tem de concluir-se que o contrato em questão está, pois, sujeito a visto deste Tribunal.

4. DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À CONTRATAÇÃO

Impõe-se, desde já, determinar qual o direito directamente aplicável à contratação.

A EP é uma empresa pública constituída nos termos da lei comercial, com capital integralmente subscrito e realizado pelo Estado, regendo-se pelo disposto no Decreto-Lei nº 374/2007, de 7 de Novembro, pelos seus estatutos, aprovados pelo mesmo diploma legal, pelo regime jurídico do sector empresarial do Estado²⁸ e pelo Código das Sociedades Comerciais.

²⁷ Cfr. artigo 48.º da LOPTC e artigo 159.º da Lei nº 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

²⁸ Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 300/2007, de 23 de Agosto.



À EP foi atribuída a concessão relativa à rede rodoviária nacional, regendo-se nessa matéria pela Lei nº 10/90, de 17 de Março²⁹ (em especial o disposto no seu artigo 15º) e pelo Decreto-Lei nº 380/2007, de 13 de Novembro, que estabelece no seu anexo, na base 32, que a concessionária deve privilegiar, como forma de execução do objecto da concessão, a atribuição de subconcessões em regime de parceria público-privada.

Tendo o contrato sob apreciação como objecto uma subconcessão em regime de parceria público-privada³⁰, é-lhe aplicável – e ao procedimento que lhe deu origem – o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas aprovado pelo Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril³¹ (doravante designado por RJPPP).

Este diploma consagra normas gerais aplicáveis na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas.

Estabelece o nº6 do artigo 2º deste diploma legal:

“As parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do presente decreto-lei, designadamente os resultantes dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 14º-C e 14º-F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo (...) exercidos através da função accionista do Estado.”

A EP veio invocar que, com as alterações ao RJPPP introduzidas pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de que se destaca a norma acabada de transcrever, o regime daquele diploma não se aplica directamente às empresas públicas sob a forma societária, como é o caso da EP, apenas se lhes aplicando as *exigências materiais* e os *princípios* constantes desse regime, *com as devidas adaptações*.

Refere, a este respeito, a EP³²:

“(...) O que se deve entender por ‘exigências materiais e os princípios constantes’ é então relevante para determinar o enquadramento legal aplicável ao lançamento e contratação de parcerias público-privadas pelas ‘empresas públicas sob a forma societária’.

²⁹ Com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 380/2007, de 13 de Novembro.

³⁰ Nos documentos do concurso tal não é afirmado. Contudo, da sua análise, e em particular do seu objecto que se reflecte no objecto do contrato, resulta uma consonância substancial com o que a lei caracteriza como sendo uma parceria público-privada. Aliás, nas respostas dadas às questões suscitadas por este Tribunal que afirmam ou pressupõem tal consonância, a EP não o contesta, antes o assume.

³¹ Na redacção dada pelo Decreto-Lei nº141/2006, de 27 de Julho.

³² Vide os ofícios da EP nºs 47425, de 23 de Abril de 2009, a fls. 506 e seguintes, e 124326, de 30 de Outubro de 2009, a fls. 686 e seguintes.



(...) o que o legislador fez foi, coerentemente e ainda que de forma tácita, afastar a aplicação de todas as normas do RJPPP que dizem única e exclusivamente respeito ao controlo exercido pelo Ministério das Finanças e pelo Ministério da tutela sectorial. (...)

(...)“Resta então determinar o que devemos, em concreto, entender por ‘exigências materiais e princípios constantes’. Na nossa leitura o que se pretendeu salvaguardar foi a aplicação da ‘ratio legis’ subjacente a todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é, salvaguardar a protecção do(s) interesse(s) público(s) inerentes a essas normas”(...);

(...) “Nestes termos, não são aplicáveis ao lançamento e contratação de parcerias público-privadas por ‘empresas públicas sob a forma societária’ as ‘exigências materiais e os princípios constantes’ de todas as normas de natureza estritamente procedimental, ou seja todas aquelas que prevêm as funções de autorização, aprovação, controlo e fiscalização do Ministério das Finanças e do Ministério da tutela sectorial. Ao invés, parece que serão aplicáveis as ‘exigências materiais e os princípios constantes’ de todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é todas aquelas que visam assegurar que o lançamento e contratação de qualquer parceria público-privada cumpre os fins previstos no artigo 4º do RJPPP, a saber, ‘o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço’”.

Concorda-se, no essencial, com esta posição da EP. Mas com as seguintes clarificações:

- a) Se é claro que da disposição acima transcrita resulta a necessidade de serem observados, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 14º-C e 14º-F, deve ser sublinhado que a lei para eles remete dizendo “*designadamente*”. É pois incontestável que a lei comete ao intérprete a tarefa de descobrir no restante texto legal outras exigências materiais e outros princípios que devem ser observados;
- b) Devem igualmente retirar-se conclusões do facto de aquela disposição legal não se referir exclusivamente a “*princípios*”. O legislador introduziu o conceito de “*exigências materiais*” e aliás refere-o mesmo antes. Ora, exigências materiais não pode deixar de significar imperativos dirigidos ao intérprete e aplicador da lei quanto a actos ou factos que devem ser praticados ou ocorrer.

Assim, não pode reduzir-se aquela cominação legislativa à procura da *ratio legis* dos preceitos, como refere a EP. A *ratio legis* é obviamente essencial para iluminar a procura dos princípios e das exigências



materiais. Mas aqueles e estas - sobretudo estas - têm que constituir estatuições muito concretizadas que o aplicador da lei deve observar ou fazer observar;

- c) Finalmente, deve referir-se que há disposições de natureza procedimental que contêm no seu corpo exigências de natureza material. Isto é: pese embora sejam de natureza procedimental e formal, têm no seu núcleo exigências materiais. E, assim, retirando aqueles aspectos formais, deve observar-se o seu núcleo material;
- d) É necessário pois fazer uma atenta análise de todo o diploma legal para se descortinar os princípios e as exigências materiais que devem ser observados pelas empresas públicas sob a forma societária em matéria de parcerias público-privadas.

Finalmente, e ainda no que respeita ao regime a ser observado, refira-se que, face à data em que foi desencadeado o procedimento, bem como à natureza da entidade adjudicante e do contrato, é ainda aplicável o Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, por força dos seus nº2 do artigo 2º e alínea g) do nº1 do artigo 3º, e o Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, nos termos do seu artigo 4º³³.

5. DOS ESTUDOS PRÉVIOS AO LANÇAMENTO DO PROCEDIMENTO PARA A CONSTITUIÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP, expressamente aplicável às parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob forma societária, nos termos do disposto no nº 6 do artigo 2º do mesmo diploma, refere que:

“ (...) [o] lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem (...) [a] configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no nº 2 do artigo 19º da lei do enquadramento orçamental(...)”.

³³ O Programa de Concurso, no seu nº 35, estabelece que em tudo o que nele não estiver expressamente referido se aplicará, com as devidas adaptações, o disposto no Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, e na Directiva nº 2004/18/CEE, de 31 de Março.



Na mesma linha, a alínea d) do n.º 7 do artigo 8.º do mesmo diploma refere-se à demonstração da *“inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira”*³⁴.

Instada a fazer demonstração de que tinha sido dado cumprimento ao disposto no referido preceito do artigo 6.º, a EP³⁵:

- a) Remeteu o estudo a que se referem as alíneas n) e o) do n.º 2 deste Acórdão;
- b) Referiu que, nos termos da legislação aplicável, a EP deve privilegiar o recurso a parcerias público-privadas³⁶;
- c) Invocou que o Governo, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 181/2007, determinou que a EP lançasse a Subconcessão do Baixo Alentejo em regime de parceria público-privada, pelo que, do ponto de vista legal, não competia à EP elaborar o comparador do sector público, *“sendo certo que a definição dos objectivos da parceria público-privada em causa constam, naturalmente e pelo exposto, daquela Resolução do Conselho de Ministros”*;
- d) Alegou que a lei de Enquadramento orçamental (LEO) não se aplica às empresas públicas, tal como decorre do seu artigo 2.º.

Ora, nesta matéria não colhem os argumentos produzidos pela EP.

É certo que o Estudo de Viabilidade, referido nas alíneas n) e o) do probatório, antecedeu o lançamento do concurso.

Sucedo até que esse estudo refere expressamente a necessidade de um *“comparador público”* e diz que *“[o] estudo tem como objectivo responder às seguintes questões que normalmente se colocam num processo de tomada de decisão: (...) enquadramento de um comparável financeiro que permita avaliar, em termos financeiros e de risco, os méritos relativos da solução PPP”*.

No entanto, apesar disso e como se refere na alínea o) do n.º 2 deste Acórdão, o Estudo de Viabilidade não aborda esta matéria, referindo-se apenas ao equilíbrio económico-financeiro do projecto e concluindo que o mesmo é deficitário.

³⁴ Pode igualmente invocar-se a comunicação de 15 de Novembro de 2005 da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre as Parcerias Público-Privadas e o direito comunitário sobre contratos públicos e concessões que afirma: *“a solução das PPP não é milagrosa: para cada projecto há que avaliar se a parceria conduz realmente a um valor acrescentado do serviço ou das obras em questão, comparada com outras opções como a celebração de um contrato mais tradicional”*.

³⁵ Vide os já referidos ofícios n.ºs 47425, de 23 de Abril de 2009, a fls. 506 e seguintes, e 124326, de 30 de Outubro de 2009, a fls. 686 e seguintes.

³⁶ No ofício n.º 7910 de 30.10.09, acima referido na alínea ll) do n.º 2, retomou-se o mesmo argumento.



Deve, pois, concluir-se que não foi realizado qualquer estudo que dê expresso cumprimento ao disposto na alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP.

Como fundamento para a sua não necessidade, a EP invocou que o Decreto-Lei nº 380/2007 estabelece que a EP deve privilegiar, como forma de execução do objecto da concessão, a atribuição de subconcessões em regime de parceria público-privada.

Ora, tal disposição não afasta, antes confirma, a necessidade de a concessionária, em cada caso, proceder à avaliação de qual a solução mais adequada: se a da parceria público-privada, se outra. E essa avaliação deve ser feita com base no disposto na alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP e no nº 2 do artigo 19.º da LEO.

Mais refere a EP que deu cumprimento a uma ordem do Governo, pelo que não lhe competia elaborar o “comparador do sector público”.

Acontece que o que está sujeito a fiscalização prévia, para verificação da sua conformidade com a lei, é um contrato de Subconcessão e o procedimento que a ele deu origem, independentemente das entidades que nele participaram.

A lei prevê que se proceda à elaboração do referido “comparador público”.

O argumento de que se cumpriu uma ordem do Governo não altera a exigência legal nem releva para a decisão a tomar, uma vez que todos estão sujeitos à lei: a EP, o Governo e este Tribunal.

O referido contrato vincula a EP e por esta foi enviado a este Tribunal, para controlo. É, pois, à EP que compete demonstrar perante o Tribunal, com os meios que a lei lhe faculta, e que este Tribunal em seu cumprimento largamente permitiu, que contrato e procedimento observaram o que a lei dispõe.

Ora, o que se constata, independentemente de quem participou no procedimento, é que o elemento exigido não existe³⁷.

Alega a EP, por último, que não está sujeita à Lei de Enquadramento Orçamental, uma vez que a mesma não se aplica às empresas públicas.

Sucedem que, ainda que a LEO não se aplique directamente à EP, esta empresa necessita de observar o disposto na alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP (que como vimos, e não foi contestado, lhe é aplicável por força do nº 6 do respectivo artigo 2º) nos procedimentos de parceria público-privada que lhe compete desencadear. E, para o efeito, deve seguir os critérios assumidos pelo

³⁷ Sobre a necessidade de “comparador público”, vejam-se igualmente as recomendações formuladas por este Tribunal, através da sua 2ª Secção, nos relatórios de auditoria nºs 14/03, 33/05, 34/05, 4/07 e 10/08.



legislador neste diploma, que, no caso, remeteu para procedimentos definidos na LEO.

Ou seja, quando o legislador, na alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP, se refere a “*formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no nº 2 do artigo 19º da lei do enquadramento orçamental*”, ele está a dar uma orientação a quem deve proceder à elaboração do “comparador público”: este deve tomar como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida.

E é assim por força do próprio RJPPP, cuja aplicabilidade não está em dúvida.

Acresce que os artigos 7.º-A e 8.º do RJPPP prevêm que o lançamento de uma parceria público-privada deve ser antecedido por um *estudo estratégico* que averigue do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em estudo, tendo em vista, designadamente, a identificação de potenciais interessados e a análise das condições de mercado existentes, e que justifique o modelo a adoptar, demonstrando a inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira.

Trata-se de uma exigência material que decorre, aliás, do cumprimento do dever de boa administração. Ora, se as soluções procedimentais e organizativas constantes daquelas disposições legais não lhe são aplicáveis face ao disposto no nº 6 do artigo 2º do RJPPP, aquela exigência material deve ser por ela observada, por força da mesma disposição.

Como se demonstrou, no lançamento do procedimento para a constituição da presente parceria público-privada não se observou o disposto na alínea c) do nº1 do artigo 6º do RJPPP.

E não se tendo dado cumprimento à lei, por não se ter elaborado o comparador público, fica-se sem meios de saber – como a lei preconiza – se a constituição da parceria público-privada que o contrato concretiza é a solução mais adequada.

Se tivesse sido elaborado, poderia ter conduzido a outra solução, a outro contrato e a outro resultado financeiro.



6. DA VIOLAÇÃO DAS REGRAS DO PROCEDIMENTO NA FASE DE NEGOCIAÇÃO DAS PROPOSTAS

6.1. A natureza e a estabilidade das regras concursais.

O procedimento que antecedeu o contrato regia-se fundamentalmente pela disciplina do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Mas, acrescente-se, também pelo que se dispôs no Programa de Concurso e no Caderno de Encargos do próprio procedimento.

Nos termos do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, o concurso tem por base, entre outros, estes documentos.

Estes documentos estabelecem as regras que todos os participantes no procedimento – entidade adjudicante e concorrentes – devem observar e saber que por todos são observadas³⁸ e vinculam a entidade adjudicante que, no quadro da lei, livremente os produziu.

Em particular, e como este Tribunal vem assinalando³⁹, as disposições do Programa de Concurso, depois de publicitadas, têm natureza *regulamentar* e tornam-se vinculantes para a autoridade procedimental e para todos os intervenientes no processo concursal.

Esta posição vem, aliás, na senda da doutrina, que reconhece que o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos são *instrumentos regulamentares* de auto-vinculação da entidade adjudicante, emitidos ao abrigo de lei, fixando as regras de conduta a seguir no procedimento, formuladas abstractamente e aplicando-se a uma generalidade de sujeitos e de situações que venham a nele ocorrer^{40 41 42}.

³⁸ Vide nesta matéria o que dispõem os artigos 64.º e 66.º do referido diploma legal. Designadamente, o artigo 66.º refere expressamente que o Programa do Concurso se destina a definir os termos a que obedece o respectivo processo.

³⁹ Cfr., designadamente, os Acórdãos n.ºs 295/2006-29SET2006-1ªS/SS e 141/2007-17DEZ 2007-1ªS/SS.

⁴⁰ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira afirmam claramente in *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das Fontes às Garantias*, Almedina, 1998, a pág. 136: “É, pois, de regulamentar que se trata quando lidamos com as disposições dos programas dos concursos, sendo como tal, como parâmetro normativo-regulamentar, que eles funcionam em relação aos actos administrativos e aos demais actos jurídicos procedimentais (administrativos ou de particulares) que vierem a praticar-se no decorrer do concurso, logo desde a fase da sua abertura.”

⁴¹ A propósito do caderno de encargos, refere Mário Esteves de Oliveira in *Direito Administrativo*, Almedina, 1980, a pág. 183: “Antes da celebração do contrato e para a Administração, o CE (tipo ou especial) é uma forma regulamentar que a vincula a decidir o concurso em consonância com os critérios e regras que nela se contém: a adjudicação feita a um concorrente que não ofereceu, por exemplo, os materiais prescritos, fere esse acto de ilegalidade por violação de regulamento (...)”.

⁴² Vide também, Margarida Olazabal Cabral in *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1997.



A natureza regulamentar destes documentos implica que eles devem manter-se *estáveis* durante o decurso dos respectivos procedimentos.

É o que, de resto, se estabelece no artigo 14º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho:

“Artigo 14º

Princípio da estabilidade

1- Os programas de concurso, cadernos de encargos e outros documentos que servem de base ao procedimento devem manter-se inalterados durante a pendência dos respectivos procedimentos.

(...)”

A este respeito refere Margarida Olazabal Cabral⁴³: *“Da necessária pré-elaboração das regras de concurso, a que se alia o princípio da tutela da confiança, decorre o princípio da necessária estabilidade das regras durante o concurso público: não poderá a entidade adjudicante prever na abertura do concurso a possibilidade da alteração da sua regulamentação no decurso do concurso (...) nem igualmente vir a alterá-las posteriormente, seja por que razão for”⁴⁴.*

No mesmo sentido afirmam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, na obra já citada⁴⁵, que a obrigatoriedade *normativa* resultante dos programas de concurso implica que as respectivas disposições *não possam ser retiradas, modificadas ou substituídas* depois de publicado o anúncio de abertura do concurso.

Marcelo Rebelo de Sousa⁴⁶ insiste também em que a estabilidade das regras dos concursos implica a *proibição* de modificações subsequentes à abertura do concurso, reflectindo os princípios da igualdade e da justiça, da imparcialidade e da transparência, visando a tutela dos direitos e interesses legítimos dos particulares e projectando especificamente o princípio da *protecção da confiança*.

Refere o autor⁴⁷: *“A Administração Pública pode escolher, mas não pode modificar as regras do jogo a que obedece essa escolha”⁴⁸, uma vez definido o quadro de um concurso (...).”*

⁴³ In *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, 1997, a pág. 82.

⁴⁴ Sublinhados nossos.

⁴⁵ Cfr. págs. 135 e 136.

⁴⁶ In *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lex Edições Jurídicas, 1994.

⁴⁷ Cfr. págs. 70 da obra referida.

⁴⁸ Sublinhado nosso.



Sublinhe-se, ainda, acompanhando Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁴⁹, que a imodificabilidade dos Programas de Concurso, quanto à sua retirada ou modificação, não significa que a Administração não possa retirar, anular ou desistir do próprio procedimento. E que, se este terminar, claro que as normas por que se pautavam perdem o seu objecto e efeito, extinguindo-se também para aquele caso.

Ora, a obrigatoriedade normativa resultante dos Programas de Concurso vincula todos os intervenientes no procedimento a proceder concretamente como nele abstractamente se dispõe até ao momento da decisão de adjudicação⁵⁰.

Como se referiu no Acórdão n.º 141/2007-17DEZ2007-1.ªS/SS deste Tribunal, qualquer que seja a tese defendida quanto ao fundamento da vinculatividade jurídica dos Programas de Concurso e dos Cadernos de Encargos⁵¹, há um ponto em que todas as teses convergem: a adjudicação feita a um concorrente em violação das cláusulas neles contidas segue o regime da invalidade jurídico-administrativa.

No fundo, dado que a lei exige a elaboração de um programa de concurso, a sua conformidade legal e a sua estabilidade durante o procedimento, o facto de se desrespeitar disposição naquele contida que esteja em conformidade com a lei, traduz-se na violação da própria lei⁵².

Em suma: Até ao momento da adjudicação, e sob pena de ilegalidade, as regras concursais, constantes, designadamente, do Programa de Concurso, não podem ser modificadas nem desrespeitadas pelos intervenientes no procedimento.

6.2. A violação do Programa de Concurso

⁴⁹ Cfr. pág. 136 da obra citada.

⁵⁰ Ou da decisão de não adjudicação.

⁵¹ O seu carácter normativo ou o seu carácter contratual.

⁵² Em comentário à posição de Mário Esteves de Oliveira acima referida, refere Margarida Olazabal Cabral, op. cit. (pág. 246) abordando já expressamente o caso de violação de disposição do programa de concurso: “Não se pode deixar, obviamente de concordar com Esteves de Oliveira quando afirma que será ilegal a adjudicação feita a um concorrente que não respeitou as condições do caderno de encargos: simplesmente o vício de tal acto não será violação de regulamento, enquanto violação do caderno de encargos, mas antes violação de regulamento por violação da cláusula do programa de concurso que obriga à exclusão das propostas que não respeitem o caderno de encargos, se esta existir, ou por violação da lei que regulamenta o concurso público e que contém uma cláusula daquele género, ou, ainda, violação do princípio geral que obriga as propostas a respeitarem os termos dos cadernos de encargos (...)”.



Revertendo ao caso.

Tal como se referiu na alínea t) do probatório, a entidade adjudicante entendeu dispor do seguinte modo no nº 29 do Programa de Concurso:

“29.1. A fase das negociações visa melhorar, do ponto de vista do interesse público, as propostas seleccionadas.

29.2. O resultado das negociações não pode resultar na adjudicação de uma proposta, dos concorrentes que passaram à fase das negociações, em condições globalmente menos vantajosas para a EP do que as inicialmente propostas por aqueles mesmos concorrentes.

29.3. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se que uma proposta tem condições globalmente menos vantajosas para a EP se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação global inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa mesma fase.”

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

Se por um lado, se pretende obter melhorias nas propostas dos concorrentes em benefício da entidade adjudicante, não se pode esquecer que, nesta fase, cada um dos concorrentes seleccionados conhece já todas as demais propostas. Admitir que pudessem piorar as suas propostas relativamente ao que foi apresentado na 1.^a fase, traduzir-se-ia numa violação grosseira dos princípios da igualdade e da concorrência e num perverso entendimento do princípio da transparência.

No caso, a entidade adjudicante teve mesmo o cuidado de estabelecer o critério para se avaliar quando é que uma proposta apresenta condições menos vantajosas: se ela obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação global inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase⁵³.

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

Ora, no caso, como decorre do exposto nas alíneas w) a gg) do nº 2 deste Acórdão, e no que à proposta adjudicatária diz respeito, a pontuação da mesma desceu, na fase das negociações, nos factores “*VAL do Esforço*

⁵³ Ainda que não se aplique ao presente procedimento, lembre-se o que dispõe o Código dos Contratos Públicos no seu artigo 152º e que confirma o acerto destas disposições: “3. Quando seja adoptada uma fase de negociações restringida aos concorrentes cujas propostas sejam ordenadas nos primeiros lugares, o júri deve ainda propor a exclusão das versões finais cuja pontuação global seja inferior à das respectivas versões iniciais. 4.No caso previsto no número anterior (...) as respectivas versões iniciais mantêm-se para efeitos de adjudicação.”



Financeiro do Concedente”, “Robustez da Proposta face aos riscos do Projecto”, “Termos e Condições dos Financiamentos” e “Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço”.

A pontuação global da proposta desceu nessa fase de 15,41 para 13,9, em grande parte devido ao aumento do Valor Actualizado Líquido do esforço financeiro da EP, que sofreu um acréscimo de 51,4 M€.

Ou seja, a proposta adjudicatária oferecia, no termo das negociações, condições menos vantajosas para a Subconcedente, por implicar pagamentos mais avultados à Subconcessionária do que o que tinha sido proposto na 1.ª fase do concurso.

A avaliação da proposta do concorrente nº 3 sofreu uma degradação ainda mais intensa, sendo a sua pontuação global final de 11,6 (contra 15,12 no termo da 1.ª fase). Esta pontuação final é significativamente inferior àquela que tinha sido atribuída, na 1.ª fase, às propostas do concorrente nº 5, preterido na escolha para a fase de negociações (com avaliações de 13,99 e de 13,89). Isto significa que, com as suas características finais, a proposta do concorrente nº 3 não teria sequer chegado à 2.ª fase do concurso.

Tais factos demonstram incontestavelmente que, face aos critérios estabelecidos pela própria entidade adjudicante, a fase de negociações redundou em condições menos vantajosas para a entidade pública concedente, se comparadas com as que tinham sido obtidas na 1.ª fase de avaliação das propostas, ofendendo-se os princípios da concorrência e da igualdade face aos concorrentes da 1.ª fase.

Foi, assim, claramente violado o estabelecido no nº 29 do Programa de Concurso, o que, como acima concluímos, constitui uma ilegalidade.

6.3. Houve razões para a violação do n.º 29 do programa de concurso?

As razões apresentadas pela EP para a situação foram basicamente as seguintes⁵⁴:

- a) As condições de acesso ao crédito por parte dos concorrentes agravaram-se da 1.ª para a 2.ª fase, por razões relacionadas com a crise financeira internacional;
- b) As expectativas existentes na 1.ª fase, de participação do Banco Europeu de Investimentos (BEI) no projecto, a qual se reflectia na estrutura de financiamento apresentada nas propostas, goraram-se na fase final;

⁵⁴ Cfr. alíneas jj) a mm) do probatório.



Tribunal de Contas

- c) Assim, fez-se reflectir tais circunstâncias no esforço financeiro líquido do concedente;
- d) No plano jurídico, o não cumprimento do estipulado no Programa do Concurso, encontra-se estribado no disposto no artigo 198.º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março;
- e) Há momentosas razões de interesse público para a concretização do investimento.

Mas, apreciando as justificações apresentadas, concluimos que as mesmas não são aceitáveis.

Antes de mais, diga-se que o agravamento das condições de financiamento se reflectiram totalmente no contraente público, já que como expressamente reconhece a EP, o “racional” da solução foi manter a TIR do contraente privado.

Como a própria EP aponta, fez-se reflectir as novas circunstâncias integralmente no esforço financeiro líquido da concedente, e, a final, a TIR da adjudicatária não só se manteve como acabou mesmo por subir⁵⁵.

Deve observar-se que a situação verificada demonstra que, ao contrário do que pretende a EP e do que se estabelece no artigo 7.º, alínea d), do RJPPP⁵⁶, os riscos e dificuldades resultantes da crise financeira internacional, da não participação do BEI no financiamento e até os riscos de tráfego e de não cobrança de portagens foram, em substância, assumidos pela entidade concedente, e não transmitidos ou partilhados com a Subconcessionária, que vê assegurada uma remuneração certa.

Mas, acima de tudo, há uma incontestável violação do disposto no Programa do Concurso, o que, como já vimos, constitui uma ilegalidade.

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

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

⁵⁵ Cfr. alíneas gg) e jj) do probatório.

⁵⁶ Que dispõe: “O risco da insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível transferido para o parceiro privado”.



O próprio Programa de Concurso estabeleceu, no seu nº 27.1, que as propostas que violassem o Caderno de Encargos ou o Programa do Concurso deveriam ser consideradas inaceitáveis e excluídas do concurso⁵⁷.

Por outro lado, para além de constituir um comando condicionador do conteúdo das propostas a apresentar pelos concorrentes, o disposto no nº 29º do Programa do Concurso era igualmente um critério estabelecido pela entidade adjudicante para a sua apreciação e decisão.

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

Acresce que num procedimento concorrencial devem ser garantidas a todos os concorrentes condições de igualdade, a fim de ser assegurada uma efectiva concorrência.

Ora, aceitar, no caso vertente, os procedimentos realizados significaria legitimar uma manifesta desigualdade entre as condições proporcionadas aos dois concorrentes que foram seleccionados para a fase de negociações e aquelas de que dispuseram os que foram preteridos no termo da 1.ª fase, não se lhes tendo dado a oportunidade de apresentarem as suas propostas num novo contexto e desconhecendo-se se poderiam ter apresentado condições competitivas⁵⁸.

Mas vejamos agora se, ainda assim, existem razões jurídicas para o não cumprimento do estipulado no Programa do Concurso.

6.4. Podem razões ligadas à “alteração de circunstâncias” justificar o desrespeito pelas regras concursais?

Importa recordar que, conforme já se referiu no ponto 6.1, é convicção jurisprudencial e doutrinária que a necessária estabilidade das regras concursais impede a sua alteração durante o decurso do procedimento “*seja por que razão for*”.

Importa também sublinhar que, no caso, as regras não foram alteradas.

⁵⁷ Pese embora tal disposição se insira sistematicamente no âmbito das disposições aplicáveis na primeira fase, não pode deixar de entender-se que, no contexto concreto do presente procedimento, se aplica também a propostas que devam ser consideradas inaceitáveis por aqueles motivos na fase final.

⁵⁸ Refira-se, por exemplo, que não se sabe o que poderia ter acontecido, em matéria de propostas, de desenlace do procedimento e do correspondente resultado financeiro, se a intervenção do BEI tivesse sido desconsiderada logo na 1.ª fase do concurso.



Tribunal de Contas

A EP entende, no entanto, que as circunstâncias verificadas permitiram que essas regras fossem desrespeitadas.

Para o efeito veio invocar o disposto no artigo 198º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

Este preceito, no essencial, consagra, no regime jurídico relativo às obras públicas, a disciplina constante do artigo 437º, nº1, do Código Civil.

Estamos no domínio da teoria da imprevisão na execução dos contratos. Em ambas as disposições legais, o princípio tradicionalmente rígido de “*pacta sunt servanda*” é flexibilizado por preocupações de “*rebus sic stantibus*”.

Não importa agora fazer uma deambulação pela complexa e secular querela quanto à consideração da alteração de circunstâncias no âmbito da execução dos contratos.

Importa sobretudo afirmar o seguinte: tanto as soluções legislativas adoptadas⁵⁹, como a jurisprudência lavrada⁶⁰, como a doutrina produzida⁶¹ sobre esta temática assentam num pressuposto essencial: trata-se de alteração de circunstâncias verificadas *após* a celebração de um contrato e não no decurso do processo negocial (ou procedimento administrativo) a ele conducente.

Basta, aliás, atender aos elementos da previsão e da estatuição normativas do referido artigo 198º: revisão do contrato, por alteração anormal e imprevisível de circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar, havendo grave aumento de encargos na execução da obra, encargos que não caibam nos riscos normais (do contrato).

Deve, igualmente, atender-se à inserção sistemática do preceito: o artigo 198º integra-se no Capítulo VIII do diploma sobre o “*Não cumprimento e revisão do contrato*”.

Ora, no caso, não havia ainda nem contrato celebrado, nem a nele ínsita decisão de contratar, correspondente à decisão de adjudicação, que permitisse

⁵⁹ Refira-se simplesmente que a consagração legal deste tipo de soluções no âmbito dos contratos públicos, na senda da solução consagrada no Código Civil, ocorreu, pela primeira vez, no Decreto-Lei nº 48871, de 19 de Fevereiro de 1969 (artigo 173º), tendo sido retomada pelo Decreto-Lei nº 232/80, de 16 de Julho, e com uma pequena alteração de redacção pelos Decretos-Leis nº 235/86, de 18 de Agosto (artigo 175º nº1) e nº 405/93, de 10 de Dezembro (artigo 179º). A actual redacção reproduz *ipsis verbis* a destes dois últimos diplomas.

⁶⁰ Vide, de entre muitos, os acórdãos do STA de 21.03.2001, 17.02.2003, 7.07.2005, 13.09.2007 e 20.02.2008, tomados respectivamente nos processos nºs 46311, 1031/02, 145/05, 568/06 e 536/06

⁶¹ Vide, de entre todos, Diogo Freitas do Amaral in “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, Almedina, 2003, pág. 635 ss., Mário Esteves de Oliveira in “Direito Administrativo”, Almedina, 1980, pág. 711 e ss., Jorge Andrade da Silva in “Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas”, Almedina, 2003, pág. 547 e António Menezes Cordeiro in “Contratos Públicos – Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, Almedina, 2007, pág. 79 e ss.



Tribunal de Contas

o apelo a este mecanismo legal. No caso, a decisão e o contrato só vieram a ocorrer depois de se terem considerado aceitáveis as alterações de circunstâncias como fundamento de não aplicação da regra procedimental constante do Programa do Concurso.

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

Aliás, considerar, como pretende a EP⁶², que, antes da decisão final de adjudicação e da assinatura do contrato, há já *“uma qualquer entidade que está associada, de alguma forma, à administração, à prossecução de fins de interesse público”*, ter em conta a *“afecção, em concreto, daquele particular cuja colaboração com a administração é considerada importante para o(s) interesse público(s)”* e relevar *“a proximidade entre as partes – para mais de uma fase de negociações directas e prolongadas com os concorrentes”* é permitir que aquelas violações ocorram.

Justifica-se, como faz a EP, apelar à *“observância de dever de lealdade”* pela Administração na condução do procedimento?

Sim, mas lealdade para com todos os concorrentes e não adoptando soluções que consubstanciam alteração de regras pelas quais o procedimento deve ser conduzido, assim tratando de maneira diferente os diversos concorrentes que formularam as suas propostas na expectativa do quadro jurídico não se alterar⁶³.

Como se referiu no ponto 6.1, assim o impõe o princípio da *protecção da confiança*: as regras do jogo não podem nem devem ser alteradas.

Deve, pois, concluir-se que o artigo 198º do Decreto-Lei nº 59/99 não se aplica à situação em análise, por a mesma estar excluída da sua previsão e por não existirem razões para a aplicar a um circunstancialismo diverso.

De resto, não estamos sequer perante qualquer lacuna que importasse colmatar.

⁶² Cfr. alínea jj) do nº2.

⁶³ Refere Margarida Olazabal Cabral, in op. cit., pág. 251: *“(...) a Boa Fé impõe especiais deveres: desde logo, deveres de protecção, de lealdade e de informação que conduzem, no caso de serem quebrados, à “culpa in contrahendo” de qualquer das partes. (...) Repare-se que a Administração assume estes deveres simultaneamente para **com todos os concorrentes**, pelo que os seus comportamentos para com cada um deles, devem ter sempre por base o respeito da Boa Fé nas relações com os outros concorrentes”* (negrito nosso).



O princípio aplicável é o da imodificabilidade das regras do jogo até à decisão de adjudicação, nos termos claramente definidos no artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, e já suficientemente justificados.

E a alteração superveniente, anormal e imprevisível das circunstâncias que tenham estado na base do lançamento de um concurso, durante o decurso do mesmo, tem um regime próprio, diverso do consagrado no artigo 198º do Decreto-Lei n.º 59/99.

Nos termos do disposto no artigo 107º do mesmo diploma legal, a ocorrência dessas circunstâncias constitui a entidade adjudicante no dever de não adjudicar e, conseqüentemente, de, sendo caso disso, recomeçar o procedimento de acordo com novos pressupostos.

A este respeito, lembre-se que a obrigatoriedade normativa das regras concursais vigora até à decisão de adjudicação ou até à decisão de *não adjudicação* e lembre-se ainda a observação feita por Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira⁶⁴: *a imodificabilidade dos Programas de Concurso não significa que a Administração não possa retirar, anular ou desistir do próprio procedimento. E, se este terminar, claro que as normas por que se pautavam perdem o seu objecto e efeito, extinguindo-se também para aquele caso.*

Não se contestam nem questionam os interesses públicos que se visam prosseguir com a constituição da parceria público-privada e conseqüente celebração e execução do contrato de subconcessão.

Mas, no caso, a actuação da concedente está subordinada à lei e o que se trata é de saber se na prossecução desses interesses públicos e nas concretas decisões tomadas e procedimentos realizados foi cumprida a lei aplicável.

Como refere Marcelo Rebelo de Sousa, na obra citada, a figura dos concursos implica sempre uma ponderação conjunta de vários bens jurídicos e a ponderação acertada é a que se traduz no cumprimento da lei, que, detalhada e cuidadosamente, os pesou e equilibrou.

Ora, admitir, quando a lei não o prevê e a sua interpretação não o permite, que pela erupção de uma crise financeira internacional se subvertam princípios e regras jurídicas seria substituir o Direito pela arbitrariedade das avaliações casuísticas, o que acarretaria uma inadmissível incerteza jurídica e uma subjectividade incompatível com o bem público que as regras em causa visam assegurar.

⁶⁴ Cfr 6.1.



6.5. Concluindo.

Pela assunção de condições menos vantajosas para a entidade pública concedente, houve, na 2.^a fase do concurso e no seu resultado, uma clara e inaceitável violação do n.º 29 do Programa de Concurso, que não tem qualquer justificação jurídica.

Essa violação acarreta a *ilegalidade da adjudicação*.

Refira-se, ainda, a propósito das alegações da EP, que:

- O facto de o VAL do esforço financeiro da concedente previsto no Estudo de Viabilidade ser superior ao que veio a consagrar-se (vide alínea jj) do n.º 2), não invalida a conclusão de que houve uma efectiva e não consentida degradação das condições oferecidas pelo concorrente adjudicatário na fase final relativamente às inicialmente propostas;
- As declarações e determinações relativas ao eventual, ou provável, accionamento futuro da cláusula de refinanciamento da Subconcessão⁶⁵, podendo ser cautelares, são irrelevantes para a decisão, por não afastarem as violações de lei ocorridas e por corresponderem, aliás, ao regime já consagrado no próprio contrato.

7. DA FIXAÇÃO DO VALOR A PAGAR PELA AQUISIÇÃO DOS DOCUMENTOS CONCURSAIS

Como resulta da alínea oo) do n.º 2 deste Acórdão, a EP fixou como valor a pagar para fornecimento dos documentos concursais o montante de € 25 000,00.

Instada a justificar tal valor, a EP invocou a extensão do empreendimento e o volume e a pormenorização dos documentos técnicos patenteados a concurso⁶⁶.

Os n.ºs 2 e 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, dispõem que “*o projecto, o caderno de encargos e o programa de concurso devem estar patentes nos serviços respectivos, para consulta dos interessados, desde o dia da publicação do anúncio até ao dia e hora do acto público do concurso*” e que “*os interessados poderão solicitar, em tempo útil, que lhes sejam fornecidas pelo dono da obra, a preços de custo*”⁶⁷, cópias devidamente autenticadas dos elementos referidos nos n.ºs 2 .

⁶⁵ Cfr. alíneas ll) a nn) do probatório.

⁶⁶ Cfr. alínea pp) do probatório.

⁶⁷ Negrito nosso



A questão está, pois, em determinar o que deve ser entendido por *preço de custo*.

Como tem sido referido em variados Acórdãos da 1ª Secção deste Tribunal⁶⁸, o preço das cópias a fornecer aos interessados em processos de concurso é, nos termos da norma em causa, apenas o preço de custo dessas cópias, não se incluindo nele factores exteriores à produção das cópias, designadamente o custo relativo à busca, preparação e elaboração dos documentos a copiar.

Assim, seguro é que o preço das citadas cópias apenas poderá integrar um somatório onde se incluem o custo dos materiais usados na sua produção, o custo da utilização dos equipamentos necessários a tal produção e, ainda, o custo do serviço prestado, sendo que tal preço não deve ultrapassar o valor médio praticado pelo mercado, relativamente a esse serviço.

Isto porque não pode deixar de atender-se ao disposto no artigo 12.º, nºs 1 e 2, da Lei nº 46/2007, de 24 de Agosto, que determinam que a reprodução por fotocópia ou outro meio técnico está sujeita ao *“pagamento, pela pessoa que a solicitar, da taxa fixada, que deve corresponder à soma dos encargos proporcionais com a utilização de máquinas e ferramentas e dos custos dos materiais usados e do serviço prestado, sem que, porém, ultrapasse o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente”* e que, mesmo na fixação das taxas a cobrar pelas reproduções e certidões, a Administração deve *“ter em conta”* o mesmo princípio.

Quanto à autenticação de fotocópias ou à passagem de certidões, a CADA⁶⁹ refere que *“esse preço pode – e entendemos que deve – ser mais elevado do que o aplicável à reprodução simples, porque o valor do serviço prestado é maior. Contudo, como taxa que é, deve respeitar o princípio constitucional da proporcionalidade, que afasta o excesso não justificado objectivamente”* e que *“as taxas cobradas pela reprodução de documentos não podem ultrapassar significativa e injustificadamente, em violação do princípio da proporcionalidade, o custo dos materiais usados e do serviço prestado, sob pena de se inviabilizar, ou de dificultar, o direito de acesso”*.

Ou seja, mesmo no caso das certidões deve atender-se ao valor médio praticado no mercado por serviço correspondente, o que se entende na perspectiva de que o acréscimo consentido deve derivar do serviço de certificação e não do custo dos materiais.

Em conclusão:

⁶⁸ Cfr., sobre esta matéria, designadamente, o Acórdão nº12/09 – MAR.10 -1ªS/PL.

⁶⁹ Cfr. Parecer da CADA nº 125/2007, de 16 de Maio de 2007.



- a) O preço da disponibilização das peças concursais deve corresponder apenas ao custo das *cópias* autenticadas dos correspondentes documentos;
- b) Esse custo inclui os custos das matérias-primas, de outros materiais directos consumidos, da mão-de-obra directa e de outros gastos gerais de fabrico gastos na produção dessas cópias;
- c) Na parte do custo relativo à reprodução simples deve *ter-se em conta* o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente;
- d) O possível acréscimo de custo relativamente à reprodução simples de documentos deve estar justificado pelo serviço acrescentado prestado.

Neste contexto, não pode deixar de se considerar surpreendente a argumentação produzida sobre a matéria pela EP (vide alínea pp) do nº2), na medida em que faz depender a fixação do preço da dimensão do empreendimento e do grau de desenvolvimento das peças procedimentais.

Tal argumentação, emanada de um dos mais importantes donos de obra pública no país, contraria quase duas décadas de doutrinação da CADA sobre este assunto e ignora vários anos de jurisprudência deste Tribunal sobre a mesma matéria.

Não estando demonstrado que o valor fixado para a aquisição das peças concursais correspondeu, apenas, ao custo de reprodução e certificação das respectivas cópias, e, evidenciando o elevado valor fixado que essa correspondência foi ultrapassada, verifica-se, pois, a violação do disposto no nº 4 do artigo 62.º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.

8. CONCLUSÕES

Conforme decorre do exposto, no procedimento em causa foram violadas as seguintes disposições legais e regulamentares:

- Artigo 6.º, nº 1, alínea c), do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº141/2006, de 27 de Julho;
- Nº 29 do Programa de Concurso;
- Artigo 100.º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº59/99, de 2 de Março;
- Artigos 9.º, nº 2, 10º e 14.º, nº 1, do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho;
- Artigo 62.º, nº 4, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março.



Como se viu, tais violações respeitam no essencial a:

- Ausência do estudo que a lei exige, demonstrando que a modalidade de parceria público-privada é mais adequada que as soluções alternativas para atingir os mesmos fins, designadamente as tradicionais para a realização de obras públicas (estudo de *comparador público*);
- Degradação das condições oferecidas ao concedente na fase final de negociações, contrariando as regras que a própria EP estabeleceu no Programa de Concurso e violando princípios fundamentais da contratação pública;
- Fixação de um valor ilegal e desproporcionado para a aquisição das peças concursais.

As violações de lei referidas, em especial as que se referem ao estudo prévio e à negociação das propostas, provocaram, com forte probabilidade, a alteração do resultado financeiro do procedimento. Isto é, se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, é provável que tivessem sido obtidos resultados diferentes, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos.

Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC, quando aí se prevê, como fundamento para a recusa de visto, *“ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro.”*

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 a alteração do respectivo resultado financeiro.

E, como se viu, no presente processo, há fortíssimos indícios de tal ter acontecido.

Há pois fundamentos para recusa do visto.

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



9. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do n.º 3 do artigo 5º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁷⁰

Lisboa, 17 de Novembro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(João Figueiredo)

(António Santos Soares)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Daciano Pinto)

⁷⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril.