

ACÓRDÃO N.º 20/2010 - 01.Jun.2010 - 1ª S/SS

(Processo n.º 108/2010)

DESCRITORES: Alteração dos Pressupostos / Interesse Público / Princípio da Concorrência / Princípio da Igualdade / Princípio da Transparência / Concurso Público / Elemento Essencial / Nulidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões de interesse público e do respeito pelo objecto do contrato e pelo equilíbrio financeiro do mesmo. Depende também, em obediência aos princípios constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada.
2. No caso em apreço, a alteração dos pressupostos técnicos do procedimento, que constituíram parâmetros da análise das propostas e de escolha da adjudicatária no procedimento competitivo que antecedeu a celebração do contrato, implicou uma modificação substancial a uma das condições essenciais do contrato.
3. Essa alteração conduziu a uma necessidade e vontade de renegociar o prazo de duração do contrato, que é precisamente um dos seus termos essenciais. A modificação, por alargamento, do prazo de vigência de um contrato público, quando suficientemente relevante, e não expressamente autorizada nas condições do procedimento ou do contrato, constitui uma alteração substancial a uma condição essencial desse contrato.
4. As eventuais razões de interesse público que determinem a necessidade de alterar substancialmente o modo de execução dos contratos devem

conduzir a uma nova consulta ao mercado, baseada nos novos pressupostos, e não a uma modificação contratual.

5. O instrumento contratual em análise consubstancia, na prática, a adjudicação de um novo contrato, que deveria ter sido precedida da realização do procedimento pré-contratual adequado. O procedimento exigido era o de concurso público, com envio do anúncio de abertura para publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), conforme o estabelecido nos arts. 191.º, n.º 1, al. b), 194.º, n.º 1, e 87.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e na Directiva n.º 2004/18/CE, nos respectivos arts. 1.º, n.º 2, al. d), e n.º 9, 7.º, al. b), 35.º, n.º 2, 36.º, categoria 16 do Anexo II A e Anexo VIII.
6. A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, que determina a nulidade da mesma adjudicação e do contrato, nos termos dos arts. 133.º, n.º 1, e 185.º, n.º 1, do CPA.
7. A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



Tribunal de Contas

Mantido pelo acórdão n° 28/10,
de 03/11/10, proferido no recurso n° 13/10

ACÓRDÃO N° 20 /10 – 1.Jun-1ª S/SS

Processo n° 108/2010

I. RELATÓRIO

A **HPEM, Higiene Pública, EEM**¹, remeteu a este Tribunal, em 29 de Janeiro de 2010, uma alteração ao contrato de **Recolha e Transporte de Resíduos Sólidos Urbanos produzidos nas áreas das Freguesias de Agualva-Cacém e Queluz**, existente entre aquela entidade empresarial e a sociedade “**SUMA - Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A.**”², para modificação do respectivo prazo de vigência.

II. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior e noutros pontos deste Acórdão, são relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) Em 1994, o Município de Sintra realizou um *concurso público* para a prestação de serviços de recolha dos resíduos sólidos urbanos produzidos na área das freguesias de Agualva-Cacém e Queluz, do concelho de Sintra, e o seu transporte para a central industrial de tratamento de resíduos sólidos e/ou aterro sanitário adjacente, localizados em Trajouce, concelho de Cascais³;

¹ Doravante designada como HPEM.

² Doravante designada como SUMA.

³ Cfr. fls. 66 e seguintes do processo.



Tribunal de Contas

- b) Na sequência desse concurso, o *Município de Sintra* e o Consórcio *Mota e CA, Dragados y Construcciones, SA e Ramalho Rosa, SA* celebraram, em 23 de Outubro de 1996, um contrato para a Recolha e Transporte de Resíduos Sólidos Urbanos produzidos nas áreas das freguesias de Agualva-Cacém e Queluz⁴;
- c) Referia-se nesse contrato:
“O contrato tem o período de duração de 48 meses, renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar por escrito, até 6 meses antes do seu termo”;
- d) Esse contrato foi visado por este Tribunal em 26 de Setembro de 1996;
- e) Em 31 de Agosto de 1998 foi lavrado um contrato de cessão de posição contratual, através do qual o Consórcio referido cedeu à sociedade *SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, SA.* a sua posição no contrato referido em b). Esta cessão foi celebrada com intervenção e autorização da Câmara Municipal de Sintra, que nela também outorgou⁵;
- f) Em 18 de Março de 1999 foi outorgado um adicional ao contrato referido em b), aditando ao mesmo o fornecimento de contentores, a recolha selectiva e a recolha de monstros⁶;
- g) Esse contrato adicional foi remetido para fiscalização prévia deste Tribunal, não tendo, no entanto, sido apreciado no prazo legal, pelo que se verificou relativamente a ele a formação de visto tácito;
- h) Em 23 de Outubro de 2000 foi efectuada a 1.^a renovação do contrato referido em b), por mais 48 meses⁷;
- i) Em 2000, foi criada a empresa municipal *HPEM, Higiene Pública, EM*, para a qual o Município de Sintra transmitiu, em 31 de Outubro de 2000, a sua posição no contrato referido em b);
- j) Em 19 de Maio de 2004, a HPEM e a SUMA outorgaram uma alteração ao contrato referido em b), alterando o período de duração do mesmo para 12

⁴ Cfr. fls. 4 e seguintes dos autos.

⁵ Cfr. fls. 12 e seguintes do processo.

⁶ Cfr. fls 17 e seguintes.

⁷ Cfr. informação prestada a fls. 50.



Tribunal de Contas

meses, renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar por escrito até 3 meses antes do seu termo⁸;

- k) A fundamentação para esta alteração consta da acta da reunião do Conselho de Administração da HPEM⁹ de 7 de Abril de 2004, constatando-se que essa alteração foi solicitada pela empresa municipal a fim de proceder à reavaliação global do sistema de recolha de resíduos no concelho e adoptar um novo modelo uniformizado;
- l) Em 23 de Outubro de 2004, 23 de Outubro de 2005, 23 de Outubro de 2006 e 23 de Outubro de 2007, o contrato foi sucessivamente renovado por períodos de 12 meses¹⁰;
- m) Em 27 de Junho de 2008, a HPEM e a SUMA outorgaram uma nova alteração à duração do contrato, estabelecendo, desta vez, o seguinte:
“O contrato tem um período de 96 meses, renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar por escrito, até 12 meses antes do seu termo”;
- n) Em 26 de Janeiro de 2010, a HPEM remeteu o instrumento contratual relativo a esta alteração ao Tribunal de Contas, sendo este o acto que ora se aprecia;
- o) No entanto, no ofício de remessa¹¹, a HPEM invoca considerar não existir motivo para novo visto deste Tribunal;
- p) A justificação para a alteração contratual consta, designadamente, da acta da reunião do Conselho de Administração da HPEM de 26 de Junho de 2008¹², da proposta apresentada pela SUMA¹³ e do preâmbulo do instrumento de alteração;
- q) Nesses documentos invoca-se:
 - A vontade da HPEM em harmonizar o serviço prestado aos municípios;

⁸ Vide fls. 53 e 54.

⁹ Cfr. fls. 135.

¹⁰ Cfr. informação prestada a fls 50.

¹¹ Cfr. fls. 1.

¹² Cfr. fls. 132 a 134.

¹³ Cfr. fls 128 e 129.



- A vontade da HPEM em centrar a sua actividade de recolha no sistema de recolha lateral robotizada em substituição da recolha traseira;
- A implantação, pela HPEM, de contentorização de grande capacidade;
- A anuência da SUMA em alterar o sistema de recolha existente para o preferido pela HPEM;
- O avultado investimento, por parte da SUMA, necessário para a mudança do sistema, traduzido em:
 - Recolha de resíduos sólidos urbanos: substituição dos contentores actuais de 800 e 1.000 litros, por contentores novos de carga lateral com capacidade de 3.200 litros cada;
 - Recolha selectiva: substituição sempre que possível dos contentores actuais “cyclea” de 2.500 litros, por contentores novos de carga lateral com capacidade de 3.200 litros cada, sofrendo o número destes ecopontos a implantar um incremento bastante significativo (um ecoponto junto a cada ponto de recolha de RSU);
 - Introdução de camiões novos de recolha e lavagem de contentores com sistema de carga lateral, para operação da contentorização anteriormente mencionada;
- A indicação, por parte da SUMA, de um período de 8 anos como “o tempo mínimo necessário para a amortização parcialmente aceitável dos avultados investimentos” a fazer;
- Que o novo prazo de vigência corresponde à amortização necessária aos investimentos requeridos em novos equipamentos, garantindo assim o princípio do equilíbrio financeiro do contrato;

r) Dos documentos relativos ao concurso público realizado em 1994¹⁴ consta que:

- De acordo com o artigo 5.º, alínea a), do Caderno de Encargos¹⁵, “os trabalhos devem ser efectuados por viaturas apropriadas, apetrechadas com sistema elevatório para contentores normalizados, de dimensões adequadas ao

¹⁴ Cfr. fls. 66 e seguintes.

¹⁵ Cfr. fls. 68.



percurso a realizar e em número e com capacidade suficiente para garantir a execução dos circuitos estabelecidos.”

- Do critério de adjudicação fez parte a avaliação da capacidade e aptidão técnica dos concorrentes para a execução do contrato¹⁶;
 - No âmbito deste subcritério foram analisados em pormenor os meios a afectar à execução do contrato, em especial os relativos à tipologia e capacidade das viaturas de recolha a utilizar¹⁷;
 - Embora tivessem sido pedidos preços para vários cenários de duração contratual, *“de acordo com indicação superior, após análise prévia, apreciaram-se apenas as propostas referentes a um período contratual de 48 meses”*¹⁸;
- s) O preâmbulo do instrumento de alteração menciona ainda, como justificação para a modificação contratual, a circunstância de *“os valores recentemente contratados em concursos públicos, para prestações de serviços de cariz idêntico, se cifrarem em valores semelhantes aos do contrato vigente”* e *“não se antever portanto mais-valia significativa em recorrer ao mercado”*.

¹⁶ Cfr. fls. 76.

¹⁷ Cfr. fls 79 e seguintes.

¹⁸ Cfr. relatório de apreciação de propostas, a fls. 76.



III. FUNDAMENTAÇÃO

1. A alteração pretendida pode ser feita por modificação contratual ou constitui uma nova adjudicação?

A questão determinante a resolver neste processo é a de saber se a alteração introduzida no contrato pode ser operada por uma modificação acordada entre as partes ou se, por desvirtuar o conteúdo adjudicatório, essa alteração se traduz num novo contrato.

a) Pressupostos da modificação efectuada.

Foram juntos ao processo dois pareceres jurídicos solicitados pela HPEM, e por ela secundados, a propósito da legalidade da operação efectuada: um parecer de Sérvulo Correia e de João Amaral e Almeida, de 16 de Maio de 2007, e um parecer de José Paulo Correia de Matos, de 22 de Julho de 2009. Em ambos os pareceres se sustenta que nada obsta, do ponto de vista legal ou contratual, à modificabilidade do contrato nos termos efectuados.

Considera-se que:

- Existe uma alteração das condições do modo de exercício das prestações a cargo da SUMA;
- Essa alteração não briga com o objecto do contrato;
- Essa alteração implica que a SUMA tenha de proceder a uma modernização do seu equipamento, de modo a torná-lo tecnicamente compatível com o novo sistema de recolha gizado;
- Existem razões de interesse público que permitiriam à HPEM exercer legitimamente o poder de modificação unilateral do contrato, exigindo à SUMA a modernização desse equipamento;
- Tal facto, ao obrigar a SUMA a proceder a um *“investimento que jamais seria necessário no quadro actual das suas obrigações contratuais, provoca um manifesto desequilíbrio financeiro do contrato, em prejuízo daquela”*¹⁹;
- O alargamento do prazo de duração do contrato para 8 anos deve ser encarado como uma solução legítima para se proceder ao reequilíbrio financeiro do contrato;

¹⁹ Cfr. fls 30.



- As circunstâncias que permitem uma modificação unilateral do contrato também permitem a sua modificação consensual;
- O caderno de encargos não estipulou um prazo certo para a duração do contrato, não tendo imposto um limite de tempo máximo para a prestação dos serviços a contratar;
- Face à lei e aos elementos concursais, nada impedia que as partes tivessem estipulado um prazo de vigência superior a 48 meses, renovável;
- As novas circunstâncias justificam uma adenda contratual e deveriam, simultaneamente, conduzir a uma revisão do caderno de encargos²⁰;

b) Modificabilidade dos contratos públicos.

Num dos pareceres juntos invoca-se o disposto no artigo 180.º, alínea a), do Código do Procedimento Administrativo (CPA) como legitimador da modificação do contrato, considerando-se que, sendo a modificação possível à luz desta norma por iniciativa unilateral do contraente público, então também era possível por acordo entre as partes.

Apesar de este artigo já ter sido revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e substituído pela regulamentação constante do Código dos Contratos Públicos²¹, que reflecte já alguma evolução doutrinária relativamente ao regime do CPA, o disposto no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 18/2008 e as datas do procedimento de formação do contrato em causa e da modificação do mesmo determinam que seja esse o regime temporalmente aplicável ao contrato.

O citado artigo 180.º, alínea a), do CPA, relativo aos poderes da Administração no âmbito dos contratos administrativos, dispõe da seguinte forma:

“Salvo quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do contrato, a Administração Pública pode:

- a) Modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro.*
- b) (...)”*

Como sabemos, há vários tipos de contratos administrativos e os poderes referidos neste artigo não existem necessariamente em todos eles.

²⁰ Este último aspecto apenas é referido no parecer de José Paulo Correia de Matos, a fls. 45.

²¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro.



Mas, quando existem, resulta desde logo desta norma e da natureza contratual da relação em causa, que os poderes de modificação contratual estão sujeitos a vários limites.

Como primeiro aspecto, e embora não esteja expressamente referido, é entendimento pacífico que qualquer modificação deste tipo apenas se pode fundar em *razões de interesse público*, uma vez que é o interesse público o único fundamento legítimo para a existência de um poder desta natureza.

Por outro lado, o poder de modificação está limitado pela *intangibilidade do objecto contratual* e pela *manutenção do seu equilíbrio financeiro*, como resulta claramente do preceito.

Mais se remete para outros *limites que resultem da lei ou da natureza dos contratos*.

Sucede que, como bem sublinha Pedro Gonçalves, em Anotação ao “*Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*”²², se tem vindo a tornar evidente que a definição de limites ao poder de modificação contratual não serve apenas como factor de protecção dos interesses do co-contratante.

Tanto a doutrina como a jurisprudência vêm ressaltando que, na medida em que os contratos são atribuídos na sequência de procedimentos concorrenciais, a sua modificação pode pôr em causa os interesses da transparência e da objectividade acautelados nesse procedimento, apontando para que isso deve constituir um limite às eventuais alterações.

Como refere o autor, no texto citado, “*À medida que o direito regulador da adjudicação de contratos se aperfeiçoava, destacando o valor da concorrência, tornava-se inevitável concluir que a modificação (ou o poder de modificação) não poderia permitir uma reconstrução do contrato inicial em termos de este deixar de corresponder às condições fundamentais ou essenciais do “convite para contratar” que o contraente público apresentou no procedimento de adjudicação*” (...).

Assim, “*a protecção da concorrência surge (...) como um novo e autónomo critério de limitação da modificação dos contratos*”.

E, como refere o mesmo autor, nesta perspectiva da protecção do interesse da concorrência torna-se indiferente que o contrato seja modificado por acordo ou por acto unilateral. Qualquer modificação “*que não se enquadre no “fim da concorrência” (...) prosseguido pela celebração do contrato original corresponde, de facto, à adjudicação de um contrato novo*”.

Esta limitação ao poder de modificação dos contratos, entretanto incorporada na legislação mais recente, é, ainda assim, plenamente aplicável no quadro

²² In *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, Janeiro/Fevereiro de 2009.



de um contrato ainda não regido por estas normas, como aquele que nos ocupa.

Por um lado, porque estamos perante modificações contratuais introduzidas por acordo das partes e, portanto, não regidas directamente pelo artigo 180.º do CPA. Por outro, porque mesmo este preceito salvaguarda as limitações resultantes de princípios e de outras leis aplicáveis ou resultantes da natureza dos próprios contratos.

Ora, nesta matéria há que ter presentes os princípios gerais da contratação pública consagrados tanto ao nível nacional como comunitário.

E, de acordo com esses princípios, positivados há muito nos Tratados e na Constituição, nas Directivas comunitárias sobre contratação pública e na legislação nacional de contratação pública, há que respeitar a concorrência, a igualdade e a transparência no acesso aos mercados públicos, o que implica a observância destes valores em todas as fases da formação e execução dos contratos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias²³ tem defendido isso de forma muito clara, inclusive a propósito das modificações contratuais, afirmando, neste âmbito, precisamente a ideia referida de que a modificação dos contratos não pode permitir a sua *reconstrução* em termos de eles deixarem de corresponder às condições fundamentais ou essenciais que estiveram na base do procedimento de escolha²⁴.

Como se diz no Acórdão *Pressetext*:

“Com vista a assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato, na acepção da Directiva n.º 92/50, quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato (...)

E no Acórdão Comissão/CAS *Succhi di Frutta*:

“(...) no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação”, e, não o fazendo, “não pode modificar, seja em que fase do processo for, as condições do concurso, sob pena de violar o princípio da igualdade de todos os proponentes, bem como o da transparência”.

²³ Doravante designado TJCE.

²⁴ Cfr. Acórdãos de 5 de Outubro de 2000 (no processo C-337/98, *Comissão/França*), de 29 de Abril de 2004 (no processo C-496/99, *Comissão/CAS Succhi di Frutta*) e de 19 de Junho de 2008 (no processo C-454/06, *Pressetext*).



Deve, pois, concluir-se que a modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões de interesse público e do respeito pelo objecto do contrato e pelo equilíbrio financeiro do mesmo.

Depende também, em obediência aos princípios constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada.

Importa, então, determinar quais são os aspectos que, a serem modificados, descaracterizam o contrato e conduzem à conclusão de que estamos já perante um contrato novo.

A jurisprudência do TJCE dá-nos alguns contributos importantes na matéria. Tendo presente o teor dos Acórdãos do TJCE já acima indicados e a análise feita por Pedro Gonçalves ao Acórdão *Pressetext*, também já anteriormente citada, que salienta, de forma clara, as linhas fundamentais e as implicações da jurisprudência daquele Tribunal sobre a modificação dos contratos públicos, podemos sintetizar o sentido dessa jurisprudência da seguinte forma:

- O direito comunitário não proíbe a modificação de contratos públicos, mas limita-a de forma significativa por aplicação dos princípios da concorrência, igualdade e transparência;
- É possível introduzir alterações aos contratos desde que a possibilidade de modificação haja sido expressamente prevista no contrato inicial ou nas peças do procedimento de adjudicação, de forma precisa quanto às circunstâncias e condições em que pode ser feita²⁵;
- Ainda que não expressamente autorizadas, admitem-se alterações não substanciais aos contratos mas não podem ser feitas quaisquer alterações substanciais²⁶;
- As alterações são substanciais quando apresentam características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato²⁷;

²⁵ Cfr. Cfr. Acórdãos *Comissão/CAS Succhi di Frutta* e *Pressetext*.

²⁶ Cfr. Acórdão *Pressetext*.

²⁷ Cfr. Acórdãos *Comissão/França*, no processo C-337/98, e *Pressetext*.



- Salvo previsão expressa ou operações de reorganização interna do co-contratante, a substituição do co-contratante ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato por outro constitui uma alteração de um dos termos essenciais do contrato público²⁸;
- Não é possível o alargamento do contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos²⁹;
- Salvo ajustamentos inicialmente previstos ou sem significado relevante, a alteração do preço durante o período de vigência do contrato constitui alteração de uma das suas condições essenciais³⁰;
- As modificações só são possíveis até ao ponto em que se possam considerar “neutras” para os interesses económicos dos proponentes, em particular do co-contratante privado, que não deve resultar beneficiado³¹;
- As modificações só são possíveis se não forem prejudiciais aos interesses dos que poderiam ter apresentado proposta no processo de adjudicação inicial³²;
- As modificações só são possíveis se não forem prejudiciais aos interesses dos potenciais concorrentes a uma nova adjudicação³³;
- Fora destes parâmetros, as alterações correspondem a uma nova adjudicação;
- Nesses casos, o contraente público tem o dever de promover a “concorrência para o mercado”.

Pedro Gonçalves lembra também que, no *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*, a Comissão Europeia referiu que os princípios de direito comunitários são contrários a uma “duração excessiva” dos contratos.

²⁸ Cfr. Acórdão *Pressetext*.

²⁹ Cfr. Acórdão *Pressetext*.

³⁰ Cfr. Acórdãos *Comissão/CAS Succhi di Frutta* e *Pressetext*.

³¹ In Acórdão *Pressetext*: “Uma alteração pode igualmente ser considerada substancial quando modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”;

³² In Acórdão *Pressetext*: “A alteração de um contrato público vigente pode ser considerada substancial quando introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite. (...)”

³³ In Acórdão *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano*, de 17 de Julho de 2008, no processo C-347/06: A prorrogação do prazo de vigência de um contrato implica que “seja protelada a adjudicação de uma nova concessão mediante procedimento de concurso público” o que “constitui uma diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão”.



E no Acórdão *Pressetext* refere-se que “a prática que consiste em celebrar um contrato público de serviços por tempo indeterminado é, em si, incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos. Tal prática pode ter por efeito, a prazo, entrar a concorrência entre os potenciais prestadores de serviços e impedir a aplicação das disposições das directivas comunitárias em matéria de publicidade dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos.”

Considerando que esta jurisprudência delimita bem o sentido das limitações à possibilidade de modificação contratual, por força dos princípios aplicáveis, examinemos agora o caso concreto à luz destas ideias.

c) Modificação das condições de realização das prestações contratuais.

Vem alegado nos autos que a modificação das condições de exercício das prestações a cargo da SUMA é possível, nos termos do citado artigo 180.º, alínea a), do CPA, uma vez que se fundamenta em razões de interesse público e não interfere com o objecto do contrato, o qual se mantém inalterado.

Recorde-se que o que está em causa é a alteração do sistema de recolha dos resíduos, que implica a substituição dos contentores de deposição e dos camiões de recolha.

No fundo, considera-se que a obrigação da adjudicatária de proceder à recolha dos resíduos se mantém idêntica, havendo tão só alteração nas técnicas de realização das prestações necessárias ao seu cumprimento.

À luz do direito aplicável, da jurisprudência comunitária e do nosso entendimento sobre o regime legal, essas alterações nas técnicas de realização das prestações até podem ser admitidas, mas desde que:

- Não interfiram com os pressupostos procedimentais;
- Não impliquem um desequilíbrio económico do contrato que redunde, a final, a favor do co-contratante privado;
- Não conduzam a uma substancial alteração contratual e à vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato.

Ora, como decorre da alínea r) do probatório, as características, capacidade e tipologia do equipamento de recolha constituíram, no caso, parâmetros da análise das propostas e de escolha da adjudicatária no procedimento competitivo que antecedeu a celebração do contrato, pretendendo-se, agora, alterá-las nos termos referidos na alínea q).

Se as exigências técnicas relativamente a esse equipamento fossem as actuais, as propostas seriam diferentes, os critérios de valoração seriam outros e a escolha poderia ser diversa.



As novas necessidades que impõem alterações técnicas no modo de execução das prestações correspondem, assim, no caso, a uma alteração dos pressupostos técnicos que estiveram na base do caderno de encargos inicial e da apreciação das propostas e, nomeadamente, da avaliação dos equipamentos delas constantes³⁴.

Por outro lado, como resulta dos autos, a onerosidade dessa alteração dos equipamentos e técnicas de recolha dos resíduos, enquanto modificação das condições de exercício das prestações, conduziu a uma efectiva necessidade e vontade de renegociar o prazo de duração do contrato, que é precisamente um dos seus termos essenciais.

As condições de execução das prestações contratuais eram pois, neste caso, centrais ao desenho do negócio, e a sua modificação consequência a alteração significativa dos pressupostos e das condições do próprio fornecimento³⁵.

Como se reconhece no parecer junto aos autos, essa modificação obrigou a co-contratante *“a proceder a um investimento que jamais seria necessário no quadro actual das suas obrigações contratuais”*.

Ora esta afirmação implica necessariamente o reconhecimento de que, por esta via, as obrigações contratuais se modificaram de forma substancial, prejudicando, de forma significativa, o equilíbrio económico do contrato.

d) Modificação do prazo de vigência do contrato.

Em consequência, e para repor esse equilíbrio, as partes acordaram em alterar o prazo contratual.

O prazo de duração é uma das condições essenciais de um contrato de aquisição de serviços.

Fixa o período durante o qual os contraentes estão vinculados ao contrato e têm direito às respectivas prestações.

Para além do mais, representa para o contraente privado uma garantia de negócio para o período em causa.

Para o contraente público, representa também o período findo o qual ele deve promover uma nova consulta ao mercado.

Esta nova consulta destina-se a realizar o princípio da concorrência no acesso aos mercados públicos, mas também a rever os pressupostos e

³⁴ Por isso, um dos consultores mencionou a necessidade de rever o caderno de encargos - cfr. ponto III.2.

³⁵ A empresa municipal teve, aliás, essa noção quando, perante a possibilidade de alteração do modelo de recolha, logrou alterar, em 2004, a duração do contrato para 12 meses, tornando-o mais facilmente denunciável - vide alíneas j), k) e l) do probatório..



condições do fornecimento e a permitir à entidade pública usufruir de eventuais benefícios de um novo funcionamento da concorrência.

O eventual alargamento de um prazo de vigência de um contrato público vai, assim, implicar:

- Uma maior e mais estável garantia de negócio para o contraente privado, modificando o equilíbrio económico do contrato a seu favor;
- O protelamento da adjudicação de um novo contrato por concurso, o que constitui uma diferença de tratamento em detrimento de empresas que possam estar interessadas nesse contrato³⁶;
- A impossibilidade para o contraente público de fazer cessar o contrato por motivos que lhe sejam convenientes e de beneficiar de uma nova consulta ao mercado.

Desse modo, deve considerar-se que a modificação, por alargamento, do prazo de vigência de um contrato público, quando suficientemente relevante, constitui uma alteração substancial a uma condição essencial desse contrato.

No caso, o contrato inicial foi estabelecido para um período de 48 meses (4 anos), renovável por iguais períodos, e, relativamente a essas condições iniciais³⁷, pretende-se agora modificar para o dobro, o período de duração garantida do contrato (96 meses, correspondentes a 8 anos) e a frequência das suas renovações (a ocorrer de 8 em 8 anos).

Esta modificação implica uma *substancial* alteração do contratado, já que o contraente privado vê assegurado o negócio pelo dobro do tempo pelo qual havia sido inicialmente contratado, introduzindo-se ainda um cenário de renovação periódica bastante mais espaçada. Neste contexto, e por seu turno, as oportunidades de o contraente público repensar as condições do fornecimento e de outros operadores económicos poderem eventualmente ter acesso ao mercado em causa diminuem significativamente, ocorrendo apenas de 8 em 8 anos e não de 4 em 4.

No entanto, e de acordo com os parâmetros acima admitidos para as modificações contratuais, importa aferir se terão ocorrido circunstâncias que pudessem consentir essa significativa modificação.

Desde logo, a alteração poderia ser possível se estivesse expressamente prevista e regulada no contrato ou nas peças do procedimento que o precedeu.

³⁶ Vide o já referido Acórdão do TJCE no processo C-347/06, *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano*.

³⁷ Recorde-se que o período contratual tinha, entretanto, sido reduzido para 12 meses.



Ora, nada se referia no contrato ou no procedimento sobre a previsibilidade ou possibilidade de o prazo de vigência fixado ser alargado ou sobre as circunstâncias e condições em que essa modificação podia ocorrer.

A única prorrogação do prazo expressamente autorizada no contrato é a possibilidade da sua renovação por iguais períodos.

É certo que esta possibilidade propícia que a relação contratual se possa prolongar no tempo, como tem, na prática, sucedido (durando há quase 14 anos), mas a verdade é que não o garante.

Mas também permite que as condições contratuais sejam repensadas no final de cada período contratual e que a renovação possa não ocorrer, designadamente quando se verificarem circunstâncias que aconselhem uma diferente regulação do fornecimento.

Alargar o período de duração garantida do contrato e a frequência da sua renovação não estava, pois, expressamente salvaguardado ou autorizado.

Como acima se determinou, a modificação podia ainda ser possível se fosse neutra para os interesses envolvidos no contrato, envolvidos no procedimento realizado ou envolvidos em eventuais novas adjudicações.

Como é manifesto, essa modificação não é neutra relativamente aos interesses envolvidos no contrato, pois, como já referimos, dá uma maior garantia de negócio ao contraente privado e diminui as possibilidades de denúncia e reequacionamento do contraente público.

A este respeito foi invocado que a fixação do novo período de duração contratual é necessário para repor a neutralidade relativamente aos interesses económicos subjacentes ao contrato, uma vez que o período de 8 anos é o período de amortização dos “avultados” investimentos que a adjudicatária necessita de fazer para acompanhar a modificação que lhe foi pedida no modo de exercício das prestações contratuais.

Mas há, no entanto, que observar que a efectuada alteração do prazo contratual seria, de qualquer modo, excessiva relativamente a esse alegado reequilíbrio financeiro.

De facto, se o período de 8 anos corresponde ao necessário período de amortização dos investimentos, já a possível renovação por novos períodos de 8 anos sempre excederia o necessário e o que inicialmente se convencionou, modificando o equilíbrio económico do contrato a favor do contraente privado. O mesmo se diga do período de aviso prévio para a denúncia do contrato, que passa para o dobro do período inicialmente convencionado (estabelecendo-se agora em 12 meses, quando antes se tinha fixado em 6 e, posteriormente, em 3 meses³⁸).

³⁸ Cfr alíneas c), j) e m) do ponto II.



No que diz respeito à relação da modificação do prazo contratual com os pressupostos do procedimento, entendemos que neste domínio não existe compatibilidade.

Invocou-se que o caderno de encargos do concurso que antecedeu o contrato não impunha o prazo máximo de 48 meses, admitindo que o contrato pudesse ser celebrado por um prazo superior.

O artigo 16.º do referido caderno de encargos previa que os concorrentes apresentassem preço para períodos contratuais de 12 meses, 24 meses e 48 meses ou superior, admitindo ainda o artigo 18.º que os concorrentes pudessem apresentar propostas alternativas de preços, justificadas e fundamentadas no objecto do concurso^{39/40}.

Estas normas indiciam que a apreciação das propostas e a escolha deveriam, em parte, assentar num binómio preço/duração contratual. Ou seja, que o critério preço deveria ser ponderado em relação com o período de duração do contrato, que era assim um dos parâmetros de escolha.

Nesse contexto, não se pode considerar que o prazo contratual fosse um elemento neutro relativamente aos interesses envolvidos no procedimento, já que era um dos pressupostos da adjudicação.

Acresce que, no caso concreto, e como se refere na alínea r) da matéria de facto, apenas foram apreciadas as propostas referentes a um período contratual de 48 meses, que veio a ser aquele que foi consagrado no contrato. Foi, pois, esse o período que serviu de base de comparação e escolha, tendo sido afastadas todas as propostas diferentes.

Tendo sido esse o período com base na qual foi feita a escolha, não poderia ter sido outro o período consagrado no contrato.

A fixação de um outro prazo contratual pressuporia uma reavaliação das propostas.

Um período diverso não é, assim, compatível nem com o procedimento prévio realizado nem com o contrato celebrado.

A alteração do prazo contratual não é também indiferente para interessados em eventuais novas adjudicações uma vez que diminui as oportunidades de uma nova colocação à concorrência.

Em suma, a modificação do prazo contratual corresponde, no caso, a uma alteração substancial de um dos termos essenciais do contrato, que não foi expressamente autorizada nas condições do procedimento ou do contrato, e que não é neutra relativamente aos interesses em jogo.

³⁹ Cfr. fls. 71.

⁴⁰ Ao dizer-se propostas alternativas de preço disse-se também propostas alternativas de preço para diferentes períodos contratuais.



e) Do interesse público na modificação.

Se os princípios da concorrência e igualdade impedem que se proceda à alteração pretendida, como fazer então face às razões de interesse público que aconselham a alteração do sistema de recolha de resíduos, e, portanto, dos equipamentos nele utilizados?

Tanto mais que o equilíbrio económico do contrato não permite exigir ao co-contratante, sem contrapartida adequada, investimentos não equacionados na proposta inicial.

Não duvidamos que razões de interesse público determinem a necessidade de alterar o modo de execução do contrato a esse ponto.

Só que, no caso, estamos perante pressupostos técnicos completamente diferentes dos do procedimento inicial, sendo de todo impossível demonstrar que a ordenação das propostas avaliadas no concurso não seria alterada se o caderno de encargos se baseasse nos novos pressupostos⁴¹.

Essas razões de interesse público devem, pois, conduzir a uma nova consulta ao mercado, baseada nos novos pressupostos, e não a uma modificação contratual.

De resto, a duração do vínculo contratual permitia a realização dessa nova concorrência de forma oportuna à satisfação das novas necessidades, sem prejuízo dos direitos do co-contratante.

Não só o período estipulado de 48 meses terminaria em Outubro de 2008, como a HPEM conseguiu beneficiar, e está ao abrigo, de uma possibilidade de denúncia anual.

Não se pode aceitar que o interesse público decorrente de necessidades novas funde uma significativa modificação dos pressupostos e condições contratuais, com renegociação dos termos essenciais do contrato, e em circunstâncias que limitam a concorrência e as suas vantagens, quando, ainda por cima, a realização dessa concorrência é possível sem ofensa dos direitos contratuais.

Como era o caso.

Resta sublinhar que é este imperativo de equilibrar a protecção do interesse público com a protecção da concorrência que justifica que se afirme e defenda que a celebração de contratos públicos de serviços com uma duração excessiva ou indeterminada é, em si, incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos e que se tenha consagrado no Código dos Contratos Públicos que o prazo de vigência

⁴¹ É, de resto, bizarro que se defenda, como sucede num dos pareceres juntos aos autos, que as modificações pretendidas exigem uma revisão do caderno de encargos e simultaneamente se subscreva que não é necessário desencadear um novo procedimento de escolha! - cfr. ponto III.a).



dos contratos de aquisição de serviços não deve, por princípio, ser superior a três anos⁴².

Porque as alterações das circunstâncias e as renegociações dos contratos devem ser, sempre que possível, resolvidas através da concorrência e esta deve ser promovida o mais amiúde possível.

De resto, a acta da reunião do Conselho de Administração da HPEM de 7 de Abril de 2004⁴³ evidência que chegou a ser equacionado o lançamento de novo concurso, embora a opção tenha acabado por ser outra.

Como se referiu na alínea s) do probatório, o preâmbulo do instrumento de alteração menciona, como justificação para a modificação contratual, a circunstância de *“os valores recentemente contratados em concursos públicos, para prestações de serviços de cariz idêntico, se cifrarem em valores semelhantes aos do contrato vigente”* e *“não se antever portanto mais-valia significativa em recorrer ao mercado”*.

Mas nem é possível antever o resultado de uma verdadeira concorrência nem se pode, por prever resultados financeiros semelhantes, privilegiar um interessado e restringir o acesso de outros operadores ao mercado.

f) Conclusão

O instrumento contratual ora em apreciação envolve uma modificação substancial a uma das condições essenciais do contrato, em resultado de uma relevante alteração dos pressupostos técnicos do procedimento.

Esta modificação não estava prévia e expressamente autorizada, nem é indiferente à luz dos critérios do procedimento de adjudicação e dos interesses económicos em jogo.

Em face do exposto, deve, pois, concluir-se que o instrumento contratual em análise consubstancia, na prática, a adjudicação de um novo contrato, que deveria ter sido precedida da realização do procedimento pré-contratual adequado.

2. Da inexistência de procedimento pré-contratual adequado.

No processo não vem referido o valor actual do contrato.

Esse valor corresponde, no entanto, ao valor contratualmente fixado no contrato de 1996, com as alterações de 1999, as correcções resultantes das revisões de preços contratualmente estabelecidas e o ajustamento ao novo período contratual.

⁴² Cfr. artigos 48.º, 440.º e 451.º.

⁴³ Cfr. fls. 135.



Tribunal de Contas

O valor fixado no contrato inicial foi de 18.104.300\$00 por mês, mais IVA. Para um período de 96 meses o valor contratual ascenderia, assim, a 1.738.012.800\$00, mais IVA. Tal montante corresponde, na moeda actual, a 8.669.171,30 €.

A este valor acresceria o montante resultante do aditamento de 1999 e a correcção decorrente das revisões de preços entretanto ocorridas, que não estão quantificados nos autos.

Mas, como vemos, o valor correspondente ao objecto inicial é, desde logo, bastante superior ao limiar estabelecido na alínea b) do artigo 7.º da Directiva 2004/18/CE, na redacção do Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, em vigor à data da alteração contratual. Este limiar era, nessa data, de € 206.000,00⁴⁴.

Por força desse limiar e do disposto na alínea b) do n.º1 do artigo 191.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, seria aplicável ao procedimento de adjudicação o estabelecido no n.º 1 do artigo 194.º e no n.º 2 do artigo 87.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

De acordo com estes preceitos legais, seria obrigatória a realização de concurso público, com envio do anúncio de abertura para publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE).

A obrigação do concurso e desta publicitação resulta igualmente do estabelecido na Directiva 2004/18/CE, nos respectivos artigos 1.º, n.º 2, alínea d), e n.º 9, 7.º, alínea b), 35.º, n.º 2, 36.º, categoria 16 do Anexo II A e Anexo VIII.

3. Da sujeição da alteração contratual a fiscalização prévia deste Tribunal.

Como se referiu na alínea n) do probatório, a HPEM entendeu remeter a modificação contratual em causa a este Tribunal, embora tenha invocado que considerava não existir motivo para que essa modificação carecesse de novo visto do Tribunal de Contas.

Para fundamentar esse seu entendimento, juntou um parecer de Mário Melo Rocha, datado de 14 de Janeiro de 2010⁴⁵.

Este parecer defende a desnecessidade de fiscalização prévia sobre a alteração contratual, em virtude de:

⁴⁴ Vide também a Portaria n.º 701-C/2008, de 29 de Julho.

⁴⁵ Junto a fls. 33 e seguintes.



- Os contratos adicionais aos contratos visados estarem excluídos desta fiscalização, nos termos do artigo 47.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 98/97, na redacção da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto;
- No caso, não haver sequer um contrato qualificável como adicional;
- Se manterem inalteradas as circunstâncias verificadas ao tempo do visto sobre o contrato inicial, por não existirem nulidades, não ocorrerem encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras, e não se verificar qualquer ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro. *“Numa palavra, estar o contrato conforme às leis em vigor”*.

Não assiste razão à HPEM e ao seu consultor jurídico nesta matéria.

Desde logo, porque a necessidade de fiscalização prévia não depende da conformidade dos contratos com a lei em vigor. Essa conformidade é aquilo que o Tribunal de Contas apreciará nos casos em que os contratos estão sujeitos a visto, o que se afere em face do disposto nos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 46.º, 47.º e 48.º da Lei n.º 98/97, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, e, mais recentemente, também pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

Ora, como atrás concluímos, a modificação contratual em apreciação consubstanciou, na prática, a adjudicação de um novo contrato de aquisição de serviços.

Atento o seu valor, ele está sujeito a fiscalização prévia deste Tribunal, por força do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º da Lei n.º 98/97, com as alterações acima referidas.

4. Da relevância da ilegalidade verificada.

A ilegalidade acima identificada traduziu-se na adjudicação de um novo contrato sem precedência da realização do concurso público, com publicitação no JOUE, como a lei exige.

De acordo com a jurisprudência uniforme deste Tribunal, a ausência do concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

Esta nulidade transmitiu-se ao instrumento contratual outorgado, por força do disposto no artigo 185.º, n.º 1, do mesmo Código.



Tribunal de Contas

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea a) 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 à modificação contratual acima identificada.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 1 de Junho de 2010

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Alberto Fernandes Brás)

(João Figueiredo)

(O Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)