

ACÓRDÃO N.º 29/2013 - 18.nov. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1469/2013)

DESCRITORES: Contrato de Gestão / Alteração dos Pressupostos / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Interesse Público / Prorrogação do Prazo / Nulidade / Princípio da Concorrência / Princípio da Igualdade / Princípio da Transparência / Parceria Público-Privada / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Elemento Essencial / Adjudicação / Preços / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões de natureza funcional, operacional, económica e financeira e por invocação da prossecução do superior interesse público. 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 (cfr. art.º 312.º, al. b) e 313.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)).
2. Dado que a adenda celebrada não se subsume ao disposto na al. b) do art.º 312.º e no n.º 1 do art.º 313.º do CCP, e tratando-se de um contrato a celebrar em regime de parceria público-privada, conclui-se que deveria ter sido lançado o procedimento ao abrigo do n.º 1 do art.º 15.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, e da al. b) do n.º 1 do art.º 20.º do CCP.
3. A ausência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do

Código do Procedimento Administrativo (CPA), e a nulidade do contrato nos termos estabelecidos no art.º 283.º, n.º 1 do CCP, o que constitui fundamento de recusa do visto nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

4. A inexistência de qualquer procedimento previsto no regime da contratação pública e a inobservância das formalidades próprias de constituição das Parcerias Público-Privadas (PPP) enquadra-se, igualmente, no art.º 133.º, n.º 1 do CPA.
5. Visando as disposições normativas que estabelecem os critérios de escolha dos procedimentos proteger a igualdade e transparência nas relações entre administrações públicas e particulares, e entre estes, e a protecção de uma sã concorrência no funcionamento da economia e na protecção dos interesses financeiros públicos, devem as mesmas ser consideradas normas financeiras, cuja violação directa é igualmente fundamento de recusa de visto, nos termos da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
6. A não observância no processo dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, consagrados no n.º 4 do art.º 1.º do CCP configuram uma situação de alteração dos resultados financeiros que se obteriam no caso de tais princípios terem sido rigorosamente observados, o que constitui fundamento de recusa de visto, ao abrigo da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
7. A aplicação apenas a uma componente do sistema de preços da redução no montante de encargos viola o estabelecido no art.º 75.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, norma de inquestionável natureza financeira, violação que gera a nulidade da adenda, nos termos do n.º 17 do mesmo artigo, e constitui fundamento de recusa de visto nos termos da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Transitou em julgado em 09/12/13

ACÓRDÃO Nº 29 /18.NOV.2013/1ª S/SS

Processo nº 1469/2013

I - RELATÓRIO

1. A Administração Regional de Saúde do Algarve, IP (doravante designada por ARSA) remeteu, para fiscalização prévia, uma adenda ao contrato de gestão do Centro de Medicina Física e de Reabilitação do Sul (doravante designado por Centro ou CMFRS), outorgado em 2006 com a GPSaúde – Sociedade Gestora do Centro de Medicina Física e de Reabilitação do Sul, SA. A adenda foi celebrada em 30 de setembro de 2013, pelo valor de € 8.238.400,45.
2. Para melhor instrução do processo, foi a adenda devolvida à ARSA pelos serviços de apoio a este Tribunal, para que prestasse mais informação e juntasse documentação, designadamente em matéria de demonstração das alterações que, pela adenda, se introduzem no contrato inicial, dos fundamentos jurídicos que suportam a prorrogação da vigência deste, das diligências já empreendidas para o lançamento de procedimento para formação de um novo contrato, de execução do contrato inicial, nomeadamente quanto à natureza e o valor global dos investimentos realizados pelo parceiro privado até à presente data, e dos investimentos que se prevê realizar durante a agora pretendida prorrogação do contrato.

II - OS FACTOS

3. Para além do referido no nº 1, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos e alegações constantes do processo:
 - a) A adenda sujeita a fiscalização prévia procede à prorrogação do contrato de gestão do Centro de Medicina Física e de Reabilitação do Sul, até 31 de dezembro de 2014. Estabelece igualmente regras em matéria de produção prevista, de manutenção de equipamentos, de preços para cálculo das remunerações da contratante privada, de pagamentos de reconciliação, de manutenção das restantes obrigações, de encargos máximos previstos e de



Tribunal de Contas

- produção de efeitos prevista para 27 de outubro de 2013, com a condição suspensiva de ser concedido o visto por este Tribunal;
- b) A despesa resultante da celebração da adenda foi autorizada por Resolução do Conselho de Ministros de 26 de setembro de 2013, publicada em 27 de setembro;
 - c) A celebração da adenda foi autorizada por despacho dos Secretários de Estado das Finanças e da Saúde, datado e publicado em 27 de setembro de 2013;
 - d) O contrato de gestão original, em regime de parceria público-privada (PPP), foi outorgado em 21 de junho de 2006, na sequência de concurso público, nos termos do Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de agosto, para um período de vigência de 7 anos, a contar da sua data de produção de efeitos ¹;
 - e) Nos documentos que suportaram aquele procedimento concursal não se previu que o contrato a celebrar poderia ser objeto de renovação ou prorrogação;
 - f) O referido contrato de gestão tinha como objeto a instalação e exploração do CMFRS – compreendendo as obras de adaptação e de remodelação e as atividades de instalação dos equipamentos no edifício que foi disponibilizado – a aquisição e instalação de equipamento adicional, a manutenção e a conservação do edifício, a manutenção e conservação dos equipamentos, e a realização de prestações de saúde de medicina física e de reabilitação, mediante internamento e ambulatório, para a população da área geográfica dos distritos de Faro e de Beja, podendo ainda prestar cuidados à população de outros distritos do pas, desde que para tal tivesse capacidade disponível e não ocorressem listas de espera;
 - g) O contrato começou a produzir efeitos em 27 de outubro de 2006, tendo caducado em 26 de outubro de 2013;
 - h) O contrato inicial não prevê a possibilidade de qualquer renovação ou prorrogação;
 - i) Em 25 de janeiro de 2012, o Secretário de Estado da Saúde proferiu despacho em que *“solicitou à ARS Algarve IP que apresentasse proposta sobre futuro enquadramento do [CMFRS]”* ²;
 - j) Em 20 de julho de 2012, em informação interna da ARSA, tecem-se considerações sobre o futuro modelo de gestão do CMFRS a adotar no período pós-contrato, aponta-se para a manutenção de uma solução em regime de PPP e refere-se que o *“Contrato de Gestão do CRM Sul, em regime de parceria público-privada, (...) cessa por caducidade, no fim do seu prazo de vigência (...) em 25.10.2013, não sendo legalmente possível a sua*

¹ Este contrato foi visado no processo nº 1275/06.

² Vide referência a este despacho na fl. 101 do processo, inserida na informação de que se dá conta na alínea seguinte.



*prorrogação, dado que tal prorrogação não foi prevista no contrato ou nos documentos do concurso”*³;

- k) Em 28 de novembro de 2012, a ARSA remete para o gabinete do Secretário de Estado da Saúde a informação referida na alínea anterior ⁴;
- l) Em 20 de dezembro de 2012, o Secretário de Estado da Saúde proferiu despacho, no sentido de ser apresentada proposta fundamentada do modelo de gestão proposto para o CMFRS ⁵;
- m) Em 31 de janeiro de 2013, a ARSA apresentou superiormente informação sobre modelo de gestão a adotar pelo CMFRS ⁶;
- n) Em 13 de fevereiro de 2013, foi proferido o despacho n.º 29/2013 do Secretário de Estado da Saúde, determinando à Administração Central do Sistema de Saúde (ACSS) e à ARSA que apresentassem proposta devidamente fundamentada nos termos do Decreto-Lei n.º 111/2012 e propostas alternativas para decisão do Governo ⁷;
- o) Em 1 de abril de 2013, foi proferido o Despacho n.º 18/2013, do Ministro da Saúde, em que concorda com o despacho referido na alínea anterior e determina notificação do Secretário de Estado das Finanças, no sentido de se iniciar o processo de lançamento de uma nova parceria e a constituição de uma equipa de projeto ⁸;
- p) Em 4 de abril de 2013, foi proferido despacho do Secretário de Estado da Saúde – “*complementado com os ofícios emitidos a pedido do mesmo em 22 de maio e 12 de junho de 2013*” – em que foram indicadas as pessoas que deveriam integrar a equipa de projeto no âmbito da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP) ⁹;
- q) Em 13 de junho de 2013, por Despacho n.º 1189/2013 proferido pelo Secretário de Estado das Finanças, foi determinada à UTAP a constituição de uma equipa de projeto, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 10.º do Decreto -Lei n.º 111/2012, de 23 de maio (“Equipa de Projeto”)¹⁰, a qual veio a ocorrer pelo Despacho n.º 9794/2013, de 21 de junho, do Coordenador da UTAP ¹¹;
- r) No relatório da negociação diz-se que “*[o] procedimento de estudo e preparação do lançamento de uma nova PPP para o Centro, tendente à atribuição a um parceiro privado da gestão do Centro por um novo período,*

³ Vide fls. 101 e ss. do processo. Negritos nossos.

⁴ Vide fl. 100 do processo.

⁵ Vide fl. 91 e fl. 99 do processo.

⁶ Vide referência no despacho n.º 29/2013 do Secretário de Estado da Saúde, a fls. 85 do processo.

⁷ Vide fl. 85 do processo.

⁸ Vide fl. 86 do processo.

⁹ Vide referência a fls. 108 e 113 do processo.

¹⁰ Vide fls. 107 e ss. do processo

¹¹ Vide fl. 109 do processo.



que já se encontra presentemente em curso, não poderá, pelas exigências legais e procedimentais a que o mesmo deve obedecer, nos termos e para os efeitos do DL 111/2012, estar concluído em tempo útil, ou seja, em data anterior a 26 de outubro de 2013”¹²;

- s) Na designação da comissão de negociação diz-se que “[c]om este enquadramento, a Equipa de Projeto está a desenvolver o estudo e a preparação do lançamento do procedimento para a celebração de uma parceria que possibilitará assegurar a continuação da prestação dos serviços de saúde no CMFRS;

Paralelamente, nos termos dos mencionados despachos, a mesma Equipa de Projeto tinha sido incumbida de avaliar a melhor solução para assegurar a continuação da prestação dos serviços até à conclusão do referido procedimento relativo ao novo quadro contratual do CMFRS, imperioso que se considerou ser, face à atividade em causa e aos seus beneficiários, evitar a interrupção da prestação dos serviços;

Na sequência do estudo e trabalho preliminarmente realizados a Equipa de Projeto conclui que o modo mais adequado a assegurar a prestação continuada dos serviços no CMFRS, sem interrupção, compreende a celebração de um aditamento ao Contrato de Gestão, com vista a prorrogar o seu prazo atualmente em vigor pelo período estritamente necessário e limitado à conclusão do procedimento prévio que permita a adjudicação de um novo contrato de gestão do CMFRS;

*De acordo com o regime previsto no Decreto -Lei n.º 111/2012, o aditamento ao Contrato de Gestão com vista à referida prorrogação está subordinado ao regime de renegociação do contrato de Parceria Público Privada, o que pressupõe a intervenção de uma **comissão de negociação**”¹³;*

- t) Em 31 de julho de 2013, por Despacho Conjunto, o Secretário de Estado das Finanças e o Secretário de Estado da Saúde determinaram à UTAP, nos termos do n.º 1 do artigo 21.º, do n.º 1 do artigo 22.º e do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, a constituição de uma comissão de negociação para os efeitos acima descritos – a negociação da prorrogação do contrato anterior - composta pelos membros que integram a Equipa de Projeto¹⁴;
- u) Em 2 de agosto de 2013 foi nomeada a comissão de negociação, invocando-se o disposto no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 111/2012¹⁵;

¹² Vide fl. 116 do processo.

¹³ Trechos do preâmbulo do despacho n.º 10625-A/2013, de 2 de agosto, a fls. 113 do processo. Negritos nossos.

¹⁴ Vide fls. 110 e ss. do processo.

¹⁵ Vide despacho n.º 10625-A/2013, de 2 de agosto, a fls. 113 do processo.



- v) Em 19 de setembro de 2013 foi apresentado o relatório da comissão de negociação, onde se diz¹⁶:

*“Deste modo, tendo sido tomada a decisão de manter, sem interrupção, o serviço do Centro, pela sua importância vital e pela sua demonstrada qualidade, para a satisfação do interesse público subjacente, até à conclusão do procedimento relativo à definição do novo quadro contratual, a caducidade do Contrato de Gestão determinaria, nessa data, entre outros efeitos, a imediata reversão para o Estado da universalidade de bens e direitos que integram o CMFRS, nos termos da cláusula 81ª do Contrato de Gestão, o que implicaria, inevitavelmente, que a atividade do CMFRS passaria a ser desenvolvida através de gestão direta do Estado. Alternativamente a essa solução, e por mobilização de argumentos de natureza operacional, funcional, económica, financeira e de prossecução do interesse público, a Equipa de Projeto considerou vantajosa a solução de prorrogação do prazo do atual Contrato de Gestão pelo prazo estritamente necessário à conclusão do procedimento que permita a adjudicação de um novo contrato de gestão para o CMFRS (...). A Equipa de Projeto considerou que, através da mencionada prorrogação e por comparação com a opção de reversão do Centro para a gestão direta do Estado, - que acarretaria graves prejuízos nesta fase dadas as perturbações e dificuldades daí decorrentes, face aos custos envolvidos que seriam necessariamente acrescidos, designadamente por força das consequências financeiras de um novo arranque, como também as perturbações operacionais se anteveriam como muito relevantes, com impacto na própria qualidade dos serviços prestados e na satisfação do interesse público -, o Governo pode, por um lado, prever assegurar uma redução dos encargos com a exploração do CMFRS para o período subsequente ao da prevista caducidade do Contrato de Gestão e, por outro lado, criar as condições para garantir a continuidade de um serviço público de manifesta importância no âmbito do Serviço Nacional de Saúde ("SNS"), com o mesmo grau (sem diminuição) de qualidade e eficiência que tem vindo a ser assegurado nos últimos anos (...). **A Equipa de Projeto apresentou uma recomendação no sentido exposto à Tutela e alertou para o facto de a proposta de prorrogação do prazo do atual Contrato de Gestão não ser, no entanto isenta de riscos, com especial destaque para o risco de recusa de visto pelo Tribunal de Contas (...);***

- w) Na proposta relativa à prorrogação do anterior contrato de gestão apresentada pela equipa de projeto da UTAP, em 19 de julho de 2013, já se dizia no que respeita ao risco de recusa de visto¹⁷:

¹⁶ Vide fls. 114 e ss. do processo. Negritos nossos.

¹⁷ Vide fls. 142 e ss. do processo.



“A solução acima exposta - prorrogação do prazo do Contrato de Gestão - não é, todavia, isenta de risco, em particular, consubstanciado na possibilidade de recusa de visto pelo Tribunal de Contas, para o que se alerta. (...)”

Ora, na análise que esse Tribunal fará do caso em apreço é possível admitir que, não obstante venha a reconhecer a admissibilidade legal da prorrogação do prazo de vigência dos contratos públicos, em geral, não deixará de identificar que tal ampliação de vigência é, juridicamente, condicionada por apertadas limitações de ordem legal e principalista.

De facto, tem sido defendido pelo Tribunal de Contas, por invocação dos artigos 97.º (n.º 2), 282.º e 410.º do Código dos Contratos Públicos (que, embora não seja diretamente aplicável ao caso em apreço, pode vir a ser utilizado por via interpretativa) e pela doutrina dominante que a prorrogação da vigência dos contratos públicos deve ocorrer não como decorrência de um dever contratual, mas em razão de circunstâncias que, solidamente, aconselhem a ampliação do prazo de validade inscrito no título originário, seja com vista a premiar o bom desempenho do parceiro privado no período do contrato já decorrido e desde que tal se revele bastante para se concluir que esta solução prossegue melhor o interesse público do que outra que passe pela abertura de um novo procedimento (prorrogação de cariz premial), seja com o objetivo de assegurar a reposição dos parâmetros conformadores do equilíbrio económico-financeiro do contrato em causa (prorrogação de cariz compensatória).

Nesses termos, pode o Tribunal de Contas vir a defender ainda que a prorrogação depende da necessária e respetiva previsão contratual e/ou de tal previsão ab initio nas peças procedimentais, o que não se verifica no caso concreto do procedimento e do Contrato de Gestão do CMFRS.

Nessa argumentação, pode o Tribunal de Contas vir a arguir que a prorrogação do termo do prazo do Contrato de Gestão viola o designado como "princípio da limitação" e a vinculação de toda a atividade da Administração Pública aos princípios gerais da juridicidade, da proibição do arbítrio, da imparcialidade e da boa-fé, que se contêm no n.º 2 do art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa. Tais princípios podem servir para defender ser forçoso que a prorrogação do contrato tenha de figurar originalmente nas peças procedimentais elaboradas para escolha do parceiro privado, e, posteriormente, no contrato.

Por outro lado, tal exigência pode ainda fundar-se no estrito cumprimento pela Administração Pública dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, vertidos no artigo 1.º (n.º 4) do Código dos Contratos Públicos (...).

De facto, não obstante ter-se dado já início ao procedimento de preparação (...) de uma nova PPP, ainda não está verdadeiramente lançado



qualquer procedimento concursal efetivo nem sequer próxima qualquer nova atribuição da gestão do CMFRS a um parceiro privado. Ora, tal facto pode ser considerado pelo Tribunal de Contas como uma efetiva "renúncia ao mercado" que periga a conformação dos princípios preditos.

Adicionalmente, em linha com o exposto, cumpre chamar a atenção para a opinião jurídica do Consultor Jurídico da ACSS, que sobre a possibilidade de prorrogação do Contrato de Gestão, alertou, designadamente, para o seguinte:

(a) "a prorrogação do prazo do Contrato de Gestão é suscetível de ser tida como contrária à proteção do princípio da concorrência e conseqüentemente ditar, por violação de lei quando consagra o princípio geral de contratação pública, a ilegalidade do aditamento ao Contrato de Gestão";

(b) "a eventual afirmação da indispensabilidade da prorrogação do prazo do contrato (com submissão a Visto do Tribunal de Contas) para prossecução do interesse público em presença apenas será de considerar se já tiver sido lançado novo concurso e na medida do estritamente necessário para a prossecução do interesse público (era suma, deve a Administração garantir que, à data do aditamento ao atual Contrato com a sua prorrogação, o novo procedimento concursal já está aberto; mais deve garantir a celeridade da tramitação do novo procedimento concursal tendente à celebração de novo contrato e a prorrogação do contrato atual deve ficar subordinada à condição resolutiva de adjudicação no âmbito do novo procedimento, ou seja, cessar a produção dos seus efeitos com a celebração do novo contrato)";

(c) "não deve ser desconsiderado que, ainda assim procurando salvaguardar, de acordo com o princípio da proporcionalidade, a harmonia entre o princípio da prossecução do interesse público e limitando a prorrogação do atual Contrato ao estritamente necessário, o Tribunal de Contas pode entender a prorrogação como contrária ao princípio da concorrência, em especial por concluir que a necessidade da prorrogação é ditada em razão de a abertura de um novo procedimento de concurso não ter sido mais atempado".

- v) "[A] tramitação tendente à constituição de um novo procedimento concursal com vista à adjudicação da exploração e gestão do CMFRS já se iniciou, nos termos e para os efeitos do novo enquadramento jurídico aplicável aos contratos de parcerias público-privadas, aprovado pelo Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio"¹⁸. Está em curso o procedimento de estudo, preparação e lançamento da nova parceria, seguindo-se o seguinte cronograma¹⁹:

¹⁸ Vide ofício nº 151/2013-DC-JR de 22 de outubro de 2013, fl. 193 e ss. do processo. Esta citação na fl. 199.

¹⁹ Vide fl. 216 do processo.



Macrotarefas	2013						2014												
	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez
Procedimento concursal do CMFRS																			
Fase 0 - Preparação e Lançamento da PPP [DL 111/2012]																			
Fase 1 - Seleção de propostas																			
Fase 2 - Negociação e avaliação final																			
Fase final - Adjudicação e assinatura do contrato																			

A fase de preparação e lançamento da nova PPP terminará com a publicação dos anúncios. Em rigor pois, o novo procedimento concursal para formação de um novo contrato visando a gestão do CMFRS, em regime de PPP, ainda não foi publicitado;

- x) Sobre a possibilidade de proceder à prorrogação do contrato inicial invocou ainda a ARSA o seguinte:
- O aditamento ao contrato de gestão “com vista à prorrogação do respetivo prazo de duração está subordinado ao regime de renegociação do contrato de PPP previsto nos artigos 20º a 23º do Decreto-Lei nº 111/2012”²⁰;
 - “A prorrogação da vigência de contratos administrativos não é um mecanismo estranho ao Direito (...). Com efeito, o disposto no artigo 410º do [CCP ²¹] que se refere a “qualquer prorrogação contratualmente prevista”, bem como no artigo 282º onde se prevê a “prorrogação do prazo de execução das prestações” e ainda no artigo 440º (...) que fala em “quaisquer prorrogações”, confirmam a admissibilidade legal da prorrogação dos contratos. Tal vai de encontro ao direito e doutrina comunitários, se se considerar o disposto no artigo 61º da Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março e o Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões (...). Nesse âmbito, é fundamental para qualquer prorrogação (...) que nisso convenha o interesse público subjacente, bem como (...) subsista o interesse principal do contrato, ou seja, o da realização do projeto, visando o seu regime jurídico em primeira linha a salvação deste”²²
 - E referiu ainda ²³: “Não obstante as regras do concurso e o próprio Contrato de Gestão não preverem expressamente a possibilidade da respetiva prorrogação, considera-se legalmente admissível a prorrogação pretendida (...) pelos argumentos de natureza funcional, operacional, económica e financeira e por invocação da prossecução

²⁰ Vide ponto 1.6 do requerimento de submissão a fiscalização prévia, na fl. 5 do processo.

²¹ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação nº 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei nºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei nº 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro.

²² Vide trecho do requerimento de submissão a fiscalização prévia, na fl. 17 do processo.

²³ Vide ofício nº 151/2013-DC-JR de 22 de outubro de 2013, fl. 193 e ss. do processo.



do superior interesse público, que se expuseram, em detalhe, (...) [no requerimento de submissão a visto (...)]. Tais argumentos prendem-se com a demonstração de que a gestão segundo um modelo de PPP é a adequada, que o contrato antes celebrado é igualmente adequado, que o seu equilíbrio e a sua execução demonstraram igualmente ser positivos – conforme foi afirmado por relatório de auditoria deste Tribunal – tal como os resultados obtidos em matéria de qualidade, de resultados de gestão, e de acesso dos doentes à prestação dos cuidados. Afirmou-se igualmente a necessidade de ser assegurada a continuidade da atividade assistencial e de processos e concluiu-se pela qualidade do desempenho global da entidade gestora. No que respeita à vertente financeira foi invocado que se acordou uma revisão em baixa dos preços contratuais²⁴. “Concluiu-se, portanto, pelo ora exposto, que a prorrogação do prazo de vigência do Contrato de Gestão inicial, nos termos gizados pela Adenda ao Contrato de Gestão, por um período adicional transitório e necessariamente excecional, e com conseqüente poupança e melhoria da execução contratual, é a solução que melhor acautela o superior interesse público, cuja defesa, no caso concreto, surge como de absoluta e indubitável preeminência”;

y) De acordo com o relatório da comissão de negociação, importa reter os seguintes factos relacionados com os preços a praticar na prestação do serviço²⁵:

i. “[A] Comissão de Negociação apresentou como ponto de partida negocial as seguintes condições: (...) Preço: assegurar que a prorrogação do prazo do contrato de Gestão deve considerar, para esse período, uma proposta de preço que conduza a uma redução de cerca de 10 % no montante de encargos a cargo do SNS, tendo por referência os preços que vigoram atualmente, sem prejuízo da atualização decorrentes da evolução do IPC, sem habitação de julho de 2013”;

ii. “Considerando (...) a circunstância de o alargamento do prazo do contrato se traduzir numa oportunidade de obtenção de ganho marginal, inicialmente não previsto, acordou-se (...) uma revisão em baixa dos preços contratuais (...) nos seguintes termos:

a) Redução do preço da diária em internamento em 10%, tendo por referência os preços contratuais de 2013, atualizados com base na variação homóloga do IPC, sem habitação, observada no passado mês de julho (0,75%);

²⁴ Sobre estes aspetos, veja-se requerimento inicial, na fl. 8 e ss. do processo.

²⁵ Vide fl. 218 verso e 121 do processo.



- b) Manutenção do preço de 2013 no Ambulatório, considerando que os preços nesta linha de atividade, desde o início do contrato, são claramente deficitários e muito inferiores aos preços de mercado, designadamente os pagos por Terceiros Pagadores, incluindo os subsistemas;*
- c) Os preços acordados vigoram por todo o período correspondente à prorrogação e não estão sujeitos a qualquer atualização.”*
- iii. *“Denote-se que, numa fase inicial do contexto negocial, a Entidade Gestora propôs que tal redução adviesse da supressão de determinadas obrigações previstas no Contrato de Gestão, a saber: (i) necessidade de certificação ISO 9001, ISO 14001, CARV; (ii) obrigação de realização de estudo de benchmarking; (iii) obrigação de realização do inquérito de satisfação aos utentes e colaboradores; e (iv) eliminação da garantia bancária para o período correspondente à prorrogação. Ora, com exceção da condição descrita em (iv) - uma vez que a garantia bancária já foi levantada, nos termos do nº 4 da cláusula 71ª do Contrato de Gestão - nenhuma das demais condições foi considerada aceitável por parte da Comissão de Negociação, por se entender que tal seria suscetível de afetar a qualidade do serviço prestado. Nestes termos, o consenso relativo à redução de preço foi conseguido em linha com o objetivo delineado de promover a extensão do prazo sem qualquer sacrifício da qualidade e desempenho na prestação do serviço contratualmente previsto”;*
- iv. *“[Os] investimentos no período correspondente à prorrogação devem reduzir-se ao estritamente indispensável”.*

III – FUNDAMENTAÇÃO

III.A – Questões a dilucidar

4. Feita uma avaliação da matéria de facto, poderemos resumi-la da seguinte forma:

- a) Em 2006 foi outorgado o contrato de gestão original do CMFRS, em regime de parceria público-privada (PPP), na sequência de concurso público;
- b) O contrato foi celebrado para um período de 7 anos que terminou em 26 de outubro de 2013;
- c) A possibilidade de renovação ou de prorrogação do contrato não constou nem dos documentos que suportaram o procedimento concursal, nem do texto contratual;



- d) O referido contrato de gestão tinha como objeto principal a instalação do CMFRS e sua exploração, a manutenção e a conservação do edifício e a realização de prestações de saúde de medicina física e de reabilitação;
 - e) Em janeiro de 2012 iniciaram-se diligências sobre o futuro enquadramento do CMFRS;
 - f) Em junho de 2013 foi constituída a equipa de projeto visando o lançamento do procedimento de formação de um novo contrato de gestão em regime de PPP;
 - g) Em agosto de 2013 foi constituída a comissão de negociação para prorrogação do contrato inicial;
 - h) O novo procedimento concursal para formação de um novo contrato visando a gestão do CMFRS, em regime de PPP, ainda não foi publicitado, decorrendo atualmente a fase da sua preparação.
 - i) A adenda ao contrato de gestão com que se pretende suportar a sua prorrogação, e que está agora submetida a fiscalização prévia, foi celebrada em 30 de setembro de 2013, pelo valor de € 8.238.400,45, para produzir efeitos entre 27 de outubro de 2013 e 31 de dezembro de 2014;
 - j) A adenda fixa um sistema de preços que, no essencial, se traduzem na manutenção do preço de 2013 no ambulatório e na redução do preço da diária em internamento em 10% e considerando que os investimentos no período correspondente à prorrogação devem reduzir-se ao estritamente indispensável;
 - k) Não foi exigida caução.
5. Cotejada a matéria de facto, para a decisão deste processo, uma questão fundamental deve ser apreciada: a de saber se o contrato inicial pode ser objeto de prorrogação. Ou de outro modo: a de saber se podia ser celebrada a adenda *sub judicio*.

Note-se que foi um contrato que vigorou durante 7 anos. Note-se que a possibilidade de prorrogação não foi prevista em nenhum texto que exija consideração. Note-se que a adenda de prorrogação tem um muito significativo valor financeiro. Note-se que a adenda foi celebrada quando o período de vigência estava quase esgotado. Note-se que os anúncios do procedimento concorrencial para a formação de uma nova PPP ainda não foram publicados.

Para além daquela questão essencial também se deve abordar os preços que foram fixados.

Note-se finalmente que é pacífico que estamos perante um contrato que concretiza uma PPP.

Vejam os pois aquela questão fundamental.



6. São invocadas no processo, direta ou indiretamente, em documentos com trechos acima reproduzidos na matéria de facto, as seguintes disposições legais para sustentar a celebração da adenda visando a prorrogação do contrato: os artigos 20º a 23º do Decreto-Lei nº 111/2012, o artigo 410º do CCP que se refere a “*qualquer prorrogação contratualmente prevista*”, o artigo 282º também do CCP onde se prevê a “*prorrogação do prazo de execução das prestações*” e ainda o artigo 440º do mesmo código que fala em “*quaisquer prorrogações*”.

Vejamos.

III.B – Sobre a aplicação do regime do reequilíbrio financeiro

7. Os artigos 20º a 23º do Decreto-Lei nº 111/2012 invocados versam, nos seus aspetos essenciais, questões relacionadas com o acréscimo ou redução de encargos envolvidos em operações de reposição do equilíbrio financeiro das parcerias, ora favorecendo o parceiro público, ora o privado. Trata-se de uma eventualidade que pode ocorrer no decorrer da execução de um concreto contrato de PPP, dentro do quadro legal e contratual estabelecido e como este foi desenhado no procedimento da sua formação.

Ora, com a presente adenda não é isso que ocorre: no essencial o que ocorre é a prorrogação do contrato anterior prevendo-se, pelo seu alargamento temporal, e *ipso facto*, novas prestações com remunerações consideradas compatíveis. Não se está a executar o contrato inicial, como aquelas disposições visam disciplinar. Não está em causa a execução do contrato inicial, em cujo âmbito se poderiam suscitar questões de reequilíbrio financeiro.

Verdadeiramente está a celebrar-se um novo contrato e, passe a redundância, inicialmente não previsto.

As referidas disposições, portanto, não podem ser invocadas para sustentar a prorrogação do contrato.

III.C – Sobre a prorrogação dos contratos no Direito da Contratação Pública

8. As disposições do CCP que foram invocadas visam suportar a demonstração de que o Direito Administrativo e o Direito da Contratação Pública admitem a prorrogação dos contratos.

É óbvio que o admitem.



Mas, como regra, tem de estar prevista no contrato na sua versão inicial.

Di-lo claramente o nº 2 do artigo 410º invocado que se refere a “*qualquer prorrogação contratualmente prevista*”.

Dão-no claramente a entender os nº 1 e 3 do também invocado artigo 282º - que disciplina também a reposição do equilíbrio financeiro do contrato – quando admitem que “*[h]á lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excepcional, no próprio contrato*” e estabelecem que “*na falta de estipulação contratual [a reposição é efectuada] designadamente através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato*”. Trata-se sempre aqui da reposição do equilíbrio financeiro do contrato inicial.

Ora, como é absolutamente evidente, no caso *sub judicio* não está em causa qualquer reequilíbrio financeiro do contrato inicial, pelo que não está aqui também em apreciação a forma como se concretizaria esse eventual reequilíbrio.

Finalmente, o invocado artigo 440º do CCP estabelece uma regra relativa ao prazo dos contratos de aquisição de bens móveis: “*[o] prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos* ²⁶, *incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objecto*”. Ora, como é óbvio, estas prorrogações devem estar previstas no contrato.

Em conclusão: as referidas disposições sustentam a admissibilidade da prorrogação de contratos no direito, mas não sustentam a concreta prorrogação que se pretende operar, que não estava prevista no contrato inicial.

9. Foi também invocado o artigo 61º da Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março. Relembre-se o seu teor quanto à adjudicação de obras complementares ao concessionário ²⁷:

“A presente directiva não se aplica às obras complementares que não estejam previstas no projecto inicial da concessão nem no contrato inicial mas que, na sequência de uma circunstância imprevista, se tornem necessárias para a execução da obra tal como se encontra descrita no contrato, e que a entidade adjudicante atribua ao concessionário, desde que a adjudicação seja feita ao operador económico que executa esta obra:

²⁶ “*salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução*”.

²⁷ Negritos nossos.



- *quando estas obras complementares não possam ser, técnica ou economicamente, separadas do contrato inicial sem inconveniente grave para a entidade adjudicante, ou*
- *quando estas obras, embora possam ser separadas da execução do contrato inicial, sejam absolutamente necessárias ao seu acabamento.”*

Ora, esta disposição remete igualmente para um entendimento de estreita relação com a execução do contrato inicial. Ora, no presente caso, a execução do contrato inicial decorreu normalmente, não surgindo a adenda como uma forma de completar o que estava inicialmente previsto.

10. A par desta argumentação mais directamente jurídica, foram igualmente apresentadas outras razões para sustentar a celebração da adenda para prorrogação do contrato.

Foram invocadas razões “*de natureza funcional, operacional, económica e financeira e por invocação da prossecução do superior interesse público*”.

Acontece é que tais razões por si só não colhem, devendo ter suporte jurídico bastante que não se encontra.

Vistos os argumentos expressamente invocados para sustentar a prorrogação passemos a outros.

III.D – Sobre as modificações objetivas dos contratos

11. Poderia invocar-se que com a presente adenda se procede a uma modificação objectiva do contrato inicial.

Estaríamos assim no âmbito dos artigos 311º e seguintes do CCP.

Dado que não houve uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, poderia equacionar-se a hipótese de estarmos perante uma modificação do contrato “[p]or razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”, como prevê a alínea b) do artigo 312º.

Contudo, para que aquela situação pudesse legalmente ocorrer, a lei determina no nº 1 do artigo 313º que “[a] modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”.



Ora, com a presente adenda estabelecem-se claramente novas prestações inicialmente não previstas: porque as prestações inicialmente previstas esgotaram-se em 26 de outubro, assim se cumprindo integralmente o contrato inicial. Com a adenda inicia-se um novo período de gestão do Centro, o que não estava previsto.

E mesmo que se admitisse, face àquela previsão legal, que não haveria alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato, tem de admitir-se que com tal alteração, feita à revelia de qualquer procedimento concorrencial, se configura “*uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato*”.

Não poderia pois enquadrar-se a adenda no disposto na alínea b) do artigo 212 e nº 1 do artigo 313º do CCP.

E, aliás, refira-se que não só não foi feita como não parece possível fazer a demonstração objetiva exigida pelo nº 2 do mesmo artigo de “*que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação*”.

E para além de não ter respaldo nas referidas disposições legais, a nova contratação em que se traduz a adenda configura uma clara violação dos princípios fundamentais da contratação pública expressamente consagrados no nº 4 do artigo 1º do CCP: os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

12. No sentido de sufragar o que agora acabou de se defender quanto à interpretação a dar às referidas regras e princípios, importa lembrar o que tem vindo a ser afirmado por este Tribunal, pela doutrina, e pela jurisprudência comunitária ²⁸.

Como sublinha Pedro Gonçalves, em Anotação ao “*Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*”²⁹, tem-se vindo a tornar evidente que a definição de limites ao poder de modificação contratual não serve apenas como fator de proteção dos interesses do co-contratante.

Tanto a doutrina como a jurisprudência sublinham 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 objetividade acautelados nesse procedimento, apontando para que isso deve constituir um limite às

²⁸ Vide argumentação constante de anteriores decisões deste Tribunal: nomeadamente os Acórdãos nºs 20/2010-1.Jun-1ªS/SS, nº 28/10-03.NOV.2010-1ªS/PL, nº 6/2013-9/julho-1ªSecção/PL.

²⁹ In *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 73, Janeiro/Fevereiro de 2009.



Tribunal de Contas

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 proteção da concorrência surge (...) como um novo e autónomo critério de limitação da modificação dos contratos”.

E 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”.

13. Nesta matéria há que ter presentes os princípios gerais da contratação pública já acima referidos, consagrados tanto ao nível nacional como comunitário.

E, de acordo com esses princípios, positivados há muito nos Tratados e na Constituição, nas diretivas 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**.

14. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ³⁰ 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 escolha ³¹.

Como se diz no Acórdão *Pressetext*: “[c]om 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 (...)”.

³⁰ Doravante designado TJCE.

³¹ 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*).



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*”.

Deve, pois, concluir-se que a modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões “*de natureza funcional, operacional, económica e financeira e por invocação da prossecução do superior interesse público*”.

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.

E, por maioria de razão devem tais princípios ser observados quando esteja em causa a celebração de um novo contrato, como é o caso, uma vez que a definição dos direitos e obrigações recíprocos decorrentes da denominada adenda não respeitam já a qual quer contrato que ainda esteja em vigor.

15. Como já se referiu, o caso concreto não tem enquadramento no disposto na alínea b) do artigo 312º, no nº 1 do artigo 313º do CCP e viola os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, consagrados no nº 4 do artigo 1º do mesmo CCP.

16. Aliás, de tudo isto tem claramente consciência a ARSA e demais entidades que intervieram no processo, como demonstra claramente o que se refere na matéria de facto, acima nas alíneas j), v) *in fine* e w) do nº 3.

Mas a análise do processado exige-nos ir mais longe.

III.D – Sobre o procedimento adequado

17. Já se demonstrou que a celebração da adenda não pode abrigar-se ao regime do reequilíbrio financeiro dos contratos de PPP.



Tribunal de Contas

Igualmente se demonstrou que não podia ser celebrada ao abrigo das disposições invocadas e da disciplina a que se devem submeter as modificações objetivas dos contratos.

Há pois que descortinar qual o procedimento que deveria ter sido adotado.

18. Tratando-se de um contrato a celebrar em regime de PPP deveria ter sido dado cumprimento ao disposto no Decreto-Lei nº 111/2012 e, no que respeita à escolha do procedimento, o que nele se diz, nomeadamente, no nº 1 do artigo 15º: “[a] escolha do procedimento para a formação do contrato de parceria deve observar o regime previsto no Código dos Contratos Públicos”.

E face ao objeto da adenda e ao seu valor, há que reconhecer que para a sua formação deveria ter sido adotado o procedimento previsto nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 20º do CCP.

Estas disposições foram assim violadas.

19. A propósito do procedimento adequado poderia invocar-se a possibilidade de estarmos perante um ajuste direto, necessariamente escolhido com base em critérios excecionais de natureza material.

Contudo, para além de não se encontrarem fundamentos de suporte a tal justificação, importa dizer que, sendo embora tal procedimento aquele em que menos se faz apelo a uma lógica concorrencial, obedece a regras fixadas no CCP, em especial nos artigos 112º e seguintes, mas também nas demais disposições genericamente aplicáveis aos vários tipos de procedimentos.

20. A opção pelo ajuste direto, quando permitida pela lei, não significa pois a opção pela formação de um contrato sem quaisquer regras.

Ora o que ocorreu no presente caso aponta no sentido de tais regras não terem sido observadas.

A título meramente exemplificativo, relembre-se que no artigo 88º se prevê que “[n]o caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração”.

Ora no presente caso, pese embora o elevado montante financeiro envolvido e a complexidade das prestações previstas, nenhuma caução foi exigida. Precisamente



porque a anterior já tinha sido levantada e porque se pretende qualificar o ato contratual como mera prorrogação de contrato anterior ³².

Perante o que ocorreu, nem à figura de ajuste direto se podem os factos acoitar: porque não havia fundamento e porque não foram observadas as suas regras. Houve uma mera aquisição direta.

21. E, já agora, poderá igualmente comentar-se: dado que se trata de uma nova contratação, a hipótese de se invocar estar-se perante uma PPP – pese embora, entre outros aspetos, a sua curta duração – conduzir-nos-ia à conclusão de que também não foram respeitadas formalidades essenciais, como as exigidas no n.º 7 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

III.D – Sobre os preços fixados

22. Como se viu na matéria de facto, na fixação dos preços a praticar durante o período de prorrogação visou-se obter *“uma redução de cerca de 10 % no montante de encargos a cargo do SNS”*. Contudo, o resultado final foi uma *“redução do preço da diária em internamento em 10%, tendo por referência os preços contratuais de 2013, atualizados com base na variação homóloga do IPC, sem habitação, observada no passado mês de julho”* e a *“manutenção do preço de 2013 no ambulatório”* apesar de *“o alargamento do prazo do contrato se traduzir numa oportunidade de obtenção de ganho marginal, inicialmente não previsto”*.

23. Acontece que a Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2013) estabelece no seu artigo 75.º que uma redução – neste caso de 10 % - devia e deve ser aplicada a contratos de aquisição de serviços que, em 2013, viessem ou venham a renovar-se ou a celebrar-se com idêntico objecto.

A referida redução foi só aplicada a uma componente do sistema de preços: os relativos ao internamento.

24. Foi pois violado no caso o referido artigo 75.º, o que gera a nulidade da adenda, nos termos do n.º 17 do mesmo artigo.
25. Uma observação final deve ainda ser feita: dado que os novos preços foram formulados com base nos anteriormente fixados e na experiência resultante da execução do contrato inicial, não é evidente que tenha sido suficientemente ponderada uma particular questão.

³² Sobre esta matéria vide acima, na matéria de facto, a subalínea iii. da alínea y) do n.º 3.



A seguinte: o objecto do contrato inicial integrava as obras de adaptação e de remodelação do edifício que foi disponibilizado e as atividades de instalação dos equipamentos nesse edifício e, ainda, a aquisição e instalação de equipamento adicional, a manutenção e a conservação do edifício, a manutenção e conservação dos equipamentos.

Os preços anteriormente fixados atendiam naturalmente a esse tipo de investimentos.

Ora, no período de prorrogação, muitos desses investimentos não vão ocorrer ou não se justificam, na perspetiva de que um novo contrato venha a ser celebrado. Aliás, a comissão negociadora reconheceu, como vimos, que *“os investimentos no período correspondente à prorrogação devem reduzir-se ao estritamente indispensável”*.

Ora, parece que tais circunstâncias não se refletiram devidamente no nível de preços acordado.

26. Justifica-se ainda formular perguntas finais gerais sobre o processo:

- a) Se a justificação para a celebração desta adenda assenta na necessidade de aguardar pela conclusão do procedimento para a formação de um novo contrato, em regime de PPP, pese embora as dificuldades que se pudessem introduzir no processo negocial porque se prevê como fim da vigência do anterior contrato – e desta adenda – o dia 31 de dezembro de 2014, sem a possibilidade de caducar antes, no caso de o novo contrato poder iniciar a sua vigência em data anterior?
- b) Como se justifica que a questão do futuro enquadramento do centro tenha sido inicialmente levantada logo em janeiro de 2012 e o seu processo de efetiva resolução só tenha dado passos decisivos em junho de 2013, de tal modo que no processo ainda não foi possível fazer prova da publicação dos anúncios legalmente exigidos?

III.H - Relevância das violações de lei no exercício das competências de fiscalização prévia

27. As violações de lei identificadas acima nos n.ºs 17, 20 e 24 são relevantes no exercício das competências de fiscalização prévia por este Tribunal.

28. Dado que a adenda celebrada não se subsume ao disposto na alínea b) do artigo 312º e no n.º 1 do artigo 313º do CCP, concluiu-se que deveria ter sido lançado o procedimento ao abrigo do n.º 1 do artigo 15º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de



maio, e da alínea b) do nº 1 do artigo 20º do CCP, que assim foram igualmente violados.

29. A ausência do concurso implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, como tem sido entendimento deste Tribunal.

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do CCP.

Ora, existindo um vício gerador de nulidade, nos termos da alínea a) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC ³³, tem este Tribunal de recusar o visto.

Mesmo que se entenda, à luz do que passou a dispor-se no artigo 283º-A do CCP, que o referido vício origina a anulabilidade do contrato, a ausência de procedimento concorrencial, com o impacto que com elevada probabilidade teria no resultado financeiro, é igualmente fundamento para recusa do visto, ao abrigo da alínea c) do referido nº 3 do artigo 44º da LOPTC. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar ou ter resultado uma alteração do resultado financeiro do procedimento.

30. Face à avaliação acima feita nos nºs 19 a 21, em que se conclui pela inexistência de qualquer procedimento previsto no regime da contratação pública e a inobservância das formalidades próprias de constituição das PPP, não pode deixar de se considerar que a formação do contrato foi feita por mera aquisição direta, havendo pois ausência absoluta de formalidades essenciais para a formação de contratos. E esta situação enquadra-se claramente no artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, sendo que a nulidade daí resultante não é posta em causa pela estatuição que pode resultar do referido artigo 283º-A do CCP.
31. Contudo, ainda deve entender-se que as disposições normativas que estabelecem os critérios de escolha dos procedimentos visam não só proteger a igualdade e transparência nas relações entre administrações públicas e particulares, e entre estes, e

³³ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 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, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



a proteção de uma sã concorrência no funcionamento da economia, mas igualmente a proteção dos interesses financeiros públicos, que só por via da observância dos procedimentos adequados fixados na lei é acautelada. Devem pois tais disposições ser consideradas normas financeiras, cuja violação direta é igualmente fundamento de recusa de visto, nos termos da alínea b) do referido n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

32. A não observância no processo dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, consagrados no n.º 4 do artigo 1.º do CCP, acima referidos nos n.ºs 11 e 17, configura igualmente uma situação de alteração dos resultados financeiros que se obteriam no caso de tais princípios terem sido rigorosamente observados, através de um procedimento de natureza concorrencial, com adequada publicidade e transparência. E como já vimos, tal violação fundamenta a recusa do visto, ao abrigo da alínea c) do referido n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC
33. Foi igualmente desrespeitado o disposto no artigo 75.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro. Tal norma, cuja violação é, como vimos, geradora de nulidade, também deve ser considerada norma financeira que foi assim diretamente violada, o que como já acima se disse constitui igualmente fundamento para recusa do visto nos termos da alínea b) do referido n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

IV – DECISÃO

34. Pelos fundamentos indicados, nos termos do disposto nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.
35. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas ³⁴.

Lisboa, 18 de novembro de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(José Mouraz Lopes)

³⁴ 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.



Tribunal de Contas

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente
O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente de Almeida)