



1.ª Secção – SS
Data: 03/03/2020
Processo: 53/2020

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

TRANSITADO EM JULGADO EM 15/06/2020

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I. RELATÓRIO

1 O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:

- 1.1** O Município de Vila Real (MVR) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC) para efeitos de fiscalização prévia um contrato outorgado em 23-12-2019 pelo requerente e CARP – Rent a Car, Ld.ª, no valor de 672.300,00 € acrescido de IVA à taxa legal.
- 1.2** O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC ao requerente para este prestar de informação complementar e, querendo, se pronunciar sobre questões suscitadas.
- 1.3** Na sequência da devolução, a entidade requerente remeteu dados informativos adicionais e apresentou a sua alegação, elementos ponderados no presente Acórdão.

II. FUNDAMENTAÇÃO

FACTOS PROVADOS

2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:

- 2.1** O contrato celebrado entre o MVR e CARP – Rent a Car, em 8-3-2019, tem por objeto locação de viaturas sem condutor, pelo preço de 672.300,00 € acrescido de IVA e um prazo de execução de 5 anos que, nos termos da cláusula 4.ª, n.º 1, apenas se poderá iniciar depois da concessão de visto pelo Tribunal de Contas.

- 2.2 O contrato foi outorgado na sequência de concurso público internacional em que o preço base estabelecido era 816.000 €.
- 2.3 O aviso do concurso foi publicitado no *Diário da República*, II série, de 6-9-2019, e no *Jornal Oficial da União Europeia*, de 10-9-2019.
- 2.4 A modalidade adotada como critério de adjudicação foi o mais baixo preço.
- 2.5 O cálculo do preço base tem por referência preços unitários constantes do Mapa Excel (Concurso-2019-Relação Viaturas) das peças do procedimento, mencionado na 3ª cláusula da parte II do Caderno de Encargos, conforme anexo II com o seguinte teor:

Modelo do Preço Base				
Modelo de Viatura	Tipo	Quantidade	Preço Base mensal unitário (s/iva)	Total
Renault Mégane Cilindrada 1,5 e 110 Cv (ou equivalente) DCI, com Ar Condicionado, 4 portas, a gasóleo e de cor preta.	Ligeiro	4	600,00	2 400,00
Renault Mégane Break Cilindrada 1,5 e 110 Cv (ou equivalente) com Ar Condicionado, 4 portas, a gasóleo, de cor preta.	Ligeiro	1	600,00	600,00
Renault Clio Cilindrada 1,5 e 75 Cv (ou equivalente) DCI com Ar Condicionado, 4 portas, a gasóleo, de cor preta.	Ligeiro	1	450,00	450,00
Renault Clio Cilindrada 1,2 e 65 Cv (ou equivalente), com Ar Condicionado, 4 portas, a gasolina e de cor preta ou cinzenta.	Ligeiro	13	450,00	5 850,00
Viatura ligeira de passageiros, tipo Renault Trafic 9 lugares (ou equivalente) com Ar Condicionado, 4 portas, a gasóleo, de cor branca.	Mista de Passageiros	3	800,00	2 400,00
Viatura ligeira de passageiros 4x4, caixa aberta, tipo Toyota 4x4 Cabine Dupla (ou equivalente) com Ar Condicionado, 4 portas, a gasóleo, de cor branca, com hardtop.	Mista de Passageiros	2	650,00	1 300,00
Viatura ligeira de mercadorias, caixa fechada, tipo Renault Trafic (ou equivalente) com Ar Condicionado, 4 portas, a gasóleo, de cor branca.	Mista de Mercadorias	1	600,00	600,00
TOTAL / mês				13 600,00
TOTAL Ano				163 200,00
TOTAL / 5 Anos				816 000,00

- 2.6 Das peças do procedimento e anexos remetidos pelo requerente ao TdC:
- Não consta qualquer outra fundamentação dos valores parcelares atribuídos;
 - Estando prevista a opção de compra «pelo valor médio proposto por empresa concessionária da marca» não resulta que esse valor tenha sido quantificado e considerado para efeitos de preço base e/ou de preço contratual.
- 2.7 Relativamente à não adoção do concurso por lotes, a decisão de contratar e o programa do procedimento não compreendem qualquer justificação.

- 2.8 O serviço de aluguer de viaturas do MVR era então assegurado ao abrigo de contrato celebrado entre o município e CARP – Rent a Car, Ld.^a (empresa de Vila Real) cuja vigência deveria terminar em 31-10-2019 (entretanto prorrogado), tendo sido objeto de concessão de visto no âmbito do processo n.º 1784/2018, no qual foi formulada uma recomendação ao abrigo do artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC.
- 2.9 No âmbito do procedimento, houve lugar a pedido de esclarecimento formulado pela LeasePlan Portugal em que se solicitou, nomeadamente, a alteração de condições atípicas do programa de procedimento relativamente à prática do mercado quanto a quilometragem, seguro e franquia, recolha e entrega das viaturas em caso de manutenção, opção de compra e prazo pretendido para entrega de viaturas (cf. fls. 31 que se dá por reproduzida), pretensões integral e liminarmente desatendidas pelo júri (cf. fls. 32 que se dá por reproduzida).
- 2.10 A LeasePlan justificou as suas pretensões com a circunstância de as soluções adotadas no programa serem desconformes com práticas relativamente sedimentadas no mercado e também por gerarem uma imprevisibilidade em matéria de riscos e custos contratuais da locadora, além de implicarem a indefinição de parâmetros importantes para a apresentação do preço.
- 2.11 Por exemplo, na cláusula 2.ª das especificações técnicas do caderno de encargos, com a epígrafe *Opção de compra*, estabelecia-se: «No final do contrato a Câmara Municipal poderá exercer o direito de compra das viaturas pelo valor médio proposto por empresa concessionária da marca, de entre três a convidar pela Câmara Municipal» (cf. fls. 23).
- 2.12 Sobre este segmento, a LeasePlan alega: «o que está descrito nesta cláusula não é prática normal no mercado de renting, e uma vez que as viaturas pertencem às locadoras, são sempre estas que definem os preços de venda das mesmas no final dos contratos» (cf. fls. 31).
- 2.13 A resposta do júri foi a seguinte: «manter o previsto na cláusula 2.ª das condições de aluguer da parte II – especificações técnicas, do caderno de encargos, uma vez que o preço é fixado por empresas concessionárias da marca» (cf. fls. 32 verso).
- 2.14 Quanto à recolha e entrega de viaturas:

a) Na cláusula 1.ª (*Condições de aluguer*), ponto IX, das especificações técnicas do caderno de encargos dizia-se: «Em caso de manutenção normal da viatura, a empresa fica obrigada a recolher e a entregar a viatura nas instalações do município, e a entregar de imediato uma viatura de substituição equiparada».

b) Sobre este ponto, a LeasePlan refere «enquanto que é possível fazê-lo [a recolha e a entrega da viatura nas instalações do município] no caso das viaturas de substituição, tal não sucede com as viaturas contratadas, sendo que terão de se deslocar com a viatura até à oficina», para terminar, «solicitamos então a alteração deste ponto».

c) A resposta do júri foi tabelar: «Manter o previsto no ponto IX da Cláusula 1.ª», sem apresentar qualquer motivação.

2.15 A LeasePlan solicitara, ainda, um esclarecimento sobre a «viatura ligeira de mercadorias», na medida em que «não é indicado o tamanho / volume de carga pretendido», acrescentando: «É indicado ainda que pretendem uma viatura de 4 portas. Assim pedimos que nos confirmem o tamanho / volume de carga pretendido, bem como o número de portas, já que se a viatura tiver apenas 4 portas, não terá porta lateral de correr» (cf. fls. 31).

2.16 Tendo o júri respondido nos seguintes moldes: «o volume de carga da viatura ligeira de mercadorias é de 6 m³ e o n.º de portas é de 3 (inclui a porta lateral de correr)».

2.17 Na sequência da rejeição de todos os seus pedidos e do esclarecimento empreendido pelo júri, a LeasePlan não apresentou proposta.

2.18 Foram submetidas ao júri apenas duas propostas, de JACAR – Rent a Car Ld.ª e CARP – Rent a Car Ld.ª, ambas no dia 4-10-2019, tendo no relatório preliminar de 15-10-2019 sido admitidas as duas propostas que, depois de aplicação do critério de adjudicação, foram ordenadas da seguinte forma:

7. Ordenação das propostas admitidas		
1	JACAR - RENT A CAR LDA.	617.880,00 €
2	CARP - RENT A CAR, LDA.	672.300,00 €

2.19 As propostas da JACAR e da CARP, respetivamente, a fls. 38 a 40 e fls. 43 a 45, além da mesma data, apresentam textos idênticos, tanto no corpo como nos Anexos, incluindo a

mesma grafia [em ambas as propostas o ponto 2 tem apenas uma alínea a), sem nenhuma sequência de outra alínea], o mesmo tipo de letra, e formatação do texto, com uma única diferença relativa ao preço, não subsistindo dúvidas de terem a mesma autoria e o mesmo processamento de texto.

- 2.20 Dos elementos remetidos pelo requerente ao Tribunal não constam todos os elementos obrigatórios, faltando, em particular, o *print* da plataforma eletrónica com o valor da Proposta da JACAR, o Modelo da Declaração a que se refere a alínea *a)* do n.º 1 do artigo 81.º do CCP, bem como o Documento Europeu Único de Contratação Pública dessa proponente.
- 2.21 De acordo com as certidões permanentes das duas *concorrentes*, Carlos Alberto Pombal Peixoto é atualmente sócio claramente maioritário de ambas as empresas detendo 97,8 % do capital social da JACAR (439.134,49 € de um capital social de 498.918,11 €) e 94% do da CARP (47.000 € de um capital social de 50.000 €).
- 2.22 Empresas que prestam serviço na mesma morada conforme informação que consta dos respetivos sítios na rede eletrónica (inalterada até, pelo menos, 26-2-2020) Largo do Pioledo, Bloco B R/C 5000-596 Vila Real, sendo a CARP referida como «parceiro» da JACAR no sítio eletrónico desta¹.
- 2.23 Do Relatório do júri consta a proposta de audiência prévia das duas concorrentes, notificadas a 18/10/2019, e a proposta de adjudicação:

9. Proposta de Adjudicação:					
Entidade	Valor Mensalidade	Anuidade	Total	Prazo	Deliberação
JACAR - RENT A CAR LDA.	10.298,00€	123.576,00€	617.880,00€	5 anos	Unanimidade

- 2.24 A 28-10-2019 é remetido ao Município um ofício da JACAR, com o seguinte teor: «JACAR - RENT A CAR, LDA, vem pelo presente meio informar V. Exa. que não será possível fornecermos os serviços mencionados no concurso público referenciado em epígrafe em

¹ Cf. sítios eletrónicos <https://jacar.pt/> e <https://carpvilareal.pt/> (consultados pela última vez em 26-2-2020).

virtude de, no presente contexto económico financeiro, não ser possível acomodar financeiramente a aquisição de mais viaturas atendendo ao nosso volume de negócios.»

- 2.25 Em sede de relatório final, o júri, após a audiência prévia e a desistência da proposta adjudicada, propõe o seguinte: «Assim sendo, a firma em questão abdica da posição de adjudicatário, a qual passa a ser a CARP - RENT A CAR, LDA. a assumir a presente prestação de serviços. Cumprindo com o disposto no n. 2 do artigo 124º, remeter-se-ia o presente a audiência prévia, o que deixa de fazer sentido, sendo que não há concorrentes para se pronunciarem sobre o mesmo. Propõe-se assim a adjudicação à firma CARP - RENT A CAR, LDA., conforme ponto seguinte e consequente aprovação da Minuta de Contrato, ao abrigo do n.º 1 do artigo 98.º do CCP.»
- 2.26 A proposta do júri foi aprovada pelo órgão executivo em 11-11-2019.
- 2.27 Do caderno do procedimento não consta a consulta de entidades para efeitos de cálculo do preço base, nomeadamente do cocontratante CARP – Rent a Car.

MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 3 Relativamente à matéria de facto julgada provada impõe-se destacar:
- 3.1 A entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8², as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.
- 3.2 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo

² Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

normativo interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia.

- 3.3 O julgamento sobre a matéria de facto baseou-se em factualidade expressamente reconhecida pelo requerente e na prova documental junta (em particular a fornecida pelo requerente), derivando os juízos sobre a matéria de facto provada de estritas inferências diretas do Tribunal sobre enunciados factuais extraídos daqueles elementos probatórios.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 4 A principal questão jurídica suscitada no presente caso vai ser analisada em duas etapas:
- 4.1 Ilegalidade do contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime concorrencial sobre a respetiva formação estabelecido no Código dos Contratos Públicos (CCP);
- 4.2 Efeito da ilegalidade do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto.

Ilegalidade do contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime concorrencial sobre a respetiva formação estabelecido no Código dos Contratos Públicos

- 5 A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 6 O contrato objeto do processo integra o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto nas disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea *c*), 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC.
- 7 Sendo pacífica a sujeição do procedimento ao Código dos Contratos Públicos (CCP), as questões jurídicas fundamentais reportam-se à conformidade legal do procedimento pré-contratual em face

desse referido regime normativo em conjugação com o regime de fiscalização prévia dos contratos pelo TdC, em particular o fundamento para recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC e o complexo normativo constituído pelos artigos 1.º-A, n.ºs 1 e 3, 56.º, 57.º, n.º 1, 65.º, 70.º, n.º 2, al. g), e 79.º, n.º 1, al. b), do CCP e artigo 9.º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC).

- 8 Problemas jurídicos que determinam, ainda, a importância acrescida, no caso concreto, do (in)cumprimento das normas dos artigos 35.º-A, 46.º-A, 47.º, n.º 3, e 49.º, n.ºs 7 e 8, do CCP.
- 9 A primeira norma que se afigura central para a apreciação convocada nesta sede consta do artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP: «na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa -fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação».
- 10 Enfatizando-se no n.º 3 do mesmo artigo 1.º-A que «sem prejuízo da aplicação das garantias de imparcialidade previstas no Código do Procedimento Administrativo, as entidades adjudicantes devem adotar as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente os conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de formação de contratos públicos, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento dos operadores económicos».
- 11 Por seu turno, sobre a *Noção de proposta*, o artigo 56.º estabelece:
- «1 - A proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo.
- 2 - Para efeitos do presente Código, entende -se por atributo da proposta qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos.»
- 12 E o n.º 1 do artigo 57.º do CCP (*Documentos da proposta*) dispõe:
- «A proposta é constituída pelos seguintes documentos:
- a) Declaração do anexo I ao presente Código, do qual faz parte integrante;

b) Documentos que, em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar;

c) Documentos exigidos pelo programa do procedimento ou convite que contenham os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule.»

13 O artigo 65.º (*Prazo da obrigação de manutenção das propostas*) estabelece:

«Sem prejuízo da possibilidade de fixação de um prazo superior no programa do procedimento ou no convite, os concorrentes são obrigados a manter as respetivas propostas pelo prazo de 66 dias contados da data do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas.»

14 O artigo 70.º, n.º 2, alínea *g*), do CCP determina que «são excluídas as propostas cuja análise revele [...] a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear a concorrência», e, por seu turno, o artigo 79.º, n.º 1, alínea *b*), prescreve: «não há lugar a adjudicação, extinguindo -se o procedimento, quando [...] todas as candidaturas ou todas as propostas tenham sido excluídas».

15 Por outro lado, no artigo 9.º, n.º 1, do RJC prescreve-se que «são proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional».

16 Da factualidade provada (em particular §§ 2.8, 2.19, 2.21, 2.22, 2.24, 2.25 e 2.27) decorre que as propostas de JACAR e CARP deviam ter sido excluídas por ser evidente que as duas empresas são dominadas pelo mesmo sócio com mais de 94% dos respetivos capitais sociais tendo sido elaboradas pelo mesmo autor e em manifesta concertação.

17 Como se refere no Acórdão n.º 13/2013-30.SET-1.ªS/SS³ «a integridade de um procedimento deve impedir que a influência ou o conhecimento das propostas de outro concorrente se torne afinal numa aparente concorrência», num caso em que depois de se constatar que «a estrutura jurídica e a constituição social de ambas [as empresas que apresentaram propostas no mesmo

³ O qual pode ser consultado no sítio eletrónico do TdC, assim como todos os outros Acórdãos ou Decisões citados no texto.

procedimento] é inequívoca relativamente ao “cruzamento” entre as sociedades ainda que não esteja demonstrado que façam parte de um grupo societário» conclui: «é claro que existem concretamente provas materiais de terem ocorrido práticas suscetíveis de falsear a concorrência, uma vez que aqueles concorrentes se apresentaram de forma concertada no concurso público, com conhecimento mútuo do conteúdo das respetivas propostas». Para terminar: «a proposta da empresa SDT, Lda. deveria ter sido excluída, nos termos da alínea *g*) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, e, por isso não deveria ter sido efetuada a adjudicação nos termos da alínea *b*) do artigo 79.º do CCP».

- 18 Passando ao caso concreto, a opção do júri de não excluir as propostas de JACAR e CARP, apesar dos fortes indícios de concertação, constituiu uma omissão violadora de imposição legal estabelecida pelo artigo 70.º, n.º 2, alínea *g*), do CCP e dos princípios da transparência, igualdade e concorrência, que constituem a base axiológica do direito da União Europeia, invocada de forma expressa no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP.
- 19 Sendo certo que aquele dever de exclusão das duas propostas implicava também o dever de não adjudicação, atento o imposto pelo artigo 79.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP.
- 20 Acresce que caso as propostas não devessem ser excluídas pela óbvia concertação sempre estaria proibida a adjudicação à CARP, pois a JACAR, por força do complexo normativo constituído pelos artigos 1.º-A, n.ºs 1 e 3, 56.º, n.º 1, 57.º, n.º 1, e 65.º do CCP, não podia desistir ou renunciar à sua proposta, regras que também são expressão de imperativos decorrentes dos princípios da concorrência, transparência e igualdade, visando ainda impedir que empresas beneficiem de propostas concertadas.
- 21 Lesão do princípio da concorrência que atinge o interesse financeiro das entidades públicas associado à violação dos princípios da legalidade, igualdade, justiça, imparcialidade e boa-fé.
- 22 A gravidade das aludidas violações acentua-se se se atender aos parâmetros adotados na rejeição de todos os pedidos de LeasePlan que, não beneficiando, ao invés da CARP – Rent a Car, de uma prévia colaboração com a adjudicante, veio a ser confrontada com soluções que atingiam as condições de concurso em igualdade, especialmente lesivas para operadores não sediados em Vila Real (como sucedia com as duas empresas concertadas), até por desconhecer riscos e custos associados ao concreto contrato (cuja avaliação estava dependente de uma experiência passada

em virtude de uma opção não explicada do adjudicante não adotar cânones correntes no mercado em causa, cf. §§ 2.8 a 2.17).

- 23 Os aludidos e graves vícios que atingem de forma intensa o interesse financeiro da entidade pública determinam, ainda, que outras ilegalidades ocorridas apresentem uma importância acrescida numa compreensão holista dos desvios do procedimento que culminou no contrato fiscalizado.
- 24 Relativamente à não adoção do concurso por lotes: resulta da matéria de facto provada (*supra* § 2.7), que a decisão de contratar e o programa do procedimento não compreendem qualquer fundamentação, tendo o requerente apenas motivado essa opção no presente processo e nos seguintes termos: «em face da natureza do concurso "Aluguer Viaturas sem Condutor": 19 viaturas ligeiras; 5 viaturas Mistas de Passageiros e 1 viatura Mista de Mercadorias, por questões técnicas e funcionais da gestão do contrato em todos os aspetos previstos no Caderno de Encargos, não é aconselhável a possibilidade de existirem 3 adjudicações autónomas».
- 25 Sobre este ponto, importa atender ao que dispõe o artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP: «Na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135 000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500 000, a decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada».
- 26 No caso concreto, a norma foi violada, pois, independentemente da adequação dos motivos invocados perante o Tribunal, a fundamentação teria de acompanhar a decisão de não adoção do modelo estabelecido legalmente como regra para a locação de bens.
- 27 Por outro lado, o artigo 47.º, n.º 3, do CCP determina que «a fixação do preço base deve ser fundamentada com base em critérios objetivos, tais como os preços atualizados do mercado obtidos através da consulta preliminar prevista no artigo 35.º-A, ou os custos médios unitários, resultantes de anteriores procedimentos, para prestações do mesmo tipo».
- 28 No procedimento que culminou no contrato objeto do presente processo nada se diz sobre a informação e atividade que determinou o estabelecimento do preço base pela entidade adjudicante, pois o respetivo cálculo tem apenas por referência preços unitários constantes de *mapa Excel* (*supra* §§ 2.5 e 2.6), sem proceder à respetiva fundamentação.
- 29 Situação agravada pela circunstância de no caso *sub judice* a entidade adjudicante não poder basear-se em anteriores procedimentos — atento o carácter pontual da celebração deste tipo de

contratos de locação, o tempo decorrido desde a última contratação (cinco anos, a qual foi celebrada com a empresa que veio agora a ser selecionada como adjudicatária, cf. *supra* § 2.8) e a flutuação dos preços neste mercado impõem a realização de consulta preliminar ao abrigo do artigo 35.º-A do CCP.

- 30 Contudo, no caderno do procedimento não consta a consulta de entidades para efeitos de cálculo do preço base, nomeadamente do cocontratante CARP – Rent a Car (cf. *supra* § 2.27), pelo que a opacidade do procedimento implica que ou a entidade adjudicante não procedeu às obrigatórias averiguações e ponderações para a fixação do preço base ou não as documentou, em qualquer uma das hipóteses uma atuação potencialmente lesiva da transparência e da concorrência.
- 31 Importa neste domínio ter presente que o cocontratante beneficiou de conhecimento e informação específica na sequência de anterior contratação com o MVR e, para além de não lhe dever ter sido adjudicado o contrato [a prévia exclusão imposta pela lei é impeditiva da adjudicação (nos termos dos artigos 70.º, n.º 2, alínea *g*), e 79.º, n.º 1, alínea *b*), do CCP] e mesmo que não se verificasse o referido motivo de exclusão o contrato nunca lhe poderia ser adjudicado por força dos artigos 1.º-A, n.ºs 1 e 3, 56.º, n.º 1, 57.º, n.º 1, e 65.º do CCP], a eventual (e provável) consulta da CARP na preparação do procedimento teria, ainda, de ser articulada com o sentido das normas dos artigos 35.º-A e 55.º, n.º 1, alíneas *i*) a *k*), do CCP.
- 32 O artigo 35.º-A, n.º 1, do CCP, com a epígrafe *Consulta preliminar ao mercado*, dispõe:

«1 — Antes da abertura de um procedimento de formação de contrato público, a entidade adjudicante pode realizar consultas informais ao mercado, designadamente através da solicitação de informações ou pareceres de peritos, autoridades independentes ou agentes económicos, que possam ser utilizados no planeamento da contratação, sem prejuízo do disposto na alínea *j*) do n.º 1 do artigo 55.º

2 — A consulta preliminar prevista no número anterior não pode ter por efeito distorcer a concorrência nem resultar em qualquer violação dos princípios da não discriminação e da transparência.

3 — Quando um candidato ou concorrente, ou uma empresa associada a um candidato ou concorrente, tiver apresentado informação ou parecer à entidade adjudicante ou tiver sido consultada, nos termos dos números anteriores, ou tiver participado de qualquer outra forma na preparação do procedimento de formação do contrato, a entidade adjudicante deve tomar as medidas adequadas para evitar qualquer distorção da concorrência em virtude dessa participação.

4 — Para efeitos do disposto no número anterior, são consideradas medidas adequadas, entre outras, a comunicação aos restantes candidatos ou concorrentes de todas as informações pertinentes trocadas no âmbito da participação do candidato ou concorrente na preparação do

- procedimento de formação do contrato, com inclusão dessas informações nas peças do procedimento.»
- 33 Por seu turno, o artigo 55.º, n.º 1, do CCP prescreve: «não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que: [...] i) Tenham, a qualquer título, prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência; j) Tenham diligenciado no sentido de influenciar indevidamente a decisão de contratar do órgão competente, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no procedimento [...]; k) Estejam abrangidas por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão».
- 34 Preceitos do n.º 1 do artigo 55.º do CCP que, como se refere no Acórdão n.º 4/2016-16.FEV-1.ªS/PL, são «concretização dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência».
- 35 A situação apresenta uma gravidade acrescida na medida em que as condições atípicas e questionadas pela LeasePlan, nomeadamente sobre a recolha e entrega de viaturas (*supra* §§ 2.6 a 2.17), compreendem a sujeição de operadores não sediados em Vila Real a condições incompatíveis com os valores da proporcionalidade e necessidade enquanto parâmetros nucleares para aferir do respeito dos princípios da concorrência e transparência.
- 36 Por último, importa uma referência ao disposto no artigo 49.º, n.º 7, do CCP ao prescrever as modalidades de acordo com as quais «as especificações técnicas devem ser formuladas» e o n.º 8 do mesmo preceito que estabelece que a «menos que o objeto do contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a determinado fabrico ou proveniência, a um procedimento específico que caracterize os produtos ou serviços prestados por determinado fornecedor, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos».
- 37 No caso concreto se a ilustração da tipologia e características das viaturas podia compreender a referência a marcas e modelos específicos a mesma nunca se deveria limitar à menção de uma única marca e de um único modelo por cada tipo de viatura, em especial quando existem vários outros no mercado que poderiam também servir de padrão de referência, situação agravada pelo estabelecimento de uma cláusula que remete, de forma atípica, para revendedores de viaturas (concessionários de concretas marcas) um poder nuclear sobre elementos essenciais do contrato (quanto ao valor da *opção de compra*) e, em sede de esclarecimentos se revelar que, afinal, a

entidade mais do que um tipo de «viatura ligeira de mercadorias» tinha em vista um concreto modelo e marca (cf. *supra* §§ 2.5, 2.11 a 2.13, 2.15e 2.16).

- 38 As múltiplas violações da legalidade enunciadas têm uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
- 39 Desde os primeiros textos fundadores, a União Europeia reclama «uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência», paradigma conformador da competência exclusiva da União no «estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno» (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*), do TFUE).
- 40 Quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União Europeia refletido, nomeadamente, na jurisprudência do TJUE.
- 41 Contexto que conforma o direito nacional quanto a procedimentos pré-contratuais que culminam em adjudicações por entidades públicas potencialmente desconformes com o princípio da concorrência, valor reconhecido como primacial no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP.

Efeito da ilegalidade do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

- 42 Sendo o processo de fiscalização prévia teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.
- 43 No caso concreto, todas as violações de normas e princípios legais devem ser qualificadas como ilegalidades previstas na alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, pois, na medida em que *podem alterar o resultado financeiro* do procedimento, preenchem o segundo requisito dessa norma para efeitos de recusa de visto — sobre os cânones de ponderação nesta matéria, cf. Acórdão n.º 13/2018-10.JUL-1.ªS/PL (§§ 69 a 73).
- 44 Juízo sobre *alteração potencial do resultado financeiro* que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual da conexão entre o(s) desvalor(es) consubstanciado(s) na violação de normas e princípios legais com o resultado financeiro envolvido no processo, o qual não tem de

ser de um concreto dano, relativo a umnexo causal entre o específico vício e um resultado, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.

- 45 Isto é, para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve ser ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de umnexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.
- 46 Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea c) do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada⁴) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma *aptidão* ou de um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.
- 47 Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?
- 48 Segundo jurisprudência pacífica do TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
- 49 A ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.

⁴ Cf. Acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.ªS/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.ªS/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ªS/SS.

50 A operação de concordância prática exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato que no caso *sub judice* imporia sempre a recusa de visto em face da pluralidade e gravidade das violações de regras (nacionais e europeias) sobre concorrência na contratação pública.

51 Em conclusão, o Tribunal de Contas deve recusar o visto ao contrato por força do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- **Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos;**
- **Remeter cópia do Acórdão à Área IX da 2.ª Secção do TdC.**
- **Remeter cópia do Acórdão à Autoridade da Concorrência.**
- Emolumentos legais (ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).
- Registe e notifique.

Lisboa, 3 de março de 2020

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Mário Mendes Serrano)

(Fernando Oliveira Silva)