

ACÓRDÃO 15/2021 – 22.JUN – 1ªS/SS

DESCRITORES: AJUSTE DIRETO / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / CONCURSO PÚBLICO / CONTRATAÇÃO PÚBLICA / CONTRATO DE SEGURO / NULIDADE / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL / RECUSA DE VISTO

SUMÁRIO

Processo: 867/2021

Relator: Conselheiro Alziro Antunes Cardoso

1. A escolha do ajuste direto só pode ser efetuada tendo em atenção o valor ou, excecionalmente, por um critério material, enquadrável numa das situações descritas nos artigos 24.º a 27.º do CCP.
2. A subalínea ii), da alínea e), do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, estabelece que *«Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando: (...) e) As prestações que constituem objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões: (...) ii) Não exista concorrência por motivos técnicos.»*.
3. A opção pelo ajuste direto, por razões técnicas, só é admitida quando no mercado apenas exista ou se mostre habilitada uma empresa ou entidade capaz de executar o contrato.
4. Existindo, como é o caso do contrato de seguro submetido a fiscalização prévia, mais do que um operador no mercado, sendo o mercado de seguros, independentemente do interesse que um concreto contrato suscite, um mercado concorrencial, as prestações objeto do mesmo deveriam ter sido submetidas à concorrência e, nessa medida, o recurso ao ajuste direto, ao abrigo do invocado critério material, inexistência de concreta concorrência por especial aptidão técnica, carece de fundamento legal.
5. Por não se verificarem os requisitos para o ajuste direto, deveria a entidade adjudicante ter lançado mão de um procedimento de concurso público, com publicidade internacional, que desse

plena aplicação aos princípios gerais da contratação pública, designadamente ao princípio da concorrência.

6. O não cumprimento das exigências formais do procedimento pré-contratual, procedimento concursal aberto, determina a preterição total do procedimento legalmente exigido, prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do atual Código do Procedimento Administrativo, e nos artigos 283.º, n.º 1, e 284.º, n.º 2, 1.ª parte, do CCP. Nulidade que se transmite ao contrato de seguro.
7. A violação do princípio da concorrência, princípio essencial da contratação pública constitui, ainda, ilegalidade suscetível de alteração do resultado financeiro do contrato.
8. As ilegalidades verificadas integram os fundamentos de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e c) da Lei de Organização e Processo de Tribunal de Contas (LOPTC).

Secção: 1.ª S/SS

Data: 22/06/2021

Processo: 867/2021

RELATOR: Conselheiro Alziro Antunes Cardoso

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

I – RELATÓRIO

1. Infraestruturas de Portugal, S.A. (doravante IP), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato de “*Seguro de Responsabilidade Civil Geral*”, celebrado com a Fidelidade – Companhia de Seguros, S.A., em 22/04/2021, com efeitos retroativos a 01-04-2021, pelo valor global de € 3.288.791,60, para vigorar pelo prazo de 365 dias (01-04-2021 a 31-03-2022).
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devolução à IP para prestação de esclarecimentos adicionais e junção de documentos necessários à tomada de decisão por parte deste Tribunal.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

3. Com relevo para a presente decisão e para além do já mencionado no precedente relatório, consideram-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:
 - a) Por deliberação do Conselho de Administração Executivo da IP, S.A., de 18/03/2021, foi aprovado o lançamento de procedimento por ajuste direto, com fundamento na subálnea ii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, com a tramitação prevista



na alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º do mesmo diploma legal, para aquisição de serviços de “Seguro de Responsabilidade Civil Geral para a anuidade de 2021/2022”, com o preço base de 3.288.791,60, e prazo global de execução de 365 dias, com início no dia 01/04/2021 e termo em 31/03/2022;

- b) Na sequência da referida deliberação, em 19/03/2021 foi enviado através da plataforma eletrónica utilizada pela IP, S.A. convite para apresentação de proposta à Fidelidade – Companhia de Seguros, S.A., tendo sido estabelecido como prazo máximo de apresentação de proposta o dia 23/03/2021, com abertura agendada para esse mesmo dia;
- c) Em 25/03/2021 o Conselho de Administração Executivo da IP, S.A. deliberou adjudicar a aquisição de serviços de “Seguro de Responsabilidade Civil Geral para a anuidade 2021/2022” à proposta apresentada pela Fidelidade, S.A., e aprovou a minuta do contrato;
- d) Celebrado e submetido a fiscalização prévia foi devolvido pelo DECOP à IP, S.A. para, entre outros, prestar os seguintes esclarecimentos:
- «1. *Face ao enquadramento legal no artigo 24.º n.º 1, alínea e) subalínea ii) e ao objeto comercial, fundamente de forma detalhada, a escolha do procedimento em apreço, demonstrando que as prestações que constituem o objeto do contrato só podem ser confiadas a esta entidade, pela não existência de concorrência por motivos técnicos.*
 2. *Demonstre ainda cabalmente a comprovação dos requisitos previstos no artigo 24.º n.º 4 do CCP que estabelece que: “O ajuste direto com fundamento no disposto nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar.”.*
 3. *Nesse sentido, esclareça e fundamente como considera admissível o critério material em causa quando o caderno de encargos prevê na cláusula 22ª a cessão da posição contratual e subcontratação ainda que dependente da entidade adjudicante (cf. artigo 317.º do CCP).*
 4. *Esclareça porque não foi efetuada a consulta prévia a mais de uma entidade, em conformidade com o disposto no artigo 27.º-A do CCP, demonstrando, nomeadamente,*



que a mesma não era possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.

5. Informe se foi efetuada a consulta preliminar ao mercado nos termos do artigo 35.º-A do CCP e, na afirmativa, de que forma a consulta preliminar foi realizada e que procedimentos foram adotados pela entidade adjudicante, para que a consulta em causa não tenha tido por efeito distorcer a concorrência nem para que da mesma resulte a violação dos princípios da não discriminação e da transparência, como dispõem os n.ºs 2 e 4 do referido artigo.

6. Atento o disposto no artigo 46.º-A n.º 2 do CCP, na atual redação, demonstre documentalmente que a decisão de não contratação por lotes foi devidamente fundamentada e justificando que essa fundamentação não conste das peças do procedimento.»;

- e) Previamente às questões colocadas pelo DECOP em sede de devolução, a IP, SA, alegou o seguinte:

“Não constituindo o seguro de responsabilidade civil um seguro obrigatório no âmbito da atividade da Infraestruturas de Portugal, mas face à significativa exposição que resulta da gestão das infraestruturas rodoviária, ferroviária e de telecomunicações, por decisão de gestão, tem optado pela externalização dos seus riscos de ponta, lançado concursos públicos para a sua contratualização, encontrado no mercado sempre resposta às suas necessidades.

No entanto, neste último ano, face aos vários condicionalismos provocados pela pandemia gerada pelo COVID, tem levado as companhias de seguros a retraírem-se no acompanhamento dos riscos que seguram. Atenta a incerteza relacionada com a referida pandemia ao nível dos clausulados que se encontravam em vigor, causando avultadas indemnizações em alguns casos e litigância noutras, provoca no mercado segurador a necessidade de reequilíbrio e cautelas acrescidas na assunção de novos riscos, tornando-se e apresentando-se bastante mais defensivo perante a incerteza dos mercados a nível mundial, consequência da situação de pandemia vivida desde 2020.

A crescer a esse facto, o trágico acidente verificado entre um comboio alfa-pendular e uma viatura de manutenção da IP (em 31/julho/2020), que obrigou a Fidelidade (companhia de Seguros que assegurava a responsabilidade civil à Infraestruturas de Portugal através do contrato que se encontrava em vigor) e a cadeia de resseguro internacional que suporta a apólice, a provisionar dezenas de milhões de euros para pagar



os danos causados pelo respetivo acidente, colocando pressão adicional na dificuldade de contratualização do seguro de responsabilidade da IP.

Estes condicionalismos conduziram a Infraestruturas de Portugal a uma situação complicadíssima na medida em que, após ter sido lançado o concurso público 10002520 para a contratação do seguro de responsabilidade civil para o triénio de 2021 a 2023, tendo por base os valores dos últimos concursos lançados para o efeito, compromisso plurianual que foi submetido à Tutela em 07.05.2020 (ou seja, no momento em que não eram previsíveis ambos os impactos), veio a constatar-se que nenhuma das seguradoras apresentou proposta, tendo o concurso ficado deserto. Com base nesse desfecho, a Infraestruturas de Portugal viu-se obrigada a contratualizar por ajuste direto o Seguro de Responsabilidade Civil Geral da IP através do contrato 10005475 pelo valor de 416.162,00 €, que terminou a 31 de março de 2021, enquanto ao mesmo tempo foi tentando averiguar as causas da fraca apetência para assegurar a responsabilidade civil que advêm da atividade da Infraestruturas de Portugal, tendo sido desenvolvida uma ação intensiva de contactos no mercado segurador na procura de uma alternativa de cobertura e valores, tendo-se todos os players demonstrado indisponíveis e sem interesse em apresentar condições para o risco, com exceção da Fidelidade, que continuou a tentar no mercado de resseguro internacional encontrar soluções que se adequassem às necessidades sentidas pela IP. Numa nova tentativa de encontrar uma solução seguradora de responsabilidade civil em linha com o modelo de coberturas, exclusões e valores que vigoravam até 2020, e atenta a especificidade e complexidade das coberturas e capitais deste seguro, desenvolveu-se nova ação intensiva de contactos no mercado nacional e internacional (segurador e ressegurador), tendo-se novamente constatado o presente desinteresse de todo o mercado em apresentar condições para o risco conforme se constata pelo Relatório do corretor Corbroker que se anexa, com identificação das ações desenvolvidas e das respostas obtidas.

Mais uma vez se veio a constatar que apenas a Fidelidade manteve o interesse até aqui demonstrado, tendo conseguido uma solução que vai ao encontro do modelo de coberturas, exclusões e valores que vigoraram até 2020, todavia com um valor de prémio significativamente mais elevado do que o atual (trimestre em vigor), face ao desinteresse demonstrado pelas razões atrás expostas e que tem origem não só na pandemia motivada pelo COVID e a incerteza sobre a recuperação da economia e a sua sustentabilidade face à nova realidade e a fraca apetência do mercado para assegurar este tipo de coberturas numa altura em que o investimento na ferrovia se faz sentir a passos rápidos, com todos



os perigos intrínsecos à atividade decorrente das empreitadas ferroviárias, apesar de todos os cuidados e medidas mitigadoras de segurança inerentes a essa atividade, ditando a Lei da oferta e da Procura que quando a oferta é pouca, o preço dos produtos acaba por aumentar,

Pode-se igualmente constatar que fazendo uma extrapolação dos valores pagos anteriormente pelo contrato de seguro para o primeiro trimestre de 2021, 416.162 € para um ano de vigência, o valor a ser pago seria de 1.664.648 €, podendo-se constatar que o prémio a ser pago por um ano de vigência aumentou de 1.664.648 € (a valores de 2020) para 3.288.792 €, ou seja o triplo do valor, e mesmo assim nenhuma dos restantes seguradores conseguiu construir uma solução de seguro, tendo apenas a Fidelidade – Companhia de Seguros, S.A. conseguido construir uma solução de suporte internacional para a totalidade das coberturas e capitais pretendidos.

Informa-se que teve que se efetuar uma redefinição do seu Âmbito Territorial, passando a apólice a suportar apenas as responsabilidades de riscos e atividades derivadas de danos ocorridos em Portugal, apesar de continuar a cobrir as deslocações em serviço dos colaboradores/funcionários das Empresas Seguras para o resto do mundo, acaba por excluir as Doenças Contagiosas como o caso do COVID, exclui também os Riscos Cibernéticos (com origem em atos de terceiros), separou-se as coberturas de RC Geral, Profissional e Ambiental, tendo acabado por se recuperar o limite de indemnização por sinistro para 3 Milhões de Euros na Responsabilidade Civil Profissional face aos atuais 750 Mil Euros, incluiu-se igualmente as empresas participadas e empresas subcontratadas na cobertura de Responsabilidade Civil Profissional (em excesso ou insuficiência de coberturas existentes), incluiu-se igualmente a Responsabilidade Civil Cruzada (garantia de danos entre Segurados) na cobertura de Responsabilidade Civil Profissional, a inclusão da cobertura de danos consequenciais/indiretos e de prejuízos financeiros puros na cobertura de Responsabilidade Civil Profissional, definiram-se as exclusões aplicáveis à apólice de Responsabilidade Civil Profissional, derogando todas as exclusões que não constem nas condições particulares da apólice. A incapacidade do mercado segurador na construção de uma solução foi notória, fazendo com que a IP tivesse que adjudicar à única empresa que conseguiu tal solução. Convirá não perder de vista que os riscos ferroviários estão excluídos da maioria dos tratados de resseguro internacional, e que nenhum segurador nacional tem interesse nem capacidade para assumir o risco da apólice em questão por si só.



Como fica demonstrado, as Companhias de Seguros têm estado a redefinir a sua estratégia de atuação face à incerteza provocada pela nova realidade pandémica, sendo que algumas acabam por demonstrar desinteresse em entrar em alguns nichos de mercado onde o risco acaba por ser mais elevado, diga-se a título de exemplo que uma pessoa que queira viajar e queira efetuar um seguro de vida que contemple as coberturas associadas à hospitalização, para além dos preços terem em alguns casos quintuplicado, passaram a contemplar várias exclusões onde se incluem as derivadas do COVID. Por outro lado, o enorme investimento que se faz sentir na área ferroviária, com a proliferação de novas obras a arrancar para conseguir absorver a comparticipação dos fundos comunitários, acaba por aumentar o risco profissional inerente à atividade de construção, o que também pode condicionar o apetite geral do mercado em cobrir o risco associado a essa atividade.

Poderia ser que o interesse em entrar nessas coberturas fosse aumentando à medida que o prémio a ser pago fosse aumentando, mas se do ano passado para este ano o aumento foi de 100%, qual a percentagem que o prémio teria que aumentar para se mostrar um nicho de mercado atrativo!? 500%, 1000%!? E será que aumentando esses valores para que o mercado pudesse responder sem certezas de que o iria fazer, se estaria a salvaguardar o interesse público, ao aumentar a despesa com o erário público, será que essa seria uma opção a ter em conta para salvaguardar os interesses da boa gestão dos dinheiros públicos que deve estar subjacente a qualquer ato decisório da administração pública ou sector empresarial do Estado?!

Estas têm sido as preocupações com as quais a IP se tem denotado para a concretização da contratação relativa aos seguros, para além das dificuldades sentidas quanto ao desinteresse demonstrado pelo mercado segurador em responder às necessidades sentidas pela IP relacionadas com os seguros.

Pensamos que se torna importante efetuar este pequeno enquadramento que demonstra as dificuldades sentidas pelo grupo da Infraestruturas de Portugal em conseguir o contrato relativo ao Seguro de Responsabilidade Civil e que gostávamos de partilhar com esse Douto Tribunal para que ficassem cientes de que, apesar da Infraestruturas de Portugal optar sempre por recorrer ao lançamento de concursos públicos para a escolha dos seus adjudicatários, como o fez no presente caso, neste processo, e tendo em conta que o concurso ficou deserto e que mesmo após duplicação do prémio a pagar, persiste o desinteresse e incapacidade no Concurso a um novo Procedimento. A única solução possível, que permitia uma poupança significativa para a contratualização do seguro de



responsabilidade civil, seria o recurso ao ajuste direto, neste caso à única empresa que demonstrou interesse em efetuar o seguro nas condições exigidas pela IP “FIDELIDADE – COMPANHIA DE SEGUROS, S.A.”, e pelos montantes que a IP se dispôs pagar.»;

- f) E, em resposta às questões colocadas, veio, quanto à escolha do procedimento, dizer o seguinte:

«Conforme foi explicado anteriormente, o concurso público internacional foi lançado pelo preço base de 1.395.734,10 € para o período de 3 anos, tendo o mesmo ficado deserto, o que significa que todas as companhias de seguros demonstraram desinteresse e/ou incapacidade na construção da solução submetida a concurso, atendendo a que nenhum segurador apresentou proposta. Deve-se acrescentar que o concurso foi lançado pelo preço contratual de 1.395.734 €, atendendo a que era o preço contratual que permitia acomodar o valor pelo qual havia sido contratualizado o contrato anterior para as mesmas coberturas.

Depois desse acontecimento, a Infraestruturas de Portugal, como ação de recurso, acabou por contratar por ajuste direto a empresa a quem se tinha contratado o anterior concurso, a FIDELIDADE COMPANHIA DE SEGUROS, S.A. tendo, no entanto, que aumentar o valor do prémio, atendendo a que mais nenhum segurador se demonstrou disponível para poder garantir as coberturas e valor de prémio que vinha sendo praticado até então.

A IP tentou junto das companhias de seguros verificar se aumentando o preço base do concurso que pretendia lançar para o triplo do valor pelo qual havia contratado anteriormente, se existiria interesse por parte do mercado em responder ao concurso, tendo verificado que persistia a incapacidade por parte dos seguradores locais.

Nestas condições pode-se atestar que, pelo preço que a IP pretendia pagar (realçando-se que esse valor corresponde já ao triplo do preço base de lançamento do concurso do ano anterior) nenhum segurador demonstrou interesse e/ou capacidade na construção de uma solução, pelo que se depreende que as prestações que constituem o objeto do contrato só poderiam ser confiadas a esta entidade, pela não existência de concorrência.

Mais acrescentou: “Conforme foi referido anteriormente, para o preço e coberturas que a IP pretendia pagar pela prestação do serviço, não existia concorrência no mercado, atendendo a que os seguradores revelaram desinteresse e incapacidade nos inúmeros contactos informais que foram efetuados no mercado local e internacional entre novembro de 2020 e março de 2021, com vista à contração do seguro nas coberturas e valor em vigor anteriormente.



Nestes termos entende-se que não existia concorrência por motivos técnicos, dando cumprimento à alínea ii da alínea e) do n.º 4.º do artigo 24.º do CCP.”!;

- g)** Em relação à terceira questão colocada pelo DECOP - como considera admissível o critério material em causa, quando o Caderno de Encargos prevê na Cláusula 22.ª a cessão da posição contratual e subcontratação ainda que dependente da autorização da entidade adjudicante (cf. artigo 317.º do CCP) -, respondeu, em suma, que:

«Informa-se que os Cadernos de Encargos em vigor na IP se encontram tipificados para a maioria dos processos lançados pela Infraestruturas de Portugal, dando cumprimento à legislação em vigor, e neste caso em concreto ao que se encontra estipulado no artigo 317 do CCP.

A cláusula 22.ª do Caderno de Encargos é genérica e, ainda que admita, a cessão da posição contratual bem como a subcontratação, exige também que sejam observados os limites previstos no artigo 317.º do CCP e que as mesmas sejam sujeitas respetivamente à autorização da IP, nos termos do disposto nos artigos 318.º e 319.º do CCP. Neste caso facilmente se depreende que se trata de um lapso que advém de copy-past de peças do procedimento, e que neste caso teve origem no facto do presente Caderno de Encargos ter sido decalcado do concurso público que foi lançado com o mesmo objeto e que desde já se solicita que possa ser relevado, atendendo a que o mesmo não terá nenhum efeito prático, tendo em conta que a IP nunca o iria permitir, atendendo à legislação em vigor. Acresce referir que mesmo que hipoteticamente a FIDELIDADE pretendesse ceder a sua posição contratual a outra companhia de seguros, para além de ter que solicitar essa autorização à IP, que não iria permitir, como facilmente se depreende e tendo em conta que no mercado não existe nenhum segurador interessado em assegurar o risco decorrente do presente contrato, não iria existir a quem ceder a sua posição contratual.»;

- h)** Instada a esclarecer porque não foi efetuada a consulta prévia a mais do que uma entidade, em conformidade com o disposto no artigo 27ºA, do CCP, demonstrando, nomeadamente, que a mesma não era possível e compatível com o fundamento invocado par a adoção deste procedimento, respondeu o seguinte:

«Informa-se que a presente contratação decorre de um concurso público onde se manifestou um desinteresse e/o incapacidade por parte de todos os agentes económicos em prestar o seguro pretendido pelo valor que a Infraestruturas de Portugal pretendia



levar a cabo. Para além desse concurso público em que o seu resultado foi conhecido 3 meses antes de ter sido lançado o presente procedimento, ou seja com uma data muito próxima do lançamento do presente Ajuste Direto, face ao desinteresse e/ou incapacidade manifestado pelos agentes económicos, a IP contratou uma empresa para efetuar um estudo de mercado para averiguar quais seriam as empresas que demonstrariam interesse em apresentar proposta para o concurso que a IP pretendia levar a cabo, tendo esse estudo sido conclusivo que a única empresa que dispunha de canais de resseguro com eventual interesse e capacidade seria a FIDELIDADE.

Assim sendo informa-se que não foi lançada uma consulta prévia nos termos do artigo 27.º atendendo a que se continuava a verificar que o mercado não conseguia responder às necessidades da IP, conforme se depreende do referido relatório que se anexa, apresentado pela Corbroker empresa contratada para o efeito.»;

- i) Questionada se foi efetuada a consulta preliminar ao mercado nos termos do artigo 35ºA do Código dos Contratos Públicos e, na afirmativa, para informar de que forma a consulta preliminar foi realizada e que procedimentos foram adotados pela entidade adjudicante, para que a consulta em causa não tenha tido por efeito distorcer a concorrência nem para que da mesma resulte violação dos princípios da não discriminação e da transparência, como dispõe o nº.2 e 4 do referido artigo, veio dizer que:

«Conforme foi referido na questão anterior, a presente contratação decorre de um concurso público onde se manifestou um desinteresse e/ou falta de capacidade por parte de todos os agentes económicos em prestar o seguro pelo valor pelo qual a Infraestruturas de Portugal tinha lançado o concurso e que correspondia ao preço de mercado praticado para o mesmo objeto nos últimos anos.

Para além do resultado desse concurso público ter sido conhecido 3 meses antes de ter sido lançado o presente procedimento, ou seja com uma data muito próxima do lançamento do presente Ajuste Direto, pode-se afirmar que face ao sucedido no referido concurso público, a IP contratou através de uma empresa especializada, uma consulta para a análise do mercado para tentar averiguar quais seriam as empresas que conseguiriam apresentar proposta para o concurso que a IP pretendia levar a cabo, tendo as conclusões desse relatório sido unânimes ao sintomatizar que a única empresa interessada e com capacidade em prestar o seguro seria a FIDELIDADE.



Deve-se referir que para esse efeito foi contratada uma empresa externa, com expertises específicas na área, de forma a garantir as melhores práticas e a isenção do estudo. Esse estudo foi efetuado pela empresa Corbroker, que foi mandatada para, enquanto corretora, efetuar, em exclusivo, o pedido de cotações a todo o mercado segurador, para a contratação do Seguro de Responsabilidade Civil Geral, Profissional e Ambiental da Infraestruturas de Portugal, S.A. que iria ter início em 1 de abril de 2021, tendo enviado cópia da mesma a todos os Seguradores do Mercado, questionando-os do seu interesse em apresentar cotações para o seguro de Responsabilidade Civil da IP. A Empresa efetuou contactos telefónicos e reuniões com todas os Seguradores que atuam no mercado português, e poderiam apresentar condições para a subscrição do seguro mencionado, tendo igualmente consultado a Fidelidade atendendo a que foi o segurador que nos últimos anos subscreveu a apólice de Responsabilidade Civil da IP.

Este último segurador, sendo o que detinha o detalhe da sinistralidade da apólice, explicou as dificuldades verificadas na data de renovação da apólice (01/01/2021), fundamentalmente motivadas pela ocorrência do sinistro com o Alfa Pendular em julho de 2020 e também por uma menor capacidade de aceitação por parte dos resseguradores tradicionais desta atividade (responsabilidade civil ferroviária/ rodovia). A empresa chegou igualmente à conclusão de que alguns resseguradores deixaram de aceitar este tipo de risco e que as condições do mercado internacional na área da responsabilidade civil e patrimoniais tinham “endurecido”, por força de um aumento de sinistralidade mundial nestas duas áreas. As taxas e prémios praticados nas renovações de 2021 da generalidade dos clientes foram objeto de uma revisão em alta, situação que a Corbroker também constatou na renovação dos nossos clientes. Em função dessas dificuldades, a Fidelidade efetuou em 01/01/2021 apenas uma prorrogação, por três meses, da apólice anteriormente existente, tendo existido a necessidade não só de uma revisão em alta do prémio, como também de proceder ao desdobramento da anterior apólice em duas, criando uma apólice exclusivamente com a cobertura de RC Profissional. A Fidelidade informou a Corbroker que estaria a trabalhar com os resseguradores de forma a poder propor para 1 de abril uma solução para 365 dias.

A Fidelidade comprometeu-se também a efetuar uma revisão aos sinistros de RC da IP que ainda se encontravam em aberto atualizando as respetivas provisões. Em 10/02/2021 a Fidelidade enviou uma primeira revisão à informação anteriormente disponibilizada referente à sinistralidade do contrato. Contudo nessa data ainda não existiam condições técnicas para se poder efetuar uma revisão à provisão do sinistro de julho de 2020 com o



Alfa Pendular. Dado que foi, entretanto, apurado que este sinistro estava a condicionar a proposta de renovação bem como a continuidade de alguns dos mercados de suporte de resseguro, a Corbroker insistiu num compromisso do Segurador de que até ao final da semana seguinte, teria que existir uma estimativa de reserva para o sinistro, que permitisse ter pelo menos um custo médio e o “worse case scenario”. Relatório do Processo nº 100039972566/514. Foi constatado que apesar de para a IP existir uma única apólice com um capital de 100 M€, a mesma estava estruturada em dois layers de cobertura. Um primeiro layer até 50 M€ e um segundo layer de 50 M€ em excesso de 50 M€. Este era o modelo de estruturação da apólice que nos pareceu adequado, uma vez que existem resseguradores que estão disponíveis para aceitar apenas coberturas em layers mais elevados, em condições economicamente competitivas, permitindo assim um custo da apólice mais reduzido. Nesse sentido, a nossa abordagem ao mercado passou não só pela consulta aos Seguradores que potencialmente poderiam subscrever o primeiro layer, como também abordar o mercado de resseguro que pudesse apresentar condições para um segundo layer. Nestes termos entende-se que foi efetuado um estudo do mercado relativamente à componente dos seguros, não só através do concurso público lançado, o qual apesar de não ter dado azo a nenhum contrato formalizado, tendo em conta que nenhum dos concorrentes se mostrou interessado e/ou capacidade no mesmo, atento o preço base, deu uma perspetiva do mercado e da sua orientação. Por outro lado, as conclusões do relatório elaborado pela Corbroker permitiram analisar de uma forma indireta nos termos do artigo 35.º, a apetência do mercado relativamente aos riscos que os seguradores estavam dispostos a cobrir face à situação pandémica provocada pelo COVID e pelo acidente com o Alfa pendular.»;

- j) Foi ainda solicitado à entidade fiscalizada que, atento o disposto no artigo 46ºA n.º 2 do CCP, na atual redação, demonstrasse documentalmente que a decisão de não contratação por lotes foi devidamente fundamentada.

Tendo a entidade fiscalizada respondido, em suma, que:

«Informa-se que no presente caso não existindo sequer no mercado seguradores interessados em assegurar o risco inerente à atividade da IP que pudesse ser incluído numa apólice a contratar, entendeu-se que não existia forma de conseguir subdividir em lotes o risco do seguro a contratar.

Por outro lado, face à urgência em encontrar uma solução que pudesse dar resposta às pretensões da IP, num mercado em perfeita ebulição fruto de todas as condicionantes já



referenciadas, entendeu-se que a gestão de um único contrato seria a que melhor serviria os interesses da IP, para além de se entender que face aos condicionalismos referenciados o contrato de aquisição do seguro não poderia ser técnica ou funcionalmente separável atendendo a que a sua separação iria causar graves inconvenientes ao Grupo da Infraestruturas de Portugal, pondo em risco a possibilidade de algum dos lotes que hipoteticamente pudesse ser criado viesse a ficar deserto, deixando a IP sem seguro, face ao término do contrato antecedente.»;

- k) Interpelada para demonstrar documentalmente que o preço base foi devidamente fundamentado nas peças do procedimento e esclarecer os critérios utilizados na fixação do preço base, veio dizer o seguinte:

«Informa-se que o preço base foi fixado tendo por base o último ajuste direto efetuado. Pode-se atestar que tendo em conta que nenhum concorrente se mostrou interessado em assegurar o risco relativo ao seguro a contratar, e tendo em atenção que a FIDELIDADE foi o único concorrente que continuou a demonstrar interesse em apresentar proposta, e tendo em atenção que a mesma se enquadrava no preço base do convite, pode-se informar que o preço base se encontra fundamentado.

No presente caso pode-se até verificar que o mesmo decorre das conclusões do relatório apresentado pela empresa “Corbroker” que efetuou a análise do mercado e verificou quais os preços que os agentes económicos estavam a praticar para a tipologia de seguro a contratar.»;

- l) Solicitou-se ainda à IP, S.A. que demonstrasse que a decisão de contratar se encontrava devida e legalmente fundamentada, tendo respondido o seguinte:

«Informa-se que a decisão de contratar se encontra devidamente e legalmente fundamentada tendo em conta todo o historial anteriormente relatado e as conclusões que fizeram parte do relatório apresentado pela Corbroker que fazia parte integrante da Fundamentação da Iniciativa, como anexo ao documento.

Por outro lado, a Administração estava ao corrente da problemática inerente à questão dos seguros, não só porque acompanhou o anterior concurso que ficou deserto, estando consciente de que as companhias haviam aumentado os prémios devido por um lado ao acidente causado pelo Alfa Pendular e por outro lado à pandemia criada pelo COVID. Essa mesma situação teve que ser explicada ao Conselho de Administração quando o anterior concurso ficou deserto e quando teve que se triplicar o valor do preço base para



poder contratar a FIDELIDADE por ajuste direto, no decurso da falta de apresentação de propostas relativas ao concurso público anterior.

Informa-se igualmente que o estudo da empresa CORBROKER fazia parte integrante da decisão de contratar, no qual toda esta temática se encontra completamente explicada e definida. Aliás previamente à decisão de contratar, a área técnica dos seguros teve que reunir com a Administração para explicar os motivos pelos quais se estava a querer triplicar o preço do prémio do seguro a contratar, e só depois da Administração se ter apercebido das condicionantes que faziam triplicar o prémio do seguro e ter dado o seu aval, é que as peças do procedimento foram preparadas.»;

- m)** Instada a justificar a previsão de início da execução para 01.04.2021, uma vez que o contrato apenas foi outorgado a 22.04.2021, e a informar se o mesmo já produziu algum dos seus efeitos, justificando legalmente a sua resposta, em caso afirmativo, atento o disposto no artigo 287º do CCP, quer no nº 4 do artigo 45º da LOPTC, veio alegar que:

«Revestindo-se o seguro de Responsabilidade Civil Geral em questão de um elemento crítico para a gestão, em resultado da significativa exposição da atividade da IP na gestão das infraestruturas rodoviária, ferroviária e de telecomunicações, e tendo terminando o seguro anterior a 31 de março de 2021, o seguro que iria dar sequência teria que começar a 1 de abril de 2021.

No entanto, como o CCP exige que a assinatura do contrato só pode ocorrer depois do Adjudicatário apresentar os documentos de habilitação, só depois dos mesmos terem sido apresentados, e se encontrarem validados, é que o contrato pôde ser assinado. No presente caso e como se entende por toda a explicação efetuada anteriormente, a IP viu-se impossibilitada de dar sequência ao processo antecipadamente atendendo a que por um lado, o concurso público lançado em 2020 acabou por ficar deserto, o ajuste direto que foi efetuado na sequência desse concurso deserto teve um agravamento considerável do prémio, ou seja, um incremento do valor do contrato em 300% face ao anterior contrato assinado em 28 de setembro de 2018, visado por esse Douto Tribunal em 06/12/2018 (Processo de visto 3145/2018) o que obrigou a IP a tentar entender as razões que motivavam esse incremento dos valores, de forma a ponderar que solução poderia ser tomada para poder dar sequência à contratação do seguro.

Se por acaso o concurso público não tivesse ficado deserto, e se o preço do prémio não tivesse triplicado desde o último contrato, a IP teria assinado o contrato atempadamente.



Veja-se a título de exemplo se por acaso um de nós quisesse contratar um seguro contra todos os riscos para a nossa viatura, que em 2020 pagamos 500 € pelo prémio, e que em 2021 o segurador nos vem pedir pelo mesmo seguro 1.500 €, de certeza que teríamos que averiguar que alternativas existiriam no mercado. No presente caso foi precisamente essa situação que aconteceu e que motivou uma análise mais aprofundada do mercado para tentar perceber as razões que motivaram essa discrepância, atento o facto de estarmos a lidar com dinheiros públicos em que a sua gestão deve obedecer a critérios economicistas e de boa gestão. Só depois da análise efetuada ao mercado e se ter conseguido perceber que não restavam alternativas é que foi lançado o procedimento, tendo o contrato acabado por ser assinado depois dos documentos de habilitação se encontrarem validados, conforme foi referido anteriormente, tendo-se atribuído a eficácia retroativa ao contrato atento o interesse público subjacente à sua contratação, podendo-se afirmar que a mesma não se encontra proibida por Lei, nem lesa direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros, nem impede, restringe ou falseia a concorrência, dando dessa forma cumprimento ao que se encontra estipulado no artigo 287.º do CCP.».

– DE DIREITO

A) Da (i)legalidade da adoção do procedimento de ajusto direto:

4. A questão essencial a apreciar no presente processo consiste em saber se era legalmente admissível a celebração do contrato submetido a fiscalização prévia por ajuste direto, ao abrigo do disposto na alínea e), ii), do Código dos Contratos Públicos, ou seja, com o fundamento de que não existia concorrência por motivos técnicos.
5. Cumpre, pois, analisar a questão da escolha do procedimento, no âmbito da citada disposição legal, invocada pela entidade adjudicante, e que se insere no domínio em que tal escolha é feita segundo critérios materiais, e não em função do valor.

Vejamos,



6. A escolha do ajuste direto só pode ser efetuada tendo em atenção o valor ou, excecionalmente, por um critério material, enquadrável numa das situações descritas nos artigos 24.º a 27.º do CCP.
7. A citada alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, na parte que para o presente caso releva, estabelece o seguinte:
*«1 – Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando:
(...)
“e) As prestações que constituem objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões:
(...)
ii) Não exista concorrência por motivos técnicos.».*
8. Sendo que, ao contrário do que defende a entidade adjudicante, não se verificam os pressupostos legais para a adoção de um procedimento de ajuste direto ao abrigo da citada disposição legal.
9. Com efeito, a opção pelo ajuste direto tendo por fundamento a citada alínea e), do n.º 1 do artigo 24.º, só é admitida quando no mercado, por razões técnicas, artísticas ou de proteção de direitos exclusivos, apenas exista ou se mostre habilitada uma empresa ou entidade capaz de executar o contrato.
10. A citada alínea e), do n.º 1, do artigo 24.º do CCP, que concretiza a transposição das normas contidas na al. b), do n.º 1, do artigo 31.º, da Diretiva n.º 2004/18/CE e na alínea b), do n.º 3, do artigo. 40.º, da Diretiva n.º 2004/17/CE, **só** permite a adoção do ajuste direto quando, por motivos técnicos, não exista concorrência, e a prestação objeto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada. Ou seja, o recurso ao ajuste direto tem por base razões relativas ao objeto do contrato, cujo âmbito de aplicação é muito circunscrito e determinado.
11. Os fundamentos de recurso ao ajuste direto, ao abrigo da citada disposição legal, devem-se a razões de natureza técnica, e a sua razão de ser reside no facto de a execução da prestação só poder ser confiada a uma única entidade. Equivale a dizer



que, quando identificada a necessidade de interesse público, a entidade adjudicante pode verificar que existe um único prestador apto a satisfazer essa necessidade e, assim, nenhum outro operador poderá apresentar uma proposta especificamente dirigida à sua satisfação. Deste modo, a opção lógica e possível será o recurso ao ajuste direto, uma vez que a adoção de um procedimento concorrencial, por um lado, seria manifestamente inútil por não se conseguir obter melhores condições contratuais, devido à inexistência de operadores capazes de satisfazer as necessidades, e por tal procedimento concorrencial, por outro, poder redundar numa seleção de propostas que, a final, devido a especificidades concretas, se revelaria inapta à prossecução do interesse público subjacente à execução da prestação.

12. Os motivos técnicos que legitimam a adoção do ajuste direto estão intimamente ligados à aptidão técnica que um prestador poderá evidenciar. O critério que pressupõe uma especial aptidão técnica assenta tanto na experiência adquirida pelo prestador como na sua capacidade e sensibilidade para a identificação das necessidades do beneficiário do serviço. E tal especificidade ou aptidão técnica justifica a contratação de um operador determinado, por não existir um outro. Será contratado o operador que, em razão da tecnicidade inerente à atividade em causa, é o único capacitado a executar o contrato.
13. Porém, embora a prestação de determinados serviços possa pressupor uma especial aptidão técnica capaz de restringir o universo potencial de operadores económicos, dificilmente se verificará uma restrição a ponto de poder ser selecionado um único prestador.
14. Por isso, o fundamento da al. e), do n.º 1, do artigo 24.º do CCP só estará justificado pela absoluta inexistência concreta de concorrência.
15. Existindo, como é o caso do contrato de seguro, mais do que um operador no mercado, é possível, e devem as prestações objeto do contrato ser submetidas à concorrência e, nessa medida, o recurso ao ajuste direto, ao abrigo do invocado critério material, carece de fundamento legal.



16. No mesmo sentido concluiu este Tribunal no Acórdão n.º 25/2014 – 23.JUL - 1.^a S/SS em que se pode ler o seguinte: *“conforme vem sendo referido pela jurisprudência deste Tribunal de Contas o ajuste direto radicado em “motivos técnicos” [vd. art.º 24.º, n.º 1, al. e), do Código dos Contratos Públicos] só é admissível quando, no mercado, e atenta a complexidade e exigência dos serviços a prestar, exista uma única entidade disponível e com aptidão técnica para assegurar a respetiva prestação” (cf. Acórdão n.º 24/2010 - 14/09 – 1.^a Secção/PL).”*
17. E o acórdão n.º 18/06, proc. 2765/2005, no qual se refere que o *“(…) ajuste direto, com o fundamento de que o serviço apenas pode ser executado por um fornecedor determinado, só é admissível porque o legislador entendeu que, havendo apenas uma empresa capaz de executar uma determinada prestação de serviços, a Administração não deveria recorrer a um concurso, por se saber à partida que só aquela empresa poderia ser admitida. Esta é o ratio da norma. “*
18. De todo exposto, conclui-se que a entidade adjudicante só poderia enquadrar a escolha do ajuste direto na exceção a que reporta a alínea e) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP se a empresa contratada fosse a única, por motivos técnicos, capaz de executar o objeto do contrato. Situação que não se verifica no presente caso.
19. Não encontramos na argumentação apresentada pela IP, S.A. qualquer facto que permita considerar que por motivos técnicos, a seguradora a que adjudicou o seguro, (com um valor de prémio e coberturas diversas das constantes do anterior concurso público que ficou deserto), fosse a única com capacidade para executar o objeto do contrato.
20. O mercado de seguros, independentemente do interesse que um concreto contrato suscite, é um mercado concorrencial.
21. As consultas informais, e o estudo que a IP, S.A. mandou realizar e cujo relatório juntou, não permitem concluir que não existia concorrência, e que, com as novas condições quanto a cobertura e prémios, não houvesse, no âmbito de um procedimento concursal aberto, outras propostas.



22. Deveria, pois, por não se verificarem os requisitos para o ajuste direto, ter lançado mão de um procedimento de concurso público, com publicidade internacional, que desse plena aplicação aos princípios gerais da contratação pública, neles avultando o princípio da concorrência.
23. Impunha-se o recurso a um novo procedimento concursal, com pleno respeito pelo princípio da concorrência (com expressa consagração, em matéria de contratação pública, no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP). Sendo que, nada permite concluir que perante o novo valor do prémio e as diferentes coberturas do seguro, num contexto de procedimento concursal amplo, não surgissem outros interessados, não consultados, dispostos a apresentar propostas que levassem em linha de conta esse novo valor e coberturas do seguro.
24. O não cumprimento das exigências formais do procedimento pré-contratual que aqui se imporiam (procedimento concursal aberto, em vez de adjudicação direta) determina a «*preterição total do procedimento legalmente exigido*», prevista no citado artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do atual Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1 (sucedâneo do artigo 133.º do anterior CPA, para que remete a versão originária do n.º 2 do artigo 284.º do CCP). Nulidade que se transmite ao celebrado contrato de seguro.
25. Por outro lado, este Tribunal tem pacificamente entendido que o ajuste direto encerra uma clara compressão de princípios essenciais da contratação pública, cuja preterição fora das estritas condições da sua admissibilidade, constitui ilegalidade suscetível de alteração do resultado financeiro do contrato. Neste sentido, e por todos, cf. Acórdão n.º 40/2010, de 3/11, desta 1.ª Secção, em Subsecção (acessível in www.tcontas.pt), em que se pode ler o seguinte:
- «(...) o respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão. Donde resulta que para a formação de contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados. Por outro lado, sempre que a lei estabeleça exceções aos*



procedimentos concorrenciais mais abertos deve ser-se muito rigoroso e exigente na interpretação e na aplicação dessas exceções, procurando sempre a salvaguarda máxima do princípio da concorrência e admitindo a realização de procedimentos fechados apenas quando não haja alternativa concorrencial possível. O ajuste direto, tal como foi aplicado no caso, constitui um procedimento completamente fechado, que não integra qualquer nível de concorrência. Só deve, pois, aceitar-se a sua utilização quando se demonstre inviável qualquer outra solução procedimental que melhor salvaguarde a concorrência.»

B) Das consequências decorrentes da ilegalidade verificada:

- 26.** Posto isto, cumpre determinar as consequências da ilegalidade verificada, na sua dupla incidência. Como vimos, temos, por um lado, uma nulidade decorrente de uma «*preterição total do procedimento legalmente exigido*», com fundamento no artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do CPA, e nos artigos 283.º, n.º 1, e 284.º, n.º 2, 1.ª parte, do CCP, e, por outro lado, uma violação do princípio da concorrência, com a consequente probabilidade séria de afetação do resultado financeiro do contrato.
- 27.** Perante esse enquadramento, impõe-se concluir pela integração, quer do fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC, quer do fundamento de recusa de visto inscrito na alínea c) do mesmo n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Quanto a este último, importa ainda salientar que, como este Tribunal tem afirmado em diferentes ocasiões, basta «o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro do contrato», para se poder considerar verificado o mencionado fundamento de recusa de visto (cf., por todos, o Acórdão n.º 23/2011, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 14/10).
- 28.** E, neste ponto, será ainda de ter em conta a jurisprudência firmada por este Tribunal no sentido de que o preenchimento dessa disposição legal se basta com «o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro do contrato» (assim, e por todos, cf. o Acórdão n.º 23/2011, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 14/7, acessível in www.tcontas.pt).



29. Em suma: pelas razões aduzidas, mostram-se verificados os fundamentos de recusa de visto constantes das alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC – pelo que deve tal recusa ser decretada.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.

Emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 22 de junho de 2021

Os Juízes Conselheiros,

Alzira Antunes Cardoso, relator, participou na sessão por videoconferência, e assinou digitalmente o acórdão.

Fernando Oliveira Silva, participou na sessão, a partir da sala de sessões do Tribunal, e votou favoravelmente o acórdão.

Paulo Dá Mesquita, participou na sessão, a partir da sala de sessões do Tribunal, e votou favoravelmente o acórdão.