



Transitou em julgado em 17/09/10

ACÓRDÃO N.º 161/2009 - 02.Nov.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 32/2009)

**DESCRITORES:** Contratação Pública / Contrato de Subconcessão / Parceria Público-Privada / Procedimento Pré-Contratual / Estudos / Avaliação das Propostas / Programa de Concurso / Preços / Autenticação de Documentos / Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Recusa de Visto

## SUMÁRIO:

1. As parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas - RJPPP), designadamente os resultantes dos seus artigos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 14.º - C e 14.º - F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo exercido através da função accionista do Estado. É igualmente aplicável o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, atenta a data do procedimento e a natureza da entidade adjudicante e do contrato.
2. A EP, SA inclui-se no universo definido na segunda parte da al. c) do n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (LOPTC), estando os seus actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.
3. O lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro



# Tribunal de Contas

---

público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do art.º 19.º da Lei de Enquadramento Orçamental, sob pena de violação do disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 6.º do RJPPP.

4. A fase das negociações tem por finalidade melhorar as propostas dos concorrentes, não sendo admissíveis condições menos vantajosas para a entidade adjudicante do que as que resultaram da fase de avaliação das propostas.
5. Tal regra impede que, através de juízos subjectivos, a entidade adjudicante possa escolher propostas objectivamente menos favoráveis do que as inicialmente apresentadas, como também impede o estabelecimento de uma inadmissível incerteza jurídica, incompatível com a garantia do bem público que aquela regra visa assegurar, além de garantir o princípio da imparcialidade.
6. A diminuição das pontuações atribuídas à proposta da subconcessionária na fase de negociações, relativamente às obtidas na fase de avaliação das propostas, viola o programa de concurso, e ainda os princípios da estabilidade, da concorrência e da igualdade, consequenciando, para a concedente, um agravamento do resultado financeiro do contrato celebrado.
7. O preço das cópias a fornecer aos interessados é, apenas, o seu preço de custo, não se incluindo nele factores exteriores à sua produção, designadamente, o custo relativo à busca, preparação e elaboração dos documentos a copiar, sob pena de violação do art.º 62.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.
8. As violações de lei mencionadas ferem o núcleo central dos valores que devem ser observados na constituição das parcerias público-privadas, bem



# Tribunal de Contas

---

como nos procedimentos de negociação e de avaliação de propostas, no âmbito da contratação pública, a que acresce a forte probabilidade de terem tido por consequência a alteração do resultado financeiro do contrato, fundamento da recusa de visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

**Conselheiro Relator:** António M. Santos Soares



## ACÓRDÃO N° 161 /09 – 02.NOV.09 - 1ª S/SS

**Processo n° 32/09**

### **I – RELATÓRIO**

A “**Estradas de Portugal, SA**” (doravante designada por **EP** ou por **concedente**), remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de subconcessão relativo à concepção, projecto, construção, duplicação de vias, financiamento, exploração e conservação dos lanços da auto-estrada e conjuntos viários associados <sup>1</sup> designada por “Subconcessão do Auto-Estrada Transmontana”, celebrado em 9 de Dezembro de 2008, entre aquela entidade e a “**AUTO-ESTRADAS XXI – Subconcessionária Transmontana, S.A.**”, (doravante designada por **AE-XXI** ou **subconcessionária**). <sup>2</sup>

### **II – MATÉRIA DE FACTO**

---

<sup>1</sup> Nos termos da alínea yy) do n°1.1 do capítulo I do contrato e da alínea ww) do n°1.1 do Anexo I do Caderno de Encargos, “via” significa “em conjunto, a auto-estrada, os itinerários principal e itinerário complementar e conjuntos viários associados que integram” os lanços referidos.

<sup>2</sup> Nos termos da cláusula 2 do contrato de subconcessão, deste fazem parte integrante, constando como anexos, outros contratos e instrumentos contratuais, designadamente os contratos de projecto e construção, de operação e manutenção, de condução e realização dos processos expropriativos e de financiamento (22 anexos, no total).



# Tribunal de Contas

---

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

- A) A Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2007, de 14 de Junho**<sup>3</sup> instituiu um novo modelo de gestão e financiamento do sector das infra-estruturas rodoviárias, prevendo a celebração de um contrato de concessão entre o Estado e a **EP**, tendo por objecto as responsabilidades de concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional;
- B) Pelo DL n.º 374/2007, de 7 de Novembro**, a **EP** foi transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, tendo sido, pelo mesmo diploma, aprovados os seus estatutos;
- C) Pelo DL n.º 380/2007, de 13 de Novembro**, foram aprovadas as bases da concessão atribuída à **EP**;
- D) Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 174-A/2007**, de 14 de Novembro,<sup>4</sup> foi aprovada a minuta do contrato de concessão entre o Estado e a **EP**;
- E) Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 177/2007**, de 22 de Novembro,<sup>5</sup> foi determinado que a **EP** lançasse, até ao final de 2007, concurso público internacional para a Concessão Auto-Estrada Transmontana, em regime de *parceria público-privada*;
- F) O contrato de subconcessão** enviado para fiscalização prévia, - no qual a **EP** outorga como *concedente* - foi precedido de concurso público internacional, cujo Anúncio de abertura foi objecto de publicação no JOUE de 27.11.07 (tendo sido enviado o aviso para publicação neste

---

<sup>3</sup> Publicada no DR, 1ª Série, de 11-7-2007.

<sup>4</sup> Publicada no DR, 1ª série, de 23-11-2007.

<sup>5</sup> Publicada no DR, 1ª série, de 10-12-2007.



jornal a 23.11.07), no *Diário da República*, 2ª Série, de 30.11.07, no “Jornal de Notícias”, de 24.11.07 e no jornal “O Mensageiro de Bragança”, de 29.11.07; <sup>6</sup>

**G)** Por deliberação do Conselho de Administração da **EP**, de 23-11-2007, <sup>7</sup> foram aprovados o Programa de Concurso e o Caderno de Encargos, doravante designados, também, por **PC** e **CE**;

**H)** Por deliberação do Conselho de Administração da **EP**, de 05-12-2007, <sup>8</sup> e na sequência de instruções emanadas da Tutela, vieram a ser alterados os lanços do objecto da subconcessão, bem como o Programa de Concurso e o Caderno de Encargos, no que se refere ao *regime de exploração dos lanços em “regime de portagem” e “a previsão de uma variante à proposta dos concorrentes que contemplasse a actualização da taxa de portagens de acordo com a inflação, de forma a antecipar legislação vigente”*. <sup>9</sup>

**I)** Por solicitação da **EP**, a empresa consultora “Corporate Finance”, elaborou um estudo denominado “Análise da Viabilidade Económica” e um denominado “Ensaio sobre uma Estrutura Financeira Indicativa”, - ambos datados de Novembro de 2007 - onde concluiu o seguinte:

*“... Importa realçar que, no relatório de Análise de Viabilidade Económica, os resultados obtidos decorreram do objectivo de se atingir uma TIR de Projecto de 6,13% a.a., antes da consideração de possíveis estruturas de financiamento de suporte à implementação do mesmo. Ao longo destes Ensaios, os valores apresentados resultam do objectivo de se atingir uma*

---

<sup>6</sup> Foi efectuada uma rectificação ao aviso de abertura (JOUE, de 5.12.07 e DR da mesma data), e prestados esclarecimentos ao concorrentes;

<sup>7</sup> Vide fols. 10 dos autos.

<sup>8</sup> Vide fols. 27 dos autos.

<sup>9</sup> De salientar que, apesar de sucessivamente instada a enviar estes documentos (PC e CE) na sua forma final, nomeadamente a propósito da redacção do ponto 13. do PC, a **EP** só deu satisfação à solicitação do Tribunal, através de ofício datado de 23 de Julho de 2009.



*TIR Accionista Objectivo de 7,65% e uma estrutura de financiamento para o Projecto (descritas no capítulo 1 deste Ensaio).*

*Da assunção de uma estrutura de financiamento indicativa neste Ensaio, resulta uma TIR de Projecto superior à TIR de Projecto objectivo de 6,13% a.a., considerada na Análise de Viabilidade Económica, uma vez que neste Ensaio, a Subconcessão tem também de libertar fundos para servir a Dívida Sénior e para remunerar os accionistas. Desta forma, o esforço financeiro líquido do Concedente / EP associado à Subconcessão resultante da Análise de Viabilidade Económica não é directamente comparável com o esforço financeiro líquido do Concedente / EP resultante deste Ensaio.*

*Tendo isto presente, e em função dos pressupostos apresentados ao longo deste Ensaio, podemos concluir o seguinte:*

*· Perante a estrutura de financiamento descrita neste ensaio, consideramos que é possível a potenciais parceiros privados atingir uma TIR Accionista atractiva;*

*· No **Cenário Base** e atendendo ao cumprimento de rácios de cobertura financeira e à obtenção de uma remuneração accionista aceitável, a diminuição do capital de Dívida Sénior por reembolsar e dos respectivos encargos financeiros permitirá que se observe um perfil de Pagamentos por Disponibilidade (a efectuar pelo Concedente / EP à Subconcessionária) e de Pagamentos ao Concedente / EP (pela Subconcessionária) semelhante ao seguinte:*

*- Os Pagamentos por Disponibilidade tenderão ocorrer durante toda a vida da Subconcessão;*

*- Nunca se verifica a necessidade de se efectuarem Pagamentos ao Concedente/ EP por parte da Subconcessionária.*

*Perante a estrutura de financiamento assumida nos cenários considerados neste Ensaio, a atractividade acima mencionada é menos exigente, em termos de valor actualizado, para o Concedente / EP no **Cenário Alternativo** em que a Dívida Sénior contraída é totalmente reembolsada no período da vida da Subconcessão (no pressuposto de que a entrada do QREN no projecto, a título de subsídio ao investimento seja totalmente utilizado na amortização antecipada parcial da Dívida Sénior no momento do seu recebimento), uma vez que, neste cenário, para uma mesma TIR Accionista objectivo e para um mesmo nível mínimo de RCASD sem Corporate Finance Ensaio sobre uma Estrutura Financeira Indicativa – Versão Final Documento privado e confidencial Página 18 de 25 caixa, o peso dos encargos financeiros sobre o cash flow do Projecto durante a vida da Subconcessão é menor, induzindo, deste modo, a um menor esforço financeiro líquido para o Concedente / EP.*

*· Face ao exposto, recomendamos que no Programa de Concurso do concurso público internacional para a Subconcessão da Auto-estrada*



*Transmontana (IP4 – Vila Real – Bragança) seja introduzido um critério de avaliação que valorize a minimização do valor actualizado do esforço financeiro líquido requerido ao Concedente / EP, sendo que para este efeito se considera como "esforço financeiro líquido" os Pagamentos por Disponibilidade a efectuar pelo Concedente / EP à Subconcessionária deduzidos dos pagamentos a efectuar pela Subconcessionária ao Concedente / EP. Recomendamos ainda que se faça menção expressa ao montante do subsídio ao investimento previsto no QREN para esta Subconcessão.*

*Por fim, salienta-se que o presente Ensaio apenas se destina a avaliar a atractividade económico-financeira da estruturação de uma Subconcessão e a avaliar o nível de Esforço Financeiro Líquido do Concedente / EP, por um prazo de 30 anos, para a construção, operação e manutenção de uma Auto-estrada, pelo que não tem em conta o valor económico (de mercado) intrínseco à vida útil do activo posterior ao fim da Subconcessão...".*

**J)** Pela empresa consultora referida na alínea anterior, a solicitação da **EP**, e após apresentação da BAFO <sup>10</sup> pelos concorrentes, foram ainda apresentados os seguintes estudos, todos datados de Novembro de 2008: “Estudo Económico a 75 anos com Actualização após adjudicação” e uma “Actualização do Estudo de Impactos Globais Económicos da Subconcessão Auto-Estrada Transmontana”;

**K)** Nos termos da cláusula 6ª do contrato da subconcessão designada por Auto-Estrada Transmontana, <sup>11</sup> o mesmo tem como objecto os lanços de via seguintes:

| Objecto   | Regime              | Lanços   |
|---|---------------------|--|
| Concepção, construção, aumento do número de vias, | <b>COM PORTAGEM</b> | A4/IP4 – Vila Real (Parada de Cunhos) / Nó com a A24/IP3(cerca de 7 Km)<br>A4/IP4 – Nó de Bragança Poente/Nó de Bragança Nascente, |

<sup>10</sup> “Best And Final Offer”: proposta apresentada na fase final de negociações pelos concorrentes seleccionados para essa fase.

<sup>11</sup> Vide o nº1, do PC e o nº 6.1 do Anexo I ao CE.





|   |                     |  |
|---|---------------------|--|
| financiamento, exploração e conservação   |                     | (cerca de 7 Km)  |
|   | <b>SEM PORTAGEM</b> | A4/IP4 – Nó com a A24/IP3/Nó de Vila Real Nascente (cerca de 4 Km)<br>A4/IP4 – Nó de Bragança Nascente/Quintanilha (cerca de 14 Km)  |
| Operação, concepção, construção da duplicação, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação | <b>SEM PORTAGEM</b> | A4/IP4 – Nó de Vila Real Nascente/ Nó de Bragança Poente, incluindo o nó com a IP2 e ligação a Macedo de Cavaleiros (cerca de 106 Km)  |
| Operação, manutenção, reabilitação e exploração   | <b>SEM PORTAGEM</b> | IP4 – Amarante (cerca do Km 63 – futuro nó com a A4) / Vila Real (cerca do Km 105 – futuro nó de Vila Real Nascente da A4) (cerca de 43 Km)<br>IP4 – Variante de Bragança, (cerca de 11 Km)<br>IP4 – Ponte de Quintanilha e acessos, (cerca de 2 KM) |

L) Integram ainda a subconcessão, para além da auto-estrada, o itinerário principal e complementar e conjuntos viários associados que integram os lanços objecto da subconcessão, as áreas de serviço e repouso, <sup>12</sup> centros de assistência, manutenção e outros serviços de apoio e todas as obras, máquinas, aparelhagens, acessórios afectos, por alguma forma, à subconcessão;

M) Todos os bens e direitos que integram a subconcessão reverterem automaticamente, e sem qualquer indemnização, para a concedente, no termo da mesma;

N) A subconcessionária assume, com a celebração do contrato, todos os riscos inerentes à subconcessão, designadamente a responsabilidade pela obtenção do financiamento (cláusulas 22<sup>a</sup> n.º 1 e 27<sup>a</sup> do contrato), de expropriações (cláusula 26<sup>a</sup>), de concepção, construção, exploração e conservação (cláusulas 27<sup>a</sup> e 48<sup>a</sup>), a não ser nos casos expressamente previstos no contrato e que conferem, à mesma, o direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, nos termos da cláusula 89<sup>a</sup>;

<sup>12</sup> Encontram-se expressamente excluídas do empreendimento a concurso as Áreas de Serviço existentes aos Kms 77+900 e 143+000 do IP4.



# Tribunal de Contas

- O)** O prazo da subconcessão é de trinta anos (vide cláusula 13ª do contrato e artigo 2º do CE), a contar da data da assinatura do contrato, expirando automaticamente às 24 horas do dia em que ocorrer o trigésimo aniversário da sua assinatura;
- P)** De harmonia com os nºs 25.1 e 27 a 30 do PC, o concurso decorre em duas fases:
- a de qualificação e avaliação de propostas, visando a escolha de duas propostas que, sendo as mais pontuadas, passariam à segunda e última fase;
  - a de negociações e escolha do subconcessionário;
- Q)** No final de cada fase do procedimento, deve a Comissão de Avaliação das Propostas (doravante também designada por **CAP** ou **Comissão**) elaborar um relatório, fundamentado, no qual estabelece um projecto de classificação dos concorrentes, procedendo, na 1ª fase, à qualificação e à indicação dos dois concorrentes que obtêm melhor classificação, para passarem à fase das negociações, e, na 2ª fase, indicando o concorrente a quem deve ser atribuída a subconcessão;
- R)** Nos termos dos nºs 13.4 a 13.6 do PC, os concorrentes devem apresentar uma proposta base e uma proposta base alternativa, podendo ainda apresentar, relativamente a cada uma destas, uma proposta variante financeira, propostas essas que devem ser claramente identificadas como tal nos documentos que as integrem;
- S)** Nos termos do nº 25 do PC, a selecção das duas propostas para a fase de negociações e a escolha do subconcessionário é efectuada segundo os seguintes critérios e subcritérios de avaliação:

|   |            |
|---|------------|
| <b>A - Critérios de natureza financeira</b>                   | <b>50%</b> |
| Ai. Valor actualizado do esforço financeiro líquido do Estado | 85%        |
| Aii. Equilíbrio económico-financeiro                          | 6%         |





|   |            |
|---|------------|
| Aiii. Robustez da proposta face aos riscos do projecto  | 6%         |
| Aiv. Termos e condições dos financiamentos  | 3%         |
| <b>B - Critérios de natureza técnica</b>  | <b>40%</b> |
| Bi. Qualidade técnica das propostas   | 50%        |
| Bii. Níveis de qualidade de serviço e segurança no que respeita ao sistema de exploração e manutenção e à fase de alargamentos, bem como do sistema de cobrança de portagens          | 30%        |
| Biii. Níveis de qualidade de serviço e segurança no que respeita ao sistema de assistência dos utentes e de gestão de incidentes, incluindo o sistema de controlo e gestão de tráfego | 10%        |
| Biv. Garantia de cumprimento das datas de entrada em serviço  | 10%        |
| <b>C - Critérios de natureza jurídica</b>   | <b>10%</b> |
| Ci. Análise da estrutura contratual   | 15%        |
| Cii. Transferência do risco   | 15%        |
| Ciii. Análise do nível de risco incorrido pelo concedente na execução do contrato de subconcessão   | 70%        |

T) No subcritério Ai. (Valor actualizado do esforço financeiro líquido do Estado, também designado por **VAL**), nos termos do ponto i., da alínea a), do nº 25.1 do **PC**, e por “esforço financeiro líquido do concedente”, entende-se “o valor dos pagamentos associados à componente de Remuneração Anual por Disponibilidade, deduzido de pagamentos que a Subconcessionária efectue ao Concedente”. O **VAL**, nos termos do mesmo número, é calculado utilizando a taxa de desconto prevista no Despacho da Ministra das Finanças nº 13208/2003, de 7 de Julho;

U) No nº 28 do **PC** refere-se que:

“28.1. A fase das negociações visa atingir uma melhoria das propostas seleccionadas e tem como resultado final a minuta do contrato de subconcessão e os respectivos anexos.

28.2. O resultado das negociações não pode resultar em condições menos vantajosas para o Concedente do que as inicialmente propostas. Entende-se que *uma proposta tem condições menos vantajosas para o Concedente se obtiver, no*



# Tribunal de Contas

*termo da fase de negociações, uma pontuação que, no subcritério A i), ou na nota global, seja inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase.”<sup>13</sup>*

V) Apresentaram propostas seis concorrentes, que, tendo sido numerados de 1 a 6 no procedimento e respectiva documentação constante dos autos, assim serão identificados doravante:

| CONCORRENTES/PARTICIPAÇÃO                           |  |
|---|--|
| <b>N.º1 Cintra</b>                                  | Cintra<br>Eusébiospar, SGPS, SA<br>Gabriel Couto<br>AS – Aurélio Martins Sobreiro & Filhos, SA<br>Grupo Casais<br>Ferrovia Agroman   |
| <b>N.º2 Grupo Rodoviário Transmontana</b>           | Iridium Concessiones de Infraestruturas, SA<br>Desarollo de Concessiones Viárias Uno SL<br>Dragados, SA<br>Edifer, Construções Pires Coelho e Fernandes, SA<br>Edifer – Investimentos – SGPS, SA<br>Tecnovia Sociedade de Empreitadas, SA<br>Tecnovia Madeira – Soc de Empreitadas, SA<br>Conduril Construtora Duriense<br>Conduril – Gestão de Concessões de Infraestruturas, SA                            |
| <b>N.º3 Aenor Transmontana</b>                      | Mota-Engil – Engenharia e Construções, SA<br>Mota-Engil – Concessões de Transportes, SGPS, SA<br>Banco Espírito Santo, SA Sociedade Aberta<br>Esconcessões, SGPS, SA<br>Opway – Engenharia, SA<br>Monteadriano – Engenharia e Construção, SA<br>Sociedade de Construções H Hagen, SA<br>Alberto Martins de Mesquita & Filhos, SA<br>Empresa de Construções Amândio de Carvalho, SA<br>Rosas, Construções, SA |
| <b>N.º4 - AETM – Auto-Estrada de Trás-os-Montes</b> | Somague Itinere,<br>MSF – Moniz da Maia Serra & Fortunato – Empreiteiros, SA<br>MSF Concessões – SGPS, SA<br>Somague Engenharia, SA<br>Itinere Infraestructuras, SA  |
| <b>N.º5 Auto-Estrada XXI</b>                        | Sociedade de Construções Soares da Costa, SA<br>Soares da Costa Concessões, SGPS, SA<br>FCC – Construcción, SA<br>Ramalho Rosa – Cobetar, Sociedade de Construções, SA<br>Global Via Infraestructuras, SA<br>Operália – Infraestructuras, SA<br>Mantenimiento de Infraestructuras, SA  |
| <b>N.º 6 AETM – Auto-Estrada Transmontana</b>       | Brisa- Auto-Estradas de Portugal, SA<br>Teixeira Duarte- Engenharia e Construções, SA<br>Alves Ribeiro, SA<br>Zagope – SGPS, Lda<br>Zagope – Construções e Engenharia, SA<br>BEG - Brisa Engenharia e Gestão, SA<br>BAR Brisa – Assistência Rodoviária, SA   |

Concorrentes que passaram à 2ª Fase

<sup>13</sup> Itálico nosso.



- W)** No início do acto público do concurso, realizado em 25.03.2008, foi entregue aos concorrentes um documento com a metodologia adoptada na avaliação das propostas, elaborado pela **CAP** em 29.02.2008, de acordo com o n.º 25.2 do **PC**;
- X)** Foram seleccionados para a fase de negociações os concorrentes n.ºs **4** (“**AETM – Auto-Estrada de Trás-os-Montes**”) e **5** (“**Auto-Estrada XXI**”), com as suas propostas base e variante financeira, os quais obtiveram, **na primeira fase**, as seguintes pontuações (vide Relatório da Comissão de 16 de Junho de 2008): <sup>14</sup>
- a) Concorrente n.º 5 (a subconcessionária): 13,58 como nota global e 17,0 como nota no subcritério Ai (A1 no relatório da Comissão w);
  - b) Concorrente n.º 4 : 13,11 como nota global e 13,5 como nota no subcritério Ai (A1 no Relatório da Comissão);
- Y)** No subcritério Ai (A1 no relatório da Comissão) foram considerados os seguintes montantes para o valor actualizado do esforço financeiro líquido (VAL) do concedente:
- i. Concorrente n.º 4: 575.664 milhões de euros;
  - ii. Concorrente n.º 5: 460.782 milhões de euros;
- Z)** Na proposta acima referida, do concorrente n.º 5, consta o montante de 230 milhões de euros de pagamentos a fazer ao concedente, que se reflectiu no VAL (vide acima alínea **T**) e o n.º 3.1.1. do documento referido na alínea **W**); <sup>15</sup>

<sup>14</sup> Vide fols. 297 a 505 dos autos.

<sup>15</sup> Vide quadro anexo ao ofício da EP n.º 1282, de 19.02.09,



**AA)** Os concorrentes referidos na alínea **X)**, com as propostas também nela indicadas, **após a fase de negociações**, obtiveram as seguintes pontuações (vide Relatório final da Comissão de 24 de Outubro de 2008):

- 1 - Concorrente nº 5 (a subconcessionária): 13,3 como nota global e 14,8 como nota no subcritério Ai (A1 no relatório da Comissão);
- 2 - Concorrente nº 4: 11,07 como nota global e 9,0 como nota no subcritério Ai (A1);

**BB)** Na fase de negociações, no subcritério Ai (A1) foram considerados os seguintes montantes para o valor actualizado do esforço financeiro líquido (**VAL**) do concedente:

- 1 - Concorrente nº 5 (a subconcessionária): 539,895 milhões de euros;
- 2 - Concorrente nº 4: 745,983 milhões de euros;

**CC)** O valor do esforço líquido do concedente, para os trinta anos da concessão, representa 539.894.552 milhões de euros;

**DD)** O quadro seguinte espelha as pontuações obtidas nas duas fases, em cada factor/subfactor de análise das propostas, pelos concorrentes seleccionados para a fase final:

|  | Concorrente 4 |      | Concorrente 5 |      |
|--|---------------|------|---------------|------|
|  | 1ª Fase       | BAFO | 1ª Fase       | BAFO |
| <b>A – Critérios de Natureza Financeira</b>  |               |      |               |      |
| A1 Valor Actualizado Líquido do Esforço Financeiro do Estado   | 13,5          | 9,0  | 17,0          | 14,8 |
| A2 Equilíbrio Económico Financeiro   | 9,0           | 15,0 | 8,0           | 15,0 |
| <b>A3- Critérios de Natureza Financeira</b>  |               |      |               |      |
| A4 Meios e Condições dos Financiamentos  | 5,0           | 9,0  | 0,0           | 6,0  |
|  | 13,0          | 12,0 | 8,0           | 12,0 |
| <b>B - Critérios de Natureza Técnica</b>   |               |      |               |      |
| B1 Qualidade Técnica da Proposta   | 14,0          | 15,0 | 13,0          | 13,0 |
| B2 Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança no que respeita ao Sistema de Exploração e Manutenção  | 14,0          | 13,0 | 11,0          | 11,0 |
| B3 Níveis de Qualidade do Serviço e Segurança qto ao sistema de Assistência aos utentes e gestão de incidentes incluindo sistema de controlo e gestão de tráfego | 14,0          | 12,0 | 13,0          | 14,0 |
| B4 Garantia de Cumprimento das Datas de Entrada em Serviço   | 13,0          | 13,0 | 8,0           | 13,0 |
| <b>C - Critérios de Natureza Jurídica</b>  |               |      |               |      |



|  |              |              |              |              |
|--|--------------|--------------|--------------|--------------|
| C)i Análise da Estrutura Contratual                            | 12,0         | 12,0         | 12,0         | 12,0         |
| C)ii Transferência do Risco                                    | 12,0         | 12,0         | 14,0         | 1,0          |
| C)iii Risco do Concedente na Execução do Contrato de Concessão | 12,0         | 6,0          | 12,0         | 12,0         |
| <b>Classificação Final</b>                                     | <b>13,11</b> | <b>11,07</b> | <b>13,58</b> | <b>13,30</b> |

EE) Assim, e como também resulta das alíneas X), Y), Z), AA) e BB) na fase das negociações, ambos os concorrentes, obtiveram pontuações inferiores àquelas que obtiveram na 1ª fase, quer no subfactor A1 (VAL do esforço financeiro do concedente), quer na pontuação global;

FF) Na fase das negociações, os custos de construção e concepção inicial a cargo da subconcessionária foram reduzidos em cerca de 70 milhões de euros (na 1ª fase - 577.345 M€; na fase final - 508.585 M €);

GG) A EP justifica este decréscimo pela forma seguinte:

*“... Na 1ª fase foi utilizada pela subconcessionária cartografia baseada no estudo prévio patenteado, sendo de realçar que a cartografia com base na qual foi realizado aquele estudo foi obtida em 2004, pelo que a mesma se encontrava desactualizada e desajustada face à data de apresentação das propostas na 1ª fase. Já na 2ª fase, a subconcessionária adoptou cartografia à escala 1:2000 produzida especificamente para o efeito.*

*Face ao melhor e mais pormenorizado detalhe da realidade com base na qual foi elaborada e desenvolvida a proposta técnica, obteve-se uma melhoria significativa da mesma. Efectivamente, obtiveram-se as seguintes vantagens:*

*a) Optimização do traçado, recorrendo-se em grandes zonas ao aproveitamento do actual IP4;*

*b) Sendo o perfil da futura auto-estrada A4, um perfil de dupla faixa de rodagem, com duas vias por sentido, e tendo a subconcessionária recorrido ao aproveitamento da plataforma do*



*IP4, permitiu, em algumas zonas, que uma das faixas de rodagem daquela auto-estrada se desenvolva na actual via; e*

*c) Diminuição das quantidades de trabalho de construção com reflexos directos no custo total de construção, em razão do referido aproveitamento do actual IP4;*

*Paralelamente, verificou-se, da 1ª fase para a 2ª fase, uma diminuição dos preços unitários de algumas rubricas, sendo de destacar os betuminosos (-8%) e o aço (-6%), facto que contribui igualmente para a redução dos preços de construção e, conseqüentemente, do valor do investimento global da responsabilidade da subconcessionária.”*

**HH)** Na fase de negociações, o pagamento, ao concedente, de 230 milhões de euros, - referido na alínea **Z)** -, pelo concorrente nº 5, deixou de constar;<sup>16</sup>

**II)** O concorrente nº5, como já se referiu, foi seleccionado como subconcessionário e com ele foi celebrado o contrato;

**JJ)** O subconcessionário recebe uma remuneração anual, nos termos das cláusulas 64ª e 70ª, calculada segundo as fórmulas previstas na cláusula 76ª do contrato, em função da disponibilidade das vias efectivamente verificada e em função do serviço prestado efectivamente (relacionado com os volumes e tipo de tráfego verificado) e deduzida dos montantes relativos a falhas de desempenho e de disponibilidade, externalidades ambientais e da sinistralidade;

**KK)** Na remessa do contrato a este Tribunal, para apreciação “no âmbito das suas competências em sede de fiscalização prévia”, a **EP** afirma

<sup>16</sup> Vide Relatório de Avaliação das Propostas - 2ª fase, de Outubro 2008. Vide igualmente quadro anexo ao ofício da EP nº 1282, de 19.02.09,





que “(...) com a celebração do Contrato de subconcessão a EP não terá qualquer encargo, seja a que título for, durante os primeiros cinco anos de vigência do mesmo (cfr. n.º 26.1., d) do Programa de Concurso e Quadro Resumo dos Pagamentos por Disponibilidade que anexamos), pelo que, salvo melhor opinião, não se encontra preenchido o disposto no artigo 5.º da Lei do Tribunal de Contas”;

**LL)** Questionada sobre as razões que justificaram a diminuição, após a fase de negociações, das pontuações globais e das pontuações relativas ao subcritério Ai atribuídas às propostas (vide alíneas **AA**), **BB**), **DD**) e **EE**)) e o aumento do **VAL** do concedente (vide alíneas **Y**) e **BB**)) também acima), apesar da redução do esforço de investimento (como nas alíneas **EE**) e **FF**) se refere), a **EP** veio dizer o seguinte: <sup>17</sup>

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

*No caso das propostas apresentadas pela Subconcessionária, constata-se que entre a 1ª fase e a 2ª fase, o pricing global do financiamento aumentou — os spreads associados à banca comercial aumentaram de 100 bps para 160 a 180 bps.*

*Adicionalmente, as entidades financiadoras passaram também a limitar a maturidade das facilidades de crédito. No caso da Subconcessionária, na proposta da 1ª fase, a maturidade prevista para a facilidade de crédito era de 28 anos. Já na 2ª fase, as entidades financiadoras optaram por incorporar um mecanismo de cash sweep, através do qual, caso a subconcessionária não consiga um refinanciamento no 6º ano da subconcessão, todo o cash flow liberto a partir desse ano passa a ser afecto ao reembolso da facilidade de crédito, remunerando-se os accionistas apenas após o seu reembolso total.*

<sup>17</sup> Vide ofício da EP nº 2581 de 08.ABR.2009, a fols. 756 dos autos.



*No que se refere aos fundos próprios aportados ao projecto, constata-se, igualmente, um acréscimo entre a 1ª fase e a 2ª fase de negociações de cerca de 37M€, sendo de salientar que estes fundos não só sofrem um aumento significativo, como são aportados ao projecto com uma antecipação de 4 anos (e não só no 5º ano, como estava previsto na 1ª fase) decorrente da eliminação da facilidade de equity bridge.*

*Assim, o acréscimo introduzido pela subconcessionária nos pagamentos por disponibilidade é explicado pela necessidade de cobrir o acréscimo de fundos accionistas aportados ao projecto, mas também o facto de serem aportados nos primeiros 4 anos de duração do contrato de subconcessão e não apenas no 5º ano.*

*Adicionalmente, é ainda de referir que este aumento do nível de pagamentos visa ainda mitigar o risco adicional assumido pelos accionistas, em fase de negociações decorrente da assunção de um pressuposto de refinanciamento no ano 2016, por um empréstimo obrigacionista.*

*Finalmente, é ainda de registar: (i) um decréscimo dos pagamentos por serviço (que cabem à EP), estimados pela subconcessionária na fase de negociações em cerca de 45M€, a preços correntes e (ii) o facto do VAL final ser significativamente inferior ao previsto no estudo de viabilidade (de 701.712M€ para 540.000M€).*

*Do ponto de vista estritamente jurídico, e dado o manifesto interesse público na contratação da Subconcessão, interesse público esse reiterado pelo Estado enquanto accionista único da EP, através do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, quer junto do Conselho de Administração, quer através das sucessivas intervenções públicas de Sua Excelência o Senhor Primeiro Ministro sublinhando o papel decisivo do investimento público no combate à crise económico-financeira, algumas dessas intervenções feitas em data anterior à da decisão de adjudicação da Subconcessão do Douro Interior, mas também, justamente, nas cerimónias de formalização dos contratos de subconcessão, incluindo na do contrato de subconcessão da Auto-Estrada Transmontana, os factos acima descritos configuram, salvo melhor opinião, uma clara alteração de circunstâncias para efeitos de aplicação do artigo 198.º do Decreto-Lei n.º59/99, de 2 de Março (aplicável por remissão do n.º34 do Programa do Concurso).*



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

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

*Por outro lado, e em reforço do que se acaba de dizer, há, entre a imediatamente fase pré-adjudicatória e o início da execução do contrato, uma continuidade não só natural, mas também (e sobretudo) funcional. A isto acresce que a proximidade entre as partes — para mais numa fase de negociações directas e prolongadas com os concorrentes - assim o exige, impondo a observância de deveres de lealdade acrescidos. A doutrina reconhece de forma unânime, de resto, a existência de deveres de protecção in contrahendo, tanto no direito privado, como no direito público (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Contratos Públicos — subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*”, *Cadernos o Direito, Almedina, 2007*).*

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

**MM)** Respondendo a questões colocadas por este Tribunal, a **EP** remeteu, em 30-10-2009, um ofício com o número de saída 124329, que se dá aqui por reproduzido, no qual veio desenvolver argumentos já invocados na alínea anterior, e, procurando justificar as condições menos vantajosas, para ao



concedente, que se verificaram após as negociações relativamente à 1ª fase do procedimento, referiu o seguinte, em síntese:

- Entre a 1ª fase e a 2ª fase do procedimento, verificou-se uma significativa degradação do clima económico e financeiro decorrente da gravíssima crise financeira global, com repercussões directas nos termos e condições de financiamento propostos pelas entidades financiadoras para a Subconcessão da Auto-Estrada Transmontana;
- Este ambiente macro-económico veio alterar, de forma muito substancial, o modo como os potenciais concorrentes tiveram que abordar o programa de subconcessões, merecendo uma avaliação especial os seguintes parâmetros:
  - Redução do conjunto de bancos disponíveis para participar no programa;
  - Aumento dos custos financeiros, margens e comissões;
  - Redução dos prazos de financiamento;
  - Aumento da componente de capitais próprios.
- Para apuramento do impacto das alterações na estrutura financeira das propostas entre a 1ª e a 2ª fases, no VAL do esforço financeiro líquido do concedente, foram tidas em conta as seguintes componentes da proposta financeira:
  - Estrutura de capitais;
  - *Pricing*;
  - Estrutura de financiamento;Estes três factores, designados por efeitos da crise financeira, representam 158,5 milhões de euros.
- Caso o concorrente tivesse aplicado as condições económicas e financeiras da fase BAFO, na 1ª fase, o VAL do esforço financeiro da concedente previsto na proposta desta última seria de € 619,0 milhões, valor superior ao ocorrido de facto;
- No contrato de Subconcessão incluiu-se uma cláusula de refinanciamento da Subconcessão. A causa do aumento do VAL – os custos financeiros impostos pelos Bancos Financiadores com o financiamento concedido à Subconcessionária e traduzidos nos denominados Contratos de Financiamento - foi justamente o objecto do Refinanciamento da Subconcessão.

NN) Para fornecimento dos documentos relativos ao procedimento, a entidade concedente fixou um preço de 15.000 euros;



OO) Questionada sobre os fundamentos subjacentes à fixação do valor mencionado na alínea anterior, a EP alegou o seguinte; <sup>18</sup>

*“... O valor acima descrito foi apurado com base nos documentos técnicos patenteados a concurso, incluindo respectivo suporte digital (CD/DVD) a seguir enumerados e que constam do Programa de Concurso da Subconcessão no art. 6.1. “Peças que instruem o processo – Anexos IX, X e XI” ...”.*

### III – O DIREITO

1. Para a análise do presente processo, importa determinar qual o direito aplicável às questões que nele se levantam, tendo em conta a matéria de facto dada por assente.

A EP é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, com o capital social de 200.000.000 €, integralmente subscrito e realizado pelo Estado, regendo-se pelo disposto no DL n° 374/2007, de 7 de Novembro, pelos seus estatutos, - aprovados por este diploma legal -, pelo regime jurídico do sector empresarial do Estado, <sup>19</sup> pelos princípios de bom governo das empresas do sector empresarial do Estado, constantes da Resolução do Conselho de Ministros n° 49/2007, de 1 de Fevereiro de 2007, <sup>20</sup> pelo Código das Sociedades Comerciais, pelos seus regulamentos internos e pelas normas especiais que lhe sejam aplicáveis (artigos 1º, n°1, 3º e 6º do DL n° 374/2007, de 7 de Novembro <sup>21</sup>).

---

<sup>18</sup> Vide ofício da EP n° 1282, de 19.02.2009

<sup>19</sup> Decreto-Lei n° 558/99, de 17 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo DL n°300/2007, de 23 de Agosto.

<sup>20</sup> Publicada no DR, 1ª série, de 28-3-2007.

<sup>21</sup> Este diploma sofreu as alterações que lhe foram introduzidas pelo DL n° 110/2009 de 18 de Maio, as quais não recaíram, porém, nos normativos ora indicados.



Como sociedade constituída nos termos da lei comercial, na qual o Estado pode exercer, de forma directa, uma influência dominante, em virtude de deter a totalidade do capital social, a EP é, de acordo com o artigo 3º, nº1, do DL nº 558/99, de 17 de Dezembro, uma *empresa pública*.

À EP, e pelo DL nº 380/2007, de 13 de Novembro, <sup>22</sup> foi atribuída a concessão relativa à rede rodoviária nacional, regendo-se nessa matéria pela Lei nº 10/90, de 17 de Março <sup>23</sup> (em especial o disposto no seu artigo 15º) e pelo referido DL nº 380/2007, de 13 de Novembro, que estabelece no seu anexo, na base 32, que a concessionária deve privilegiar, como forma de execução do objecto da concessão, a atribuição de subconcessões em regime de parceria público-privada.

Tendo o contrato *sub judice*, como objecto, uma subconcessão em regime de *parceria público-privada*, <sup>24</sup> é-lhe aplicável – e ao procedimento que o antecedeu – o disposto no DL nº 86/2003, de 26 de Abril <sup>25</sup> (doravante designado por Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas – RJPPP), diploma que consagra normas gerais aplicáveis na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas.

Ora, estabelece o nº6, do artigo 2º, deste diploma legal:

## Artigo 2º

### Definição de parceria público-privada e âmbito de aplicação

<sup>22</sup> Diploma que aprova as bases da concessão do financiamento, concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da **rede rodoviária nacional** e que sofreu as alterações introduzidas pela Lei nº 13/2008 de 29 de Fevereiro e pelo DL nº 110/2009 de 18 de Maio.

<sup>23</sup> Com a redacção dada pela Lei nº 3-B/2000, de 4 de Abril e pelo DL nº 380/2007, de 13 de Novembro.

<sup>24</sup> Nos documentos do concurso, tal não é afirmado expressamente. Contudo, da sua análise, e em particular do seu objecto que se reflecte no objecto do contrato, resulta uma consonância substancial com o que a lei caracteriza como sendo uma parceria público-privada. Aliás, nas respostas dadas às questões suscitadas por este Tribunal que afirmam ou pressupõem tal consonância, a EP não o contesta. Pelo contrário assume-o também (vide ofícios nºs 1171 e 2418 de 16.FEV.2009 e de 1.ABR.2009, respectivamente). Por outro lado, o estudo a que acima se fez referência na alínea g) do nº 2, no seu nº2.1 (na página 8), ao referir o enquadramento jurídico a ter em conta, cita expressamente o Decreto-Lei nº86/2003.

<sup>25</sup> Com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº141/2006, de 27 de Julho.



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

1. 1. Quanto ao entendimento que deve ser seguido na aplicação da disposição legal agora transcrita, referiu a EP, *inter alia*:<sup>26</sup>

- a) “... O [RJPPP] não se aplica directamente às empresas públicas sob a forma societária, ou seja, não se aplica à EP. Contudo, prescrevendo a referida disposição legal que às empresas públicas sob a forma societária se aplicam, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do RJPPP, a EP tem actuado como se aquele diploma se aplicasse, directa e integralmente, à preparação, lançamento e contratação de parcerias público-privadas da sua responsabilidade...”;
- b) “...No entanto ... à EP não se aplicam as normas que integram o [RJPPP] mas sim as exigências materiais e os princípios constantes deste mesmo diploma...”;
- c) “... [O] que o legislador fez, foi, coerentemente e ainda que de forma tácita, afastar a aplicação de todas as normas do [RJPPP] que dizem única e exclusivamente respeito ao controlo exercido pelo Ministério das Finanças e pelo Ministério da tutela sectorial...”;
- d) “... Nestes termos, não são aplicáveis ao lançamento e contratação de parcerias público-privadas por “empresas públicas sob a forma societária” as “ exigências materiais e

---

<sup>26</sup> Vide os ofícios da EP nºs 1171 e 2978 de 16.FEV.2009 e de 24.ABR.2009, respectivamente.



*os princípios constantes de todas as normas de natureza estritamente procedimental, ou seja todas aquelas que prevêm as funções de autorização, aprovação, controlo e fiscalização do Ministério das Finanças e do Ministério da tutela sectorial. Ao invés, parece que serão aplicáveis as “exigências materiais e os princípios constantes” de todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é todas aquelas que visam assegurar que o lançamento e contratação de qualquer parceria público-privada cumpre os fins previstos no artigo 4º do [RJPPP], a saber, “o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço””;*

- e) *“... Resta então determinar o que devemos, em concreto, entender por “exigências materiais e princípios constantes”. Na nossa leitura o que se pretendeu salvaguardar foi a aplicação da “ratio legis” subjacente a todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é, salvaguardar a protecção do(s) interesse(s) público(s) inerente(s) a essas normas...”;*
- f) *“... Assim sendo e tudo visto e ponderado, julgamos que à EP não é aplicável o procedimento previsto no artigo 8º (...) pelo que, naturalmente, não dispomos dos pareceres a que alude o Tribunal de Contas...”.*

Relativamente a esta posição da EP, há que dizer o seguinte:

- a) Se é claro que do artigo 2º, nº6, do DL nº 86/2003, de 26 de Abril, na redacção dada pelo DL nº 141/2006, de 27 de Julho, resulta a necessidade de serem observados, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 14º-C e 14º-F, do mesmo diploma legal, deve ser sublinhado que a lei remete para eles, usando a expressão “designadamente”.

Sendo, pois, incontestável, que é meramente exemplificativa, a enumeração que a lei estabelece quanto aos princípios que as parcerias público-privadas devem observar, cumpre ao intérprete a





tarifa de descobrir, no texto legal, outras *exigências materiais* e outros *princípios* que devam, eventualmente, ser observados;

- b) Devem, igualmente, retirar-se ilações do facto de aquela disposição legal não se referir exclusivamente a “*princípios*”.

O legislador introduziu o conceito de “*exigências materiais*” e, aliás, refere-o mesmo antes. Ora, a expressão *exigências materiais* não pode deixar de significar imperativos dirigidos ao intérprete e aplicador da lei, quanto a actos ou factos que devem ser praticados ou que devem ocorrer. Assim, não pode reduzir-se aquela cominação legislativa, à procura da *ratio legis* dos preceitos, como refere a EP, nos ofícios citados na nota 27, supra indicada.

A *ratio legis* é, obviamente, essencial para ajudar na procura dos princípios e das exigências materiais. Mas aqueles e estas, - sobretudo estas, - têm que constituir estipulações muito concretizadas que o aplicador da lei deve observar ou fazer observar;

- c) Finalmente, deve referir-se que há disposições de natureza procedimental que contêm, no seu corpo, exigências de natureza material. Isto é: pese embora sejam de natureza procedimental e formal, têm, no seu núcleo, exigências materiais. E, assim, retirando aqueles aspectos formais, deve observar-se o seu núcleo material. Adiante se verá a concretização deste aspecto, a propósito do que a EP refere e se transcreveu atrás, na alínea f), da transcrição que fizemos de parte da posição da EP;
- d) É necessário, pois, fazer uma atenta análise de todo o diploma legal para descortinar os princípios e as exigências materiais que devem ser observados pelas empresas públicas, sob a forma societária, em matéria de parcerias público-privadas.

Por outro lado, e ainda no que respeita ao direito a ser observado, refira-se que, face à data em que foi desencadeado o procedimento, bem como à natureza da entidade adjudicante e do contrato, é igualmente aplicável o DL n.º 59/99, de 2 de Março (por força dos seus n.º2 do artigo 2.º e alínea g) do n.º1 do



artigo 3º), e o Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, nos termos previstos no seu artigo 4º. <sup>27</sup>

2. Vejamos, seguidamente, as questões a tratar, no caso vertente:

2. 1. Como questão prévia, aludir-se-á à matéria constante da alínea **KK**) do probatório, ou seja o facto de a EP ter sustentado que, com a celebração do contrato de subconcessão, não terá qualquer encargo, seja a que título for, durante os primeiros cinco anos de vigência do mesmo, motivo por que se não encontra sujeita a fiscalização prévia deste Tribunal, dado não estar preenchido o disposto no artigo 5º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Quanto a esta matéria deve referir-se que, como já foi decidido em 9 de Julho de 2009, a EP inclui-se no universo definido pela segunda parte da alínea c), do nº1, do artigo 5º, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC), estando, por isso, os seus actos e contratos – concretamente o que se aprecia neste processo – sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da referida disposição legal e ainda nos termos do artigo 46º, nº1, alínea b) da mesma LOPTC.

Não obstante isto, sempre se dirá que o presente contrato de subconcessão tem como objecto a concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração, com e sem cobrança de portagem aos utentes, dos lanços de via designada por Subconcessão da Auto-Estrada Transmontana, sendo a subcessionária remunerada pela EP, nos termos das cláusulas 64ª, 70ª e 76ª do contrato (vide acima alínea **JJ**) do probatório), pela disponibilidade das vias e pelo serviço, de acordo com as fórmulas constantes desta última cláusula,

---

<sup>27</sup> O PC estabelece no seu nº 34 que em tudo o que nele não estiver expressamente referido se aplicará, com as devidas adaptações, o disposto no Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, e na Directiva nº 2004/18/CEE, de 31 de Março.



pelo que, da concessão, emergem encargos directos para aquela entidade sujeita a fiscalização prévia.

Assim, resultando do contrato celebrado, encargos para a entidade sujeita a fiscalização prévia, está o mesmo sujeito a esta forma de fiscalização, por parte do Tribunal. Nada se retira da lei que leve a concluir que, pelo facto de a EP não ter quaisquer encargos nos primeiros cinco anos de vigência do contrato de subconcessão, o contrato não se encontre sujeito a fiscalização prévia.

A LOPTC não distingue tal situação, apenas considerando que desde que resultem encargos, quer directos quer indirectos, para a entidade que se encontre sob o seu âmbito de controlo subjectivo, o acto ou contrato está sujeito àquela forma de fiscalização.

3. Resolvida esta questão e apreciada toda a matéria constantes dos autos, face aos factos dados por assentes, e sem prejuízo de outras matérias que no processo se poderiam questionar, três outras questões se impõe analisar e sobre elas decidir.

São elas, as seguintes:

- a) *A de saber se o lançamento do procedimento, para a constituição da parceria público-privada, respeitou as exigências fixadas na lei;*
- b) *A de saber se, na apreciação das propostas e consequente decisão de selecção do subconcessionário, se respeitou o disposto na lei;*
- c) *Finalmente, a de saber se, na fixação do preço de fornecimento dos documentos concursais, se seguiram os critérios legalmente fixados.*

Vejam os pois essas questões, referindo-se, contudo, que as referidas nas alíneas a) e b) se separam para melhor sistematização da decisão, pois não



traduzem problemáticas isoladas entre si: isto é, há matérias que se abordam no âmbito da alínea a) que se repercutem nas da alínea b) e vice versa.

### 3. 1. Vejamos, primeiramente, a **questão do lançamento do procedimento para a constituição da parceria público-privada.**

3. 1. 1. Tendo em conta os factos elencados nas alíneas **F) e seguintes** do probatório, e a demais matéria constante dos autos e feita a análise, a que acima se alude, quanto à posição da EP, impõe-se enfrentar um primeiro problema, relacionado com o lançamento do presente procedimento para a constituição da parceria público-privada, qual seja o da necessidade de a documentação ou de os estudos que darem cumprimento ao previsto na alínea c) do nº1 do artigo 6º e em outras disposições legais do RJPPP:

Refere a alínea c), do nº1, do artigo 6º, do RJPPP, aprovado pelo DL nº 86/2003, de 26 de Abril, que “o lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no nº 2 do artigo 19º da lei do enquadramento orçamental(...)”.

Na mesma linha, dispõe a alínea d), do nº 7, do artigo 8º do mesmo RJPPP, quando se refere à demonstração da “inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira”.<sup>28</sup>

Instada a fazer demonstração de que havia sido dado cumprimento ao disposto no citado artigo 6º, a EP respondeu:<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Pode igualmente invocar-se a comunicação de 15.11.2005 da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre as Parcerias Público-Privadas e o direito comunitário sobre contratos públicos e concessões que afirma: “ a solução das PPP não é milagrosa: para cada projecto há que avaliar se a parceria conduz realmente a um valor acrescentado do serviço ou das obras em questão, comparada com outras opções como a celebração de um contrato mais tradicional”.

<sup>29</sup> Vide os já citados ofícios nºs 1171 e 2418 de 16.FEV.2009 e de 1.ABR.2009, respectivamente.



- a) Remetendo os estudos a que se refere a alínea **I**) do probatório;
- b) Referindo que, nos termos da legislação aplicável, a **EP** deve privilegiar as parcerias público-privadas;
- c) Referindo ainda que o Governo, através da RCM nº 177/2007 (vide acima alínea **E**) do probatório), determinou que a EP lançasse a subconcessão da Auto-Estrada Transmontana, em regime de parceria público-privada, pelo que, do ponto de vista legal, não competia à EP elaborar o comparador do sector público;
- d) Dizendo, também, que a lei do enquadramento orçamental (LEO), não se aplica às empresas públicas.

Ora, não colhem os argumentos produzidos pela EP.

Efectivamente, os estudos a que se refere a alínea **J**) do probatório, são todos de data muito posterior ao do lançamento do procedimento.

Apesar de a EP não o invocar, quanto a esta matéria, diga-se que o único estudo anterior – melhor dizendo, contemporâneo - ao lançamento do procedimento, e que é referido acima na alínea **I**) do probatório, tem presente a questão do “*comparador do sector público*”:

No ponto 2.1. (na pág. 8 do estudo), onde se abordam os “resultados” de um estudo de viabilidade, refere-se, expressamente, o “*comparador público*” e, de seguida, diz-se que “[o] estudo tem como objectivo responder às seguintes questões que normalmente se colocam num processo de tomada de decisão: (...) enquadramento de um comparável financeiro que permita avaliar, em termos financeiros e de risco, os méritos relativos da solução PPP”.

Acontece que, depois, o estudo não aborda esta matéria.

Retira-se daqui, pois, que não foi feito nenhum estudo, nem foi junta nenhuma documentação que aborde tal questão, nos termos previstos pela lei.

Como se viu acima, estabelece o DL nº 380/2007, de 13 de Novembro, que a **EP** deve privilegiar, como forma de execução do objecto da concessão, a atribuição de subconcessões, em regime de parceria público-privada.



# Tribunal de Contas

---

Ora, de tal disposição resulta, claramente, a necessidade de a concessionária, em cada caso, proceder à avaliação de qual a solução mais adequada: se a da parceria público-privada, ou outra.

Como decidir, a não ser procedendo ao estudo de tal questão, em cumprimento da alínea c), do nº1, do artigo 6º, do RJPPP?

Ora, no caso em apreço, e como se viu, não foi pois feita tal avaliação pela **EP**.

3. 1. 2. Refere, por outro lado, a **EP** que deu cumprimento a uma ordem do Governo.

Acontece que o que está sujeito a fiscalização prévia é um contrato de subconcessão e o procedimento que a ele deu origem, independentemente das entidades que nele participaram.

É o contrato e o procedimento que devem ser objecto de avaliação em termos da sua conformidade com a lei. E o contrato vincula a **EP**.

É à **EP** que compete demonstrar, perante o Tribunal, - com os meios que a lei faculta -, que contrato e o procedimento observaram o que a lei dispõe.

E todos estão sujeitos à lei: a **EP**, este Tribunal e o Governo.

Portanto, o argumento de que se cumpriu uma ordem do Governo, não colhe, nem releva, para a decisão a tomar neste processo.

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

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

3. 1. 3. Refere, ainda, a **EP** que não está sujeita à Lei de Enquadramento Orçamental (LEO).

Tal entendimento, porém, não pode significar que, no presente procedimento, não estava a **EP** vinculada a observar o disposto na alínea c), do nº1, do artigo 6º, do RJPPP, quando se refere a “*formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no nº 2 do artigo 19º da lei do enquadramento orçamental*”.





O legislador, com tal determinação, dá uma orientação a quem deve proceder à elaboração do “*comparador público*”:

Este deve tomar como base um programa alternativo, visando a obtenção dos mesmos objectivos, com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida.

Isto é: ainda que a LEO não se aplique à **EP**, esta, ao observar o disposto na alínea c), do n.º1, do artigo 6.º, do RJPPP, nos procedimentos que lhe compita desencadear, deve seguir os critérios reassumidos pelo legislador neste diploma, por mera remissão para a LEO.

Sem querer ser exaustivo no escrutínio dos princípios e exigências materiais resultantes do RJPPP, atente-se contudo no que referiu a **EP**, quando foi instada a demonstrar se tinha dado cumprimento ao disposto no artigo 8.º daquele diploma legal: <sup>30</sup> “*julgamos que à EP não é aplicável o procedimento previsto no artigo 8.º (...) pelo que, naturalmente, não dispomos dos pareceres a que alude o Tribunal de Contas*”.

Atente-se, porém, no que dispõem os artigos 7.º-A e 8.º do RJPP:

#### Artigo 7.º-A

##### Programas sectoriais de parcerias

- 1—De acordo com as prioridades políticas e de investimentos sectoriais podem ser desenvolvidos programas sectoriais de parcerias, envolvendo um conjunto articulado de projectos com recurso à gestão e ao financiamento privado, nos termos dos artigos 18.º e seguintes da lei de enquadramento orçamental.
- 2—A coordenação e o apoio técnico à preparação dos projectos inseridos ou a inserir em programas sectoriais podem ser atribuídos, pelo ministro da tutela sectorial, a unidades ou estruturas técnicas especializadas, às quais cabe, nomeadamente, apresentar o respectivo **estudo estratégico** <sup>31</sup> e minutas dos instrumentos jurídicos necessários ao início do procedimento prévio à contratação.
- 3—O estudo previsto no número anterior deve demonstrar a aptidão do projecto para atrair o sector privado, tendo em conta os potenciais interessados e as condições de mercado existentes.

<sup>30</sup> Vide acima na alínea f) da posição da EP, transcrita no ponto 1.

<sup>31</sup> Negrito nosso.



## Artigo 8.º

### Preparação e estudo de parcerias

- 1—Os ministros das tutelas sectoriais que pretendam iniciar processos de parceria público-privada devem notificar o Ministro das Finanças, para efeitos de constituição de uma comissão de acompanhamento da preparação e da avaliação prévia do projecto, apresentando o respectivo **estudo estratégico** <sup>32</sup> e as minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento prévio à contratação.
- 2—As entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 2.º que pretendam iniciar processos de parceria público-privada devem apresentar ao ministro da respectiva tutela sectorial uma proposta contendo os elementos a que se refere o número anterior.
- 3—A comissão de acompanhamento é nomeada por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, no prazo de 15 dias após a notificação a que se refere o n.º 1.
- 4—A comissão de acompanhamento é composta por três ou cinco membros efectivos e dois suplentes, sendo:
- a) O respectivo coordenador indicado por acordo entre os Ministros das Finanças e da tutela sectorial;
  - b) Um ou dois membros efectivos, consoante a comissão seja constituída por três ou cinco membros, indicados por cada um dos ministros;
  - c) Cada um dos suplentes indicados por cada um dos ministros.
- 5—O estudo e preparação da parceria devem ter em consideração a conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em estudo, tendo em vista, designadamente, a identificação de potenciais interessados e a análise das condições de mercado existentes, procedendo, quando aplicável, à actualização do estudo estratégico a que se refere o n.º 2 do artigo 7.º-A.
- 6—No despacho a que se refere o n.º 3, é fixado o prazo em que a comissão de acompanhamento deve apresentar o seu relatório, o qual contém a recomendação de decisão a ser tomada, não podendo exceder 60 dias, salvo em casos devidamente fundamentados.
- 7—Compete à comissão de acompanhamento apreciar os pressupostos a que obedeceu o estudo apresentado e desenvolver e aprofundar a análise estratégica e financeira subjacente, com vista à sua adequada inserção nos objectivos do Governo e a maximizar o seu impacto positivo na economia, bem como, especificamente:
- a) Promover uma eficaz articulação entre as entidades envolvidas, com vista a imprimir maior celeridade e eficácia à respectiva acção;
  - b) Propor ao Governo as soluções e medidas que considere mais consentâneas com a defesa do interesse público;
  - c) Propor os instrumentos jurídicos adequados ao lançamento e execução do projecto de parceria;

---

<sup>32</sup> Negrito nosso.





**d) Apresentar, quando solicitado, o desenvolvimento e aprofundamento do estudo estratégico da parceria e a justificação do modelo a adoptar, demonstrando a inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira;**<sup>33</sup>

e) Demonstrar a comportabilidade orçamental da parceria;

f) Colaborar com as entidades incumbidas da fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas.

8—A comissão de acompanhamento tem poderes para solicitar a qualquer serviço e organismo do ministério da tutela sectorial ou às entidades a que se refere o n.º 2 do artigo 2.º, consoante o caso, a informação e o apoio técnico que se revelem necessários ao desenvolvimento e execução do projecto.

9—A comissão de acompanhamento deve envolver activamente no desenvolvimento do projecto as entidades que venham a assumir responsabilidades no acompanhamento e controlo da execução do contrato de parceria a celebrar, de forma que estas possam proceder, de forma eficaz, a um acompanhamento e controlo da execução do referido contrato.

10—Em casos excepcionais, devidamente fundamentados, a constituição da comissão de acompanhamento pode ser dispensada, nos termos e no prazo referidos no n.º 3.

Sendo disposições com estatuições procedimentais e organizacionais de natureza formal – desenvolvimento de programas sectoriais de parcerias (artigo 7º-A, nº1); possibilidade de criação de unidades ou estruturas técnicas especializadas (artigo 7º-A, nº2); intervenção dos ministros das tutelas sectoriais e do Ministro das Finanças (artigo 8º, nº 1 e 2) e criação de comissões de acompanhamento e suas competências (artigo 8º, nºs 3, 4 e 6 a 10) – existem nelas exigências de natureza material.

É o caso, concretamente, do estudo estratégico a que aludem os nºs 2 e 3 do artigo 7º-A e os nºs 5 e 7 (a sua alínea d), particularmente) do artigo 8º do RJPPP.<sup>34</sup>

Destas disposições decorre que o lançamento de uma parceria público-privada – incluindo as que uma empresa pública, sob forma societária, pretenda desencadear - deve ser antecedido de um estudo com as finalidades previstas na lei.

<sup>33</sup> Negrito nosso.

<sup>34</sup> Daquelas disposições resulta que o estudo deve ter em consideração a conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em estudo, tendo em vista designadamente, a identificação de potenciais interessados e a análise das condições de mercado existentes.



## Tribunal de Contas

---

É uma exigência material que decorre, aliás, do cumprimento do dever de boa administração.

Assim, ao contrário do que foi referido pela **EP**, e se transcreveu acima, se as soluções procedimentais e organizativas, constantes daquelas disposições legais, não lhe são aplicáveis, face ao disposto no nº 6, do artigo 2º, do RJPPP, aquela exigência material deve ser por ela observada, por força da mesma disposição.

Refira-se, aliás, que o referido estudo estratégico, previsto nos citados artigos 7º- A e 8º, não foi remetido pela entidade concedente, quando para tal foi instada.

O único estudo anterior – *rectius*, contemporâneo ao lançamento do procedimento – e a que, como se disse, se refere acima a alínea **I**) do probatório - não corresponde integralmente àquelas previsões normativas, ainda que nele se acautelem alguns aspectos, para que se assegure o interesse do sector privado na parceria, assim se indo ao encontro de algumas das preocupações enunciadas pelo legislador naquelas disposições. <sup>35</sup>

Deste modo, e face ao exposto, deve concluir-se que, no caso em apreço, houve violação do disposto na alínea c), do nº1, do artigo 6º, do RJPPP aprovado pelo DL nº 86/2003, de 26 de Abril.

E não se tendo dado cumprimento à lei, - por não se ter elaborado o comparador público, - fica-se sem meios de saber se a constituição da parceria público-privada, que o contrato concretiza, é a solução mais adequada. Se tivesse sido elaborado, poderia, eventualmente, ter conduzido a outra solução, a outro contrato e a outro resultado financeiro.

---

<sup>35</sup> Referimo-nos aos níveis de TIR que no procedimento deveriam ser assegurados (vide pág. 6 do estudo supra referido).



3. 2. Vejamos, seguidamente, a **questão de saber se, na apreciação das propostas, e na consequente decisão de selecção do subconcessionário, se respeitou a lei.**

3. 2. 1. Como se referiu atrás, nesta matéria, o procedimento que antecedeu o presente contrato rege-se, fundamentalmente, pela disciplina do DL n.º55/99, de 2 de Março e do DL n.º 197/99 de 8 de Junho, *ex vi* do seu artigo 4.º.

Mas, acrescente-se, também pelo que se dispõe no Programa de Concurso e no Caderno de Encargos, documentos que vinculam a entidade adjudicante que, livremente, os produziu, e que estabelecem as regras que todos os participantes no procedimento – entidade adjudicante e concorrentes - devem observar e saber que, por todos, são observadas.<sup>36</sup>

Feita a análise de todo o processado, em confronto com o disposto na lei e nos documentos concursais, destacam-se os factos dados por assentes nas alíneas **P)** a **LL)** do probatório.

Ora, nessa matéria lembre-se o que a entidade adjudicante entendeu dispor, no n.º 28 do PC, e que consta da alínea **U)** do probatório:

*“28.1. A fase das negociações visa atingir uma melhoria das propostas seleccionadas e tem como resultado final a minuta do contrato de subconcessão e os respectivos anexos.*

*28.2. O resultado das negociações não pode resultar em condições menos vantajosas para o Concedente do que as inicialmente propostas. Entende-se que uma proposta tem condições menos vantajosas para o Concedente se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação que, no subcritério A i) ou na nota global, seja inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase.”*

---

<sup>36</sup> Vide, nesta matéria, o que dispõem os artigos 64.º e 66.º do DL n.º 59/99 de 2 de Março.



A *ratio* desta disposição é clara e razoável e não necessita de longa explicitação: visa-se que sejam apresentadas propostas no interesse da concedente.

Trata-se de:

- a) Por um lado, assegurar que a fase das negociações tenha por finalidade melhorar as propostas dos concorrentes, em benefício da entidade adjudicante;
- b) Por outro, garantir que, nesta fase das negociações, não sejam admissíveis condições menos vantajosas, para a entidade adjudicante, do que as que resultaram da 1ª fase.

Relembre-se que, nesta fase, cada um dos concorrentes seleccionados conhece já todas as demais propostas. Admitir que pudessem piorar as suas propostas, relativamente ao que foi apresentado na primeira fase, traduzir-se-ia numa violação grosseira dos princípios da igualdade e da concorrência, para além de um perverso entendimento do princípio da transparência.

No caso vertente, a entidade adjudicante foi muito cautelosa e rigorosa ao estabelecer critérios, com vista a serem avaliadas as condições oferecidas pelas propostas: uma proposta tem condições menos vantajosas para o concedente se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação que, no subcritério Ai), ou na nota global, seja inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase. <sup>37</sup>

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

---

<sup>37</sup> Pese embora não se aplique ao presente procedimento, relembre-se o que dispõe o Código dos Contratos Públicos no seu artigo 152º e que confirma o acerto destas disposições: “3. *Quando seja adoptada uma fase de negociações restringida aos concorrentes cujas propostas sejam ordenadas nos primeiros lugares, o júri deve ainda propor a exclusão das versões finais cuja pontuação global seja inferior à das respectivas versões iniciais.* 4. *No caso previsto no número anterior (...) as respectivas versões iniciais mantêm-se para efeitos de adjudicação.*”



# Tribunal de Contas

Relembre-se que os critérios de avaliação da fase final, foram os mesmos que os da fase anterior de avaliação de todas as propostas apresentadas ao concurso (os referidos na alínea **S**) do probatório, detalhados no documento referido na alínea **W**)).

Vejamos, então, sinteticamente, o que sucedeu no caso vertente, (vide alínea **FF**) do probatório) através do quadro seguinte:

|  | 1ª FASE     | BAFO          | DIFERENÇAS                                     |
|--|-------------|---------------|--|
| CUSTO CONCEPÇÃO-CONSTRUÇÃO                     | 577.375.200 | 508.585.300   | -70M€  |
| VAL DO ESFORÇO FINANCEIRO DA EP                | 460.782.454 | 539.894.552M€ | + 80M€   |
| PAGAMENTOS A EP                                | 230M€       | 0             | Na BAFO não se prevêem pagamentos à concedente |
| CLASSIFICAÇÃO ATRIBUÍDA AO SUBCRITÉRIO A1)-VAL | 17          | 14,08         | Menor pontuação                                |
| CLASSIFICAÇÃO GLOBAL                           | 13,58       | 13,30         | Menor pontuação                                |

Assim:

- Os custos com *concepção-construção*, tiveram um decréscimo de cerca de 70M€ para a subconcessionária;
- O VAL do esforço financeiro líquido da concedente subiu cerca de 80 M€, não obstante os menores custos na concepção-construção;
- No que concerne à proposta financeira, a proposta inicial, na 1ª fase, contempla um pagamento à EP de 230 M€, pagamento esse que, na sua BAFO, foi suprimido;
- A pontuação obtida pela proposta da subconcessionária, no subcritério Ai) diminuiu de 17 para 14,08 pontos;
- Na pontuação global, diminuiu de 13,58 para 13,30, o que violou duplamente, e de forma inequívoca e grosseira, o disposto no artigo 28 do PC.



# Tribunal de Contas

---

Ora, o facto de as pontuações atribuídas à proposta da subconcessionária terem diminuído na fase de negociações, é demonstrativo de que a fase de negociações redundou em condições menos vantajosas para a concedente, se comparadas com as que tinha obtido na anterior fase de avaliação das propostas, o que viola de modo flagrante e ostensivo o PC, para além de violar os princípios da estabilidade, da concorrência e da igualdade e terem conseqüenciado, para a concedente, um agravamento do resultado financeiro do contrato celebrado.

Perante tais factos, a EP justificou-se nos termos referidos na alínea LL) do probatório.

Vejamos essas justificações.

As razões apresentadas são, basicamente, as seguintes:

- a) As condições de acesso ao crédito, por parte dos concorrentes, agravaram-se da primeira fase para a fase final, por razões relacionadas com a crise financeira internacional;
- b) Apesar do esforço de investimento ter diminuído da primeira fase para a fase final, por aquelas razões o esforço financeiro aumentou (o *pricing* global do financiamento aumentou – os *spreads* associados à banca comercial aumentaram de 100 bps para 160 a 180 bps);
- c) Os fundos próprios aportados ao projecto tiveram um acréscimo da 1ª fase para a fase de negociações, de cerca de 37 M€;
- d) O efeito líquido das circunstâncias antes referidas redundaria na diminuição da TIR accionista;<sup>38</sup>
- e) Assim, fez-se reflectir tais circunstâncias no esforço financeiro líquido do concedente (VAL);
- f) Apesar do esforço financeiro líquido do concedente (VAL) ter aumentado, a TIR accionista manteve-se no mesmo nível;
- g) No plano jurídico, o não cumprimento do estipulado no PC, encontra-se espaldado no disposto no artigo 198.º do Decreto-Lei

---

<sup>38</sup> Veja-se acima a nota de rodapé 22



n.º 59/99, de 2 de Março, aplicável por remissão do n.º 34 do Programa de concurso;

- h) Há momentosas razões de interesse público para a concretização do investimento.

Praticamente as mesmas razões foram apresentadas no ofício que remeteu ao Tribunal de Contas em 30-10-2009, e que, em síntese, se enunciaram na alínea **MM)** do probatório.

Diga-se, desde já, que o agravamento das condições de financiamento se reflectiu, de imediato, no contraente público, já que, como expressamente reconhece a **EP**, o “racional” da solução foi manter a TIR do contraente privado.

Por outro lado, não são aceitáveis as justificações apresentadas. E isto, por estas razões fundamentais:

- a) Há incontestável violação do disposto no programa de concurso;
- b) O artigo 198º do DL n.º 59/99 de 2 de Março, não é aplicável na presente situação.

Além do mais as observações efectuadas no ofício referido na Alínea **MM)** do probatório, relativamente ao agravamento das condições do mercado financeiro, não constituem fundamento válido para justificar a inobservância das regras do concurso e das normas legais aplicáveis.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Aliás, pode até referir-se que das observações feitas pela **EP** - vide a Alínea **MM)** do probatório – resulta não serem inteiramente exactas algumas das justificações apresentadas. É o caso do invocado aumento do “Pricing”.

Efectivamente, a simultânea ocorrência de:

- a) decréscimo da média anual da “Euribor” em cerca de 0,4% e da taxa fixa considerada no “SWAP”, em 0,8%;
- b) O aumento das margens de facilidade de crédito da banca comercial em média de 0,91%;
- c) A evolução favorável das margens da facilidade de crédito do BEI em cerca de 0,075%;
- d) Aumento das comissões associadas à banca comercial em cerca de 0,4%



# Tribunal de Contas

---

Num procedimento concorrencial devem ser garantidas a todos os concorrentes condições de igualdade, a fim de ser assegurada uma efectiva concorrência, com vista à obtenção da melhor proposta para a entidade adjudicante.

Se se aceitasse, no caso vertente, a adjudicação efectuada, existiria uma manifesta desigualdade entre as condições proporcionadas aos dois concorrentes, que foram seleccionados para a fase de negociações, e àqueles que foram preteridos.

Na verdade, aos concorrentes preteridos - e a outros eventuais interessados – não foi concedida a oportunidade de apresentarem as suas propostas em condições de igualdade, o que só aconteceria se tivessem sido observadas as regras procedimentais definidas.

A regra estabelecida no nº 28.2 do Programa de Concurso é objectiva e assegura a observância dos princípios aplicáveis à contratação pública, traduzindo a garantia de que a proposta vencedora, em circunstância alguma, poderia obter uma valoração inferior àquela que lhe havia sido inicialmente atribuída.

Tal regra impede que, através da utilização de juízos subjectivos, as entidades adjudicantes possam escolher propostas objectivamente menos favoráveis do que as inicialmente apresentadas, como também impede o estabelecimento de uma inadmissível incerteza jurídica, incompatível com a garantia do bem público que aquela regra visou assegurar, além de garantir, ainda, o princípio da imparcialidade.

---

teve como consequência, não um aumento do “*Pricing*”, como referiu a **EP**, mas, ao invés, uma diminuição do “*Pricing*”.

Também não são inteiramente exactas as afirmações de que se verificou uma redução do conjunto de bancos disponíveis para participar no programa.

Efectivamente, e como resulta do quadro anexo ao ofício da **EP**, de 30-10-2009, a redução do número total de bancos participantes só começou a reduzir após Outubro de 2008, sendo certo que o Relatório da Comissão de Avaliação tem data de 24-10-2008 (vide Alínea **AA**) do probatório).



1849~2009

TRIBUNAL  
DE CONTAS





3. 2. 2. A já demonstrada violação do disposto no Programa de Concurso suscita a questão da sua natureza jurídica.

Como a 1ª Secção deste Tribunal tem vindo a salientar, designadamente, nos Acórdãos n.ºs 295/06, de 29 de Setembro de 2006, 141/07 de 17 de Dezembro de 2007 e 54/08 de 8 de Abril de 2008, o **Programa do Concurso** é um regulamento “*ad hoc*” onde se inscrevem, de forma imperativa, os trâmites e formalidades a que deve obedecer o procedimento adjudicatório, isto é, o seu regime fundamental.<sup>40</sup>

Depois de patenteadas ou publicitadas, as disposições do programa do concurso – com todos os documentos que o integram – tornam-se vinculativos para a autoridade procedimental, bem como para todos os intervenientes no processo concursal.

Quaisquer actos, de ambos, que sejam desconformes com o que se disponha nesse programa, estão sujeitos ao regime de invalidade jurídico-administrativa, sendo potencialmente geradores de anulabilidade ou da sua revogabilidade, dada a sua repercussão no acto final do procedimento concursal.

Contém, pois, o programa do concurso disposições que se projectam no domínio da legalidade administrativa de actos procedimentais, de quaisquer entidades que nele participem.

As disposições dos programas de concurso, constituem, pois, disposições de um regulamento.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> O programa do concurso é definido nos artigos 66º, n.º1, do DL n.º 59/99 de 2 de Março e 89º, do DL n.º 197/99 de 8 de Junho, como sendo o documento destinado a definir os termos a que obedece o respectivo processo, e que, a par da identificação do concurso, deve especificar os elementos referidos nas várias alíneas, destes normativos.

<sup>41</sup> Veja-se, neste sentido, M. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, in “*Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação e Administrativa*”, Ed. Almedina, págs. 135 e seg..



Ainda que a doutrina se divida quanto a isso, não está em causa a sua juridicidade, considerando-se que é um instrumento de autovinculação da Administração, emitido ao abrigo de lei, fixando as regras de conduta a seguir no procedimento, formuladas abstractamente e aplicando-se a uma generalidade de sujeitos e de situações que venham a nele ocorrer. <sup>42 43</sup>

Dado que a lei exige o programa de concurso e a sua conformidade com ela, o facto de se desprezar disposição naquele contida que esteja em conformidade com a lei, traduz-se na violação da própria lei. <sup>44</sup>

Ora, no caso concreto, a disposição que foi ignorada nada tinha de contrário à lei.

Acresce, ainda, que a alínea b), do nº 26.1 do Programa de Concurso estabelecia que são consideradas inaceitáveis, e excluídas do concurso, as propostas que não cumpram as normas imperativas do programa do concurso.

Pese embora que tal disposição se insira, sistematicamente, no âmbito das disposições aplicáveis na primeira fase, não pode deixar de entender-se que, no

<sup>42</sup> A propósito do caderno de encargos, refere M. ESTEVES DE OLIVEIRA in “*Direito Administrativo*”, Almedina, 1980, a pág. 183: “ Antes da celebração do contrato e para a Administração, o CE (tipo ou especial) é uma forma regulamentar que a vincula a decidir o concurso em consonância com os critérios e regras que nela se contém: a adjudicação feita a um concorrente que não ofereceu, por exemplo, os materiais prescritos, fere esse acto de ilegalidade por violação de regulamento (...).”

<sup>43</sup> Refere também, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL in “*O concurso público nos contratos administrativos*”, Almedina, 1997, a pág. 82: “Da necessária pré-elaboração das regras de concurso, a que se alia o princípio da tutela da confiança, decorre o princípio da necessária estabilidade das regras durante o concurso público: não poderá a entidade adjudicante prever na abertura do concurso a possibilidade da alteração da sua regulamentação no decurso do concurso (...) nem igualmente vir a alterá-las posteriormente, seja por que razão for”.

<sup>44</sup> Em comentário à posição de M. ESTEVES DE OLIVEIRA referida acima na nota 35, refere MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, op. cit. (pág. 246) abordando já expressamente o caso de violação de disposição do programa de concurso: “Não se pode deixar, obviamente de concordar com Esteves de Oliveira quando afirma que será ilegal a adjudicação feita a um concorrente que não respeitou as condições do caderno de encargos: simplesmente o vício de tal acto não será violação de regulamento, enquanto violação do caderno de encargos, mas antes violação de regulamento por violação da cláusula do programa de concurso que obriga à exclusão das propostas que não respeitem o caderno de encargos, se esta existir, ou por violação da lei que regulamenta o concurso público e que contém uma cláusula daquele género, ou, ainda, violação do princípio geral que obriga as propostas a respeitarem os termos dos cadernos de encargos (...).”



contexto concreto do presente procedimento, se aplica, também, a propostas que devam ser consideradas inaceitáveis, por aqueles motivos, na fase final.

Fundamentos não faltaram, pois, para que o procedimento tivesse sido conduzido de forma diferente e mais adequada aos interesses do parceiro público.

De todo o modo, vejamos a questão ainda noutra perspectiva.

O n° 28 do PC (relativo ao objectivo da fase de negociações), constituindo um comando condicionador do conteúdo das propostas a apresentar pelos concorrentes, é igualmente um critério estabelecido pela entidade concedente para a sua apreciação e decisão.

Ora, estabelecem os n°s 1 e 2 do artigo 100° do DL n° 59/99, de 2 de Março, que as propostas são analisadas em função dos critérios estabelecidos no programa de concurso.

Assim, não tendo aplicado a **EP** este critério, violado foi o disposto naquelas normas.

3. 2. 3. A **EP** invoca, finalmente, o artigo 198° do Decreto-Lei n° 59/99, de 2 de Março.

Este normativo, no essencial, consagra, no regime jurídico relativo às obras públicas, a disciplina constante do artigo 437°, n°1, do Código Civil.

Estamos no domínio da teoria da imprevisão na execução dos contratos.

Em ambas as disposições legais, o princípio tradicionalmente rígido de “*pacta sunt servanda*”, é revogado, excepcionalmente, em consequência da superveniência de circunstâncias ulteriores, ofensivas das bases negociais.<sup>45</sup>

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

---

<sup>45</sup> Vide v. g. os Acórdãos do STJ de 6 de Abril de 1978, in BMJ n° 276°, pág. 253; de 10 de Maio de 1979, in BMJ n° 287°, pág. 262; de 17 de Janeiro de 1980, in BMJ n° 293°, pág. 301 e de 7 de Fevereiro de 1980, in BMJ n° 294°, pág. 308.



# Tribunal de Contas

Importa sobretudo afirmar o seguinte: tanto as soluções legislativas adoptadas, <sup>46</sup> como a jurisprudência lavrada, <sup>47</sup> como a doutrina produzida <sup>48</sup> sobre esta temática, assentam num pressuposto essencial: trata-se de alteração de circunstâncias após a celebração de um contrato. E não no processo negocial (ou procedimento administrativo) a ele conducente.

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

Para além disto, importa, igualmente, atender à inserção sistemática do preceito: o artigo 198º integra-se no Capítulo VIII, do diploma, relativo ao “*Não cumprimento e revisão do contrato*”.

Ora, no caso em apreço, não havia, ainda, nem contrato celebrado, nem a nele ínsita decisão de contratar, correspondente à decisão de adjudicação, que permitisse o apelo a este mecanismo legal.

A decisão e o contrato só ocorreram depois de se terem considerado aceitáveis as alterações de circunstâncias, como fundamento da não aplicação da regra procedimental constante do PC.

Permitir, com base no referido preceito, a alteração das regras procedimentais de formação dos contratos públicos, seria permitir soluções que

<sup>46</sup> Refira-se simplesmente que a consagração legal deste tipo de soluções no âmbito dos contratos públicos, na senda da solução consagrada no Código Civil, ocorreu, pela primeira vez, no DL n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969 (artigo 173º), tendo sido retomada pelo Decreto-Lei n.º 232/80, de 16 de Julho, e com uma pequena alteração de redacção pelos DL n.º 235/86, de 18 de Agosto (artigo 175º n.º1) e n.º 405/93, de 10 de Dezembro (artigo 179º). A actual redacção reproduz, *ipsis verbis*, a destes dois últimos diplomas.

<sup>47</sup> Vide, entre muitos, os Acórdãos do STA de 21.03.2001, 17.02.2003, 7.07.2005, 13.09.2007 e 20.02.2008, tomados respectivamente nos processos n.ºs 46311, 1031/02, 145/05, 568/06 e 536/06

<sup>48</sup> Vide de entre todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL in “*Curso de Direito Administrativo*”, Vol. II, Almedina, 2003, pág. 635 ss., M. ESTEVES DE OLIVEIRA in “*Direito Administrativo*”, Almedina, 1980, pág. 711 e ss., J. ANDRADE DA SILVA in “*Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*”, Almedina, 2003, pág. 547 e MENEZES CORDEIRO in “*Contratos Públicos – Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*”, Almedina, 2007, pág. 79 e ss.



violariam regras básicas da contratação pública, como a da intangibilidade de tais regras e, reflexamente, das propostas, e, potencialmente, a da imparcialidade da Administração e da igualdade dos concorrentes.

Aliás, considerar como refere a **EP**,<sup>49</sup> que, antes da decisão final de adjudicação e da assinatura do contrato, há já *“uma qualquer entidade que está associada, de alguma forma, à administração, à prossecução de fins de interesse público”*, ter em conta a *“afecção, em concreto, daquele particular cuja colaboração com a administração é considerada importante para o(s) interesse público(s)”* e relevar *“a proximidade entre as partes – para mais de uma fase de negociações directas e prolongadas com os concorrentes”* é permitir que aquelas violações ocorram.

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

Mas lealdade com todos os concorrentes significa, além do mais, não adoptar soluções que consubstanciam alteração de regras pelas quais o procedimento deve ser conduzido, assim tratando de maneira diferente os concorrentes que formularam as suas propostas, na expectativa do quadro jurídico não se alterar.<sup>50</sup>

3. 2. 4. Face aos argumentos apresentados, justifica-se ainda referir o seguinte:

- a) Como resulta das alíneas **Z)** e **HH)** do probatório, o concorrente adjudicatário na proposta inicial propôs-se pagar à entidade concedente 230 milhões de euros. Esta proposta inicial reflectiu-se no VAL previsto para o concedente, teve impacto na pontuação

---

<sup>49</sup> Vide, de novo, a resposta da EP, mencionada na alínea LL) do probatório.

<sup>50</sup> Refere MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, in op. cit., pág. 251: *“(…) a Boa Fé impõe especiais deveres: desde logo, deveres de protecção, de lealdade e de informação que conduzem, no caso de serem quebrados, à “culpa in contrahendo” de qualquer das partes. (...) Repare-se que a Administração assume estes deveres simultaneamente para **com todos os concorrentes**, pelo que os seus comportamentos para com cada um deles, devem ter sempre por base o respeito da Boa Fé nas relações com os outros concorrentes”* (negrito nosso).



obtida no critério Ai e, por isso, contribuiu para a sua selecção para a fase final. Ora, nesta fase tal proposta foi retirada. Este facto não pode deixar de suscitar perplexidade, sobretudo num contexto de violação do que estava previsto no nº 28 do PC;

- b) O facto de o VAL, previsto no estudo de viabilidade, ser superior ao que veio a consagrar-se (vide alíneas **T**) e **BB**) do probatório), não invalida a conclusão de que houve uma degradação das condições oferecidas pelo concorrente adjudicatário, na fase final, relativamente às inicialmente propostas;
- c) Não se questionam os interesses públicos que se visam prosseguir com a constituição da parceria público-privada e consequente celebração e execução do contrato de subconcessão.

O que se trata é, tão só, de saber se, na prossecução desses interesses públicos, e nas concretas decisões tomadas e procedimentos realizados, foi cumprida a lei.

Ora, como se viu, não foi.

Nesta conformidade, e na senda do que já se referiu atrás, se se compararem os resultados obtidos na primeira fase e os resultados obtidos na fase de negociações, constata-se, sem dificuldade, que:

- a) Os custos de construção, a cargo da subconcessionária, tiveram uma diminuição;
- b) Os pagamentos por serviço (relacionados com os riscos do tráfego), a cargo da concedente, diminuíram;
- c) Os pagamentos por disponibilidade, a cargo da concedente, aumentaram;
- d) Os pagamentos do subconcessionário, ao concedente, desapareceram;
- e) O esforço financeiro líquido do concedente, aumentou;

Poderá, deste modo, afirmar-se que os riscos e dificuldades resultantes da crise financeira internacional e da não participação do BEI, bem como os riscos



# Tribunal de Contas

---

de não haver tráfego suficiente para assegurar um nível adequado de pagamentos por serviço, foram, em substância, transferidos para a entidade concedente.

Ora, a propósito do que acaba de se dizer, deve lembrar-se o disposto na alínea d), do artigo 7º, do RJPPP: *“O risco da insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível transferido para o parceiro privado”*.

Por isso, é que, com a violação do disposto no nº 28 do PC, violados foram, também, como já se disse, diversos princípios que orientam a contratação pública:

- Na medida em que não se respeitou aquele dispositivo concursal, verificou-se uma violação do *princípio da estabilidade do procedimento*, consagrado no nº 1, do artigo 14º do DL nº 197/99, de 8 de Junho.
- Na medida em que o quadro jurídico em que se moveram os concorrentes, na primeira fase, se modificou na fase final, tendo os que passaram a esta, um tratamento mais favorecido, houve, igualmente, desrespeito pelos *princípios da igualdade e da imparcialidade*, consagrados no nº 2, do artigo 9º e no nº2, do artigo 10º, do mesmo DL nº 197/99, de 8 de Junho.

Nestes termos, e face ao que vem de ser exposto, verificou-se a violação do nº 28 do Programa de Concurso, dos nºs 1 e 2, do artigo 100º, do DL nº59/99, de 2 de Março e dos princípios consagrados nos artigos 9º, nº 2, 10º, nº2 e 14º, nº1, do DL nº 197/99, de 8 de Junho.

4. Vejamos, de seguida, a questão do **preço fixado para o fornecimento, aos concorrentes, de cópias dos documentos concursais.**



# Tribunal de Contas

Como resulta da alínea NN) do probatório, a EP fixou, como preço para fornecimento de cópias dos documentos concursais, o valor de € 15.000,00.

Instada a justificar tal valor a EP apresentou as razões apresentadas na alínea OO) do probatório.

4. 1. Dispõe o artigo 62º, nº4, do DL nº 59/99 de 2 de Março que *os interessados poderão solicitar, em tempo útil, que lhes sejam fornecidas pelo dono da obra, a preços de custo, cópias* <sup>51</sup> *devidamente autenticadas dos elementos referidos nos nºs 2 e 5, as quais lhes deverão ser enviadas no prazo máximo de seis dias a contar da data de recepção do pedido.*

Como tem sido referido em variados Acórdãos da 1ª Secção, deste Tribunal, <sup>52</sup> deste normativo, logo resulta que o preço das cópias a fornecer aos interessados é, apenas, o seu preço de custo, não se incluindo aqui factores exteriores à sua produção, designadamente, o custo relativo à busca, preparação e elaboração dos documentos a copiar.

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

Este é, aliás, o regime que resulta da Lei nº 46/2007 de 24 de Agosto, <sup>53</sup> designadamente do seu artigo 12º.

<sup>51</sup> De referir que as cópias referidas no artigo 62º, nº4 do DL nº 59/99 de 2 de Março, respeitam ao projecto, ao caderno de encargos e ao programa do concurso.

<sup>52</sup> Vide, a título de exemplo, os Acórdãos, proferidos em subsecção, nºs 72/08, de 27-5-2008; 76/08, de 03-06-2008; 90/08, de 24-6-2008; 97/08, de 15-7-2008; 98/08, de 15-7-2008; 108/08, de 16-9-2008, 152/08, de 9 de Dezembro de 2008 e 105/09, de 5 de Maio de 2009.

<sup>53</sup> Trata-se da Lei que regula o **acesso aos documentos administrativos e à sua reutilização** e que transpôs, para a ordem jurídica nacional, a Directiva nº 2003/98/CE, do Parlamento e do Conselho, de 17 de Novembro, relativa à reutilização de informações do sector público.





Efectivamente, de acordo com este normativo, - que tem por epígrafe “*Encargos de reprodução*” - a reprodução de documentos, por fotocópia, ou por qualquer outro meio técnico, faz-se num exemplar sujeito a pagamento da taxa fixada, a qual deve corresponder à soma dos encargos proporcionais com a utilização de máquinas e ferramentas e dos custos dos materiais usados e do serviço prestado, sem que, porém, ultrapasse o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente.

Por outro lado, é de referir que, em sentido semelhante, se pronunciou, igualmente, a Comissão de Acesso aos Documentos da Administração (CADA) no Parecer nº 125/2007, de 16 de Maio de 2007, no Processo nº 125/2007, ao salientar que as taxas cobradas pela reprodução de documentos não podem ultrapassar significativa e injustificadamente, em violação do princípio da proporcionalidade, o custo dos materiais usados e do serviço prestado, sob pena de se inviabilizar, ou de dificultar, o direito de acesso aos documentos da Administração.<sup>54</sup>

O custo das cópias deve corresponder, assim, ao valor dos encargos referidos, mas com um tecto máximo. Ou seja, mesmo que os custos sejam superiores, o preço não pode ultrapassar o valor médio praticado no mercado por serviço correspondente, sendo certo que, do mercado, se extrai que os custos de produção diminuirão, quanto maior for o número de cópias a reproduzir.

A argumentação produzida, sobre a matéria, pela EP, não deixa de surpreender, dado emanar de um dos mais importantes donos de obra pública do País e contrariar quase duas décadas de doutrinação da CADA, sobre este assunto.

---

<sup>54</sup> Quanto à autenticação de fotocópias ou à passagem de certidões, a CADA refere que “*esse preço pode - e entendemos que deve - ser mais elevado do que o aplicável à reprodução simples, porque o valor do serviço prestado é maior. Contudo, como taxa que é, deve respeitar o princípio constitucional da proporcionalidade, que afasta o excesso não justificado objectivamente.*”. A Comissão salienta que, ainda assim, e na linha do que afirma noutros pareceres, “*as taxas cobradas pela reprodução de documentos não podem ultrapassar significativa e injustificadamente, em violação do princípio da proporcionalidade, o custo dos materiais usados e do serviço prestado, sob pena de se inviabilizar, ou de dificultar, o direito de acesso*”.



Face ao exposto, verificou-se a violação do disposto no nº 4, do artigo 62º, do DL nº 59/99, de 2 de Março.

Todavia, tendo em conta os valores envolvidos no contrato, considera-se que a possibilidade de restrição da concorrência, por via da fixação daquele montante, é muito ténue e, portanto, muito ténue é, também, a possibilidade o resultado financeiro do contrato ter sido alterado, por este motivo.

5. Vejamos, finalmente, as consequências jurídicas das violações de lei supra mencionadas.

Referimos acima, que, no procedimento, se verificou a violação das seguintes disposições legais e regulamentares:

- a) Do artigo 6º, nº1, alínea c), do DL nº 86/2003, de 26 de Abril, na redacção dada pelo DL nº141/2006, de 27 de Julho;
- b) Do nº 28 do Programa de Concurso;
- c) Do artigo 100º, nºs 1 e 2, do DL nº 59/99, de 2 de Março e dos artigos 9º, nº 2, 10º, e 14º, nº 1, do DL nº 197/99, de 8 de Junho;
- d) Do artigo 62º, nº 4, do citado DL nº 59/99, de 2 de Março.

Dos autos, e atenta a matéria de facto dada por assente, pode concluir-se que, das violações de lei referidas nas alíneas a) a c) do número anterior, terá resultado a alteração efectiva do resultado financeiro do procedimento.

Isto é: se não tivessem ocorrido as violações de lei referidas, há toda a probabilidade de que teria sido obtido resultado diferente, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos.

Ao invés, e por outro lado, o mesmo não terá acontecido, como se disse, quanto à violação do disposto no artigo 62º, nº4, do DL nº 59/99 de 2 de Março.



5. 1. Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c), do n° 3, do artigo 44°, da Lei n° 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC), quando aí se prevê que constitui fundamento de recusa de visto, a desconformidade dos actos e contratos com as leis em vigor, que implique “ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro.”

Refira-se, a este propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro” pretende-se significar que **basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.**

É o caso dos autos, em que, como se viu, - e salvo quanto à ilegalidade resultante da violação do artigo 62°, n°4, do DL n° 59/99 - há fortíssimos indícios de tal ter acontecido.

Há, pois, fundamentos para recusa de visto.

A gravidade das referidas violações de lei, que ferem o núcleo central dos valores que devem ser observados na constituição das parcerias público-privadas, bem como nos procedimentos de negociação e de avaliação de propostas, no âmbito da contratação pública, a que acresce aquela fortíssima probabilidade de tais ilegalidades terem tido, por consequência, a alteração do resultado financeiro do contrato, não permite o uso da faculdade concedida pelo n° 4, do artigo 44°, da LOPTC.

## IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em subsecção, em recusar o visto ao contrato.





# Tribunal de Contas

---

**São devidos emolumentos** (artigo 5º, nº3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 2 de Novembro de 2009

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares - Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(João Figueiredo)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)