



ACÓRDÃO N.º 10/2014 - 27/03/2014 – 1ª SECÇÃO/SS

PROCESSO N.º 1579/2012

I. RELATÓRIO

O Município da Covilhã remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, **um acordo escrito**, ainda no âmbito do contrato de concessão dos *Transportes Coletivos Urbanos da Covilhã*, celebrado em 31.10.2012, entre o Município da Covilhã e as empresas “*Corporacion Española de Transporte, Sociedade Anónima*” e “*Covibus – Transportes Urbanos da Covilhã, S.A.*”, e pelo valor de € 347.575,00 [s/IVA].

II. DOS FACTOS

Para além da factualidade referida em I., consideram-se assentes, com relevância, os seguintes factos:

1.

Em sessão diária de visto, ocorrida em 28.07.2009, foi visado por este Tribunal o Contrato de Concessão do Serviço Público de Transportes Coletivos Urbanos da cidade da Covilhã [vd. processo n.º 520/09], celebrado, em 27.02.2009, entre o Município da Covilhã e as empresas “*Corporacion Española de Transporte, Sociedade Anónima*” e “*Covibus – Transportes Urbanos da Covilhã, S.A.*”;

Tal contrato foi precedido de concurso público internacional, com publicação no *J.O.U.E.* [em 04.08.2007] Correio da Manhã, Público e no Boletim Municipal;

2.



Tribunal de Contas

O art.º 1.º, do Caderno de Encargos que incorpora a via procedimental seguida [concurso público] dispõe assim:

(...)

- “1. A concessão é celebrada em regime de exclusividade, isto é, sem que durante o período da sua vigência, o Município da Covilhã possa concessionar o serviço, ou parte dele, a terceiros, pelo que o concessionário é o único legalmente habilitado a explorar o serviço público de transportes coletivos urbanos na área da concessão.*

- 2. A área da concessão compreende o perímetro definido para a Grande Covilhã, integrando as freguesias urbanas de Santa Maria, São Pedro, São Martinho, Conceição e suburbanas do Tortosendo, Teixoso, Boidobra, Vila do Carvalho, Canhoso e Cantar Galo.*

- 3. A área territorial definida pelas freguesias referidas no número 1, encontra-se dividida em área urbana e suburbana, conforme planta anexa a este Regulamento (...).*

- 4. A rede é constituída no mínimo por 20 circuitos. Estes circuitos encontram-se já implementados pelo Município e descritos nas plantas anexas.*

- 5. Os concorrentes poderão apresentar novos circuitos e definição de novas zonas, bem como a utilização de minibus (...).*

- 6. Todos os circuitos atualmente existentes estão inscritos numa **zona (Zona A)**, que abrangem a zona de maior concentração urbana e correspondem a um limite de zona.*

(...)

- 14. Todas as carreiras e respetivos horários deverão ter em conta os horários de início e fim das aulas dos estabelecimentos de ensino.*



(...)

17. Os percursos existentes e implementados na área da Grande Covilhã estão discriminados em plantas e fazem parte integrante do presente Caderno de Encargos.

18. É permitido aos concorrentes proporem novas soluções que permitam melhorar o serviço dos transportes públicos, o tempo de espera e a diminuição do tempo do circuito.”

3.

Por sua vez, o art.º 15.º, do Caderno de Encargos, prevê que:

(...)

“O Município, desde que o considere de interesse público, poderá de acordo com o concessionário, estabelecer alterações ao serviço que estiver a praticar, nomeadamente no que respeite aos percursos previstos, aumento do número de carreiras, mudança de paragens ou alteração do sistema tarifário, sem que o concessionário fique com direito a qualquer compensação.”

4.

Ainda sob a epígrafe “Revisão do Contrato”, o art.º 19.º, do Caderno de Encargos, dispunha, como segue:

(...)

“1. O Município da Covilhã, sempre que o considere de interesse público, poderá, ouvido o concessionário, estabelecer alterações no serviço que estiver a praticar, nomeadamente novas carreiras, aumento do número de viagens em cada carreira, modificação dos horários e dos percursos previstos, mudança das paragens e dos locais de partidas e de chegadas e alteração das tarifas, sem que o concessionário fique com direito a qualquer compensação (...).”



Tribunal de Contas

5.

O Município endereçou ao *I.M.T.T.* vários ofícios, dando conta do regime de exclusividade vertido no contrato reportado em II. 2., deste acórdão, e alertando aquela entidade para a necessidade de passar a não emitir alvarás a empresas que então operavam na zona objeto de concessão;

6.

O art.º 24.º, do citado Caderno de Encargos, previa, também, transportes de estudantes e, a propósito, estabelecia que a concessionária, logo após o início da exploração, elaboraria um sistema de assinaturas mensais [e com referência ao ano letivo], com preços zonais e relevando as percentagens que a lei lhe confere nos dias úteis.

Em anexo a este *C.E.* figuravam os circuitos zonais, a representação gráfica da rede e apeadeiros.

7.

No âmbito de tal procedimento concursal, a entidade adjudicante, em sede de esclarecimentos solicitados, **referiu que os transportes escolares não integravam a sobredita exclusividade e, adianta, que estes transportes seriam objeto de concursos autónomos para a sua adjudicação, a implementar anualmente.**

8.

De acordo com o correspondente Programa do Concurso [vd. art.º 12.º], o critério-base de adjudicação traduzia-se na “*proposta economicamente mais vantajosa*”, mas de acordo com os fatores e respetivas ponderações, a saber:

- Estruturação da rede de transportes – 30%;
- Qualidade do equipamento circulante – 20%;
- Adequação e suficiência da rede de serviços logísticos – 10%;
- Tarifário – 15%;
- Compensações a suportar pelo Município – 15%;



Tribunal de Contas

- Número e qualificação profissional dos meios humanos – 5%;
- Currículo – 5%.

9.

Concluído o procedimento e realizada a adjudicação, foi celebrado, em 27.02.2009, o contrato de concessão do Serviço Público de Transportes Coletivos Urbanos da Grande Covilhã e pelo prazo de 10 anos;

Este contrato fixava o valor dos bilhetes e passes a praticar pela concessionária no primeiro ano da concessão, e, para este mesmo ano e seguintes, define, também, o valor da subvenção anual e os termos do respetivo cálculo;

E, concretizando, aí se previa o seguinte:

- Para o primeiro ano [2009], o valor global atingiria os € 456.940,00, sendo que € 91.388,00 seriam destinados a transportes escolares, € 68.541,00 seriam afetados ao cartão do idoso e, a “outros”, o montante de € 297.011,00;

Nos anos seguintes, a subvenção era calculada com recurso à fórmula seguinte:

Subvenção ano_n = custo do ano * (1 + a revisão) _{1 a n} – [(Compromisso de passageiros ano_n * tarifa média estimada ano₁* (1 + percentagem de aumento de tarifa) _{1 a n}] + Outras receitas ano₁ * (1 + IPC) ano_{1 a n}], correspondendo o ano₀ ao ano de 2008.

Em que:

$a_n = 0,5 * [\text{custo pessoal) ano } n / (\text{custo pessoal) ano } n-1] + 0,35 * [(\text{custo combustível) ano}_n / (\text{custo combustível) ano } n-1] + 0,15 * (1 + \text{IPC } n) - 1$



Tribunal de Contas

A atualização do valor dos bilhetes e passes terá por base o a_n.¹.

10.

Em 15.11.2012, deu entrada neste Tribunal o **Acordo**, reduzido a escrito e reportado ao contrato de Concessão dos Transportes Coletivos Urbanos da Covilhã [vd. II. 10., do presente acórdão], o qual tem por objeto a atribuição de uma compensação à concessionária “*Corporacion Española de Transporte, Sociedade Anónima*” e “*Covibus – Transportes Urbanos da Covilhã, S.A.*”, baseando-se a formalização de tal Acordo no facto de a não compensação da concessionária levar esta a interromper o serviço que vem prestando;

A compensação orça os € 347.576,00, sendo que € 200.000,00 corresponde ao período que mediou entre o início da execução do contrato de concessão e 31.12.2011, e € 147.576,00 respeitam ao ano de 2012;

A reivindicação de tais montantes compensatórios é fundada, por um lado, no transporte de alunos em regime de “*extra-concessão*” [circuitos Canhoso/Portela/Pousadinha/São Domingos/Cantar Galo/Palmeiras e referentes às linhas 23, 24, 25 e 26], e, por outro, no incumprimento, por banda da concedente e adjudicante, da exclusividade que lhe era atribuída no âmbito do contrato de concessão e que, alegadamente, não se verificou [nas zonas concessionadas intervieram outras operadoras, portadoras de alvarás emitidos pelo *I.M.T.T.*].

Estes os factos relevantes.

III. O DIREITO

A materialidade junta ao processo, no confronto com a legislação e jurisprudência aplicáveis, obriga a que apreciemos as seguintes questões:

¹Veja-se a proposta da concessionária e o seu estudo económico. Foi com base na sua proposta que se fixou o valor da subvenção. Junta-se essa parte como Anexo ao presente relatório. Note-se, inclusive, que o valor da compensação a prestar pelo município era um dos fatores do critério de adjudicação, ponderado com 15%. Junta-se como Anexo ao presente relatório.



Tribunal de Contas

- O regime jurídico aplicável e caracterização técnico- jurídica do instrumento contratual em apreço;
- Limites à modificação dos contratos público-administrativos, o caso em apreço e a respetiva conformação com o Direito aplicável;
- Ilegalidades e o Visto.

A. Da caracterização técnico-jurídica do instrumento contratual em apreço.

1.

Conforme exarámos em I. e II., deste acórdão, o Município da Covilhã celebrou, em 27.02.2009, um contrato de concessão do serviço público de transportes coletivos urbanos da cidade da Covilhã, sendo cocontratantes as empresas “*Corporacion Española de Transporte, Sociedade Anónima*” e “*Covibus – Transportes Urbanos da Covilhã, S.A.*”.

E, em 31.10.2012, aquelas entidades subscreveram um acordo escrito, onde, com relevo, se prevê a atribuição de uma compensação pecuniária às empresas “*Corporacion Española de Transporte, Sociedade Anónima*” e “*Covibus*” em razão do transporte de alunos em regime de “*extra-concessão*” e, ainda, da inobservância, por banda da concedente, da exclusividade “*firmada*” no domínio do contrato de concessão antes celebrado.

E, particularizando, importa sublinhar que o referido transporte de alunos, alegadamente não incluído no contrato de concessão inicial, se reporta aos circuitos “*Canhoso/Portela/Pousadinha/São Domingos, Cantar Galo/Palmeiras*” e refere-se às linhas 23, 24, 25 e 26, sendo que o citado “*incumprimento da exclusividade*”, constante do contrato inicial de concessão, repousa na circunstância de outras operadoras de transportes, devidamente licenciadas pelo *I.M.T.T.*, continuarem a intervir nas zonas integradas no perímetro da mencionada concessão.



Tribunal de Contas

No sentido da junção de prova que permita o melhor julgamento da questão em apreço e acima enunciada, convirá recordar [convocando factualidade tida por fixada em I. e II.] o seguinte:

- O art.º 24.º, do caderno de Encargos que integra a documentação concursal prévia à adjudicação da concessão em apreço, muito embora previsse o transporte de estudantes, **não consagrava, nesta parte, a correspondente exploração em regime de exclusividade;**

De resto, e na confirmação do afirmado, o Município da Covilhã, em esclarecimentos prestados e suscitados [pela concorrente “*Rodoviária da Beira Interior*”] no âmbito do procedimento que antecedeu a presente concessão, esclareceu que os transportes escolares não seriam exclusivos do concessionário, sendo que estes, adianta aquela edilidade, seriam objeto da abertura anual de concursos autónomos com vista à sua adjudicação [vd. Vol. 1, do Proc.º n.º 520/2009, a fls. 162];

- Por outro lado, e com necessária referência à materialidade fixada em I. e II., deste acórdão, o art.º 15.º, do mencionado Caderno de Encargos, preconizava que o Município, considerada a premência do interesse público, poderá, de acordo com o concessionário, estabelecer alterações ao serviço sob prática, **sem que o concessionário tenha direito a qualquer compensação;** por seu turno, o art.º 19.º, deste mesmo documento concursal, permitia, ainda, àquele Município, ouvido o concessionário e ponderada a defesa do interesse público, estabelecer alterações ao serviço em prática, nomeadamente, a introdução de novas carreiras e mudança de percursos, **sem que o concessionário ficasse legitimado a reivindicar qualquer compensação.**

Por último, e com relevância, não deixaremos de, fundadamente, inferir que o presente Acordo, celebrado em 31.10.2012, não se limita a veicular a compensação da concessionária relativamente a serviços prestados até finais do ano 2012, mas,



Tribunal de Contas

no essencial [corporizará o reconhecimento da obrigação de compensar pecuniariamente, embora se admitam variações de montantes], manter-se-á no futuro, a menos que, objetivamente, os pressupostos que o envolvem e determinam fossem objeto de decisiva alteração.

Eis a factualidade que norteará a apreciação, de teor jurídico, e a que procederemos, de seguida.

2.

Cautelarmente, e por imperativo de análise, importa esclarecer que o contrato de concessão, celebrado em 27.02.2009, e a que se reconduz o Acordo Escrito formalizado em 31.10.2012, sobreveio a um procedimento concursal iniciado no ano 2007, ou seja, em data anterior ao início da vigência do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01.

Por outro lado, o art.º 16.º, do Código dos Contratos Públicos em vigor, dispõe que este *“só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam a natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após esta data”*.

Pelo exposto, e sendo certo que o contrato de concessão em apreço pelo seu objeto e clausulado contratual, é, indubitavelmente, um contrato administrativo [vd., a propósito, o art.º 178.º, n.º 2, do *C.P.A.*, vigente à data do início do procedimento que antecedeu a celebração do contrato de concessão, e, ainda, os art.ºs 278.º e 279.º, do *C.C.P.*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01], ou, dito de outro modo, um contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública, é imperioso reconhecer a aplicabilidade do art.º 180.º, do *C.P.A.* [redação vigente até à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01].



2.1.

Por outro lado, o Acordo Escrito em causa viabiliza a atribuição de uma compensação pecuniária à entidade concessionária, a qual decorre, por um lado, do reconhecimento do transporte de alunos nos circuitos “*Canhoso/Portela/Pousadinha*” e do outro, da invocada inobservância, por banda do Município da Covilhã, da exclusividade alegadamente prevista no contrato inicial de concessão.

Ora, conforme já salientámos [vd. III. A. 1.], o art.º 24.º, do Caderno de Encargos que integrou a documentação concursal prévia à adjudicação da concessão em apreço, embora previsse o transporte de estudantes, não consagrava o desempenho desta atividade em regime de exclusividade. E, na erradicação de quaisquer dúvidas, o Município da Covilhã, no âmbito da tramitação concursal que antecedeu a adjudicação da concessão, esclareceu [vd., ainda, III. A. 1.] que os transportes escolares, para além de não serem exclusivos do concessionário, a atribuição da respetiva exploração seria objeto da abertura anual de concursos.

Lembremos [vd. III. A. 1.], também, que, apesar do citado Caderno de Encargos prever a possibilidade de alterações ao serviço de transportes entretanto concessionado, o mesmo documento concursal [vd. art.ºs 15.º e 19.º] vincava que, em qualquer caso, a entidade concessionária não ficaria legitimada a reivindicar qualquer compensação.

Visto o contrato de concessão, celebrado em 27.02.2009, constata-se que os mencionados art.ºs 15.º, 19.º e 24.º, do Caderno de Encargos integram e compõem o respetivo clausulado.

Neste contexto, é seguro afirmar que **as obrigações assumidas ao longo do Acordo Escrito agora sob controlo prévio**, porque ausentes do complexo obrigacional vertido no contrato de concessão inicial, **constituem uma modificação objetiva deste último**.



Tribunal de Contas

Encontrada a norma  o aplicável e identificada a natureza do Acordo Escrito sob fiscaliza  o prévia, **urge confrontar este último com o direito e aquilatar da sua [i]legalidade.**

A que procederemos, de seguida.

B. Dos limites    modifica  o dos contratos públicos-administrativos.

O caso em apreço.

1.

O art.   180.  , al. a), do C.P.A. [vigente    data do início do procedimento que precedeu a celebra  o do contrato de concessão], sob a epígrafe “*Poderes da Administra  o*”, dispunha o seguinte:

(...)

“Salvo quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do contrato, a Administra  o Pública pode...modificar unilateralmente o conteúdo das presta  es, desde que seja respeitado o objeto do contrato e o seu equilíbrio financeiro”.

Facultava-se, assim,    Administra  o o poder de, unilateralmente, introduzir modifica  es ao regime das presta  es a cumprir pelos particulares obrigados por contrato administrativo [real expressão dos denominados “*ius variandi*” e “*fait du prince*”].

Poder que, na expressão de *Hauriou*, sobrev  m “*   luta do direito que gosta da estabilidade das situa  es adquiridas contra a mobilidade dos acontecimentos* “ e assenta, naturalmente, no carácter marcadamente dinâmico ínsito às rela  es contratuais constituídas sob a égide do direito público e privado.

Lembremos, porém, que a referida modifica  o unilateral se subordina    observância de vários limites, que se traduzem no respeito pelo objeto do contrato



e garantia do equilíbrio financeiro e na obrigação de repousar em razões e exigências de interesse inequivocamente público.²

1.1.

Acresce que o instrumento contratual [Acordo Escrito] sob apreciação, porque não resulta de uma modificação unilateral do contrato operada pelo Município da Covilhã, mas, e sublinhe-se, de um acordo firmado pelas partes que outorgaram no contrato de concessão, não seria, aprioristicamente, abrigável ao referido art.º 180.º, do C.P.A. [norma vigente até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01].

Porém, com Maria João Estorninho³, diremos que, muito embora tal modificação não se enquadre no exercício do denominado “*ius variandi*” atribuído à Administração, importará reter que a modificação contratual resultante do acordo dos co-contratantes é admissível face aos quadros legislativo e doutrinário vigentes, aproximando-se, até, da solução encontrada no domínio do direito privado e vertida no art.º 437.º do Código Civil. Admissibilidade que, acentue-se, passará, em qualquer circunstância, pelo respeito do objeto do contrato e do correspondente equilíbrio financeiro, limites já previstos no referido art.º 180.º, al. a), do C.P.A. .

2.

Para além da norma e doutrina invocadas, a definição dos limites à modificação dos contratos públicos sob execução apoia-se, ainda, em orientações delineadas pela jurisprudência e legislação comunitárias, aí se destacando:

- O Acórdão *Presstext*, de 19.06.2008, do T.J.C.E., e onde se sustenta que, na ingente necessidade de observar o princípio da concorrência, deverão ser evitadas alterações a contratos públicos já celebrados sempre que enfoquem na renegociação dos termos essenciais dos mesmos;

² Vd. Laubadère, in *Traité Elementaire de Droit Administratif*.

³ Vd. *Requiem pelo Contrato Administrativo*, pág.s 130 e seg.s.



- O Acórdão *Comissão/CAS Sueci di Fruta*, em que se considera que um termo é essencial quando enforma uma estipulação que, a ter constado do anúncio do concurso ou do caderno de encargos, teria permitido aos concorrentes apresentar proposta substancialmente diferente;
- A Comunicação Interpretativa da Comissão n.º 2008/C91/02, que, embora reconhecendo a influência da evolução económica e social na vida e substância dos contratos, adverte que as modificações contratuais deverão observar os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, acentuando, também, que a alteração dos termos essenciais do contrato não prevista no caderno de encargos obriga à abertura de novo concurso.
- **A Diretiva n.º 2004/18/CE [vd. art.ºs 31.º e 61.º] e o Livro Verde sobre o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões [de 30.04.2004]**, onde se afirma que as modificações não previstas nos contratos apenas deverão ser admitidos se decorrentes de acontecimentos imprevisíveis ou determinadas por razões de ordem, segurança e saúde públicas.

Nesta parte, e internamente, a fixação de limites à modificação dos contratos públicos logra, ainda, respaldo na doutrina e normação constitucional.

Com efeito, Pedro Gonçalves⁴, em anotação ao Acórdão *Pressetext*, escreve:

*“A partir de certa altura, torna-se evidente que a definição de limite ao poder de modificação do contrato não visa apenas a proteção dos interesses do co-contratante; os interesses da transparência e da objetividade, acautelado pelo procedimento de adjudicação da concessão, também poderiam ser colocados em causa pela ausência de limites ao poder de modificação. À medida que o direito regulador da adjudicação dos contratos se aperfeiçoava, **destacando o valor da concorrência**, tornava-se inevitável concluir que a modificação não poderia permitir uma reconstrução do*

⁴ Vd. Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 73, Ano 2009.



contrato inicial em termos de este deixar de corresponder às condições fundamentais ou essenciais do convite para contratar que o contraente público apresentou no procedimento de adjudicação”(...).

E, mais adiante, este mesmo autor afirma que uma alteração contratual efetuada à revelia de qualquer procedimento concorrencial configurará *“uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no Código dos Contratos Públicos relativamente à formação do contrato”*.

Também a Constituição da República Portuguesa [vd. art.^{os} 81.º e 266.º], agora secundada pelo Código dos Contratos Públicos [vd. art.^{os} 311.º a 313.º], para além de considerar incumbência prioritária do Estado garantir uma equilibrada concorrência empresarial, impõe que a atividade administrativa levada a cabo pela Administração Pública seja norteadada pela prossecução do interesse público e pela salvaguarda dos princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade.

2.1.

O quadro normativo, doutrinário e jurisprudencial respeitante às fases da formação e execução dos contratos públicos, e, mais particularmente, atinente aos limites impostos à modificação destes últimos, já permite concluir o seguinte:

- A modificação [unilateral] dos contratos públicos operada ao abrigo do art.º 180.º, do C.P.A., [norma revogada pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01] respeita apenas ao conteúdo das prestações, não se estendendo, assim e de modo direto, ao objeto do contrato;
- A modificação/alteração dos contratos públicos, para além de assentar em razões de interesse público, não poderá afetar a preservação das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato e o correspondente equilíbrio financeiro;

Ou seja, mostra-se vedada a efetivação de alterações substanciais, entendendo-se estas como as que infundem essencialidade diversa [no



plano das prestações] ao conteúdo do contrato inicial e revelam a existência de vontade em renegociar os respetivos termos essenciais;

- A modificação/alteração do contrato não será viável, caso configure uma situação que prejudique a concorrência garantida no âmbito do procedimento pré-contratual;
- Ainda que não previstas contratualmente, **admitem-se alterações não substanciais aos contratos**, o que, de algum modo, flexibiliza o princípio “*pacta sunt servanda*” e que se traduz, afinal, na obrigação de os contratos em geral serem executados nos termos acordados.

3.

Conforme se comprovará, o encontro e identificação dos limites que se colocam à modificação dos contratos públicos **pressupõem, necessariamente, o melhor esclarecimento e decomposição do conceito “objeto do contrato”**.

O correspondente exercício, para além de identificar o âmbito e alcance da modificação possível do contrato, decorre, ainda, da exigência reportada à intangibilidade do objeto contratual, que encerra uma garantia salvaguardada pela lei e reforçada pela jurisprudência e doutrina.

3.1.

Alguma doutrina⁵ vem considerando que o objeto do contrato corresponde à atividade essencial [e inalterável]⁶ aí prevista. Só o conteúdo do contrato, constituído pelos modos peculiares técnicos e jurídicos da execução das prestações, seria alterável.

Acolhendo-se, de algum modo, àquela orientação doutrinária, o Código dos Contratos Públicos, no seu art.º 313.º, n.º 1, assume que o objeto do contratual é

⁵ Vd. Freitas do Amaral e Mário Esteves de Oliveira.

⁶ Vd. Dissertação referida em nota 3.



Tribunal de Contas

integrado por prestações secundárias e principais, sendo que estas últimas não podem ser alteradas.

O legislador não define, com suficiente clareza, o que entende por prestações essenciais [ou principais] ou secundárias, deixando, assim, ao intérprete [e, também, ao julgador] a densificação de tal conceito perante a factualidade disponível, ou seja, face ao caso concreto.

Entendemos, no entanto, que as prestações principais, porque imodificáveis e determinadoras da intangibilidade parcial do contrato, serão as munidas de aptidão bastante para decidir ou não da estabilidade contratual e que, uma vez alteradas, conduzem à subversão dos princípios da concorrência, igualdade e transparência, reais esteios do procedimento que conduziu ao contrato inicial. Para além disso, serão ainda prestações principais e integradoras do núcleo essencial do objeto contratual aquelas cuja descaraterização viole o interesse público concreto, que é causa e função do contrato.

O objeto do contrato não se reduz, pois, a um mero “*nomen*” genérico e sem substância, mas é integrado por prestações essenciais ou principais que, por força do princípio da estabilidade dos contratos e dos demais princípios que informam a contratação pública e a própria atividade administrativa, não devem ser objeto de alteração ou modificação.

4.

Elencados os limites à modificação dos contratos públicos [razões de interesse público, respeito pelo objeto contratual e equilíbrio financeiro, observância dos princípios que informam a contratação pública e da legislação aplicável], importa, agora, atentar na factualidade que determinou a celebração do Acordo Escrito em apreço e que, como é sabido, visa a atribuição de uma determinada verba à entidade concessionária como forma de compensar serviços prestados.

O que faremos, de seguida.



4.1.

Relembrando a materialidade dada como provada e com relevância para a economia do presente aresto, temos presente que o Acordo Escrito em causa tem por objeto a atribuição de uma compensação à concessionária, visando, de um lado, ressarcir esta pelo transporte de alunos, em regime de extra-concessão, ao longo dos circuitos Canhoso/Portela/Pousadinha/São Domingos/Cantar Galo/Palmeira [referentes às linhas 23 a 26] e, do outro, compensar o incumprimento, por banda da concedente da exclusividade que lhe havia sido atribuída no contrato da concessão.

Abordaremos, separadamente, o circunstancialismo ora elencado e baseante do Acordo Escrito sob apreciação, fazendo-o à luz do enquadramento procedimental, legal, doutrinário e jurisprudencial desenvolvido em III. A. e B., deste acórdão, por forma a encontrarmos uma solução que, adentro da competência deste Tribunal no domínio da fiscalização prévia, se revele ajustado.

4.2. Do transporte de estudantes em circuitos não contemplados na concessão.

Conforme reconhece [vd. fls. 50, do processo n.º 1579/2012] o Município da Covilhã, a necessidade de assegurar o transporte de alunos de estabelecimentos escolares conduziu à criação das linhas 23, 24, 25 e 26, viabilizando a deslocação motorizada dos referidos estudantes nos Circuitos “*Canhoso/Portela/Pousadinha/São Domingos/Cantar Galo e Palmeira*”.

A criação de tais linhas e inerente transporte de estudantes não constava da previsão procedimental que precedeu a contratualização da concessão em apreço e formalizada em 27.02.2009.

Ocorreu, pois e claramente, um alargamento do perímetro da concessão, que, e sublinhe-se, não se previa no contrato de concessão celebrado na sobredita data.



Tribunal de Contas

A delimitação e identificação do perímetro afeto à concessão revela-se essencial para a economia do contrato de concessão, onde, de resto, entronca o Acordo Escrito agora sob fiscalização prévia.

Tal alteração, verdadeiramente modificativa do objeto do contrato, não é, pois, neutra face aos interesses económicos de potenciais interessados e, obviamente, da atual concessionária.

A delimitação do perímetro da concessão, porque constitui, afinal, um elemento central da concessão, integra, assim, e na aceção jurídica atrás desenvolvida [vd. III. B. 3. 1.], o objeto do contrato em apreço. Pelo que, e sem equívoco, a programada alteração do perímetro da concessão ou das linhas e circuitos que o integram corporiza uma alteração substancial e essencial do contrato inicial, e, conseqüentemente, do seu objeto.

A dimensão e particularidade da alteração introduzida ao contrato de concessão inicial, com relevante repercussão no plano social e económico, sugeria, pois, a consulta ao mercado mediante procedimento adequado, em ordem a selecionar-se a proposta que, seguramente, melhor defendesse o interesse público.

O não seguimento desta via conduz, inevitavelmente, à violação dos princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, a que acresce evidente inobservância do postulado no art.º 180.º, al. a) do *C.P.A.*, norma vigente até ao início da vigência do Decreto-Lei n.º 18/2000, de 29.01, que aprovou o novo Código dos Contratos Públicos.

A modificação contratual operada nas circunstâncias acima descritas conduz, ainda, à violação da disciplina contida no art.º 313.º, do Código dos Contratos Públicos, pois a mesma, para além de induzir a alteração de prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato restringe, claramente, a concorrência legalmente garantida no plano da formação dos contratos.



Porque insistimos na preservação do princípio da intangibilidade do objeto do contrato [que abrange as denominadas prestações principais ou condições essenciais do contrato], o contraente público, no exercício do “*ius variandi*” [unilateral ou consensual] poderá alterar o objeto das prestações tidas por secundárias, mas é-lhe vedada a modificação das prestações principais que integram o contrato.

5.

Revisitando o Acordo Escrito ora sob fiscalização prévia, constatamos, ainda, que, para além de outra fundamentação, o mesmo decorre do transporte de alunos efetuado pela concessionária, mas sob o regime de “*extra-concessão*”.

Esta consideração, vertida no Acordo Escrito, poderá, também, indicar que a prestação dos serviços em causa não é integrável no âmbito da concessão em apreço, e, conseqüentemente, autonomiza-se desta última.

Entraríamos, pois, no domínio da aquisição de serviços, conceito que o art.º 450.º, do *C.C.P.*, define como “*o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço*”.

Ora, de acordo com o disposto nos art.ºs 6.º, 2.º, n.º 1, al. c) e 16.º, do Código dos Contratos Públicos, a aquisição de serviços deverá submeter-se à concorrência de mercado, facto que, por um lado, obrigará a entidade adjudicante a adotar a via procedimental adequada [ajuste direto, concurso público...].

«*In casu*», o Município da Covilhã limitou-se a criar novas linhas de transporte e, de modo direto, a atribuir a respetiva exploração à entidade concessionária, para além de erguer critérios tendentes ao encontro de uma compensação monetária, que, afinal, constitui um verdadeiro preço. Dito de outro modo, o Município da Covilhã adquiriu uma prestação de serviços à “*Covibus*”, acordou com esta o correspondente preço [a compensação prevista no Acordo Escrito], o que constitui uma verdadeira aquisição direta, com postergação manifesta do seguimento da via



Tribunal de Contas

procedimental adequada, assim se desrespeitando os princípios da concorrência e da transparência [vd. art.º 2.º, n.º 4, do C.C.P.] e, também, a normação acima elencada.

Urge, pois, concluir:

- Ainda que se entenda que a aquisição e correspondente prestação de serviços em causa não se integra, de direito e de facto, no âmbito do contrato de concessão inicial e em vigor, a mesma, porque não antecedida de procedimento adequado e legalmente previsto, viola frontalmente o disposto nos art.ºs 6.º, 2.º e 16.º, do Código dos Contratos Públicos, e, em simultâneo, os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência e a que se reporta o art.º 2.º, n.º 4, daquele diploma legal.

6.

A leitura do Acordo Escrito em apreço e, nomeadamente, das considerações que fundam a “revisão” do contrato de concessão, deixa crer que alguma da compensação ali prevista assenta na invocada ocorrência de problemas operacionais decorrentes de concessões interurbanas e que terão prejudicado a empresa concessionária.

Ou seja, e melhor explicitando, a atribuição de uma parte da compensação prevista no citado Acordo Escrito visa suprir alegados prejuízos sofridos pela empresa concessionária e decorrentes do incumprimento do contrato na parte em que, alegadamente, não foi assegurada àquela a exclusividade do transporte público na área da concessão.

Cumprir conhecer da [i]legalidade da atribuição da correspondente compensação e pagamento do respetivo preço.



6.1.

Conforme decorre do contrato de concessão, onde se verte o art.º 1.º, do Caderno de Encargos, aí se proclama que a concessão é celebrada *“em regime de exclusividade, isto é, sem que, durante o período da sua vigência, o Município da Covilhã possa concessionar o serviço, ou parte dele, pelo que o concessionário é o único legalmente habilitado a explorar o serviço público de transportes coletivos urbanos na área da concessão”*.

A Câmara Municipal da Covilhã, ao longo da vida da presente concessão, vem insistindo junto do Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, I.P. [abreviadamente, *I.M.T.T.*], no sentido de este colocar termo à concessão de carreiras de serviço público de transporte para, assim, cessar a sobreposição da exploração de três circuitos, onde operam, em simultâneo, a concessionária e outras empresas de transporte, e, a final, assegurar, em definitivo, a exclusividade vertida em contrato.

Porém, as diligências desenvolvidas não lograram o efeito desejado por aquele Município.

Neste contexto, e como é sabido, o Município da Covilhã acordou com a empresa concessionária o pagamento a esta de montante inscrito no Acordo Escrito em apreço, compensando, assim e entre o mais, a exclusividade não garantida [na perspetiva da edibilidade] desde o início da execução do contrato de concessão.

Importa, pois, e mais de perto, aquilatar do fundamento legal da obrigação assumida pela Câmara Municipal da Covilhã.

6.2.

É sabido que os art.ºs 13.º, n.º 1, al. c) e 18.º, da Lei n.º 159/99, de 14.09 [diploma em vigor à data da celebração do contrato inicial e que estabelecia o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais, mas, entretanto, revogado pela Lei n.º 75/2013 de 12/09] conferem atribuições aos



Tribunal de Contas

órgãos municipais no âmbito do planeamento, gestão e realização de investimentos, nos domínios das redes de transportes regulares urbanos e na rede de transportes regulares locais que se desenvolvam exclusivamente na área do Município.

Contudo, e segundo os art.ºs 1.º e 3.º, do Decreto-Lei n.º 3/2001, de 10.01, cabe ao Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres licenciar a atividade do transporte público rodoviário de passageiros, fazendo-o mediante a emissão de alvarás [títulos] de concessão de carreiras de serviço público.

Assim, admite-se, desde já, que o Município da Covilhã, a par dos demais, não detém poderes para, só por si, fixar a exclusividade da exploração do serviço de transportes coletivos urbanos. De resto, e a comprová-lo, avulta o ofício dirigido ao *I.M.T.T.* pelo Presidente da Câmara Municipal da Covilhã [vd. fls. 264 e 265] e onde este último reconhece que sobre aquele Município impende a obrigação de requerer ao *I.M.T.T.* a extinção e/ou cancelamento das autorizações por este último concedidas a empresas e para a exploração do transporte público rodoviário.

Aquando da outorga do contrato de concessão, a Câmara Municipal da Covilhã e a entidade concessionária, porque conheciam a lei que disciplina o transporte rodoviário, não ignoravam, certamente, os limites dos poderes das autarquias locais na área da exploração do transporte rodoviário público, e, bem assim, as competências do *I.M.T.T.* neste mesmo segmento.

A fixação de uma compensação pela ausência da garantia da exclusividade proclamada e prometida no contrato de concessão configura, assim, uma real modificação objetiva do contrato, com incidência clara no domínio do fator “preço”, e concretizada mediante acordo das partes.

Mais:



Tribunal de Contas

Tal alteração/modificação reconduz-se, obviamente, à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, muito embora tal não seja reconhecido, expressamente, pela Câmara Municipal da Covilhã.

Ora, seguindo, de perto, a previsão do art.º 437.º, do Código Civil, também o art.º 312.º, do Código dos Contratos Públicos, prescreve que o contrato pode ser modificado quando, cumulativamente, as *“circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”* e ocorram razões de interesse público decorrentes de necessidades novas.

«*In casu*», e tendo presente os desenvolvimentos atrás alinhados, importa reconhecer que o circunstancialismo que preside, agora, à atribuição da compensação já existia à data da outorga da concessão e era do conhecimento da concedente e da concessionária, atento o seu caráter público e notório e enquadramento legal publicitado.

Ou seja, e na expressão de Pedro Gonçalves, não ocorreu qualquer perturbação significativa na equação económico-financeira do contrato motivada por alguma ação exterior a este último.

Inverificam-se, pois, os requisitos da anormalidade e imprevisibilidade, e, ainda, alguma necessidade nova, pelo que, e conseqüentemente, não existe razão ou fundamento que escore a modificação contratual corporizada pelo Acordo Escrito em apreço.

Para além do exposto, e atentando no clausulado do contrato de concessão [vd. art.º 1.º, do C.E., aí integrado], é, também, seguro, que o Município da Covilhã, ao longo da vigência daquele instrumento contratual não concessionou a outrem o serviço público de passageiros aí previsto. Apenas não assegurou a exclusividade



que, de resto, e como já acentuámos, já não existia à data da outorga daquele contrato.

Também, por este motivo, se questionará a bondade da compensação atribuída, nesta parte.

IV. DAS ILEGALIDADES E O VISTO.

Como se afirmou ao longo do presente acórdão, o Acordo Escrito em causa, porque assenta no alargamento do perímetro de concessão sem acautelar a preservação dos princípios da concorrência e da transparência, configura uma modificação essencial [alteração das prestações principais] do contrato inicial de concessão, violando, assim, os limites previstos no art.º 313.º, do Código dos Contratos Públicos, e, ainda, os contidos no art.º 180.º, do Código Procedimento Administrativo, vigente até à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos.

Por outro lado, e como acima evidenciámos, a compensação fixada por alegada inobservância da exclusividade por parte do Município da Covilhã mostra-se destituída dos fundamentos que a legitimariam e que se prevêem no art.º 312.º, do Código dos Contratos Públicos.

Depara-se-nos, assim, a perpetração de ilegalidades que, retirando fundamento à compensação financeira atribuída, alteram, sem dúvida, o resultado financeiro do instrumento contratual sob fiscalização prévia.

Deste modo, e face ao disposto no art.º 44.º, n.º 3, al. c), da *L.O.P.T.C.*, ocorre fundamento de recusa do visto.



Tribunal de Contas

V. DECISÃO.

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o Visto ao Acordo Escrito acima identificado.

São devidos emolumentos legais [vd. art.º 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas].

Registe e notifique.

Lisboa, 27 de Março de 2014

Os Juízes Conselheiros,

(Alberto Fernandes Brás – Relator)

(João Alexandre Gonçalves de Figueiredo)

(Helena Maria Abreu Lopes)



Tribunal de Contas

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)