



Tribunal de Contas

Acórdão n.º 12 /2015-14. ABR-1.S/PL

Recurso n.º RO n.º 02/2015-SRATC

Processo n.º 55/2014

Relator: Conselheiro José Mouraz Lopes

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

I – RELATÓRIO

1. Atlânticoline, SA, interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1ª Secção, da Decisão n.º 1 de 2015, que recusou o visto ao contrato de fretamento de um navio destinado a realizar o serviço de transporte marítimo de passageiros e viaturas entre as ilhas da Região Autónoma dos Açores, celebrado entre a recorrente e a Hellenic Shipping- Transportes Marítimos. Lda, com base na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

2. A recorrente, nas suas alegações, apresentou as seguintes conclusões:
 1. O presente recurso tem por objeto a decisão da Secção Regional do Tribunal de Contas, datada de 13 de janeiro de 2015, que decidiu recusar o visto ao “*Contrato de Fretamento de um navio destinado a realizar o serviço de transporte marítimo de passageiros e viaturas entre as ilhas da Região Autónoma dos Açores, nas operações comerciais dos anos de 2015 e 2016, com eventual prorrogação para a operação comercial do ano de 2017*”, celebrado com a sociedade “*Hellenic Shipping – Transportes Marítimos, Lda*”, nos termos das alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, uma vez “*o contrato*



Tribunal de Contas

submetido a fiscalização prévia foi celebrado na sequência da realização de um ajuste direto, escolhido com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP.

2. A questão central (uma vez que todas as outras questões estão dependentes e serão consequências diretas daquela) será aferição se entre o contrato de fretamento inicial, celebrado em 24-01-2013 e o contrato celebrado em 02-12-2014, existe conformidade com um “*projeto de base comum*” ou não, no sentido previsto no artigo 27.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos.
3. A decisão recorrida ao entender que “*não existe um projeto base comum, nem se vê que tal se pudesse conceber*”, pois “*em conformidade com o disposto na alínea a) do artigo 1.º das Instruções para elaboração de projetos de obras, aprovadas pela Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho, o projeto base, é o documento a elaborar pelo Projetista, correspondente ao desenvolvimento do Estudo prévio aprovado pelo Dono da Obra, destinado a estabelecer em definitivo, as bases a que deve obedecer a continuação do estudo, sob a forma de Projeto de execução*” violou o disposto no artigo 27.º, n.º 1, alínea a) do Código dos Contratos Públicos.
4. Tal entendimento da decisão recorrida contraria a própria natureza das coisas ao exigir formalismos e documentos que são próprios e exclusivos de contratos de empreitadas de obras públicas para contratos de prestações/aquisições de serviços.
5. O legislador clara e expressamente possibilita que haja, a par, da repetição de “*novas obras*”, repetição de “*novos serviços*”, pela confrontação do artigo 24.º com o artigo 27.º do CCP
6. Obviamente, apesar de historicamente tal regime de “repetição” ter surgido no âmbito das empreitadas das obras públicas, hoje em dia, a possibilidade de repetição foi expressamente alargada também às prestações de serviços; o que implica, de uma forma lógica e coerente, fazer as respetivas adaptações nas densificações técnico-jurídicas do regime das empreitadas para o regime de prestação/aquisição de serviços.
7. Assim, no âmbito do artigo 27.º, n.º 1, alínea a) quando o legislador exige *projeto base comum* tal não pode nunca consubstanciar a apresentação de projetos de cariz técnica arquitetónica e/ou engenharia civil, elaborados por projetistas (arquitetos ou engenheiros), sob pena de caducidade da norma por ser impossível a sua previsão e verificação na realidade dos factos.
8. A decisão recorrida ao chamar à colação as “*Instruções para elaboração de projetos de obras, aprovadas pela Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho*” está a exigir procedimentos e documentos que dizem respeito a procedimentos de “obras públicas”, que naturalmente



Tribunal de Contas

não pode ser utilizados, nem aplicados, diretamente nos processos de “prestações de serviços”, pois tal viola a diferente natureza das aquisições de serviços em causa.

9. Como *projeto base comum*, a que alude o n.º 1, alínea a) do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos, deverá ser entendido, neste contrato de prestação de serviços, a prestação pela *Atlânticoline* do *serviço público de transporte marítimo de passageiros e viaturas em todo o arquipélago dos Açores, com recurso ao fretamento de navios a tempo*. Ou seja, exatamente a satisfação das mesmas necessidades públicas – *garantir serviço de transporte*, com recurso às mesmas soluções técnicas e jurídica – *fretamento de navios a tempo*.

3. O Ministério Público emitiu parecer concluindo pela improcedência do recurso porquanto não se vislumbra a existência de um projeto de base comum, que implica uma pluralidade de necessidades satisfeitas com recurso a uma pluralidade de contratos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

4. A matéria de facto em causa dada como assente e que consta da decisão recorrida é a seguinte:

- a) Em 23-02-2010 foi celebrado, entre a Região Autónoma dos Açores, o Fundo Regional de Apoio à Coesão e ao Desenvolvimento Económico e a Atlânticoline, S.A., o *Contrato de Gestão de Serviços de Interesse Económico Geral relativo à construção e exploração de navios de transporte de veículos e passageiros entre as ilhas do arquipélago dos Açores*, pelo período máximo de 10 anos a contar de 08-11-2005¹, nos termos do qual compete à Atlânticoline, S.A., designadamente, «Garantir a qualidade, continuidade e regularidade do serviço público de transporte marítimo de veículos e passageiros entre as ilhas do arquipélago dos Açores» (alínea *d*) do n.º 1 da cláusula 1.ª e cláusula 7.ª);

¹ Em 06-02-2014 foi alterado o n.º 2 da cláusula 7.ª do contrato, passando este a vigorar pelo «período máximo de 12 anos a contar de 8 de novembro de 2005».



- b) Em 18-07-2012, o Conselho de Administração da Atlânticoline, S.A., deliberou «iniciar os procedimentos pré-contratuais para a adjudicação do “FRETAMENTO DE NAVIOS DESTINADOS À OPERAÇÃO DE PASSAGEIROS 2013 E 2014”, nos termos do artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos», escolhendo o «Concurso Público, com publicação no Jornal Oficial das Comunidades (...), para o período de dois anos e eventual prorrogação por mais um»;
- c) De acordo com o programa do concurso, este tem por objeto a «escolha da proposta que servirá de base à outorga de dois contratos de fretamento a tempo, de longa duração, de dois navios, sendo um de tipo “RO-RO PAX FERRY” e outro do tipo “HSC RO-RO PAX FERRY», sendo a adjudicação feita por lotes, «correspondendo cada lote a um contrato de fretamento por cada navio» (artigos 1.º e 5.º);
- d) O artigo 21.º do programa do concurso tem o seguinte teor:

Artigo 21.º

Novos serviços

Nos termos e para os efeitos do disposto na subalínea *iv*) da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos, desde já se indica a possibilidade de adoção de um ajuste direto para a celebração de um futuro contrato de aquisição de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objeto do presente concurso público.

- e) O aviso de abertura do concurso foi publicado no *Diário da República*, em 06-08-2012, e no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 11-08-2012;
- f) Em 03-12-2012, o Conselho de Administração da Atlânticoline, S.A., deliberou adjudicar o fretamento do navio tipo “RO-RO PAX FERRY”² (Lote A) ao concorrente Hellenic Seaways Maritime, S.A., único opositor ao concurso;
- g) Em 24-01-2013 foi celebrado, entre a Atlânticoline, S.A. e a Hellenic Seaways Maritime, S.A., o contrato de *fretamento de um navio destinado a realizar o serviço de transporte marítimo de passageiros e viaturas entre as ilhas da Região*

² Navio “Express Santorini”.



Tribunal de Contas

Autónoma dos Açores, nas operações comerciais dos anos 2013 e 2014, com eventual prorrogação para a operação comercial do ano de 2015³, pelo preço de 5 300 000,00 euros, e com o prazo de 24 meses, eventualmente prorrogável por mais 12 meses, pelo preço de 2 500 000,00 euros;

- h) Em 01-07-2014 foi celebrado, entre a Atlânticoline, S.A., a Hellenic Seaways Maritime, S.A., e a Hellenic Shipping – Transportes Marítimos, L.^{da}, o 1.º adicional ao contrato celebrado em 24 de janeiro de 2013 (fretamento de navio destinado à operação de passageiros 2013 e 2014 – Navio A), através do qual a Hellenic Seaways Maritime, S.A., cede a sua posição contratual à Hellenic Shipping – Transportes Marítimos, L.^{da}, com efeitos a 04-07-2014⁴;
- i) Em 20-10-2014, o Conselho de Administração da Atlânticoline, S.A. deliberou:
- «iniciar os procedimentos pré-contratuais para a adjudicação do “FRETAMENTO DE NAVIO DESTINADO À OPERAÇÃO DE PASSAGEIROS 2015 E 2016”, nos termos do artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos»;
 - Escolher o ajuste direto como procedimento pré-contratual, com fundamento na subalínea iv) da alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos;
 - Fixar o preço base do procedimento em 7 500 000,00 euros, incluindo a eventual prorrogação para o ano de 2017.
- j) Na deliberação referida na alínea anterior, a escolha do ajuste direto fundamentou-se, em suma, no seguinte conjunto de razões:
- «o atual adjudicatário do fretamento do navio Express Santorini manifestou disponibilidade para manter o serviço de fretamento daquele navio não só para o ano de 2015 mas também para os anos de 2016 e 2017, pelo preço da opção de prorrogação para 2015, prevista no contrato vigente»;

³ O navio opera, em cada ano, no período que decorre entre 15 de abril e 5 de outubro (artigo 35.º do contrato).

⁴ A Hellenic Shipping – Transportes Marítimos, L.^{da}, com sede no Funchal, foi constituída em 23-06-2014, tendo por objeto o exercício de «actividade de transportes marítimos de mercadorias, veículos e passageiros, incluindo operações em terminais e a prestação de serviços a terceiros no âmbito de controlo e coordenação das operações necessárias a expedição, recepção e circulação de bens ou mercadorias; agenciamento de navios; bem como outras operações directa ou indirectamente relacionadas com os transportes marítimos».



Tribunal de Contas

- «em virtude do cancelamento do concurso público para a construção de novos navios ferry ro-ro de passageiros e viaturas e com o lançamento de novo procedimento pré-contratual, em finais de 2014, não será possível a receção dos novos [navios] antes do ano de 2017, o que implica impreterivelmente a necessidade de fretar navios para os anos de 2015 e 2016, com eventual prorrogação para 2017»;
 - «no procedimento pré-contratual para a outorga do atual contrato de fretamento ficou ressalvada a possibilidade prevista na subalínea iv) da alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos, nomeadamente a possibilidade de adoção de um procedimento de ajuste direto para a celebração de contrato de aquisição de novos serviços que consistam na repetição de serviços objeto do concurso público»;
 - «o concurso público, que levou à adjudicação do atual contrato de fretamento, foi publicado (...), na II série do Diário da República, n.º 151, de 6 de agosto de 2012, bem como no JO/S S154, de 11/08/2012».
- k) Em 04-11-2014 a Hellenic Shipping – Transportes Marítimos, L.^{da}, foi convidada a apresentar proposta, «na qualidade de atual co-contratante do contrato de fretamento do navio *Express Santorini*», com fundamento na «subalínea iv) da alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos, nomeadamente na possibilidade de adoção de um procedimento de ajuste direto para a celebração de contrato de aquisição de novos serviço que consistam na repetição de serviços que foram objeto do concurso público»;
- l) De acordo com o caderno de encargos, o procedimento por ajuste direto tem o preço base de 7 500 000,00 euros e o contrato de fretamento será celebrado pelo prazo de dois anos (2015 e 2016), com eventual prorrogação por mais um ano (artigos 1.º e 5.º)⁵;
- m) Em 21-11-2014, o Conselho de Administração da Atlânticoline, S.A., deliberou adjudicar à Hellenic Shipping – Transportes Marítimos, L.^{da}, o fretamento do navio *Express Santorini*, pelo preço de 5 000 000,00 euros, para o período de

⁵ O preço base inclui a eventual prorrogação para o ano de 2017, não podendo, nos anos de 2015 e 2016, exceder 5 000 000,00 euros (n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 5.º do caderno de encargos).



Tribunal de Contas

2015/2016, e pelo preço de 2 500 000,00 euros, «para a possível prorrogação para o período de 2017»;

- n) Aquando da verificação preliminar, o processo foi devolvido a fim de que, entre outros aspetos, o Serviço demonstrasse em que medida se encontram preenchidos os pressupostos de que depende a escolha do ajuste direto com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos, designadamente quanto à existência de um projeto base comum⁶;
- o) Na sua resposta, a Atlânticoline, S.A., sustentou a decisão tomada como segue:

Nos termos do contrato de gestão de serviços de interesse económico geral, celebrado com a RAA (...), a Atlânticoline, S.A., está obrigada a “*garantir a qualidade, continuidade e regularidade do serviço público de transporte marítimo de passageiros e viaturas em todo o arquipélago dos Açores*” – vide alínea d) do n.º 1 da cláusula 1.ª do contrato;

Para tal desiderato, até que sejam adquiridos navios próprios com capacidade para assegurar a prestação daquele serviço público, a *Atlânticoline, S.A.* tem de se socorrer ao fretamento de navios, a tempo, nos termos do Decreto-Lei n.º 191/87, de 29 de abril.

Assim, pelo menos desde 2009, que esta entidade lança concursos públicos, com publicidade internacional, para o fretamento de tais navios, até à citada aquisição de navios próprios, como forma de prestar e assegurar o serviço público de transporte marítimo de passageiros e viaturas;

Por vicissitudes várias, nomeadamente incumprimentos contratuais do fornecedor ENVC, S.A. e exclusão de propostas apresentadas por concorrentes, até à data (ao contrário das previsões) não foi possível concretizar a aquisição de navio, nem sendo exetável que a receção de novos navios ocorra nos próximos dois anos, razão pela qual existe necessidade de manter o regime de fretamento de navios (não só durante o ano de 2015, com também no ano de 2016 e eventualmente no ano de 2017).

Assim, o projeto base comum¹, a que alude o n.º 1, alínea a) do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos, será a prestação pela Atlânticoline do serviço público de transporte marítimo de passageiros e viaturas em todo o arquipélago dos Açores, com recurso ao fretamento de navios a tempo.

Ou seja, exatamente a satisfação das mesmas necessidades públicas – garantir serviço de transporte, com recurso à mesma solução técnico-jurídico – fretamento de navios a tempo.

São de tal forma *comum* os pressupostos, fundamentos e forma de execução do serviço, que o contrato celebrado em 2013 (contrato original) pode ser reproduzido *ipsis verbis* no novo contrato², salvo as naturais alterações de cláusulas temporais. Ou seja, apesar da exigência legal do artigo 24.º, n.º 1, alínea a) do CCP apenas exigir a repetição de “*serviços similares*”, no caso concreto, os serviços são exatamente *iguais*.

⁶ Através do ofício n.º 464-UAT I/FP, de 15-12-2014.



Assim, salvo melhor opinião, todo o *projeto de base* que esteve na origem na necessidade de contratar e celebrar o primeiro contrato original é comum à necessidade de contratar e celebrar o novo contrato, respeitando-se o sentido da norma expressa no artigo 24.º, n.º 2, alínea a) do CCP e a alínea b) do n.º 4 do artigo 31.º da Diretiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março.

1 Historicamente a terminologia de “*projeto base comum*” surgiu quanto à repetição de obras/empreitadas iguais, que salvo melhor opinião, terá de comportar um sentido mais amplo quando adaptada à repetição de novos serviços.

2 Salvo quanto ao preço contratual, onde surgiu a disponibilidade/oportunidade do adjudicatário prestar o serviço pelo preço mais baixo previsto, ou seja, o adjudicatário assegura o mesmo preço que estava inicialmente [previsto] apenas para o ano de 2015, durante todo o novo período de fretamento (2015, 2016 e eventualmente 2017).

Enquadramento jurídico

5. Face às conclusões apresentadas a única questão em apreciação é apreciar a legalidade do procedimento por ajuste direto que lecou à celebração do contrato e, concretamente, saber se o contrato de fretamento em apreciação se enquadra no conceito «projeto de base comum» a que se alude no artigo 27º n.º 1 alínea a) do Código de Contratos Públicos (aprovado pelo Decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado pelas Declaração de Rectificação n.º 18-a/2008, de 28 de março, Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, Decreto lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, Decreto Lei n.º 131/2010, de 24 de dezembro, Lei n.º 64-B/2011 de 30 de dezembro e Decreto lei n.º 149/2012, de 12 de julho).
6. O regime geral da contratação pública indica a transparência, a igualdade e a concorrência como os três grandes princípios que moldam o seu regime em todas as suas dimensões.
7. Só um processo contratual vinculado a uma dimensão concorrencial efetiva, em todas as suas etapas, de modo a salvaguardar o princípio da igualdade e também da transparência pode concretizar o interesse público subjacente à contratação pública. Porque é este interesse público, nas suas várias dimensões, que consubstancia a finalidade de um procedimento concursal.



Tribunal de Contas

8. Exatamente por isso é que o ajuste direto é, nos termos do CCP, uma modalidade excecional de procedimento concursal assente em requisitos legais taxativos que limitam, perante qualquer entidade adjudicante, a escolha daquele procedimento.
9. Trata-se de um procedimento «fechado», que se compreende «como desvio em relação a um modelo ou padrão de preferência aberto», claramente prevalentes ou dotados de primazia no âmbito da configuração legislativa da contratação pública, conhecidos os princípios da legalidade, igualdade e transparência a ela subjacentes (inequivocamente neste sentido, cf. Pedro Gonçalves, *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013, p. 437 e também os Ac. deste Tribunal n.º 39/2010, de 3.11 e Ac. n.º 11/ 2013, de 23 de outubro, 1ª S/PL).
10. O que decorre do regime normativo do ajuste direto é exatamente a necessidade da sua admissibilidade ser sempre restritiva e, naturalmente, ser muito controlada a interpretação dos requisitos legais que são exigidos quando se recorre ao referido procedimento.
11. Em termos sintéticos pode dizer-se que o ajuste direto é uma modalidade excecional de procedimento concursal assente em requisitos taxativos que como tal devem ser interpretados, entendimento que este Tribunal de Contas tem sistematicamente sublinhado quando se pronunciou sobre os pressupostos legais referidos que justificam a adoção de ajuste direto, desde pelo menos 2004 (concretamente os Acórdãos n.ºs 1/04, de 3/2, n.º16/06, de 14 de Março, n.º 4/05 de 2/2, n.º 37/06, de 6/6 e n.º 5/07, de 24/4, n.º 5/2008 - 22.Jan.2008 - 1ª S/SS, n.º 7 /2008-1.ªS/PL-8ABR2008, n.º 8 /2011 – 12.ABR-1ªS/PL, n.º16 /08 – 11 Novembro 2008 – 1ª S/PL, n.º 35/2008 - 06.Mar.2008 - 1ª S/SS, n.º 45/11 - 07.JUN. 2011/1ª S/SS, n.º 8 /2011 – 12.ABR-1ªS/PL, n.º 4/14.FEV.2012/1ªS/SS, e Ac. n.º 13 /2014, de 6.5.2014, 1ª SS).



Tribunal de Contas

12. No caso em apreço, está em causa saber que o contrato de fretamento em apreciação se enquadra no conceito «projeto de base comum» a que se alude no artigo 27º n.º 1 alínea a) do CCP.
13. O artigo 27º do CCP, na sua epígrafe, enquadra a escolha do ajuste direto para a formação de contratos de aquisição de serviços. No seu número 1, [com relevância para o caso] refere-se que, sem prejuízo do disposto no artigo 24º, no caso de aquisição de serviço, pode adotar-se o ajuste directo quando a) se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares objecto de contrato anteriormente celebrado pela mesma entidade adjudicante, desde que: (i) esses serviços estejam em conformidade com um projeto de base comum; (ii) aquele contrato tenha sido celebrado, há menos de três anos, na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação; (iii) o anúncio do concurso tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de o somatório do preço base relativo ao ajuste direto e do preço contratual relativo ao contrato inicial ser igual ou superior ao valor referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20º ; e (iv) a possibilidade de adopção do ajuste direto tenha sido indicada no anúncio ou no programa do concurso (sublinhado nosso).
14. Os requisitos identificados em (i), (ii) (iii) e (iv) no parágrafo anterior constituem um *plus* em relação a uma mera admissibilidade de repetição de serviços similares e, por isso, devem ser claramente identificados.
15. Deve sublinhar-se que este requisito a que se refere o artigo 27º referente à escolha do ajuste direto para a formação de contratos de aquisição de serviços é exatamente igual ao requisito admissível para a escolha do ajuste direto para a formação de contratos de empreitada de obras públicas, a que se alude no artigo 25º alínea a), máxime o «da conformidade com um projeto de base comum».



Tribunal de Contas

16. A similitude do conceito «projecto de base comum» nos dois normativos, comporta, no entanto, duas situações diferenciadas, ou seja a formação de contratos de empreitadas de obras públicas (no artigo 25º) e a formação de contratos de aquisição de serviços (no artigo 26º). Por isso o conceito não tem necessariamente de ser coincidente em relação às duas situações.
17. Será importante, por isso, atentar nas fontes das referidas normas.
18. A norma em apreço resulta da transposição para o ordenamento jurídico nacional do artigo 31º n.º 4 alínea b) da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços que estabelece que «as entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio(...) no caso dos contratos de empreitada de obras públicas e dos contratos públicos de serviços (...) relativamente a obras ou serviços novos que consistam na repetição de obras ou serviços similares confiados ao operador económico adjudicatário de um contrato inicial celebrado pelas mesmas entidades adjudicantes, desde que essas obras ou esses serviços estejam em conformidade com um projeto de base e que esse projeto tenha sido objeto de um contrato inicial adjudicado por concurso público ou limitado».
19. Por sua vez esta Directiva 2004/18/CE veio substituir a Directiva 93/77/CEE do Conselho, de 14 de junho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas e a Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 14 de junho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos serviços.
20. Na Directiva 93/77/CEE, referia-se, no artigo 7 n.º 3 alínea e) que «As entidades adjudicantes podem igualmente adjudicar contratos de empreitada de obras por



Tribunal de Contas

meio do processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, nos seguintes casos (...) Em obras novas que consistam na repetição de obras similares confiadas à empresa adjudicatária de um primeiro contrato, pelas mesmas entidades adjudicantes, desde que essas obras estejam em conformidade com um projeto de base e que esse projecto tenha sido objeto de um primeiro contrato celebrado de acordo com os processos referidos no n.º 4».

21. Na Directiva 92/50/CEE referia-se, no artigo 11º n.º 3 alínea f) que «As entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos de serviços recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos: (...) Quando se trate de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares confiados ao prestador de serviços a quem foi adjudicado um contrato anterior pelas mesmas entidades adjudicantes, desde que esses serviços estejam em conformidade com um projeto de base, projecto esse que tenha sido objecto de um primeiro contrato celebrado de acordo com os procedimentos referidos no nº 4».
22. Ou seja o que se pode concluir é que o conceito de «projecto de base», está na essência ou é razão fundante da possibilidade de determinadas obras ou serviços serem objeto de admissibilidade de repetição de determinado contrato, através de um processo de negociação por ajuste direto (sublinhado nosso).
23. Pressupõe-se assim que a entidade adjudicante tenha previsto um projeto para ser implementado e que careça de ser, eventualmente (e não necessariamente) complementado no futuro com serviços ou obras similares, para que aquele projeto fique realizado (sublinhado nosso).
24. O regime normativo em causa não deve ser interpretado, por isso, no sentido de transformar cada repetição de adjudicação de serviços ou realização de contratos em potenciais ajustes diretos, sem mais. É necessário que a entidade pública contratante tenha em mente a concretização de um «projeto», no sentido de



Tribunal de Contas

plano global que se visa atingir com o lançamento do primeiro procedimento e que poderá, para ser atingido, ter de ser complementado com outras prestações (ou obras) do mesmo género. Será ainda necessário que esse projecto comum seja identificado como tal, de modo a que a concorrência permita desde logo perceber totalmente uma possível admissibilidade de um novo procedimento.

- 25.** E tanto é assim que a nova Directiva relativa aos contratos públicos, [Directiva 2014/24/EU do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014], que revoga a Directiva 2004/18 citada, publicada no JOUE de 28.3.2014, sobre esta matéria veio expressamente acrescentar, no artigo 32º, nº. 5, correspondente ao artigo 31º, ponto 4, alínea b) da Directiva 2004/18, a referência ao projeto de base, estabelecendo que este «deve indicar a amplitude das possíveis obras ou serviços complementares e as condições em que serão adjudicados».
- 26.** Ou seja o projecto de base é o plano global que se pretende atingir através de um procedimento, que pode esgotar-se ou não num primeiro caderno de encargos que consubstancia esse procedimento, mas que com ele se se não confunde.
- 27.** As matérias de obras e as matérias de serviços são, no entanto, situações diferentes, importando por isso perceber o que está afinal em causa em cada uma das situações, ou seja, no domínio das obras (ou contratos de empreitada de obras públicas), a que se refere o artigo 25º do CCP e no domínio da aquisição de serviços, a que se refere o artigo 27º do CCP.
- 28.** No caso das situações a que se aludem no artigo 25º, não pode deixar o intérprete de chamar à colação todo o regime normativo que, subsequentemente à publicação do CCP, veio densificar um conjunto de conceitos que são utilizados. Concretamente a Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho, referente às Instruções para a elaboração de projectos de obras que definiu o projeto base como o



Tribunal de Contas

«documento a elaborar pelo Projetista, correspondente ao desenvolvimento do Estudo prévio aprovado pelo Dono da obra, destinado a estabelecer, em definitivo, as bases a que deve obedecer a continuação do estudo, sob a forma de projeto de execução».

- 29.** Foi aliás, com base nesta dimensão conceptual [e na sua não verificação no caso] que a primeira instância recusou a verificação, no caso, da existência de um projeto de base comum, sustentado pela Atlânticoline na prestação, pela empresa, «do serviço público de transporte marítimo de passageiros e viaturas em todo arquipélago dos Açores, com recurso de navios a tempo».
- 30.** Deve dizer-se que a alegação da dimensão citada na referida Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho, só pode ser aplicada aos contratos de empreitadas de obras públicas, na medida em que não só a matéria em causa, substancialmente, apenas se relaciona com contratos de empreitada de obras públicas, assim como também a norma do CCP legitimadora da referida Portaria é o artigo 43º n.º 7, que se refere exclusivamente às empreitadas de obras públicas.
- 31.** Por outro lado, todas as normas em causa, nomeadamente os artigo 24º, 25º e 27º do CCP são normas assumem um caráter excecional face à regra geral da escolha do procedimento. Por isso, tais normas não comportam aplicação analógica mas apenas admitem interpretação extensiva, nos termos do artigo 11º do Código Civil.
- 32.** Por tal motivo e por via da impossibilidade de aplicar analogicamente as normas do artigo 25º ao regime do artigo 27º, não pode aceitar-se a fundamentação que esteve na base da decisão de primeira instância, porque não se aplica em concreto á matéria de prestação de serviços, que está em causa no contrato em apreciação.



Tribunal de Contas

33. Importa assim procurar a dimensão conceptual do programa de base comum para os contratos de aquisição de serviços.
34. Numa primeira dimensão deve evidenciar-se que toda a análise tem que ser sustentada na apreciação consubstanciada num projeto inicial de base, que num primeiro momento, deu origem a um procedimento que culminou na outorga de um contrato celebrado com a mesma entidade adjudicante, ainda que outorgado em momento anterior que, por sua vez, sustentará o novo serviço a realizar.
35. Um projeto base conforma já os requisitos e esclarecimentos dos aspetos de uma solução proposta no domínio de um serviço a desenvolver, densificando com maior grau de pormenor as soluções que foram apresentadas no que terá sido um eventual estudo prévio.
36. No domínio dos contratos de obras públicas, a existência de um projeto base passa pelo desenvolvimento do estudo prévio aprovado pelo dono da obra, através do esclarecimento de pontos duvidosos da solução proposta, explicitação pormenorizada das soluções difíceis, conveniente definição e dimensionamento da obra e esclarecimento indispensável do seu modo de execução (sobre esta dimensão técnica, cf. Telmo Dias Pereira, *Gestão de Projeto e Contratação de Empreitadas de Obras*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 106).
37. Na prestação de serviços, ainda que não possa utilizar-se o mesmo padrão de definições técnicas exigido para a contratação para obras públicas, que não pode, deve retirar-se daquela concretização que o conceito de «projecto de base comum», que está na origem dos dois procedimentos, tem que ir além de uma mera identificação do objeto contratual que consubstancia tanto a realização da obra como a prestação de serviços. A não ser assim esvaziar-se-ia a conexão exigida entre a repetição de serviços (ou obras) e a sua conformidade com um projeto de base, situação absolutamente inequívoca quer no artigo 27º doCCP quer na Diretiva 2004/18/CE.



Tribunal de Contas

38. Não pode admitir-se, para justificar a realização de um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, face aos requisitos, tanto do artigo 31º n.º 4 da Diretiva 2004/18/CE, como do artigo 27º do CCP (e também do artigo 25º) que as entidades, apenas “à cautela”, incluam a possibilidade do ajuste direto sem que se demonstre existir um projeto de base comum para justificar a realização de um novo ajuste direto. Procedimento que, como se sabe e se referiu infra, assume na contratação pública, uma natureza excepcional face ao princípio da concorrência.
39. No caso em apreço, alude o recorrente que consubstancia esse projeto de base comum a prestação de serviço público de transporte marítimo de passageiros e viaturas em todo o arquipélago dos Açores, com recurso ao fretamento de navios a tempo, ou seja, «a satisfação das mesmas necessidades públicas – garantir o serviço de transporte, com recurso à mesma solução técnica e jurídica – fretamento de navios a tempo».
40. Ora os dois tópicos que o recorrente refere são, nem mais nem menos que a razão e a forma de execução do serviço a prestar, ou seja o próprio objeto do contrato a prestar, exatamente os mesmos que já constavam no anterior contrato celebrado em 24.01.2013. Não se trata de um desenvolvimento, por via de uma ampliação ou complementaridade, de uma qualquer dimensão de um projeto de base comum que estivesse na origem da prestação de serviço a efetuar e que teria levado ao primeiro procedimento (sublinhado nosso) e que nunca foi previamente identificado como tal, de modo a ser conhecido por todos os putativos concorrentes.
41. Aliás a razão essencial para a realização do contrato em apreciação, através de um procedimento de ajuste direto, é explicitada na acta n.º 10/2014 do Conselho de Administração da Sociedade Atlânticoline SA (parágrafo 4, alínea j), dos factos provados), onde se refere explicitamente que é em «*virtude do*



Tribunal de Contas

cancelamento do concurso público para a construção de novos navios ferry ro-ro de passageiros e viaturas e com o lançamento de novo procedimento pré-contratual, em finais de 2014, não será possível a receção dos novos antes do ano de 2017».

- 42.** Não foi, por isso demonstrada a existência de qualquer projeto de base comum que sustente a prestação dos serviços de fretamento de navios que permita admitir a realização do ajuste direto, sustentado no normativo citado, que esteve na origem do contrato *sub judice*.
- 43.** No procedimento e contrato iniciais publicitou-se a consagração da hipóteses do n.º 1 do artigo 27º do CCP (ainda que imperfeitamente, porquanto não se identificava qual o projecto base que sustentaria essa possibilidade) e publicitou-se, igualmente a prorrogação da vigência do contrato por mais um ano. Trata-se, no entanto de soluções diferenciadas que como tal foram percepcionadas pela concorrência, sendo que o que ocorreu foi apenas uma prorrogação do contrato num horizonte temporal que não estava inicialmente previsto.
- 44.** Importa finalmente referir que, como se referiu na decisão de primeira instância, a escolha do ajuste direto, nos termos referidos, para além de não ter suporte legal permitiria, na prática que o contrato celebrado em 2013 (por um período máximo de três anos) pudesse ser executado até 2017, colidindo claramente com o disposto na lei, nomeadamente o artigo 440º n.º 1 do CCP, *ex vi* do artigo 451º do mesmo diploma.
- 45.** Em síntese, ainda que por razões diferentes da fundamentação que sustenta a decisão de primeira instância tomada pela SRATC, não se verificam os requisitos legais que sustentam a escolha do procedimento por ajuste direto escolhido pela adjudicatária, nomeadamente que os serviços a prestar estejam em conformidade com um projeto de base comum ao anterior procedimento de contratação, devendo em conformidade o recurso ser julgado improcedente.



Tribunal de Contas

III – DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes da 1.^a Secção, em Plenário, em recusar provimento ao recurso interposto pela Atlânticoline, SA, e, em consequência, decide-se manter a decisão proferida em primeira instância.

São devidos emolumentos pelo recorrente, nos termos do artigo 16º n.º 1 do Regulamento dos Emolumentos do Tribunal de Contas.

Lisboa, 14 de abril de 2015

Os Juízes Conselheiros,

(José Mouraz Lopes, relator)

(João Figueiredo)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)



Tribunal de Contas

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente Almeida)