



DECISÃO Nº 1238 / 18

Processo de fiscalização prévia n.º 2909/2018

*

DECISÃO

(Ato processado e revisto pelo signatário: art.º 131.º, n.º 5, do CPC, *ex vi* do art.º 80.º da LOPTC)

Vistos os autos:

1. O presente processo de fiscalização prévia foi instaurado por iniciativa da «Metro do Porto, S.A.» (doravante MP), em ordem à concessão de visto prévio por este Tribunal de Contas relativamente a um *contrato* designado como «Contrato de Prestação dos Serviços de Revisão Geral dos 960.000 Km dos Veículos *Eurotram* da Metro do Porto, S.A.», celebrado, em 26/9/2018, por *ajuste direto*, entre essa entidade e «EMEF – Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, S.A.» (doravante EMEF), e que tem por objeto a referida «revisão» de um máximo de 32 veículos (29 efetivos mais 3 de opção) da mencionada frota *Eurotram* da entidade fiscalizada, integrados num identificado «2.º lote», pelo valor de € 8.485.184,00, para produzir efeitos no 1.º dia útil após comunicação (da MP à EMEF) de concessão de visto e vigorar até 31/7/2021, complementado por *aditamento*, celebrado em 2/11/2018, e posteriormente remetido a este Tribunal, no qual se adicionaram elementos omissos no contrato originário.

2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato devolvido à MP para prestação de elementos e esclarecimentos, designadamente em matéria de justificação do recurso ao ajuste direto.

3. Com relevo para a formulação de decisão em sede de fiscalização prévia, e para além do já inscrito *supra*, apresentam-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

- a) O contrato em apreço foi precedido de outros contratos celebrados entre a MP e a EMEF, objeto de processos de fiscalização prévia, concluídos com a concessão de vistos, que se identificam e que apresentaram as seguintes particularidades:

- Processo n.º 280/2016: Contrato respeitante à revisão geral dos 960.000 Km dos veículos *Eurotram* [lote 1], para um período de 36 meses, com termo em 31 de dezembro de 2018, com o preço contratual de € 10,606,480.00, celebrado mediante concurso limitado por prévia qualificação;
 - Processos n.º 282 a 284/2016: Contratos respeitantes à manutenção de material circulante *Eurotram* e *Tram Train*, para os períodos de 01/11/2015 a 29/02/2016, 01/08/2015 a 30/09/2015 e 01/04/2015 a 30/06/2015, respetivamente, com os correspondentes preços contratuais de € 1.290.046,53, € 656.459,59 e € 1.021.203,66, celebrados por ajuste direto, com fundamento no critério material previsto no artigo 24.º, n.º 1, alínea c) («*urgência imperiosa*»), do Código dos Contratos Públicos [CCP: Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/11];
 - Processo n.º 285/2016: Contrato respeitante à manutenção de material circulante *Eurotram* e *Tram Train*, para o período de 01/01/2015 a 31/03/2015, com o preço contratual de € 969.000,00, celebrado por ajuste direto, com fundamento no critério material previsto no artigo 24.º, n.º 1, alínea c) («*urgência imperiosa*»), do CCP, mediante consulta a duas entidades (a EMEF, à qual veio a ser adjudicado o contrato, e a «Bombardier Transportation Portugal, S.A.»);
- b) No requerimento inicial de visto prévio do presente processo, formula a MP uma extensa enunciação de «*pressupostos e fundamentos*» do recurso ao ajuste direto para a celebração do contrato em apreço, com o seguinte teor:

«– Em 28 de novembro de 2000, foi celebrado, entre a REFER, a CP, a MP e a EMEF o Protocolo denominado “Parque de Material e Oficinas – Guiões”, referente à utilização, pela MP, sem prazo de duração definido, das áreas do PMO necessárias à adequada montagem, ensaio, manutenção e reparação do seu material circulante (que à data era apenas a frota Eurotram) - Doc. n.º 1;

¹ Alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2/10, pela Lei n.º 3/2010, de 27/4, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14/12, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30/12, e pelos Decretos-Leis n.ºs 149/2012, de 12/7, 214-G/2015, de 2/10, 111-B/2017, de 31/8, e 33/2018, de 15/5.



- Por via deste protocolo, a MP ficou autorizada a utilizar determinadas áreas do PMO diretamente concessionadas pela REFER (atualmente IP) à EMEF, designadamente, nos termos da Cláusula Primeira, n.º 1, a “Área 2A, para a construção dos acessos e das instalações necessárias à realização da manutenção e reparação do seu equipamento”;
- Nos termos da Cláusula Segunda, sob a epígrafe “Utilização das Instalações”, “Após conclusão dos trabalhos, a EMEF continua a utilizar em exclusivo todas as instalações onde vem exercendo a sua atividade, incluindo a referida como Área 2A, agora na sua nova configuração, não podendo, nestas últimas, ser exercida outra atividade que não as relacionadas com o material circulante da MP”;
- A Área 2A corresponde à Oficina Eurotram, com aproximadamente 7.072,00 m2, e à área frontal à mesma, com aproximadamente 2.748,00 m2, e a MP utiliza esta Área 2A para a manutenção da sua frota Eurotram composta por 72 veículos;
- A MP efetua a manutenção do seu material circulante da frota Eurotram na área 2A, concessionada diretamente pela REFER à EMEF, detendo a EMEF o direito de utilização exclusiva, utilizando a MP esse espaço a título precário;
- Em 06 de maio 2009, no seguimento da necessidade de utilização, por parte da MP, de uma área adicional do PMO para receber e proceder à manutenção do seu material circulante Tram Train, foi celebrado um aditamento ao protocolo acima referido, datado de 28 de novembro de 2000, denominado Primeiro Aditamento ao Protocolo Parque de Material e Oficinas – Guifões (Doc. n.º 2);
- A Cláusula Primeira, n.º 1, do aditamento referido, dispôs que “Para a implementação da nova área oficial, e para a ampliação da existente, a EMEF autoriza a MP, ou quem esta indicar, a partir da entrada em vigor do presente aditamento, a utilizar a área assinalada a cor no Anexo I ao presente Aditamento, para a construção dos acessos e das instalações necessárias à realização da manutenção e reparação do equipamento afeto ao Sistema de Metro Ligeiro da Área Metropolitana do Porto”;
- Em complemento da cláusula anteriormente referida, o n.º 2 da Cláusula Segunda do referido aditamento dispõe que, findos os trabalhos, as áreas em causa serão utilizadas em exclusivo pela EMEF, isto é, “A MP, ou entidade por



si designada, fica autorizada, a partir da data de entrada em vigor do presente Aditamento, a utilizar a área referida no n.º 1 da Cláusula Primeira, sem prejuízo do disposto na Cláusula 2.ª, n.º 1, do Protocolo referido no Considerando A” – cláusula já acima referida;

– A área oficial referida corresponde à Oficina Tram Train, de aproximadamente 5.349,00 m2, e à área frontal à oficina, de aproximadamente 3.378,00 m2, que a MP utiliza para a manutenção da sua frota Tram Train, composta por 30 veículos;

– No aditamento acima mencionado não foi estabelecida a duração do mesmo;

– A MP efetua a manutenção do seu material circulante da frota Tram Train (30 veículos) em área também concessionada diretamente pela REFER à EMEF, sendo que, por via do referido aditamento celebrado em 06 de maio de 2009, “A MP, ou entidade por si designada, fica autorizada, a partir da data de entrada em vigor do presente aditamento, a utilizar área referida no número 7 da cláusula Primeira, sem prejuízo do disposto na cláusula Segunda, n.º 1, do Protocolo referido no considerando a)”;

– A remissão referida para a cláusula Segunda, n.º 1, do Protocolo de 2000 prevê que “após conclusão dos trabalhos, a EMEF continuará a utilizar em exclusivo todas as instalações onde vem exercendo a sua atividade, incluído a referida como área 2A, agora na sua nova configuração, não podendo, nestas últimas, ser exercida outra atividade que não as relacionadas com o material circulante da MP”;

– Após 31 de dezembro de 2014 e até 31 de março de 2016, a manutenção de ambas as frotas (Eurotram e Tram Train) foi executada pela EMEF, com a qual foram celebrados sucessivamente quatro contratos de manutenção até 31 de março de 2016, objeto de visto pelo Tribunal de Contas, nos mesmos locais onde anteriormente era realizada;

– Posteriormente, a manutenção das frotas foi assegurada pela subconcessionária Prometro, através da celebração do Quinto Aditamento, também esse visado pelo Tribunal de Contas;

– Em 04 de novembro de 2016 a MP e a EMEF celebraram o denominado “Acordo de Afetação de Instalações Oficiais”, através do qual “a EMEF afeta as instalações oficiais onde atualmente se realiza a manutenção do material



circulante da Metro do Porto para o mesmo fim, continuando, no entanto, a EMEF a utilizá-las, mas nelas não podendo ser exercida outra atividade que não as relacionadas com o material circulante da MP”;

– Nos termos da Cláusula Segunda “o presente acordo surte efeitos desde abril de 2016 e durará até março de 2018, salvo se, por qualquer motivo e independentemente da responsabilidade de qualquer das partes, a EMEF deixar de prestar os serviços de manutenção do material circulante à subconcessionária, caso em que o presente Acordo caduca imediatamente”;

– A EMEF, em 04 de abril de 2017 (Doc. n.º 3), procedeu à denúncia do protocolo e respetivo aditamento referente à utilização, pela MP, das áreas do PMO necessárias à manutenção e reparação do seu material circulante, alegando que se esgotou o objeto dos mesmos, no fim do contrato de Subconcessão de 2010, que teve o seu termo em 31 de março de 2018, por via de cinco aditamentos, todos visados pelo Tribunal de Contas;

– Denunciado o protocolo e o respetivo aditamento, a EMEF detém o direito de utilização plena e exclusiva de todas as áreas que até esta data foram utilizadas para a realização de manutenção e reparação do material circulante da MP;

– Adicionalmente, inexistente no Sistema de Metro Ligeiro da Área Metropolitana do Porto outro parque de manutenção e oficinas que possa ser utilizado para a manutenção e reparação do material circulante da MP;

– Aliás, pelas razões supra expostas, a atual subconcessionária da MP (entidade responsável pela manutenção do material circulante da MP, com exceção da grande manutenção objeto do presente pedido de visto prévio) contratou com a EMEF as referidas atividades no âmbito do contrato de subconcessão que foi objeto de visto prévio do Tribunal de Contas em março de 2018 (Processo Visado n.º 103/2018);

– Face às condicionantes acima expostas a MP não pode submeter à concorrência a manutenção do seu material circulante;

– A acrescer ao exposto, a EMEF acumulou todo o conhecimento técnico necessário e indispensável à manutenção das duas frotas de material circulante da MP;



- *Para além da EMEF, inexistem outras entidades que possam, em alternativa, efetuar os serviços de manutenção e reparação do material circulante;*
 - *Qualquer dos critérios materiais explicitados nos artigos 24.º a 27.º do CCP permite que haja lugar a ajuste direto, independentemente do valor do contrato, sendo que o ajuste direto por critério material ocorre em situações em que a concorrência não funcionou, não pode funcionar ou não pode funcionar significativamente;*
 - *A alínea e) do artigo 24.º do CCP, permite o recurso ao ajuste direto sempre que “Por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos, a prestação objeto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada”;*
 - *A EMEF detém, de facto, um direito exclusivo, pelo que a MP pode realizar um ajuste direto à EMEF para a prestação dos serviços de manutenção e reparação das suas frotas de material circulante;*
 - *Encontram-se reunidas as exigências previstas na alínea a), n.º 4 do artigo 5.º do CCP e, por conseguinte, a concorrência está excluída por estarmos perante direitos exclusivos da EMEF. E como tal não é suscetível de estar submetida à concorrência de mercado, uma vez que juridicamente não é possível haver concorrência»;*
- c) No âmbito do procedimento pré-contratual que deu origem ao contrato em apreço, precedido de dois outros procedimentos inconclusivos, tiveram lugar deliberações do Conselho de Administração da MP, que apresentam o seguinte teor:
1. Deliberação de abertura do procedimento, com consulta à EMEF, datada de 25 de julho de 2018, *“nos mesmos termos e condições da anterior, com o mesmo júri e com um prazo para apresentação da proposta até 01 de agosto de 2018”*, sendo que, nos termos anteriormente deliberados (em deliberação datada de 8 de março de 2018), foi autorizado um preço base de € 10.436.776,32 com IVA (a que corresponde o valor sem IVA de € 8.485.184.00), com apresentação dos seguintes fundamentos justificativos do ajuste direto:



- i) *"[...] a EMEF, SA detém o direito de utilização plena e exclusiva de todas as áreas [...] para a realização de manutenção e reparação do material circulante da Metro do Porto, SA";*
- ii) *"[É] inexistente no Sistema de Metro Ligeiro da Área Metropolitana do Porto outro PMO [Parque de Material e Oficinas] que possa ser utilizado";*
- iii) *"Assim sendo, a Metro do Porto, SA não pode submeter à concorrência a manutenção do seu material circulante, sendo que, para além da EMEF, SA, não existem outras entidades que possam efetuar os serviços, acima referidos, naquele espaço";*
- iv) *"Qualquer dos critérios materiais explicitados nos artigos 24.º e 27.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) permite que haja lugar ao procedimento de ajuste direto, independentemente do valor do contrato, sendo que o ajuste direto por critério material ocorre em situações em que a concorrência não funcionou, não pode funcionar ou não pode funcionar significativamente, o que se verifica no caso concreto ante o direito exclusivo que a EMEF, SA detém na utilização das áreas";*
- v) *"Assim, encontram-se reunidas as exigências previstas na alínea a), n.º 4 do artigo 5.º do CCP e, por conseguinte, a concorrência está excluída por estarmos perante direitos exclusivos da EMEF, SA, e como tal não é suscetível de estar submetida à concorrência de mercado, uma vez que juridicamente não é possível haver concorrência";*

2. Deliberação de adjudicação e de aprovação da minuta contratual, datada de 8 de agosto de 2018, e na qual foi igualmente aprovado o Relatório final elaborado pelos membros do Júri;

- d) Num primeiro momento, e em sede de verificação preliminar do processo, foi instada a entidade adjudicante a prestar esclarecimentos, designadamente nos seguintes termos:

«[...] 2. Considerando que a deliberação do Conselho de Administração da Metro do Porto, SA, tomada na respetiva reunião de 08 de março de 2018 – a



qual aprovou a abertura de um procedimento com convite único à EMEF, SA –, apresenta um grau de fundamentação genérico, invocando-se que “Qualquer dos critérios materiais explicitados nos artigos 24.º e 27.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) permite que haja lugar ao procedimento de ajuste direto”, demonstre de forma clara e inequívoca:

a) Que a Metro do Porto, SA não pode submeter à concorrência a manutenção do seu material circulante;

b) Qual ou quais o(s) critério(s) material(is) que, em concreto, justifica(m) o ajuste direto à referida entidade.

3. Sem prejuízo dos pontos antecedentes, fundamente a invocação da alínea a), do n.º 4, do artigo 5.º, do CCP, isto é, a invocação da exclusividade do direito atribuído à EMEF para a utilização das áreas do Parque de Material e Oficinas – Guifões, demonstrando a sua compatibilidade com as normas e princípios constitucionais e comunitários aplicáveis, e ainda, como a partir de tal direito de utilização se pode concluir pela exclusão da concorrência para os serviços que foram adjudicados à EMEF, SA.

4. Fundamente, ainda, como considera denunciado, pela EMEF, SA, o Protocolo PMO, de 28 de novembro de 2000, e respetivo aditamento, de 06 de maio de 2009, quando da documentação instrutória remetida, resultará que a EMEF apenas terá denunciado o referido aditamento, ou seja, a Metro do Porto, SA, aparentemente, manterá os direitos de utilização das instalações da área designada “Área 2A”.

5. Na sequência do ponto anterior, tendo em consideração o precedente contratual, com idêntico objeto, que foi antecedido de um concurso limitado por prévia qualificação [processo de visto n.º 280/2016], explicita como entende que as prestações contratuais ora adjudicadas à EMEF, SA dispensam a abertura de um procedimento concorrencial, em desrespeito da alínea a), do n.º 1, do artigo 20.º, do CCP.»

e) Em resposta às questões suscitadas pronunciou-se a entidade adjudicante, no essencial, nos seguintes termos:

«[...] A MP não pode submeter à concorrência a manutenção do seu material circulante uma vez que a área oficial onde é feita essa manutenção está sujeita a um direito exclusivo por parte da EMEF e inexistente no Sistema de



Metro Ligeiro da Área Metropolitana do Porto outro parque de manutenção e oficinas área onde possa ser realizada essa manutenção.

Com efeito, tal como explicado e documentado na nossa carta em referência, a MP efetua a manutenção do seu material circulante da frota Eurotram na área 2A do PMO de Guifões, concessionada diretamente pela REFER à EMEF (onde estão implantadas as oficinas), detendo a EMEF o direito de utilização plena e exclusiva do local, não podendo a MP utilizar as referidas áreas sem autorização da EMEF.

Tanto assim é que, por essa razão, a atual subconcessionária da MP (entidade responsável pela manutenção do material circulante da MP, com exceção da grande manutenção objeto do presente pedido de visto prévio) se viu forçada a contratar com a EMEF as atividades de manutenção de toda a sua frota no âmbito do contrato de subconcessão que foi objeto de visto prévio do Tribunal de Contas em março de 2018 (Processo Visado n.º 103/2018).

[...] Tratando-se de um direito exclusivo sobre o único local onde há possibilidade de ser realizada a manutenção do material circulante e de tal facto impedir que o procedimento de contratação da prestação de serviços seja sujeito à concorrência, consideramos que a disposição legal aplicável é a do artigo 24.º, n.º 1, e), iii) do Código dos Contratos Públicos.

[...] Entendemos que se encontram reunidas as exigências previstas na alínea a), n.º 4 do artigo 5.º do CCP, uma vez que não é possível a submissão à concorrência do procedimento pré-contratual tendente à celebração deste contrato, por estarmos perante direitos exclusivos da EMEF.

Isto é, a prestação de serviços de manutenção do material circulante efetuada pela EMEF não está, nem é suscetível de estar, submetida à concorrência de mercado.

Esta interpretação decorre necessariamente da aplicação, in casu, do artigo 24.º, n.º 1, e), iii), do Código dos Contratos Públicos.

De facto, revelando-se técnica e financeiramente inviável conceber uma alternativa física para a deslocação do material circulante para outras instalações, a manutenção do material circulante da Metro do Porto, S.A. só pode ser entregue à EMEF.



Ademais, por analogia, de acordo com a Jurisprudência do Tribunal de Contas, "... se só aquela determinada entidade pode, se só ela é capaz de prestar o serviço pretendido, não vale a pena, por inútil, submeter essa prestação à concorrência abrindo para isso um concurso público".

Face ao exposto, consideramos que estamos perante uma exceção ao princípio da concorrência, sem que tal viole o princípio do primado do Direito Comunitário.

[...] Efetivamente esclarecemos que a denúncia foi realizada relativamente ao Aditamento de 06 de maio de 2009 e não ao Protocolo de 28 de novembro de 2000.

De facto, após a denúncia realizada pela EMEF ao aditamento de 06 de maio de 2009 esta passou a deter o direito de utilização plena e exclusiva de todas as áreas que até essa data foram utilizadas para a realização de manutenção do material circulante da MP.

Tal como referido na carta da EMEF (junta como Doc. n.º 3 à nossa carta em referência) "permanecerá em vigor o disposto na Cláusula 2.ª, n.º 1, do Protocolo de 2000, cabendo à EMEF o direito exclusivo de utilização das mencionadas instalações".

Com efeito, o n.º 2 da Cláusula Segunda do Aditamento denunciado dispunha que, findos os trabalhos, as áreas em causa serão utilizadas em exclusivo pela EMEF, isto é, "A MP, ou entidade por si designada, fica autorizada, a partir de data de entrada em vigor do presente Aditamento, a utilizar a área referida no n.º 1 da Cláusula Primeira, sem prejuízo do disposto na Cláusula 2.ª, n.º 1 do Protocolo referido no Considerando A".

E a referida Cláusula 2.ª, n.º 1 do Protocolo de 2000, por sua vez, estatui que "Após conclusão dos trabalhos, a EMEF continua a utilizar em exclusivo todas as instalações onde vem exercendo a sua atividade, incluindo a referida como Área 2A, agora na sua nova configuração, não podendo, nestas últimas, ser exercida outra atividade que não as relacionadas com o material circulante da MP.

Desta forma, tal como referido na carta da EMEF, após a denúncia do Aditamento, vigora exclusivamente a mencionada Cláusula 2.ª, n.º 1 do mencionado Protocolo de 2000, o que fundamenta o direito exclusivo de utilização por parte da EMEF".



[...] A dispensa de um procedimento concorrencial funda-se na suprarreferida denúncia ao aditamento ao protocolo, ocorrida em 04 de abril de 2017, que conferiu à EMEF o direito pleno exclusivo à utilização do espaço onde é executado o objeto da contratação em causa, sendo que o concurso limitado por prévia qualificação que esteve subjacente à anterior contratação decorreu em 2015, ou seja, em momento anterior à supracitada denúncia.»;

- f) Subsequentemente, e já na fase jurisdicional do presente processo, foi determinada à entidade adjudicante a prestação de esclarecimentos adicionais, de modo a clarificar, em particular, os seguintes pontos:

«a. Fundamente como entende que o direito de utilização das instalações do PMO – Guifões, pela EMEF, SA é compatível com os pressupostos legais identificados no ponto 4 [artigo 5.º, n.º 4, alínea a), do CCP, e artigo 11.º da Diretiva n.º 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014], especificando-o, e como possa dele decorrer a exclusividade do direito à execução dos serviços objeto do contrato em apreço, quando, em abstrato, tais prestações são suscetíveis de estar submetidas à concorrência. [...]

d. Como entende relevante ter sido justificada a ausência de um procedimento concursal para a prestação de serviços em apreciação invocando-se a denúncia do Aditamento acima salientada, quando tal documento abrange um espaço oficial não afeto a veículos Eurotram. [...];

- g) Em resposta a essas novas questões formuladas pronunciou-se a entidade adjudicante, no essencial, nos seguintes termos:

«Reitera-se que a fundamentação do ajuste direto à EMEF foi efetuada ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), tendo em conta o exclusivo da operação da EMEF nas instalações do PMO de Guifões, pois revela-se técnica e financeiramente inviável conceber uma alternativa física para a deslocação do material circulante para outras instalações, não sendo assim a prestação de serviços em causa suscetível de estar submetida à concorrência.

Salvo melhor opinião, tal significa que não se trata aqui de um direito exclusivo da EMEF a prestar o serviço em causa, pressuposto de aplicação do artigo 5.º, n.º 4, do CCP, mas de um direito exclusivo à utilização de um



espaço que torna inviável no caso concreto o recurso a outro prestador, o que já nos remete para o procedimento do ajuste direto previsto no artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP.

Sem prejuízo do que acima ficou dito, acresce que o exclusivo historicamente atribuído à EMEF (pela CP, que o havia originalmente obtido da REFER) é compatível com as regras europeias da contratação pública, pois tem natureza de “concessão dominial”, concessões estas que não são abrangidas pelas Diretivas europeias da contratação pública, que o exclusivo foi constituído à margem de qualquer objetivo relacionado com a atividade da Metro do Porto, S.A., pelo que dúvidas inexistem de que este não foi constituído com o intuito de defraudar qualquer regra da contratação pública. [...] Devido à denúncia realizada pela EMEF ao aditamento de 06 de maio de 2009 esta passou a deter o direito de utilização plena e exclusiva de todas as áreas que até essa data foram utilizadas para a realização da manutenção do material circulante da MP.

Tal como referido na carta de denúncia da EMEF, “permanecerá em vigor o disposto na Cláusula 2.ª, n.º 1, do Protocolo de 2000, cabendo à EMEF o direito exclusivo de utilização das mencionadas instalações”, sendo em rigor o disposto nesta cláusula que justifica a ausência de um procedimento concursal para a prestação de serviços em apreciação, fundamentada na existência de um direito exclusivo por parte da EMEF relativamente ao espaço oficial afeto à manutenção da frota Eurotram, ou seja, a Área 2A referenciada nessa cláusula.

Com efeito, a referida Cláusula 2.ª, n.º 1, do Protocolo de 2000 estatui que “Após conclusão dos trabalhos, a EMEF continua a utilizar em exclusivo todas as instalações onde vem exercendo a sua atividade, incluindo a referida como Área 2A, agora na sua nova configuração, não podendo, nestas últimas, ser exercida outra atividade que não as relacionadas com o material circulante da MP”.

Nessa conformidade, devido ao disposto na referida cláusula, foi a MP forçada a recorrer ao procedimento pré-contratual que culminou no contrato ora submetido a visto, nos termos já expostos nas nossas missivas anteriores.»

4. Como deflui da enunciação factual precedente, o contrato em apreço suscitou dúvidas, em particular, quanto ao recurso ao ajuste direto para a sua celebração. É sabido que o *princípio da concorrência* constitui princípio essencial do regime legal da contratação pública, pelo que a indevida adoção do procedimento de ajuste direto, apenas possível em determinadas condições rigorosamente delimitadas pela lei, configura uma clara violação daquele princípio, gerando assim uma séria probabilidade de afetação do *resultado financeiro* do contrato – situação essa que pode integrar, em abstrato, o *fundamento de recusa de visto* previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26/8²). Cumpre, pois, aferir da verificação dos pressupostos fundantes da adoção, *in casu*, do ajuste direto.

5. Para ponderar essa questão, importa começar por ter presente que ao *processo de fiscalização prévia* se aplicam um conjunto de *condicionantes*, designadamente de *ordem normativa*, que interferem com o *modo* como se desenvolve a *intervenção fiscalizadora* do Tribunal de Contas. Nesse contexto, releva, em particular, a *compreensão* de que, nesta sede, o Tribunal atua conformado pelo *princípio do pedido*, o qual impõe à entidade fiscalizada a *iniciativa* da formulação de uma pretensão de apreciação, com a incumbência de alegação dos factos essenciais que constituem a causa de pedir (o que configura um verdadeiro *onus* de alegação e prova do preenchimento das condições necessárias à obtenção de visto), em conformidade com o disposto nos artigos 3.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC), *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC, e tendo ainda em conta o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC e nas *instruções* para que esta norma remete (constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, in *Diário da República, II Série*, de 16/8/2011). Nessa decorrência, é de considerar que, em relação ao contrato que ora se submete à apreciação do Tribunal, incumbia à *entidade fiscalizada* a demonstração da ocorrência dos *pressupostos* que permitiram o concreto recurso ao *ajuste direto*.

6. Como vimos, num primeiro momento, invocou a *entidade fiscalizada*, por um lado, a existência de um *direito exclusivo* da adjudicatária (EMEF), acautelado pelo artigo 5.º, n.º 4, alínea a), do CCP (e que permitiria integrar o presente contrato no âmbito da

² Alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, e 42/2016, de 28/12.



contratação excluída da aplicação do CCP), e, por outro lado, a verificação de *motivos técnicos* ou de *proteção de direitos exclusivos*, salvaguardados pelo artigo 24.º, n.º 1, alínea e) – e cujas subalíneas ii) e iii) referem expressamente tais *motivos técnicos* ou tais *direitos exclusivos* –, do CCP (e que configurariam *critérios materiais* suscetíveis de excecionar a aplicação do princípio da *concorrência*, permitindo a adoção em concreto do procedimento de *ajuste direto*). Sendo contraditória a invocação das duas disposições legais, por não poder ocorrer a sua aplicação simultânea, veio a *entidade fiscalizada*, em momento posterior, a centrar a sua argumentação fundante do *ajuste direto* no entendimento de que não se estará perante «um direito exclusivo da EMEF a prestar o serviço em causa» (alegadamente previsto no artigo 5.º, n.º 4, alínea a), do CCP), antes se tratando de «um direito exclusivo à utilização de um espaço» – o que remeteria para a aplicação do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), do CCP, em particular a sua subalínea iii), que alude à proteção de *direitos exclusivos*.

7. Com efeito, é certo que não está em causa a *exclusividade* a que alude o artigo 5.º, n.º 4, alínea a), do CCP, como evidencia a inverificação da plenitude dos requisitos de que a norma faz depender a sua aplicação – o que nos reconduz à eventual incidência do artigo 24.º, n.º 1, do CCP no presente caso. Porém, também não se nos afigura que o conceito de *direito exclusivo* da referida subalínea iii) da alínea e) tenha a amplitude que lhe pretende conferir a *entidade fiscalizada*. Essa proteção de *direitos exclusivos* ainda se refere a uma *exclusividade* inerente à entidade adjudicatária, como sugere claramente a menção exemplificativa aos «*direitos de propriedade intelectual*» constante dessa subalínea: trata-se, afinal, de verificar se, para a prestação dos serviços pretendidos, apenas a entidade adjudicatária dispõe de condições para tal prestação, em virtude de ser titular de um *direito exclusivo* à sua realização, não havendo qualquer outra entidade autorizada a prestá-los.

8. Mas diríamos ainda que toda a mencionada alínea e) se estrutura em torno de uma ideia de *exclusividade*, na medida em que se refere a «*prestações que [...] só possam ser confiadas a determinada entidade*», seja por razões *artísticas* (subalínea i)), *técnicas* (subalínea ii)) ou de existência de *direito exclusivo* (subalínea iii)). Em particular, quanto às razões *artísticas* ou *técnicas*, é de entender que devem as mesmas, por determinarem a referida *exclusividade* de uma certa e determinada entidade para a prestação dos serviços pretendidos, consubstanciar-se numa especial *aptidão* artística ou técnica dessa entidade para os prestar – ou seja, referem-se a características *intrínsecas* à própria entidade



adjudicatária. E, portanto, não se reportam a circunstâncias *externas*, de origem intencional ou fortuita, que permitam gerar reflexamente condições que confirmem a uma única entidade a possibilidade de prestação dos serviços pretendidos, impedindo o acesso de terceiros a tal prestação.

9. Revertendo ao caso presente, e atentas as considerações precedentes, afigura-se notório que a entidade fiscalizada não logrou demonstrar que *apenas* a entidade adjudicatária, pelas suas próprias características *intrínsecas*, se encontra habilitada a realizar a pretendida «revisão geral dos veículos *Eurotram*» da entidade fiscalizada. Ou seja: não se evidencia que a entidade adjudicatária disponha de qualquer *direito exclusivo* a tal «revisão» (como seria se essa entidade fosse a única autorizada a proceder à reparação do tipo de veículos em causa, de modo a que tal atividade estivesse vedada a qualquer outra entidade) ou que apenas essa entidade disponha de *aptidão técnica* para proceder à realização dessa «revisão» (como seria se essa entidade fosse a única dotada do respetivo *know-how* técnico para o efeito). Pelo contrário, tudo indicia que existirão outras empresas com habilitação e capacidade técnica adequadas à prestação de serviços de manutenção, reparação ou revisão desse tipo de veículos – como decorre, aliás, da adoção pela entidade fiscalizada, para contratos pregressos relativos a idênticos serviços (cfr. ponto 3, *a*), supra), de procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação ou de consulta prévia.

10. Atentando na argumentação da entidade fiscalizada, constata-se que a sua alegação de *exclusividade* da adjudicatária se suporta numa *situação* muito *peculiar*: a *circunstância* de haver uma ligação direta do *Sistema de Metro Ligeiro da Área Metropolitana do Porto* ao *Parque de Material e Oficinas – Guifões (PMO)*, que constitui espaço concessionado pela REFER (atualmente IP) à EMEF, em que esta desenvolve a sua atividade oficial, e no qual, ao longo de vários anos, foi permitida à MP a utilização de uma determinada área do mesmo, para efeitos de «*montagem, ensaio, manutenção e reparação do seu material circulante*», ao abrigo de um *Protocolo* celebrado entre REFER, CP, MP e EMEF (de 28/12/2000) e de um *Aditamento ao Protocolo* (de 6/5/2009), sendo que este último concedia à MP a faculdade de permitir acesso àquele espaço de «*entidade por si designada*»; e a *circunstância* de a EMEF ter denunciado o referido *Aditamento* (em 4/4/2017), pelo que a EMEF passou a ter um *direito de utilização plena e exclusiva* de todo o espaço do PMO e sem que a MP o possa utilizar sem autorização daquela, condicionando assim a MP a ter de contratar necessariamente com a EMEF a manutenção



e reparação do seu material circulante, sem possibilidade de recorrer a qualquer entidade externa à EMEF para esse fim. Daí a *afirmação* da entidade fiscalizada no sentido de ser «*técnica e financeiramente inviável conceber uma alternativa física para a deslocação do material circulante para outras instalações*», por ser esse «*o único local onde há possibilidade de ser realizada a manutenção do material circulante*» da MP. E nessa invocada *impossibilidade física*, associada a uma alegada *exigência* da entidade adjudicatária de apenas com a mesma contratar os serviços em causa, pretende a adjudicante fundamentar uma *insusceptibilidade* de cumprimento do *princípio da concorrência*, o que legitimaria um conseqüente recurso ao *ajuste direto*.

11. Antes do mais, importa dizer que causa *estranheza* a alegada *exigência* da EMEF de realização dos serviços de manutenção do material circulante da MP, fazendo valer perante esta o seu *direito exclusivo de utilização das instalações do PMO* e assim impedir o acesso de terceiros ao local para efeitos de realização daqueles serviços, se tivermos em atenção a *factualidade* que foi considerada em anteriores decisões deste Tribunal – concretamente, no Acórdão n.º 8/2018, desta 1.ª Secção, em Subsecção (de 29/1), e no Acórdão n.º 5/2008, do Plenário desta 1.ª Secção (de 10/4), ambos acessíveis in *www.tcontas.pt*. Depois de, no primeiro desses arestos, ter sido recusado o *visto* a contratos celebrados entre a CP e a EMEF, com fundamento na constatação, perante o «*volume de negócios relevante entre a EMEF e a CP*», da «*insuficiência da 'atividade dedicada' da EMEF para cumprir o requisito emergente da primeira parte do n.º 3 [do] artigo 13.º [do CCP]*», veio, em sede de recurso, a ser concedido esse *visto*, atento o «*compromisso*» aí assumido pelo Conselho de Administração da CP de proceder à conclusão do «*processo de reorganização da EMEF até 31.12.2018*» – sendo que este pressupunha uma «*reestruturação da carteira de clientes da EMEF*», de acordo com a qual, e conforme *estudo* e projeção então apresentados pela CP, contemplava uma *previsão* de prestação de serviços da EMEF à MP, em 2019 e 2020, de «*0%*». Parece, pois, que a celebração pela EMEF do presente contrato com a MP constitui claro *desvio* ao *compromisso* assumido pela CP naquele processo de recurso e ao respeito pelos *pressupostos* que estiveram na base do decidido no citado Acórdão n.º 5/2008 – o que não deixa de se assinalar, ainda que essa matéria não releve diretamente para a apreciação substantiva do objeto do presente processo.

12. Quanto a essa apreciação, cabe, desde logo, fazer notar que a situação de *impossibilidade física* descrita pela entidade fiscalizada, decorrente de uma conexão direta



da rede da MP às instalações da EMEF, é mera *consequência* de uma opção estratégica, que remontará à origem do *Sistema de Metro Ligeiro da Área Metropolitana do Porto* (e muito provavelmente justificada por estimáveis razões económicas), mas que não se impunha como solução *necessária*. A criação ou obtenção de instalações próprias, pertencentes à MP ou de que a MP tivesse plena disponibilidade, nas quais esta entidade pudesse proceder à «*montagem, ensaio, manutenção e reparação do seu material circulante*», era *possível* – e seria a solução adequada a impedir a verificada situação de *dependência* da MP face à EMEF e que conferiria à MP a *autonomia* indispensável para, quando entendesse recorrer a contratação externa para a prestação de serviços de manutenção ou revisão da sua frota de veículos, dar o cumprimento legalmente devido ao *princípio da concorrência* (e de que obteria as previsíveis vantagens financeiras inerentes à adoção de procedimentos concorrenciais).

13. Estamos, pois, perante uma situação de *impossibilidade física* de prestação dos serviços contratados em local alternativo, historicamente explicável, mas que carece de qualquer fundamento concernente a características *específicas* da entidade adjudicatária. A entidade fiscalizada não pode, neste momento, obter de outra entidade (que não a EMEF) a prestação dos serviços contratados, mas isso sucede por uma circunstância *extrínseca* à entidade adjudicatária: trata-se de uma razão *técnica*, num sentido amplo da expressão, mas não é o *motivo técnico* a que alude a subalínea *ii)* da alínea *e)* do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, que, como vimos, se refere a características *intrínsecas* à própria entidade adjudicatária. Não estão verificadas, pois, as *condições* que permitem o recurso ao *ajuste direto*, a que aquela disposição legal se refere – e, conseqüentemente, confrontamo-nos com uma *limitação* ao exercício do *princípio da concorrência* que carece de fundamento bastante.

14. Sendo assim, cumpre assinalar a verificação de uma restrição indevida ao normal funcionamento da *concorrência*, princípio basilar da contratação pública, e que tem acolhimento quer no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP, enquanto nele se consagra genericamente o *princípio da concorrência*, quer especificamente no disposto nas alíneas *a)* e *b)*, *a contrario*, do n.º 1 do artigo 20.º do CCP, enquanto nele aflora tal *princípio* (e na medida em que prevê a celebração de contratos de aquisição de serviços por via de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicitações internacionais, designadamente para o valor contratual em causa no contrato em apreço).

15. Ora, essa ofensa do *princípio da concorrência*, em si mesma, encerra uma forte probabilidade de afetar o respetivo *resultado financeiro* do contrato – o que constitui *fundamento de recusa de visto*, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC. Com efeito, e como este Tribunal tem reconhecido em diversas ocasiões (v., por todos, o Acórdão n.º 16/2011, de 12/7, desta 1.ª Secção, em Plenário, acessível in www.tcontas.pt), tal violação do *princípio da concorrência* encerra a probabilidade de afetação do *resultado financeiro* dos contratos em apreço. Conforme se consignou naquele aresto, um procedimento concorrencial constitui, em princípio, «o melhor modo de garantir a proteção dos interesses financeiros públicos, já que é, em concorrência, que se formam as propostas mais competitivas e em que a entidade adjudicante pode escolher aquela que, técnica e financeiramente, melhor e mais eficientemente satisfaça o fim por ela pretendido» – e daí se inferiu que «a inobservância de princípios basilares da contratação pública constitui *ilegalidade* suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato». Por outro lado, é ainda de ter em conta a jurisprudência firmada por este Tribunal no sentido de que o preenchimento daquela disposição legal se basta com «o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro do contrato» (assim, e por todos, cfr. o Acórdão n.º 23/2011, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 14/7, acessível in www.tcontas.pt).

16. Chegados a este ponto, e verificada a *ilegalidade* a que se reporta o artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC, seria de considerar a formulação da conseqüente *recusa de visto*. Porém, não podemos deixar de *ponderar* a assinalada *impossibilidade física e atual* de a MP obter de outra entidade, que não a EMEF, a prestação dos serviços contratados, no confronto com o *interesse público* na realização do serviço de transporte que a MP presta à comunidade a que se destina. Para o bom desempenho desse serviço, é imprescindível garantir a total *segurança* dos veículos em que se efetua aquele serviço de transporte, para o que concorre a adequada manutenção e revisão dos mesmos, o que obedece a exigências técnicas estritas (designadamente, quanto a prazos e quilómetros) que não podem deixar de ser cumpridas. Por outro lado, revela-se evidente a *inviabilidade prática* de a MP encontrar, a curto prazo, uma alternativa à sua atual *dependência técnica* em relação à EMEF. Contudo, e tendo em conta a duração do contrato em apreço (mais de 2 anos e meio, já que o seu termo ocorrerá em 31/7/2021), afigura-se tal prazo como *razoável e suficiente* para a MP obter as condições necessárias a fazer cessar essa sua mencionada *dependência técnica* em relação à EMEF (pela forma

que entender como mais conveniente), de modo a que, em futuros procedimentos de que careça para prestação de serviços de manutenção e revisão do seu material circulante, possa essa entidade dar cabal cumprimento ao *princípio da concorrência* – e sendo certo que, se excedido esse *prazo razoável*, considerará este Tribunal a provável ocorrência de *fundamento de recusa de visto*, em relação a futuros procedimentos celebrados em circunstâncias idênticas ao ora em apreço.

17. Tudo ponderado, entendemos ocorrerem os pressupostos que, não obstante a verificação da *ilegalidade* prevista no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c)*, da LOPTC, permitem a prolação de *decisão de concessão de visto*, mediante a formulação de «recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades», em conformidade com o disposto no n.º 4 do citado artigo 44.º da LOPTC. No caso presente traduz-se essa *recomendação* numa advertência à MP para, em *prazo razoável*, proceder às diligências necessárias, e por si tidas por convenientes, a fazer cessar a sua *dependência técnica* em relação à EMEF para a prestação de serviços de manutenção e revisão do seu material circulante e passar a cumprir cabalmente o *princípio da concorrência*, mediante a adoção dos procedimentos concorrenciais abertos que sejam legalmente devidos.

18. Quanto a *matéria tributária*, e por inexistirem elementos que permitam qualificar o presente contrato como de *execução periódica*, entende-se que os *emolumentos* devem ter por referência o fator de 1 ‰ do valor total do contrato, previsto no artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)*, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas)³, pelo que os mesmos serão fixados no montante de € 8.485,18.

*

Pelo exposto, e em sessão diária de visto, decide-se visar o presente contrato e respetivo aditamento.

Emolumentos devidos no montante de € 8.485,18.

³ Alterado pelas Leis n.ºs 139/99, de 28/8, e 3-B/2000, de 4/4.



Mais se decide formular *recomendação* à entidade adjudicante no sentido de que deverá, em *prazo razoável*, proceder às diligências necessárias, e por si tidas por convenientes, a fazer cessar a sua *dependência técnica* em relação à entidade adjudicatária para a prestação de serviços de manutenção e revisão do seu material circulante e passar, em relação a futuros contratos com esse objeto, a dar cumprimento cabal ao *princípio da concorrência*, mediante a adoção dos procedimentos concorrenciais abertos que sejam legalmente devidos.

Comunique-se a presente decisão à Autoridade da Concorrência, para os efeitos tidos por convenientes.

Lisboa, 20 de dezembro de 2018

(Mário Mendes Serrano)

(Paulo Dá Mesquita)

NOTIFICADO EM 20/12/18
O Procurador-Geral Adjunto