



SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP,RL
ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA
& ASSOCIADOS



NEWSLETTER

SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE CONTAS
(2.º TRIMESTRE DE 2020)

This Information is intended for general distribution to clients and colleagues and the information contained herein is provided as a general and abstract overview. It should not be used as a basis on which to make decisions and professional legal advice should be sought for specific cases. The contents of this Information may not be reproduced, in whole or in part, without the express consent of the author. If you should require further information on this topic, please contact contact@rfflawyers.com.

*

This Information is sent in compliance with articles 22 and 23 of Decree-Law no. 7/2004, of 7 January, regarding unsolicited e-mails. If you wish to be removed from our mailing list and avoid similar future communications, please send an email with "Remove" to the email address newsletter@rffadvogados.com.

Legal 500 – Band 1 Tax "Portuguese Law Firm"/ Band 1 Tax "RFF Leading Individual" and highlighted in "Hall of Fame", 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019
Chambers & Partners – Band 1 Tax "RFF Ranked Lawyer", 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 and Band 1 "Private Wealth Law" - HNW "RFF Ranked Lawyer", 2018
International Tax Review – "Best European Newcomer" (shortlisted) 2013 / "Tax Controversy Leaders", 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 / "Indirect Tax Leaders", 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 / "Women in Tax Leaders Guide", 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 / "European Best Newcomer", 2016 / "Tax Firm of the Year", "European Tax Disputes of the Year" and "European Indirect Tax Firm of the Year", (shortlisted) 2017
Best Lawyers – "RFF Tax Lawyer of the Year", 2014 / "Recommended Lawyers", 2015, 2016, 2017, 2018
Who's Who Legal – "RFF Corporate Tax Adviser of the Year", 2013, 2015, 2016 / "RFF Corporate Tax Controversy Thought Leader", 2017 "Corporate Tax: Advisory and Controversy", 2017, 2018, 2019
Legal Week – RFF was the only Portuguese in the "250 Private Client Global Elite Lawyers" 2018
STEP Private Clients Awards - RFF "Advocate of the Year 2019" (shortlisted)

SUMÁRIO

Pretende-se, com a presente informação, apresentar uma síntese dos principais Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas – à semelhança do que fazemos em relação às decisões do Centro de Arbitragem Administrativa e, também, do Tribunal de Justiça da União Europeia -, descrevendo os factos, a apreciação do Tribunal, a respectiva decisão e analisando, ainda, qual o impacto que as mesmas podem ter na determinação das condutas a adoptar pela Administração Pública. Mantêm-se, assim, as nossas Informações, periódicas, também em matéria de Finanças Públicas, Direito Financeiro e Orçamental e de Contabilidade Pública.



www.rfflawyers.com
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5th (Reception)/6th
1250-163 Lisboa
Rua Eng.º Ferreira Dias, n.º 924
4100-241 Porto • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contact@rfflawyers.com



1.

NÚMERO DO PROCESSO: Recurso Ordinário (R.O.) n.º 2/2019

RELATOR: Conselheiro Alziro Antunes Cardoso

DATA: 01 de abril de 2020

ASSUNTO: Recusa de visto ao contrato objeto de fiscalização prévia

FACTOS

O presente processo decorre da fiscalização prévia e consequente decisão de não concessão de visto ao contrato celebrado, em 13 de Setembro de 2018, entre o Município de Lisboa (“Recorrente”) e a sociedade Neonsmiles, S.A., pelo valor de € 10.000.000, o qual teve por objeto a recuperação de um conjunto urbano pertencente à autarquia, a constituição de direitos de superfície em benefício da concessionária e, bem assim, a integração desse conjunto urbano em programa de arrendamento para habitação a preços acessíveis.

A decisão recorrida, tendo considerado que o contrato em causa estava abrangido pelo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (RJPPP), entendeu ter sido omitido um procedimento ali exigido para a criação de uma parceria público-privada (PPP), nomeadamente, a prévia elaboração de um estudo demonstrativo de vantagem comparativa do modelo contratual adotado face a formas alternativas de contratação pública.

Assim, no contexto da decisão recorrida, entendeu o Tribunal de Contas terem sido violadas, de forma direta, normas de teor financeiro, constantes do RJPPP, pelo que recusou conceder visto ao contrato em apreço.

Em sede de recurso, o Município de Lisboa começou por referir que a sua decisão de contratar teve por objetivo colocar no mercado de arrendamento habitação a preços acessíveis, destinados a famílias de rendimentos intermédios, e que o programa no âmbito do qual o procedimento concursal surgiu – o “Programa Renda Acessível” – visava juntar, à capacidade financeira e técnica do Município de Lisboa, o *know-how* dos operadores privados que atuam no setor.

Assim, o Município negou a classificação do contrato em análise como uma PPP, alegando que se estava perante um contrato de concessão, uma vez que, no seu entender, não se verificava o requisito de a parceria se revelar vantajosa por comparação a um comprador do setor público.

Alegou também o Recorrente que o RJPPP não seria aplicável às autarquias locais, e que por isso a decisão recorrida conteria uma falha de base legal, mobilizando um regime que não teria aplicação como parâmetro de controlo das atividades do Município, acrescentando ainda que o Tribunal terá feito *“um juízo sobre a bondade intrínseca da opção tomada pelo Município de Lisboa para gerir bens públicos”*.

Adicionalmente, o Recorrente referiu que a decisão recorrida ia contra a anterior jurisprudência do Tribunal de Contas, para além de que violaria os princípios da reserva de lei na definição do regime das finanças locais, da separação entre funções do Estado e entre órgãos de soberania.

APRECIÇÃO DO TRIBUNAL

O Tribunal de Contas, ao apreciar o recurso, estruturou a sua análise em dois vértices essenciais:

- i) Se o RJPPP seria aplicável ao contrato submetido a fiscalização prévia; e
- ii) Se o procedimento pré-contratual adotado esteve ferido de ilegalidades passíveis de constituir fundamento para a recusa de visto.

A respeito da aplicabilidade do RJPPP, o Tribunal aludiu ao Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro, posterior à decisão recorrida, que veio estabelecer que o disposto no RJPPP não se aplicava aos municípios e às regiões autónomas, com efeito retroativo, tendo o diploma pretendido abranger, entre outros, o caso concreto em análise.

Assim, e embora a vigência do referido decreto tenha cessado em março de 2020, a norma interpretativa e retroativa nele contida sempre impediria que o RJPPP fosse aplicável ao contrato em apreço.

Não obstante, o Tribunal de Contas deixou clara a sua discordância face aos argumentos mobilizados pelo Recorrente, considerando que agiu dentro dos seus poderes

jurisdicionais e que não invadiu a esfera da livre apreciação política ou administrativa dos órgãos autárquicos nem prejudicou a respetiva autonomia.

Adicionalmente, referiu o Tribunal que o contrato em causa, à luz da lei vigente no momento do início do procedimento concursal, integrava todos os elementos definidores de uma PPP, encontrando-se, assim, justificada a respetiva sindicabilidade por parte do Tribunal de Contas.

A propósito da legalidade do procedimento pré-contratual adotado pelo Município de Lisboa, e tendo em conta que no concurso havia sido estabelecido o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, o Tribunal de Contas referiu que, por forma a assegurar a observância dos princípios da contratação pública e da atividade administrativa em geral (princípios da transparência, da igualdade e da concorrência), os programas dos procedimentos de contratação pública devem sempre conter o elenco e densificação dos fatores de adjudicação.

Assim, se o procedimento permitir aos operadores económicos sentir que a administração está a agir de forma arbitrária, então estará em causa o princípio da transparência, o qual só ficará salvaguardado se a administração, no programa do procedimento e no caderno de encargos, estabelecer com clareza o que pretende contratar, de que modo pretende fazê-lo, quais os requisitos de acesso ao procedimento, quais os elementos essenciais que deverão constar das candidaturas e quais os pressupostos de aceitabilidade e de avaliação das mesmas.

Não obstante, e por motivos materiais de exclusão, apenas uma proposta foi admitida, pelo que o modelo de avaliação acabou por não ser utilizado, pelo que não resulta evidenciado que as omissões apontadas ao procedimento tenham prejudicado efetivamente a concorrência ou o resultado financeiro do contrato.

DECISÃO

Em face da argumentação exposta, o Tribunal decidiu pela procedência do recurso e pela concessão de visto ao contrato *sub judice*.

IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

O acórdão analisado vem esclarecer, de modo inequívoco, que o RJPPP não tem aplicação sobre os procedimentos de contratação pública levados a cabo pelos municípios e pelas regiões autónomas que tenham tido início antes de cessação da vigência do Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro, na sequência da aprovação da Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 6 de março.

Em paralelo, é reforçada a importância da observância prática dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência na ação da Administração pública, em particular na conceção e organização dos procedimentos tendentes à adjudicação de contratos públicos.

De salientar também que o Tribunal reafirmou a posição que o contrato em causa integrava todos os elementos definidores de uma PPP, encontrando-se plenamente justificada, perante o enquadramento legal vigente, a intervenção por parte do Tribunal de Contas.

2.

NÚMERO DO PROCESSO: 2363/2018

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

DATA: 22 de abril de 2020

ASSUNTO: Recusa de visto ao contrato objeto de fiscalização prévia

FACTOS

Em causa no presente processo está a decisão de não concessão de visto ao contrato para a reconversão e exploração do Antigo Matadouro Industrial do Porto, celebrado entre a entidade Gestão de Obras do Porto, E.M. (“Recorrente”) e a Mota Engil – Engenharia e Construção, S.A. (“Mota-Engil”) em 1 de agosto de 2018.

Em 1.ª instância, a Gestão de Obras do Porto, E.M. suscitou questão prévia relativa à sujeição do contrato em causa a fiscalização preventiva e, em caso afirmativo, se o mesmo contrato deveria ser beneficiário de concessão de visto – a questão principal.

O Tribunal, concluindo que o contrato consistiu numa concessão de obra pública, isto é, numa parceria público-privada (PPP), pronunciou-se no sentido da carência de visto

prévio e passou à apreciação do contrato à luz do Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (RJPPP).

Assim, em 1.^a instância, referiu o Tribunal que as PPP, quer de iniciativa autárquica, quer de iniciativa empresarial local, estão sujeitas ao RJPPP, devendo existir um efetivo e rigoroso controlo dos encargos e dos riscos associados.

De seguida, o Tribunal entendeu que o procedimento concursal em causa não apresentou para o setor público quaisquer benefícios relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos objetivos, pressuposto essencial para o lançamento e adjudicação de PPP, conforme estabelecido no respetivo regime jurídico.

Foi também decisão da 1.º instância que, no contexto do procedimento tendente à adjudicação do contrato em apreço, enquanto contrato de concessão de obra pública, não terão sido satisfeitas todas as exigências de publicitação do concurso junto de potenciais interessados no mercado europeu, apontando várias omissões ao anúncio publicado no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

Adicionalmente, foi também considerado que não foram cumpridas as exigências legais em matéria de partilha de riscos, decorrentes do RJPPP, e que à luz do objeto social estabelecido nos estatutos da Gestão de Obras do Porto, E.M., esta não teria legitimidade para proceder à concessão de obras ou ao lançamento de uma PPP referente a edifícios ou infraestruturas do município.

Já em sede de Recurso, a Recorrente alegou, em suma, que o Tribunal excedeu as suas atribuições constitucionais, referindo que este órgão não teria competência para anular quaisquer contratos ou para aplicar normas de cariz não financeiro.

Mais referiu a Recorrente, em sede de alegações, que o contrato em apreço seria um contrato misto, análogo a um contrato de arrendamento, não podendo ser qualificado como um contrato de concessão de obra pública, uma vez que ao cocontratante não estariam a ser conferidas quaisquer missões ou atribuições públicas.

Do mesmo modo, segundo a Recorrente, o contrato não deveria estar abrangido pelo RJPPP, alegando não se verificar, em resultado da adjudicação, nenhuma satisfação de

necessidade coletiva e que, nessa medida, nunca poderia estar ferido da nulidade que lhe apontava o Tribunal.

APRECIÇÃO DO TRIBUNAL

A apreciação do Tribunal de Contas estruturou a sua análise nas seguintes etapas essenciais:

- i) Alegadas nulidades da sentença recorrida;
- ii) Da sujeição do contrato a fiscalização prévia;
- iii) Alegada inconstitucionalidade da interpretação do Tribunal;
- iv) Alegada inaplicabilidade do RJPPP; e
- v) Alegada inexistência de ilegalidades na publicação de anúncio no JOUE

A respeito das eventuais nulidades da sentença recorrida, o Tribunal começou por referir ser de muito difícil verificação o preenchimento dos pressupostos de aplicação do instituto das nulidades da sentença, o qual é frequentemente confundido com a mera discordância substantiva do conteúdo das decisões judiciais.

Nesta medida, considerando notória, no corpo da decisão recorrida, a existência de considerações tendentes à demonstração de incumprimento do RJPPP e da integração do contrato em apreço no elenco de atos e contratos submetidos a fiscalização prévia, o Tribunal de Contas concluiu pela improcedência da arguição das nulidades da sentença.

Quanto à sujeição a fiscalização prévia do contrato em apreço, o Tribunal entendeu que a mesma estaria dependente da qualificação do referido como contrato de concessão de obra pública.

Ora, de acordo com o Código dos Contratos Públicos, configura-se como concessão de obra pública *“o contrato pelo qual o cocontratante se obriga à execução ou à conceção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respetiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço”*, ao passo que obra pública é o *“resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público”*.

Assim, o Tribunal manteve o ponto de vista sustentado na decisão recorrida, argumentando que o conceito legal de concessão de obra pública prescinde da colocação, a cargo do contraente privado, de tarefas de satisfação de necessidades coletivas que estivessem originariamente a cargo do contraente público – contrariamente ao que havia sido defendido pela Recorrente no caso concreto – e que se tratou, sem dúvida, de uma obra pública, sendo o imóvel propriedade do município, a respetiva administração caber a uma empresa municipal por delegação do município e os trabalhos serem executados no interesse, benefício e sob a direção do município.

A respeito da alegada excedência das competências constitucionais do Tribunal de Contas, referiu-se que o exercício dos poderes do Tribunal de Contas é adequado à decisão jurisdicional de concessão ou recusa de visto, embora exista uma concorrência de competências entre a jurisdição financeira e a jurisdição administrativa quanto a situações relevantes para ambas, nomeadamente, a apreciação de atos e contratos, mas com finalidades e consequências diversas, pelo que não ocorre uma sobreposição ou invasão das esferas de competência próprias.

Quanto à alegada inaplicabilidade do RJPPP, o Tribunal firmou a posição vertida na decisão recorrida, segundo a qual, de acordo com a versão originária do RJPPP, o contrato em apreço integrava o âmbito subjetivo e objetivo daquele diploma, porquanto se tratou de contrato de concessão de obra pública celebrado por uma empresa municipal.

No entanto, tal como no âmbito do Recurso Ordinário (R.O.) n.º 2/2019 (*vide* Acórdão analisado em **1. supra**), o Tribunal de Contas reconheceu que, por força do Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro, a ação dos municípios e das regiões autónomas passou a estar fora do alcance normativo do RJPPP, com força retroativa.

Em face desta conclusão, o Tribunal entendeu que a aplicação do RJPPP, na versão conferida pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, comportava uma insubsistência dos fundamentos de recusa de visto vertidos na decisão recorrida.

Não obstante, o Tribunal pronunciou-se, ainda, sobre a alegada inexistência de ilegalidades respeitantes ao anúncio do concurso publicado no JOUE, tendo, neste contexto, confirmado o entendimento, reconhecido pela Recorrente, de que o referido anúncio sofreu de várias deficiências, nomeadamente, não se ter explicitado que o

contrato em causa se tratava de uma concessão de obra, ter sido mencionado como base legal do concurso a Diretiva relativa a contratos que não são concessões (n.º 2014/24/UE), e não a Diretiva relativa a concessões (n.º 2014/23/UE), ter sido indicado um valor do contrato desconforme com a realidade e ter sido omitida qualquer descrição do contrato ou indicação adequada do tipo de obra.

Apesar de acompanhar o teor da decisão da 1.ª instância enquanto mero juízo de censura ao conteúdo do anúncio, o Tribunal de Contas entendeu, em sede de recurso, que o anúncio publicado não deduziu ofensa ao princípio da concorrência suficientemente grave para impor a opção pela recusa de visto.

DECISÃO

Em face da argumentação exposta, o Tribunal decidiu pela procedência do recurso e pela concessão de visto ao contrato *sub judice*.

IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

O acórdão analisado vem reforçar, novamente e de modo inequívoco, aquela que tem sido a jurisprudência do Tribunal de Contas, no sentido de que o RJPPP não tem aplicação sobre os procedimentos de contratação pública conduzidos pelos municípios e pelas regiões autónomas, por força da norma retroativa do Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro.

Importa salientar que para o Tribunal o anúncio publicado não deduziu ofensa ao princípio da concorrência suficientemente grave para determinar a recusa de visto.

Adicionalmente, este acórdão vem evidenciar a delimitação das competências constitucionalmente atribuídas ao Tribunal de Contas, definindo também, com especial precisão, o conceito de contrato de concessão de obras públicas para efeitos de aplicação do RJPPP.

3.

NÚMERO DO PROCESSO: 3402/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Sá Mesquita

DATA: 16 de junho de 2020

ASSUNTO: Recusa de visto ao contrato objeto de fiscalização prévia

FACTOS

Em causa no presente processo está a decisão de não concessão de visto ao contrato de prestação de serviços de recolha e tratamento de roupa, celebrado entre a entidade Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, E.P.E. (“CHTMAD” ou “Recorrente”) e o SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (“SUCH”), em 1 de outubro de 2019, no valor de € 382.447,19.

Em 1.^a instância, o Tribunal de Contas entendeu que o CHTMAD não possuía, à data de lançamento do concurso tendente à celebração do contrato em apreço, fundos disponíveis positivos que o possibilitassem a tal, o que constitui um facto gerador de nulidade do compromisso e do respetivo contrato.

Em sede de recurso, o Recorrente alegou, em suma, que tinha fundos disponíveis para o procedimento concursal em causa, uma vez que a tutela havia assumido o pagamento dos seus fundos negativos existentes a 31 de dezembro de 2018, tornando-os inexistentes, através de despacho dos Secretários de Estado do Orçamento, do Tesouro e Adjunto e da Saúde.

Ademais, o Recorrente mobilizou também o argumento de que o ato em causa estaria isento de fiscalização prévia do Tribunal de Contas ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), que prevê que estão isentos de fiscalização prévia *“os contratos de arrendamento, bem como os de fornecimento de água, gás e eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica”*.

Em resposta às alegações de recurso do Recorrente, o Ministério Público argumentou que *“ao alegar que os fundos disponíveis estão garantidos pelo governo, o recorrente, salvo o devido respeito, parece confundir a redução dos pagamentos em atraso com a existência de fundos disponíveis”*.

APRECIÇÃO DO TRIBUNAL

A apreciação do Tribunal de Contas estruturou a sua análise em dois pontos nucleares:

- i) Sujeição do contrato em apreço a fiscalização prévia; e
- ii) Apreciação do pedido do Recorrente relativo à concessão de visto.

A respeito da sujeição do contrato em apreço a fiscalização prévia, o Tribunal de Contas referiu que as entidades públicas empresariais (EPE) integradas no Serviço Nacional de Saúde (SNS), tais como a Recorrente, preenchem os três requisitos mencionados na segunda parte da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, ou seja, são entidades criadas pelo Estado, reguladas pelo regime jurídico legal indicado cujo objeto é a prestação de cuidados de saúde no âmbito do SNS e financiadas nos termos da Lei de Bases da Saúde, ou seja, através de financiamento estatal.

A norma excecional da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC relaciona-se com uma opção política de simplificação do procedimento concursal com vista à limpeza de edifícios, o que não legitima a ampliação da isenção de fiscalização prévia a outras prestações de serviços distinto da limpeza de edifícios, mesmo que prestadas pela mesma entidade.

Quando à violação de normas financeiras, o Tribunal de Contas começou por referir que possui vasta e constante jurisprudência a respeito das implicações da violação, por parte das EPE, das regras do SNS em matéria de compromissos, para efeitos de recusa de visto prévio.

Da referida jurisprudência a que o Tribunal aludiu destaca-se, com relevo para o caso concreto, o entendimento de que a nulidade do protocolo e a violação direta de normas financeiras são fundamentos absolutos de recusa de visto.

Nesta medida, não só a nulidade inviabiliza uma eventual concessão de visto, como a pacífica qualificação das normas violadas como tendo natureza financeira, apenas e só, a tornaria inadmissível.

Com efeito, o Tribunal de Contas alegou que, tratando-se de uma violação direta de norma financeira, em sucessivos processos, mesmo que não existisse qualquer nulidade, a inequívoca violação direta de normas financeiras integra um motivo de

recusa de visto, para o qual não se encontra legalmente prevista qualquer forma de suprimento.

Em face do argumento do Recorrente de que os fundos disponíveis se encontrariam garantidos pelo Governo, o Tribunal de Contas afirmou ainda que o julgamento no âmbito da fiscalização prévia não envolve escrutínio global sobre omissões e ações de entidades com obrigação de providenciar meios financeiros adequados e necessários para a prossecução das finalidades do SNS.

DECISÃO

Em face da argumentação exposta, o Tribunal decidiu pela improcedência do recurso e pela recusa de visto ao contrato *sub judice*.

IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

O acórdão analisado vem reforçar a importância da observância de normas financeiras no âmbito do lançamento de procedimentos concursais tendentes à celebração de contratos públicos por parte das entidades sob a esfera da Administração pública, nomeadamente, a regra que determina a necessidade da existência de fundos disponíveis positivos que possibilitem a assunção do respetivo compromisso.

Lisboa, 13 de julho de 2020

Rogério M. Fernandes Ferreira
Soraia João Silva
José Oliveira Marcelino
Inês Tomé Carvalho