

ACÓRDÃO N.º 23/2012 - 27.nov.2012 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 13/2012

(Processo n.º 282/2012-UAT II)

DESCRITORES: Minuta / Contrato Promessa / Contrato de Cessão de Posição Contratual / Contrato de Cessão de Exploração / Parceria Público-Privada / Interesse Público / Direito de Superfície / Financiamento / Responsabilidade Contratual / Nulidade / Rendas / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Entende-se por parceria público-privada o contrato ou união de contratos, por via da qual entidades privadas se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou parte, ao parceiro privado (cfr. art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 27 de julho).
2. No desenvolvimento do objectivo de disponibilizar à população um pavilhão multiusos, o município optou pela formação de uma parceria pública-privada institucional de âmbito municipal (PPPI) não tendo, no entanto, efectuado qualquer ponderação e avaliação dos custos e benefícios para o interesse público decorrente daquela opção em relação a outras formas. Não se encontrando demonstrado que a opção tomada tenha sido financeira e economicamente mais adequada em função do que a lei impõe para prosseguir o interesse público subjacente à concretização daquela finalidade, encontra-se violado o disposto no art.º 12.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

3. Não estando prevista no procedimento do lançamento da parceria a possibilidade/admissibilidade da utilização do direito de superfície dos terrenos onde se iria implementar o pavilhão, elemento essencial do contrato, por via das potencialidades que encerra, que deve estar previamente definido e ser dado a conhecer aos futuros contratantes, encontra-se violado o disposto no n.º 1 do art.º 8.º, nos n.ºs 1 e 2 do art.º 9.º, no art.º 10.º e no art.º 13.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 197/99.
4. Sobre o financiamento da parceria e os riscos que a mesma envolve conclui-se que os parceiros privados não correm riscos financeiros e nada pagam, sendo inequívoco que a responsabilidade pelo financiamento, quer da aquisição do direito de superfície, quer da construção do pavilhão e respectivo equipamento é do município. Esta factualidade deveria estar definida previamente à abertura do procedimento e ser dado a conhecer a todos os interessados, pelo que se encontra violado o disposto no n.º 1 do art.º 8.º, nos n.ºs 1 e 2 do art.º 9.º, art.º 10.º e no n.º 2 do art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99.
5. A omissão de qualquer referência ao contrato de exploração do pavilhão multiusos, quando do lançamento do procedimento para a parceria, viola o disposto no n.º 1 do art.º 8.º, nos n.ºs 1 e 2 do art.º 9.º, art.º 10.º e no n.º 3 do art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99.
6. Um contrato de cessão de exploração, cujo objecto é a transmissão de um estabelecimento, pressupõe que o cedente tenha a titularidade do objecto que se propõe ceder. Não estando demonstrado que o cedente tenha qualquer título legitimador sobre o pavilhão multiusos, não pode cedê-lo a terceiros. A transmissão assim efetuada é nula, tendo em conta o disposto nos arts. 892.º, *ex vi* do art.º 939.º do Código Civil, o que constitui fundamento da recusa do visto, os termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

7. A inexistência de relação económica entre as rendas a pagar pela exploração do pavilhão e a actividade a desenvolver pela parceria, tendo em conta a minuta do contrato promessa de cessão de exploração em apreço, consubstancia uma alteração do resultado financeiro que constitui fundamento da recusa do visto nos termos do disposto no art.º 44.º, n.º 3, als. a) e c) da LOPTC.

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



Acórdão N.º 23 /2012, 27.11 – 1.ª Secção/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 13/2012

(Processo nº 282/2012-UAT II)

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário:

I. RELATÓRIO

Lamego ConVida- Gestão de Equipamentos Municipais, E.E.M. veio interpor recurso para o Plenário da 1ª Secção deste tribunal da decisão proferida referente à recusa de visto prévio concedido à minuta de um “contrato promessa de cessão de posição contratual e de cessão de exploração”, referente ao pavilhão multiusos de Lamego, pelo prazo de 24 anos, e no valor de € 33.483.050,00, a ser outorgado entre *LamegoRenova, Construções e Gestão de Equipamentos, SA*, a recorrente e o *Município de Lamego*.

Na sua motivação conclui nos seguintes termos:

- A) *O aliás, douto Acórdão deve ser revogado por violação de lei, pois procedeu a uma errada apreciação e qualificação da matéria de facto.*

- B) *O RJSEL estabelece no n.º 2 do seu artigo 12.º que à seleção das entidades privadas aplicar-se-ão os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão e, subsidiariamente, nos regimes jurídicos da contratação pública em vigor, cujo objeto melhor se coadune com a atividade a prosseguir pela empresa.*



Tribunal de Contas

- C) *Consequentemente, a instituição de uma PPP tanto pode passar pela criação ex novo da nova entidade quanto por via da abertura do capital da entidade outrora integralmente pública (ou da abertura de mais capital público) à participação privada.*
- D) *Por outras palavras, a PPPI pode traduzir-se na criação de uma nova empresa, cujo capital pertence conjuntamente ao parceiro público e ao parceiro privado (ou a vários deles) e na adjudicação de um contrato público ou de uma concessão a essa entidade de capital misto como na participação superveniente de um ou mais parceiros privados numa empresa pública já existente, que executa contratos públicos ou concessões que lhe tenham sido atribuídos no passado no quadro de uma relação interna ou in house.*
- E) *Esta matéria só saiu do domínio dos princípios gerais da atividade administrativa e dos princípios específicos da contratação pública de direito nacional e de direito comunitário, para a integrar um regime jurídico delineado a partir de regras concretas, com a entrada em vigor do CCP, que passou a disciplinar de forma precisa os procedimentos relativos à formação do contrato de sociedade (artigos 16.º, n.º 1 e n.º 2, alínea f), 21.º, 32.º n.ºs 3 e 8) e de contratos que configurem parcerias público-privadas contratuais (artigos 37.º 45.º e 67.º, n.º 3).*
- F) *O RJPPP apenas disciplina as parcerias público-privadas de tipo puramente contratual, não sendo aplicável às parcerias público-privadas de tipo institucional, que implicam a cooperação entre os sectores público e privado através da constituição de uma entidade distinta.*
- G) *À luz desse enquadramento, o RJPPP não é aplicável à constituição de sociedades de economia mista ou à participação de capitais públicos em empresas privadas em que, no caso concreto da parceria lançada pelo Município de Lamego através da Lamego ConVida, estão em causa procedimentos adjudicatórios sujeitos aos princípios gerais da atividade administrativa e aos princípios específicos da contratação pública de direito nacional e de direito comunitário, mas não estão em causa contratos abrangidos pelas diretivas comunitárias relativas à contratação pública ou regulados pelos Decretos-Leis n.ºs 197/99 e 59/99.*



- H) *Às parcerias público-privadas de tipo institucional, como a presente, apenas se enquadram no RJSEL nos termos do princípio da equiparação do objeto social (artigo 5.º, n.º 3 do RJSEL) devido à ausência de influência dominante por parte do Município.*
- I) *A sociedade privada que foi constituída – a Lamego Renova – é uma sociedade na qual a participação do Município, ainda que por via indireta – através da Lamego ConVida – se mostra claramente minoritária, porquanto nenhum dos requisitos do artigo 3.º do RESEL se verifica.*
- J) *A constituição da sociedade emanou da realização de um concurso público, a forma procedimental mais solene e a mais adequada à concretização do princípio da concorrência.*
- K) *Portanto, não foi violado o n.º 1 do artigo 12.º do DL 197/99, que se deve entender como vocacionado para a escolha do procedimento.*
- L) *O motivo principal determinante do lançamento da parceria foi um e só um: criar as infra-estruturas que no juízo democrático do Município são essenciais para satisfazer as necessidades das populações. No caso concreto a conceção, o financiamento, a construção, a gestão e a manutenção de um pavilhão multiusos, incluindo o respetivo parque de estacionamento e a requalificação da envolvente urbana.*
- M) *Qualquer interessado poderia ter apresentado uma proposta com um financiamento suportado num modelo contratual prevendo a constituição do direito de superfície. Prova-o o facto assente (alíneas d), e) g) e i), subalíneas 1. A 111., do n.º 6 do Acórdão), de o modelo de avaliação das propostas conter como fator de avaliação a “Estrutura de Financiamento”, com uma ponderação de 14 %.*
- N) *Não existindo no procedimento qualquer restrição sobre o modelo contratual subjacente à obtenção do financiamento, não se pode entender o contrário, ou seja, que o que nele se estabelece é suficientemente restritivo para impedir a apresentação de qualquer proposta prevendo a constituição do direito de superfície.*
- O) *Sendo assim, não pode especular-se sobre um hipotético universo de interessados e concorrentes, nem, conseqüentemente, sobre os diferentes resultados financeiros que adviriam desse hipotético universo.*



Tribunal de Contas

- P) *Não foram, assim, violados os alegados princípios, nem os indicados preceitos do DL 197/99.*
- Q) *Não pode confundir-se a obrigação de pagamento, a ponto de se considerar que constitui um risco semelhante ao risco do financiamento que lhe está subjacente.*
- R) *Acresce que o procedimento concursal deixou para capacidade dos concorrentes a construção do modelo de financiamento, inclusive valorizando-o no modo de avaliação das propostas, pelo que de modo algum se pode considerar que existe desvio concorrencial e que o procedimento não foi equitativo, transparente e concorrencial.*
- S) *Não existe qualquer facto dado como assente no Acórdão que permita extrair a conclusão de que “esta alteração prende-se obviamente com as condições de contratação do empréstimo e a necessidade de dar suficientes garantias à CGD”.*
- T) *Nem resulta do que se encontra exposto no Acórdão quanto à natureza e forma das garantias prestadas à CGD que a mudança de arrendamento para cessão de exploração tenha implicado ou implique garantias distintas. Na verdade, estas estão relacionadas, por um lado, com o direito de superfície (base patrimonial) e, por outro, com os pagamentos mensais (remuneração). E as garantias relacionadas com o empréstimo tanto o poderiam ser com o arrendamento como com a cessão de exploração.*
- U) *Não pode afirmar-se com base num juízo hipotético, que a cessão de exploração emergiu da necessidade de prestar garantias para a concretização do empréstimo.*
- V) *Se se atender ao primado da substância sobre a forma, facilmente se conclui estarmos perante a mesma realidade. Isto é, em substância, independentemente da se catalogar o contrato como de arrendamento ou como de cessão de exploração, que é um aspeto meramente atinente à forma, em qualquer dos contratos está em causa, por um lado disponibilizar um equipamento construído, por outro pagar uma quantia mensal inerente a essa disponibilização.*
- W) *Refere ainda o Acórdão, com base no n.º 1 do artigo 401.º do Código Civil, que a impossibilidade originária da prestação produz a nulidade do negócio jurídico.*



- X) *Todavia, não existe uma impossibilidade originária da prestação, porquanto se por um lado os termos de referência previam expressamente a constituição de um estabelecimento ao incluírem a instalação de equipamentos, por outro, quanto à essência, a celebração do contrato (promessa) de cessão da exploração representa o mesmo que o previsto contrato de arrendamento.*
- Y) *Como se demonstra nos dois documentos anexos a este recurso, as rendas a pagar pela exploração do pavilhão têm uma relação económica com a atividade a desenvolver e constituem, com benefícios para o erário público, a contrapartida pela disponibilização do equipamento.*

O Ministério Público pronunciou-se, no seu parecer, constante a fls. 129, no sentido da improcedência do recurso.

*

II. Fundamentação.

A) Face às conclusões apresentadas pelo recorrente, são as seguintes as questões a decidir: (i) violação do estabelecido no n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 197/99 no procedimento concursal que esteve na base da constituição de sociedade anónima; (ii) violação do n.º 1 do artigo 8.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º, e artigo 10.º e no n.º 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 197/99 na constituição do direito de superfície; (iii) violação do n.º 1 do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º, artigo 10.º e no n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99 no financiamento; (iv) violação do n.º 1 do artigo 8.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º, artigo 10.º e no n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99 no âmbito da cedência da exploração; (v) alteração de resultados financeiros.

*

B) É a seguinte a matéria de facto e respectiva fundamentação que consta na decisão em apreciação, sobre a qual importa decidir.



Tribunal de Contas

1. A Lamego ConVida, Gestão de Equipamentos Municipais, EEM (doravante designada por LCONVIDA) remeteu, para fiscalização prévia deste Tribunal, uma minuta de “*contrato-promessa de cessão de posição contratual e de cessão de exploração*” do pavilhão multiusos de Lamego, a ser assinado por aquela entidade empresarial municipal, pelo Município de Lamego, representado pela respetiva Câmara Municipal (doravante designada por CML) e pela Lamego Renova – Construção e Gestão de Equipamentos, SA (doravante designada por LRENOVA), pelo prazo de 24 anos, e no valor de € 33.483.050,00.
2. Para melhor compreensão da minuta e de todos os demais factos elencados nesta decisão, note-se:
 1. A LCONVIDA é uma entidade empresarial municipal, constituída em agosto de 2006¹, cujo capital social é integralmente detido pelo Município de Lamego, que através da CML exerce os poderes previstos na Lei nº 53-F/2006, de 29 de dezembro;
 2. A LRENOVA é uma sociedade anónima de capitais minoritariamente públicos, constituída em maio de 2007, em que 49% do capital é detido pela LCONVIDA.
3. No contrato que se pretende celebrar, com base na referida minuta sujeita a visto, no essencial², estabelecer-se-á que:
 - a) A CML cederá à LCONVIDA a sua posição, em contrato promessa anteriormente celebrado com a LRENOVA, de cessionária da exploração do pavilhão multiusos de Lamego (doravante designado por pavilhão) em que era cedente esta LRENOVA;
 - b) A LRENOVA promete conceder à LCONVIDA a exploração do pavilhão;
 - c) A LRENOVA compromete-se a entregar à LCONVIDA os prédios integrantes do pavilhão;
 - d) Em contrapartida pela exploração do pavilhão a LCONVIDA pagará à LRENOVA, o valor referido no nº 1, ao longo dos 24 anos também nele já referidos.
4. Da minuta destaquem-se ainda os seguintes aspetos:
 - a) Pelo primeiro outorgante foi dito que “[a LRENOVA] procedeu ao desenvolvimento, implementação e construção do Pavilhão Multiusos de Lamego”;
 - b) No considerando a) de A) é referido que a “[LRENOVA] é titular do direito de superfície, a título oneroso, pelo período de 29 anos, de uma parcela de terreno destinada à construção do Pavilhão Multiusos.”
 - c) No considerando b) é dito que “[o] Pavilhão Multiusos de Lamego, dada a sua interligação funcional, é destinado a ser explorado como um conjunto integrado e funcionalizado à prestação de actividades de natureza empresarial da [LCONVIDA]”;
 - d) O considerando c) refere que “[a LRENOVA], pretende transferir para a [LCONVIDA], o gozo dos prédios integrantes do [pavilhão], em conjunto com a exploração do estabelecimento nele instalado, logo que construído e operacional, de modo a dar início à sua utilização”;
 - e) Nos termos das Cláusulas 1.ª e 2.ª fixou-se que “[p]elo presente contrato, a [LRENOVA], promete conceder à [LCONVIDA] e esta promete aceitar a exploração do Pavilhão Multiusos de Lamego, que a [LRENOVA] vier a realizar (...)” e que “[o] contrato prometido destina-se à exploração do estabelecimento instalado no Pavilhão Multiusos de Lamego, por parte da [LCONVIDA], no desenvolvimento da sua actividade empresarial”;
 - f) No corpo da cláusula 4.ª estabeleceu como “*contrapartida pela exploração [do pavilhão], que a [LCONVIDA] compromete-se a pagar à [LRENOVA] a retribuição de acordo com o quadro seguinte:*

| | | Valor Anual € (a) | Valor Trimestral (Euros) |
|---|------|-------------------|--------------------------|
| 1 | 2012 | 1.516.260,0 | 379.065,00 |
| 2 | 2013 | 1.497.810,0 | 374.452,50 |
| 3 | 2014 | 1.479.360,0 | 369.840,00 |
| 4 | 2015 | 1.454.760,0 | 363.690,00 |
| 5 | 2016 | 1.436.310,0 | 359.077,50 |
| 6 | 2017 | 1.614.170,0 | 403.542,50 |
| 7 | 2018 | 1.590.800,0 | 397.700,00 |

¹ A escritura de constituição da LCONVIDA foi celebrada em 4 de agosto de 2006 (fls. 386 e ss.) e foi precedida da autorização da Assembleia Municipal (fls. 385). Os seus estatutos constam do processo a fls. 94 e ss. já na sua versão alterada.

² Outros aspetos do clausulado da minuta do contrato serão abordados já a seguir e noutras partes da matéria de facto.



| | | | |
|----|------|-------------|------------|
| 8 | 2019 | 1.567.430,0 | 391.857,50 |
| 9 | 2020 | 1.544.060,0 | 386.015,00 |
| 10 | 2021 | 1.519.460,0 | 379.865,00 |
| 11 | 2022 | 1.494.860,0 | 373.715,00 |
| 12 | 2023 | 1.467.800,0 | 366.950,00 |
| 13 | 2024 | 1.441.970,0 | 360.492,50 |
| 14 | 2025 | 1.414.910,0 | 353.727,50 |
| 15 | 2026 | 1.385.390,0 | 346.347,50 |
| 16 | 2027 | 1.357.100,0 | 339.275,00 |
| 17 | 2028 | 1.326.350,0 | 331.587,50 |
| 18 | 2029 | 1.295.600,0 | 323.900,00 |
| 19 | 2030 | 1.264.850,0 | 316.212,50 |
| 20 | 2031 | 1.231.640,0 | 307.910,00 |
| 21 | 2032 | 1.198.430,0 | 299.607,50 |
| 22 | 2033 | 1.163.990,0 | 290.997,50 |
| 23 | 2034 | 1.128.320,0 | 282.080,00 |
| 24 | 2035 | 1.091.420,0 | 272.855,00 |

O que perfaz a quantia final de € 33.483.050,00 ³;

- g) A cláusula 4.^a n.º 2 estabeleceu ainda que “[a]s retribuições mensais devidas ao abrigo do contrato de cessão de exploração ora prometido vencer-se-ão no primeiro dia útil do mês a que disserem respeito, devendo ser pagas na sede da [LRENOVA] ou no local que esta indicar para esse efeito ou através de depósito ou transferência para a conta bancária NIB 003504190000130793006, aberta em nome da [LRENOVA] no Banco balcão da Caixa Geral de Depósitos”;
- h) Nos termos da cláusula 5.^a “O contrato de cessão de exploração, será celebrado pelo prazo de 24 anos a contar da data da entrega do [pavilhão], pelo que se a [LCONVIDA], por qualquer motivo, deixar de pagar as retribuições mensais acordadas, incorre no dever de pagar à [LRENOVA], o montante das retribuições mensais que serão devidas até final do CONTRATO, independentemente de este deixar de vigorar”;
- i) Nos termos da cláusula 7.^a “[o] contrato definitivo de cessão de exploração será celebrado nos dez dias anteriores à entrega do [pavilhão] e deverá reflectir o acordado no presente contrato-promessa”.

5. Sem prejuízo dos desenvolvimentos que se farão nos números seguintes deste acórdão, note-se ainda que, em **30 de dezembro de 2008**:

- a) Foi celebrado um contrato-promessa em que LRENOVA prometeu ceder a exploração do pavilhão à CML, mediante o pagamento de rendas por esta àquela SA. **É esta posição contratual da CML – cessionária inicial da exploração do pavilhão - que agora, pelo contrato a celebrar com base na minuta referida, como já se disse acima na alínea a) do n.º 3, se pretende ceder à LCONVIDA;**
- b) Foi celebrado um contrato entre a LCONVIDA e a LRENOVA de cedência, pela primeira a favor da segunda, do direito de superfície do prédio em que iria ser construído o pavilhão;
- c) Foi celebrado um contrato de empréstimo sob a forma de abertura de crédito, no valor de € 18.691.628, com possibilidade de atingir os € 20.000.000,00, entre a LRENOVA e a Caixa Geral de Depósitos (CGD), com hipoteca sobre o direito de superfície referido na alínea anterior e com constituição de outras garantias prestadas pela LCONVIDA e pela CML.

6. Para além do referido nos números anteriores, relevam para a presente decisão os seguintes factos constantes do processo⁴:

- a) O Município de Lamego decidiu proceder à construção de um pavilhão multiusos tendo cometido à

³ Apura-se uma diminuição de € 18.695.836,00 face ao contrato-promessa de cessão de exploração celebrado entre a LRENOVA e a CML, em 30.12.2008, com um valor de 52.178.886 €. A disparidade flagrante entre estes dois valores não esclarecida.

⁴ Negritos da nossa responsabilidade.



- LCONVIDA a sua concretização⁵;
- b) O objeto social da LCONVIDA consiste na “(...) **implementação, construção, gestão e exploração das áreas de desenvolvimento urbano prioritárias, de equipamentos públicos culturais, desportivos, turísticos e de lazer, de edifícios de interesse municipal, de requalificação urbana e ambiental, de habitação social, de vias municipais, de estruturas de apoio aos transportes rodoviários e a realização de projectos de desenvolvimento e inovação empresarial, nomeadamente, áreas de localização empresarial, parques industriais, parques de negócios e tecnopolos**”⁶;
- c) Por decisão de 5 de Setembro de 2006⁷, o Conselho de Administração da LCONVIDA aprovou por unanimidade submeter à aprovação da CML uma minuta de contrato-programa⁸ para o apoio financeiro àquela entidade empresarial municipal;
- d) Na mesma decisão, o Presidente do Conselho de Administração da LCONVIDA informou aquele órgão que “(...) **perante a impossibilidade de endividamento da empresa e atentas as suas naturais limitações financeiras e organizativas, o desenvolvimento dos projectos que pretende implementar passa, necessariamente, pelo recurso à constituição de parcerias com empresas privadas, capazes de assumir os inerentes riscos de concepção, financiamento e construção**”. Na mesma decisão consta ainda a informação de que “[t]al parceria deverá assegurar a implementação e a gestão de projectos muito específicos e devidamente caracterizados, **aproveitando, não apenas a compleição financeira como também a experiência e o know-how dos parceiros privados envolvidos, no que respeita à execução de equipamentos e à prestação de serviços, em ordem a uma progressiva superação das carências infra-estruturais do concelho e à potenciação do seu crescimento económico e social**”. Nesse sentido, foi decidido pelo Conselho de Administração da LCONVIDA “(...) **promover, desde já, elaboração do processo de concurso público (...), relativo à selecção da(s) empresa(s) privada(s) que deva(m) integrar a parceria, tendo em vista a concepção e construção de um Pavilhão Multiusos, a implantar no Parque da Cidade, e do Edifício Técnico-administrativo da Câmara Municipal, a implantar na envolvente do edifício dos Paços do Concelho, em terrenos a ceder à empresa pela Câmara Municipal, no âmbito do contrato de comodato**⁹ a celebrar oportunamente para o efeito”;
- e) Por decisão de 10 de Novembro de 2006¹⁰, o Conselho de Administração da LCONVIDA deliberou aprovar “(...) **as peças a patentear a concurso, decidindo proceder à abertura do mesmo, através da publicação do respectivo anúncio (...)**”. Na ata em que consta a decisão referida na alínea anterior, na parte respeitante à exposição que antecedeu a votação, foi referido que o tipo do procedimento escolhido era o concurso público¹¹ e que a sociedade a constituir “ (...) **assumirá a concepção, financiamento, construção, gestão e exploração de equipamentos e infra-estruturas municipais, reportados, neste caso particular, ao Pavilhão Multiusos Municipal e ao edifício Técnico-administrativo Municipal, incluindo os respectivos parques de estacionamento e a qualificação de ambas as envolventes urbanas**”;
- f) As peças do procedimento eram constituídas pelos Anúncios¹², Programa do Procedimento¹³ e Termos Referência¹⁴, assim como por Plantas de Enquadramento Urbano, Plantas de Localização, Levantamentos

⁵ Fl. 406.

⁶ Fl. 96.

⁷ Fls. 381 e ss.

⁸ Fls. 413 e ss. O contrato-programa, precedido de autorização da Assembleia Municipal, de 29 de novembro de 2006 (fls. 421), e da Câmara Municipal, de 12 de setembro de 2006 (fls. 424), foi outorgado a 2 de outubro de 2006, com prazo de vigência até ao ano de 2025, e valor global de € 17.860.755,04. Este contrato não foi remetido a este Tribunal para fiscalização prévia.

⁹ O contrato de comodato foi celebrado em 2 de outubro de 2006 (fls. 406 e ss.), através do qual a CML **cedeu à empresa municipal, a título gratuito para desenvolvimento das suas atividades, uma parcela de terreno afeta à construção do pavilhão multiusos** e parque de estacionamento público, assim como o Pavilhão Álvaro Magalhães, as Piscinas municipais descobertas, o Edifício dos Anexos da Câmara e o Edifício do Teatro Ribeiro Conceição. Posteriormente, por deliberação da CML de 6 de Junho de 2007 (fls. 411) e da Assembleia Municipal de 18 de Junho de 2007 (fls. 412), foi aprovado alterar esse comodato dele excluindo a parcela de terreno referida, **com vista à constituição de um direito de superfície como adiante se fará referência**.

¹⁰ Fls. 425 e ss.

¹¹ Apesar de no “Relatório de apreciação do mérito das propostas” elaborado pelo júri se aludir a um concurso limitado por prévia qualificação.

¹² Fls. 429 e ss.



Tribunal de Contas

Topográficos, Delimitação das Áreas de Intervenção, Identificação e Localização de Edifícios, Monumentos e Espaços Significativos, Delimitação das Áreas de Protecção, Rede Viária Existente e Planta de Síntese do Plano de Urbanização da Cidade;

- g) Os anúncios de abertura - publicados em 17, 21 e 22 de Novembro de 2006 ¹⁵, conforme mencionado pelo júri no “Relatório de apreciação do mérito das propostas” - e o programa do procedimento ¹⁶ referiam que este tinha por objeto “(...) a **selecção de empresa privada para a constituição, com a Lamego Convida, EM, de parceria público-privada, na modalidade de sociedade anónima, de capitais minoritariamente públicos, com vista à concepção, financiamento, construção, gestão e manutenção de um pavilhão multiusos e de um edifício técnico administrativo**¹⁷ municipais, incluindo respetivos parques de estacionamento e requalificação das envolventes urbanas”;
- h) O prazo mínimo de duração do contrato de parceria foi fixado em 20 anos;
- i) Nas peças do procedimento destacam-se ainda os seguintes aspetos:
- i. Nos termos do ponto 6. do Programa do Procedimento só eram considerados aptos os concorrentes cujas empresas constituintes preenchessem cumulativamente os seguintes requisitos de aptidão técnica:
 - *Experiência na execução de obras de construção civil da mesma natureza, e titularidade de alvará de construção emitido pelo IMOPPI, compatível com a natureza e o valor dos trabalhos a realizar;*
 - *Experiência na elaboração e montagem de projectos de arquitectura e engenharia;*
 - *Habilitação para o exercício da actividade de empreiteiro de obras públicas;*
 - *Experiência relevante de consultores, designadamente em coordenação, concepção e projecto de empreendimento similares com valor de construção superior a € 2.500.000,00*
 - *Experiência na estruturação, negociação e contratação de financiamento para o desenvolvimento de projecto de natureza e dimensão similar.¹⁸*
 - ii. Nos termos do ponto 8. do Programa do Procedimento, os documentos que deviam instruir as propostas eram constituídos por:
 - *“Planos de execução do empreendimento e prazos suplementares;*
 - *Orçamentos estimativos de construção do empreendimento;*
 - *Projeções Económico-Financeiras;*
 - *Estrutura de financiamento;*
 - *Modelos contratuais e modelos de estatutos propostos.”*
 - iii. O critério escolhido para apreciação das propostas foi o da proposta mais vantajosa, de acordo com o ponto 12. do Programa do Procedimento, sendo estruturado da forma seguinte:
 - *“Estrutura técnica da proposta – 40%:
(i) Memória descritiva e justificativa - 20%;
(ii) Planos de execução do empreendimento e prazos parcelares – 20%.*
 - *Estrutura contratual da proposta – 30%:
(iii) Projeto de estatutos da sociedade – 8%;
(iv) Acordo parassocial proposto – 8%;
(v) Estrutura de financiamento – 14%.*
 - *Estrutura financeira da proposta – 30%”;*

¹³ Fls. 437 e ss.

¹⁴ Fls. 451 e ss. Os Termos de referência estavam divididos em seis anexos. A saber: “Anexo I-Considerações Gerais”, “Anexo II-Characterização Sumárias das Intervenções”, “Anexo III-Estrutura Orgânica do Município”, “Anexo IV-Quadros de Pessoal Técnico e Administrativo da Câmara Municipal de Lamego”, “Anexo V-Edifícios, Monumentos e Espaços Significativos” e “Anexo VI-Imóveis Classificados.”

¹⁵ Conforme mencionado pelo júri no “Relatório de apreciação do mérito das propostas”, a fls 536 e ss. Vide anúncios a fls. 429 e ss.

¹⁶ Fls.437 e ss.

¹⁷ Apesar de incluída no procedimento, a empreitada do edifício técnico administrativo municipal (ETAM) não foi sequer iniciada.

¹⁸ Extraí-se, pois, a ilação de que os requisitos de aptidão se relacionam apenas com a aptidão de construção dos candidatos e da sua experiência na obtenção de financiamento.



- iv. O Anexo II dos já referidos Termos de Referência, respeitante à “*Caracterização Sumária das Intervenções*”, define a finalidade de utilização do pavilhão multiusos municipal como “[d]estinado a acolher eventos periódicos ou ocasionais, de natureza sócio económica, desportiva, recreativa e cultural, entre outras”;
- v. O ponto 4.1. deste último anexo, subordinava-se à identificação da “*Extensão Material da Intervenção*” referindo-se que essa intervenção “[e]nvolve a **concepção, execução e instalação de equipamentos do Pavilhão propriamente dito, do parque de estacionamento coberto que lhe deve ficar associado, (...), em conformidade com o programa funcional preliminar e a caracterização construtiva e dimensional que adiante são genericamente definidos**”;
- j) No procedimento foram apresentadas duas propostas correspondentes aos seguintes agrupamentos de empresas:
- i. Concorrente n.º 1: um consórcio constituído por:
- Irmãos Cavaco, SA;
 - Francisco Pereira Marinho & Irmãos, SA;
 - E.T.I. – Empreendimentos Turísticos e Imobiliários, SA;
 - Construções Gabriel A.S. Couto, SA;
- ii. Concorrente n.º 2: um consórcio constituído por:
- Ferreira Construções, SA;
 - Efimóveis Imobiliária, SA;
 - Real Douro – Promoção e Gestão Imobiliária, SA;
 - Jardins do Douro – Investimentos e Gestão Imobiliária, Lda.;
- k) O concorrente n.º 1, cuja proposta é datada de 12 de dezembro de 2006, e sobre a qual recaiu a adjudicação, apresentou a documentação solicitada pelo Programa do Procedimento, relevando os documentos e informações seguintes¹⁹:
- i. Um “Plano de Execução do Empreendimento” com um prazo global de 920 dias²⁰;
- ii. Uma estimativa de construção do pavilhão multiusos e do seu parque de estacionamento num valor de € 14.609.960,00, a que acresce € 3.068.091,60 de IVA, o que perfaz um total de € 17.678.051,60²¹. A “*estimativa de construção*” para o pavilhão e edifício técnico-administrativo apresenta um **valor de 21.447.530 €**, acrescido do valor em IVA;
- iii. Um plano estratégico e de desenvolvimento do projeto²² em que é referido que a “(...) *sociedade propõe a contratação de um **financiamento bancário para a implementação dos projectos, pelo prazo de 25 anos, nomeadamente para a construção dos equipamentos a disponibilizar. Posteriormente, esses equipamentos serão disponibilizados à empresa municipal, a título de arrendamento pelo prazo de 25 anos, com reversão da propriedade para a empresa municipal no final do contrato. As rendas a fixar no contrato de arrendamento a celebrar com a empresa municipal serão as resultantes da quota de disponibilidade utilizada, conforme apresentado em anexo (Mapa de Proveitos). Ficarà a cargo da empresa municipal a exploração dos equipamentos disponibilizados pela sociedade anónima, equipamentos esses que serão objeto de celebração de contrato de arrendamento com a referida sociedade anónima***”;
- iv. O Mapa de Proveitos aludido²³ previu a título de rendas mensais pela exploração do pavilhão multiusos um valor mensal de € 145.809,33 e um valor anual de € 1.750.864,00;
- v. No que se refere à estrutura de financiamento, no referido plano estratégico e de desenvolvimento do projeto, foi proposto que “(...) *a participação da empresa municipal [LCONVIDA] efectuar-se-á mediante entrada em dinheiro no capital social da sociedade anónima (participação de 49%), a qual será detida em 51% pelos concorrentes*”;
- vi. Foi ainda apresentado, sob a forma de anexo, um “Plano de Exploração” correspondente ao período entre os anos de 2007 a 2034, composto por um mapa do “Orçamento de Tesouraria Previsional”²⁴ e um mapa da “Conta de Exploração Previsional”^{25 26};

¹⁹ Proposta a fls. 472 e ss.

²⁰ Fls. 481.

²¹ Fls. 483.

²² Cfr. fls. 490.

²³ Fls. 494.



- vii. Foi igualmente submetido um projeto de “Acordo de Cooperação Técnica, Económica e Financeira”²⁷ e um projeto de “Contrato de Sociedade”²⁸;
- viii. O Acordo de Cooperação tem como finalidade “(...) a criação, implementação, desenvolvimento, realização, construção, gestão e manutenção dos EQUIPAMENTOS, a desenvolver no âmbito da SOCIEDADE de que as PARTES são accionistas”²⁹;
- ix. No projeto de Acordo de Cooperação foi proposto no seu considerando “C” que “[a LCONVIDA] constituiu direito de superfície sobre os PRÉDIOS”.
- O considerando “F” refere que “[p]ara concretizar a parceria as PARTES associaram-se mediante a constituição da SOCIEDADE³⁰, em cujo capital os PRIMEIROS CONTRATANTES³¹ entram com dinheiro e a [LCONVIDA] com o direito de superfície sobre os PRÉDIOS”.
- Nos termos do considerando “I” “OS PRIMEIROS CONTRATANTES^{32 33}, tendo em conta as regras do Eurostat, relativas a parcerias público-privadas, **assumem a responsabilidade pelo risco dos financiamentos, da construção e da disponibilização dos EQUIPAMENTOS** (...)”.
- Nesse Acordo de Cooperação foi proposto um “PLANO DE NEGÓCIOS” a 25 anos.
- O projeto de acordo compreende a distribuição de responsabilidades, nos seguintes termos:
- a) “Relativamente à parte técnica dos EQUIPAMENTOS, as seguintes responsabilidades dos PRIMEIROS CONTRATANTES³⁴:
- planeamento cronológico e execução física do EQUIPAMENTOS;
 - realização e integração dos EQUIPAMENTOS nas infra-estruturas existentes, com vista ao seu pleno funcionamento.
- b) Relativamente à parte técnica dos EQUIPAMENTOS, a seguinte responsabilidade da [LCONVIDA]:
- Organização geral no campo administrativo, incluindo organização e coordenação de reuniões, elaboração de métodos organizacionais, apoio na elaboração de actas, execução de panfletos informativos, etc.
- c) Relativamente à parte financeira e económica dos EQUIPAMENTOS, as seguintes responsabilidades dos PRIMEIROS CONTRATANTES³⁵:
- Obtenção dos financiamentos, incluindo a prestação de eventuais garantias;
 - Gestão de financiamento dos equipamentos;
- d) Relativamente à parte financeira e económica dos EQUIPAMENTOS, a disponibilização de apoio pelas PARTES ao Conselho de Administração da SOCIEDADE no âmbito das actividades de:
- Coordenação na elaboração de candidaturas a subsídios de apoio a fundo perdido para a obtenção de participações regionais, nacionais ou comunitárias e respectiva gestão e aplicação nos EQUIPAMENTOS;
 - Negociação das condições de financiamento com entidades financeiras;
 - Elaboração e actualização dos planos de pagamento;
 - Elaboração de justificativos de emprego de meios, para informação a ser prestada às entidades financeiras e autoridades estatais e/ou comunitárias, relativamente aos subsídios prestados;

²⁴ Fls. 498 e 499.

²⁵ Fls. 500 e 501.

²⁶ Em ambos os mapas ficou estimado como recebimento da sociedade anónima o valor anual de € 2.570.000,00 a título de rendas, e a formalizar pelo contrato de arrendamento, como proposto pelo agrupamento adjudicatário. Esse valor é assim desagregado: Rendas do pavilhão multiusos - € 1.750.000,00; Rendas do Edifício Técnico Administrativo Municipal - € 819.316,00.

²⁷ Fls. 504 e ss. Equivale ao acordo parassocial referido no Programa de Procedimento.

²⁸ Fls. 529.

²⁹ Vide ponto e. do n.º 6.

³⁰ A sociedade a constituir no âmbito da parceria. Viria a ser a LRENOVA.

³¹ Os membros do consórcio concorrente e adjudicatário.

³² Idem.

³³ Fl. 520.

³⁴ Os membros do consórcio concorrente e adjudicatário.

³⁵ Idem.



- *Levantamento e desenvolvimento de potenciais pontos de actuação com vista à redução dos custos.*
- e) *Relativamente à realização dos investimentos, a disponibilização de apoio pelas PARTES ao Conselho de Administração da SOCIEDADE no âmbito das actividades de:*
 - *Consultadoria, preparação dos documentos de suporte e negociação dos acordos necessários à sua execução;*
 - *Contratação, supervisão, fiscalização e assistência a obras;*
 - *Execução das actividades e prática de actos inerentes, complementares ou acessórios à função de dono da obra;*
 - *Apoio e assessoria de quaisquer acordos relacionados com os EQUIPAMENTOS;*
- f) *Relativamente ao funcionamento dos EQUIPAMENTOS, a disponibilização de apoio pelas PARTES ao Conselho de Administração da SOCIEDADE no âmbito das actividades de:*
 - *Elaboração de planos de manutenção preventiva e controlo técnico à totalidade dos EQUIPAMENTOS;*
 - *Elaboração de um registo detalhado do comportamento dos EQUIPAMENTOS durante a utilização, incluindo comprovativos do cumprimento das normas de segurança exigidas por lei*³⁶;
- x. No projeto de contrato de sociedade, o mencionado concorrente propôs que o objeto social da sociedade anónima consistisse **“(…)na construção, gestão e conservação de equipamentos, culturais, de serviços, desportivos e recreativos, bem como na construção e gestão de infra-estruturas turísticas e urbanísticas”**.
O objeto social contemplava ainda que “[n]o âmbito das actividades previstas no número anterior a sociedade poderá promover a implementação, a construção, a gestão e a exploração de áreas, equipamentos e infra-estruturas de desenvolvimento urbano e de construção prioritária no Concelho de Lamego”;
- l) Por deliberação de 27 de Abril de 2007³⁷, o Conselho de Administração da LCONVIDA aprovou o *“Relatório Final de Qualificação dos Concorrentes e de Apreciação do Mérito das Propostas”*, nos termos da qual *“(…) adjudica o procedimento em título ao concorrente n.º 1, liderado por Irmãos Cavaco, SA, selecionando-o como parceiro para a constituição, com a Lamego ConVida – Gestão de Equipamentos Municipais, EM, de parceria público-privada destinada à Concepção, Financiamento, Construção, Gestão e Manutenção de Equipamentos e Infra-estruturas Municipais, de acordo com a proposta apresentada, cujo valor global ascende a 21.447.530,00 €, a que acresce o IVA, à taxa legal em vigor*³⁸”;
- m) Na mesma data, aquele órgão decidiu submeter à CML uma proposta tendente à autorização de participação da LCONVIDA na indicada parceria público-privada de tipo institucional³⁹;
- n) Por deliberação da CML, de 8 de maio de 2007, foi aprovada, por maioria, a participação requerida, através da entrada de € 49.000,00, correspondentes a 49% do capital social⁴⁰;
- o) O contrato de sociedade de capitais minoritariamente públicos, que criou a LRENOVA foi outorgado a 31 de maio de 2007⁴¹ e a definição do respetivo objeto social segue o que havia sido proposto pelo agrupamento adjudicatário⁴². Este contrato não foi remetido para fiscalização prévia;

³⁶ As relações a constituir entre os sócios da sociedade anónima e o seu Conselho de Administração abrangeram, assim, no essencial, a conceção, construção e financiamento das empreitadas. Essa conclusão é ainda retirada do Capítulo V do mencionado Acordo, sob a epígrafe “Condução da Actividade” em que é previsto um “Orçamento da Fase de Construção” e suas rubricas, assim como os documentos a apresentar ao Conselho de Administração para o “Controle da Fase de Construção”. Da leitura integral da referida proposta de Acordo não consta indicação quanto ao modelo de gestão da exploração do pavilhão multiusos.

³⁷ Fls. 567 e ss.

³⁸ O valor da adjudicação restringe-se ao preço proposto pela implementação da empreitada. Vide acima subalínea ii. da alínea anterior.

³⁹ Fls. 569. Nessa proposta fez-se menção à participação na sociedade cuja denominação proposta era inicialmente *“Lamego Inova, SA”*. Essa denominação foi substituída por *“Lamego Renova – Construção e Gestão de Equipamentos, SA”*.

⁴⁰ Fls. 573. Dos documentos existentes no processo não consta a deliberação autorizativa da Assembleia Municipal.

⁴¹ Fls. 574 e ss., cujo anexo representa os estatutos da LRENOVA.



- p) A CML autorizou, em **6 de junho de 2007**⁴³, a **constituição do direito de superfície, por 20 anos, a favor da LCONVIDA**, pelo valor de € 4.800.000,00, sendo que esse direito incidiu sobre os terrenos destinados à construção do pavilhão multiusos e do edifício técnico administrativo municipal⁴⁴;
- q) O Conselho de Administração da LCONVIDA aceitou a cedência de constituição dos direitos de superfície, por deliberação de 27 de junho de 2007⁴⁵;
- r) Por deliberação do Conselho de Administração da LCONVIDA, de 26 de setembro de 2007⁴⁶, foi aprovado submeter à CML e Assembleia Municipal⁴⁷ a autorização para celebração de um aditamento ao contrato-programa que havia sido celebrado no ano de 2006⁴⁸, tendo sido proposta a extensão da sua vigência até ao ano de 2034 e o reforço financeiro do mesmo, que passou de um total de € 17.860.755,04 para € 71.282.086,20⁴⁹;
- s) Por outro lado, as deliberações dos órgãos municipais que haviam autorizado a cedência onerosa dos direitos de superfície, em **6 e 18 de junho de 2007**, foram alteradas no sentido de o prazo passar a ser de 30 anos ⁵⁰ prevendo-se a **transferência desses direitos de superfície para a LRENOVA**;
- t) Em 17 de outubro de 2007 foi outorgado entre os acionistas da LRENOVA o “*Acordo de Accionistas, de Cooperação Técnica, Económica e Financeira*”⁵¹ do qual se destaca:
- No considerando “B” refere-se que “a [LCONVIDA] é titular do direito de superfície, a título oneroso pelo período de 30 anos (...), de uma parcela de terreno destinada à construção do Pavilhão (...)”;
 - No considerando “F” é dito que “(...) a [LCONVIDA] alienará à [LRENOVA] o direito de superfície sobre o TERRENO ⁵²”;
 - O considerando “J” referia que “Os PRIMEIROS CONTRANTES ⁵³ tendo em conta as regras do Eurostat, relativas às parcerias público-privadas, assumem a responsabilidade pelo risco dos financiamentos e da conclusão da INFRA-ESTRUTURA até Junho de 2009 ⁵⁴”;
 - O considerando “K” prevê que “[a LRENOVA] rege-se pelo Contrato de Sociedade anexo ao presente ACORDO, doravante abreviadamente designado por ESTATUTOS”;
 - O considerando “M” refere que “[a]s PARTES pretendem estabelecer não só as regras e os princípios que regularão as suas relações como accionistas da [LRENOVA], mas também as regras fundamentais que devem vincular a parceria e pautar o funcionamento interno e a própria condução da actividade da [LRENOVA], com expressa aceitação por parte desta”;

⁴² Cfr. acima subalínea x. da alínea k).

⁴³ Fls. 589.

⁴⁴ A Assembleia Municipal também autorizou essa cedência, aos 18 de Junho de 2007 (fls. 591 e 592).

⁴⁵ Fls. 596

⁴⁶ Fls. 649 e ss. Como justificativo para esse aditamento foi referido que “(...) reconhecendo-se agora, após o primeiro ano de actividade da empresa, que o mesmo é manifestamente insuficiente para o cabal desenvolvimento dos projectos e investimentos já programados no âmbito da mesma, de que sobressaem duas das mais complexas e vultuosas intervenções, de âmbito municipal, jamais levadas a cabo no concelho de Lamego — a execução do pavilhão Multiusos e do Edifício Técnico-administrativo. Subsequentemente, foram ajustados os valores correspondentes às transferências financeiras inicialmente estabelecidos, tendo em consideração, entre outros factores, o custo global previsto para a construção do Pavilhão Multiusos, de acordo com as estimativas mais recentes, aferidas através do desenvolvimento do respectivo projecto.”

⁴⁷ O aditamento foi autorizado pela CML, em 18 de outubro de 2007 (fls. 644), e pela Assembleia Municipal, em 29 de outubro de 2007 (fls. 655).

⁴⁸ Vide acima a alínea c) do n.º 6.

⁴⁹ Aditamento constante a fls. 652 e ss. Este aditamento foi declarado não sujeito a fiscalização prévia por este Tribunal.

⁵⁰ As deliberações dos órgãos municipais que aprovaram a extensão temporal do direito de superfície datam, respetivamente, de 18 de Outubro de 2007 (fls. 600) e de 29 de Outubro de 2007 (fls. 601). A proposta do presidente da CML consta a fls. 599.

⁵¹ Fls. 602 e ss.

⁵² Note-se: a alienação do direito de superfície à LRENOVA não se encontrava prevista nestes termos na proposta adjudicada para a constituição da parceria, como evidenciado na subalínea ix. da alínea k).

⁵³ Os parceiros privados.

⁵⁴ Este Considerando diverge do Considerando “I” indicado na subalínea ix. da alínea k). Neste último, o agrupamento adjudicatário assumia na sua proposta os riscos de financiamento, construção e disponibilização da infra-estrutura.



- vi. Na alínea b) da cláusula 1.1. define-se um “*PLANO DE NEGÓCIOS A TRINTA ANOS*”⁵⁵ significando “o plano de realização de investimentos e custos com o desenvolvimento da *INFRAESTRUTURA* e seu financiamento e receitas até ao ano de 2037”;
- vii. Relativamente à cooperação recíproca entre os parceiros, refere-se na cláusula 2.2. o seguinte:
- a) *Relativamente à parte técnica da INFRA-ESTRUTURA, as seguintes responsabilidades dos PRIMEIROS CONTRATANTES:*
 - (i) *Levantamento dos dados e características do TERRENO;*
 - (ii) *Elaboração e avaliação de projectos de concepção e construção, análise de eventuais deficiências, desenvolvimento de soluções alternativas;*
 - (iii) *Planeamento cronológico e execução física da INFRA-ESTRUTURA;*
 - (iv) *Integração da INFRA-ESTRUTURA nas infra-estruturas existentes, com vista ao seu pleno funcionamento.*
 - b) *Relativamente à parte técnica da INFRA-ESTRUTURA, a seguinte responsabilidade da [LCONVIDA]:*
 - (i) *Organização geral no campo administrativo, incluindo organização e coordenação de reuniões, elaboração de métodos organizacionais, apoio na elaboração de actas, execução de panfletos informativos.*
 - c) *Relativamente à parte financeira e económica da INFRA-ESTRUTURA, as seguintes responsabilidades dos PRIMEIROS CONTRATANTES:*
 - (i) ***Obtenção dos financiamentos, incluindo a prestação de eventuais garantias;***
 - (ii) *Gestão do financiamento da INFRA-ESTRUTURA.*
 - d) *Relativamente à parte financeira e económica da INFRA-ESTRUTURA, a seguinte responsabilidade da [LRENOVA]:*
 - (i) *Coordenação na elaboração de candidaturas a subsídios de apoio a fundo perdido para a obtenção de participações regionais, nacionais ou comunitárias e respectiva gestão e aplicação na INFRA-ESTRUTURA;*
 - (ii) *Negociação das condições de financiamento com entidades financeiras;*
 - (iii) *Elaboração e actualização do plano de pagamentos;*
 - (iv) *Elaboração de justificativos de emprego de meios, para informação a ser prestada às entidades financeiras e autoridades estatais e/ou comunitárias, relativamente aos subsídios prestados;*
 - (v) *Cálculo técnico de estruturas de pagamentos dos utilizadores da INFRA-ESTRUTURA;*
 - (vi) *Levantamento e desenvolvimento de potenciais pontos de actuação com vista à redução de custos.*
 - e) *Relativamente à realização dos investimentos, a seguinte responsabilidade da [LRENOVA]:*
 - (i) *Consultadoria, preparação dos documentos de suporte e negociação dos acordos necessários à sua execução;*
 - (ii) *Contratação, supervisão, fiscalização e assistência a obras;*
 - (iii) *Execução das actividades e prática de actos inerentes, complementares ou acessórios à função de dono da obra;*
 - (iv) *Apoio e assessoria de quaisquer acordos relacionados com a INFRA-ESTRUTURA;*
 - (v) *Assistência em eventuais litígios relacionados com a INFRA-ESTRUTURA;*
 - f) *Relativamente à exploração da INFRA-ESTRUTURA, a seguinte responsabilidade da [LCONVIDA]:*
 - (i) ***Gestão, coordenação e supervisão da exploração da INFRA-ESTRUTURA***⁵⁶;
 - (ii) *Formação continuada do pessoal afecto à INFRA-ESTRUTURA, através da organização de cursos de formação e seminários para troca de informação e interacção;*
 - (iii) *Escolha do pessoal a exercer funções na INFRA-ESTRUTURA.*
 - g) *Relativamente ao funcionamento da INFRA-ESTRUTURA, a seguinte responsabilidade da SOCIEDADE:*
 - (i) *Elaboração de planos de manutenção preventiva e controlo técnico à totalidade da*

⁵⁵ A proposta adjudicada havia proposto um plano de negócios a 25 anos (Cfr. subalínea ix. da alínea k)).

⁵⁶ Esta responsabilidade não tinha sido definida no projeto de Acordo de Cooperação. Ficou, no entanto, estabelecido entre as Partes que o direito à gestão da exploração do pavilhão multiusos é da empresa municipal.



INFRA-ESTRUTURA;

- (ii) *Implementação de actividade de publicidade e imprensa, marketing, informação e formação da opinião pública a respeito de assuntos relacionados com a INFRA-ESTRUTURA;*
 - (iii) *Informação aos utilizadores da INFRA-ESTRUTURA;*
 - (iv) *Elaboração de um registo detalhado do comportamento da INFRA-ESTRUTURA durante a exploração, incluindo comprovativos do cumprimento das normas de segurança exigidas por lei;*
 - (v) *Escolha e implementação de soluções informáticas e software apropriado, com vista à correcta operação e manutenção;*
 - (vi) *Elaboração de contabilidade, fluxos de caixa, orçamentos planos económicos e balanços anuais⁵⁷;*
- viii. A cláusula 3.1. refere que “[a] finalidade deste ACORDO e da [LRENOVA] é a criação, implementação, desenvolvimento, realização, construção e instalação da INFRA-ESTRUTURA⁵⁸”;
- ix. O Acordo em análise manteve as cláusulas respeitantes ao “Orçamento da Fase de Construção”, “Controle da Fase de Construção” e “Financiamentos e Respectivas Garantias⁵⁹”;
- u) O Conselho de Administração da LCONVIDA, por deliberação de 30 de outubro de 2007, aceitou a alteração ao prazo do direito de superfície⁶⁰. Os termos do contrato de cedência do direito de superfície sofreram uma segunda alteração, atenta a deliberação do Conselho de Administração da LCONVIDA, de 29 de novembro de 2007⁶¹, que propõe a celebração da escritura de cedência do direito de superfície apenas para o prédio urbano destinado ao pavilhão multiusos, tendo ainda indicado o montante das prestações fracionadas com que a LCONVIDA se dispunha a pagar por esse direito de superfície⁶²;
- v) Por deliberação da CML, de 4 de dezembro de 2007, e da Assembleia Municipal de 21 de Dezembro de 2007 foi aprovado o proposto pela empresa municipal⁶³;
- w) O contrato de constituição do direito de superfície foi celebrado em 21 de dezembro de 2007⁶⁴ ⁶⁵, pelo prazo de 30 anos, **com autorização da sua cedência à LRENOVA**, sendo que no termo do contrato, as construções e benfeitorias realizadas no prédio em causa reverteriam para o Município de Lamego;
- x) **O contrato de cedência do direito de superfície entre a LCONVIDA e a LRENOVA foi outorgado a 30 de dezembro de 2008⁶⁶, por um período de 29 anos, pelo preço de € 3.500.000,00, com a finalidade de construção do pavilhão;**
- y) **Na mesma data – 30 de dezembro de 2008 - foi celebrado um contrato-promessa de cessão de exploração do pavilhão multiusos entre a LRENOVA e a CML⁶⁷.** Este contrato promessa não foi remetido para fiscalização prévia. O conseqüente contrato definitivo teria um prazo de 25 anos a contar da

⁵⁷ Da leitura conjugada destas responsabilidades constata-se a não coincidência integral do que havia sido proposto pelo agrupamento adjudicatário na sua proposta. Cfr. subalínea ix. da alínea k).

⁵⁸ Restringiu-se, assim, a finalidade do projeto de Acordo de Cooperação que havia sido proposto, à essencialidade do acordo que é a construção e financiamento do pavilhão multiusos. Cfr. subalínea viii. da alínea k).

⁵⁹ Cfr. nota de rodapé 36 supra.

⁶⁰ Fls. 665 e ss.

⁶¹ Fls. 671.

⁶² Em concreto, foi atribuído o valor patrimonial de € 4.600.000,00 para a parcela do terreno com a área de 25.654 m², inscrito na matriz de da freguesia de Almacave, sob o artigo 3453º e descrito na Conservatória do Registo Predial de Lamego sob o n.º 2224/20070820. Esta parcela é a destinada ao pavilhão multiusos, não tendo sido concretizada a cedência da superfície para as restantes parcelas, como adiante se verá. O pagamento das tranches foi assim definido: € 1.700.000,00, na data da celebração do contrato de cedência do direito de superfície; € 1.450.000,00 no final do mês de Março de 2008; € 1.450.000,00 no final do mês de Junho.

Foi outorgado, posteriormente, um Contrato de dação em cumprimento, em 22 de Maio de 2009, representativo de € 1.400.000,00, com restituição de uma parte do direito de superfície inicial à CML.

⁶³ Fls. 674.

⁶⁴ Fls. 675.

⁶⁵ Contrato visado por este Tribunal, no Processo n.º 161/2008.

⁶⁶ Fls. 680 e ss. e como acima se referiu na alínea b) do n.º 5.

⁶⁷ Fls. 684. Autorizada a sua celebração por deliberação da CML de 30 de Dezembro de 2008 (fls. 743).



data da celebração e seria renovável por períodos iguais e sucessivos de 5 anos⁶⁸. O valor global deste contrato-promessa de cessão de exploração perfazia € 52.178.886,00, conforme o seu Anexo I, designado de “Plano de Actualização de Rendas”, do qual se destaca:

- i. O considerando A) previa que “[d]e acordo com os Termos de Referência e da Proposta do Procedimento público para selecção de empresa privada para participar na constituição de sociedade comercial de capitais minoritariamente públicos, para a concepção, financiamento, construção, gestão e manutenção de equipamentos e infra-estruturas municipais, a [LRENOVA] será responsável pela construção de equipamentos, no concelho de Lamego”;
 - ii. O considerando B) previa que a LRENOVA é a titular do direito de superfície sobre o prédio urbano;
 - iii. O considerando C) previa, por sua vez, que “a [CML] pretende explorar comercialmente o [pavilhão], tomado como uma unidade funcional de bens corpóreos e incorpóreos, susceptível de ser explorada comercialmente, logo que o mesmo se encontre construído e a sua utilização licenciada, de modo a dar início à sua exploração”;
 - iv. A cláusula 5.ª n.º 2 deste contrato promessa estipulava que “[a]s retribuições mensais devidas ao abrigo do contrato de cessão de exploração ora prometido vencer-se-ão no primeiro dia útil do mês a que disserem respeito, devendo ser pagas na sede da [LRENOVA] ou no local que esta indicar para esse feito ou através de depósito ou transferência para a conta bancária com o NIB 003504190000130793006, aberta em nome da [LRENOVA] no Banco balcão da Caixa Geral de Depósitos de Lamego”.
 - v. A cláusula 6.ª estipulava que, a título de adiantamento, “(...) [a CML] entrega à [LRENOVA], no prazo de três meses a contar da data do presente contrato, a quantia de € 144.637,50, correspondente a uma retribuição mensal. Esse adiantamento será reforçado nos seguintes termos:
 - a) No prazo de seis meses a contar da data de assinatura do presente contrato, a quantia de € 144.637,50;
 - b) No prazo de doze meses a contar da data de assinatura do presente contrato, a quantia de € 144.637,50;
 - c) Na data de celebração do contrato prometido, a quantia de € 144.637,50”;
- z) Na mesma data - 30 de dezembro de 2008 - foi outorgado um contrato de empréstimo entre a LRENOVA, a CML, a LCONVIDA e a Caixa Geral de Depósitos, com hipoteca, consignação de receitas e cessão de créditos, sob a forma de abertura de crédito, no valor de € 18.691.628, com possibilidade de atingir os € 20.000.000,00⁶⁹. Este contrato não foi remetido a fiscalização prévia. Destaquem-se nele os seguintes aspetos:
- i. “Que conforme escritura outorgada hoje neste Cartório Notarial (...), [a LRENOVA], adquiriu à [LCONVIDA], e pelo prazo de vinte e nove anos, o direito de superfície incidente sobre o prédio urbano, (...), destinado à construção do Pavilhão Multiusos”;
 - ii. “Que por Contrato-Promessa de Cessão de Exploração celebrado hoje [a LRENOVA] prometeu conceder ao Município de Lamego e este prometeu aceitar a exploração do Pavilhão Multiusos que a [LRENOVA] vai construir, de acordo com os projectos de arquitectura e respectivos projectos de especialidades, projectos esses que o Município de Lamego declara conhecer e aceitar, por um prazo não inferior a vinte e nove anos. Foi entregue à Caixa Geral de Depósitos uma carta-conforto⁷⁰ emitida pelo Município de Lamego nos termos da minuta que consta do Documento Complementar anexo à presente escritura”;
 - iii. “Que pela presente escritura, a CAIXA GERAL DE DEPÓSITOS concede à [a LRENOVA] um empréstimo sob a forma de abertura de crédito até ao montante de DEZOITO MILHÕES SEISCENTOS E NOVENTA E UM MIL SEISCENTOS E VINTE E OITO EUROS E TRINTA CÊNTIMOS, importância e respectivos juros, despesas e encargos de que esta se confessa

⁶⁸ Não se evidencia no processo a razão pela qual é outorgado este contrato-promessa, quando a proposta do agrupamento adjudicatário fazia referência a um contrato de arrendamento a celebrar com a empresa municipal (e não com o município de Lamego).

⁶⁹ Fls. 693 e ss.

⁷⁰ Carta conforto constante a fls. 741, e autorizada por deliberação da CML, de 30 de Dezembro de 2008 (fls. 742). Nessa carta conforto foi referido o seguinte: “Declara ainda a Câmara Municipal de Lamego que tem conhecimento de que foi relevante para a autorização da operação de financiamento pela Caixa Geral de Depósitos a detenção da totalidade do capital social da Lamego Convida, EM pelo Município (...)”.



desde já devedora, para financiar a aquisição do direito de superfície do prédio urbano antes identificado e bem assim a concepção, construção e equipamentos do referido Pavilhão Multiusos”;

- iv. “Que em garantia das responsabilidades pecuniárias emergentes do presente contrato (...) a [LRENOVA] constitui a favor da CGD hipoteca do direito de superfície atrás identificado, abrangendo todas as construções e benfeitorias que existam e as que venham a existir no prédio urbano, cujo direito de superfície é aqui hipotecado e antes devidamente identificado”;
- v. A HIPOTECANTE, a LAMEGO CONVIDA e o Município de Lamego reconhecem à CAIXA o poder de considerar os créditos emergentes do Contrato de empréstimo acima referido imediata e integralmente vencidos e de executar a constituída hipoteca sempre que a SOCIEDADE, a LAMEGO CONVIDA ou o Município de Lamego deixem de cumprir qualquer das obrigações ora assumidas perante ela (...);
- vi. “O Município de Lamego e a LAMEGO CONVIDA têm o maior interesse na concessão deste empréstimo, na construção e conclusão daquele Pavilhão Multiusos e declaram que tudo farão para que o serviço da dívida do empréstimo seja regular e pontualmente cumprido, obrigando-se, nomeadamente o Município de Lamego, a transferir as retribuições ou rendas a pagar à Sociedade e decorrentes do Contrato de Cessão de Exploração do Pavilhão Multiusos, a celebrar, nos termos previstos no Contrato-Promessa assinado hoje entre a Sociedade e o Município de Lamego, que estas entidades se obrigam a celebrar, o qual constitui o Anexo I ao Documento Complementar da presente Escritura, por crédito na conta de depósito à ordem associada ao empréstimo e adiante referida (...)”⁷¹;
- vii. “Também em garantia de todas as responsabilidades decorrentes deste empréstimo para a [LRENOVA], em capital, juros, despesas e demais encargos, esta SOCIEDADE consigna a favor da CGD as receitas correspondentes às retribuições/rendas que o Município de Lamego lhe irá pagar nos termos do Contrato de Cessão de Exploração do Pavilhão multiusos atrás referido”;
- viii. “Ainda em garantia do integral e pontual cumprimento das obrigações assumidas no presente contrato, designadamente para assegurar o reembolso do capital, bem como o pagamento dos juros remuneratórios, moratórios, comissões, demais despesas e encargos, a [LRENOVA] cede à CGD os créditos sobre o Município de Lamego, (...) emergentes do:
 - a) Contrato-Promessa de Cessão de Exploração celebrado entre ela, a [LRENOVA], e o Município de Lamego, antes mencionado, designadamente os montantes da indemnização devida à [LRENOVA] resultantes do eventual incumprimento da obrigação de celebração do contrato definitivo (...);
 - b) Contrato de Cessão de Exploração a celebrar entre ela, [a LRENOVA] e o Município de Lamego, nos termos do Contrato.”
- ix. Do já aludido Documento Complementar é referido na cláusula 3.^a que “[o] presente contrato vigorará pelo prazo global de vinte e sete anos, contados da presente data, sendo os primeiros vinte e quatro meses de utilização e de carência de capital, e também o período em que os juros vencidos dia a dia sobre o capital utilizado serão capitalizados trimestralmente, seguindo assim após capitalização, o mesmo regime do capital, sendo os restantes trezentos meses de amortização do capital.”
- x. “Com a celebração do presente contrato, o crédito aberto é, desde já, utilizado (...) através de crédito na conta de depósitos à ordem número 0419/001307/930, aberta em nome da [LRENOVA]”⁷²;
- xi. Nos termos da cláusula 12.^a n.º 1 alínea f) deste Documento Complementar ficou estabelecida a obrigação de a LRENOVA “celebrar com o Município de Lamego o contrato prometido de Cessão de Exploração do Pavilhão Multiusos, pelo prazo de 27 anos e com a estipulação de uma retribuição ou renda no valor mínimo de € 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil euros)”⁷³;

⁷¹ Vide já seguir a subalínea x.

⁷² **NOTE-SE:** esta conta é a prevista na cláusula acima referida na subalínea vi. e é a mesma que é indicada na subalínea iv. da alínea y) relativa ao contrato-promessa de cessão de exploração do pavilhão multiusos entre a LRENOVA e a CML.

⁷³ Como garantia, a LRENOVA apresentou hipoteca do direito de superfície abrangendo, em consequência, todas as construções e benfeitorias que nele sejam implementadas, e consignou as receitas



- aa) Em 28 de janeiro de 2009 foi celebrado o “Contrato de Empreitada para a Conceção/Construção com Estudo Prévio do Pavilhão Multiusos de Lamego” entre a LRENOVA e os seus parceiros privados^{74 75}. O custo final desse investimento cifrou-se em € 14.800.643,00 ⁷⁶, acrescido do valor em IVA. Este contrato não foi sujeito a fiscalização prévia;
- bb) Já em 2011 foi remetido a fiscalização prévia um contrato-programa⁷⁷, cujo valor total, para o período compreendido entre 2006 e 2036, perfaz € 71.897.111,20, incluindo os valores relativos à exploração do pavilhão, e cujo objeto consistia no estabelecimento das condições de apoio financeiro, técnico e logístico, a conceder pela CML à LCONVIDA para a regular e pontual prossecução dos objetivos setoriais implícitos na sua missão e enquadráveis no seu âmbito social;
- cc) Questionada a LCONVIDA para indicar a que título é que a LRENOVA dispõe do direito a ser remunerada pela exploração do pavilhão multiusos⁷⁸ foi respondido que “[a] Lamego RENOVA, SA tem, naturalmente, direito às remunerações resultantes da parceria” e que esta empresa “(...) não beneficia – nem dispõe, todavia, de qualquer direito remuneratório que lhe haja sido efectivamente concedido – relativamente à exploração do Pavilhão MULTIUSOS, não existindo qualquer documento ou instrumento contratual para o efeito, à presente data mas, unicamente, aqueles que – segundo o clausulado do anterior contrato-promessa – lhe poderiam vir a ser conferidos, se acaso ele se mantivesse em vigor”;
- dd) Ainda no âmbito dessa questão, a empresa municipal refere que “[p]or outro lado, a Lamego Convida, EEM, acumula essas perspectivas, quer na - expectativa da celebração do contrato de cessão previsto, quer de conformidade com o seu objecto social e seus estatutos, quer de acordo com os seus Planos de Actividade e de Sustentabilidade 2006-2036, integrantes do processo de Visto precedente — estabelecidos em sintonia com Contrato-Programa outorgado com o Município(...)”⁷⁹;
- ee) À questão de saber como foram apurados os valores anuais das rendas ⁸⁰ foi respondido que⁸¹ “[o]s valores apresentados nas participações financeiras no período de 2012 a 2035 resultam da cláusula 5.ª do CONTRATO-PROGRAMA entre o Município de Lamego e a Lamego ConVida, EEM no período de 2006 a 2036, tendo por finalidade o cumprimento da cláusula 1.ª do mesmo contrato” e que “[a]través do Contrato Programa foram efectuadas dotações orçamentais específicas destinadas a cada equipamento disponível e a disponibilizar, tendo por objectivo a missão da Lamego ConVida, EEM” ⁸² ;
- ff) Relativamente à entidade responsável pelo Plano de Investimentos previsto no Anexo II da minuta remetida⁸³, foi dito que⁸⁴ “[o] Plano de Investimentos, previsto no Anexo II, à minuta remetida, é da responsabilidade exclusiva da Lamego ConVida EEM e decorre do resultado das negociações levadas a bom

(retribuições/rendas) que o Município de Lamego lhe pagará nos termos do contrato de cessão de exploração daquele pavilhão.

⁷⁴ Fls. 720 e ss.

⁷⁵ A fls. 290 e 291, em resposta a devolução deste Tribunal foi referido que “[à] presente data, o Pavilhão do Centro Multiusos ainda se encontra à guarda da sociedade Lamego RENOVA, SA, apenas tendo sido efectuado um teste de funcionalidade, para aferição de consumos e operacionalidade, mantendo-se encerrado e não-operacional (...), aguardando-se o desfecho da solicitação de visto prévio, a fim de que a Lamego ConVida, EEM possa dar início ao respectivo processo de recepção provisória”.

⁷⁶ Fls. 357 e 358.

⁷⁷ Fls. 236 e ss. Formou-se visto tácito ao abrigo do Proc. n.º 1279/11.

⁷⁸ Ponto 6. a fls. 277.

⁷⁹ Note-se, portanto, que a empresa municipal não justifica o direito à exploração pela LRENOVA. Por um lado, porque invoca um contrato-promessa de cessão de exploração celebrado com a CML que não havia sido previsto pelas peças do procedimento de constituição da PPPI, nem sequer constava da proposta do agrupamento adjudicatário, e por outro lado, porque o Acordo definitivo de Cooperação Técnica, Económica e Financeira atribuía somente esse direito à LCONVIDA.

⁸⁰ Ponto 10. a fls. 277.

⁸¹ Ponto 10. a fl. 293.

⁸² Sobre esta questão, e como adiante se comprovará da análise ao Plano de Negócios de Pavilhão Multiusos para o período 2012-2036 e do Plano de Sustentabilidade para o período 2006-2036 da LC, EEM, esta entidade não concretiza as atividades previstas a realizar na referida infraestrutura, nem indica qualquer estudo económico-financeiro para fundamentação dos valores atribuídos às rendas anuais.

⁸³ Cfr. ponto 11. a fls. 277.

⁸⁴ Ponto 11. a fl. 293.



- termo, com os seus parceiros privados, co-accionistas e administradores da Lamego RENOVA, SA”⁸⁵
- gg) Sobre a identificação das atividades previstas para o pavilhão multiusos⁸⁶ foi referido que “[a]s atividades previstas para o Centro Multiusos e respectiva gestão previsional (...) espelhados no Plano de Atividades e Orçamento (...) da Lamego ConVida, EEM, é omissa dado que, à data ainda não possuíamos visto do Tribunal de Contas nem tampouco segurança quanto à nossa intenção, relativamente à cessão de exploração ⁸⁷”. Ainda relativamente a essa questão foi afirmado que “[a] Lamego ConVida, EEM —palco da sua experiência dos últimos anos e da capacidade que os relatórios e contas espelham — entende que estão reunidas algumas das premissas fundamentais para, com alguma segurança apresentar uma **PROPOSTA DE GESTÃO OPERACIONAL** que vai desde atividades industriais, comerciais, culturais e desportivas, visando a criação de riqueza e a criação de postos de trabalho. Contudo, em nosso entender, esse momento de alteração do Plano Operacional só acontecerá se o Tribunal de Contas aceitar a gestão do ente público Lamego, ConVida, EEM, sem a participação da entidade privada ⁸⁸”;
- hh) Sobre a razão pela qual não foi remetido a fiscalização prévia o contrato-promessa de cessão de exploração entre a LRENOVA e a CML⁸⁹, foi afirmado que “[c]om efeito, não remetêramos, por lapso que lamentamos, o original desse anterior contrato (...) facto de que nos penitenciamos (...)”⁹⁰;
- ii) Quanto à questão formulada para apuramento da existência de estudo de viabilidade económica e financeira da exploração do pavilhão e qual o documento técnico que justificou que a LCONVIDA se vinculasse ao pagamento das rendas, devendo remetê-los⁹¹, foi dito que “[a] Exploração do Pavilhão MULTIUSOS, fundamenta-se e decorre de Estudos sucessivamente actualizados, para suporte da sua viabilização técnico económica, sociocultural e financeira, numa óptica de operacionalidade e sustentabilidade que tem exigido sérios esforços de adequação e, inflexões estratégicas, na intenção de superar obstáculos gradualmente mais complexos e dificultados, por contingências múltiplas e de imprevisibilidade nem sempre ponderável (...)”⁹². **Esses estudos, contudo, não foram juntos ao processo;**
- ll) Paralelamente foi dito que “(...) à presente data não existe qualquer vínculo que implique responsabilidades no pagamento das rendas invocadas e pendentes de regularização (não obstante constantes do Anexo (1) referido), apenas subsistindo o plano de dotações orçamentais, no íterim da implementação da exploração do Pavilhão Multiusos, nos termos pretendidos, através da viabilização do Contrato submetido a visto (...)”⁹³;
- mm) Questionada a empresa municipal sobre a razão pela qual a LRENOVA não é a responsável pela exploração da infraestrutura⁹⁴ foi respondido que “[a]té à presente data, tem competido, à Sociedade Lamego RENOVA — Construção e Gestão de Equipamentos, SA, enquanto entidade PPP, a **responsabilidade de proceder à gestão da construção praticamente concluída e em vias de ser recepcionada** (envolvendo a fiscalização e testes inerentes), enquanto se encontra pendente de tramitação, a sua posição — já negociada — de promitente concessionária da exploração do Pavilhão MULTIUSOS, nos termos e condições precisos do Contrato-Promessa, instrumento outorgado em 30-12-2008 (...)”⁹⁵. Acrescentou-se, ainda, que “... a essa sociedade competiram e, por ela, considera-se terem sido cumpridas, integralmente as responsabilidades inerentes **Concepção, Financiamento, Gestão da construção**⁹⁶, Equipamentos Técnico-Funcionais e Manutenção (no íterim que precede a sua entrega/recepção, a título provisório ou definitivo do edifício e instalações nele incorporadas nos termos do projecto, pelo Consórcio cumulativamente construtor adjudicatário da obra edificada

⁸⁵ Fls. 293, o que contribui para o apuramento da efetiva distribuição dos riscos da PPPI.

⁸⁶ Cfr. ponto 13. a fls. 295.

⁸⁷ Fls. 295.

⁸⁸ Fls. 295. Estas declarações confirmam, pois, a inexistência de qualquer plano de concretização de atividades a realizar no pavilhão multiusos.

⁸⁹ Cfr. ponto 14 a fls. 277.

⁹⁰ Fls. 295 e 296.

⁹¹ Fls. 363.

⁹² Fls. 364.

⁹³ Fls. 364.

⁹⁴ Cfr. ponto 4. a fls. 366.

⁹⁵ Fls. 366

⁹⁶ Note-se que a LCONVIDA acaba por reconhecer que as obrigações contratuais dos parceiros privados terminaram com a conclusão da empreitada, reforçando-se este entendimento quando concretiza o direito à gestão da construção (e não da própria infra-estrutura), como já decorria do procedimento de constituição da PPPI, da proposta adjudicada, e do Acordo de acionistas.



Tribunal de Contas

(...) ⁹⁷;

- nn) Solicitada a matriz de riscos que esteve subjacente à abertura do procedimento de constituição da parceria, foi remetido uma matriz cujos riscos se reportam apenas a riscos de construção⁹⁸;
- oo) Finalmente, a empresa municipal juntou ao processo um “**Plano de Negócios do Centro Multiusos de Lamego**”⁹⁹, para o período 2012-2036, cuja tabela 23 referente ao “Rendimento Anual pela ocupação do Equipamento”, indica como projeção para o mencionado período, disponibilizações anuais da infraestrutura, a título de aluguer à CML, pelos eventos que esta promoverá¹⁰⁰;
- pp) **Os rendimentos previstos, nesse plano, a título de aluguer do pavilhão à CML – valores que, portanto, esta pagará à LCONVIDA - são rigorosamente os mesmos que são previstos para as rendas a pagar pela LCONVIDA à LRENOVA, pela cessão da exploração do pavilhão e que acima foram indicados na alínea f) do n.º 4. Os seguintes:**

| | Valor Anual € (a) |
|------|-------------------|
| 2012 | 1.516.260,00 |
| 2013 | 1.497.810,00 |
| 2014 | 1.479.360,00 |
| 2015 | 1.454.760,00 |
| 2016 | 1.436.310,00 |
| 2017 | 1.614.170,00 |
| 2018 | 1.590.800,00 |
| 2019 | 1.567.430,00 |
| 2020 | 1.544.060,00 |
| 2021 | 1.519.460,00 |
| 2022 | 1.494.860,00 |
| 2023 | 1.467.800,00 |
| 2024 | 1.441.970,00 |
| 2025 | 1.414.910,00 |
| 2026 | 1.385.390,00 |
| 2027 | 1.357.100,00 |
| 2028 | 1.326.350,00 |
| 2029 | 1.295.600,00 |
| 2030 | 1.264.850,00 |
| 2031 | 1.231.640,00 |
| 2032 | 1.198.430,00 |
| 2033 | 1.163.990,00 |
| 2034 | 1.128.320,00 |
| 2035 | 1.091.420,00 |

O que perfaz a quantia final de € 33.483.050,00

- qq) Nesse Plano de Negócios não são elencadas quaisquer atividades projetadas para o pavilhão multiusos, nem mesmo no quadro designado por “Atividades Previstas – Plano Resumo” ¹⁰¹;
- rr) Em matéria de informação orçamental que demonstre a previsão dos recursos necessários para a cobertura das despesas que decorrem da celebração do instrumento submetido a fiscalização prévia para o ano de 2012¹⁰², foi remetido documento contabilístico com uma dotação inicial inferior ao valor da despesa prevista para este ano¹⁰³, sem que tenha havido posteriores reforços, e sem indicação de qual é o valor do compromisso respeitante à despesa contratualmente prevista;
- ss) Sobre parte das questões suscitadas no presente processo debruçou-se já este Tribunal, no exercício de competências de fiscalização sucessiva, através do relatório de auditoria n.º 2/2011-2.ª Secção.

⁹⁷ Fls. 366.

⁹⁸ Fls. 369

⁹⁹ Fls. 728 e ss.

¹⁰⁰ Do processo não consta qualquer listagem que individualize as atividades a desenvolver nesse pavilhão.

¹⁰¹ Fls. 739.

¹⁰² Alínea j) a fls. 348, que fazia referência à Resolução n.º 14/2011, de 11 de Julho, do Tribunal de Contas, publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 156, de 16 de Agosto de 2011, que aprovou a instrução e tramitação dos processos para efeitos do exercício da competência de fiscalização prévia deste Tribunal.

¹⁰³ Em concreto, consta uma dotação inicial de € 1.315.477,80, quando a renda respeitante ao ano de 2012 é representativa de um encargo financeiro de € 1.516.260,00.



II - FUNDAMENTAÇÃO

7. Face à vastidão dos factos elencados – o que exige um depuramento para que se tenha uma perceção do que mais importante está em causa – e antes da enunciação das questões que devem ser dilucidadas e que devem constituir o alicerce da fundamentação da decisão ora tomada, dois aspetos devem ser explicitados.
8. Em primeiro lugar: deve claramente ser dito que, na senda de inúmeras decisões já tomadas por este Tribunal, será dada prevalência à verdadeira substância do contrato agora sujeito a fiscalização prévia e de outros contratos que, para a análise daquele, se justifique fazer, e das relações jurídicas que têm relevância para aquela análise e decisão. A designação formal que porventura lhes tenha sido dada deve ceder perante a substância dos factos e suas pertinentes qualificações jurídicas.
9. Em segundo lugar, deve ser afirmado que embora esteja em causa, naturalmente, a minuta de contrato logo identificada no n.º 1 – e que a entidade adjudicante remeteu para fiscalização prévia – entendeu-se que a matéria de facto deveria incluir factos que embora digam respeito a outros contratos e respetivos procedimentos de formação, efetivamente apresentam uma forte interligação, de tal modo que será possível afirmar e demonstrar que se está perante um negócio jurídico traduzido por um “*complexo de atos e contratos*”, subscritos pela CML, pela LCONVIDA, pela LRENOVA e pela CGD.

Efetivamente, a minuta de contrato *sub judicio* integra-se nesse “*complexo*” e – poderá dizer-se - constitui o seu “*fecho*”. Não pode pois este Tribunal, face às competências que lhe são conferidas por lei, ser restringido na sua análise e poderes de apreciação. A análise e apreciação desta minuta e a decisão que sobre ela é tomada exigem que nos pronunciemos sobre o negócio no seu conjunto, sobre outros contratos que o concretizam e avaliando o impacto que eles produzem sobre este que agora se pretende celebrar.

II. A – Síntese da matéria de facto

10. Revisitemos pois a matéria de facto que, por razões de clara fundamentação processual foi explicitada, destacando-se agora os seus aspetos essenciais, para depois se exporem as questões que devem ser dilucidadas e juridicamente avaliadas.
11. Assim:
 - a) Pelos órgãos competentes do Município de Lamego foi considerado de interesse público a conceção, construção e conseqüente exploração de um pavilhão multiusos¹⁰⁴ “[d]estinado a acolher eventos periódicos ou ocasionais, de natureza sócio económica, desportiva, recreativa e cultural, entre outras”¹⁰⁵;
 - b) Não tendo o Município *qua tale* assumido a concretização da satisfação daquela necessidade pública, através dos seus próprios órgãos ou serviços, em particular da CML, foi ela cometida à LCONVIDA, uma entidade empresarial municipal, com capital integralmente subscrito pelo Município¹⁰⁶;
 - c) Face às suas limitações financeiras e organizativas, a LCONVIDA considerou ser necessário recorrer à constituição de uma parceria com empresas privadas, capazes de assumir os inerentes riscos de conceção, financiamento e construção para desenvolvimento do projeto¹⁰⁷;
 - d) Não se conhecendo quaisquer estudos relativos aos custos e benefícios das possíveis soluções a adotar, a LCONVIDA decidiu lançar um concurso público para seleção da empresa privada que deveria integrar a parceria, tendo em vista a **conceção, financiamento, construção, gestão e exploração do pavilhão**, e de outros equipamentos, **em terrenos a ceder àquela empresa – a LCONVIDA - pela Câmara**

¹⁰⁴ Ainda que do processo e da matéria de facto elencada não conste uma decisão ou decisões capazes de serem consideradas a origem primeira de explicitação dessa necessidade pública, são inúmeras as decisões tanto da CML como da Assembleia Municipal de Lamego que permitem extrair essa conclusão. Veja-se acima, de entre outras, as alíneas a), l), n), q), u), v), x) do n.º 6.

¹⁰⁵ Vide acima subalínea iv. da alínea i) do n.º 6.

¹⁰⁶ Vide alínea a) do n.º 2.

¹⁰⁷ Vide acima, v.g., a alínea d) do n.º 6.



- Municipal**, no âmbito de contrato de comodato a celebrar oportunamente para o efeito. Contudo, após celebração deste contrato, foi decidido retirar do seu objeto os terrenos em que se implantaria o pavilhão. Tais terrenos passariam a ser objeto de constituição de direito de superfície a favor da mesma LCONVIDA¹⁰⁸;
- e) Tomada essa decisão, a LCONVIDA aprovou as peças do procedimento – nomeadamente os anúncios que veio a publicar e o programa do procedimento – em que se referiu que o objeto do procedimento e da parceria –traduzida numa nova sociedade - seria a **conceção, financiamento, construção, gestão e manutenção de um pavilhão multiusos**¹⁰⁹;
 - f) Nas peças do procedimento, os requisitos de aptidão técnica eram todos relacionados com a capacidade de construção dos concorrentes e os documentos que estes deveriam fazer constar nas propostas eram relativos à construção dos equipamentos e às necessidades de financiamento¹¹⁰;
 - g) Nas peças do procedimento não se vislumbra qualquer indicação sobre o modelo pretendido para a gestão da exploração do pavilhão multiusos¹¹¹;
 - h) Nas peças do procedimento, igualmente, não foram fixadas nenhuma disposições relativas à cedência de terrenos ou de direitos de superfície sobre terrenos, nem sobre garantias a prestar por entidades públicas para suporte de acesso a financiamentos;
 - i) Lançado o procedimento foram obtidas duas propostas;
 - j) Da proposta adjudicatária destaquem-se os seguintes aspetos:
 - i. Para concretizar a parceria os membros do consórcio concorrente e a LCONVIDA associam-se mediante a constituição de uma sociedade anónima de capitais minoritariamente públicos, que viria a ser a LRENOVA¹¹²;
 - ii. A proposta centra-se em todos os aspetos relacionados com a construção do equipamento, sendo que o valor global da proposta é precisamente o custo da construção¹¹³;
 - iii. Centra-se ainda na estratégia económico-financeira, baseado na contração de um financiamento bancário para a construção dos equipamentos e seu posterior arrendamento à LCONVIDA pelo prazo de 25 anos¹¹⁴;
 - iv. Diz-se expressamente que a **exploração dos equipamentos disponibilizados pela sociedade anónima ficará a cargo da LCONVIDA**, mediante a celebração do referido contrato de arrendamento. Nada consta na proposta adjudicatária sobre o modelo de exploração do equipamento¹¹⁵;
 - v. Diz-se ainda que deve ser constituído direito de superfície sobre os terrenos em que se construirão os equipamentos e que, na parceria, os parceiros privados entram com dinheiro e a LCONVIDA com o direito de superfície sobre os terrenos¹¹⁶;
 - vi. Da proposta consta um projeto de acordo parassocial - o Acordo de Cooperação – cuja finalidade é a criação, implementação, desenvolvimento, realização, construção, gestão e manutenção dos equipamentos¹¹⁷;
 - vii. Num considerando desse Acordo de Cooperação refere-se que os parceiros privados, tendo em conta as regras do Eurostat, relativas a parcerias público-privadas, assumem a responsabilidade pelo risco dos financiamentos, da construção e da disponibilização dos equipamentos¹¹⁸;

¹⁰⁸ Vide acima as alíneas d) e e) do n.º 6 e, naturalmente, as respetivas notas de rodapé.

¹⁰⁹ Vide acima, v.g., a alínea e) do n.º 6.

¹¹⁰ Vide acima subalíneas i. e ii. da alínea i) do n.º 6.

¹¹¹ O que existe, sim, é a definição de um conjunto de fatores e subfactores no critério de apreciação das propostas que se orienta para a conceção, construção e financiamento dessa infra-estrutura. Por outro lado, os documentos que deviam instruir as propostas só reforçam a componente da implementação da empreitada e seu financiamento, deixando para os candidatos a formulação do modelo contratual proposto.

¹¹² Vide subalínea v. da alínea k) do n.º 6.

¹¹³ Vide acima, v.g., as subalíneas i. e ii. da alínea k) e a alínea l) do n.º 6.

¹¹⁴ Vide acima, v.g., a subalínea iii. da alínea k) do n.º 6.

¹¹⁵ Vide acima, v.g., a subalínea iii. da alínea k) do n.º 6.

¹¹⁶ Vide acima, v.g., a subalínea ix. da alínea k) do n.º 6.

¹¹⁷ Vide acima, v.g., a subalínea viii. da alínea k) do n.º 6.

¹¹⁸ Vide acima, v.g., a subalínea ix. da alínea k) do n.º 6.



- viii. Nesse projeto de Acordo de Cooperação estabelecem-se as responsabilidades na parceria, distinguindo-se o que são responsabilidades dos parceiros privados, da LCONVIDA e da LRENOVA. Isto é: distingue-se o que são responsabilidades dos parceiros privados *qua talem*, da LCONVIDA *qua tale* e da LRENOVA *qua tale*. Note-se que as responsabilidades dos parceiros privados se centram na execução e manutenção físicas dos equipamentos e na obtenção dos financiamentos e prestação de eventuais garantias¹¹⁹;
- ix. Na proposta consta igualmente um projeto de estatutos da sociedade a constituir (projeto de contrato de sociedade) em que se refere que o seu objeto consiste na **construção, gestão e conservação de equipamentos**, culturais, de serviços, desportivos e recreativos, bem como na construção e gestão de infra-estruturas turísticas e urbanísticas¹²⁰;
- k) Em 27 de Abril de 2007, foi tomada decisão de adjudicação, selecionando-se o concorrente, a cuja proposta se refere a alínea anterior, como parceiro para a constituição, com a LCONVIDA, de parceria público-privada **destinada à conceção, financiamento, construção, gestão e manutenção** de equipamentos e infra-estruturas municipais, de acordo com a proposta apresentada, cujo valor global ascende a 21.447.530,00 € (posteriormente reduzido para 14.800.643, acrescido do valor de IVA), montante coincidente com o valor da construção dos equipamentos¹²¹;
- l) Em 8 de maio de 2007, foi aprovada pela CML a participação da LCONVIDA na parceria, através da entrada de € 49.000,00, correspondentes a 49% do capital social¹²²;
- m) Em 31 de maio de 2007 foi outorgado o contrato de sociedade de capitais minoritariamente públicos, que criou a LRENOVA, adotando-se o objeto social proposto pelo agrupamento adjudicatário: **construção, gestão e conservação de equipamentos**, culturais, de serviços, desportivos e recreativos, bem como na construção e gestão de infra-estruturas turísticas e urbanísticas¹²³;
- n) Em 6 de junho de 2007, a CML autorizou a constituição do direito de superfície, por 20 anos, a favor da LCONVIDA, pelo valor de € 4.800.000,00, sendo que esse direito incidiu sobre os terrenos destinados à construção do pavilhão multiusos e de um edifício técnico administrativo municipal¹²⁴. Contudo, em 18 e 29 de outubro de 2007, essa decisão foi alterada no sentido de o prazo passar a ser de 30 anos, prevendo-se a transferência desses direitos de superfície para a LRENOVA¹²⁵. Note-se: **esta transferência não se encontrava prevista nas peças do procedimento e, em rigor, não resultava claramente dos termos da proposta adjudicada**. Contudo ainda, por deliberações de 4 de dezembro de 2007, e de 21 de Dezembro de 2007 os órgãos municipais decidiram que a transferência do direito de superfície só envolveria os terrenos para construção do pavilhão multiusos¹²⁶;
- o) Em 17 de outubro de 2007 foi outorgado entre os acionistas da LRENOVA o “Acordo de Acionistas, de Cooperação Técnica, Económica e Financeira”, em que se refere que a finalidade do acordo e da sociedade na qual se consubstancia a parceria das partes é a **criação, implementação, desenvolvimento, realização, construção e instalação do equipamento**. No acordo refere-se, nomeadamente, que compete aos parceiros privados a construção dos equipamentos, a obtenção dos financiamentos incluindo a prestação de eventuais garantias e **se diz expressamente que é da responsabilidade da LCONVIDA (qua tale) a gestão, coordenação e supervisão da exploração do equipamento**¹²⁷;
- p) Em 21 de dezembro de 2007, foi celebrado o contrato de constituição do direito de superfície, pelo prazo de 30 anos, com **autorização da sua cedência à LRENOVA**, sendo que no termo do contrato, as construções e benfeitorias realizadas no prédio em causa reverteriam para o Município de Lamego¹²⁸;
- q) Em 30 de dezembro de 2008:

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Vide acima, v.g., a subalínea x. da alínea k) do nº 6.

¹²¹ Vide alínea l) do nº 6.

¹²² Vide alínea n) do nº 6.

¹²³ Vide alínea o) do nº 6.

¹²⁴ Vide alínea p) do nº 6.

¹²⁵ Vide alíneas s) do nº 6.

¹²⁶ Vide alíneas u) e v) do nº 6.

¹²⁷ Vide alínea t) do nº 6.

¹²⁸ Vide alínea w) do nº 6.



- i. Foi celebrado o contrato de cedência do direito de superfície entre a LCONVIDA e a LRENOVA, por um período de 29 anos, pelo preço de € 3.500.000,00, com a finalidade de construção do pavilhão¹²⁹;
- ii. Foi celebrado um contrato-promessa de **cessão de exploração do pavilhão multiusos** entre a LRENOVA e a CML. O consequente contrato definitivo teria um prazo de 25 anos a contar da data da celebração e seria renovável por períodos iguais e sucessivos de 5 anos prevendo-se retribuições mensais pagas pela CML à LRENOVA através de conta bancária com o NIB 003504190000130793006, aberta em nome desta na Caixa Geral de Depósitos¹³⁰;
- iii. Foi outorgado um contrato de empréstimo entre a LRENOVA, a CML, a LCONVIDA e a Caixa Geral de Depósitos, com hipoteca, consignação de receitas e cessão de créditos, sob a forma de abertura de crédito, no valor de 18.691.628,30 €, com possibilidade de atingir os 20.000.000,00 € destinado a financiar a **aquisição do direito de superfície já referido e a concepção, construção e equipamentos do referido Pavilhão Multiusos**¹³¹;
- r) Neste contrato de empréstimo, reconhece-se e afirma-se¹³²:
 - i. A LRENOVA adquiriu à LCONVIDA, e pelo prazo de vinte e nove anos, o direito de superfície incidente sobre o prédio urbano, destinado à construção do Pavilhão Multiusos;
 - ii. Por contrato-promessa de cessão de exploração a LRENOVA promete conceder ao Município de Lamego e este promete aceitar a exploração do Pavilhão Multiusos que a LRENOVA vai construir, de acordo com os projectos que o Município de Lamego conhece e aceita;
 - iii. Foi entregue à Caixa Geral de Depósitos uma **carta-conforto** em que a CML declara conhecer as condições contratuais do empréstimo e que apoiará a LRENOVA de modo a que esta possa cumprir com as suas obrigações daí decorrentes;
 - iv. A LRENOVA constitui a favor da CGD hipoteca do direito de superfície atrás identificado, abrangendo todas as construções e benfeitorias que existam e as que venham a existir no prédio urbano;
 - v. A LRENOVA, a LCONVIDA e o Município de Lamego reconhecem à CGD o poder de considerar os créditos emergentes do contrato de empréstimo acima referido imediata e integralmente vencidos e de executar a constituída hipoteca sempre que a LRENOVA, a LCONVIDA ou o Município de Lamego deixem de cumprir qualquer das obrigações assumidas perante a CGD;
 - vi. O Município de Lamego e a LCONVIDA têm o maior interesse na concessão deste empréstimo, na construção e conclusão daquele Pavilhão Multiusos e declaram que tudo farão para que o serviço da dívida do empréstimo seja regular e pontualmente cumprido, **obrigando-se, nomeadamente o Município de Lamego, a transferir as retribuições ou rendas a pagar à LRENOVA e decorrentes do Contrato de Cessão de Exploração**, por crédito na conta de depósito à ordem associada ao empréstimo com o n.º 0419/001307/930, aberta em nome da LRENOVA¹³³;
 - vii. A LRENOVA consigna a favor da CGD as receitas correspondentes às retribuições/rendas que o Município de Lamego lhe irá pagar nos termos do contrato de cessão de exploração do pavilhão;
- s) Na minuta de contrato agora sujeita a fiscalização prévia prevê-se¹³⁴ que a CML cede a sua posição de promitente cessionária da exploração do pavilhão multiusos para a LCONVIDA e a LRENOVA promete ceder efetivamente essa exploração à LCONVIDA. A exploração do pavilhão pela LCONVIDA é feita mediante retribuições a pagar à LRENOVA. Os pagamentos serão feitos através da conta com o NIB 003504190000130793006, que corresponde à mesma conta em que se previa que a CML procederá a depósitos, enquanto prevista cessionária da exploração, para pagamento do empréstimo contraído à CGD pela LRENOVA. Isto é: a conta pela qual é feita a amortização do empréstimo é a mesma pela

¹²⁹ Vide alínea x) do n.º 6.

¹³⁰ Vide alínea y) e sua subalínea iv. do n.º 6.

¹³¹ Vide alínea z) do n.º 6.

¹³² Idem.

¹³³ NOTE-SE: esta conta é a prevista no contrato promessa de cessão de exploração do pavilhão multiusos entre a LRENOVA e a CML acima referida na subalínea ii) da alínea q).

¹³⁴ Vide acima o n.º 3.



qual a CML pagaria a exploração do pavilhão e a mesma pela qual a LCONVIDA pagará tal exploração à LRENOVA;

- t) Foi junto ao processo um Plano de Negócios do Centro Multiusos de Lamego¹³⁵, para o período 2012-2036, cuja tabela referente ao “Rendimento Anual pela ocupação do Equipamento”, indica como projeção para o mencionado período, disponibilizações anuais do pavilhão, a título de aluguer à CML, pelos eventos que esta promoverá. Os rendimentos previstos, nesse plano, a título de aluguer do pavilhão pela LCONVIDA à CML – valores que, portanto, esta pagará à LCONVIDA - são rigorosamente os mesmos que são previstos para as rendas a pagar pela LCONVIDA à LRENOVA, pela cessão da exploração do pavilhão;
- u) Sobre parte das questões suscitadas no presente processo debruçou-se já este Tribunal, no exercício de competências de fiscalização sucessiva, através do relatório de auditoria n 2/2011¹³⁶.

II. B – Questões a dilucidar

12. Note-se à partida: como resulta da matéria de facto, e já acima se assinalou, estamos perante um “*complexo de atos e contratos*” que traduz uma parceria público-privada que se concretiza ou se tem vindo a concretizar por, designadamente:

- a) Contratos-programa, com aditamentos, entre a LCONVIDA e a CML;
- b) Contrato de comodato gratuito de cedência de terrenos entre a CML e a LCONVIDA;
- c) Contrato de constituição da LRENOVA;
- d) Acordo entre acionistas privados e público da LRENOVA;
- e) Contrato de cedência de direito de superfície da CML à LCONVIDA;
- f) Contrato de cedência de direito de superfície da LCONVIDA à LRENOVA;
- g) Contrato promessa de cessão de exploração do pavilhão da LRENOVA à CML;
- h) Contrato de empréstimo entre a LRENOVA, a CML, a LCONVIDA e a Caixa Geral de Depósitos;
- i) Contrato de empreitada para a concepção/construção do Pavilhão Multiusos de Lamego entre a LRENOVA e os seus parceiros privados;
- j) E, finalmente, o contrato que se pretende celebrar com base na minuta *sub judicio*.

Para constituição e efetiva operacionalidade da parceria público-privada institucional projetada pelo Município de Lamego e conduzida pela LCONVIDA são relevantes diretamente todos os contratos referidos na alínea b) e seguintes.

Ora, diga-se desde já que destes contratos só foi sujeito a fiscalização prévia o contrato de cedência de direito de superfície da CML à LCONVIDA. E sem proceder a grandes aprofundamentos, que agora não se justificam, face ao disposto na LOPTC¹³⁷, na versão já então em vigor, pelo menos os seguintes deveriam tê-lo sido: os referidos nas alíneas c), d), g) e h).

13. Note-se desde já que o contrato cuja minuta está *sub judicio*, sendo celebrado entre a LRENOVA, a o Município de Lamego, representado pela CML e a LCONVIDA, estas duas últimas entidades são entidades adjudicantes à luz do CCP¹³⁸, **subordinando-se pois a sua ação aos princípios e regras da contratação pública consagrados no direito nacional e aos que igualmente sejam aplicáveis por força de instrumentos do direito comunitário.**

¹³⁵ Vide alíneas oo) e pp) do n.º 6 e f) do n.º 4.

¹³⁶ Vide alínea ss) do n.º 6.

¹³⁷ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.

¹³⁸ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro.



Tribunal de Contas

O mesmo se diga quanto a todos os outros contratos que se integram no complexo contratual acima descrito e que foram subscritos por aquelas duas entidades.

Contudo, lembre-se que à data do lançamento do procedimento que deu origem à constituição da parceria público-privada, não vigorava então o CCP, mas a legislação sobre contratação pública que o antecedeu e que, igualmente, se lhes aplicava.

De igual modo se diga que tal subordinação existe, naturalmente, por exemplo, no caso do Município de Lamego e da sua CML no que respeita ao Código do Procedimento Administrativo (CPA) e à LFL¹³⁹ e no caso da LCONVIDA no que respeita à legislação aplicável ao setor empresarial local e aos princípios gerais da atividade administrativa e às normas do CPA que concretizem preceitos constitucionais¹⁴⁰.

14. Vejamos pois as questões a dilucidar.

Relembre-se: o que foi remetido a fiscalização prévia foi uma minuta de contrato-promessa de cessão de posição contratual e de cessão de exploração a ser assinado pela CML, pela LCONVIDA e pela LRENOVA, em que a primeira cede à segunda a sua posição, em contrato promessa anteriormente celebrado, de cessionária da exploração do pavilhão multiusos de Lamego, e em que LRENOVA promete conceder à LCONVIDA a exploração do pavilhão, recebendo como contrapartida determinados montantes durante 24 anos.

15. Perante tal enunciado, uma questão essencial se deve colocar: pode a LRENOVA ceder a exploração do pavilhão multiusos à LCONVIDA?

16. E a procura da resposta a essa questão suscita outra: quem ou o que é a LRENOVA para poder ceder tal exploração e como obteve a capacidade necessária à realização dessa cessão?

17. A estas perguntas alguém poderia dar uma resposta simples: a LRENOVA é uma sociedade de capitais minoritariamente públicos, que concretiza uma parceria público-privada promovida, nos termos legalmente admitidos, pelo Município de Lamego através de uma entidade empresarial municipal – a LCONVIDA – e que integra no seu objeto social a exploração do pavilhão multiusos de Lamego.

Perante tal resposta estava demonstrada não só a conformidade legal da cedência da exploração como a da constituição de quem a realiza.

Acontece que muitos factos apontam em sentido contrário e, portanto, tal resposta não é satisfatória.

Vejamos pois.

II. C – Sobre a constituição de parceria público-privada institucional e princípios e regras a que se deve subordinar.

18. No essencial, o negócio público que o Município de Lamego pretendeu executar tinha um objetivo que, singelamente, se pode traduzir nos seguintes termos: conceber, construir e manter um pavilhão multiusos, mediante o envolvimento de parceiros privados, beneficiando através deste envolvimento das capacidades técnicas destes e de recurso a financiamento externo concedido por entidade bancária. Para concretizar este envolvimento, pretendeu criar uma sociedade anónima de capitais mistos (maioritariamente privados) – a LRENOVA - com a participação de uma entidade pública – uma empresa municipal: a LCONVIDA.

Dizia-se claramente no aviso de abertura que o procedimento tinha por objeto “(...) a *selecção de empresa privada para a constituição, com a Lamego Convida, EM, de parceria público-privada, na modalidade de*

¹³⁹ Lei das Finanças Locais: Lei n.º 2/2007, de 15 de janeiro, retificada pela Declaração de Retificação n.º 14/2007, publicada no D.R. de 15 de fevereiro de 2007, e alterada pelas Leis n.ºs 22-A/2007, de 29 de junho, e 67-A/2007, de 31 de dezembro. Vd. também o artigo 51.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro. Posteriormente ainda alterada pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril.

¹⁴⁰ Vide n.º 5 do artigo 2º do CPA.



Tribunal de Contas

sociedade anónima, de capitais minoritariamente públicos, com vista à concepção, financiamento, construção, gestão e manutenção de um pavilhão multiusos (...)”.

Como já se disse, é esse negócio público, no seu conjunto, que deve ser apreciado, para se retirarem conclusões quanto à minuta remetida para fiscalização.

O negócio foi patentemente objeto de fragmentação: fragmentação institucional, por via das várias instituições públicas e privadas participantes, fragmentação contratual, por via da plêiade de contratos já referidos e fragmentação temporal pela sucessiva celebração de contratos, impedindo-se uma apreciação simultânea.

Mas, como também já se disse, não admite este Tribunal, mesmo em sede de fiscalização prévia, ser condicionado por essa fragmentação.

19. Resulta claramente do processado que se pretendeu constituir uma parceria público-privada.

Inserindo-se esta no nível municipal, lembre-se que, à data do procedimento não havia direito legislado nacional sobre a matéria. Contudo, para confirmar a perceção, pode o julgador socorrer-se do que dispõe expressamente a lei sobre as parcerias público-privadas estaduais. Aí – no nº1 do artigo 2º do Decreto-Lei nº86/2003, de 27 de julho, então em vigor¹⁴¹ – consagra-se uma noção de parceria público-privada que enquadra aparentemente a realidade que se descreveu: entende-se por parceria público-privada “*o contrato ou união de contratos, por via das quais entidades privadas (...) se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou parte, ao parceiro privado*”.

E pode igualmente socorrer-se da doutrina nacional e da comunitária que tem vindo a ser desenvolvida com base no direito europeu da contratação pública e que confirmam o entendimento que se expôs. Assim, por exemplo, o Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas¹⁴² datado de 2004 que “*constitui um repositório do estado actual do Direito Europeu (...) em matéria de PPP*”¹⁴³ depois de reconhecer que estas “*não se encontram definidas a nível comunitário*” caracteriza-as como uma forma de “*cooperação entre autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço*”.

Face à realidade que foi descrita, impõe-se uma nova precisão. A concreta parceria que o “*complexo contratual*” já descrito corporiza, corresponde ao que a doutrina tem vindo a qualificar como parceria público-privada institucionalizada: “*as operações de PPP de tipo institucionalizado implicam a criação de uma entidade detida conjuntamente pelo parceiro público e o parceiro privado*” o que “*permite ao parceiro público manter um nível de controlo relativamente elevado sobre o desenrolar das operações*” e igualmente “*desenvolver a sua experiência própria*”^{144 145}.

20. Pretendia-se pois uma parceria público-privada institucionalizada de âmbito municipal (PPPI). O facto de não haver, à data do procedimento, direito legislado nacional sobre as parcerias público-privadas municipais, não significa que na sua constituição e funcionamento não haja direito aplicável. Constituindo-se elas para assegurar, em regra, com o envolvimento de parceiros privados, o que tradicionalmente resultaria da celebração de contratos de empreitadas de obras públicas, de fornecimento de bens e serviços, de concessão de obras públicas ou de serviços e de recurso ao crédito, então subordinar-se-ão ao que legalmente se dispõe relativamente a estes, com as devidas adaptações exigidas pelo processo de constituição da parceria.

¹⁴¹ Alterado, noutras disposições, pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de julho.

¹⁴² COM(2004) 327 final, Bruxelas, 30.04.2004

¹⁴³ Vide “O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas” de Pedro Siza Vieira, in Estudos da Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 494.

¹⁴⁴ Em itálico, trechos do já citado Livro Verde.

¹⁴⁵ Vide igualmente o Acórdão deste Tribunal nº 111/09-12.MAI-1ªS/SS.



E, acima de tudo, com respeito pelos princípios atinentes consagrados na Constituição, nas leis aplicáveis, designadamente em matéria de contratação pública e do procedimento administrativo e nos instrumentos do Direito Comunitário.

Há que ter em conta igualmente o que defende a jurisprudência comunitária: “ (...) a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objectivo da concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade dos interessados (...) **na medida em que, designadamente, esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes.** Por conseguinte, (...) na hipótese de a entidade adjudicante pretender celebrar um contrato a título oneroso (...) com uma sociedade juridicamente distinta, em cujo capital detém uma participação com uma ou várias empresas privadas, devem ser aplicados os procedimentos de adjudicação de contratos públicos (...)”¹⁴⁶.

O facto de numa parceria se envolverem parceiros privados, conduz a que as entidades públicas envolvidas devam ter particular cuidado, por forma a não haver a concessão de vantagens a esses parceiros, relativamente a concorrentes.

21. Não existindo ao nível comunitário regulamentação específica aplicável à criação de PPPI, a doutrina ainda afirma que¹⁴⁷ “[c]ontudo, no domínio dos contratos públicos (...) quando uma autoridade pública confia o exercício de uma actividade económica a terceiros aplica-se o **princípio da igualdade de tratamento** e as suas expressões específicas (...). Mais especificamente (...) não apenas a não-discriminação e a igualdade de tratamento, mas também a **transparência**, o reconhecimento mútuo e a proporcionalidade”.

O que importa sobretudo analisar é se o procedimento para a constituição da entidade de capitais mistos foi **equitativo, transparente e concorrencial**, se foi legalmente conforme e se o contrato ou contratos celebrados, na sua decorrência, respeitaram o procedimento.

E diga-se claramente: se de tal análise resultar conclusão de que tal procedimento não foi equitativo, transparente e concorrencial, **porque é ele a origem de todos os demais contratos, fortemente interligados entre si** – como a matéria de facto demonstra à exaustão - essa conclusão não pode deixar de se transmitir aos contratos subsequentes.

E relembre-se a propósito o que foi afirmado por doutrina comunitária¹⁴⁸: “[u]m processo equitativo e transparente de selecção de parceiro privado de uma PPPI garante o **cumprimento do objectivo da livre concorrência não falseada e do princípio da igualdade de tratamento**, nomeadamente evitando que a empresa privada que participa no capital da PPPI beneficie de vantagens indevidas em relação aos seus concorrentes. Assim, a criação de uma PPPI mediante um processo de selecção equitativo e transparente do parceiro privado dessa entidade no capital misto responde às exigências do TJCE”.

22. Atente-se igualmente que, nos termos da doutrina desenvolvida a partir do Direito Comunitário, **“qualquer modificação aos termos essenciais do contrato não prevista nos cadernos de encargos obriga à abertura de novo concurso”**¹⁴⁹. E a jurisprudência comunitária afirma igualmente: “(...) **incumbe à (...) entidade adjudicante, observar rigorosamente os critérios por ela fixados, isto até ao termo da fase de execução do contrato em causa.** Consequentemente, a mesma não está autorizada a alterar a sistemática geral do concurso, modificando em seguida unilateralmente uma das suas condições essenciais e, em especial, uma estipulação que (...) se tivesse

¹⁴⁶ Vide Acórdão do TJCE de 11.01.2005, no processo C-26/03, Stadt Halle, Col. 2005, p.I-1, n° 49. Contudo, neste acórdão, tratava-se de empresa de economia mista já constituída à qual era cometida a execução de um novo contrato sem procedimento concursal.

¹⁴⁷ Vide n° 2.1. da comunicação interpretativa sobre PPPI 2008/C91/02, publicada no JOUE, C91/4, de 12.04.2008.

¹⁴⁸ Vide nota de rodapé n° 15 na Comunicação Interpretativa antes referida. Vide ainda acórdão do TJCE no Processo C-26/03, Stadt Halle, Col. 200. P. I-1, n° 49.

¹⁴⁹ Vide Comunicação referida na nota de rodapé n°147. Vide igualmente o Acórdão do TJCE no Processo n° C-337/98, Comissão contra a França, Col. 2000, p.I-8377, n°50, sobre condições essenciais dos contratos.



figurado (...) teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente (...) [A] entidade adjudicante não podia (...) proceder a uma modificação de uma condição importante do concurso (...) sem desvirtuar os termos que regem a adjudicação do contrato, conforme estipulados inicialmente. E mais, tal prática provocaria inelutavelmente uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes, já que a aplicação uniforme das condições de adjudicação e a objectividade do processo deixariam de ser garantidas”¹⁵⁰.

23. Muitos dos princípios agora expostos à luz da jurisprudência e doutrina desenvolvida a partir do direito comunitário têm naturalmente expressa tradução na lei nacional.

Relembrem-se, nomeadamente, as seguintes disposições constantes do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de junho, nos seus artigos 8º a 15º, em vigor à data do presente procedimento e a ele aplicáveis, por via do disposto na sua alínea d) do artigo 2º, no seu artigo 3º ¹⁵¹ e no seu artigo 190º:

“O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partir da data daquela abertura.”¹⁵²

“Na formação dos contratos públicos devem proporcionar-se iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, segundo critérios que traduzam juízos de valor dos aspectos decisivos para contratar, coordenados com o objecto específico do contrato.”¹⁵³

“Iniciado o procedimento, não pode ser feita discriminação de qualquer natureza entre os interessados em contratar nem admitir-se qualquer interpretação das regras que disciplinam a contratação que seja susceptível de determinar uma discriminação entre os concorrentes e aqueles que não apresentaram candidaturas ou propostas.”¹⁵⁴

“Na formação dos contratos deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, e em cada procedimento deve ser consultado o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.”¹⁵⁵

“Os programas de concurso, cadernos de encargos e outros documentos que servem de base ao procedimento não podem conter qualquer cláusula que vise favorecer ou prejudicar interessados em contratar, nem tão-pouco é permitida, na sua aplicação, qualquer interpretação que contemple tais propósitos.”¹⁵⁶

“Os programas de concurso, cadernos de encargos e outros documentos que servem de base ao procedimento, bem como os contratos, devem conter disposições claras e precisas.”¹⁵⁷

“Nos procedimentos em que não esteja prevista qualquer negociação, as propostas apresentadas pelos concorrentes são inalteráveis até à adjudicação.”¹⁵⁸

“Efectuada a adjudicação, podem ser introduzidos, por acordo entre as partes, ajustamentos à proposta escolhida, desde que as alterações digam respeito a condições acessórias e sejam inequivocamente em benefício da entidade adjudicante.”¹⁵⁹

¹⁵⁰ Vide o Acórdão do TJCE no Processo nº C-496/99, Comissão contra CAS Succhi di Frutta SpA, Col. 2004, p.I-3801, nº118.

¹⁵¹ Com a interpretação que dele tem sido feita, repetidamente por este Tribunal.

¹⁵² Nº 1 do artigo 8º.

¹⁵³ Nº 1 do artigo 9º.

¹⁵⁴ Nº 2 do artigo 9º.

¹⁵⁵ Artigo 10º.

¹⁵⁶ Nº 2 do artigo 11º.

¹⁵⁷ Nº 2 do artigo 13º.

¹⁵⁸ Nº 2 do artigo 14º.



24. Tratando-se da constituição de uma parceria público-privada que constitui uma solução alternativa às tradicionais e sedimentadas soluções da contratação pública, é posição indiscutida da doutrina, com consagração legal, de que a adoção dessa solução deve ser feita mediante adequada comparação entre as soluções possíveis, optando-se por aquela que à luz de critérios de economia, eficácia e eficiência, seja a melhor para os interesses públicos.

Relembre-se que a alínea c) do nº1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº86/2003, de 27 de julho, já citado dispõe:

“O lançamento e a contratação da parceria público-privada [pressupõe a] configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins.”

A mesma intenção e regra se revela no nº 1 do artigo 12º do citado Decreto-Lei nº 197/99:

“Observados os limites fixados no presente diploma, deve ser escolhido o procedimento mais adequado ao interesse público a prosseguir, ponderando-se os custos e os benefícios decorrentes da respectiva utilização.”

25. Finalmente não é demais recordar que as entidades públicas adjudicantes e contratantes estão obrigadas a observar o que elas próprias, no quadro legal aplicável, estabeleceram nas peças do procedimento.

Quanto a essas peças, não pode estar em causa a sua juridicidade, dado que são um instrumento de auto-vinculação da entidade pública adjudicante, emitido ao abrigo de lei, fixando regras a observar no procedimento, formuladas abstratamente e aplicando-se a uma generalidade de sujeitos e de situações que venham a nele ocorrer ^{160 161}.

Dado que a lei exige documentos que orientam a condução do procedimento e a sua conformidade com ela, o facto de se desrespeitar disposição contida naqueles documentos que esteja em conformidade com a lei, traduz-se na violação da própria lei¹⁶².

26. É perante este quadro jurídico essencial que se procederá à análise de alguns dos aspetos que se consideram os mais relevantes da formação da parceria e, finalmente, com impacto na minuta em causa.

Os seguintes:

¹⁵⁹ Nº 3 do artigo 14º.

¹⁶⁰ A propósito do caderno de encargos, refere Mário Esteves de Oliveira in “Direito Administrativo”, Almedina, 1980, a pág. 183: “ Antes da celebração do contrato e para a Administração, o CE (tipo ou especial) é uma forma regulamentar que a vincula a decidir o concurso em consonância com os critérios e regras que nela se contém: a adjudicação feita a um concorrente que não ofereceu, por exemplo, os materiais prescritos, fere esse acto de ilegalidade por violação de regulamento (...).

¹⁶¹ Refere também, Margarida Olazabal Cabral in “O concurso público nos contratos administrativos”, Almedina, 1997, a pág. 82: “Da necessária pré-elaboração das regras de concurso, a que se alia o princípio da tutela da confiança, decorre o princípio da necessária estabilidade das regras durante o concurso público: não poderá a entidade adjudicante prever na abertura do concurso a possibilidade da alteração da sua regulamentação no decurso do concurso (...) nem igualmente vir a alterá-las posteriormente, seja por que razão for”.

¹⁶² Em comentário à posição de Mário Esteves de Oliveira transcrita acima na nota 60, refere Margarida Olazabal Cabral, op. cit. (pág. 246) abordando já expressamente o caso de violação de disposição do programa de concurso: “Não se pode deixar, obviamente de concordar com Esteves de Oliveira quando afirma que será ilegal a adjudicação feita a um concorrente que não respeitou as condições do caderno de encargos: simplesmente o vício de tal acto não será violação de regulamento, enquanto violação do caderno de encargos, mas antes violação de regulamento por violação da cláusula do programa de concurso que obriga à exclusão das propostas que não respeitem o caderno de encargos, se esta existir, ou por violação da lei que regulamenta o concurso público e que contém uma cláusula daquele género, ou, ainda, violação do princípio geral que obriga as propostas a respeitarem os termos dos cadernos de encargos (...).



- a) A decisão de constituição de parceria público-privada institucional e sua fundamentação;
- b) A constituição do direito de superfície sobre o terreno para construção do pavilhão e sua transmissão e hipoteca;
- c) O recurso ao financiamento através de entidade bancária;
- d) A cedência da exploração do pavilhão.

II.D – A decisão de constituição de parceria público-privada institucional e sua fundamentação

27. Como acabou de se lembrar, a decisão de proceder à constituição de uma parceria público-privada deve assentar em ponderada avaliação dos custos e dos benefícios dessa solução face às demais que a lei permite no âmbito da contratação pública.

Tal avaliação deve assentar em estudos consistentes quanto à economia, eficácia e eficiência da solução.

Ora, no processo – pese embora nele exista inúmera documentação técnica - nada consta que fundamente a decisão tomada pela LCONVIDA de lançar um procedimento para a formação da parceria, decisão que foi claramente inspirada e estribada pela CML.

Apenas se sabe, em termos de fundamentação que *“(…) perante a impossibilidade de endividamento da empresa e atentas as suas naturais limitações financeiras e organizativas, o desenvolvimento dos projectos que pretende implementar passa, necessariamente, pelo recurso à constituição de parcerias com empresas privadas, capazes de assumir os inerentes riscos de concepção, financiamento e construção”*.

Note-se que a construção do pavilhão veio a ser adjudicada e concretizada pelo valor de 14.800.643,00 €¹⁶³.

Note-se que a minuta agora colocada a fiscalização prévia envolve o valor de 33.483.050,00 €.

Note-se ainda que a esta minuta antecedeu um contrato-promessa com o mesmo objeto celebrado entre a LRENOVA e a CML cujo valor global perfazia € 52.178.886,00, sem ter sido perceptível quais fundamentos que podem explicar tamanha discrepância de valores.

Nada no processo se diz mais em termos de fundamentação, que permita saber-se se a ponderação e a avaliação de custos e de benefícios entre a solução da parceria e outras soluções foram feitas. Como resulta do processo que nem uma avaliação foi feita em matéria de futura exploração do pavilhão, no que respeita aos seus custos e vantagens expeáveis ¹⁶⁴.

28. Não foi pois observado o disposto no nº 1 do artigo 12º do citado Decreto-Lei nº 197/99, quando estabelece que *“deve ser escolhido o procedimento mais adequado ao interesse público a prosseguir, ponderando-se os custos e os benefícios decorrentes da respectiva utilização.”*

II.E - A constituição do direito de superfície sobre o terreno

29. Como se viu o terreno onde se construiu o pavilhão é propriedade do Município de Lamego.

Quanto ao terreno e solução jurídica a seguir para a sua utilização sabe-se que:

- a) Se previu que a construção do Pavilhão Multiusos seria feita *“em terrenos a ceder à [LCONVIDA] pela Câmara Municipal, no âmbito do contrato de comodato”*;

¹⁶³ Vide acima alínea aa) do nº 6.

¹⁶⁴ Vide acima alínea gg) do nº6.



- b) O contrato de comodato foi celebrado em 2 de outubro de 2006 tendo a CML cedido à LCONVIDA, a título gratuito para desenvolvimento das suas atividades, entre outros, um terreno afeto à construção do pavilhão multiusos¹⁶⁵;
- c) Na proposta do concorrente adjudicatário apresentada em 12 de dezembro de 2006 consta que deve ser constituído direito de superfície sobre os terrenos em que se construirão os equipamentos e que, na parceria, os parceiros privados entram com dinheiro e a **LCONVIDA com o direito de superfície sobre os terrenos**¹⁶⁶;
- d) Em 6 de junho de 2007, a CML autorizou a alteração do contrato de comodato e a constituição do direito de superfície, por 20 anos, a favor da LCONVIDA, pelo valor de € 4.800.000,00, prevendo-se a transferência desses direitos de superfície para a LRENOVA, sendo que esse direito incidiu sobre os terrenos destinados à construção do pavilhão multiusos e de um edifício técnico administrativo municipal¹⁶⁷;
- e) Em 18 e 29 de outubro de 2007, essa decisão foi alterada no sentido de o prazo passar a ser de 30 anos, prevendo-se a transferência desses direitos de superfície para a LRENOVA¹⁶⁸;
- f) Por deliberações de 4 de dezembro de 2007, e de 21 de Dezembro de 2007 os órgãos municipais decidiram que a transferência do direito de superfície só envolveria os terrenos para construção do pavilhão multiusos¹⁶⁹;
- g) Em 21 de dezembro de 2007, foi celebrado o contrato de constituição do direito de superfície, pelo prazo de 30 anos, a favor da LCONVIDA, pelo valor de 4.600.000 €, com **autorização da sua cedência à LRENOVA**, sendo que no termo do contrato, as construções e benfeitorias realizadas no prédio em causa reverteriam para o Município de Lamego¹⁷⁰;
- h) Em 30 de dezembro de 2008 foi celebrado o contrato de cedência do direito de superfície entre a LCONVIDA e a LRENOVA, por um período de 29 anos, pelo preço de € 3.500.000,00, com a finalidade de construção do pavilhão.

30. Note-se: ultrapassada a solução inicial de comodato, a constituição de um direito de superfície a favor da LCONVIDA é suscitada expressamente pela proposta do concorrente adjudicatário, não sendo completamente claro que nesta se advogava a sua posterior transmissão para a LRENOVA.

Tal transmissão para a sociedade constituída por via da PPPI torna-se sim clara em momento posterior do procedimento, por via das decisões tomadas pelos órgãos municipais.

Sublinhe-se: **esta transferência não se encontrava prevista nas peças do procedimento.**

31. Nesta matéria se confirma um dos aspetos sobre que antes se falou: a estreita interligação entre os contratos celebrados no contexto de uma PPPI: nesta matéria se identificaram o contrato de comodato, o contrato de constituição do direito de superfície e, como se assinalará, a estreita conexão que este tem com o contrato de empréstimo (aliás celebrados no mesmo dia).

32. Viu-se pois que é já no decurso do procedimento de formação da parceria que se suscita claramente a questão do direito de superfície sobre o terreno.

Que relevância tem esta alteração para a avaliação jurídica da parceria e dos seus consequentes contratos? Toda.

Os documentos do concurso, face ao quadro legal invocável, estabelecem *ex ante*, pelas regras e condições fixadas, o universo concorrencial potencial.

¹⁶⁵ Vide acima alínea d) do n.º 6 e nota de rodapé respetiva.

¹⁶⁶ Vide acima, v.g., a subalínea ix. da alínea k) do n.º 6.

¹⁶⁷ Vide alínea p) do n.º 6.

¹⁶⁸ Vide alíneas s) do n.º 6.

¹⁶⁹ Vide alíneas u) e v) do n.º 6.

¹⁷⁰ Vide alínea w) do n.º 6.



Tribunal de Contas

Caso, nesta matéria, se tivesse dito nos documentos do procedimento que se procederia à transmissão do direito de superfície sobre os terrenos para a sociedade a constituir o universo de interessados e de concorrentes seria naturalmente diferente.

Tanto mais que a questão de tal transmissão jogaria – como jogou – um papel muito importante no acesso a financiamento externo.

Não foi pois assegurada previamente a publicitação de um aspeto fundamental do negócio.

E com a alteração do universo de interessados e concorrentes, os resultados financeiros que se poderiam ter obtido seriam diferentes.

Assim, o procedimento, nesse concreto domínio não foi **equitativo, transparente e concorrencial**.

33. Numa questão tão importante para a concretização da parceria, a omissão deste aspeto nas peças do procedimento denuncia ainda uma grave falta de previsão e de rigor que a lei não admite.

34. Relembre-se o que acima se disse a partir da doutrina comunitária:

- a) “[Q]ualquer modificação aos termos essenciais do contrato não prevista nos cadernos de encargos obriga à abertura de novo concurso”;
- b) “[I]ncumbe à (...) entidade adjudicante, observar rigorosamente os critérios por ela fixados, isto até ao termo da fase de execução do contrato em causa;
- c) “[A entidade adjudicante] não está autorizada a alterar a sistemática geral do concurso, modificando em seguida unilateralmente uma das suas condições essenciais e, em especial, uma estipulação que (...) se tivesse figurado (...) teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente (...);
- d) [A] entidade adjudicante não [pode] (...) proceder a uma modificação de uma condição importante do concurso (...) sem desvirtuar os termos que regem a adjudicação do contrato, conforme estipulados inicialmente;
- e) [T]al prática provocaria inelutavelmente uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes, já que a aplicação uniforme das condições de adjudicação e a objectividade do processo deixariam de ser garantidas”.

35. Assim, deve concluir-se:

- a) O procedimento não foi neste domínio equitativo, transparente e concorrencial;
- b) Não foi previamente publicitado um aspeto fundamental dos contratos a celebrar;
- c) Os documentos do concurso padeceram neste aspeto de uma grave falta de rigor.

E não se diga que já antes se tinha previsto o comodato do terreno a favor da LCONVIDA. Nas peças do procedimento não se abordou esta questão que é, como se disse, central para a concretização da parceria.

Caso o procedimento tivesse sido equitativo, transparente e concorrencial e se tivessem respeitado as peças do procedimento o resultado financeiro final teria sido, com elevada probabilidade, diferente.

36. Não foi pois observado o disposto no nº 1 do artigo 8º, nos nº 1 e 2 do artigo 9º, no artigo 10º e no nº2 do artigo 13º do citado Decreto-Lei nº 197/99, quando estabelecem que:

- a) “O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partida data daquela abertura.”
- b) “Na formação dos contratos públicos devem proporcionar-se iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, segundo critérios que traduzam juízos de valor dos aspectos decisivos para contratar, coordenados com o objecto específico do contrato.”
- c) “Iniciado o procedimento, não pode ser feita discriminação de qualquer natureza entre os interessados em contratar nem admitir-se qualquer interpretação das regras que disciplinam a



*contratação que seja susceptível de determinar uma **discriminação entre os concorrentes e aqueles que não apresentaram candidaturas ou propostas.***”

- d) *“Na formação dos contratos deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, e em cada procedimento deve ser consultado o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.”*
- e) *“Os programas de concurso, cadernos de encargos e outros documentos que servem de base ao procedimento, bem como os contratos, devem conter disposições claras e precisas.”*

Não foi igualmente observado o programa do procedimento.

II.F - O recurso ao financiamento através de entidade bancária

37. Como se viu na matéria de facto, desde o início do procedimento que se previu a necessidade de recurso a financiamento externo para a construção do pavilhão. Muito provavelmente terá sido este, aliás, o principal fundamento para o lançamento de uma pareceria, com o concreto desenho que a presente veio a ter. Caso tal questão não se suscitasse – quer porque a CML tivesse os recursos financeiros próprios necessários, quer porque pudesse ela própria recorrer a financiamentos externos – a solução poderia ter ocorrido dentro dos parâmetros correntes da contratação pública, com submissão mais estreita à legislação sobre contratação pública e à disciplina que resulta da Lei das Finanças Locais.

38. Efetivamente, já se dizia em reunião do Conselho de Administração da LCONVIDA que o desenvolvimento de projetos *“passa, necessariamente, pelo recurso à constituição de parcerias com empresas privadas, capazes de assumir os inerentes riscos de (...) **financiamento**”*.

E ao decidir o lançamento do procedimento referiu que *“a sociedade a constituir “(...) assumirá a concepção, **financiamento**, construção, (...) [do] pavilhão”*. E o anúncio e o programa do procedimento referiam que o procedimento tinha como objeto *“a selecção de empresa privada para a constituição, com a Lamego Convida, EM, de parceria público-privada, na modalidade de sociedade anónima, de capitais minoritariamente públicos, com vista à concepção, **financiamento**, construção, gestão e manutenção de um pavilhão multiusos (...)”*.

Coerentemente, nos requisitos de aptidão técnica, o programa exigia *“[e]xperiência na **estruturação, negociação e contratação de financiamento** para o desenvolvimento de projecto de natureza e dimensão similar”*. E igualmente, nos documentos que deviam instruir as propostas pedia-se a apresentação da *“**estrutura de financiamento**”*.

E no modelo de avaliação das propostas, previu-se como fator de avaliação a *“Estrutura de financiamento”* com uma ponderação de 14% ¹⁷¹.

39. Nessa sequência, a proposta concorrente e adjudicatária propõe que a *“(...) sociedade propõe a contratação de um financiamento bancário para a implementação dos projectos, pelo prazo de 25 anos, nomeadamente para a construção dos equipamentos a disponibilizar”*.

No projeto de acordo parassocial apresentado, em considerando, refere-se que os parceiros privados, *“tendo em conta as regras do Eurostat, relativas a parcerias público-privadas, assumem a responsabilidade pelo risco dos financiamentos, da construção e da disponibilização dos EQUIPAMENTOS (...)”*.

E, na parte dispositiva do projeto de acordo, atribui-se como responsabilidade dos parceiros privados a *“obtenção dos financiamentos, incluindo a prestação de eventuais garantias”* ¹⁷².

E no acordo efetivamente celebrado vieram a consagrar-se estas disposições ¹⁷³.

¹⁷¹ Sobre estes aspetos agora relembrados vejam-se as alíneas d), e), g), e i), subalíneas i. a iii., do nº 6.

¹⁷² Sobre estes aspetos agora relembrados veja-se a alínea k) subalíneas iii. e ix, do nº 6.

¹⁷³ Vejam-se as subalíneas iii. e vii. c) da alínea t) do nº 6.



40. Contudo, a concreta configuração da parceria, neste domínio, evoluiu como se viu na matéria de facto.

Como se sabe, as parcerias público-privadas assentam precisamente num critério de repartição de riscos¹⁷⁴.

A responsabilidade pelo risco em matéria de financiamento que deveria ser assumido pelos parceiros privados – como eles próprios reconheceram na sua proposta – total ou, pelo menos, parcialmente, foi toda ela passada para os parceiros públicos.

Ao ponto de na cláusula quinta da minuta ora em apreciação, se dizer que “[o] contrato de cessão de exploração, será celebrado pelo prazo de 24 anos a contar da data da entrega do [pavilhão], pelo que se a [LCONVIDA], **por qualquer motivo**¹⁷⁵, deixar de pagar as retribuições mensais acordadas, incorre no dever de pagar à [LRENOVA], o montante das retribuições mensais que serão devidas até final do CONTRATO, independentemente de este deixar de vigorar”;

Aliás, solicitada a matriz de riscos que esteve subjacente à abertura do procedimento de constituição da parceria, foi remetido uma matriz cujos riscos se reportam apenas a riscos de construção¹⁷⁶.

41. Assim:

- a) Foi celebrado, como se viu, um contrato de empréstimo entre a LRENOVA, a CML, a LCONVIDA e a Caixa Geral de Depósitos, com hipoteca, consignação de receitas e cessão de créditos, sob a forma de abertura de crédito, no valor de € 18.691.628, com possibilidade de atingir os € 20.000.000,00 destinado a financiar a aquisição do direito de superfície do prédio urbano para construção do pavilhão e bem assim a sua concepção, construção e equipamentos;
- b) Em documento complementar ao contrato foi entregue à CGD uma carta-conforto emitida pelo Município de Lamego;
- c) Em garantia das responsabilidades pecuniárias emergentes do contrato a LRENOVA constitui a favor da CGD hipoteca do direito de superfície sobre o terreno da construção do pavilhão, abrangendo todas as construções e benfeitorias que existam e as que venham a existir;
- d) A LRENOVA e o Município de Lamego reconhecem à CGD o poder de considerar os créditos emergentes do contrato de empréstimo imediata e integralmente vencidos e de executar a constituída hipoteca sempre que a LRENOVA, a LCONVIDA ou o Município de Lamego deixem de cumprir qualquer das obrigações assumidas;
- e) O Município de Lamego e a LCONVIDA declararam que tudo farão para que o serviço da dívida do empréstimo seja regular e pontualmente cumprido, obrigando-se, nomeadamente o Município de Lamego, a transferir as retribuições ou rendas a pagar à entidade que explore o pavilhão, por crédito na conta de depósito à ordem associada ao empréstimo;
- f) Em garantia de todas as responsabilidades decorrentes do empréstimo, em capital, juros, despesas e demais encargos, a LRENOVA consigna a favor da CGD as receitas correspondentes às retribuições/rendas que irá receber por quem explorar o pavilhão:
 - i. Segundo previsão inicial, pelo Município de Lamego;
 - ii. Segundo a atual minuta, pela LCONVIDA que, por sua vez, pela disponibilização do pavilhão ao Município, receberá deste os mesmíssimos montantes,

e sempre todos depositados na mesma conta bancária associada ao empréstimo.

42. Como resulta de uma leitura atenta da matéria de facto, contraído o empréstimo, quem o pagará com os inerentes encargos com ele relacionados será efetivamente a LCONVIDA. Mais: será o Município de Lamego mediante os pagamentos que vai realizar à LCONVIDA. Os parceiros privados da parceria nada pagarão e nenhuns riscos correrão.

¹⁷⁴ Vide o que se dispõe na alínea b) do artigo 7º do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril: “O estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado”.

¹⁷⁵ Mesmo os imputáveis à LRENOVA, perguntamos nós?

¹⁷⁶ Vide acima alínea nn) do nº 6.



43. Pergunta-se de novo: que relevância tem esta mutação para a avaliação jurídica da parceria?

E de novo se responde: tem toda a relevância.

Desde já sublinhe-se o que por várias vezes foi já dito: numa parceria não é aceitável que cada contrato seja visto de *per si*: nesta concreta matéria se revelou que é necessário proceder-se à análise e avaliação conjunta de vários instrumentos contratuais.

Como se referiu, face aos documentos do concurso, e ao quadro legal invocável, era expetável que as responsabilidades e riscos do financiamento devessem ser assumidos pelos parceiros privados. Assim mesmo foi entendido pelo concorrente vencedor que o traduziu na sua proposta inicial.

Esse era o quadro estabelecido *ex ante*, nesse domínio, para a construção da parceria e conseqüente desenho dos contratos pertinentes.

Era esse quadro que contribuiu para a definição do universo concorrencial inicial.

Relembre-se que no regime legal existente relativo a parcerias se refere que “*o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou parte, ao parceiro privado*”¹⁷⁷.

Caso, nessa matéria, se tivesse dito nos documentos do procedimento que os riscos pelo financiamento seriam todos suportados pela parte pública da parceria, muito natural seria que o universo de interessados e concorrentes se alargasse.

E assim sendo, os resultados financeiros que se poderiam ter obtido seriam diferentes.

Assim, o procedimento, nesse concreto domínio também não foi **equitativo, transparente e concorrencial**.

44. E acrescente-se: os parceiros privados não só não incorrem em qualquer risco no que respeita ao financiamento, como também tal acontece – nenhum risco – em matéria de exploração e de disponibilidade. O que, de acordo com as regras do Eurostat, tem implicações em matéria de endividamento da autarquia.

45. Mas a questão deve ser ainda vista noutra perspetiva: a evolução operada entre a proposta apresentada e a proposta que veio a ser adotada, a final, não tem qualquer suporte nos documentos do concurso que não previram a possibilidade dessa evolução.

Houve pois desrespeito também pelos documentos do concurso que, como, acima se afirmou, têm valor jurídico indiscutível e aos quais a entidade adjudicante deve obediência.

Mas mais: a solução concretamente adotada não teve qualquer correspondência com a proposta vencedora.

A proposta vencedora resultou de um procedimento de formação estabelecido pela entidade adjudicante. A solução adotada não resultou de nenhum procedimento.

Apela-se ao que diz o n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99: “*Nos procedimentos em que não esteja prevista qualquer negociação, as propostas apresentadas pelos concorrentes são inalteráveis até à adjudicação.*”

Relembre-se ainda o que acima se disse no n.º 34 a partir da doutrina comunitária.

46. Assim, deve concluir-se:

- a) O procedimento não foi neste domínio equitativo, transparente e concorrencial;

¹⁷⁷ O já citado n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 27 de Julho, então em vigor.



Tribunal de Contas

- b) Houve desrespeito pelas peças do procedimento;
- c) A solução adotada não resultou de nenhum procedimento concorrencial.

Caso o procedimento tivesse sido equitativo, transparente e concorrencial e se tivessem respeitado as peças do procedimento o resultado financeiro final teria sido, com elevada probabilidade, diferente.

47. Não foi pois observado o disposto no nº 1 do artigo 8º, nos nº 1 e 2 do artigo 9º, no artigo 10º e no nº 3 do artigo 14º do citado Decreto-Lei nº 197/99, quando estabelecem que:
- a) *“O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partida data daquela abertura.”*
 - b) *“Na formação dos contratos públicos devem proporcionar-se iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, segundo critérios que traduzam juízos de valor dos aspectos decisivos para contratar, coordenados com o objecto específico do contrato.”*
 - c) *“Iniciado o procedimento, não pode ser feita discriminação de qualquer natureza entre os interessados em contratar nem admitir-se qualquer interpretação das regras que disciplinam a contratação que seja susceptível de determinar uma discriminação entre os concorrentes e aqueles que não apresentaram candidaturas ou propostas.”*
 - d) *“Na formação dos contratos deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, e em cada procedimento deve ser consultado o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.”*
 - e) *“Efectuada a adjudicação, podem ser introduzidos, por acordo entre as partes, ajustamentos à proposta escolhida, desde que as alterações digam respeito a condições acessórias e sejam inequivocamente em benefício da entidade adjudicante.”*

Não foi igualmente observado o programa do procedimento.

II.G – A cedência da exploração do pavilhão

48. Quando o Conselho de Administração da LCONVIDA, com claro suporte da CML, decidiu promover o envolvimento de parceiros privados para conceção/construção do pavilhão e para recurso a financiamento externo, manifestou essa vontade primeiro dizendo que tinha em vista a **conceção e construção**¹⁷⁸ do pavilhão e, posteriormente, dizendo que a sociedade a constituir assumiria a **conceção, financiamento, construção, gestão e exploração** do equipamento¹⁷⁹.

Contudo, analisadas as peças do procedimento para constituição da parceria público-privada – vejam-se o anúncio e o programa do procedimento – a formulação do objeto do procedimento passou a ser diferente, na medida em que se tornou pública a vontade de selecionar uma empresa privada para a constituição, com a LCONVIDA de parceria público-privada, na modalidade de sociedade anónima, de capitais minoritariamente públicos, com vista à **conceção, financiamento, construção, gestão e manutenção** de um pavilhão multiusos¹⁸⁰.

Note-se igualmente que, nas peças do procedimento, os requisitos de aptidão técnica¹⁸¹ exigidos aos concorrentes se centram em capacidades de **construção** civil, os documentos que devem instruir as propostas¹⁸² – a par de elementos relativos à programação financeira e da contratualização – se centram também em elementos relativos à **execução física** do empreendimento, os fatores de avaliação da estrutura técnica das propostas¹⁸³ se centram exclusivamente nos **aspetos construtivos**.

¹⁷⁸ Vide acima a alínea d) do nº 6.

¹⁷⁹ Vide acima a alínea e) do nº 6.

¹⁸⁰ Vide acima a alínea g) do nº 6.

¹⁸¹ Vide subalínea i. da alínea i) do nº 6.

¹⁸² Vide subalínea ii. da alínea i) do nº 6.

¹⁸³ Vide subalínea iii. da alínea i) do nº 6.



Tribunal de Contas

No anexo II dos termos de referência, refere-se que a intervenção envolve a conceção, execução e instalação de equipamentos do Pavilhão¹⁸⁴.

Em conclusão: o procedimento tinha como objeto a constituição de uma sociedade anónima visando a **conceção, financiamento, construção, gestão e manutenção do pavilhão**.

Todos os elementos relevantes do processo apontam para que a exploração do pavilhão não constituía objeto do procedimento nem seria objeto da sociedade a constituir.

Mesmo os aspetos relacionados com a gestão e manutenção do pavilhão se prendem com a gestão física e manutenção física do equipamento. Contudo deve referir-se ainda: tendo em conta o Anexo II da minuta, o próprio plano de investimentos passa a ser da responsabilidade da LCONVIDA ¹⁸⁵.

Em resumo: à sociedade a constituir era solicitado que construísse e mantivesse o equipamento, com recurso a financiamento externo.

Nesse sentido vão os esclarecimentos prestados pela LCONVIDA ¹⁸⁶: “[a]té à presente data, tem competido, à (...)LRENOVA (...), enquanto entidade PPP, a responsabilidade de proceder à gestão da construção praticamente concluída em vias de ser recepcionada (envolvendo a fiscalização e testes inerentes), enquanto se encontra pendente de tramitação, a sua posição — já negociada — de promitente concessionária da exploração do Pavilhão MULTIUSOS, nos termos e condições precisos do Contrato-Promessa, instrumento outorgado em 30-12-2008 (...), a essa sociedade competiram e, por ela, considera-se terem sido cumpridas, integralmente as responsabilidades inerentes Concepção, Financiamento, Gestão da construção¹⁸⁷, Equipamentos Técnico-Funcionais e Manutenção.

E a exploração seria/será assumida pela LCONVIDA, no quadro aliás do seu objeto¹⁸⁸. Note-se contudo que nada foi programado verdadeiramente em matéria de exploração do pavilhão: nem pela LRENOVA (que nunca o assumiu, como se vê), nem pela LCONVIDA conforme esclarecimentos que prestou nos autos¹⁸⁹, nem pela CML.

49. Na mesma linha vai a própria proposta do concorrente adjudicatário, apresentada em 12 de dezembro de 2006, quando refere que “[f]icará a cargo da empresa municipal a exploração dos equipamentos disponibilizados pela sociedade anónima, equipamentos esses que serão objeto de celebração de contrato de arrendamento com a referida sociedade anónima” e quando no projeto de contrato de sociedade propõe que o seu objeto consista “[...]na construção, gestão e conservação de equipamentos, culturais, de serviços, desportivos e recreativos, bem como na construção e gestão de infra-estruturas turísticas e urbanísticas”.

Aliás os valores apresentados na proposta e que depois são assumidos na decisão de adjudicação prendem-se exclusivamente com os aspetos de execução física do empreendimento.

E o contrato de sociedade celebrado em 31 de maio de 2007 manteve a formulação proposta pelo concorrente para o objeto social da nova sociedade.

Depois, o acordo parassocial celebrado em 17 de outubro de 2007 refere que a exploração da infraestrutura é da responsabilidade da LCONVIDA ¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Vide subalínea v. da alínea i) do nº 6.

¹⁸⁵ Vide a alínea f) do nº 6.

¹⁸⁶ Vide alínea mm) do nº 6.

¹⁸⁷ Note-se que a LCONVIDA acaba por reconhecer que as obrigações contratuais dos parceiros privados terminaram com a conclusão da empreitada, reforçando-se este entendimento quando concretiza o direito à gestão da construção (e não da própria infra-estrutura), como já decorria do procedimento de constituição da PPPI, da proposta adjudicada, e do Acordo de acionistas.

¹⁸⁸ Vide a alínea b) do nº 6.

¹⁸⁹ Vide alínea gg) e ii) do nº 6.



Note-se que no acordo parassocial se distingue bem o que são responsabilidades da própria LRENOVA, dos parceiros privados e da LCONVIDA *qua tale*, e não enquanto “contribuinte” da LRENOVA. E a exploração é ali cometida à LCONVIDA, *qua tale*.

50. Só posteriormente se vem a clarificar esta questão de outro modo, quando:

- a) Em 30 de dezembro de 2008, foi celebrado um contrato-promessa de cessão de exploração do pavilhão multiusos entre a LRENOVA e a CML. Esta alteração prende-se obviamente com as condições de contração do empréstimo e a necessidade de dar suficientes garantias à CGD;
- b) E agora, mediante o contrato que se pretende celebrar, com base na minuta *sub judicio* a CML cederá à LCONVIDA a sua posição de cessionária da exploração do pavilhão e a LRENOVA promete conceder à LCONVIDA a exploração do pavilhão que, por sua vez, o “alugará” à própria CML, conforme plano de negócio apresentado pela LCONVIDA.

51. Pergunta-se mais uma vez: que relevância tem esta mutação para a avaliação jurídica da parceria?

E mais uma vez se responde: tem toda a relevância.

De novo se verifica que para analisar um instrumento contratual, numa parceria, é necessário proceder-se a uma avaliação conjunta com os demais instrumentos: neste caso, a minuta ora sujeita a fiscalização prévia tem de ser analisada em conjunto com o contrato-promessa anterior, que por sua vez deve ser visto em articulação com o contrato de empréstimo celebrado, e todos em relação com o contrato de sociedade e o acordo parassocial que são o resultado do procedimento inicial.

Ora, se o procedimento inicial não incluía no seu objeto a exploração do pavilhão, se as peças do procedimento nessa matéria eram praticamente omissas, se a própria proposta adjudicatária não se lhe referia, dizendo simplesmente que tal atividade competiria a outra entidade e não à nova sociedade (aceitando assim, à partida que embora o direito de propriedade do pavilhão lhe fosse conferido, ele estava restringido nessa dimensão), é patente que a definição a final de que a exploração estava no âmbito da nova sociedade e esta o vai ceder à CML – num primeiro momento – e à LCONVIDA, finalmente, constitui uma alteração relevante do quadro contratual e de formação dos contratos.

De novo se justificaria aqui repetir os argumentos já expendidos sobre a relevância do que se estabelece nos documentos dos procedimentos para a definição do universo de potenciais interessados e de concorrentes.

De novo se justifica aqui reafirmar que, no caso de se ter definido à partida que a exploração caberia à nova sociedade e que esta a poderia transmitir onerosamente, aquele universo se alteraria e os resultados financeiros a obter seriam diferentes.

Assim, o procedimento, nesse concreto domínio também não foi **equitativo, transparente e concorrencial**.

52. Também agora, como acima se fez no nº 46, se deve afirmar que não foi observado o disposto no nº 1 do artigo 8º, nos nº 1 e 2 do artigo 9º, no artigo 10º e no nº 3 do artigo 14º do citado Decreto-Lei nº 197/99.

53. Mas a questão deve ser ainda vista noutra perspetiva: acontece que a LRENOVA pretende transmitir à LCONVIDA a exploração do pavilhão, que estava excluída do procedimento de formação do contrato de sociedade que lhe deu origem.

Em linguagem corrente diga-se que pretende transmitir o que não tem.

Ora, estabelece o nº 1 do artigo 401º do Código Civil que a “*impossibilidade originária da prestação produz a nulidade do negócio jurídico*”.

¹⁹⁰ Vide nº 6, alínea t), sub alínea vii., a alínea f), acima.



II.H – A minuta de contrato-promessa de cessão de posição contratual e de cessão de exploração do pavilhão multiusos e o exercício das competências de fiscalização prévia.

54. Como se sabe, foi remetida para fiscalização prévia a minuta de contrato-promessa de cessão de posição contratual e de cessão de exploração do pavilhão multiusos a ser assinado pela LCONVIDA, CML e LRENOVA.

Essa minuta – e contrato que ao seu abrigo se pretende celebrar – relaciona-se estreitamente com um conjunto de instrumentos contratuais celebrados na sequência de um contrato de sociedade e do procedimento que lhe deu origem: deu origem a este contrato de sociedade e, indiretamente, a todos os demais.

E, portanto, também a esta minuta.

Já se viu – acima, nos n.ºs 28, 36, 46 e 51 - que o referido procedimento está ferido de várias ilegalidades que se transmitem aos contratos.

Tais ilegalidades prendem-se sobretudo com a violação de regras e princípios fundamentais a observar nos procedimentos de formação de contratos públicos: transparência e publicidade, igualdade, concorrência, proporcionalidade, boa fé e estabilidade.

Tais violações têm impacto direto na definição do universo de potenciais interessados e concorrentes.

Com o procedimento, envolvendo tais violações e tal impacto, produziu-se o resultado financeiro que os autos demonstram. Caso aquelas violações não tivessem ocorrido o resultado financeiro que se teria obtido seria obviamente diferente.

55. O que nessa minuta se trata já antes se analisou em especial.

Para além de também ela padecer dos vícios que foram imputados ao procedimento original ao abrigo do qual ela é elaborada, padece igualmente do vício referido no n.º 52.

Mas diga-se mais: questionada sobre os fundamentos para este concreto valor das rendas foi dada uma resposta pela LCONVIDA que em nada as justifica substancialmente¹⁹¹: “[o]s valores apresentados nas participações financeiras no período de 2012 a 2035 resultam da cláusula 5.ª do CONTRATO-PROGRAMA entre o Município de Lamego e a Lamego ConVida, EEM no período de 2006 a 2036, tendo por finalidade o cumprimento da cláusula 1.ª do mesmo contrato” e que “[a]través do Contrato Programa foram efectuadas dotações orçamentais específicas destinadas a cada equipamento disponível e a disponibilizar, tendo por objectivo a missão da Lamego ConVida, EEM”.

É suposto que as rendas a pagar pela exploração do pavilhão tenham uma relação económica com a atividade em concreto a desenvolver e constituam a contrapartida pela disponibilização do equipamento.

Mas tal demonstração não foi feita, o que permitirá dar origem a considerações sobre a possível relação do valor das rendas com o valor investido na construção, com o empréstimo contraído para suportar tal construção e aquisição onerosa do direito de superfície, e todos os demais encargos inerentes a tais operações.

56. Dispõem as alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC que constitui fundamento de recusa do visto a desconformidade de atos, contratos e demais instrumentos sujeitos a fiscalização prévia com as leis em vigor que implique nulidade e/ou ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.

Basta pois haver uma possibilidade de alteração dos resultados financeiros para este Tribunal dever recusar o visto.

¹⁹¹ Vide alínea ee) do n.º 6.



E diga-se que a gravidade de violações constatadas no procedimento de formação da parceria é tal, que não é exagerado afirmar-se que tal alteração não se limita a ser uma possibilidade, estando-se mais no território das fortes probabilidades e das certezas.

*

Vejamos cada uma das questões a decidir.

(i) Violação do estabelecido no n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 197/99 no procedimento concursal que esteve na base da constituição de sociedade anónima.

Sobre esta dimensão do recurso, em síntese, o recorrente afirma que «*a constituição da sociedade [LAMEGORENOVA] emanou da realização de um concurso público*», sendo que as parcerias público-privadas de tipo institucional, como a que está em causa nos autos, «*apenas se enquadram no RJSEL nos termos do princípio da equiparação do objeto social (artigo 5.º, n.º 3 do RJSEL) devido à ausência de influência dominante por parte do Município*».

Como questão prévia condicionadora da apreciação das questões suscitadas pelo recorrente, há que sublinhar que não é questionado por este que o «complexo contratual» identificado na decisão *sub judice*, que está na origem da minuta do contrato sujeita a visto prévio por este Tribunal, parte de uma opção contratual unanimemente configurada como uma «Parceria Publica Privada Institucional».

O Município de Lamego, para concretizar um determinado objectivo da sua política autárquica, envolvendo a concepção, construção e manutenção de um pavilhão multiusos, optou pelo envolvimento de parceiros privados, pretendendo beneficiar através deste envolvimento das capacidades técnicas destes parceiros e também de recurso a financiamento externo concedido por entidade bancária.

Para concretizar este envolvimento, criou-se uma sociedade anónima de capitais mistos, maioritariamente privados, LAMEGORENOVA, SA, com a participação de uma entidade pública, a empresa municipal LCONVIDA, que funcionaria como «veículo» da intervenção pública, assegurada pelo Município de Lamego.



Tribunal de Contas

Também não é questionado pelo recorrente que, face à data de outorga dos contratos cruzados e complementares (diz-se, e bem, na decisão *sub judice* que se trata de um «complexo contratual») que condicionam o objeto da minuta sujeita a visto prévio e objecto deste recurso, não se aplicam a estes atos as normas do Código de Contratos Públicos.

Como é exemplarmente referido na decisão *sub judice*, tais contratos estão subordinados «à legislação sobre contratação pública que o antecedeu [o Código da Contratação Pública] e que, igualmente, se lhes aplicava» e «aos princípios e regras da contratação pública consagrados no direito nacional e aos que igualmente sejam aplicáveis por força de instrumentos do direito comunitário».

Não é discutido pelo recorrente a bem fundada decisão *sub judice* que reconhece ser de aplicar à factualidade, nomeadamente ao processo que levou à escolha dos parceiros privados pelo Município, o regime jurídico estabelecido no Decreto-lei n.º 197/99 de 8 de Junho.

O regime em causa naquele diploma - regime jurídico de realização de despesas públicas e da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis – tinha essencialmente por objectivo simplificar procedimentos, garantir a concorrência e assegurar a boa gestão dos dinheiros públicos na realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços, bem como da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e de serviços. É isso que decorre do seu artigo 1º.

Em tal diploma, estão estabelecidos um conjunto de princípios que devem presidir à formação e execução dos contratos, que obrigam as entidades públicas e privadas. É isso que nos diz o artigo 7º n.º 1: «observar as regras e princípios previstos no presente diploma, não podendo, designadamente, ser adoptados procedimentos diferentes dos nele tipificados, excepto quando previstos na lei».

Sublinha-se, naquele diploma, a tipificação dos princípios da transparência, publicidade, igualdade, concorrência, imparcialidade, boa-fé, estabilidade e responsabilidade, que vinculam os contratantes e que não são apenas princípios de natureza procedimental, aplicando-se em toda a dimensão da contratação pública enquadrada naquele diploma.



Tribunal de Contas

No caso em apreço, o Município de Lamego, no desenvolvimento do seu objectivo de disponibilizar para a população de um «pavilhão multiusos», através do processo de formação de uma PPPI, começou por efetuar e adotar o concurso público de escolha do parceiro privado. No aviso de abertura diz-se que o procedimento tinha por objeto “(...) a *selecção de empresa privada para a constituição, com a Lamego Convida, EM, de parceria público-privada, na modalidade de sociedade anónima, de capitais minoritariamente públicos, com vista à concepção, financiamento, construção, gestão e manutenção de um pavilhão multiusos (...)*”.

Recorde-se que na altura estava já em vigor o Decreto-Lei nº86/2003, de 27 de julho, [entretanto revogado pelo Decreto-lei n.º 111/2012, de 23 de maio] que conforma como parceria público-privada “o contrato ou união de contratos, por via das quais entidades privadas (...) se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou parte, ao parceiro privado”.

«A noção de parceria público-privada refere-se a uma qualquer forma de cooperação entre actores públicos e privados para a realização de determinados objectivos; (...) o parceiro público participa para cumprir as suas missões de interesse público e o parceiro privado para obter lucros» (cf. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 328).

Quanto à sua génese, a parceria é, na «na maior parte dos casos formalizada num contrato de sociedade (parcerias associativas ou institucionais) ou de cooperação (parcerias contratuais)», *ibidem*, p. 328.

No caso dos autos, conforme refere o recorrente, estamos em presença de uma parceria público privada «institucional».

Da legislação vigente, ainda que o seu normativo não seja directamente aplicável ao caso, podem retirar-se um conjunto de princípios que devem estar preenchidos tanto na fase de lançamento como de contratação das parcerias publico privadas.

Assim, ainda segundo Pedro Gonçalves, na obra citada, devem salientar-se os princípios: «(i) *da subsidiariedade das parcerias* (estas devem apresentar vantagens



Tribunal de Contas

relativamente a outras formas de alcançar os mesmos fins); ii) *da prévia adequação das parcerias às normas aplicáveis* (de modo a permitir que o risco seja transferido);(...);iv) *da identificação clara da partilha de riscos e da efectiva transferência de risco para o parceiro privado*».

Todos os princípios referidos são aplicáveis a esta figura jurídica, qualquer que seja génese e a natureza da parceria.

Em relação ao caso concreto – e aqui entra-se na questão essencial em que o recorrente parece não concordar com o decidido – não está em causa, como pretende o recorrente, que não tenha havido concurso público.

Está em causa, sim, conforme decorre com clareza da decisão, o facto de não ter sido efectuada qualquer ponderação dos custos e benefícios decorrentes da opção pela utilização da parceria publico privada em relação a outras formas de chegar ao resultado pretendido, para se alcançar o fim pretendido.

Esse é, dir-se-ia, «o nó do problema». E sobre isso o recorrente não argumenta qualquer facto que conteste os factos sobre os quais foi proferida a decisão *sub judice*.

Da matéria de facto que está em causa decorre, claramente, que nada foi efectuado no sentido de saber a ponderação e a avaliação concreta dos custos e dos benefícios para o interesse público (e é isso que importaria fazer) relativamente à opção pela «montagem» da operação que levou à construção da parceria. Mas não só sobre essa opção teria que ser efectuada uma decisão fundamentada.

Também em relação ao conteúdo da parceria a celebrar, nomeadamente em relação à dimensão do montante dos riscos, da sua partilha entre o parceiro público e o parceiro privado e, sobretudo, a identificação do «benefício» concreto que adviria para o interesse público pela opção “parceria publico-privada”, teria que estar sustentada numa fundamentação adequada de modo a que se justificassem as razões do conteúdo da opção tomada.

Conforme se refere na decisão *sub judice*, nada disso foi efectuado para além de uma fundamentação genérica em que se refere que «o Presidente do Conselho de Administração da LCONVIDA informou aquele órgão que “(...) perante a impossibilidade de endividamento da empresa e atentas as suas naturais limitações financeiras e organizativas, o desenvolvimento dos projectos que pretende



Tribunal de Contas

implementar passa, necessariamente, pelo recurso à constituição de parcerias com empresas privadas, capazes de assumir os inerentes riscos de concepção, financiamento e construção”. Na mesma decisão consta ainda a informação de que “[t]al parceria deverá assegurar a implementação e a gestão de projectos muito específicos e devidamente caracterizados, aproveitando, não apenas a compleição financeira como também a experiência e o know-how dos parceiros privados envolvidos, no que respeita à execução de equipamentos e à prestação de serviços, em ordem a uma progressiva superação das carências infra-estruturais do concelho e à potenciação do seu crescimento económico e social».

Se não se questiona a «impossibilidade do endividamento da empresa e as suas naturais limitações financeiras», importaria desenvolver e fundamentar, com factos, todos os restantes pressupostos em que assentaria a opção pela parceria.

Não está demonstrado – e deveria estar – qual a alternativa à parceria, qual o benefício económico e financeiro deste modelo em relação a outro, quais os riscos concretos (e o seu grau) assumidos pelo parceiro privado e pelo parceiro público, para que a opção fosse uma opção devidamente centrada no critério legal então vigente, por via do artigo 12º n.º 1 do Decreto lei n.º 197/99, que estabelece a imposição da escolha do procedimento «*mais adequado ao interesse público a prosseguir, ponderando-se os custos e os benefícios decorrentes da respectiva utilização*».

A opção por um instrumento contratual ou negocial que envolva interesses públicos não pode deixar de ter na sua base uma **fundamentação concreta** que permita justificar a opção tomada, em termos de custos e benefícios, nomeadamente de natureza económica e financeira.

Não basta, como pretende o recorrente, efetuar uma decisão sustentada na opção «zero», ou seja no facto de que a «estrutura contratual em que assentou a parceria teria sido a mesma, porque a alternativa teria sido a de não criar as infra-estruturas».

Não se questiona que o «*motivo determinante do lançamento da parceria foi um e só um: criar as infraestruturas que no juízo democrático do Município são essenciais para satisfazer as necessidades das populações*», como refere o recorrente.

A questão está em saber se para essa justa finalidade a opção tomada é a financeira e economicamente mais adequada em função do que a lei impõe para prosseguir o interesse público subjacente à concretização dessa finalidade. E isso não está, nem esteve, no caso demonstrado.



Tribunal de Contas

O princípio da subsidiariedade das parcerias-público privadas foi assim claramente postergado.

Daí que nesta dimensão do recurso, careça de razão o recorrente, porquanto a decisão não merece qualquer reparo.

(ii) Violação do n.º 1 do artigo 8.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º, e artigo 10.º e no n.º 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 197/99 na constituição do direito de superfície;

Sobre esta dimensão do recurso conclui o recorrente que *«não existindo no procedimento qualquer restrição sobre o modelo contratual subjacente à obtenção do financiamento, não se pode entender o contrário, ou seja, que o que nele se estabelece é suficientemente restritivo para impedir a apresentação de qualquer proposta prevendo a constituição do direito de superfície. Sustenta, para tanto, que qualquer interessado poderia ter apresentado uma proposta com um financiamento suportado num modelo contratual prevendo a constituição do direito de superfície»*. Daí que entenda que *«não foram, assim, violados os alegados princípios, nem os indicados preceitos do DL 197/99»*.

Comece por referir-se que a questão essencial sobre a qual se sustenta o decidido sobre esta matéria, tem a ver com o facto – não contestado – de que a constituição e cedência do direito de superfície sobre os terrenos onde se iria implementar o objeto da parceria (constituindo, pode dizer-se, a contraparte no contrato da LCONVIDA) não se encontrava prevista no procedimento do lançamento da parceria.

Diz-se, na decisão *sub judice*, que *«caso nesta matéria, se tivesse dito nos documentos do procedimento que se procederia à transmissão do direito de superfície sobre os terrenos para a sociedade a constituir o universo de interessados e de concorrentes seria naturalmente diferente»*. Mas na decisão diz-se mais e porquê. É que a questão da existência e cedência do direito de superfície comporta um papel muito importante no acesso ao financiamento de toda a operação.

Vejamos.

Ainda em síntese vale a pena sublinhar que no procedimento de decisão e lançamento da PPP, da responsabilidade do Conselho de Administração da LCONVIDA, de 5



Tribunal de Contas

de Setembro de 2006, referia-se que foi decidido promover «*elaboração do processo de concurso público(...), relativo à selecção da(s) empresas (s) privada(s) que deva(m) integrar a parceria, tendo em vista a concepção e construção de um Pavilhão Multiusos, a implementar no paquer da Cidade e do Edifício Técnico-administrativo da Câmara Municipal, a implantar na envolvente do edifício dos Paços do Concelho, em terrenos a ceder à empresa pela Câmara Municipal, no âmbito de contrato de comodato a celebrar oportunamente para o efeito*».

É apenas no Projecto de «Acordo e Cooperação Técnica, Económica e Financeira» apresentado pelo concorrente n.º 1 (a quem viria a ser adjudicado a parceria) que surge a questão e a proposta da constituição de um direito de superfície sobre os prédios. Aí se diz que “[p]ara concretizar a parceria as PARTES associaram-se mediante a constituição da SOCIEDADE, em cujo capital os PRIMEIROS CONTRATANTES¹⁹² entram com dinheiro e a [LCONVIDA] com o direito de superfície sobre os PRÉDIOS”.

Após a adjudicação e, sobretudo, após a constituição, em 6 de Junho de 2007, do direito de superfície, por 20 anos, a favor da LCONVIDA, pelo valor de € 4 800 000,00, incidindo sobre os terrenos destinados à construção do pavilhão multiusos e do edifício técnico administrativo municipal, constata-se a evidência da importância da constituição do direito de superfície em causa.

Desde logo, em 18 de Outubro e 29 de Outubro de 2007 é aprovada, pelo órgãos municipais, a extensão temporal do direito de superfície para 30 anos. No Acordo de accionistas outorgado em 17 de Outubro é efectuado o compromisso da LCONVIDA para alienar à LRENOVA o direito de superfície sobre o terreno [o que não estava na proposta de adjudicação da parceria]. Tudo isto formalizado em 4 e 21 de Dezembro de 2007 e 30 de Dezembro de 2008 [conforme factualidade supra referida em v), w) e x)].

Mas mais relevante sobre a «essencialidade» do direito de superfície em todo este processo, decorre da factualidade que envolve a «entrada» das entidades financeiras no projecto, mais concretamente a Caixa Geral de Depósitos.

Conforme se vê na factualidade supra mencionada em z), a aquisição do direito de superfície em causa pela LRENOVA não só foi financiado pela CGD como funcionou

¹⁹² Os membros do consórcio concorrente e adjudicatário.



simultaneamente como garantia das responsabilidades pecuniárias emergentes do contrato de empréstimo que envolveu todos os intervenientes.

Recorde-se, para que não fiquem dúvidas, que no âmbito do direito de superfície, está em causa um direito real de gozo, com a amplitude e a relevância jurídica que tais direitos comportam, nomeadamente permitir ser objecto de constituição de outros direitos reais sobre si, ser transmissível e ser objecto de garantias reais, como por exemplo, a hipoteca, nos termos do artigo 688º nº 1 alínea c) do Código Civil.

Se isto é assim, como é, então seria inequívoco que, quando do lançamento do projecto de parceria, se referisse concretamente a possibilidade/admissibilidade da utilização deste direito de superfície dos terrenos em causa, como instrumento a disponibilizar aos futuros contratantes, nomeadamente aos privados.

É evidente que um tão (juridicamente) relevante instrumento de utilização no complexo conjunto contratual que envolve a parceria, teria que ser conhecido por todos os possíveis contratantes quando do lançamento da parceria. Estamos a falar da admissibilidade de um direito real de gozo sobre determinados imóveis. O que não foi feito.

O procedimento da parceria aludia tão só à disponibilidade dos terrenos por via de um contrato obrigacional, ou seja, pela utilização de um comodato como forma de disponibilização dos terrenos onde se construiria o pavilhão.

Daí que nunca seria indiferente, de todo, à elaboração de propostas para a parceria, o conhecimento deste elemento fundamental ao concurso.

A possibilidade de intervenção do parceiro público, numa parceria, através da utilização, por este, de um direito real de gozo, pelas potencialidades que este comporta, é um elemento fundamental que tem que ser conhecido previamente no procedimento de lançamento da parceria.

Trata-se de um elemento essencial ao contrato, por via das potencialidades que encerra, que deve estar previamente definido e ser dado a conhecer aos futuros contratantes.

No caso em apreço, não o tendo sido feito, como não foi, é claro face à legislação em vigor à data, que foi violado o disposto nos n.º 1 do artigo 8º, nos nº 1 e 2 do artigo 9º, no artigo 10º e no artigo 13º nº 2 do Decreto lei n.º 197/99.



(iii) Violação do n.º 1 do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º, artigo 10.º e no n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99 no financiamento.

Sobre esta dimensão do recurso, alega e conclui o recorrente no sentido de que *«não pode confundir-se a obrigação de pagamento, a ponto de se considerar que constitui um risco semelhante ao risco do financiamento que lhe está subjacente»*. Mais refere que *«o procedimento concursal deixou para capacidade dos concorrentes a construção do modelo de financiamento, inclusive valorizando-o no modo de avaliação das propostas, pelo que de modo algum se pode considerar que existe desvio concorrencial e que o procedimento não foi equitativo, transparente e concorrencial»*.

A questão topicamente aflorada pelo recorrente assume uma relevância fundamental mas, diga-se desde já, para dar razão ao que é referido na decisão *sub judice*.

Da análise dos factos – e é sobre eles que temos que fazer uma apreciação jurídico financeira – sobre o financiamento da parceria e os riscos que a mesma envolve, só uma conclusão pode extrair-se (como aliás extraiu a decisão em apreço): os parceiros privados da parceria não correm riscos financeiros e nada pagam.

Se é certo que o parceiro privado assume o risco pela «construção» do equipamento (e isso não está em causa), é inequívoco que a responsabilidade pelo financiamento, quer da aquisição do direito de superfície, quer da construção do pavilhão e respetivo equipamento é do Município - veja-se o contrato outorgado em 30 de Dezembro de 2008 entre a LRENOVA, Município de Lamego, LCONVIDA e Caixa Geral de Depósitos.

Não há dúvida de que quem vai assumir todos os encargos financeiros do projeto é o Município de Lamego, diretamente ou através do «veículo» que utilizou a empresa LCONVIDA.

Se temos muitas dúvidas sobre a compatibilização deste acordo com o quadro jurídico-financeiro vigentes (e isso, nesta dimensão do recurso não está a ser, por ora, apreciado) não há qualquer dúvida, de que com esta factualidade e se



esta facticidade fosse previamente conhecida quando do lançamento do concurso para a parceria, certamente estar-se-ia perante um alargamento do universo dos concorrentes interessados. E certamente os resultados financeiros seriam diferentes.

Vale a pena atentar no conjunto normativo composto pelos artigos no artigo 8º n.º 1, nos nº 1 e 2 do artigo 9º, no artigo 10º e no nº 3 do artigo 14º do citado Decreto-Lei nº 197/99: a) *“O critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem estar definidos previamente à abertura do procedimento e ser dados a conhecer a todos os interessados a partida data daquela abertura”*; b) *“Na formação dos contratos públicos devem proporcionar-se iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, segundo critérios que traduzam juízos de valor dos aspectos decisivos para contratar, coordenados com o objecto específico do contrato;”* c) *Iniciado o procedimento, não pode ser feita discriminação de qualquer natureza entre os interessados em contratar nem admitir-se qualquer interpretação das regras que disciplinam a contratação que seja susceptível de determinar uma discriminação entre os concorrentes e aqueles que não apresentaram candidaturas ou propostas.”* d) *“Na formação dos contratos deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, e em cada procedimento deve ser consultado o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.”* e) *“Efectuada a adjudicação, podem ser introduzidos, por acordo entre as partes, ajustamentos à proposta escolhida, desde que as alterações digam respeito a condições acessórias e sejam inequivocamente em benefício da entidade adjudicante.*

Face a este quadro normativo não pode deixar de concluir-se que, também na demonstração prévia dos requisitos específicos sobre os quais os parceiros privados (e os públicos) iriam participar na parceria em causa, foi violado aquele conjunto normativo.

Neste sentido, também nesta parte, não merece qualquer reparo a decisão *sub judice* e, ao contrário, não procede esta dimensão do recurso.



(iv) Violação do n.º 1 do artigo 8.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º, artigo 10.º e no n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99 relativamente ao âmbito da cedência da exploração.

Sobre esta dimensão do recurso, embora de um modo muito pouco explícito, pretende o recorrente, nas suas conclusões, questionar a decisão na parte em que se decidiu pela não conformação do contrato aos princípios da equidade, transparência e concorrência, por via da inexistência no procedimento prévio, da menção à exploração do pavilhão a construir.

Regressando à decisão de 10 de Novembro de 2006 que consubstancia a deliberação do Conselho de Administração da LCONVIDA sobre as peças para o concurso, aí se refere que *«a sociedade a constituir (...) assumirá a concepção, financiamento, construção, gestão e exploração de equipamentos e infra-estruturas municipais, reportados, neste caso particular, ao Pavilhão Multiusos Municipal e ao edifício Técnico-administrativo Municipal, incluindo os respectivos parques de estacionamento e a qualificação de ambas as envolventes urbanas»*.

Por sua vez, nos anúncios de abertura do concurso, de 17, 21 e 22 de Novembro de 2006 refere-se que este tinha por objeto *“(...) a selecção de empresa privada para a constituição, com a Lamego Convida, EM, de parceria público-privada, na modalidade de sociedade anónima, de capitais minoritariamente públicos, com vista à concepção, financiamento, construção, gestão e manutenção de um pavilhão multiusos e de um edifício técnico administrativo municipais, incluindo respetivos parques de estacionamento e requalificação das envolventes urbanas”*.

Não há, em tais instrumentos, uma sobreposição entre o que se diz na deliberação do Conselho de Administração da LCONVIDA e nos anúncios de abertura do concurso. Na primeira refere-se, claramente, como objeto do concurso, a «gestão e exploração». Nos anúncios refere-se a «gestão e manutenção». Ambos, naturalmente com referência ao Pavilhão Multiusos.

Na deliberação de 27 de Abril de 2007, quando se adjudica o procedimento ao concorrente n.º 1, seleccionando-o como parceiro para a constituição com a LCONVIDA de



Tribunal de Contas

uma parceria público-privada expressamente se refere que a mesma se destina à «*concepção, financiamento, construção e Manutenção de Equipamentos e Infra-Estruturas Municipais de acordo com a proposta apresentada(...)*».

Com interesse para a questão em apreço há que salientar que a proposta apresentada pelo concorrente n.º 1 referia, no plano estratégico e de desenvolvimento do projeto, que «*a sociedade propõe a contratação de um financiamento bancário para a implementação dos projectos, pelo prazo de 25 anos, nomeadamente para a construção dos equipamentos a disponibilizar. Posteriormente esses equipamentos serão disponibilizados à empresa municipal, a título de arrendamento pelo prazo de 25 anos, com reversão da propriedade para a empresa municipal no final do contrato(...). Ficará a cargo da empresa municipal a exploração dos equipamentos disponibilizados pela sociedade anónima, equipamentos esses que serão objecto de celebração de contrato de arrendamento com a referida sociedade anónima*».

Conforme se interpretou na decisão em apreciação, a exploração do pavilhão não constituía objeto do procedimento nem seria objeto da sociedade a constituir para a concretização da PPP.

E é com base nesta clara conclusão que duas consequências imediatas podem ser retiradas em relação ao objeto deste recurso que tem como finalidade, sublinha-se, apreciar das condições legais que permitam conceder o visto prévio referente à minuta do “contrato promessa de cessão de posição contratual e de cessão de exploração”, referente pavilhão multiusos de Lamego, pelo prazo de 24 anos, e no valor de € 33.483.050,00, a ser outorgado entre *LamegoRenova, Construções e Gestão de Equipamentos, SA*, a recorrente e *Município de Lamego*.

A primeira é que a omissão de qualquer referência ao contrato de exploração do pavilhão multiusos, quando do lançamento do procedimento para a parceria, viola claramente o disposto na 8.º .º 1, 9.º n.º 1 e n.º 2, 10.º e 14.º n.º 3 do Decreto lei n.º 197/99.

A segunda, e tão ou mais relevante, é que um contrato de cessão de exploração, cujo objeto é a transmissão de um estabelecimento, pressupõe que o cedente tenha a titularidade do objeto que se propõe ceder.



Recorde-se que um contrato de cessão de exploração de estabelecimento é um contrato atípico ou inominado que tem como objeto a transmissão de um estabelecimento, como um todo, como uma universalidade. Não é um contrato de arrendamento e não lhe são aplicadas as regras vincuísticas.

Não está, de todo, demonstrado que a LRENOVA tenha qualquer título legitimador sobre o estabelecimento «pavilhão multiusos», porquanto isso não estava incluído no contrato de parceria efectuado, e por isso, não pode esta entidade ceder a terceiros algo sobre o qual não tem qualquer título legítimo, nem podia ter.

Como decorre da lei, é nula qualquer transmissão assim efetuada, tendo em conta o disposto nos artigos 892º, aplicável ao caso por via do artigo 939º do Código Civil.

Tendo em conta o disposto no artigo 44º n.º 3 alínea a) da LOPTC evidencia-se por isso um motivo legal claro – nulidade da transmissão pretendida – para recusar o visto da minuta contratual agora em apreciação.

Embora com um fundamento jurídico diverso, a decisão *sub judice* não merece, nas suas consequências qualquer censura

(v) Alteração de resultados financeiros.

Sobre esta última dimensão do recurso, o recorrente, insurge-se essencialmente contra a existência de qualquer desconformidade legal que consubstancie alteração do resultado financeiro e, concretamente, refere nas conclusões que *«as rendas a pagar pela exploração do pavilhão têm uma relação económica com a atividade a desenvolver e constituem, com benefícios para o erário público, a contrapartida pela disponibilização do equipamento»*.

Estabelece o artigo 44º n.º 3 alíneas a) e c) da LOPTC que *constitui fundamento de recusa do visto a desconformidade de atos, contratos e demais instrumentos sujeitos a fiscalização prévia com as leis em vigor que implique nulidade e/ou ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro*.

Conforme vem sendo analisado, foram detectadas várias irregularidades e mesmo nulidades que, caso não tivessem ocorrido, poderiam ter como consequência um outro



Tribunal de Contas

resultado financeiro da complexa operação em curso. E isso é inequívoco do que vem sendo dito nas dimensões do recurso em apreciação.

Na apreciação da questão suscitada nesta última conclusão, que delimita o objecto do recurso nesta parte, não se reanalisam novamente aqueles vícios, mas tão só a questão de saber se há uma relação económica entre as rendas a pagar pela exploração do pavilhão e a actividade em concreto a desenvolver como fim ultimo da parceria, tendo em conta a minuta do contrato agora sujeito a visto.

Da factualidade em causa sobre esta questão, e em síntese com relevância para a decisão desta dimensão do recurso, está demonstrado que a 30 de dezembro de 2008 foi celebrado um contrato-promessa de cessão de exploração do pavilhão multiusos entre a LRENOVA e a CML para celebrar um contrato definitivo por um prazo de 25 anos, a contar da data da celebração, renovável por períodos iguais e sucessivos de 5 anos, prevendo-se retribuições mensais pagas pelo Município de Lamego à LRENOVA.

No contrato agora sujeito à apreciação deste Tribunal, o Município de Lamego cede a sua posição de promitente cessionário à LCONVIDA.

A LRENOVA promete conceder à LCONVIDA a exploração do pavilhão.

Em contrapartida pela exploração do pavilhão a LCONVIDA pagará à LRENOVA ao longo dos 24 anos o valor de € 33 483 050,00.

Na cláusula 4ª da minuta estabelece-se o seguinte quadro relativo aos valores (rendas) a pagar:

| | | Valor Anual € (a) | Valor Trimestral (Euros) |
|----|------|-------------------|--------------------------|
| 1 | 2012 | 1.516.260,0 | 379.065,00 |
| 2 | 2013 | 1.497.810,0 | 374.452,50 |
| 3 | 2014 | 1.479.360,0 | 369.840,00 |
| 4 | 2015 | 1.454.760,0 | 363.690,00 |
| 5 | 2016 | 1.436.310,0 | 359.077,50 |
| 6 | 2017 | 1.614.170,0 | 403.542,50 |
| 7 | 2018 | 1.590.800,0 | 397.700,00 |
| 8 | 2019 | 1.567.430,0 | 391.857,50 |
| 9 | 2020 | 1.544.060,0 | 386.015,00 |
| 10 | 2021 | 1.519.460,0 | 379.865,00 |
| 11 | 2022 | 1.494.860,0 | 373.715,00 |
| 12 | 2023 | 1.467.800,0 | 366.950,00 |
| 13 | 2024 | 1.441.970,0 | 360.492,50 |
| 14 | 2025 | 1.414.910,0 | 353.727,50 |
| 15 | 2026 | 1.385.390,0 | 346.347,50 |
| 16 | 2027 | 1.357.100,0 | 339.275,00 |
| 17 | 2028 | 1.326.350,0 | 331.587,50 |
| 18 | 2029 | 1.295.600,0 | 323.900,00 |
| 19 | 2030 | 1.264.850,0 | 316.212,50 |



Tribunal de Contas

| | | | |
|----|------|-------------|------------|
| 20 | 2031 | 1.231.640,0 | 307.910,00 |
| 21 | 2032 | 1.198.430,0 | 299.607,50 |
| 22 | 2033 | 1.163.990,0 | 290.997,50 |
| 23 | 2034 | 1.128.320,0 | 282.080,00 |
| 24 | 2035 | 1.091.420,0 | 272.855,00 |

Num acórdão recente deste Tribunal, diz-se, a propósito de questão relacionada com a violação de normas financeiras envolvendo a efectivação de uma despesa resultante da aquisição de um imóvel para fins desportivos que *«a necessidade de demonstrar o equilíbrio entre custos e benefícios, incluindo em termos intergeracionais, necessariamente assente em estudos que procedam à sua análise prospectiva, constitui, pois, inequivocamente, um requisito jurídico preliminar da avaliação do imóvel, da despesa com a respectiva aquisição e da sua afectação e administração. Não tendo sido feita a necessária análise custo-benefício, não está demonstrado o cumprimento de um dos requisitos legais da despesa. Tal incumprimento corresponde a violação de norma financeira»* - cf. Ac n.º 14/2012 1ª secção, Recurso ordinário 01/2012.

Não estando em causa nos autos, o mesmo tipo de contrato, está em causa, no entanto, a mesma exigência de demonstração do equilíbrio entre custos e benefícios de uma operação financeira que vincula as instituições públicas em termos intergeracionais.

A equidade intergeracional é um princípio orçamental consubstanciado na equidade na distribuição de benefícios e custos entre gerações que vincula as entidades públicas e, concretamente as autarquias, quando elaboram os seus orçamentos e efectuam operações financeiras cujos efeitos se produzem ao longo do tempo.

É isso que decorre, quer do artigo 10º da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 91/2001 de 20 de agosto, com as sucessivas alterações), quer do artigo 4º n. 3 da Lei das Finanças Locais (Lei n.º 2/2007 de 19 de janeiro).

Na aplicação do princípio da equidade intergeracional, a que se refere, concretamente o artigo 4º n.º 3 da Lei n.º 2/2007, há que ter em conta, antes de mais, a necessidade de se proteger as gerações vindouras, de forma a evitar que as decisões atuais não se reflitam negativamente nas condições sociais e económicas das gerações futuras.



Ou seja, quando se prevê um investimento a longo prazo impõe-se sempre analisar a distribuição de benefícios e custos entre as gerações que irão beneficiar de tal investimento.

Mais explícito e compreensível em função da natureza do tipo contratual em causa, é a necessidade de este princípio ser levado em conta, especificamente «nos encargos explícitos e implícitos em parcerias publico privadas, concessões e demais compromissos financeiros de carácter plurianual» efectuados pelas autarquias, nos termos do artigo 4º n.º 3 alínea f) da Lei n.º 2/2007, citada.

Sublinhe-se que analisar a distribuição de benefícios e custos entre gerações que irão beneficiar dos investimentos a efectuar através de parcerias impõe, no entanto que sejam **concretamente** determinados esses benefícios através de instrumentos sociológicos, económicos e financeiros próprios capazes de os identificar. E não apenas em conjunturas não fundamentadas ou retóricas discursivas sem qualquer conteúdo concreto.

Da factualidade em causa nos autos, supra referida de forma sintética para o que interessa a esta dimensão do recurso, temos por certo que não está demonstrado, ao contrário do que alega o recorrente, que *«as rendas a pagar pela exploração do pavilhão, têm uma relação económica com a actividade a desenvolver e constituem, com benefícios para o erário público, a contrapartida pela disponibilização do equipamento»*.

Não estão demonstrados quaisquer factos que evidenciam e concretizem a actividade a desenvolver pela exploração do pavilhão durante o período em que se prevê a vigência do contrato e dos quais se possa retirar a conclusão de consubstanciarem uma contrapartida economicamente equivalente às rendas fixadas.

Não foi demonstrado qualquer plano de actividade a desenvolver ao longo do período do desenvolvimento da parceria.

Sobre qual será o conteúdo da gestão operacional do pavilhão, que segundo a própria recorrente vai *desde actividades industriais, comerciais, culturais e desportivas, visando a criação de riqueza e a criação de postos de trabalho* (cf. fls 295 dos autos) nada está dito e, além disso é reconhecido nos autos que só após o visto do Tribunal de Contas será concretizado. Situação que atualmente se mantém.



Por outro lado, o recorrente junta aos autos de recurso um documento que intitula de «Programa 2036», pretensamente justificador do quantitativo das rendas fixadas.

Uma análise ao documento mostra, com alguma perplexidade, que se trata de uma «cópia» do documento já junto anteriormente, denominado, então «Plano de Negócios 2012-2036» (fls 728 e seguintes), sendo apenas alterados algumas palavras nos seus vários ítems e os valores que constam nas tabelas juntas no documento. Para além de um conjunto de factos notórios, como sejam a caracterização social do concelho que, em concreto, nada acrescentam à necessidade de justificar a assumpção de responsabilidades financeiras na «operação financeira em causa», a alteração de valores que constam nas tabelas do «novo» documento não tem qualquer justificação nem é referido qual a razão das alterações significativas apresentadas. Aliás, para números diferentes (referenciados nas tabelas juntas nos dois documentos), são apresentadas conclusões iguais (cf. fls. 737 e 73 vs. do recurso).

Em síntese, e no que respeita aos valores das «rendas» importa sublinhar que os valores em causa não estão sustentados em qualquer fundamentação fáctica que permita concluir qual a sua relação com o serviço a prestar pela disponibilização do equipamento.

Daí que, também nesta dimensão do recurso, o mesmo não merece provimento.

*

Conforme se refere na decisão de primeira instância foram celebrados contratos no âmbito do complexo contratual em apreciação que não foram submetidos a fiscalização prévia.

Nesse sentido o processo deverá prosseguir para apuramento de eventuais infrações financeiras, que não tenham sido já identificadas no âmbito da fiscalização sucessiva, tendo em conta o disposto na alínea h) do n.º 1 do artigo 65º da LOPTC.

DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Plenário, em negar provimento ao recurso interposto por *Lamego ConVida- Gestão de Equipaments*



Tribunal de Contas

Municipais, E.E.M., mantendo-se a decisão recorrida.

O processo deverá prosseguir para apuramento de eventuais infrações financeiras, que não tenham sido já identificadas no âmbito da fiscalização sucessiva, tendo em conta o disposto na alínea h) do n.º 1 do artigo 65º da LOPTC.

Emolumentos pelo recorrente (artigo 16º n.º 1, alínea b) do Regulamento Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 27 de Novembro de 2012

Os Juízes Conselheiros,

(Mouraz Lopes-Relator)

(Morais Antunes)

(António Carvalho)

Fui presente

(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)