



Transitado em julgado em 19-02-2015

Acórdão n.º 04/2015-3.FEV-1.S/PL

Recurso n.º RO 15/2013-R

Processos n.ºs 119, 120, 121, 122 e 123/2013

Relator: Conselheiro João Figueiredo

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

I – RELATÓRIO

1. O Município de Alcobaça (doravante abreviadamente designado também por o Município) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1ª Secção, do Acórdão n.º 19/2013, de 1 de julho, que recusou o visto a cinco minutas de contratos a celebrar com a Cister – Equipamentos Educativos, SA (adiante abreviadamente designada por Cister), para vigorarem pelo prazo de 23 anos e 3 meses, no valor global de € 63.454.030,77.
2. As referidas minutas são relativas a:
 - a) Cessão de exploração do Pavilhão da Benedita (Proc. n.º 119/2013);
 - b) Arrendamento do Centro Escolar de Alcobaça (Proc. n.º 120/2013);
 - c) Cessão de exploração do Pavilhão Multiusos de Évora de Alcobaça (Proc. n.º 121/2013);
 - d) Arrendamento do Centro Escolar da Benedita (Proc. n.º 122/2013);
 - e) Cessão de exploração do Pavilhão Desportivo de Alcobaça (Proc. n.º 123/2013).



3. As minutas têm em anexo um Plano de Atualização de Retribuições de acordo com os quais o Município fica vinculado ao pagamento dos seguintes montantes, por contrato:
- a) € 3.319.709,37, pela cessão de exploração do Pavilhão da Benedita;
 - b) € 28.035.706,26, pelo arrendamento do Centro Escolar de Alcobaça;
 - c) € 6.168.431,40, pela cessão de exploração do Pavilhão Multiusos de Évora de Alcobaça;
 - d) € 21.425.377,62, pelo arrendamento do Centro Escolar da Benedita;
 - e) € 4.504.806,12, pela cessão de exploração do Pavilhão Desportivo de Alcobaça.
4. A decisão de recusa de visto, tomada com base nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC ¹, apresentou os seguintes fundamentos:
- a) Inexistência de estudos comparativos de avaliação económica e financeira, entre a solução adotada de constituição de uma parceria público-privada institucional e outras soluções, tradicionalmente adotadas na contratação pública;
 - b) Inexistência de partilha de riscos entre parceiro público e parceiros privados na parceria público-privada institucional constituída;
 - c) Falta de publicitação do anúncio do procedimento no JOUE para constituição da parceria público-privada;
 - d) Violação do princípio da equidade intergeracional.
5. O Município de Alcobaça recorre da referida decisão, por petição que aqui se considera integralmente reproduzida, e de que se retiram os seguintes trechos:

¹ 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.



“O Tribunal [incorrendo em erro de julgamento] rejeitou o visto às minutas dos contratos por entender que a constituição da Cister enferrou dos seguintes vícios formais: (1) falta de estudo de viabilidade económica e financeira da parceria e (2) falta de publicação do anúncio para selecção do parceiro privado no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)”.

“A constituição da “Terra de Paixão, EEM” foi precedida da elaboração de um estudo de viabilidade económica e financeira, tendo já em vista a futura criação da PPP designada Cister”.

Já nesse estudo se afirmava que “[p]retende-se, desta forma, demonstrar a viabilidade da exploração destes empreendimentos, no âmbito de um conceito de parceria público-privada, em que a empresa municipal assuma um papel fundamental ao nível do planeamento e desenvolvimento de projetos relacionados com a gestão de equipamentos públicos ” e que “[a] construção das escolas e pavilhões multiusos estará a cargo de uma empresa selecionada pela empresa municipal, no âmbito de uma parceria público-privada”.

“Entendeu o Município que a realização de novo estudo de viabilidade da parceria iria constituir um encargo financeiro adicional e dispensável, uma vez que os elementos de aferição dos custos e da sustentabilidade da PPP estavam ínsitos no estudo de viabilidade económica e financeira da Terra de Paixão, EEM”.

“O Município considerou que aquele estudo fundamentava suficientemente a constituição da parceria e a repartição dos custos entre os parceiros, cumprindo o fim da norma da al. f) do n.º 2 do art. 40 da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro (sendo que, em seu entender, o Dec. Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, não é aplicável à PPP institucional criada)”.

“No âmbito do contrato de empreitada das obras públicas construídas, coube ao parceiro privado executá-las e, conseqüentemente, emitir a favor da Cister as correspondentes garantias bancárias de boa execução. (...) E mesmo após essa receção definitiva, a responsabilidade pela conservação e manutenção dos equipamentos pertencerá, na qualidade de dona da obra, à Cister, no âmbito da qual os parceiros privados detêm participação maioritária. (...) Afigura-se, deste modo, que na celebração da PPP os riscos foram repartidos de modo a acautelar-se a posição financeira do parceiro público”.

“Sem embargo, o estudo de viabilidade económica e financeira da própria PPP só seria exigível se ela estivesse sujeita ao regime das parcerias contratuais, o que não era o caso, uma vez que a PPP criada é de tipo institucional. (...) Com efeito, segundo o entendimento do Município, o regime jurídico das PPP, aprovado pelo Dec. Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, alterado e republicado pelo Dec. Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, apenas disciplina as parcerias público-privadas de tipo puramente contratual, não sendo aplicável às parcerias público-privadas de tipo institucional (...). A PPP aqui em causa é uma parceria institucional à qual é aplicável o regime jurídico do sector empresarial local (RJSEL), aprovado pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, nos termos do “princípio da equiparação do objeto social” (art. 5.º, n.º 3 do RJSEL) (...). Acresce que o RJSEL apenas abrange as sociedades nas quais os municípios exerçam (...), uma “influência dominante” (...) (cf. art. 3.º). (...) O Município de Alcobaça não tem influência dominante na Cister, quer porque a maioria do capital social é detida pelo parceiro privado, que porque os seus direitos de voto não lhe permitem designar ou destituir a maioria dos membros daqueles órgãos. (...) Não sendo a Cister uma sociedade na qual o Município de Alcobaça exerça influência dominante e tendo a parceria sido constituída após a entrada em vigor do CCP, a sua criação não carecia de prévio estudo de viabilidade económica e financeira”.



“[O] valor da parceria correspondeu ao montante do capital social da Cister (50.000 euros), montante que dispensava a publicação do anúncio no JOUE. (...) Sem embargo, a publicação do anúncio no Diário da República conferiu publicidade ao procedimento e permitiu a apresentação de propostas por eventuais interessados nacionais. (...) Considera-se, por isso, que os princípios da transparência e da livre concorrência não foram violados com a preterição daquela formalidade. (...) Tal facto poderá justificar que o Tribunal julgue como verificada a degradação dessa formalidade em não essencial, o que se pede”.

6. O Ministério Público emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso. Nele se diz nomeadamente:

“[O] estudo de viabilidade económica e financeira elaborado para a constituição da empresa municipal (...) não pode ter validade para a constituição da parceria público privada. É que a constituição da PPP, como realidade específica, deveria ser precedida de um verdadeiro estudo no “sentido de saber a ponderação e a avaliação concreta dos custos e benefícios para o interesse público” (...).

“É sintomático, que o recorrente não coloca em crise a douta fundamentação do acórdão recorrido quanto [à] partilha de riscos e da equidade intergeracional (...).”

“Entende o Recorrente que o valor de parceria correspondente ao capital da CISTER (...) dispensava a publicação do anúncio no JOUE, bastando a sua publicação no Diário da República. Como se sublinha no douto acórdão recorrido “tanto a natureza do procedimento concursal (pelo tipo de contratação que impunha) como os valores envolvidos obrigavam, nos termos do artigo 52º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (vigente à data), à divulgação no jornal oficial da União de procedimentos concursais de natureza pública”.

A falta de publicitação no JOUE implicou uma redução do universo de potenciais concorrentes e, conseqüentemente, a violação dos princípios da transparência e da livre concorrência”. (...) É que o fim ínsito na norma que obriga à publicitação foi, efetivamente, postergado. Não houve um cumprimento imperfeito nem uma real concretização do fim inscrito na formalidade prescrita. Houve, sim, uma completa omissão da formalidade”.

7. Foram colhidos os vistos legais.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Questões preliminares

8. Antes da explicitação dos fundamentos da presente decisão refira-se que, na senda de inúmeras decisões já tomadas por este Tribunal – e às quais a decisão recorrida também atendeu - será dada prevalência à verdadeira substância das minutas de contrato sujeitas a fiscalização prévia e de outros contratos que, para a análise daquelas, se justifique fazer, e das relações jurídicas que têm relevância para a decisão. A designação formal que porventura lhes tenha sido



dada deve ceder perante a substância dos factos e suas pertinentes qualificações jurídicas.

9. Assim, designadamente, concorda-se com a decisão recorrida quando na matéria de facto e na sua avaliação jurídica atendeu a factos que embora digam respeito a outros contratos e respetivos procedimentos de formação, efetivamente apresentam uma forte interligação com as minutas sujeitas a fiscalização prévia, 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 pelo Município de Alcobaça, a Terra de Paixão, EEM, a Cister – Equipamentos Educativos, SA, e a CGD.
10. Efetivamente, as minutas de contrato *sub judicio* integram-se nesse “*complexo*” e – poderá dizer-se - constituem 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 destas minutas e a decisão que sobre elas 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 estes que agora se pretende celebrar.
11. Esta abordagem, já feita na decisão recorrida, não foi contestada, pelo que se manterá sem mais justificações.

Factos

12. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto referida na decisão recorrida. Dá-se pois por assente tal matéria.
13. Para melhor compreensão do que agora se decide, retomem-se os factos mais relevantes constantes do acórdão recorrido. São os seguintes:



a) Em janeiro de 2008, o Município de Alcobaça constituiu uma entidade empresarial local, designada “Terra de Paixão, EEM” (doravante dignada por Terra de Paixão) com o objeto social de desenvolvimento de atividades de caráter cultural, educativo e desportivo no Município, nomeadamente através da conceção, construção, gestão, manutenção, e exploração de dinamização de equipamentos e infraestruturas municipais, designadamente estabelecimentos escolares e pavilhões multiusos, prevendo-se ainda nos seus estatutos a possibilidade de participar na constituição de sociedades comerciais e participar em qualquer tipo de parcerias adequadas ao desenvolvimento do seu objeto;

b) Em março de 2008, o Conselho de Administração da Terra de Paixão tomou deliberação em que se disse:

«[D]e acordo com o estudo efetuado [constatou-se] ser indispensável recorrer à disponibilização de financiamentos privados que possibilitem, em regime de parceria, a implementação a curto-prazo destas infraestruturas [complexos escolares, infraestruturas complementares e um pavilhão multiusos] mediante o aproveitamento do capital e do saber fazer e experiência dos privados (...), aproveitando ainda a [sua capacidade] para assumir os riscos dos projectos, incluindo os de âmbito financeiro”;

c) Na mesma data foram aprovados o anúncio, programa de procedimento e Termos de Referência do procedimento de seleção de pessoas coletivas de direito privado, para participar com a Terra de Paixão na constituição de sociedade comercial de capitais minoritariamente públicos, para a conceção, implementação, desenvolvimento, construção, ampliação, requalificação, instalação, apetrechamento e conservação” de complexos escolares, infra-estruturas complementares e pavilhões multiusos;

d) Nos Termos de Referência dizia-se:

“Para além da constituição da sociedade entre a Terra de Paixão, EEM e a entidade privada, os principais aspetos formais a considerar deverão ter em conta: (i) a constituição do direito de superfície (...) a favor da sociedade anónima; (ii) a celebração de acordo de cooperação técnica e financeira entre os acionistas; e (iii) a celebração de contratos de arrendamento ou de cessão de



exploração entre a sociedade anónima e a empresa municipal, ou entidade por esta a designar”;

“No acordo de cooperação técnica e financeira ficarão consagradas as regras de repartição dos riscos do projeto entre a Terra de Paixão, EEM e os parceiros privados” e “[n]este sentido, e tendo presentes as determinações do Eurostat (...), [o acordo] estabelecerá claramente que a maioria dos riscos contratuais recai sobre os parceiros privados, designadamente os riscos de construção, financiamento e disponibilização dos estabelecimentos”;

- e) Em 1 de abril de 2008 foi publicado o anúncio do procedimento no Diário da República, mas não foi publicado no JOUE;
- f) No procedimento de seleção foi apresentada uma só proposta por um consórcio de empresas, onde a dado passo se afirmava:

“A retribuição periódica que resultará do contrato acima mencionado [de arrendamento ou de cessão de exploração], permitirá assegurar o equilíbrio de exploração, impedindo desta forma que os empréstimos contraídos pela Sociedade relevem para os limites de endividamento líquido do Município, nos termos da Lei 53-F/2006, de 29 de dezembro e da Lei 2/2007, de 15 de janeiro, na redação resultante da Lei do Orçamento para 2008”;

- g) Em julho de 2008, foi a Terra de Paixão autorizada pelo Município a constituir a parceria com o consórcio concorrente e foi celebrada a escritura de constituição da Cister;
- h) Em agosto de 2008, foi celebrado pela Terra de Paixão e pelos parceiros privados o Acordo de Acionistas, de Cooperação Técnica, Económica e Financeira;
- i) Em setembro de 2009, foi celebrada a escritura pública de constituição e transmissão do direito de superfície, de aberturas de crédito com hipoteca e de constituição de penhores, pelo Município, pela Terra de Paixão, pela Cister e pela CGD, em que consta designadamente o seguinte:
 - i. Constituição dos direitos de superfície sobre terrenos para construção de pavilhões multiusos e de complexo escolar, a favor da Terras de Paixão, que posteriormente vendeu onerosamente à Cister, pelo valor global de € 1.964.660.00;
 - ii. Declaração de que a Cister é proprietária dos prédios rústicos e de que esta celebrou com o Município de Alcobaça contratos de



arrendamento e de cessão de exploração para as infraestruturas já mencionadas;

- iii. Carta-conforto emitida pelo Município de Alcobaça em que este afirma:

“[C]umprirá os seus compromissos perante da Terra de Paixão, EEM e a [Cister], de modo a que esta possa cumprir as suas responsabilidades perante a [CGD]” e em que reconhece que “as declarações e compromissos contidos nesta carta constituem elemento determinante para a formação da vontade da Caixa Geral de Depósitos, SA no sentido da celebração dos referidos contratos”;

- iv. Concessão, pela CGD de um empréstimo à Cister, sob a forma de abertura de crédito, até ao montante de € 29.434.592,22, para financiar a aquisição dos direitos de superfície e dos direitos de propriedade, bem como a conceção e construção dos complexos escolares, pavilhões desportivos e pavilhão multiusos já indicados;
- v. Concessão à Cister, pela mesma entidade bancária, de um empréstimo de curto prazo de € 1.000.000,00 para apoio de tesouraria;
- vi. Aprovação, pela CGD, de um *plafond* à Cister para a prestação de garantias bancárias destinadas a garantir o reembolso do IVA, no valor de € 1.500.000,00;
- vii. Garantia dos empréstimos e *plafond* aprovados, a favor da CGD mediante hipoteca sobre os direitos de superfície e direitos de propriedade indicados, abrangendo todas as construções e benfeitorias que existam e as que venham a existir nos identificados prédios;
- viii. Declaração do seguinte teor:

“[O] Município e a Terra de Paixão tudo farão para que o serviço da dívida e quaisquer verbas que sejam devidas à CGD (...) sejam regular e pontualmente pagos, obrigando-se, nomeadamente, o Município a transferir as retribuições ou rendas a pagar à [Cister] decorrentes dos Contratos de arrendamento e Cessão de Exploração que ambos se encontram vinculados a celebrar”;



- j) À data de contração dos empréstimos concedidos à Cister, o Município não dispunha de capacidade de endividamento suficiente para os montantes concedidos;
- k) A fonte de financiamento para reembolso dos empréstimos concedidos é exclusivamente constituída pelas rendas e retribuições a pagar pelo Município à Cister;
- l) Quanto às minutas, note-se que no seu anexo I se diz:

“O presente Plano de Atualização de [Rendas ou Retribuições, conforme o contrato] foi estabelecido na base de um custo financeiro do financiamento de toda a operação assente na taxa Euribor a três meses, acrescida de um “spread” de [3,25] pontos percentuais e de uma comissão de acompanhamento e gestão de [0,20] de ponto percentual ao ano”;
- m) Em abril de 2009 foi celebrado um contrato de empreitada, entre a Cister e um dos sócios privados da Cister que abrangia a construção das infraestruturas já mencionadas, num valor estimado de € 23.024.093,53;
- n) Em março de 2013 foi celebrada escritura de cessão gratuita de ações detidas pela Terra de Paixão na Cister ao Município de Alcobaça, nos termos no n.º 4 do artigo 68.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto EEM e comunicado aos acionistas privados da Cister que o Município assume todos os direitos e obrigações da Terra de Paixão, no que respeita à posição desta no Acordo de Acionistas, de Cooperação Técnica, Económica e Financeira.

14. Para além de todos estes factos já constantes da decisão recorrida, outros devem ser considerados, porque constantes da petição de recurso (vide o seu artigo 32º):

- a) A Terra de Paixão não cumpriu os compromissos assumidos com a Cister;
- b) A Terra de Paixão foi extinta, com base no disposto no nº 3 do artigo 70º da lei nº 50/2012, de 31 de agosto;
- c) O Município pretende proceder à liquidação da Cister.



15. Os factos agora elencados – e todos os demais referidos na decisão recorrida – confirmam, como já se disse, a justeza da posição tomada pelo Tribunal *a quo* em relacionar as minutas agora sujeitas a fiscalização prévia e os demais contratos que corporizam a “*operação*” (como é qualificada no Plano de Atualização de Retribuições anexo às minutas) e que como acima se referiu constituem o seu “*fecho*”. Não pode efetivamente este Tribunal debruçar-se sobre as minutas *sub judicio* ignorando que elas se celebram entre o Município e uma entidade indiretamente por ele criada, com a participação de entidades privadas, e sem sujeitar ao seu escrutínio o respetivo procedimento de formação. É esse negócio público, no seu conjunto, que deve ser apreciado, para se retirarem conclusões quanto às minutas remetidas para fiscalização. Aliás, como também já se assinalou, essa abordagem não foi contestada pela recorrente.

16. Ainda no que diz respeito aos factos, dado que na petição de recurso se alega que a constituição da Cister não necessitava de prévia elaboração de estudo de viabilidade económica e financeira, dado que aquele que tinha sido elaborado para constituir a Terra de Paixão já tinha em vista a futura constituição da parceria, registe-se o que naquele estudo se diz de mais relevante nessa matéria:

“Numa fase inicial, a sua atividade estará limitada à gestão operacional de ações tendentes à programação das atividades a desenvolver no período de exploração dos equipamentos; e preparação de dossiers de interessamento, com vista à realização de parcerias público-privadas, visando o desenvolvimento e concretização de novos projetos, e estudo das respectivas fontes de financiamento”;

“Esta empresa municipal irá ocupar-se, a partir de Janeiro de 2010, da gestão e exploração das novas escolas e jardins-de-infância, e de um pavilhão multiusos, tendo por missão primordial a satisfação plena dos diferentes públicos, através da qualidade dos serviços que irá oferecer”;

“Numa segunda fase, a empresa irá proceder à gestão de todos equipamentos públicos do município, que a Câmara Municipal irá ceder-lhe, para além de poder desenvolver, ainda, outras atividades que se enquadrarem no âmbito do seu objeto social”;

“A construção das escolas e pavilhão multiusos estará a cargo de uma empresa selecionada pela empresa municipal, no âmbito de uma parceria público privada”;



Tribunal de Contas

“Após a construção destes equipamentos, serão cedidos os direitos de exploração dos espaços à empresa municipal, mediante o pagamento de uma renda mensal por um período de 25 anos, o que resultará na ausência de qualquer esforço de financiamento por parte da empresa municipal”;

“Como já foi referido, o investimento a realizar com a construção das novas escolas e pavilhão multiusos não constituirá encargo da empresa municipal, sendo apenas considerado no presente estudo exploração dos espaços”;

“Prevê-se que todos os trabalhos relativos à construção e apetrechamento dos equipamentos estejam concluídos no final de Dezembro de 2009, pelo que, a partir desta data se dará início à exploração dos recintos”;

“Numa fase inicial, entende-se razoável, face às restrições financeiras que são colocadas à empresa municipal, nomeadamente ao nível do endividamento, reduzir o seu investimento à aquisição de equipamento de apoio administrativo”;

“Não será contratado qualquer financiamento bancário, atendendo às restrições legais impostas à subscritora do capital da empresa municipal - a Câmara Municipal de Alcobça. Será, no entanto possível, por recurso a fluxos gerados pela diversificação do leque de novos serviços, financiar pontualmente novos investimentos”;

“No desenvolvimento do programa de gestão dos equipamentos públicos de Alcobça, a empresa beneficiará, como já foi referido, de apoio da autarquia, mediante acordo celebrado sob a forma de contrato-programa, atendendo a que está em causa a prossecução de um objetivo sectorial”;

Para o referido contrato-programa foi apresentado o seguinte quadro:

Contrato-Programa de Gestão	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Euros
Despesas de funcionamento	35.508,20	36.123,05	2.192.703,87	2.193.081,95	2.198.177,81	2.204.869,19	2.212.455,61	2.220.231,69	2.226.789,66	2.234.959,41	
Fornecimento e Serviços Externos	16.080,00	16.482,00	2.062.176,38	2.066.732,83	2.091.401,16	2.096.186,18	2.101.090,84	2.106.118,11	2.111.271,06	2.116.552,84	
Despesas com pessoal	8.514,04	8.726,89	99.611,33	102.101,61	104.654,51	107.270,51	109.952,27	112.701,08	115.518,60	118.406,57	
Amortizações	10.914,17	10.914,17	10.914,17	4.247,50	2.122,60	1.412,50	1.412,50	1.412,50	0,00	0,00	
Receitas Próprias	0,00	0,00	19.809,02	21.439,83	23.665,56	26.775,41	31.051,27	36.910,20	44.971,50	56.163,24	
Pavilhão Multiusos	0,00	0,00	14.739,94	15.873,30	17.521,16	19.823,56	22.989,28	27.327,03	33.295,33	41.581,30	
Serviços Complementares	0,00	0,00	5.169,08	5.566,53	6.144,41	6.951,83	8.061,99	9.583,18	11.676,17	14.581,94	
Total	35.508,20	36.123,05	2.172.794,88€	2.171.842,11	2.174.512,24	2.178.093,78	2.181.404,34	2.183.321,48	2.181.818,17	2.178.796,17	

17. Sem prejuízo do enquadramento jurídico que a seguir se fará, os factos elencados – e todos os demais constantes da decisão recorrida - indiciam e quase linearmente demonstram o seguinte:

- O Município pretendeu construir vários equipamentos;
- Esses investimentos eram financeiramente vultosos e o Município não tinha recursos próprios para os suportar;



- c) O Município não podia contrair empréstimos, dada a situação da autarquia face aos limites de endividamento fixados por lei;
- d) Para ultrapassar tal dificuldade, o Município decidiu constituir uma empresa municipal e, com a colaboração de entidades privadas, constituiu uma sociedade de capitais minoritariamente públicos que passou a ser o “veículo” da “operação”;
- e) Foi esta sociedade que recorreu à contração de empréstimos, dado não estar legalmente sujeita às limitações legais relativas ao endividamento municipal;
- f) Contudo, o Município celebrou um conjunto de instrumentos contratuais em que assume todas as responsabilidades relativas aos vultosos empréstimos contraídos, prestando nesse sentido várias garantias exigidas pelos credores e acautelando-se também os parceiros privados quanto aos seus interesses;
- g) Um dos parceiros privados executa a empreitada relativas à construção dos equipamentos.

18. No plano substancial - relembre-se o que acima se disse no nº 8 - dos factos referidos, e em particular dos que agora se retiraram da petição de recurso, bem se pode concluir que toda a operação se resume, em alguns aspetos essenciais, a empreitada de construção dos equipamentos do interesse do Município, executadas com recurso a financiamento bancário.

19. O destino que veio a ter a Terras de Paixão e o que se anuncia para a Cister confirmam que foram meros instrumentos na realização desta operação, sobretudo em duas dimensões: no recurso ao crédito externo e na execução da empreitada.

20. Assim, sem prejuízo do que se disser de seguida com base nas conclusões da decisão recorrida e do que foi contestado pela entidade recorrente, é evidente



que através desta operação, há factos que indiciam que o Município violou a Lei das Finanças Locais (designadamente o seu artigo 39º e o nº 10 do artigo 38º) porque:

- a) Não podia recorrer ele próprio a financiamento bancário dado o seu nível de endividamento e os limites fixados pela lei, e porque assumiu desde logo todas as responsabilidades pelo serviço das dívidas contraídas e agora de nova forma o assume pela extinção da Terra de Paixão e da Cister;
- b) Não podia conceder as garantias pessoais e reais, como fez.

21. Indiciam-se pois violações à Lei das Finanças Locais que poderiam ser invocadas como novos fundamentos para recusa de visto, face ao disposto na alínea b) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC, mas que não são agora mais analisadas, dados os poderes de apreciação deste Tribunal, nesta instância de julgamento.

22. Refira-se ainda que há evidência de que com a operação assim montada se evitaram mecanismos de controlo legalmente consagrados, designadamente a fiscalização prévia sobre os instrumentos contratuais relacionados com a contração de empréstimos que efetivamente só o Município deve honrar, e sobre o contrato de empreitada.

Enquadramento jurídico

Questões a decidir face à petição de recurso

23. Na senda do parecer do Ministério Público, note-se que a petição de recurso (vide o seu artigo 5º) começa por não pôr em causa, pelo menos expressamente, a decisão recorrida quando concluiu ter sido violado o



princípio da equidade intergeracional e ser insuficiente e contrária à lei a partilha de riscos estabelecida entre o parceiro público e os parceiros privados.

- 24.** Contudo, a propósito das questões relativas à falta de estudo comparador, no artigo 12º, o recorrente faz rápidas alusões no sentido de aquele princípio da equidade intergeracional ter sido observado e uma adequada repartição de riscos ter sido efetuada. Mas fá-lo com mera remissão para disposições legais, sem qualquer demonstração.
- 25.** Quanto à partilha de riscos, o recorrente também refere que o parceiro privado os assumiu através de apresentação de garantias bancárias. Ora estas foram prestadas como garantia da boa execução da empreitada – como resulta do regime das empreitadas – e em nada se relacionam com a partilha de riscos na parceria constituída.
- 26.** Assim, por não terem sido fundamentadamente contestadas, mantêm-se nessa parte as avaliações feitas e as conclusões tiradas no acórdão recorrido, no que respeita à inobservância das orientações legais em matéria de partilha de riscos e do princípio da equidade intergeracional.
- 27.** Devem pois abordar-se as seguintes questões remanescentes e expressamente suscitadas pelo recorrente:
- a) A falta de estudo de viabilidade económica e financeira na constituição da parceria público-privada;
 - b) A falta de publicação do anúncio no JOUE do procedimento de constituição da parceria.
- 28.** Antes de se enfrentarem essas duas questões, outra deve ser abordada, porque resulta do processado: a dilucidação sobre qual o regime jurídico aplicável na sua apreciação.



O regime jurídico aplicável

29. Efetivamente, nesta matéria, o acórdão recorrido e a petição de recurso defendem posições diferentes.

30. No acórdão recorrido, em síntese, defende-se que são aplicáveis:

- a) O Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e neste, em especial, os princípios a que se subordina a contratação pública;
- b) O Decreto-Lei n.º 86/2003, de 27 de julho, que estabelecia as normas e princípios condicionadores da formação e contratualização de parcerias público-privadas;
- c) A Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto), em particular o disposto no n.º 2 do seu artigo 19º que estabelecia que *«a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida»*;
- d) E o entendimento de que constituindo-se as parcerias 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.



31. Por outro lado, o recorrente defende expressamente a não aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 27 de julho, por considerar que estes diplomas legais não são aplicáveis às parcerias público-privadas de tipo institucional.
32. Considerando que a parceria criada é deste tipo, defende que se subordina ao disposto no regime jurídico do sector empresarial local (doravante designado por RJSEL), aprovado pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, mas só o que neste se dispõe, no n.º 3 do artigo 5.º, em matéria de objeto social das empresas municipais e sua relação com as atribuições das autarquias.
33. Para se estabelecer o regime jurídico aplicável há que atender à data em que se tomaram as decisões de lançamento do procedimento de seleção de parceiro privado para a constituição da parceria, que como se viu foi em março de 2008. E tenha-se presente que o procedimento para seleção do parceiro privado foi lançado pela Terra de Paixão e foi esta entidade que depois assumiu a participação na Cister. E lembre-se que a Terra de Paixão era uma entidade empresarial local.
34. Ora nesta data, vigorava efetivamente o RJSEL. E este, no seu artigo 14.º já dispunha:
- “Às parcerias público-privadas desenvolvidas pelas entidades a que se refere a presente lei é aplicável o regime jurídico das parcerias público-privadas desenvolvidas pela administração central, com as devidas adaptações”.*
35. É pois indubitável que à constituição da parceria consubstanciada na Cister e em cujo quadro se inserem as minutas sujeitas a fiscalização prévia (pese embora venha agora o Município a ser o seu subscritor, face à extinção da Terra de Paixão, mas segundo previsão constante dos Termos de Referência do procedimento que já antes o permitia) se aplicava o disposto no Decreto-Lei n.º 86/2003, de 27 de julho.



36. O recorrente veio, contudo, arguir que o regime das parcerias público-privadas constante do Decreto-Lei nº 86/2003, de 27 de julho, não se aplicaria às parcerias de tipo institucional, mas só às de tipo contratual.

37. Perante tal argumento, diga-se:

- a) Não só se diz na petição que “[a] PPP aqui em causa é uma parceria institucional à qual é aplicável o regime jurídico do setor empresarial local” e neste se prevê, como agora se viu, a aplicação do regime das parcerias lançadas pela administração central, sem distinguir se são de capitais maioritária ou minoritariamente públicos;
- b) Como o regime constante do Decreto-Lei nº 86/2003, de 27 de julho, pode e deve ser seguido na conceção, lançamento e posterior existência de parcerias público-privadas de natureza institucional.

38. De facto logo no seu artigo 2º se define parceria público-privada como

“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 atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou parte, ao parceiro privado”.

39. Ora, tal definição permite o enquadramento de ambos os tipos de parcerias: tanto pode a colaboração do ente público assentar em meros instrumentos contratuais cuja execução a vai corporizando, quer tal colaboração é obtida mediante a criação de um ente terceiro. E esta posição tem sido sempre sustentada em decisões deste Tribunal.

40. Como se sabe também ao nível do direito comunitário não existe regulamentação específica aplicável às parcerias público-privadas de tipo institucional. Tal não inibiu a Comissão Europeia de enunciar doutrina em que



nomeadamente se defende a aproximação dos regimes entre ambos os tipos de parcerias – pois o que está em causa é a obtenção da colaboração de entes privados de forma duradoira na satisfação de necessidades públicas – e em que se diz nomeadamente o seguinte:

“Contudo, no domínio dos contratos públicos (...) quando uma autoridade pública confia o exercício de uma atividade 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”²;

“Um processo equitativo e transparente de seleção de parceiro privado de uma PPPI garante o cumprimento do objetivo 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 seleção equitativo e transparente do parceiro privado dessa entidade no capital misto responde às exigências do TJCE”³.

41. Destas invocações doutrinárias e jurisprudenciais, o que mais resulta é que o procedimento para a constituição da entidade de capitais mistos deve ser equitativo, transparente e concorrencial, e legalmente conforme – tal como deve ocorrer na formação e celebração da generalidade dos contratos públicos – e o contrato ou contratos celebrados, na sua decorrência, devem respeitar as regras fixadas no procedimento. 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 ou outros potenciais interessados.

42. E diga-se claramente: se o procedimento de formação não tiver sido equitativo, transparente e concorrencial, porque é ele a origem de todos os demais contratos, fortemente interligados entre si – como neste caso a matéria de facto demonstra - essa conclusão não pode deixar de se transmitir aos contratos subsequentes. E se, porventura, os contratos celebrados

² Vide nº 2.1. da comunicação interpretativa sobre PPPI 2008/C91/02, publicada no JOUE, C91/4, de 12.04.2008.

³ Vide nota de rodapé nº 15 na Comunicação Interpretativa antes referida. Vide ainda acórdão do TJCE no Processo C-26/03, Stadt Halle, Col. 200. P. I-1, nº 49.



posteriormente no quadro dessa parceria não respeitarem as regras fixadas para a sua formação, também aqueles princípios antes enunciados são violados.

43. Voltando ao Decreto-Lei nº 86/2003, de 27 de julho, relembre-se que dispunha no nº 5 do seu artigo 10º:

“O lançamento da parceria é feito segundo o procedimento adjudicatório aplicável, nos termos da legislação relativa à contratação pública”.

44. Face a esta estatuição normativa, devia pois fazer-se apelo também ao disposto no Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, e neste, em especial, o que se dispõe em matéria de princípios ordenadores da contratação pública, face ao estabelecido nos seus artigos 1º e 4º.

45. Em conclusão: a presente decisão deve pois estribar-se no disposto na Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro, no Decreto-Lei nº 86/2003, de 27 de julho, e no Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.

46. Deve contudo ainda referir-se o seguinte:

- a) Dado que o objeto da parceria era, nos seus aspetos essenciais, a execução de empreitadas, a disciplina a que estas se sujeitavam à data do procedimento de formação era a constante do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de março;
- b) O município estava também sujeito à disciplina constante da Lei nº 2/2007, de 15 de janeiro, em matéria de gestão financeira;
- c) E por via do disposto no nº 1 do artigo 4º dessa lei, estava igualmente sujeitos às normas consagradas na Lei do Enquadramento Orçamental.

O estudo de viabilidade económica e financeira da parceria público-privada

47. Como se viu um dos fundamentos de recusa de visto foi o da inexistência de estudos comparativos de avaliação económica e financeira, entre a solução



adotada de constituição de uma parceria público-privada institucional e outras soluções, tradicionalmente adotadas na contratação pública.

48. Veio a petição de recurso invocar que tais estudos foram realizados aquando da preparação e constituição da Terras de Paixão. Vejamos.

49. Sobre o que é referido sobre esta matéria na petição, diga-se desde já:

- a) Em primeiro lugar, e ao contrário do que é referido, a falta de tais estudos não pode ser considerado um mero vício formal. Tais estudos devem demonstrar a efetiva viabilidade económica e financeira do ente a criar, dimensão sobre a qual este Tribunal se pode também debruçar, sobretudo quando for patente a inviabilidade do ente a criar;
- b) Em segundo lugar, o facto de logo na criação da Terras de Paixão se ter procedido à avaliação da sua viabilidade mediante a criação de uma entidade terceira, contribui para a convicção de que a criação daquela era meramente instrumental da criação desta;
- c) Em terceiro lugar, o destino que veio a ter a Terra de Paixão – a sua extinção – demonstra que a viabilidade para ela defendida tinha efetivamente pouca sustentação, e como dos dados acima registados se pode ver, assentava exclusivamente em transferências do Município.

50. Importa contudo sublinhar que o que foi indicado como fundamento para a recusa de visto decidido na primeira instancia foi a ausência de estudos de viabilidade comparativos.

51. Ora analisado o estudo – vejam-se acima, no nº 16, os trechos do estudo onde a questão da entidade terceira se suscita – o que nele se faz é a apresentação das razões porque se considerava viável a empresa municipal, envolvendo desde logo a criação de outra entidade. Mas nada se diz em termos de comparar essa solução – a de uma parceria público-privada institucional – com



as outras soluções possíveis em matéria de satisfação das necessidades públicas em causa e de possíveis alternativas de contratação.

52. 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.

53. 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.”

54. E como foi dito na decisão recorrida, e também face ao que acima se referiu nas alíneas b) e c) do nº 46, a mesma preocupação resultava do nº 2 do artigo 19º da Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto, que dispunha:

“A avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objetivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas”.

55. Foram pois violados a alínea c) do nº1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº86/2003, de 27 de julho, e o nº 2 do artigo 19º da Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto.

A falta de publicitação no JOUE

56. Como se viu o anúncio de abertura do procedimento para seleção do parceiro privado foi publicado no Diário da República, mas não no JOUE.



- 57.** Considerou a decisão recorrida que tal publicação deveria igualmente ter sido feita e a petição de recurso defende o contrário, referindo que se tratava de escolher um parceiro privado para a constituição de uma sociedade cujo capital era de 50 mil euros e que, portanto, face a tal valor, tal publicitação não era necessária.
- 58.** Pelas razões acima explicitadas, a presente decisão enquadrou a análise das minutas sujeitas a fiscalização prévia no complexo de atos e contratos em que se inserem, e como foi feito no Tribunal *a quo* e não foi contestado, qualificou tal complexo como uma parceria público-privada institucional.
- 59.** Mas, como já se disse, a constituição desta PPPI traduz nos seus aspetos essenciais um negócio que poderia ter sido realizado com apelo a figuras tradicionais da contratação pública. Estamos efetivamente, nos seus aspetos essenciais, perante uma empreitada de obras públicas realizada com apelo a financiamentos externos.
- 60.** As especificidades que, porventura, se poderiam invocar na construção dos equipamentos e sua posterior manutenção, poderiam facilmente ser acomodadas em soluções tradicionais de contratos de empreitada, de empréstimo para investimentos de médio e longo prazo e de aquisição de serviços para manutenção dos equipamentos, a serem celebrados pelo Município ou pela empresa municipal, e ambas sujeitos a princípios e regras de contratação pública.
- 61.** Tratando-se a presente operação efetivamente de uma empreitada de obra pública – a construção de um conjunto de equipamentos, cujo valor contratual foi de € 23.024.093,53 – face à lei então aplicável (o Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de março), a natureza das entidades e aquele valor – muitíssimo acima do envolvido na formação do capital social da Cister – exigiriam que para a formação do respetivo contrato se tivesse feito uma publicitação alargada:



concretamente a que resultava do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 59/99, e portanto exigia-se também a publicação no JOUE.

- 62.** Por essa via, foi pois restringido o universo de potenciais interessados e concorrentes no procedimento de formação da PPPI em que se inserem as minutas de contrato agora em apreciação. E o interesse deles relacionar-se-ia naturalmente não com o valor do capital social da Cister – 50 mil euros – mas, desde logo, com o valor da empreitada em causa: mais de 23 milhões! Sem sequer ser necessário considerar também os encargos para a entidade pública de outros contratos associados como se viu.
- 63.** Foi pois violada desde logo aquela disposição legal, não se observando também os princípios da transparência e da publicidade, da igualdade, e da concorrência, consagrados no n.º 1 do artigo 8.º, no n.º 1 do artigo 9.º, e no artigo 10.º do citado Decreto-Lei n.º 197/99.

Conclusões

- 64.** Na senda do que foi dito na decisão recorrida e após o que se expôs, conclua-se no sentido de que no procedimento de formação da parceria foram cometidas ilegalidades que se transmitiram aos contratos celebrados no seu âmbito e às presentes minutas:
- a) Foi violado o disposto na alínea c) do n.º1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º86/2003, de 27 de julho, e no n.º 2 do artigo 19.º da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, por inexistência de estudo económico e financeiro comparativo;
 - b) Foi violado o disposto no n.º 2 do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e no n.º 1 do artigo 8.º, no n.º 1 do artigo 9.º, e no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, por inexistência de publicação do anúncio no JOUE;



- c) Foram violados os princípios e regras legais relativos à partilha de riscos entre parceiro público e privado, nos termos referidos no acórdão recorrido e que não foram objeto de expressa e fundamentada contestação;
- d) Foi violado o princípio da equidade intergeracional, nos termos referidos no acórdão recorrido e que também não foram objeto de expressa e fundamentada contestação.

65. As normas que impõem a realização de estudo comparativo para a constituição de parcerias público-privadas, a partilha de riscos entre parceiros públicos e privados e o respeito pelo princípio da equidade intergeracional têm como finalidade a proteção dos interesses financeiros públicos e como tal devem ser consideradas normas financeiras.

66. As normas que exigem adequada publicidade aos procedimentos de formação de contratos públicos visam assegurar que estes sejam equitativos, transparentes e concorrenciais. E a sua violação tem impacto direto na definição do universo de potenciais interessados e concorrentes e, por isso, condiciona os resultados financeiros neles obtidos.

67. Dispõem as alíneas b) e c) do nº 3 do artigo 44º 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 violação de normas financeiras e ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro a obter. Basta pois, neste último caso, haver uma possibilidade de alteração dos resultados financeiros para este Tribunal recusar o visto.



68. As violações acima identificadas enquadram-se em tais previsões e, por isso, considera-se que deve ser mantida a decisão tomada no acórdão recorrido de recusar o visto às minutas de contrato.

III – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em julgar improcedente o recurso e manter a recusa de visto ao contrato, nos termos das alíneas b) e c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC.

Decidem ainda fixar emolumentos nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de abril).

Lisboa, 3 de fevereiro de 2015

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Carlos Morais Antunes)

(José Pinto Almeida)

Estive presente

O Procurador-Geral-Adjunto,

(José Vicente de Almeida)