

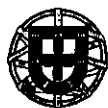


SENTENÇA n.º 8 /2015-SRATC
(Proc. 2/2014-PFR-SRATC)

1. RELATÓRIO.

1.1. O Ministério Público, junto da SRATC, ao abrigo do disposto nos artigos 57.º, n.º 1, 58.º, n.ºs 1 e 3, e 89.º, n.º 1, alínea a), da Lei 98/97 de 26.08 (LOPTC), requereu o julgamento em processo de responsabilidade financeira de **Fernando Manuel Duarte Oliveira e Fernando Jorge de Carvalho Amaral, ambos na qualidade de Vogais do Conselho de Administração (CA) da *Povoadesp, S.A.*, com referência ao exercício de 2008, alegando, em síntese, o seguinte:**

- *A Espaço Povoação, E.E.M.*, é uma empresa municipal criada em 2004 pelo Município da Povoação, no âmbito da estratégia delineada para a construção do complexo de piscinas cobertas da Povoação e do Complexo Desportivo das Furnas, a qual desenvolveu a constituição de uma parceria público-privada institucionalizada, através da participação em 49% no capital social de uma sociedade comercial criada para o efeito em 18AGO2005, a *Povoadesp, S.A.*
- Por deliberação de 26JUN2008, o CA da *Povoadesp, S.A.*, votou a adjudicação de uma empreitada de construção do “Complexo Desportivo das Furnas – Fase II – “Requalificação e arrelvamento do campo de futebol, incluindo a criação de bancadas, vestiários e instalações sanitárias”, pelo preço de 1.237.549,45€, acrescido de IVA.
- O Conselho de Administração (CA) da *Povoadesp, S.A.* era, à data, constituído pelos seguintes membros, a saber:
 - Luís Alberto Quental Pacheco, Presidente e o único eleito sob proposta da *Espaço Povoação, E.E.M.*,



- Fernando Manuel Duarte Oliveira, Vogal,
- Fernando Jorge Carvalho Amaral, Vogal;
- Nesta deliberação participaram o Presidente do CA e os Vogais, ora Demandados;
- Na sequência, em 28JUL2008, a *Povoadesp, S.A.*, celebrou um contrato de empreitada com o seu sócio privado *Imãos Cavaco, S.A.*, para a realização de construção do complexo desportivo das Furnas – Fase II, pelo preço de 1.237.549,45€, acrescido de IVA;
- Este contrato de empreitada não foi precedido de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio;
- Por se tratar de adjudicação de empreitada financiada pelo Município da Povoação através da *Espaço Povoação E.E.M* e, por isso, sujeita ao regime jurídico das empreitadas de obras públicas, a escolha do empreiteiro deveria ter sido precedida de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio;
- Facto que os membros do C.A da *Povoadep, S.A.* - Presidente e vogais – sabiam e conheciam;
- Não obstante, os Demandados, nas qualidades apontadas, votaram a deliberação de 26Jun2008, que conduziu à celebração do contrato de empreitada;
- Esta conduta deliberada, livre e consciente é violadora de normas legais relativas à assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos;
- E gera responsabilidade financeira sancionatória punível com multa nos termos do disposto nos artigos 48.º, n.º 2, alínea a), do DL n.º 59/99, de 2Mar, em conjugação com o disposto no artigo 2.º, n.º 5, do mesmo diploma;



- Incorreram, assim, na infração financeira sancionatória prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC, e punida nos termos dos nºs 2 e 4, da referida LOPTC;
- Pelos mesmos factos foi declarada extinta a responsabilidade financeira do Presidente do CA da *Povoadep, S.A.* – Luís Alberto Quental Pacheco – por ter efetuado o pagamento voluntário da multa;
- À data dos factos, os Demandados não recebiam qualquer remuneração como vogais do CA da *Povoadesp, S.A.*.

Termos em que pede a condenação de cada um dos Demandados na multa 4.800,00€.

1.2. O Demandados Fernando Manuel Duarte Oliveira e Fernando Jorge de Carvalho Amaral contestaram em articulados separados, alegando, em síntese, o seguinte:

- Os Demandados foram nomeados por indicação de um dos acionistas privados da sociedade *Povoadep, S.A.*, a sociedade Irmãos Cavaco, S.A., da qual eram trabalhadores;
- Os Demandados eram, assim, administradores nomeados por privados numa sociedade de direito privado;
- Ao invés do que refere a acusação, o Município da Povoação nunca financiou nenhuma das obras realizadas pela *Povoadesp, S.A.*;
- A sociedade estava provida, para além do pacto social, de um acordo parassocial entre os acionistas onde estavam definidas as regras e orientações para a atividade da sociedade e as relações e responsabilidades de cada acionista;



Tribunal de Contas

- A *Espaço Povoação, E.E.M.*, como acionista minoritário, tinha, nos termos do acordo parassocial celebrado entre acionistas, um representante no CA;
- E certamente que o Administrador nomeado pela entidade pública a informava, através de relatórios ou de reuniões, sobre todos os assuntos e acontecimentos da *Povoadesp, S.A.*;
- Nesse acordo parassocial estava definida a forma e o procedimento relativo à contratação de obras;
- Ora, o CA da *Povoadesp, S.A.*, que os Demandados integraram, limitou-se a cumprir o estabelecido nesse acordo parassocial;
- As propostas para a adjudicação das empreitadas foram baseadas em relatórios de adjudicação com o detalhe do procedimento para a respetiva adjudicação. Aliás, este procedimento foi adotado em todas as empreitadas adjudicadas e sempre com a fiscalização dos acionistas (nomeadamente o público);
- O Relatório elaborado para o efeito de cada adjudicação inclui um descritivo das consultas ao mercado e respetivas datas, identificação dos concorrentes, metodologia de análise de preços, a escolha final da empresa a adjudicar e os prazos de execução;
- O representante da *Espaço Povoação, E.E.M.* na administração da *Povoadesp, S.A.* teve oportunidade de dar conta à sociedade que representava de todo o procedimento, pelo que a tramitação processual em que o Demandado participou, para além de legal, foi feita de acordo com as regras estabelecidas pelos acionistas e com o conhecimento destes, não merecendo qualquer reparo sancionatório.

Termos em que devem os presentes autos ser arquivados



2. Fundamentação.

2.1. Realizada a audiência, foi dada como assente a seguinte factualidade:

I- Factos provados:

A) A auditoria que serviu de fundamento à presente ação incidiu sobre as relações institucionais, técnicas e financeiras existentes entre o *Município da Povoação*, a *Espaço Povoação, E.E.M.*, e a *Povoadesp, S.A.*

(vide R.A.);

B) A *Espaço Povoação, E.E.M.*, é uma empresa municipal criada em 2004 pelo Município da Povoação, no âmbito da estratégia delineada para a construção do complexo de piscinas cobertas da Povoação e do Complexo Desportivo das Furnas, a qual desenvolveu a constituição de uma parceria público-privada, através da participação em 49% no capital social de uma sociedade comercial criada para o efeito em 18AGO2005, a *Povoadesp, S.A.*, tendo em vista a conceção, financiamento e construção dos referidos empreendimentos, com posterior cedência da exploração dos mesmos à *Espaço Povoação, E.E.M.*

(vide ponto 4. do R.A., e **CD's 1|3 e 1|4**, juntos ao R.A.);

C) A participação pública no capital social da *Povoadesp, S.A.* foi realizada em espécie, tendo consistido na transmissão a favor desta, do direito de superfície, pelo prazo de 20 anos, incidente sobre 5 prédios que são propriedade da *Espaço Povoação, E.E.M.*, sitos no Concelho da Povoação.

(vide Ponto 4.1. do R.A, **CD|1.3|Constituição da Espaço Povoação E.E.M.** e **CD|1.4|Constituição da Povoadesp, S.A**);



Tribunal de Contas



D) Segundo o estudo de viabilidade económica e financeira subjacente à constituição da *Espaço Povoação, E.E.M.*, os investimentos a concretizar contemplavam a edificação dos seguintes empreendimentos, a saber: (i) Complexo de piscinas cobertas da Povoação, com o valor estimado de 960.000,00€, e (ii) Complexo desportivo das Furnas, com o valor estimado de 3.930.000,00€; o valor global dos investimentos estava assim orçado em 4.890.000,00.

(vide ponto 5.1 do R.A.);

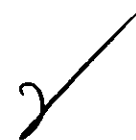
E) Logo após o início da respetiva atividade, em FEV2005, a *Espaço Povoação, E.E.M.*, promoveu a seleção de parceiros privados, tendo em vista a criação de uma empresa de capitais maioritariamente privados para o desenvolvimento, realização, gestão e exploração de infraestruturas desportivas no Concelho da Povoação.

(vide ponto 5.2. do R.A);

F) Nessa sequência, foi constituída a *Povoadesp, S.A.*, por escritura de 18AGO2005, com o capital social de 200.000,00€, posteriormente reduzido para 100.000,00€, para cobertura de prejuízos, em conformidade com o disposto no artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais.

Tinha a estrutura acionista seguinte:

Entidades	Inicial		Atual	
	Montante	%	Montante	%
Irmãos Cavaco - Construções Açores, S.A.	42.000,00	21,00	21.000,00	21,00
Irmãos Cavaco, S.A.	40.000,00	20,00	20.000,00	20,00
Mota & Jesus, Lda.	10.000,00	5,00	5.000,00	5,00
Irmãos Duarte, Lda.	10.000,00	5,00	5.000,00	5,00
Espaço Povoação, E.E.M.	98.000,00	49,00	49.000,00	49,00
Total	200.000,00	100,00	100.000,00	100,00



(vide ponto 5.2. do R.A);

G) A *Povoadesp*, S.A. lançou os procedimentos conducentes à adjudicação dos contratos de empreitada para a execução dos investimentos para os quais foi criada a *Espaço Povoação E.E.M.* – Piscinas Cobertas da Povoação e Complexo Desportivo das Furnas.

(vide ponto 5.2. do RA);

H) Por deliberação de 26JUN2008, o CA da *Povoadep*, S.A., votou a adjudicação de uma empreitada de construção do “*Complexo Desportivo das Furnas – Fase II – “Requalificação e arrelvamento do campo de futebol, incluindo a criação de bancadas, vestiários e instalações sanitárias”*”, pelo preço de 1.237.549,45€, acrescido de IVA.

(vide pontos 5.3, 5.4 do R.A);

I) O Conselho de Administração (CA) da *Povoadesp*, S.A. era, à data, constituído pelos seguintes membros, a saber:

- Luís Alberto Quental Pacheco, Presidente e o único eleito sob proposta do acionista público (a *Espaço Povoação, E.E.M.*);
- Fernando Manuel Duarte Oliveira, Vogal,
- Fernando Jorge Carvalhal Amaral, Vogal.

(vide **CD\1.11**|*Outros elementos*| *Povoadesp, S.A*| *Atas*| *Conselho de Administração*; **CD\1.4**|*Constituição da Povoadesp, S.A.**Contrato de Sociedade*\ *Acordo de Acionistas*);



J) Nesta deliberação participaram o Presidente do CA e os Vogais, ora Demandados:

- Fernando Manuel Duarte Oliveira, Vogal,
- Fernando Jorge Carvalho Amaral, Vogal.

(vide **CD\1.11\Outros elementos\Povoadesp, S.A\Atas\ Conselho de Administração; CD\1.2.Correspondência\Recebida\ofício PVD_19Dez12, ponto 2; CD\1.7\Complexo desportivo\Fase II\Contrato de empreitada);**

K) Na sequência, em 28JUL2008, a *Povoadesp, S.A.*, celebrou um contrato de empreitada com o seu sócio privado *Irmãos Cavaco, S.A.*, para a realização de construção do *Complexo Desportivo das Furnas – Fase II*, pelo preço de 1.237.549,45€, acrescido de IVA.

(CD\1.7\Complexo desportivo\Fase II\Contrato de empreitada);

L) Este contrato de empreitada não foi precedido de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio;

M) Para financiar a execução dos empreendimentos, a *Povoadesp, S.A.*, celebrou com a CGD, em 21ABR2006 e 9ABR2008, dois contratos de mútuo, no valor de 7.989.000,00€, no âmbito dos quais foram utilizados 7.910.000,00€; o 1.º contrato, datado de 21ABR2006, tem por objeto um empréstimo de longo prazo, na modalidade de abertura de crédito até ao montante de 7.421.000,00€, com referência a 31OUT2012.



(vide **CD|1.8 Contratos de financiamento| Povoadesp, S.A| longo prazo|Escritura empréstimo e CD|1.8 Contratos de financiamento|Povoadesp, S.A|Curto prazo|Contratoaprovação da candidatura);**

N) No âmbito do 1.º contrato, a *Espaço Povoação, E.E.M.*, interveio como parte cointeressada, obrigando-se a transferir para a *Povoadesp, S.A.*, o montante das rendas devidas pela cedência da exploração dos empreendimentos que esta prometeu ceder à *Espaço Povoação, E.E.M.* e que esta prometeu aceitar, ficando esta receita da *Povoadesp, S.A.* contratualmente consignada ao serviço da dívida.

(vide **CD|1.8 Contratos de financiamento| Povoadesp, S.A| longo prazo|Escritura empréstimo; e CD|1.9 Outros contratos|Cessão de exploração|contrato promessa de cessão de exploração_complexo desportivo_27abr06);**

O) O montante das rendas era, por seu turno, previamente disponibilizado pelo *Município da Povoação* ao abrigo do Contrato-Programa celebrado com a *Espaço Povoação E.E.M.*, em 15MAR2006, no montante de 10.028.354,00€ para o período 2005-2024.

(vide **CD|1.9 Outros contratos|Contrato programa_15MAR06);**

P) Nos termos da cláusula 2.ª do Contrato-Programa, a *Espaço Povoação, E.E.M.* comprometeu-se a assegurar que a construção de tais



empreendimentos estivesse concluída até finais de NOV2006, prazo que foi sucessivamente adiado.

(vide **CD|1.9** e pontos 5.5.2 e 5.5.3, bem como 5.4.1.3, 5.4.2.1.3. e 5.4.2.2.3. do RA);

Q) Nos termos da cláusula 3.^a, n.º 3, do Contrato-Programa, a *Espaço Povoação, E.E.M.* comprometeu-se a assegurar a edificação e posterior comercialização de 40 fogos de habitação em terrenos adjacentes ao *Complexo Desportivo das Furnas*; para o efeito, e conforme se pode ver da Cláusula 3.^a, n.º 1, do Contrato Programa, o *Município da Povoação E.E.M.* assegurou à *Espaço Povoação*, o direito a construir 4000 m² de fogos para habitação nos terrenos transferidos ou a transferir para o património da *Espaço Povoação*;

(vide **CD|1.9** e ponto 4.1. do R.A);

R) Nos termos da cláusula 3.^a, n.º 4, do Contrato-Programa, as receitas provenientes desses fogos, que nunca chegaram a ser construídos, seriam destinadas, em 1.º lugar, ao reembolso do financiamento obtido para a construção e comercialização dos 40 fogos, e, em segundo lugar, a parte remanescente seria alocada ao custeio da construção de infraestruturas desportivas.

(vide **CD|1.9** e ponto 5.3. do R.A);



S) A Câmara Municipal da Povoação apresentou ao banco financiador – a CGD – uma carta de conforto, comprometendo-se a tudo fazer “*para que a “Espaço Povoação, EM” disponha sempre dos meios financeiros que lhe permitam cumprir regular e pontualmente as obrigações emergentes do contrato de financiamento para construção dos supracitados Complexos Desportivos, comprometendo a transferir para a referida “ESPAÇO POVOAÇÃO, EM” todas e quaisquer importâncias a que aquela tenha direito, designadamente as previstas no Contrato-Programa, celebrado em 15 de Março de 2005, e a não alterar a participação social na “ESPAÇO POVOAÇÃO, EM”, atualmente de 100%, durante o prazo do empréstimo, sem prévio acordo, por escrito, dessa Instituição de Crédito”.*

(CD|1.8. Contratos de financiamento|Povoadesp. S.A.|Longo prazo|Carta de conforto);

T) No âmbito do referido mútuo foram constituídas hipotecas sobre o direito de superfície, construção e benfeitorias relativas aos imóveis onde foram implantados o *Complexo de Piscinas Cobertas da Povoação* e o *Complexo Desportivo das Furnas*.

(CD|1.8. Contratos de financiamento|Povoadesp. S.A.|Longo prazo);

U) Posteriormente, em 9ABR2008, foi contratado um financiamento de curto prazo, na modalidade de abertura de crédito em regime de conta corrente, até ao montante de €489.000,00, para apoio à tesouraria e por conta de reembolsos do IVA.



(CD|1.8. *Contratos de financiamento|Povoadesp. S.A.|Curto prazo prazo|Contrato;* e **CD|1.9** *Outros contratos|Cessão de exploração|contrato promessa de cessão de exploração_ complexo desportivo_27abr06*); grafafos

V) O empréstimo encontra-se garantido pela consignação das receitas provenientes dos contratos de cessão de exploração dos empreendimentos a celebrar com a *Espaço Povoação, E.E.M*, bem como por carta de conforto e livrança.

(CD|1.8. *Contratos de financiamento|Povoadesp. S.A.|Curto prazo prazo|Contrato*);

W) Em 9JAN2014, a Câmara Municipal, anunciou que “*por não ter recebido (...) o complexo de piscinas Municipais e o Campo de Futebol das Furnas, anulou os contratos programa que suportavam os empréstimos destes investimentos realizados pelas empresas privadas, parceiras das empresas municipais, nomeadamente a ESPACO POVOAÇÃO (...)*”, sendo que o contrato programa que suportava os empréstimos do contrato objeto dos autos nunca chegou a ser executado.

(vide ponto 5.3. do R.A.);

X) Nos empreendimentos objeto da parceria, nos quais se inclui o *Complexo Desportivo das Furnas*, apesar de inaugurados em 2009, ainda não tinham sido celebrados os correspondentes contratos de cessão da exploração, em virtude das autoridades competentes não terem emitido as necessárias



licenças de utilização, pois aquando das vistorias realizadas em 4FEV2010 constatou-se que as obras executadas não estavam em conformidade com os projetos aprovados.

(vide ponto 4.1., 5.4.1.3 e 5.4.2.2.3 do R.A.);

Y) Os acionistas da *Povoadesp, S.A.*, em 18AGO2005, outorgaram um “Acordo de Acionistas, de Cooperação Técnica, Económica e Financeira”; já previsto e minutado no processo de candidatura, que, no ponto 17., sob a epígrafe “*Política de Contratação de Serviços e Empreitadas*”, diz o seguinte:

17.1. As PARTES acordam que a SOCIEDADE obterá, sempre que possível, pelo menos três propostas de três empresas distintas com bom nome no mercado para contratação de serviços e empreitadas com um valor superior a 50.000,00€.

17.2. De entre as três propostas referidas na cláusula 17.1, a SOCIEDADE pode não escolher aquela que apresenta um preço inferior se existirem bons fundamentos para escolher outra proposta, e pode não escolher qualquer delas, desde, em qualquer caso, a decisão seja aprovada pelo conselho de administração nos termos da cláusula 6.8.

17.3 As PARTES colaborarão para detetar, periodicamente, os preços e demais condições de mercado praticados relativamente aos serviços e às empreitadas que a SOCIEDADE necessita de contratar a terceiros para o exercício da sua atividade.

(vide CD\1.4|Constituição da *Povoadesp, S.A*|Acordo de Acionistas)



Z) O Presidente do CA pagou voluntariamente a multa pela infração que lhe havia sido indiciada pelo M.P., em fase anterior à propositura da presente ação, pelo que o procedimento por responsabilidade financeira lhe foi declarado extinto.

(vide R.A.);

AA) À data dos factos, os Demandados não recebiam qualquer vencimento como vogais do CA da *Povoadesp, S.A.*;

(vide ponto 4.3 do R.A.)

BB) Os Demandados, ao deliberarem adjudicar a empreitada objeto dos autos ao sócio privado da *Povoadesp, S.A.* – a sociedade ***Irmãos Cavaco, S.A.*** - fizeram-no no convencimento de que aquela adjudicação não tinha que ser precedida de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio.

II – Factos não provados:

Não está provado que a deliberação de adjudicação da empreitada não tivesse sido sustentada num relatório técnico apresentado naquela reunião do CA, nos termos do acordo parassocial subscrito por todos os acionistas.



✓

III – Fundamentação:

- Os factos dados como provados da **alínea A) à AA)** do probatório fundamentam-se nos documentos referidos a propósito de cada uma daquelas alíneas;
- A factualidade dada como provada na **alínea BB)** do probatório fundamenta-se no seguinte:
 - O “*Acordo de Acionistas, de Cooperação Técnica, Económica e Financeira*” - já previsto e minutado no processo de candidatura para a seleção de parceiro - apenas previa que a *Povoadesp, S.A.*, sempre que possível, obtivesse pelo menos três propostas de três empresas distintas com bom nome no mercado para contratação de serviços e empreitadas com um valor superior a 50.000.00€, não prevendo, em circunstância alguma, que, para adjudicação das empreitadas objeto da parceria público-privada, fosse necessário lançar mão do concurso público ou do concurso limitado com prévia publicação de anúncio (vide **alínea Y)** do probatório).
- A factualidade dada como não provada fundamenta-se no contraditório apresentado pelo Demandado Fernando Oliveira e pelo Presidente do Conselho de Administração, no qual afirmam de forma veemente que a deliberação de adjudicação foi sustentada num relatório técnico apresentado para esse efeito.
Diz, v.g., aquele Demandado:

“(...) A proposta para a adjudicação da empreitada foi baseada em relatório de adjudicação com o detalhe do procedimento para a respetiva adjudicação. Aliás, este procedimento foi adaptado em todas as empreitadas adjudicadas de acordo com o acordo dos acionistas.



O relatório elaborado para efeito de adjudicação inclui um descritivo das consultas ao mercado e respetivas datas, identificação dos concorrentes, metodologia de análise de preços, a escolha final da empresa a adjudicar e os prazos de execução.

O valor da adjudicação teve em conta o valor disponível para o investimento, as exigências legais para o licenciamento dos equipamentos, os custos das infraestruturas dos serviços (energia, água e telecomunicações) e a decisão do Município sobre a necessidade da requalificação urbana de uma zona histórica e central da vila.

O Conselho de Administração submeteu então esta decisão aos órgãos competentes da Povoadesp, S.A., tendo ouvido os acionistas, nomeadamente o Município, através do seu representante, a Espaço Povoação EM.”.

Por seu turno, diz o Presidente do C.A., Luís Pacheco:

“Até à data da receção do v/ofício e cd anexo estava plenamente convencido de que este procedimento tinha tido lugar até porque, conforme consta da Ata n.º.33, de 26/06/2008, do C.A da sociedade (pág. 1/2) essa decisão foi tomada com base num relatório apresentado naquela reunião, do qual não possuo cópia, nem me recordo do conteúdo, mas que é imprescindível para a análise da questão em apreço, levantada por este Tribunal de Contas, porque foi com base naquele relatório que se consubstanciou aquela deliberação. Não obstante este facto, consta da mesma ata, e no mesmo parágrafo, que esta deliberação foi submetida à aprovação da Assembleia-geral a qual poderia/deveria ter mandado suspender a decisão, caso ela padecesse de qualquer vício, cabendo-lhe, em última análise, e aos acionistas nela representados, a responsabilidade última por esta decisão. Os acionistas eram soberanos, acompanharam e sancionaram todas as decisões do C.A e sempre tiveram plenos poderes para condicionar e determinar as decisões do conselho de administração. Esta deliberação não foi exceção”.

Quer isto dizer o seguinte:

- Apesar de não ter sido junto aos autos aquele relatório, afigura-se-me que a alegação apresentada em sede de contraditório é suscetível de criar uma dúvida razoável sobre a sua efetiva inexistência.



2.2. O DIREITO

2.2.1. Da verificação do elemento objetivo da infração imputada aos Demandados.

Da factualidade dada como assente e dos documentos juntos aos autos e ao R.A., resulta o seguinte:

- De acordo com o estudo de viabilidade económica e financeira subjacente à constituição da *Espaço Povoação, E.E.M.*, os investimentos a concretizar contemplavam a edificação dos seguintes empreendimentos, a saber: (i) *Complexo de Piscinas Cobertas da Povoação*, com o valor estimado de €960.000,00, e (ii) *Complexo Desportivo das Furnas*, com o valor estimado de €3.930.000,00; o valor global dos investimentos estava assim orçado em 4.890.000,00 – vide **alínea D)** do probatório;
- Logo após o início da respetiva atividade, em Fev2005, a *Espaço Povoação, E.E.M.*, promoveu a seleção de parceiros privados, tendo em vista a criação de uma empresa de capitais maioritariamente privados para o desenvolvimento, realização, gestão e exploração de infraestruturas desportivas no Concelho da Povoação – vide **alínea E)** do probatório;
- Nessa sequência, foi constituída a *Povoadesp, S.A.*, por escritura de 18Ago2005, com o capital social de 200.000,00€, posteriormente reduzido para 100.000,00€ – vide **alínea F)** do probatório;
- A estrutura acionista da *Povoadesp, S.A.* é composta pelas seguintes entidades, a saber: **1) Irmãos Cavaco – Construção Açores, S.A** (21%);



- 2) *Irmãos Cavaco, S.A* (20%); 3) *Mota & Jesus, Lda.* (5%); 4) *Irmãos Duarte, Lda.* (5%); 5) *Espaço Povoação, E.E.M.* (49%) – ver cópia da escritura de constituição da sociedade, in **CD|1.4** apenso ao R.A;
- Em causa nestes autos está apenas o empreendimento denominado *Complexo Desportivo das Furnas, Fase II* – vide Requerimento Inicial (R.I.);
 - O procedimento conducente à adjudicação da respetiva empreitada foi lançado pela *Povoadesp, S.A* – vide **alínea G)** do probatório;
 - Por deliberação de 26JUN2008, o CA da *Povoadesp, S.A.* votou a adjudicação da empreitada de construção do *Complexo Desportivo das Furnas – Fase II* – **alínea H)** do probatório;
 - Em 28JUL2008, a *Povoadesp, S.A.* adjudica a referida empreitada ao seu sócio privado *Irmãos Cavaco, S.A.*, pelo preço de 1.237.549,45€ - **alínea K)** do probatório;
 - Este contrato não foi precedido de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio – **alínea L)** do probatório;
 - Para financiar a execução dos empreendimentos (...), a *Povoadesp, S.A.* já havia celebrado dois contratos de mútuo, no valor global de €7 989 000,00, sendo um de longo prazo, na modalidade de abertura de crédito, até ao montante de 7.500.000,00€, e o outro de curto prazo, na modalidade de abertura de crédito em regime de conta corrente, até ao montante de 489.000,00€ – vide **alíneas M) e U)** do probatório;
 - No âmbito do contrato de mútuo de longo prazo, na modalidade de abertura de crédito, a *Espaço Povoação, E.E.M.*, interveio como parte cointeressada, obrigando-se a transferir para a *Povoadesp, S.A.*, o montante das rendas devidas pela cedência da exploração dos



- empreendimentos, uma vez que esta receita ficou contratualmente consignada ao serviço da dívida – vide **alínea N)** do probatório;
- O valor das rendas seria, por seu turno, previamente disponibilizado pelo Município da Povoação, ao abrigo do contrato programa celebrado em 15Mar2006, no montante estimado de 1 028 354,00€, para o período 2005-2024 – vide **alínea O)** do probatório;
 - Foram também constituídas hipotecas sobre o direito de superfície, construção e benfeitorias relativas aos imóveis no *Complexo de Piscinas Cobertas da Povoação* e no *Complexo Desportivo das Furnas* – vide **alínea T)** do probatório;
 - O empréstimo de curto prazo, na modalidade de abertura de crédito em regime de conta corrente, também estava garantido pela consignação das receitas provenientes dos contratos de cessão de exploração dos empreendimentos a celebrar com a *Espaço Povoação, E.E.M.*, bem como por carta de conforto e livrança – vide **alínea V)** do probatório.

Podemos, assim, concluir o seguinte:

- **A empreitada em causa era financiada pelo Município da Povoação através do contrato-programa celebrado entre o Município da Povoação e a *Espaço Povoação, E.E.M.*, em 15Mar2006, e do contrato promessa de cessão de exploração formalizado a 27Abr2006, entre esta empresa municipal e a *Povoadesp, S.A.*, no qual aquela se obrigava a transferir para esta o montante das rendas devidas pela cedência da exploração do empreendimento em causa,**



ficando a receita assim obtida contratualmente consignada ao serviço da dívida;

- **Estamos, por isso, perante uma empreitada financiada pelo Município da Povoação, através da *Espaço Povoação, E.E.M.***

Mas quererá isto dizer que aquela empreitada estava obrigatoriamente sujeita ao regime jurídico das empreitadas de obras públicas, nos termos do artigo 2.º, n.º 5, do DL n.º 59/99, pelo que, em razão do valor, devia ter sido precedida de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio, nos termos do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), do DL n.º 59/99?

A questão não tem uma resposta simples.

Vejamos:

- A *Espaço Povoação, E.E.M.*, é uma empresa municipal criada em 2004 pelo Município da Povoação, no âmbito da estratégia delineada para a construção do complexo de piscinas cobertas da Povoação e do Complexo Desportivo das Furnas, a qual desenvolveu a constituição de uma parceria público-privada através da participação em 49% no capital social de uma sociedade comercial criada para o efeito em 18AGO2005 - a *Povoadesp, S.A.* -, tendo em vista a conceção, financiamento e construção dos referidos empreendimentos, com posterior cedência da exploração dos mesmos à *Espaço Povoação, E.E.M.*
- Trata-se de uma parceria entre os sectores público e privado feita e organizada no quadro de uma entidade distinta, *in casu*, a *Povoadesp, S.A.*;



- Estamos, assim, perante uma **parceria público-privada de cariz institucionalizada** (doravante PPPI), com vista, *inter alia*, à execução do contrato público objeto dos autos – o Complexo Desportivo das Furnas, Fase II - inicialmente atribuído pela Câmara Municipal da Povoação à *Espaço Povoação, E.E.M*, no quadro de uma relação “*interna*” ou “*in house*”¹;
- Posto isto, e como não se verificam os requisitos da exceção “*in house*”, uma vez que o sócio privado tem uma participação correspondente a 51% do capital da sociedade mista, importa averiguar se a *Povoadesp, S.A.* podia, sem mais, adjudicar o contrato de empreitada daquele empreendimento a um dos seus sócios, a sociedade *Irmãos Cavaco, S.A.*;
- Na “**Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas**” (PPPI), 2008/C 91/02, diz-se, designadamente, o seguinte:
Independentemente da forma como foi criada a PPPI, as disposições do direito comunitário aplicáveis aos contratos públicos e às concessões obrigam a entidade adjudicante a adotar um procedimento equitativo e transparente quando seleciona o parceiro privado que, no quadro da sua participação na entidade de capital misto, efetua fornecimentos, realiza obras ou presta serviços ou quando adjudica um contrato público ou uma

¹ Ver Livro Verde sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, pp. 8 e 9, e Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), 2008/C 91/02, publicada no JOUE, de 12/04/2008



concessão a uma entidade de capital misto. Em qualquer caso, as entidades adjudicantes não podem «recorrer a manobras destinadas a dissimular a adjudicação de contratos públicos de serviços a empresas de economia mista».

*A este respeito, a Comissão considera que o duplo procedimento (numa primeira fase para selecionar o parceiro privado da PPPI e numa segunda para adjudicar o contrato público ou a concessão à entidade de capital misto) **é difícil de pôr em prática.***

*Para criar uma PPPI de acordo com os princípios do direito comunitário, evitando os problemas decorrentes do duplo procedimento, há a seguinte possibilidade: **o parceiro privado é selecionado no âmbito de um procedimento transparente e concorrencial**, cujo objeto será, por um lado, o contrato público ou a concessão a adjudicar à entidade de capital misto e, por outro, a contribuição operacional do parceiro privado para a execução dessas tarefas e/ou a sua contribuição administrativa para a gestão da entidade de capital misto. A seleção do parceiro privado é acompanhada da criação da PPPI e da adjudicação do contrato público ou da concessão à entidade de capital misto²;*

- **No Sumário do Acórdão ACOSSET (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15Out2009, P. C-196/08), diz-se:**

*I- Os artigos 43.º, 49.º e 86.º do Tratado da CE não se opõem à atribuição direta de um serviço público que implica a realização prévia de certas obras (...), a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objeto social único, **na qual o sócio privado é selecionado***

² O negrito é da nossa autoria.



através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer, **desde que o procedimento de concurso em questão esteja em conformidade com os princípios da livre concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento** impostos pelo Tratado da CE para as concessões

II- Com efeito, o recurso a um duplo procedimento de seleção do parceiro privado da sociedade de capital misto, primeiro, e de atribuição da concessão à referida sociedade, seguidamente, **seria de molde a dissuadir as entidades privadas e as autoridades públicas de constituírem parcerias público-privadas institucionalizadas** devido à duração inerente à execução de tais procedimentos e à incerteza jurídica no que respeita à atribuição da concessão ao parceiro privado previamente selecionado.

III- Embora a inexistência de concurso no quadro da atribuição de serviços se afigure inconciliável com os artigos 43.º e 49.º do Tratado da CE e com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, a seleção do sócio privado no respeito das exigências e a escolha dos critérios de seleção do sócio privado permitem remediar esta situação, desde que aos candidatos se exija que demonstrem, além da sua capacidade para se tomarem acionistas, sobretudo, **a sua capacidade técnica para fornecerem o serviço e as vantagens económicas e outras decorrentes das suas propostas.**

IV- Na medida em que os critérios de seleção do sócio privado não se baseiam apenas nos capitais injetados mas também na capacidade técnica desse sócio e **nas características da sua proposta tendo em conta as prestações específicas a fornecer**, e que a esse sócio seja confiada a atividade operacional do serviço em questão e, portanto, a



gestão deste, podemos considerar que a seleção do concessionário resulta indiretamente da do referido sócio, a qual teve lugar no termo de um procedimento que respeita os princípios do direito comunitário, de forma que a organização de um segundo procedimento de concurso com vista à seleção do concessionário não se justificaria³.

- **Em abstrato, e em face do que ficou dito, podemos concluir o seguinte:** (i) caso o sócio privado tenha sido selecionado mediante um procedimento suficientemente transparente e concorrencial e que não tenha apenas como caderno de encargos questões meramente financeiras ou económicas (típicas da escolha de um sócio), mas também - e sobretudo - questões com os serviços a prestar ou as obras a executar (típicas da escolha de um empreiteiro ou fornecedor), permitir-se-á a adjudicação direta de um contrato público; (ii) caso no âmbito do mesmo procedimento esteja suficientemente claro quais os trabalhos a executar pelo sócio privado e o mesmo tenha sido (também) avaliado por essa sua prestação, parece ser possível a adjudicação direta desses (mas apenas desses) trabalhos pela sociedade mista ao sócio selecionado; (iii) apenas nos casos em que se demonstre de forma clara que o procedimento organizado permite que se possa afirmar que a seleção do empreiteiro ou fornecedor resulta indiretamente da escolha do sócio, estará a entidade adjudicante liberta da organização de novo concurso^{4 5};

³ O negrito é da nossa autoria.

⁴ Ver Diogo Duarte de Campos, "Parcerias Público-Privadas Institucionais e Duplo ((Tripló) Concurso" in Separata de Estudos da Contratação Pública, Vol. III, pág. 437.



- No caso dos autos, e conforme se refere na auditoria, não foi aprofundado o processo de seleção dos parceiros privados para a constituição da *Povoadesp. SA*, nem dos procedimentos de contratação por estes adotados para a execução dos empreendimentos⁶.
- Constatou-se, no entanto, o seguinte:
 - O anúncio do procedimento foi publicado no jornal Açoriano Oriental do dia 07-04-2005⁷;
 - De acordo com o anúncio, as candidaturas poderiam ser apresentadas até às 15 horas do dia 18-04-2005.
 - Ou seja foi concedido um prazo de apresentação de candidaturas de 11 dias, sendo que a constituição da parceria implicava a realização de investimentos orçados, na altura, em €4.890.000,00
 - Apesar do prazo concedido, foi apresentada uma candidatura, no caso, um agrupamento de empresas constituídas pelas seguintes sociedades: Irmãos Cavaco – Construção Açores, S.A., Irmãos Cavaco, S.A., Irmãos Duarte, Lda. e Mota & Jesus, Lda
 - Sucede que o concorrente acaba por informar, na candidatura, que:

...entendeu, dado o seu manifesto interesse neste processo, desenvolver, por sua inteira responsabilidade, os estudos

⁵ Vide também Rodrigo Esteves Oliveira, em anotação ao Acórdão Acoset, do TJUE, de 15Out2009, P. C-196/08, in CJA n.º 92, págs. 3 a 20.

⁶ Ver ponto 5.2. do R.A, pág. 16.

⁷ CD\1.4. Constituição Povoadesp, S.A.\Anúncio concurso.



técnicos necessários à definição das referidas infraestruturas desportivas.

Para o efeito existiram diversos contactos com a Câmara Municipal da Povoação através dos quais, sem qualquer compromisso por parte do Município e dos respetivos Serviços Técnicos, foi possível definir o âmbito e o programa funcional de tais equipamentos.

Tais estudos e projetos já se encontram numa fase muito avançada (projetos de arquitetura e projetos de especialidades e de instalações técnicas) o que constitui uma mais-valia do agrupamento subscritor do presente procedimento de candidatura...⁸

- Com efeito, já em 2004, a empresa **Irmãos Cavaco, S.A.**, que posteriormente integrou o consórcio selecionado para a constituição da *Povoadesp, S.A.*, tinha solicitado ao gabinete de arquitetos Barbosa & Guimarães, Lda. (em outubro) e à empresa DHVTECNOFOR – Consultores Técnicos, Lda (em dezembro) a apresentação de propostas de honorários para a elaboração, respetivamente, dos projetos de arquitetura e arranjos exteriores⁹ e de fundações, estruturas e especialidades¹⁰, relativos ao complexo de piscinas cobertas da Povoação.
- A candidatura foi aprovada por deliberação do conselho de administração da *Espaço Povoação, E.E.M.*, de 27-04-2005¹¹,

⁸ CD\1.4. Constituição Povoadesp, S.A.\Candidatura, p. 13 do ficheiro.

⁹ CD\1.6. Complexo de Piscinas Cobertas\Projetos técnicos_out04, p. 7 a 9.

¹⁰ CD\1.6. Complexo de Piscinas Cobertas\Projetos técnicos_out04, p. 18 a 27.

¹¹ CD\1.4. Constituição Povoadesp, S.A.\Aprovação candidatura.



seis dias úteis após o fim do prazo de apresentação das candidaturas.

- As circunstâncias descritas revelam, assim, uma clara intenção de afastar potenciais interessados, quer por via da fixação de um prazo muito curto para a apresentação de propostas – 11 dias –, quer pela prévia disponibilização, a quem veio a ser o único concorrente, dos elementos necessários à elaboração da candidatura, sendo que a empreitada objeto dos autos foi adjudicada precisamente a uma das sociedades, que integrou o agrupamento de empresas selecionado para a constituição da *Povoadesp, S.A* – a sociedade *Irmãos Cavaco, S.A*;
- Quer isto dizer que o agrupamento de empresas foi selecionado no âmbito de um procedimento que violou os princípios da transparência, da igualdade e concorrência;
- Ou seja: a *Espaço Povoação E.E.M* lançou mão de procedimento concursal para seleção de parceiro privado que, por estar eivado dos vícios de violação dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, obstaria, por si só, a que a empreitada em causa fosse adjudicada ao sócio privado *Irmãos Cavaco, S.A.*, sem precedência de concurso público ou de concurso público limitado com publicação de anúncio, nos termos do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99, conjugado com o artigo 2.º, n.º 5, do mesmo diploma.

Verifica-se, assim, o elemento objetivo da infração por que vêm acusados.



2.2.2. Da verificação do elemento subjetivo da infração imputada aos Demandados.

Ficou provado que os Demandados, ao deliberarem adjudicar a empreitada objeto dos autos ao sócio privado da *Povoadesp, S.A* – a sociedade *Irmãos Cavaco, S.A.*- fizeram-no no convencimento de que aquela adjudicação não tinha que ser precedida de concurso público ou de concurso limitado com publicação de anúncio – vide **alínea C1)** do probatório;

Incorreram, pois, em erro sobre a ilicitude (vide artigo 17.º do CP, aplicável “ex vi” do artigo 67.º, n.º 4, da LOPTC).

Mas será tal erro censurável?

Vejamos.

Aquele facto foi dado como provado com a seguinte fundamentação:

- O “*Acordo de Acionistas, de Cooperação Técnica, Económica e Financeira*” - já previsto e minutado no processo de candidatura ao concurso para seleção de parceiro privado - apenas previa que a *Povoadesp, S.A.*, sempre que possível, obtivesse, pelo menos três propostas de três empresas distintas com bom nome no mercado para contratação de serviços e empreitadas com um valor superior a 50.000,00€, não prevendo, em circunstância alguma, que, para adjudicação das empreitadas objeto da parceria público-privada, fosse necessário lançar mão do concurso público ou do concurso limitado com prévia publicação de anúncio (vide *CD|1.4|Constituição da Povoadesp, S.A|Candidatura*).



Tribunal de Contas

Será que se impunha aos Demandados questionarem a legalidade de um acordo subscrito por todos os acionistas, no contexto em que o foi, ou seja, no âmbito de uma parceria público-privada institucional (PPPI)?

Afigura-se-nos que não.

Para tanto, aduzimos os seguintes argumentos:

1. Não está provado que os Demandados, enquanto vogais do C.A. da *Povoadesp, S.A.*, tivessem conhecimento de que o procedimento para seleção de parceiro privado lançado pela Espaço Povoação, E.E.M - e da inteira responsabilidade desta empresa municipal - estivesse eivado dos vícios acima descritos, sendo que os Demandados nem sequer foram eleitos pelo acionista público (vide **alínea I**) do probatório);

2. O que se teve em vista com a constituição desta PPPI foi implementar as empreitadas que lhe estavam subjacentes, com recurso a procedimentos singelos e céleres (ver acordo parassocial) em que os adjudicatários podiam ser algum dos sócios privados, sendo que a capacidade técnica daqueles já havia sido apreciada, conforme resulta do seguinte: (i) no anúncio da *Espaço Povoação E.E.M*, para seleção de parceiro privado, exigia-se (também) que o candidato juntasse documentos relativos à capacidade técnica (vide **CD|1.4|Constituição da Povoadesp.S.A.|Anúncio do Concurso**); (ii) uma das empresas do agrupamento candidato e vencedor do concurso para seleção de parceiro privado era a sociedade ora adjudicatária (vide **CD|1.4|Constituição da Povoadesp, S.A|Candidatura**); (iii) de acordo com o processo de candidatura todas as empresas que integravam o agrupamento apresentaram as referências curriculares, técnicas e financeiras, o que permitiria aferir da capacidade técnica e financeira daquelas, com vista à prossecução do



✓

objetivo a que se propunha, designadamente o de realizar a construção da obra adjudicada (vide **CD|1.4|Constituição da Povoadesp, S.A|Candidatura**);
(iv) não está provado que a deliberação de adjudicação da empreitada não tivesse sido sustentada num relatório técnico apresentado no Conselho de Administração, nos termos do acordo parassocial subscrito por todos os acionistas (vide **factualidade dada como não provada**)

3. Não está provado que os Demandados tivessem agido de má-fé, quando, no âmbito desta PPPI, adjudicaram uma das empreitadas objeto dessa PPPI a um dos sócios privados, sem precedência de concurso público ou concurso limitado com publicação de anúncio;

Podemos, assim, concluir o seguinte:

- Os Demandados, ao terem adjudicado a empreitada em causa a um dos sócios privados, em violação do artigo 48.º, n.º 2, alínea a), do DL 59/99, conjugado com o artigo 2.º, n.º 5, do mesmo diploma, incorreram em erro desculpável, já que o contexto e as circunstâncias fácticas e contratuais em que aquele ato foi praticado eram de molde a permitirem a interpretação, embora errónea, de que a adjudicação de uma das empreitadas em razão da qual foi constituída a PPPI não impunha o recurso a concurso público ou a concurso limitado com publicação de anúncio.
- Estamos, por isso, perante um erro não censurável;
- Agiram, assim, sem culpa, impondo-se a sua absolvição (artigo 17.º, n.º 1, do Código Penal);



3. DECISÃO.

Termos em que decide absolver os Demandados da infração por que vêm acusados, por carência do seu elemento subjetivo.

Não há lugar ao pagamento de emolumentos legais.

Lisboa, 30 de Outubro de 2015.

(Helena Ferreira Lopes)