



# ACÓRDÃO Nº 18

# 2020

Secção: 1.ª S/PL

Data: 01/04/2020

RO: 2/2019

Transitado em julgado em 12/06/2020

RELATOR: Alziro Antunes Cardoso

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

## **I – RELATÓRIO:**

1. O Município de Lisboa interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 1/2019, desta 1.ª Secção, em Subsecção, que *recusou o visto*, ao abrigo das alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC: Lei n.º 98/97, de 26/8<sup>1</sup>), a um *contrato* designado como «Contrato de Concessão relativa ao financiamento, conceção, projeto, construção/reabilitação, conservação e exploração de bens imóveis do Município de Lisboa, no âmbito do “Programa Renda Acessível”, sítos na Rua de S. Lázaro», celebrado, em 13/9/2018, entre essa autarquia e a empresa «Neonsmiles, S.A.», por um valor estimado de € 10.000.000,00, e que tem por objeto, essencialmente, a recuperação de um conjunto urbano pertencente à autarquia (composto por 16 imóveis, correspondente a 15 edifícios e um terreno), a constituição de direitos de superfície em benefício da concessionária sobre imóveis por esta construídos ou

---

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

reabilitados e a integração desse conjunto urbano em programa de arrendamento para habitação a preços acessíveis, tendo esse contrato a duração de 30 anos, a contar da comunicação entre as partes da concessão de visto, eventualmente prorrogável por mais 10 anos, e cujo prazo (após essa comunicação) para início de exploração, em benefício da concessionária, da totalidade dos fogos destinados a tal arrendamento, foi fixado em 144 semanas.

**2.** Apresentou alegações que culminam com as seguintes conclusões:

*«A. O Acórdão recorrido encerra uma compreensão equivocada da ratio, da natureza, das finalidades e do modo como foi preparado o PRA para fazer face a uma premente carência de imóveis disponíveis para arrendamento, a preços acessíveis para famílias de rendimentos intermédios, na cidade de Lisboa.*

*B. A matéria de facto dada como assente deve ser ampliada pois o Acórdão recorrido omite factos que resultam dos elementos juntos aos autos e que são da máxima importância para que se perceba, com inteireza, os esforços e cuidados que o ML colocou no lançamento de um programa que, pelos prementes objetivos que prossegue, tratou com um labor incomparável, bem além do que qualquer regime jurídico abstrato pode antecipar como necessário e conveniente.*

*C. A aplicabilidade do DL n.º 111/2012 aos municípios não resulta, direta ou indiretamente, do dito regime legal, como é reconhecido por toda a jurisprudência deste Tribunal, incluindo a do Pleno desta Primeira Secção (cf. Acórdãos n.º 157/2009, n.º 27/2012, Acórdão n.º 24/2012 e Acórdão do Pleno da Primeira Secção n.º 23/2012).*

*D. Ao julgar, erradamente, ser diretamente aplicável o DL n.º 111/2012 ao Contrato sub iudice, o Tribunal errou ao decidir:*

*(a) Existir preterição total de um procedimento legalmente devido e consequente nulidade do contrato, violando, por isso, o artigo 161.º, n.º 2, alínea l) do Código de Procedimento Administrativo;*

*(b) Existir nulidade do Contrato suscetível de mobilizar a norma habilitante da recusa de visto constante da alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, que se acha, por isso, violada pelo Acórdão recorrido;*

*(c) Existir violação direta de normas (constantas do DL n.º 111/2012) de índole financeira suscetível de mobilizar a norma habilitante da recusa de visto constante da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, que se acha, por isso, violada pelo Acórdão recorrido;*

*(d) Existir ilegalidade resultante do incumprimento da exigência de comparador público (resultante do DL n.º 111/2012) que possa ter alterado o resultado financeiro do contrato, como exigido pela norma habilitante da recusa de visto constante da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, que se acha, por isso, violada pelo Acórdão recorrido.*

**E. O Tribunal recorrido:**

*(i) ignorou uma clara intenção normativa no sentido de diferenciar e excluir as PPP de âmbito local do regime criado para as PPP desenvolvidas pela administração central, refletida na sucessão de alteração dos regimes jurídicos das finanças das autarquias locais e do setor empresarial local e, bem assim, do CCP;*

*(ii) ignorou a evolução legislativa referida e, concretamente, o facto de nunca ter existido, na ordem jurídica nacional, um regime jurídico aplicável às PPP que sejam da iniciativa dos municípios, sendo que até a aplicação remissiva desse regime no caso das PPP iniciadas por entidades do setor empresarial local foi eliminada da ordem jurídica;*

*O que encerra um ilegal e inconstitucional ativismo judicial, violador do princípio constitucional da separação de poderes (artigo 2.º e artigo 111.º da CRP).*

**F. O Tribunal recorrido ao pretender aplicar um regime jurídico que foi construído por referência ao seu (efetivo) âmbito subjetivo delineado em torno do âmbito estadual, viola os princípios constitucionais da subsidiariedade e da autonomia das autarquias locais (cf. artigo 6.º, n.º 1 da CRP).**

**G. A interpretação feita pelo Tribunal recorrido relativamente à enumeração resultante do n.º 2 do artigo 2.º do DL n.º 111/2012, que lhe fixa o âmbito subjetivo, no sentido de que tal elenco não é taxativo, significa admitir a possibilidade de densificação daquele âmbito subjetivo, através de ato não legislativo - no caso um ato jurisdicional: o próprio Acórdão recorrido, o que:**

*(i) viola o princípio da reserva de lei na definição do regime das finanças locais, previsto no n.º 2 do artigo 238.º da CRP;*

*(ii) viola o princípio da separação entre funções do Estado e entre órgãos de soberania e o princípio da reserva de Constituição na fixação das competências dos órgãos de soberania, consagrados, respetivamente, nos artigos 2.º e 111.º, n.º 1, e no artigo 110.º, n.º 2, da CRP e que impedem que, através de ato infraconstitucional, se modifiquem as competências que a CRP delimitou e atribui a cada órgão de soberania e a cada função do Estado.*

*H. A decisão recorrida usurpa o poder da Assembleia da República de fixar o regime das finanças locais, aí se incluindo as regras que devem regular a preparação e lançamento de contratos como o aqui sub iudice, atingindo o núcleo essencial dos limites das competências dos órgãos de soberania constitucionalmente fixado, deslocando o poder de regular tais matérias do poder legislativo para o judicial.*

*I. Ainda que se admitisse a existência de uma lacuna — o que se concede para efeitos de cautela de patrocínio—, nem assim seria admissível a mobilização do DL n.º 111/2012 como forma de integrar essa eventual lacuna, uma vez que está em causa uma lacuna normativa em que a intervenção do intérprete (sobretudo o judicativo) mobilizando analogia se revela ilegítima e ilegal.*

*J. O numerus clausus expresso nas normas que fixam o âmbito subjetivo do DL n.º 111/2012 (cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º), delimita claramente o seu campo de aplicação, pelo que o recurso à analogia pelo Tribunal recorrido resulta na violação do disposto no n.º 1 do artigo 10.º do Código Civil.*

*K. O Acórdão recorrido não sustenta em razões de identidade material o fundamento normativo da aplicação analógica que impõe ao ML, limitando-se a invocar razões formais para mobilizar um regime especialmente previsto para contratos com certa configuração lançados por certas entidades (estaduais) e sem considerar devidamente as circunstâncias do caso concreto, pelo que viola o n.º 2 do artigo 10.º do Código Civil.*

*L. A interpretação, constante do Acórdão recorrido, de que o n.º 2 do artigo 2.º do DL n.º 111/2012, apesar de “não se fazer menção, [no seu] elenco de parceiros públicos, às autarquias locais, diferentemente do que sucede no [CCP], que as inclui na lista de*

entidades adjudicantes para efeitos desse diploma (cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea c)”, permite concluir, em conjugação com o disposto no artigo 2.º do CCP, com os artigos 7.º, 9.º, 78.º e 79.º do RFALEI, e com o artigo 10.º do Código Civil, no sentido de que as autarquias locais integram o conjunto de “parceiros públicos” abrangidos pelo DL n.º 111/2012, subordinando-se - sem que se reconheça qualquer especialidade - aos mesmos requisitos, pressupostos e condicionamentos aplicáveis às parcerias publico privadas do sector estatal, viola o **princípio da autonomia local**, previsto no n.º 1 do artigo 6.º e no n.º 2 do artigo 235.º da Constituição, com especial concretização **no princípio da autonomia financeira e patrimonial autárquica**, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 238.º da Lei Fundamental.

**M.** Subsidiariamente, erra o Tribunal recorrido ao não reconhecer que o nível de detalhe e ponderação colocados pelo ML na fase de preparação da decisão de contratar permite concluir que foram materialmente cumpridas todas as exigências decorrentes do referido diploma, dando assim cumprimento aos princípios que lhe estão subjacentes.

**N.** Ao não reconhecer os efeitos jurídicos resultantes do cumprimento das finalidades subjacentes ao DL n.º 111/2012, o Acórdão recorrido:

**(i)** viola o disposto na alínea b) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA e, conseqüentemente - não havendo qualquer nulidade do Contrato (por preterição do procedimento legalmente devido) ou violação direta de qualquer norma financeira -,

**(ii)** também a alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC e a 2.ª parte da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, preceito que se acha, por isso, violado pelo Acórdão recorrido;

**(iii)** bem como a alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, por não haver hipótese (ou o risco ou o perigo) de ter sido afetado o resultado financeiro do Contrato.

**O.** Atendendo a que a possibilidade de atribuição de pontuações intermédias com uma eventual deficiente densificação não foi patenteada nas peças do procedimento - antes resultando apenas dos esclarecimentos prestados em sede de visto, pelo ML -, essa eventual deficiência não foi suscetível de gerar qualquer influência no universo concorrencial do procedimento e, como tal não seria a referida ilegalidade (a existir) suscetível de alterar (ou poder alterar) o resultado financeiro, nos termos da alínea c),

do n.º 3, do artigo 44.º da LOPTC, razão pela qual a referida norma é violada pelo Acórdão recorrido.

**P.** De outra banda, tal interpretação do modelo de avaliação não foi, mercê das incidências do procedimento - em que, por exclusão de três outras, foi admitida uma única proposta -, levada à prática, não constituindo causa virtual da afetação do resultado financeiro do contrato, pelo que, também por isso, se revela ilegal a mobilização da alínea c), do n.º 3, do artigo 44.º da LOPTC como fundamento de recusa do visto.

**Q.** De todo o modo, a definição de dois níveis de desempenho cumpre a exigência mínima prevista no n.º 3 do artigo 139.º do CCP que não foi violado, ao contrário do que resulta do Acórdão recorrido (embora de forma não concretizada), não existindo, por isso, motivo para recusar o visto com fundamento na alínea c), do n.º 3, do artigo 44.º da LOPTC, que se acha violada.

**R.** A ilegalidade que poderia estar em causa, sendo insuscetível de alterar o resultado financeiro do Contrato, assume natureza unicamente administrativa (e não financeira) e, por isso, é inconstitucional a interpretação, constante do Acórdão recorrido, do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, já que se admite a sindicância de uma ilegalidade que - a existir - é de natureza administrativa (e não financeira), violando assim a reserva absoluta da jurisdição administrativa para apreciação da legalidade administrativa (artigo 212.º, n.º 3 da CRP) e, bem assim, a reserva absoluta da jurisdição financeira deste Tribunal (214.º, n.º 1 da CRP).

**S.** A dúvida que o Tribunal recorrido manifesta sobre a adequação da adjudicação do Contrato ao interesse público, resultante da não aplicação do modelo de avaliação (por apenas uma proposta estar em condições de ser avaliada), ignora a função desse modelo enquanto critério de escolha levando a que decisão de recusa do visto seja ilegal por violação:

**(i)** do disposto nos artigos 73.º, n.º 1, 76.º, n.º 1, 79.º, 146.º e 148.º, todos do CCP;

**(ii)** do princípio da economia procedimental, dedutível do princípio da boa administração (artigo 5.º do CPA).

**T.** Erra o Tribunal recorrido ao julgar que seria legalmente devida uma decisão de não adjudicação, ou, pelo menos, uma fundamentação da adjudicação, uma vez que –

*além de não existir, no nosso ordenamento jurídico, uma genérica reserva de não adjudicação -, a situação sub iudice (de admissão de uma única proposta) não se pode reconduzir a qualquer das hipóteses legais de não adjudicação.*

**U.** *Por outro lado, a situação sub iudice também não se pode subsumir, ao contrário do que decidiu o Tribunal recorrido, à hipótese do n.º 5 do artigo 18.º do DL n.º 111/2012 pois:*

*(i) mesmo que se considerasse que o mencionado diploma legal se aplicava ao Contrato - no que não se concede -, uma vez que, o encargo bruto para o setor público é inferior a 10M€, tal disposição seria inaplicável, ex vi n.º 7 do artigo 2.º do mesmo diploma, que se acharia, assim, violado pelo Acórdão recorrido; e*

*(ii) mesmo que assim não fosse, a verdade é que a própria hipótese do n.º 5 do artigo 18.º não estaria preenchida, uma vez que esta exige que apenas um concorrente se tenha apresentado ao procedimento e, no caso concreto, apresentaram-se quatro concorrentes.*

*Donde, o Acórdão recorrido viola:*

*— os n.ºs 5 e 7 do artigo 2.º do DL n.º 111/2012, ao considerar existir ilegalidade resultante do incumprimento do n.º 5 do artigo 18.º do DL n.º 111/2012 e que essa ilegalidade se pode subsumir na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, que se acha, por isso, também violada pelo Acórdão recorrido;*

*— o n.º 5 do artigo 18.º do DL n.º 111/2012, ao considerar tal disposição aplicável, quando a sua hipótese manifestamente não se verifica no caso sub iudice; e*

*— o n.º 1 do artigo 73.º, o n.º 1 do artigo 76.º e o artigo 79.º do CCP.*

**V.** *O Tribunal recorrido, ao decidir que a forma como está regulada a possível reposição do equilíbrio financeiro do contrato, lhe suscita dúvidas e agrava o risco de ofensa a princípios jurídicos, viola a 2.ª parte da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, na medida em que esta exige uma “violação direta de normas financeiras” que o Tribunal não deu como verificada.*

**W.** *Subsidiariamente, o decidido pelo Acórdão recorrido quanto à forma-regra de reposição do equilíbrio financeiro prevista no Contrato viola o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 410.º do CCP, uma vez que a limitação temporal da duração máxima da concessão não se aplica, como comprova o novo n.º 3 do mesmo preceito, às*

*prorrogações de prazo que sejam determinadas pela reposição do equilíbrio financeiro do contrato.*

**X.** *Erra também o Tribunal recorrido ao entender que a previsão contratual sobre a forma-regra de reposição do equilíbrio financeiro induz indefinição, uma vez que tal já resulta - e em maior medida - do disposto no artigo 282.º do CCP, dispositivo que acha, então, violado pelo Acórdão recorrido.*

**Y.** *Ainda quanto à forma-regra de reposição do equilíbrio financeiro, erra o Tribunal recorrido ao julgar violado o princípio da equidade intergeracional, pois se é verdade que o património municipal poderá ser onerado durante mais algum tempo, isso significa, respetivamente, a não oneração do erário público (com o pagamento de uma possível indemnização).*

**Z.** *Relativamente à possibilidade de, para efeitos de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, serem afetados mais prédios à concessão, erra o Tribunal recorrido quando entende que a previsão contratual aporta um grau de imprecisão ilegal, uma vez que, não só a Lei o não limita como qualquer reposição se terá que fazer - sem que isso tenha que estar contratualmente previsto - na medida do estritamente necessário.*

**AA.** *Erra o Tribunal recorrido ao não reconhecer que a forma-regra fixada para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato é, efetivamente, económica, eficiente e eficaz, na aceção que tem sido utilizada por este Tribunal e que, por isso, salvaguarda a equidade intergeracional, sendo a recusa de visto com fundamento na pretensa violação daqueles princípios, violadora:*

**(i)** *da 2.ª parte da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC;*

**(ii)** *do n.º 1 do artigo 9.º do RFALEI; e*

**(iii)** *do n.º 4 do artigo 1.º do CCP.*

**BB.** *O Tribunal recorrido erra ao, numa análise manifestamente superficial, considerar não existir uma significativa transferência de risco para o Concessionário, pois a entrega de bens em propriedade plena constitui uma forma de remuneração do Concessionário e não um aspeto a considerar para efeitos da repartição do risco, sem a qual não seria viável o Contrato.*

**CC.** *Erra o Tribunal recorrido ao não considerar a completa alocação do risco do financiamento da operação (i.) quer por via da alocação de fundos próprios, (ii.) quer por via do recurso ao crédito e, bem assim, a de outros riscos - como da procura, da disponibilidade e da exploração -, tal como resulta da Matriz de Riscos, levando a que a recusa de visto com fundamento numa desfavorável repartição de riscos seja violadora do disposto do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC e do artigo 413.º do CCP.*

**DD.** *Errou o Tribunal a quo ao considerar aplicável ao caso sub iudice a al. a) do n.º 7 do artigo 49.º da RFALEI e, conseqüentemente, ao considerar ter existido a violação de norma financeira, uma vez que não há qualquer oneração de bens do município, mas sim de um direito de superfície titulado pelo concessionário, pelo que o Acórdão recorrido violou a referida norma e, bem assim, a 2.ª parte da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, por não haver qualquer violação de norma financeira.*

**EE.** *Mesmo na interpretação de que poderia haver uma afetação indireta dos bens do ML através da oneração feita pelo Concessionário, a recusa de visto com esse fundamento seria violadora dos n.ºs 5 e 6 do artigo 419.º do CCP que expressamente o admite nos Contratos de Concessão e, bem assim, do n.º 7 do artigo 49.º da RFALEI, que expressamente ressalva os “casos expressamente previstos na Lei”.».*

3. O Ministério Público emitiu parecer, nos termos do n.º 1 do artigo 99.º da LOPTC, com o seguinte teor:

**«I. Do objeto e das questões a analisar**

1. *O presente parecer incide sobre o recurso ordinário interposto pelo Município de Lisboa, do Acórdão n.º 1/2019, de 16 de janeiro, da 1.ª Secção, em Subsecção que recusou o Visto ao “Contrato de Concessão relativa ao financiamento, conceção, projeto, construção/reabilitação, conservação e exploração de bens imóveis” do Município, no âmbito do Programa Renda Acessível, sitos na Rua de S. Lázaro, celebrado em 13/09/2018, entre o Município de Lisboa e a empresa Neonsmiles, S. A., por um valor estimado de € 10.000.000,00, e que tem por objeto, essencialmente, a recuperação de um conjunto urbano pertencente à autarquia (composto por 16 imóveis, correspondente a 15 edifícios e um terreno), a constituição de direitos de*

*superfície em benefício da concessionária sobre imóveis por esta construídos ou reabilitados e a integração desse conjunto urbano em programa de arrendamento para habitação a preços acessíveis, tendo esse contrato a duração de 30 anos, a contar da comunicação entre as partes da concessão de visto, eventualmente prorrogável por mais 10 anos, e cujo prazo (após essa comunicação) para início de exploração, em benefício da concessionária, da totalidade dos fogos destinados a tal arrendamento, é fixado em 144 semanas.*

*2. A fim de delimitar o objeto do presente parecer, importa identificar as questões essenciais que se suscitam no recurso, a saber:*

**Questão 1** - *Qual o regime jurídico aplicável às parcerias público-privadas lançadas pelas autarquias locais?*

**Questão 2** - *No procedimento relativo à constituição da parceria público-privada, cujo contrato foi submetido a fiscalização prévia, foi elaborado o documento de avaliação, designado Comparador do Serviço Público?*

**Questão 3** - *É aplicável ao procedimento de constituição da parceria, o disposto no n.º 5 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 111/2012?*

**Questão 4** - *A cláusula 9.º n.º 3 do contrato de concessão, na modalidade de parceria público-privada, ao prever que o concessionário autorize a constituição de garantias reais ou obrigacionais viola o disposto no artigo 49.º n.º 7 do RFALEI?*

**II- Questão 1** - ***Qual o regime jurídico aplicável às parcerias público-privadas lançadas pelas autarquias locais?***

*3. À primeira questão devemos responder no sentido da aplicação das normas do Código dos Contratos Públicos e do Dec. Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.*

*Com efeito, do Regime Jurídico das Autarquias Locais (RJAL), aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, e do Regime jurídico Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais (RFALEI), aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, bem como da Lei n.º 43/2012, de 28 de agosto (Cria o Programa de Apoio à Economia Local), vários preceitos aludem expressamente à admissibilidade de os municípios lançarem parcerias público-privadas (cf. artigos 7.º n.º 2, 9.º n.º 2, f), e 79.º*

*n.º 1 d), da RFALEI; artigos 33.º n.º 1 f); 81.º n.º 2, a) do RJAL; artigo 10.º n.º 1 c) da Lei n.º 43/2012, de 28 de agosto).*

*No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23/05, [que aprova o Regime Jurídico das Parcerias Público-privadas (RJPPP), consignou-se que [...] “Mais recentemente, por força da aprovação do Código dos Contratos Públicos, o regime aplicável às PPP registou novos desenvolvimentos. Contudo, este Código não disciplinou todas as matérias relativas às PPP, em particular no que diz respeito aos procedimentos internos a observar pelo setor público, quer na fase da preparação e desenvolvimento de projetos, quer na fase de execução e acompanhamento do contrato. Adicionalmente, a aprovação do Código veio suscitar dúvidas quanto à vigência de algumas disposições do referido Dec. Lei n.º 86/2003” (diploma que constitui a primeira iniciativa legislativa, de carácter transversal especificamente dirigida às parcerias público-privadas).*

*Já no preâmbulo do primeiro diploma sobre as PPP (Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril), se consignava: “Neste âmbito, tem vindo o Estado e outros entes públicos a desenvolver modelos alternativos e experiências inovadoras de relacionamento com entidades privadas.”, do que se deduz que o diploma pretendia abranger todos os entes públicos. Igualmente aí se referia que: O presente diploma avança ainda na consagração plena, no ordenamento jurídico português, do princípio segundo o qual a parceria apenas se justifica quando se revelar vantajosa em confronto com o comparador de setor público (sublinhado nosso).*

*É indubitável que o legislador pretendeu criar um **regime-regra** constituído por um conjunto de normas constantes do Código dos Contratos Públicos e do Dec. Lei n.º 111/2012 de 23 de maio, que formam um bloco de legalidade, aplicável a todas as parcerias do setor público, neste se incluindo naturalmente as autarquias que, como defende R. Zippelius, são “órgãos estatais mediatos” (vide **Reinhold Zippelius**, Teoria Geral do Estado, 3.ª edição, pág. 127, edição de F. C. Gulbenkian), e a nossa Constituição insere na organização democrática do estado (artigo 265.º n.º 2). O que nos leva a admitir a inclusão das autarquias locais desde logo no conceito de “**entidades públicas estatais**”, utilizado no artigo 2.º, n.º 2 alínea b) do RJPPP. O*

*processo legiferante aponta inequivocamente para uma futura e completa codificação em sede de Código dos Contratos Públicos.*

*Tal regime é aplicável diretamente às autarquias locais, pois, à luz dos cânones hermenêuticos vertidos no artigo 9.º do Código Civil, temos de presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico.*

*As circunstâncias em que o Dec. Lei n.º 111/2012 foi elaborado, aliás invocadas na parte final do seu Preâmbulo, quando o Estado Português se encontrava sob o Programa de Assistência Financeira, são particularmente relevantes, pois a revisão do regime legal aplicável às PPP visou um efetivo e rigoroso controlo de encargos, bem como dos riscos associados às PPP, não se vislumbrando qualquer razão válida para excluir as Autarquias Locais do esforço do saneamento financeiro.*

***III- Questão 2- No procedimento relativo à constituição da parceria público-privada, cujo contrato foi submetido a fiscalização prévia, foi elaborado o documento de avaliação, o designado Comparador do Serviço Público?***

*4. O Tribunal “a quo” qualificou o contrato submetido a fiscalização prévia como um contrato de parceria público-privada, dando como provado que no procedimento relativo à constituição da parceria não foi produzido documento que revista as características do efetivo Comparador do Setor Público (CSP).*

*E deve reconhecer-se que o Tribunal, ao apreciar a legalidade do procedimento e do contrato submetido a fiscalização, exerceu corretamente os seus poderes jurisdicionais. Com efeito, a jurisdição do Tribunal de Contas aparece configurada como uma ordem jurisdicional especializada, exclusiva e plena em matéria financeira (artigos 1.º, n.º 2 da LOPTC e 214.º da CRP). Do princípio da plena jurisdição, assim consagrado, decorre o princípio da suficiência processual na sua máxima extensão, ou seja, o Tribunal de Contas aprecia todas as questões de legalidade que possam ter influência direta na decisão do caso subjudice para além da dicotomia legalidade financeira/legalidade administrativa. Acresce que, na medida em que as decisões do Tribunal de Contas, em matéria prejudicial, não produzem efeitos fora do âmbito da*

*jurisdição financeira, não está vedado que a mesma questão possa ser julgada distintamente na jurisdição administrativa.*

*5. Da análise do acórdão ressalta que a questão da qualificação do contrato e da verificação dos pressupostos da constituição da parceria acaba por ser convertida **numa questão de matéria de facto**, pois, a nosso ver, o Tribunal deu como **não provado o facto da existência de um verdadeiro CSP - Comparador do Setor Público** (cf. Pontos 17, 18 e 19 do acórdão). O documento em causa deve consubstanciar uma avaliação prévia imprescindível cujos resultados são vinculativos ao nível da opção pelos instrumentos contratuais possíveis que permitam que os objetivos a prosseguir correspondem em termos satisfatórios aos fins de interesse público subjacentes à constituição das PPP.*

*6. A conclusão do Tribunal “a quo” de que foi omitido o devido procedimento para o lançamento da parceria em causa, assenta no facto da inexistência do documento Comparador do Setor Público, e tem como consequência a nulidade do contrato (artigo 161.º, n.º 2, alínea I), do CPA e 284.º, n.º 2 do CCP, então aplicável), o que constitui fundamento de recusa do visto (artigo 44.º, n.º 3 alínea a), da LOPTC).*

*7. Todavia, e dado que o recorrente veio apresentar novos documentos, que poderão sustentar um juízo diferente sobre a matéria de facto, nada temos a opor à ampliação da matéria de facto pretendida pelo recorrente (vide ponto 1.2 dos alegações de recurso).*

*8. Já quanto a pretensão de produção de prova testemunhal, afigura-se-nos que a mesma não é admissível, essencialmente por duas razões. Em primeiro lugar, pela específica natureza do processo de fiscalização previa, atendendo a que esta tem por finalidade a verificação se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras estão em conformidade com a lei e se o respetivo encargo tem cabimento em verba orçamental (vide artigo 44.º da LOPTC). O processo é assim de base documental. Por outro lado, não está em causa indagar do contexto dos documentos sob apreciação judicial, mas sim se os estudos apresentados contêm ou não os elementos/pressupostos legais, cuja operação de qualificação incumbe ao tribunal, sendo por isso inadmissível a prova testemunhal, por força do disposto no artigo 393.º n.º 1 do Código Civil.*

**IV- Questão 3 - É aplicável ao procedimento de constituição da parceria, o disposto no n.º 5 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 111/2012?**

9. Quanto à questão da fundamentação da adjudicação, afigura-se-nos que assistirá razão ao recorrente.

Parece-nos que o n.º 5 do artigo 18.º do Decreto-Lei 111/2012 apenas consagra uma reserva absoluta de não adjudicação no caso excepcional de haver um único concorrente no procedimento da parceria, o que se depreende da expressão: (...) sempre que se apresente apenas um concorrente (...). Se outra fosse a intenção do legislador, teria sido preferível por mais adequada a expressão sempre que seja admitida uma única proposta.

O elemento literal remete-nos para uma situação de ausência de concorrência, em situação de monopólio, que obriga a uma maior prudência no lançamento ou continuação do procedimento de constituição de uma parceria público-privada, implicando obrigatoriamente a reapreciação dos objetivos a prosseguir e a avaliação de encargos globais estimados, tal como se prevê para os casos de reserva relativa de não adjudicação prevista no n.º 3 do mesmo preceito legal.

**V. Questão 4 - A cláusula 9.ª n.º 3 do contrato de concessão, na modalidade de parceria público-privada, ao prever que o concessionário autorize a constituição de garantias reais ou obrigacionais viola o disposto no artigo 49.º n.º 7 do RFALEI?**

10. A esta questão devemos responder negativamente, atendendo a que o artigo 419.º n.ºs 4 e 6 do CCP admite a oneração dos bens do domínio privado da autarquia e a cláusula em causa contempla uma autorização genérica do concedente para a oneração. Na dinâmica da execução do contrato, eventuais vicissitudes conducentes à extinção do contrato, teriam sempre de ser enquadradas no funcionamento dos artigos 1531.º e 1549.º do Código Civil.

11. Por outro lado, a cláusula poderá ser vista à luz do equilíbrio financeiro do próprio contrato.»

4. Por despacho constante de fls. 577-579, transitado em julgado, admitiu-se a junção de pareceres e documentos apresentados com as alegações, e foi indeferida a requerida inquirição de testemunhas.

## II- Questões a decidir:

5. Em conformidade com o *Código de Processo Civil* (CPC), aplicável *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC, é pelas conclusões das alegações de recurso que se define o seu objeto e se delimita o âmbito de intervenção do tribunal *ad quem* (cf. artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do CPC), sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (cf. artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC). Saliente-se, ainda, que o tribunal *ad quem* apenas está obrigado a resolver as *questões* que sejam submetidas à sua apreciação, e não a apreciar todos os argumentos produzidos nas alegações (e suas conclusões) de recurso, além de que não tem de se pronunciar sobre as questões cuja decisão fique prejudicada, tudo conforme resulta do disposto nos artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC.
6. Do teor dessas conclusões das alegações de recurso extraem-se as seguintes questões essenciais a dirimir:
  - a) Se a matéria de facto deve ser ampliada;
  - b) Se é aplicável ao contrato submetido a fiscalização prévia o regime legal das parcerias público-privadas (RPPP);
  - c) Se o procedimento pré-contratual ou o contrato submetido a fiscalização prévia enfermam de *ilegalidades* que constituam fundamento para a recusa de visto.
7. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

## II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:

8. O Acórdão recorrido considerou provados os seguintes factos, não impugnados pelo Recorrente, que se passam a reproduzir:

a) O contrato em apreço, designado de «Contrato de Concessão relativa ao financiamento, conceção, projeto, construção/reabilitação, conservação e exploração de bens imóveis do Município de Lisboa, no âmbito do “Programa Renda Acessível”, sítios na Rua de S. Lázaro», junto aos autos e que aqui se dá por integralmente reproduzido, foi precedido da realização de concurso público, com publicidade internacional, e o respetivo procedimento teve, na sua génese, deliberação da Câmara Municipal, datada de 7/4/2017, a que se seguiu deliberação da Assembleia Municipal, datada de 30/5/2017, na qual se aprovou o Programa do Procedimento e o Caderno de Encargos;

b) A entidade adjudicante formulou, perante este Tribunal, um enquadramento da sua decisão de contratar em termos que se passam a transcrever:

*«O “Programa Renda Acessível” do Município de Lisboa, foi aprovado através da Deliberação 168/AML/2017, de 30 de maio de 2017, com o objetivo de colocar no mercado de arrendamento habitação a preços acessíveis, destinados às famílias de rendimentos intermédios, atraindo e fixando nova população no concelho e simultaneamente, permitir a prossecução de objetivos nos domínios do ordenamento do território e urbanismo, da habitação, da ação social e da promoção do desenvolvimento local através da criação de zonas residenciais de qualidade, dotadas dos necessários equipamentos públicos de proximidade, e usufruindo de espaços públicos de qualidade;*

*A implementação do “Programa Renda Acessível” assenta num modelo de colaboração com operadores privados, empresas, cooperativas, organismos de investimento coletivo e qualquer tipo de entidades admissíveis, devido à necessidade de juntar à capacidade técnica e financeira do Município de Lisboa, a de operadores do sector da habitação, quer em termos de conhecimento*

*técnico, grande capacidade de produção e gestão de habitação, quer em termos de capacidade de angariação de recursos financeiros essenciais à concretização dos investimentos previstos;*

*Para a prossecução deste programa de uma forma sustentável, torna-se necessário o município afetar bens imóveis do seu domínio privado, nomeadamente edifícios devolutos, a sua grande maioria localizados em zonas centrais e nobres da Cidade, e terrenos urbanizáveis, bem como os equipamentos e as infraestruturas desses espaços, através de um planeamento urbanístico que garanta soluções coerentes e harmoniosas entre as operações imobiliárias e todos os demais aspetos funcionais, económicos, financeiros, demográficos, sociais, culturais e ambientais;*

*O Município dispõe do conjunto urbano, localizado na Rua de São Lázaro, nas Freguesias de Santa Maria Maior e de Arroios, abrangendo 16 imóveis de propriedade municipal, correspondendo a 15 edifícios e um terreno livre, identificados no Anexo I que se encontram em condições de afetar ao presente programa;*

*A área de intervenção da Rua de São Lázaro encontra-se localizada no centro histórico de Lisboa, junto à Praça do Martim Moniz, à Baixa Pombalina, ao Bairro histórico da Mouraria e ao jardim do Campo Mártires da Pátria, dotada de uma excelente rede de transportes públicos, comércio e equipamentos de proximidade;*

*A Rua de São Lázaro apresenta uma expressiva concentração de imóveis municipais contíguos, constituídos por edifícios de várias épocas construtivas (séculos XVII e XIX), nos quais se pretende intervir de uma forma integrada, dotando-os da qualidade habitacional necessária, e preservando e valorizando o património arquitetónico de Lisboa;*

*Nos termos da Deliberação acima referida se considerou num quadro previamente estudado, analisado e ponderado de vantagens e desvantagens entre a possível adoção de diversas figuras contratuais, se concluiu que a adoção de um modelo contratual de direito público assegura, de forma mais adequada e consistente, a implementação do “Programa Renda Acessível”, surgindo aqui a*

*concessão como a figura juridicamente mais apetrechada, para, no plano procedimental e no plano substantivo, garantir a prossecução duradoura e económica e financeiramente sustentada deste Programa, bem como a salvaguarda do interesse público;*

*De modo a criar melhores condições de potencial financiamento bancário aos investimentos a realizar pelo concessionário, os imóveis afetos a esta concessão serão cedidos em direito de superfície, durante o período contratual da mesma; No âmbito desta Operação Renda Acessível, atendendo à sua reduzida dimensão quando comparada com as outras áreas de intervenção do Programa, se entendeu ser mais adequado para a escolha de concessionários e das respetivas propostas, o Concurso Público, com a possibilidade de incorporar uma fase de Negociação, regulados nos artigos 130.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos;*

*Como também se referiu na mencionada Deliberação o investimento, os riscos de gestão e exploração, incluindo os de construção, cabem igualmente ao concessionário; que os imóveis, finda a concessão, reverterem, no todo ou em parte e gratuitamente para o Município, podendo estabelecer-se a obrigação de serem renovados no final da concessão; que está sempre salvaguardada a intervenção do Município, para assegurar a estabilidade e ajustamento do “Programa Renda Acessível”, incluindo, se necessário, o sequestro e o resgate da concessão e das respetivas rendas; que a concessão se afigura mais atrativa ao investimento e ao risco dos operadores privados e das eventuais entidades financiadoras, por facultar o direito de explorar os imóveis em regime de exclusivo durante a concessão, por potenciar e permitir uma legítima remuneração por essa exploração, de forma a amortizar o investimento na construção e/ou reabilitação e, por fim, por possibilitar uma equilibrada partilha de riscos e de benefícios.»;*

- c) O presente contrato, para além do mais, apresenta, como *contrapartida* a favor da concessionária, a transmissão para esta em propriedade plena de alguns imóveis incluídos no conjunto urbano objeto do contrato e ainda o recebimento das receitas provenientes do arrendamento dos imóveis;

- d) Em sede de verificação preliminar do processo, foram solicitados ao Município de Lisboa esclarecimentos vários sobre o contrato em apreço, a que essa entidade atendeu nos termos constantes do *Anexo I* que acompanhou o respetivo ofício de resposta, e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, ao qual foram ainda anexados dois documentos, identificados sob as designações de «Estudo de Viabilidade Económico-Financeiro da Operação Renda Acessível da Rua de São Lázaro» e de «Relatório de Avaliação Imobiliária dos Imóveis afetos à Concessão da Rua de São Lázaro», que também se dão por integralmente reproduzidos;
- e) Quanto ao pedido de *esclarecimento* dirigido ao Município de Lisboa sobre a possibilidade de o modelo contratual adotado poder integrar uma *parceria público-privada*, sustentou a entidade adjudicante, no essencial, a tese de que se está perante um *contrato de concessão*, negando a sua integração no conceito de *parceria público-privada*, cujo regime essa entidade entende não ser aplicável às autarquias locais;
- f) Pronunciando-se a propósito da «execução de contratos de parcerias público-privadas», formulou este Tribunal, no Relatório de Auditoria n.º 4/2012, da 1.ª Secção, de 27/11/2012 (acessível em [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt)), respeitante ao Município de Oeiras, as seguintes considerações:
- «Como salientado pelo Comité das Regiões no seu Parecer<sup>(x2)</sup> ao “Livro Verde sobre as PPP institucionalizadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões”, de 17.11.2004 (2005/C 71/05), a “parceria não deve ser vista como uma solução miraculosa; a pertinência e a mais-valia de uma parceria público-privada deverá ser avaliada de projeto para projeto”. Daí que um dos pressupostos exigidos para o lançamento de uma parceria consiste em esta apresentar, “para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins”, como determinado no art.º 6.º, n.º 1,*

---

<sup>(x2)</sup> Publicado no JOUE, Série C, n.º 71, de 22.03.2005.

*al. c), do RJPPP<sup>(3)</sup>, que consagra o “princípio segundo o qual a parceria apenas se justifica quando se revelar vantajosa em confronto com o comparador de setor público” (princípio da subsidiariedade), como explicitado pelo legislador no preâmbulo do DL n.º 86/2003, de 26.04.*

*[...] resulta uma vinculação legal de elaboração de um programa alternativo que demonstre a vantagem comparativa da via PPP face a formas alternativas de contratação pública, em momento prévio ao lançamento de uma PPP <sup>(x4)</sup>.*

*[...] Como observado por Carlos Moreno<sup>(x5)</sup>, “as PPP, até porque alteram o perfil e as características da despesa pública e acarretam uma orçamentação obrigatoriamente plurianual, exigem que o decisor público avalie, em toda a sua dimensão e extensão, os custos e benefícios respetivos (...). No fundo, o decisor público há de sempre avaliar se a PPP se justifica por se revelar mais vantajosa, em confronto com o comparador do Setor Público” (pág. 176).»;*

- g) No concurso que deu origem ao contrato em apreço, estabeleceu-se como critério de adjudicação o da *proposta economicamente mais vantajosa*, tendo tal critério, conforme consta do anexo II do Programa do Procedimento, sido densificado por um modelo de avaliação de propostas fundado em fatores e subfactores, com referência a valores dos respetivos coeficientes de ponderação, como segue:

---

<sup>(3)</sup> Na mesma linha dispõe o art.º 8.º, n.º 7, al. d), do RJPPP, quando se refere à demonstração da “inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira”.

<sup>(4)</sup> Cf. expresso por Jorge de Faria Lopes in “OPPP Basics Comparador Público – março 2011”, do Centro de Estudos Aplicados da FCEE – Católica, pág. 124. A existência duma vinculação legal de elaboração do CSP [fundada nos art.ºs 6.º, n.º 1, al. c), do RJPPP e 19.º, n.º 2, da LEO] é igualmente sustentada pelo autor citado no artigo intitulado “Uma perspetiva jurídica acerca da figura do comparador do setor público nas Parcerias Público Privadas”, pub. na Revista do TC, n.º 54, Julho/Dezembro de 2010, págs. 92, 93 e 128.

<sup>(5)</sup> No artigo intitulado “Acompanhamento, Avaliação e Controlos das PPP – Controlo Geral”, incluso no Manual Prático de Parcerias Público-Privadas, edições NPF – Pesquisa e Formação. 2004.

- «A) *Qualidade do projeto: 40%*
- A1) *Integração no contexto urbano: 20%*
  - A2) *Caracterização Espacial e Material: 40%*
  - A3) *Características construtivas: 40%*
- B) *Entrada em exploração de 100% dos fogos destinados à renda acessível: 10%*
- C) *Caso base: 50%*
- C1) *Valor médio das rendas: 50%*
  - C2) *Número de fogos com o valor mínimo da renda: 20%*
  - C3) *Área bruta de construção potencial dos imóveis a transmitir pelo Concedente: 20%*
  - C4) *Capitais próprios a realizar em dinheiro no momento da constituição da entidade concessionária: 10%»;*
- h) Quanto a esses fatores e subfactores, tem cada um deles associada uma escala de pontuação parcial, a qual é definida através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de *níveis de desempenho de referência*, sendo que, em relação a estes *níveis* – como sucede quanto aos subfactores elementares A1, A2 e A3 –, apenas se definiram dois *níveis*, assim enunciados: 1) «*A proposta atende de forma adequada a todos os requisitos desejáveis e respeita todos os requisitos imperativos definidos no Caderno de Encargos, referentes a este subfactor elementar*», com a pontuação parcial de «100»; 2) «*A proposta respeita integralmente as condições imperativas definidas no Caderno de Encargos, referentes a este subfactor elementar, não observando nenhum dos requisitos desejáveis*», com a pontuação parcial de «0»;
- i) Quanto ao modelo de avaliação adotado e, em particular, quanto à pontuação de subfactores com utilização de *níveis de desempenho de referência*, formulou-se pedido de *esclarecimento* nos seguintes termos:
- «*Justifique como e com que fundamento foi este concreto modelo de avaliação de propostas adotado, demonstrando que o mesmo é o mais adequado, face aos objetivos pretendidos e o mais consentâneo com os critérios de eficiência, eficácia e economicidade que devem nortear as decisões da administração.*

*[...] esclareça como considera legalmente possível ter estabelecido somente duas pontuações parciais, relativas aos níveis de desempenho de referência, dos vários fatores de análise de propostas, situadas entre dois extremos de “tudo ou nada”, ou seja, respetivamente de “100” e “0”, sem estabelecer e densificar pontuações intermédias, nomeadamente, para o caso de serem apresentadas propostas que apresentassem algum ou alguns dos “requisitos desejáveis”, sendo que em qualquer caso, seriam sempre pontuadas com zero, quer não apresentassem nenhum, ou apresentassem um ou dois ou três, etc., desses requisitos.»;*

- j) A esse pedido de *esclarecimento* respondeu a entidade adjudicante, no essencial, no sentido de que as propostas não teriam de ser obrigatoriamente pontuadas com 0 ou 100, argumentando que o júri poderia atribuir pontuação intermédia (entre 0 e 100), com base num juízo de comparação face aos respetivos níveis de referência do descritor de impacto associado ao fator em questão, mais informando que o critério de adjudicação de propostas não foi aplicado à única proposta admitida (a da empresa adjudicatária), por entender haver desnecessidade de tal aplicação, atentas as circunstâncias de inexistirem motivos de exclusão dessa proposta e de se considerar que o artigo 76.º do CCP consagra um *dever de adjudicação* (cujo incumprimento poderia originar uma ação de indemnização do concorrente contra o Município, com possibilidade de condenação);
- k) Quanto ao modo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, estabeleceu-se, na sua cláusula 34.ª, que esse *«reequilíbrio financeiro é efetuado através da prorrogação do prazo da concessão pelo tempo estritamente necessário a garantir aquele reequilíbrio, o qual, em regra, não deverá exceder 10 anos»* (n.º 5) e que *«[c]aso o prazo máximo previsto no número anterior se revele insuficiente para restabelecer o equilíbrio, cumulativamente à prorrogação do prazo, poderá recorrer-se à afetação de outros imóveis à concessão»* (n.º 6), o que motivou a formulação de pedido de *esclarecimento* nos seguintes termos:

*«Relativamente à possibilidade de prorrogar o prazo da concessão, previsto na cláusula 34.ª, n.ºs 5 e 6, do contrato, esclareça:*

- a) A compatibilidade de tal prorrogação com o disposto no artigo 410.º do CCP.*
- b) Como se compatibiliza essa possibilidade de prorrogação com os princípios que devem nortear a contratação pública, em especial tendo em conta que tal possibilidade pode configurar uma restrição da concorrência (cf., designadamente, Ac. ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Saiano – Proc. C – 347/06), a que ainda acresce o facto de, face à utilização da expressão “em regra”, parecer que não se estabelece qualquer limite para essas eventuais prorrogações.*
- c) Face aos diversos modos previstos na lei para efetuar a reposição do equilíbrio económico/financeiro dos contratos, o motivo para fixar, desde logo, a prorrogação do prazo, em detrimento de outras modalidades, evidenciando que tal opção é a que melhor protege o interesse público, bem como a própria necessidade da fixação, desde já, dos próprios modos de reposição.*

*Nos mesmos termos referidos no ponto anterior esclareça a opção de fixação, como modo subsidiário de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, a afetação de outros imóveis à concessão.*

*Esclareça como se compatibiliza o disposto nos n.ºs 5 e 6 da cláusula 34.ª quanto ao prazo de “prorrogação”, uma vez que daquele n.º 5 parece não resultar um prazo máximo (“em regra”) e no n.º 6 se alude a esse prazo como sendo um prazo máximo.»;*

- l) A esse pedido de esclarecimento respondeu a entidade adjudicante, no essencial, no sentido de que a adoção desse modelo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato constitui a melhor forma de «evitar uma qualquer oneração orçamental para o Município de Lisboa»;*
- m) Quanto à partilha de riscos entre parceiro público e parceiro privado, formulou-se pedido de esclarecimento nos seguintes termos:*

*«No que especificamente respeita à partilha de riscos, identifique como é que os mesmos se encontram repartidos por cada um dos contratantes, em mapa e por referência ao clausulado contratual, ponderando a inclusão da matriz de risco no próprio contrato, face ao disposto no artigo 7.º do D.L. n.º 111/2012, de 23 de maio.*

*Esclareça ainda e em particular:*

- a) Qual o risco assumido pelo concedente em sede da procura de arrendamento, quando, para efeitos do regime da reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato, estabelecido na cláusula 34.ª, o referencial considerado é unicamente a proposta do próprio concorrente e se garante esse reequilíbrio se “não existir uma ocupação média efetiva dos alojamentos destinados a arrendamento acessível em percentagem superior a 90% da totalidade dessas unidades de alojamento e não tenha sido possível, supletivamente, o seu arrendamento diretamente junto do mercado”;*
- b) Qual o risco assumido pelo concessionário, relativamente ao financiamento, face à possibilidade de constituição de garantias a favor deste pelo concedente;*
- c) Justifique como considera que a parte final do n.º 1 da cláusula 34.ª do contrato, quando se refere que “... o limite do reequilíbrio não colocar o Concessionário em situação mais favorável do que aquela em que se encontrava nos termos da Proposta ...”, se coaduna com o disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 282.º do CCP.*

*Relacionado com os pontos anteriores, demonstre, face ao disposto no artigo 413.º do CCP e artigo 7.º, n.º 1, do D.L. n.º 111/2012, de 23 de maio, que, no caso em apreço, o contrato implica uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário.»;*

- n) A esse pedido de esclarecimento respondeu a entidade adjudicante, no essencial, no sentido de que o contrato em apreço contempla «uma significativa e efetiva transferência de riscos para o concessionário», argumentando, designadamente, nos seguintes termos:*

*«A lógica deste regime reside no seguinte: todo o processo de seleção dos potenciais arrendatários decorre através dos serviços do Município, nos termos estabelecidos pelo próprio Município. Sobre este processo de seleção não há qualquer intervenção, influência ou poder do Concessionário. Consequentemente, constituiria uma violação do princípio da proporcionalidade fazer recair sobre o Concessionário toda a responsabilidade – incluindo a responsabilidade por incumprimento do contrato – de factos e processos sobre os quais não tem qualquer poder: selecionar os potenciais arrendatários em regime de renda acessível, isto é, passe a expressão, a procura.*

*[...] o risco financeiro é transmitido para o Concessionário, na medida em que o reembolso do empréstimo e respetivos custos de capital deverão ser suportados, em primeira linha, através das próprias receitas de exploração.»;*

- o) Quanto ao *financiamento* do contrato, estabelece-se, na sua cláusula 9.<sup>a</sup>, que *«[q]uando se revele justificadamente inviável o recurso às rendas pagas a título de arrendamento dos imóveis afetos à renda acessível como instrumento único e total de garantia dos financiamentos concedidos ao Concessionário, o Concedente poderá autorizar a constituição de garantias reais ou obrigacionais sobre esses bens e demais direitos de exploração previstos no presente Contrato e no Caderno de Encargos, a favor das Entidades Financiadoras»* (n.º 3) e que *«[p]ara financiamento das atividades que integram o objeto da Concessão ou como meio de financiamento para a amortização dos capitais investidos, o Concessionário poderá proceder à alienação dos imóveis identificados na Cláusula 6.ª, que lhe sejam transmitidos em regime de propriedade plena pelo Concedente, ou à constituição de outros direitos reais sobre os mesmos»* (n.º 7), ainda que *«[a] transmissão pelo Concedente, da propriedade plena dos edifícios só poderá ocorrer quando [...] se verifique a conclusão total da construção/reabilitação dos edifícios»* (n.º 8), e sem prejuízo de esses imóveis *«integra[re]m a concessão para efeitos de resolução, sequestro ou resgate»* (n.º 9), mais se prevendo, quanto a tais imóveis, que *«o Concedente pode autorizar a constituição de garantias a favor das Entidades Financiadoras»* (n.º 10), o que motivou a formulação de pedido de *esclarecimento* nos seguintes termos:

*«Esclareça, efetuando o respetivo enquadramento legal e relativamente aos n.ºs 3 a 5 e 10 da cláusula 9.ª do contrato:*

- a) Como considera possível que se admita a possibilidade de autorizar a constituição de garantias reais ou obrigacionais sobre bens propriedade do município, tendo em conta o disposto no artigo 49.º, n.º 7, da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, o qual veda aos municípios a concessão de garantias pessoais e reais, a que acresce o facto de, no caso em apreço, tais garantias serem prestadas a favor de terceiros;*
  - b) Sem prejuízo da resposta à questão anterior, esclareça em que circunstância se prevê que viria a ser “justificadamente inviável” o recurso às rendas como instrumento de garantia do financiamento concedido à concessionária;*
  - c) Quais os critérios considerados para esse efeito e qual o órgão que autorizaria a constituição dessas garantias e a prévia verificação do pressuposto “justificadamente inviável”.»;*
- p) A esse pedido de esclarecimento respondeu a entidade adjudicante, no essencial, nos seguintes termos:
- «[...] através do direito de superfície, o Município constitui a favor de um terceiro a designada propriedade superficiária: o terceiro é o proprietário superficiário e o Município é o proprietário do solo. Consequentemente, sendo o terceiro, no caso o Concessionário, o proprietário superficiário, não pode haver sobre o mesmo bem dois direitos de propriedade, pelo que nos termos dos princípios imperativos dos direitos reais, designadamente dos princípios da tipicidade e da taxatividade dos direitos reais, nunca poderá haver a constituição de dois direitos reais de propriedade sobre o mesmo bem, no caso, o edificado, sob pena de nulidade, por violação daqueles princípios e da celebração de negócios jurídicos contra legem. Ora, sendo o proprietário superficiário titular deste direito de propriedade – e não o Município – nunca este está a constituir qualquer tipo de garantia sobre bens da sua propriedade. Repete-se, a propriedade superficiária é do particular-concessionário e não do Município. Virá a ser do Município quando se verificar a reversão para este desses bens, finda a concessão ou antes, por resgate ou resolução. Consequentemente, não se vê, no caso, qualquer*

*incompatibilidade com o artigo 49.º, n.º 7, da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro.»;*

- q) Quanto à *transmissão de imóveis em regime de propriedade plena*, a favor da concessionária, encontra-se a mesma prevista na cláusula 6.ª do contrato, na qual se identificam como tais os sítios nos n.ºs «4 a 8», «10 a 12», «14», «86 a 94», «107 a 115» e «101 a 105» da «Rua de São Lázaro» (alíneas a) a f), respetivamente, do n.º 1), estabelecendo o seu n.º 2 que «[a] transmissão dos imóveis em regime de propriedade plena apenas ocorrerá após a conclusão das obras dos edifícios destinados à habitação com renda acessível e verificada a completa funcionalidade destes para esse fim».

#### **A) Ampliação da matéria de facto**

- 9.** O Recorrente requereu, ao abrigo do disposto no n.º 5 do artigo 99.º e do n.º 2 do artigo 100.º da LOPTC, a ampliação da matéria de facto, defendendo que devem ser aditados à matéria de facto julgada provada os factos indicados nos artigos 16.º, 17.º e 18.º das alegações do recurso, que considera demonstrados através dos documentos juntos aos autos, e relevantes, em face da solução de direito perfilhada no Acórdão recorrido, para a concessão ou recusa de visto.
- 10.** Nos termos do citado n.º 5, do artigo 99.º, da LOPTC "[e]m qualquer altura do processo o relator poderá ordenar as diligências indispensáveis à decisão do recurso". E o n.º 2, do artigo 100.º, da mesma Lei, estabelece que "[n]os processos de fiscalização prévia o Tribunal pode conhecer de questões relevantes para a concessão ou recusa do visto, mesmo que não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente, se suscitadas pelo Ministério Público no respetivo parecer, cumprindo-se o disposto no n.º 3 do artigo 99.º".
- 11.** Conforme se referiu, entre outros, nos Acórdãos n.ºs 11/2008-18.JUL.2008-1.ªS-PL, 18/2008-16.DEZ-1.ªS/PL, 8/2011 de 12 de Abril, e 1/2016-26-JAN-1.ªS/PL «os poderes conferidos pelos preceitos transcritos, sendo mais vastos do que aqueles que ocorrem, em regra, em sede de processo civil, permitem que o Tribunal de Contas

*aborde, em recurso, questões com uma conexão fáctica e/ou de direito direta com o contrato que foi presente ao Tribunal, mesmo quando essas questões não tenham sido abordadas na decisão recorrida. Isso pode suceder, designadamente, quando essas questões sejam alegadas pelo recorrente e, entre essas questões, pode incluir-se a alteração ou ampliação da matéria de facto. No entanto, aqueles preceitos são também claros no sentido de que as matérias ou questões devem revelar-se "indispensáveis" à decisão do recurso ou "relevantes" para a concessão ou recusa do visto».*

- 12.** No presente caso, os factos que o Recorrente pretende ver aditados à factualidade julgada provada podem assumir, na perspetiva defendida pelo Recorrente, relevância na apreciação da matéria de direito, em relação ao invocado cumprimento das exigências prévias ao lançamento do procedimento que conduziu à celebração do contrato submetido a fiscalização prévia - o que não significa que a tese jurídica que defende seja acolhida pelo Tribunal, mas apenas que deverá ser apreciada depois de estabelecido o enunciado da matéria de facto.
  
- 13.** Porém, o estudo a que se refere a c) do artigo 16.º das alegações do Recorrente não foi junto aos autos. Consta da proposta n.º 180/2017, junta a fls. 416 a 626 do processo de fiscalização prévia, que o "Programa Renda Acessível" contou com os contributos da Arquiteta Ana Costa Pinho "*para a componente de enquadramento nas políticas de habitação da União Europeia*" (cf. pág. 197 da referida proposta). Mas não consta da referida proposta qualquer referência ao "*estudo de Benchmark internacional sobre políticas de habitação, enquadramento nos instrumentos de política da EU, Portugal e Município*", a que se refere a dita alínea c) do artigo 16.º das alegações. Dado que integrou a "Equipa de Missão" para a conceção do "Programa Renda Acessível" e foi consultora da "Equipa de Missão Lisboa 2020" terá contribuído para a elaboração da proposta que veio a ser a aprovada, como, aliás, da mesma consta. Porém, não resulta demonstrada a elaboração de um estudo autónomo em relação à denominado "Programa Renda Acessível".

**14.** Também não foram juntos os estudos a que se referem as alíneas e) e f) do mesmo artigo 16.º das alegações do Recorrente, mas a realização destes estudos, resulta demonstrada através da referida proposta n.º 180/2017, de aprovação do “Programa Renda Acessível”, da qual consta que o estudo relativo ao modelo de negócio para as famílias arrendatárias incluiu os estudos de mercado e dos dados estatísticos mencionados a pp. 116-117 da referida proposta. Porém, em relação ao modelo de negócio para concessionários, analisado a pp. 151 -175 daquela proposta, não consta da mesma informação que permita considerar demonstrada a realização das entrevistas mencionadas na referida alínea f).

**15.** Pelo exposto, procedendo apenas parcialmente a requerida ampliação da matéria de facto, aditam-se à factualidade julgada provada os seguintes factos:

- a) O Programa de Governo da Cidade de Lisboa para 2013-2017 fixava objetivos e metas para promoção de habitação com renda acessível e melhoria do *habitat* de Lisboa<sup>6</sup>;
- b) Em 09.06.2015, em execução do Eixo “*Lisboa Inclusiva*”, constante daquele Programa, o Presidente da Câmara Municipal de Lisboa nomeou a “Equipa de Missão” para a conceção do “Programa Renda Acessível”, com a missão de conceber e propor:
  - Os contornos concretos do programa;
  - O modelo económico do programa;
  - A caracterização das primeiras operações e propostas de localização;
  - Formas diversificadas de concretizar os objetivos subjacentes ao Programa<sup>7</sup>.
- c) Foram efetuados pela Equipa de Missão do Programa Renda Acessível e por juristas da Câmara Municipal de Lisboa, com a assessoria técnica do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), sob coordenação dos

---

<sup>6</sup> Cf. Proposta n.º 180/2017 (págs. 30 a 39), aprovada pela Deliberação n.º 168/AML/2017, constante de fls. 416 a 633 do processo de fiscalização prévia.

<sup>7</sup> Cf. docs. constantes de fls. 57 a 60 (juntos com a alegação do recurso, sob os n.ºs 1 e 2).

Professores Pedro Costa Gonçalves e Licínio Lopes Martins, estudos comparativos sobre os modelos jurídicos possíveis para o PRA e procedimentos pré-contratuais<sup>8</sup>;

- d) Foi efetuado um estudo do modelo de negócio para as famílias arrendatárias, que incluiu: estudo de mercado com inquérito à população alvo (famílias de rendimento intermédio residentes da AML); estudo de estatísticas sobre rendimentos líquidos, declarados em sede de IRS, com base em informação estatística do Ministério das Finanças/Autoridade Tributária, cujos dados disponíveis mais recentes reportam a 2014; análise das estatísticas do EUROSTAT sobre rendimento disponível das famílias Portuguesas, com base em inquérito realizado no ano de 2015; estudo das estatísticas do Programa Renda Convencionada, com base nos dados da Direção Municipal de Habitação e Desenvolvimento Local do Município de Lisboa (DMHDL), relativos às famílias que apresentaram candidatura ao referido programa, por tipo de família, desde a 1.ª à 10.ª edição<sup>9</sup>;
- e) Foi elaborado um estudo do modelo de negócio para concessionários, que incluiu: análise de vários estudos técnicos sobre perceção das cidades europeias como destino de investimento imobiliário, perceção de riscos/atratividade/recursividade do mercado de arrendamento da UE; análise de risco de incumprimento pelos arrendatários; estudo sobre stress financeiro das famílias residentes na Área Metropolitana de Lisboa; análise da rentabilidade de bens imobiliários por tipo de risco, investimento e operador imobiliário; análise sobre soluções de financiamento no sistema bancário; bem como a auscultação de intervenientes do sector imobiliário, peritos e várias entidades relevantes, e famílias<sup>10</sup>;
- f) Contribuíram para o programa de Renda Acessível os técnicos e dirigentes municipais, e de entidades participadas pelo Município de Lisboa, indicados

---

<sup>8</sup> Cf. pp. 83-84 da Proposta 180/2017 (fls. 507 a 518 do processo de fiscalização prévia).

<sup>9</sup> Idem, pp. 112-136.

<sup>10</sup> Idem, pp. 151-175.

a pp. 197 a 202 da proposta de “Programa Renda Acessível”, junta a fls. 425 a 626 do processo de fiscalização prévia;

- g) A coordenação política do programa foi exercida pela vereadora Paula Marques (com o pelouro da habitação e desenvolvimento local), coadjuvada pelos vereadores Manuel Salgado (com o pelouro do urbanismo, património imobiliário, e obras municipais), e João Paulo Saraiva (com o pelouro dos Recursos Humanos e Financeiros)<sup>11</sup>.

## – DE DIREITO

### **B) Da sujeição do contrato em apreço ao regime legal aplicável às parcerias público-privadas**

**16.** A decisão recorrida considerou aplicável ao contrato submetido a fiscalização prévia o regime jurídico das parcerias público-privadas (doravante RJPPP), estabelecido no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23/5<sup>12</sup>.

**17.** E concluiu, em síntese, que: foi omitido o procedimento exigido pelo RJPPP para o lançamento de uma parceria público-privada como a que o contrato em apreço configura, em particular a prévia elaboração de estudo que revista as características de efetivo comparador público apto a cumprir as finalidades do RJPPP, e que demonstre a vantagem comparativa da opção da entidade fiscalizada pelo modelo contratual adotado face a formas alternativas de contratação pública, em momento prévio ao lançamento de uma PPP; foram violadas de forma direta normas de índole financeira (constantes do RJPPP); o incumprimento da exigência de comparador público é suscetível de ter alterado o resultado financeiro do contrato; verificando-

---

<sup>11</sup> Idem, pp. 197.

<sup>12</sup> Anteriormente constante do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26/4, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27/7.

se, conseqüentemente, os fundamentos de recusa de visto constantes das alíneas a), b) e c), do n.º 3, do artigo 44.º da LOPTC<sup>13</sup>.

**18.** Fundamentos que foram decisivos para a recusa de visto, e que o acórdão recorrido, sintetizou, nos trechos que a seguir se transcrevem:

*«18. Perante os elementos disponíveis, é particularmente relevante a verificação de que o mencionado estudo de viabilidade económico-financeira junto aos autos (no próprio documento designado por «Estudos prévios sobre as condições de viabilidade económica da Operação Renda Acessível da Rua de São Lázaro») não cumpre minimamente as rigorosas exigências do RJPPP, em particular quanto à demonstração dos parâmetros económico-financeiros constantes da normaçoã supra indicada. Como a sua própria designação revela, coloca esse documento um especial enfoque na componente relacionada com a execução de programa de arrendamento para habitação a preços acessíveis. Por outro lado, não se encontra esse documento elaborado numa perspetiva de apreciação global da parceria público-privada aqui em causa e segundo a lógica comparativa a que o RJPPP obriga, por reporte a outras soluções que possam constituir alternativas ao modelo adotado, carecendo o mesmo da formulação de asserções demonstrativas da primazia desse modelo. E acresce não se encontrar aquele subscrito quanto à respetiva autoria, o que o fragiliza do ponto de vista da objetividade e credibilidade que esse tipo de documento deve infundir.*

*19. Não se dispõe, pois, de documento que revista as características de efetivo comparador público, apto a cumprir as finalidades do RJPPP, e que demonstre a vantagem comparativa da opção da entidade fiscalizada pelo modelo contratual adotado no caso subjudice. Na linha do que já declarou este Tribunal, no citado Relatório de Auditoria n.º 4/2012 (respeitante, precisamente, a uma parceria de autarquia local), reitera-se o entendimento de que existe uma «vinculação legal de elaboração de um programa alternativo que demonstre a vantagem comparativa da*

---

<sup>13</sup> Lei n.º 98/97, de 26/8, alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, e 42/2016, de 28/12.

*via PPP face a formas alternativas de contratação pública, em momento prévio ao lançamento de uma PPP» (cf. ponto de facto sob a alínea f), supra). Ora, nada disso foi concretizado no presente caso, antes se podendo afirmar que foi omitido o procedimento exigido pelo RJPPP para o lançamento de uma parceria público-privada como a que o contrato em apreço configura.*

**20.** *Equivale essa omissão a uma ausência de procedimento, o que consubstancia a «preterição total do procedimento legalmente exigido», prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do Código do Procedimento Administrativo<sup>14</sup> (sucedâneo do artigo 133.º do anterior CPA, para que remete a versão originária do n.º 2 do artigo 284.º do CCP, ainda aplicável ao caso presente, nos termos dos artigos 12.º, n.º 1, e 13.º do diploma preambular da revisão de 2017 do CCP<sup>15</sup>). Nesta base, cumprirá extrair a consequência da nulidade do contrato em apreço, em conformidade com o disposto nas citadas normas do CCP e do CPA. E, por sua vez, tal nulidade integra o fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (doravante LOPTC)<sup>16</sup>.*

**21.** *Num outro plano, deve ainda atentar-se na circunstância de as aludidas disposições legais do RJPPP visarem manifestamente a proteção de interesses financeiros públicos – o que nos permite afirmar que o incumprimento, nessa medida, do regime legal das parcerias público-privadas se traduz numa ofensa a normas de marcada índole financeira. Ora, a violação direta de normas financeiras integra, expressamente, um segundo fundamento de recusa de visto, que se encontra previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea b), 2.ª parte, da LOPTC.*

**22.** *E, finalmente, o não cumprimento da exigência de comparador público suscita fundadas dúvidas sobre se o presente contrato, nos termos em que o mesmo se apresenta, corresponde à melhor solução, do ponto de vista da proteção do interesse*

---

<sup>14</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1.

<sup>15</sup> Por o respetivo procedimento, *in casu*, se ter iniciado ainda em 2017 (cf. ponto de facto sob a alínea a), supra), ou seja, antes da entrada em vigor dessa revisão, em 1/1/2018.

<sup>16</sup> Lei n.º 98/97, de 26/8, alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31/10, 1/2001, de 4/1, 55-B/2004, de 30/12, 48/2006, de 29/8, 35/2007, de 13/8, 3-B/2010, de 28/4, 61/2011, de 7/12, 2/2012, de 6/1, 20/2015, de 9/3, e 42/2016, de 28/12.

*financeiro público. Desse modo, estamos confrontados com uma séria probabilidade de afetação do financeiro do contrato – o que constitui, só por si, fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC. E, como tem este Tribunal afirmado em diferentes ocasiões, basta «o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro do contrato» (cf., por todos, o Acórdão n.º 23/2011, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 14/7<sup>17</sup>), para se poder considerar verificado o mencionado fundamento de recusa de visto.»*

- 19.** Posição de que discorda o Recorrente, defendendo que o RJPPP não é aplicável às autarquias locais, e que o Acórdão recorrido fez uma interpretação errada, e “falha de base legal”, mobilizou “um regime legal inaplicável para servir de parâmetro de controlo das atividades do ML”, e pretendeu “fazer um juízo sobre a bondade intrínseca da opção tomada pelo ML para gerir bens públicos”.
- 20.** Alegou ainda que a decisão recorrida vai contra toda a anterior jurisprudência do Tribunal de Contas, e faz uma interpretação inconstitucional do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, violando os princípios da reserva de lei na definição do regime das finanças locais (n.º 2, do artigo 238.º da CRP), da separação entre funções do Estado e entre órgãos de soberania (artigos 2.º e 111.º n.º 1 da CRP), e da reserva de Constituição na fixação das competências dos órgãos de soberania (artigo 110.º, n.º 2 da CRP). Defendendo ainda que os referidos princípios impedem que através de ato infraconstitucional, se modifiquem as competências que a CRP atribui a cada órgão de soberania e a cada função do Estado, usurpando o poder da Assembleia da República de fixar o regime das finanças locais, aí se incluindo as regras que devem regular a preparação e lançamento de contratos como o que está em causa nos presentes autos, atingindo o núcleo essencial das competências constitucionalmente fixadas nos referidos preceitos constitucionais, e deslocando o poder de regular tais matérias do poder legislativo para o judicial.

---

<sup>17</sup> Acessível em [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt).

- 21.** O recente Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4-12-2019, posterior à decisão recorrida, veio, entretanto, através de norma interpretativa, estabelecer que o disposto no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio (RJPPP), não se aplica aos municípios e às regiões autónomas, bem como às entidades por estes criadas.
- 22.** Alteração que “decidiu”, por via legislativa, as principais questões jurídicas objeto do presente recurso, e que não poderá deixar de ser considerada, dado que o legislador, ao atribuir efeito retroativo à norma interpretativa constante do referido diploma legal, pretendeu abranger, entre outros, o caso concreto, em apreciação nos presentes autos.
- 23.** É verdade que aquele DL 170/2019 teve um período de vida muito curto porquanto cessou, entretanto, a sua vigência, na sequência da aprovação na Assembleia da República a 06.03.2020, da Resolução nº 16/2020, publicada no DR, I Série, de 19.03.2020.
- 24.** Porém, nos termos em que foi aprovada, e em face do disposto no artigos 169.º, n.ºs 1 e 4 da Constituição da República Portuguesa, aquela Resolução apenas fez cessar, desde a data da sua publicação e para o futuro, ou seja, com efeitos *ex nunc*<sup>18</sup>, a vigência do citado Decreto-Lei n.º 170/2019, ripristinando, com o mesmo efeito, as normas por este revogadas.
- 25.** Consequentemente importa tomar em consideração, na aplicação do direito aos factos, no âmbito destes autos, que o referido DL n.º 170/2019, produziu efeitos jurídicos, nomeadamente os atrás assinalados nos §§ 21 e 22 supra, ou seja, através de norma interpretativa e retroativa, veio estabelecer que o DL 111/2012 (RJPPP), não se aplica aos municípios e às regiões autónomas, bem como às entidades por

---

<sup>18</sup> No sentido de que a aprovação da cessação de vigência, nos termos do n.º 4, do artigo 169.º, da CRP, tem apenas efeitos *ex nunc*, vide J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 2003, pág. 800.

estes criadas, acabando assim por “decidir”, por via legislativa, as principais questões jurídicas objeto do presente recurso.

- 26.** Mas antes de se passar à análise da relevância das alterações introduzidas pelo referido diploma legal, na apreciação e decisão das questões essenciais a decidir no âmbito do presente recurso, ainda que de forma sintética, não podemos deixar de salientar a falta de razão do Recorrente nas críticas que tece à decisão recorrida.
- 27.** Antes de mais, tendo em conta o quadro legal vigente à data em que foi proferida, ao contrário do alegado pelo Recorrente, a decisão recorrida não convocou um regime legal inaplicável ao contrato submetido a fiscalização prévia, nem excedeu as competências do Tribunal de Contas.
- 28.** Conforme decorre do disposto no artigo 214.º, da *C.R.P.*, o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização das despesas públicas e do julgamento de contas, competindo-lhe, nomeadamente, exercer as competências que, em tal área, lhe são atribuídas por lei. E, no âmbito desta última, integra-se, obviamente, a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas [Lei n.º 98/97, 26.08], que, no seu artigo 1.º, n.º 1, comete a este Tribunal a fiscalização da legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, a apreciação da boa gestão financeira e a efetivação das responsabilidades por infrações financeiras.
- 29.** De acordo com o disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, a fiscalização prévia incide sobre a legalidade e o cabimento orçamental dos contratos a ela sujeitos.
- 30.** E, ao contrário do alegado pelo Recorrente, o Acórdão recorrido limitou-se a apreciar a legalidade do procedimento pré-contratual e do contrato submetido a fiscalização prévia, para efeitos de concessão ou recusa de visto.
- 31.** Com esta apreciação, feita sobre uma dimensão legalmente vinculada da atuação do município, não excedeu o Tribunal os seus poderes jurisdicionais nem invadiu a

esfera da livre apreciação política ou administrativa dos órgãos autárquicos nem, conseqüentemente, a sua autonomia.

- 32.** Ao considerar aplicável ao contrato em causa o regime das PPP não se intrometeu no exercício do poder legislativo, nem exerceu qualquer poder normativo. Limitou-se, no âmbito das suas competências, a interpretar as normas legais aplicáveis, e a verificar se o Município de Lisboa, no domínio da sua atividade juridicamente vinculada, cumpriu as normas e princípios jurídicos aplicáveis ao procedimento pré-contratual e ao contrato submetido a fiscalização prévia, identificando e enquadrando as ilegalidades verificadas nos fundamentos de recusa de visto previstos no n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC.
- 33.** Respeita-se a posição defendida pelo Recorrente, apoiada nos pareceres juntos com as alegações do recurso, mas ao contrário do que defende, no âmbito quadro legal vigente à data em que foi proferida a decisão recorrida, antes da referida alteração legislativa, havia fundamento para confirmar a recusa de visto.
- 34.** Não fora a referida “decisão”, por via legislativa, através do DL 170/2019, das principais questões jurídicas objeto do presente recurso, ou tivesse sido atribuída à referida Resolução n.º 16/2020 eficácia ex tunc, a conclusão seria a da improcedência do recurso.

Vejamos,

- 35.** Temos como inquestionável que, tal como concluiu a decisão recorrida, o contrato em causa, à luz do quadro legal vigente à data em que foi iniciado o procedimento que conduziu à sua celebração, integrava todos os elementos definidores de uma parceria público-privada, tal como esta era definida no artigo 2.º, n.º 1, do RJPPP.
- 36.** Conforme foi referido no Acórdão n.º 41/2018, de 7.12.2018, 1.ª S/SS, relatado pelo aqui relator, o Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de abril, constituiu a primeira iniciativa legislativa, de carácter transversal, especificamente dirigida às parcerias público-

privadas (PPP), procurando potenciar o aproveitamento, pelo setor público, da capacidade de gestão do setor privado, melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados e gerar economias na utilização dos recursos públicos.

- 37.** Posteriormente, o Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de julho, veio introduzir diversas alterações ao regime então vigente, designadamente ao nível da preparação de processos de parceria e da execução dos respetivos contratos, com vista a um pretendido, mas não demonstrado, reforço da tutela do interesse financeiro público.
- 38.** Nos termos do n.º 1, do artigo 2.º, do citado Decreto-Lei n.º 111/2012, na redação anterior à introduzida pelo recente Decreto-Lei n.º 170/2019, entendia-se por parceria público-privada “[...]o contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que o financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.”.
- 39.** Tal como o respetivo antecessor (o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto- Lei n.º 86/2003), adotou a solução metodológica seguida pela Comissão Europeia no Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos, de 30-4-2004 [COM (2004) 327 final], não formulando uma definição mas identificando os elementos fundamentais da parceria: a duração da relação entre o parceiro público e privado; o desenvolvimento de uma atividade tendente a dar satisfação a necessidades coletivas; o financiamento e transferência para o parceiro privado de, pelo menos, parte dos riscos associados ao investimento, financiamento e exploração.
- 40.** Da referida definição legal retiramos que uma PPP era composta por cinco elementos fundamentais: i) a natureza jurídica: as PPP tomam a forma de um contrato ou união de contratos; ii) a natureza dos contraentes: um parceiro público e um parceiro privado; iii) o objeto: o parceiro privado obriga-se ao desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva; iv) o carácter

duradouro: excluindo colaborações pontuais ou contratos de execução instantânea;  
v) a transferência de risco, total ou parcial, na execução da PPP para o parceiro privado: o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

- 41.** E no presente caso não oferece dúvidas que todos os referidos elementos definidores de uma parceria público-privada, enunciados no citado artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, na redação anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, estão presentes no contrato submetido a fiscalização, merecendo o acórdão recorrido a nossa inteira concordância, na parte em que conclui nesse sentido, dizendo o seguinte:

*«13. (...) O presente contrato mostra-se celebrado entre uma entidade pública (autarquia local) e uma entidade privada; esse contrato integra várias componentes, que permitem admitir estar-se perante um contrato misto, ainda que se conceda nele predominar o elemento concessório; o contrato de concessão de obra pública integra a tipologia de contratos que constituem «instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados» (cf. artigo 2.º, n.º 4, alínea a), do RJPPP); o contrato ora em apreço visa a «satisfação de uma necessidade coletiva»; esse mesmo contrato não integra, de modo algum, qualquer das formas de parceria excluídas da aplicação do RJPPP (cf. artigo 2.º, n.º 5); o prazo do contrato é extenso (30 anos), sendo coincidente com o prazo máximo estabelecido para concessões (cf. artigo 410.º, n.º 2, do CCP); e nele ocorre transferência, em certa medida (e independentemente da respetiva adequação), de responsabilidades e riscos para o parceiro privado.*

*14. Entende-se, pois, estarmos perante uma parceria público-privada, sendo para essa caracterização irrelevante o nomen juris conferido pelas partes ao contrato (como contrato de concessão) – o qual, aliás, é, como vimos, perfeitamente compaginável com a verificação dos requisitos correspondentes à existência de tal parceria. Diverge-se, assim, da opinião da entidade fiscalizada, que sustentou a não integração do presente contrato no referido conceito de PPP.».*

- 42.** Estamos perante uma associação duradoura entre uma entidade privada e pública, com vista ao desenvolvimento de atividades que visam a satisfação de uma necessidade coletiva, no caso, o acesso à habitação em Lisboa a rendas acessíveis, com transferência de riscos em matéria de investimento, financiamento e exploração para um parceiro privado.
- 43.** Tal como concluiu o acórdão recorrido, da análise das peças do procedimento e do clausulado do contrato, resulta claro que o modelo de contratação em apreço, configura uma parceria público privada, veiculada por um contrato de concessão em regime de financiamento, conceção, projeto, construção/reabilitação, conservação e exploração de imóveis pertencentes ao Município de Lisboa, no domínio do *Programa Renda Acessível*.
- 44.** Trata-se de um contrato que configura um modelo de PPP, de natureza concessória, que não envolve pagamentos regulares do parceiro público, mas implica a alienação definitiva de património imobiliário, dado que a remuneração do parceiro privado é alicerçada em rendas provenientes do arrendamento dos imóveis reabilitados, mas também, e essencialmente, na transferência para o parceiro privado de uma parte significativa do património imobiliário do Município envolvido no projeto, em regime de propriedade plena.
- 45.** E da qualificação do contrato em causa como PPP decorria a aplicação do regime legal específico dos contratos que apresentem tal configuração conceptual, com a consequente necessidade de cumprimento de um conjunto de exigências inerentes a essa aplicação, em que avultavam as previstas nos artigos 4.º a 7.º do RJPPP, na redação vigente à data em que foi celebrado.
- 46.** Como assinala o Acórdão recorrido, no elenco de parceiros públicos enunciado no n.º 2, do artigo 2.º do RPPP, não se faz menção expressa às autarquias locais, diferentemente do que sucede no CCP, que as inclui na lista de entidades adjudicantes para efeitos desse diploma (cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea c), do CCP).

- 47.** Concluindo o Recorrente que por não estarem incluídas no elenco de parceiros públicos expressamente enunciados no citado artigo 2.º, não estão abrangidas pelo RPPP.
- 48.** Porém, os elementos de interpretação da lei, incluindo o literal, não permitem concluir que as parcerias promovidas pelos municípios, antes da alteração legislativa introduzida pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, estivessem excluídas do regime-quadro das parcerias público privadas.
- 49.** Tendo em conta o disposto no artigo 9.º do Código Civil, não se questiona que, como defende o Recorrente, o limite de toda a interpretação é a letra, o texto da norma. Porém, muito embora o ponto de partida seja a apreensão literal do texto, é sempre necessária uma tarefa de integração e valoração que acompanha a apreensão do sentido literal, na qual intervêm elementos de ordem sistemática, histórica e racional ou teleológica.
- 50.** Como já referido, o citado 2.º do RPPP não faz menção expressa às autarquias locais, mas não exclui as PPP de âmbito municipal, nem resulta do texto da lei que os parceiros públicos sejam “apenas” os expressamente enumerados, ou seja, que o elenco legal de parceiros públicos ali enunciados seja taxativo, e que não se aplique no âmbito dos municípios o regime jurídico das PPP desenvolvidas pela administração central, ainda que com as devidas adaptações.
- 51.** Com efeito, à data em que foi publicado o Decreto-Lei n.º 111/2012, estava em vigor o artigo 14.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro (doravante RJSEP)<sup>19</sup>, no qual se estabelecia que:
- «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».*

---

<sup>19</sup> Entretanto alterado pela Lei 50/2012, de 31 de agosto, diploma legal que não faz referência expressa às PPP, mas estabelece no seu artigo 21.º que é subsidiariamente aplicável às empresas locais o regime do setor empresarial do Estado, a que é aplicável, com as necessárias adaptações, ao regime das PPP.

**52.** Ou seja, não obstante as empresas locais não constarem do elenco de parceiros públicos enunciados no referido artigo 2.º do RPPP, estavam sujeitas ao regime das parcerias público-privadas, com as devidas adaptações. O que demonstra que o elenco de parceiros públicos não era taxativo.

**53.** Aponta no mesmo sentido o facto do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, ter procedido à delimitação negativa das PPP's, excluindo um conjunto taxativo de contratos do âmbito de aplicação daquela lei, entre os quais não figuram as PPP desenvolvidas pelos municípios.

**54.** Com efeito, o n.º 5 do referido artigo 2.º, apenas exclui do âmbito de aplicação do regime das parcerias público-privadas: (a) as parcerias que envolvam um encargo bruto para o sector público menor que 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros; (b) as concessões de distribuição de água; (c) e as chamadas parcerias público-públicas (que envolvam apenas entes públicos).

**55.** Por outro lado, como refere o Acórdão recorrido:

*«(...) a previsão legal expressa da existência de parcerias público-privadas em contexto autárquico, constante do diploma que rege em matéria de finanças locais – ou seja, o Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais (doravante RFALEI), aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3/9<sup>4</sup>.*

*9. Com efeito, o artigo 9.º do RFALEI, a propósito da consagração nesse regime legal do princípio da equidade intergeracional como um dos princípios essenciais e estruturantes da atividade autárquica em matéria financeira, alude expressamente à possibilidade de assunção de encargos, por parte dos municípios, com parcerias público-privadas. Depois de, no n.º 1 desse artigo 9.º, se declarar que «[a] atividade financeira das autarquias locais está subordinada ao princípio da equidade na distribuição de benefícios e custos entre gerações, de modo a não onerar*

---

<sup>4</sup> Alterada pelas Leis n.ºs 82-D/2014, de 31/12, 69/2015, de 16/7, 132/2015, de 4/9, 7-A/2016, de 30/3, 42/2016, de 28/12, 114/2017, de 29/12, 51/2018, de 16/8, e 71/2018, de 31/12.

*excessivamente as gerações futuras, salvaguardando as suas legítimas expectativas através de uma distribuição equilibrada dos custos pelos vários orçamentos num quadro plurianual», estabelece-se, no seu n.º 2, que esse princípio da equidade intergeracional determina «a apreciação da incidência orçamental», entre outros, «[d]os encargos explícitos e implícitos em parcerias público-privadas» (cf. alínea f) do n.º 2). Esta inequívoca previsão legal, ainda que incidental, confirma a aplicabilidade do RJPPP no quadro da contratação pública autárquica.»*

- 56.** No mesmo sentido, o Acórdão n.º 9/2019, de 28-03-2019, 1.ª S/PL, do qual se destacam as seguintes passagens:

*«63 O âmbito subjetivo das entidades que podem integrar como parceiros públicos PPP tem por base o elenco do n.º 2 do artigo 2.º do RJPPP, conformado pelas seguintes coordenadas:*

*63.1 O conceito de parceiro público para efeitos do RJPPP é indissociável de uma interpretação histórica e sistemático-teleológica sobre os imperativos que conformaram o ordenamento jurídico em matéria de PPP no quadro do programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», visando de uma forma global os encargos e riscos gerados pelas PPP para os entes públicos da administração central e local; A teleologia do conceito de parceiro público para efeitos de PPP apresenta-se de forma conexa com a noção comunitária de organismo de direito público acolhida no artigo 2.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP), nomeadamente na versão revista em 2017, como se refere no § 9 do acórdão recorrido quando destaca que o conceito empregue na alínea e) do n.º 2 do artigo 2.º do RJPPP, com vista à satisfação de necessidades de interesse geral revela como «notório o propósito do legislador em delimitar as entidades abrangidas traçando um paralelo com a noção comunitária de “organismo de direito público”.»*

- 57.** E como sublinha o Ministério Público no seu parecer, já no preambulo do primeiro diploma sobre as PPP (Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril), se consignava:

*“Neste âmbito, tem vindo o Estado e outros entes públicos a desenvolver modelos alternativos e experiências inovadoras de relacionamento com entidades privadas, do que se deduz que o diploma pretendia abranger todos os entes públicos.*

Igualmente aí se referia que:

*“O presente diploma avança ainda na consagração plena, no ordenamento jurídico português, do princípio segundo o qual a parceria apenas se justifica quando se revelar vantajosa em confronto com o comparador de setor público.*

*É indubitável que o legislador pretendeu criar um regime-regra constituído por um conjunto de normas constantes do Código dos Contratos Públicos e do Dec. Lei n.º 111/2012 de 23 de maio, que formam um bloco de legalidade, aplicável a todas as parcerias do setor público, neste se incluindo naturalmente as autarquias.»*

- 58.** Ou seja, com a publicação do Decreto-lei n.º 86/2003, o legislador veio criar o regime jurídico geral de todas as parcerias público-privadas, sendo que a este regime geral devem obedecer todos os regimes que sectorialmente e com especificidade existam ou venham a ser criados.
- 59.** Esta intenção de um regime jurídico geral parece-nos óbvia, quer no articulado, quer no preâmbulo deste diploma, sendo que o Decreto-Lei n.º 111/2012, de forma semelhante ao diploma anterior de 2003, continuou a consagrar um regime genérico ou de cúpula.
- 60.** No preâmbulo do Decreto-lei n.º 86/2003 pode ler-se: *“Acréscce que este diploma manifesta uma grande preocupação de articulação do regime geral, aplicável às parcerias público-privadas, com eventuais regimes sectoriais, os quais se podem revelar extremamente úteis para efeitos de lançamento de programas integrados de parcerias pelos vários ministérios. Assim, optou-se por uma conceção em que o regime ora aprovado funcionará como um regime de cúpula, que se até ao essencial da disciplina que se pretende instituir, em detrimento de um regime mais vasto, contendo numerosas normas de natureza supletiva. Prevê-se, assim, a existência de regimes sectoriais, mas que surgirão com uma função complementar deste e não derogatória.”*

- 61.** Para no parágrafo seguinte se acrescentar: *“Esta conceção inspira-se numa filosofia, por um lado de criação no Estado de competências e procedimentos especializados, para fazer face ao crescimento expectável do sector das parcerias e, por outro, de estímulo de uma intensa colaboração interministerial, sistematizada, de forma a garantir que as diversas componentes do projeto são abordadas com a maior profundidade sem, no entanto, se perder a visão de conjunto.”*
- 62.** Termina o preâmbulo deste diploma com uma nova referência a esta coabitação de regimes: *“A tramitação prevista no presente diploma responde à necessidade, de há muito sentida, de um enquadramento geral, contendo regras de disciplina genéricas e as linhas de conexão entre a realização deste novo tipo de despesa pública e a disciplina orçamental, convivendo harmonicamente com a eventual criação, quando se justifique, de regimes sectoriais para o lançamento de programas integrados de parcerias e a contratação dos parceiros nas várias áreas da atividade pública.”*
- 63.** No articulado encontramos também referências a esta relação entre o Decreto-lei n.º 86/2003 e eventuais diplomas sectoriais em sede de parcerias público-privadas. Veja-se, desde logo o artigo 1.º que ao definir o âmbito do diploma refere que *este tem por objeto a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas.*
- 64.** Como salientou o Prof. Eduardo Paz Ferreira, em comentário ao citado Decreto-Lei 86/2003 <sup>20</sup> :
- «(...) há que acentuar a sua pretensão em constituir uma lei de enquadramento das parcerias, ao disciplinar os seus principais termos em matéria de conceção, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento.*
- (...)*

---

<sup>20</sup> Estudos Em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Finanças Públicas e Contratos da Administração, Almedina, Vol. II, p. 437-439

*Para, além da publicação de uma lei-quadro, que regula especificamente as parcerias, haverá que sublinhar o modo como a Lei de Enquadramento Orçamental veio disciplinar esta matéria, sob o ponto vista financeiro, em termos que podem ser considerados rigorosos, ainda que a experiência seja insuficiente para apreciar o seu resultado prático.*

*Importa salientar que a desorçamentação passa a ser bastante mais difícil do que anteriormente, na medida em que o artigo 18.º exige a inscrição orçamental das despesas resultantes dessas operações, prevendo a alínea d) do n.º 3 dessa disposição, a integração em programas das “despesas correspondentes a contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado”.*

*A disposição chave é, no entanto, a do artigo 19.º, n.º 2, que determina que “a avaliação da economia, a eficiência e a eficácia de programas com recurso a parcerias do sector público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objetivos com exclusão de financiamento ou de exploração a cargo de entidades de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida”.*

**65.** No mesmo sentido refere a Prof. Maria Eduarda Azevedo<sup>21</sup> que:

*«A aprovação de uma lei PPP constituiu uma questão fraturante, considerando alguns, em face das características da abordagem, que era de rejeitar a hipótese de uma lei-quadro para não limitar a criatividade e flexibilidade que são timbre das parcerias, não coartando o seu potencial.*

*Porém, perante a decisão favorável a um quadro normativo próprio, o legislador construiu uma hábil solução de compromisso traduzida na criação de um conjunto de normas gerais circunscritas ao essencial da disciplina a instituir, que funcionou como um “regime de cúpula”, passível de ser complementado por regimes sectoriais*

---

<sup>21</sup> “As parcerias Público Privadas: Instrumento de Uma Nova Governação Pública”, Tese de doutoramento, orientada pelo Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira, Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, pp. 272-273.

*dirigidos ao lançamento de projetos e programas integrados de parcerias nas várias áreas de atividade pública. Nesta perspetiva, além da clarificação do sentido de parceria e da identificação dos seus elementos nucleares, pretendeu-se definir essencialmente um sistema de controlo procedimental e executório reforçado do Ministério das Finanças que, compreensível pelas repercussões financeiras dos projetos e programas de parceria, visou garantir a observância de determinados critérios de racionalidade económico-financeira no processo de conceção, preparação e conclusão.».*

- 66.** Os artigos 6.º, n.º 1, al. c) e 7.º, do RJPPP, na redação vigente antes das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, tutelavam “*princípios gerais de eficiência e economia relativos à repartição dos riscos entre o parceiro público e o parceiro privado*” (cf. assumido no preâmbulo do DL n.º 86/2003, de 26.04), ditados pelo interesse público na realização de investimentos a custos inferiores aos que decorreriam da execução daqueles por via tradicional e comportáveis ao nível orçamental (princípios da subsidiariedade e da comportabilidade orçamental).
- 67.** E, como sublinha o Acórdão recorrido, não se divisam quaisquer razões materiais que fundamentem a não proteção dos princípios antes indicados quando estejam em causa parcerias promovidas por municípios.
- 68.** Como foi referido no já citado Acórdão n.º 41/2018, de 7.12.2018, 1.ª S/SS, relatado pelo aqui relator, o Decreto-Lei n.º 111/2012 alargou o âmbito subjetivo de aplicação, passando a incluir-se expressamente no elenco de “parceiros públicos” sujeitos ao diploma todas as empresas públicas [artigo 2.º, n.º 2, alínea d)] e não apenas as entidades públicas empresárias (“EPE”).
- 69.** Prevendo, no entanto, no artigo 24.º um regime especial para as empresas públicas com carácter comercial e industrial que lancem PPP sem apoios/financiamentos ou garantias, direta ou indiretamente, prestadas pelo Estado, cujos custos daí decorrentes não sejam suscetíveis de afetar, direta ou indiretamente, a dívida pública, e cujas contas não sejam consolidadas com as do sector público

administrativo. Para este efeito, esclarece o n.º 4 do referido preceito que se considera que a empresa pública tem carácter comercial ou industrial quando a sua atividade económica se submete à lógica do mercado e da livre concorrência.

**70.** O âmbito subjetivo foi ainda alargado às entidades constituídas pelo Estado, entidades públicas estaduais, fundos e serviços autónomos ou empresas públicas com vista à satisfação de necessidades de interesse geral [artigo 2.º, n.º 2, alínea e)], sendo notório o propósito do legislador em delimitar as entidades abrangidas traçando um paralelo com a noção comunitária de «organismo de direito público», constante do artigo 2.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

**71.** No mesmo sentido, o Acórdão n.º 3/2019, de 01-02-2019, 1.ª S/SS, do qual se destacam as seguintes passagens:

*«80 Centrando-nos no quadro axiológico do sistema normativo sobre os parceiros públicos e a situação dos entes relativos a autarquias locais importa chamar à colação o artigo 9.º do regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais (RFALEI) aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, cujo n.º 1 estabelece que «a atividade financeira das autarquias locais está subordinada ao princípio da equidade na distribuição de benefícios e custos entre gerações, de modo a não onerar excessivamente as gerações futuras, salvaguardando as suas legítimas expectativas através de uma distribuição equilibrada dos custos pelos vários orçamentos num quadro plurianual», concretizando-se, na alínea f) do n.º 2 que o princípio da equidade intergeracional implica a apreciação da incidência orçamental dos encargos explícitos e implícitos em parcerias público-privadas, concessões e demais compromissos financeiros de carácter plurianual.*

*81 Dimensão sistemático-teleológica em que se deve atender, ainda, aos imperativos estabelecidos pelo ordenamento em matéria financeira, nomeadamente, na atual Lei de Enquadramento Orçamental (LEO) aprovada pela Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, que revela um sistema global abrangente de todas as PPP e independente dos específicos serviços e entidades dos subsectores da administração central, regional, local e da segurança social envolvidos, ressaltando como elemento matricial as respetivas implicações financeiras e específicos riscos carecidos de estudos prévios:*

*81.1 O âmbito institucional de base da LEO reporta-se ao setor das administrações públicas como abrangente de todos os serviços e entidades dos subsetores da administração central, regional, local e da segurança social, que não tenham natureza e forma de empresa, de fundação ou de associação públicas;*

*81.2 O artigo 13.º, n.º 3, alíneas d) e f), da LEO determina que a verificação do cumprimento da equidade intergeracional implica a apreciação da incidência orçamental das necessidades de financiamento das entidades do setor empresarial do Estado e dos encargos explícitos e implícitos em PPP, concessões e demais compromissos financeiros de carácter plurianual;*

*81.3 No n.º 1 do artigo 18.º da LEO estabelece-se que a «assunção de compromissos e a realização de despesa pelos serviços e pelas entidades pertencentes aos subsetores que constituem o setor das administrações públicas estão sujeitas ao princípio da economia, eficiência e eficácia»;*

*81.4 O artigo 37.º, n.º 2, alíneas c), k) e l), da LEO determina que o relatório que acompanha a proposta de lei do Orçamento do Estado contém a apresentação e a justificação da política orçamental proposta e inclui a evolução da situação financeira global do setor das administrações públicas e de cada subsetor e dos setores empresariais públicos (incluindo informação sobre o respetivo endividamento global), a memória descritiva das razões que justificam o recurso a parcerias dos setores público e privado e informação global e individualizada sobre despesas anuais e plurianuais com PPP e sobre a situação de endividamento global respetiva.*

*82 O sistema normativo de regulação do controlo da sustentabilidade social de decisões com impacto financeiro prolongado aprofundado com a progressiva relevação dos problemas demográficos e económicos da sociedade portuguesa apresenta-se, assim, axiologicamente sustentado na equidade intergeracional, que se repercute diretamente em regras legais vinculativas para a administração e cuja aplicação se impõe aos tribunais, para além das pré compreensões sobre a dimensão jus filosófica da justiça intergeracional enquanto parâmetro restritivo, no plano procedimental e substantivo, da margem de ação administrativa (e independente da controvérsia sobre a tutela constitucional daquele princípio).*

*83 Em síntese, a interpretação axiologicamente sustentada e atenta aos vários elementos hermenêuticamente relevantes implica que a incidência subjetiva do RJPPP tenha por referência o conceito de organismo de direito público, embora na aplicação atomizada das diferentes normas se deva, ainda, atender às especificidades da panóplia de instituições abrangidas, e em particular aos imperativos decorrentes do modelo constitucional de autonomia local, nomeadamente, quanto às variantes orgânicas em sede de procedimento, que deve, por exemplo, exigir uma interpretação restritiva, pelo menos, de algumas competências executivas consagradas no RJPPP.»*  
(...)

*86 O artigo 21.º do RJAEEL estabelece que as empresas locais se regem pelo RJAEEL, pela lei comercial, pelos estatutos e, subsidiariamente, pelo regime do setor empresarial do Estado, sem prejuízo das normas imperativas neste previstas, o que, mesmo num estrito plano axiomático-dedutivo, implica a aplicabilidade das normas imperativas do RJPPP reportadas ao setor empresarial do Estado.*

*87 Solução normativa que se apresenta em linha com a que já se encontrava estabelecida no antecessor do RJAEEL, o regime jurídico do setor empresarial local (RJSEL) aprovado pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, cujo artigo 14.º prescrevia que às PPP desenvolvidas por empresas locais é aplicável o regime jurídico das PPP desenvolvidas pela administração central, com as devidas adaptações.»*

**72.** Além do alargamento do âmbito subjetivo, outra das significativas alterações introduzidas pelo citado Decreto-Lei n.º 111/2012, prende-se com as exigências adicionais impostas ao lançamento e modificação das PPP, tendo em vista um maior controlo dos efeitos financeiros e orçamentais decorrentes desta modalidade de contratação.

**73.** Neste âmbito, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, para além dos pressupostos que já se previam no Decreto-Lei nº 86/2003 para o lançamento de uma PPP, passou a ser também necessário um conjunto de outros requisitos, dos quais se destacam os estudos dos impactes orçamentais previsíveis [alínea b)], as análises de sensibilidade em termos de procura e de evolução macroeconómica [alínea b)], as análises custo-

benefício [alínea f)] e a elaboração, nos termos do artigo 7.º, de uma matriz de partilha de riscos.

**74.** E com o propósito de reforço dos mecanismos de controlo orçamental e financeiro foi criada na dependência direta do Ministério das Finanças uma nova Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (artigo 34.º), que passou a assumir de forma centralizada tarefas que anteriormente eram confiadas a diversas entidades do sector público ao nível do acompanhamento na preparação, desenvolvimento e execução de processos e contratos de parceria (artigo 35.º).

**75.** Resulta do preâmbulo do referido diploma, que a criação desta entidade visou dotar o Estado de uma unidade técnica profissional e especializada em matérias jurídico-financeiras, que tem como principal missão participar na preparação, desenvolvimento, execução e no acompanhamento global de processos de PPP, prestando o necessário apoio técnico especializado ao Governo e a outras entidades públicas.

**76.** Como sublinha o Acórdão recorrido, resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, que:

*«6. (...) procura dar «corpo aos objetivos e medidas previstas no Programa de Assistência Financeira acordado com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, mais concretamente no que respeita à obrigação do Estado Português de introduzir no ordenamento jurídico um quadro legal e institucional reforçado, no âmbito do Ministério das Finanças, que permita um efetivo e rigoroso controlo dos encargos, bem como dos riscos, associados às PPP». Ao mesmo tempo, pretendeu-se ajustar o regime aplicável às PPP ao Código dos Contratos Públicos (doravante CCP), entretanto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1<sup>22</sup>, assinalando nesse preâmbulo que o «Código não disciplinou todas*

---

<sup>22</sup> Alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11/9, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2/10, pela Lei n.º 3/2010, de 27/4, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14/12, pela Lei n.º

*as matérias relativas às PPP, em particular no que diz respeito aos procedimentos internos a observar pelo setor público, quer na fase da preparação e desenvolvimento dos projetos, quer na fase de execução e acompanhamento dos contratos» e consagrando expressamente que o «lançamento e a contratação de parceria» deve observar o regime previsto no diploma, mas «sem prejuízo do [...] regime previsto no Código dos Contratos Públicos» (cf. artigo 2.º, n.º 7) – o que indicia claramente a aplicabilidade simultânea dos dois regimes a um mesmo contrato, sem que a sujeição a um desses regimes exclua a aplicação do outro.».*

*(...)*

*10. Acresce que a aplicação dos dois aludidos regimes – do CCP e do RJPPP – a um mesmo contrato não gera qualquer incompatibilidade ou incongruência, desde logo por as respetivas regulamentações terem focos relativamente diferenciados. Se bem virmos, o RJPPP centra a sua atenção numa fase prévia à decisão quanto ao procedimento pré-contratual a adotar e ao concreto modelo contratual a utilizar, enquanto o CCP se projeta essencialmente no desenvolvimento da tramitação procedimental subsequente à tomada da decisão de contratar. Aliás, o próprio RJPP contempla expressamente essa diferenciação quando estabelece, no n.º 1 do seu artigo 15.º, que «[a] escolha do procedimento para a formação do contrato de parceria deve observar o regime previsto no Código dos Contratos Públicos». E, em todo o caso, qualquer hipotética (e necessariamente pontual) conflitualidade ou sobreposição regulamentar entre esses dois regimes terá sempre de considerar o disposto no artigo 3.º do RJPPP, segundo o qual «[o] disposto no presente diploma prevalece sobre quaisquer outras normas, gerais ou especiais, relativas a parcerias, tal como definidas no artigo anterior». Tudo confirma, pois, a já assinalada relação de complementaridade existente entre os dois diplomas em referência.»*

---

64-B/2011, de 30/12, e pelos Decretos-Leis n.ºs 149/2012, de 12/7, 214-G/2015, de 2/10, 111-B/2017, de 31/8, e 33/2018, de 15/5.

**77.** Sendo atualmente pacífico o entendimento de que o RJPPP não foi revogado pelo CCP<sup>23</sup>, por se tratar de regime quadro (cf. citado artigo 3º, do RPPP) que o faz prevalecer sobre qualquer outra norma de PPP.

**78.** Como defende Canto e Castro<sup>24</sup> *“(...) existe um campo em que o RJPPP e o CCP não coincidem: é que o CCP regula a fase pré contratual – mas não regula a fase imediatamente anterior, a fase de preparação das parcerias público-privadas a lançar pelos parceiros públicos. Por exemplo, não regula as matérias previstas no artigo 6.º do RJPPP.”.*

**79.** A fim de dirimir quaisquer possíveis controvérsias que porventura persistissem a esse respeito o legislador, à época da promulgação do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio, consolidou esse entendimento ainda na exposição de motivos da qual consta o seguinte:

*“Mais recentemente, por força da aprovação do Código dos Contratos Públicos, o regime aplicável às PPP registou novos desenvolvimentos.*

*Contudo, este Código não disciplinou todas as matérias relativas às PPP, em particular no que diz respeito aos procedimentos internos a observar pelo setor público, quer na*

---

<sup>23</sup> A revogação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril (RJPPP) pelo Código dos Contratos Públicos, foi defendida por Pedro Siza Vieira – cf. “O Código dos Contratos Públicos e as parcerias Público-Privadas”, “Estudos de Contratação Pública I”, Coimbra Editora 2008, págs. 481-517; mas não teve apoio na maioria da doutrina: cf., entre outros, Jorge Andrade da Silva, “Código dos Contratos Públicos, comentado e anotado”, Almedina 2008, pág. 156; Fernanda Maças, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos”, pág. 412; Nazaré da Costa Cabral, “As Parcerias Público-Privadas”, Cadernos IDEFF, n.º 9, págs. 147-150; João Canto e Castro, “Uma Apreciação Geral Do Regime Jurídico Geral Aplicável Às Parcerias Público-Privadas”, Separata, Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 15-2009.

<sup>24</sup> “Uma Apreciação Geral do Regime Jurídico Aplicável às Parcerias Público-Privadas”, Separata, Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 15-2009, pág. 154, nota 9.

*fase da preparação e desenvolvimento dos projetos, quer na fase de execução e acompanhamento dos contratos.<sup>25</sup>*

- 80.** Ao reconhecer a validade do RJPPP mesmo diante do CCP, o legislador vincou a sua autonomicidade no citado artigo 3º do Decreto-Lei nº 111/2012 (que já constava do anterior Decreto-Lei n.º 86/2003): *“O disposto no presente diploma prevalece sobre quaisquer outras normas, gerais ou especiais, relativas a parcerias, tal como definidas no artigo anterior”*.
- 81.** Importa ainda referir que o Decreto-Lei nº 111/2012 – que estabelece o regime quadro aplicável, ainda que nalguns casos com as devidas adaptações, a toda e qualquer PPP, independentemente da forma contratual e do modelo de implementação - transpôs para o ordenamento português *“objetivos e medidas previstas no Programa de Assistência Financeira acordado com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, mais concretamente no que respeita à obrigação do Estado Português de introduzir no ordenamento jurídico um quadro legal e institucional reforçado, no âmbito do Ministério das Finanças, que permita um efetivo e rigoroso controlo dos encargos, bem como dos riscos, associados às PPP”*.
- 82.** Por outro lado, como já referido, os artigos 6.º, n.º 1, al. c) e 7.º, do RJPPP, tutelavam *“princípios gerais de eficiência e economia relativos à repartição dos riscos entre o parceiro público e o parceiro privado”* (cf. assumido no preâmbulo do DL n.º 86/2003).
- 83.** Tendo o Decreto-Lei nº 111/2012, procurado consagrar, no âmbito das parcerias público-privadas, os princípios basilares de contratação pública europeia, nomeadamente os princípios da transparência, maior acompanhamento, controle e fiscalização dos custos.

---

<sup>25</sup> Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 111/2012 de 23 de maio.

- 84.** Com esse objetivo, e concretizando os compromissos assumidos no Memorando de Entendimento celebrado com *Troika* (2011) estabeleceu “*procedimentos internos a observar pelo setor público, quer na fase da preparação e desenvolvimento dos projetos, quer na fase de execução e acompanhamento dos contratos.*”
- 85.** Reforçando um conjunto de princípios e de boas práticas que, em parte já constavam do anterior DL 86/2013, em matéria de estudo, preparação, lançamento, contratação e gestão, cuja observância se impunha, independentemente da orgânica ou natureza dos parceiros públicos em causa, por decorrer do dever de boa administração.
- 86.** Nas palavras do Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira:
- «(...) a autonomia pública contratual, porque fruto de uma volição ditada pelas exigências do interesse público<sup>26</sup> é marcada por um conjunto de regras que visam tornar efetiva a imparcialidade da Administração, a assegurar a igualdade dos cidadãos e garantir que o interesse público seja satisfeito pelo meio mais idóneo e nas melhores condições económicas.*
- E porque se exercita no espaço da atividade administrativa, está sujeita aos princípios fundamentais regentes desta área de atividade, para além de pressupor adequação e respeito pelos direitos fundamentais.*
- Assim, e por força do princípio da legalidade, as liberdades de celebração e de estipulação exercem-se nos limites de um quadro procedimental previamente definido na lei.*
- Em obediência ao princípio da prossecução do interesse público, a própria decisão de celebração tem de se fundar na indispensabilidade da via negocial para a realização de um objetivo, o qual deve corresponder à satisfação do interesse público.*
- O mesmo princípio impõe, ainda, que na solução final e nos procedimentos organizados para a encontrar se tenha como referencial a busca da solução que melhor sirva o interesse público, aliando-se a qualidade da resposta ao menor dispêndio de meios.*

---

<sup>26</sup> Vd. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p.661.

*Por causa do princípio da proporcionalidade as escolhas têm de se revelar pertinentes, adequadas e não excessivas relativamente aos fins que se pretende alcançar.*

*Em consequência do princípio da justiça, a Administração deverá procurar soluções que otimizem os recursos disponíveis, racionalizando-os e evitando excessos.*

*Por imposição do princípio da imparcialidade, a Administração deverá agir com neutralidade relativamente ao universo de contratantes que reúna os requisitos estipulados na lei e enunciados no programa do concurso e no caderno de encargos.*

*O processo de formação da vontade contratual da Administração é, por consequência, não só subordinado aos princípios gerais da atividade administrativa, como juridicamente vinculado, traduzindo-se numa complexa sucessão de atos e procedimentos dotados de coerência e articulação intrínseca, legalmente pré-modelados nos pressupostos, na forma e nos efeitos.*

*Em qualquer processo de contratação pública terá, assim, de ser definido um iter que assegure a realização do interesse público, o cumprimento dos princípios gerais da atividade administrativa e o respeito pelos direitos fundamentais.*

*Essa ideia reúne um consenso generalizado que se estende a todos os Estados de direito e encontra-se bem refletida nas diretivas comunitárias.<sup>27</sup>»*

- 87.** E, ao contrário do que defende o Recorrente, a aplicação do RJPPP aos municípios não reduz a autonomia de escolha organizativa das autarquias locais.
- 88.** Os municípios têm à sua disposição vários formatos organizativos, entre eles, a prestação direta, a municipalização, a empresarialização, a externalização, a concessão ou a parceria.
- 89.** Mas a cada formato organizativo corresponde um regime e um conjunto determinado de regras que devem ser cumpridas, e a sua escolha faz-se ponderando

---

<sup>27</sup> Prof. Eduardo Paz Ferreira, Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Finanças Públicas e Contratos da Administração, Almedina, Vol. II, p. 423 a 439.

as vantagens e desvantagens de cada modelo face aos contornos que em cada momento ele assume.

- 90.** Nos termos dos artigos 237.º, 238.º, 241.º, 242.º e 254.º da Constituição da República Portuguesa, as autarquias locais exercem os poderes que a lei lhes confere, nos limites da Constituição e da lei. A elas se aplica ainda o disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição. E, em especial, a *autonomia financeira* que lhes está atribuída é, de acordo com o disposto no artigo 238.º da Constituição e nos artigos 2.º, 3.º e 4.º, entre outros, da Lei das Finanças Locais, enquadrada e limitada pela lei.
- 91.** Concretizando o princípio geral consagrado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição, o artigo 3.º, n.º 1, do CPA, prescreve que «os órgãos da administração pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes sejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem atribuídos»
- 92.** As autarquias locais integram a administração pública em sentido orgânico e são, através dos seus órgãos e serviços, responsáveis pela realização da despesa pública e, como tal, vinculadas pela lei e pelos princípios gerais da atividade administrativa.
- 93.** E de acordo com os princípios das boas práticas de gestão, em particular, ao nível da avaliação da decisão de investimento e respetiva forma de financiamento, as hipóteses alternativas deverão ser adequadamente analisadas e avaliadas.
- 94.** Sendo que, o modelo de PPP não deve ser visto como a opção mais fácil para conseguir a construção da infraestrutura e/ou serviço, de um determinado projeto, mas deve ser entendido como um meio alternativo de realização de investimentos que de outra forma a administração pública não conseguiria realizar. Neste sentido, a PPP nunca deverá ser considerada uma opção de realização de um investimento, unicamente, por dificuldade ou impossibilidade de financiamento do parceiro público.

95. Nas palavras do Prof. Nuno Cunha Rodrigues<sup>28</sup> «*Impõe-se identificar previamente as vantagens da realização de uma PPP, pela aplicação do princípio do comparador do sector público e da defesa do value for money.*

*Na verdade, uma das premissas essenciais para garantir o sucesso das PPP's diz respeito à sua avaliação prévia.*

*A pedra-de-toque, neste domínio, é representada pelo referido comparador do sector público.*

*Esta regra, ou princípio, resultante do disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 111/2012 e do artigo 19.º, n.º 2 da Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado<sup>29</sup>, implica que seja feita uma análise comparativa prévia entre os custos que a realização do projeto subjacente à parceria envolve, caso seja realizada pelo Estado, e os custos a que a mesma daria lugar se for concretizada no modelo de parceria público-privada. Procura-se, deste modo, valorar os ganhos de eficiência para a administração pública para que se perceba, a final, que a opção pelo modelo PPP é mais vantajosa para o Estado, tendo em conta, nomeadamente, a qualidade dos serviços públicos e a eficiência do sector privado.*

*Por outro lado, uma das características essenciais das parcerias público-privadas reside na necessidade de se assegurar uma verdadeira divisão de tarefas bem como a partilha efetiva do risco, sendo a distribuição equitativa de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado essencial.»*

---

28. Num artigo correspondente à comunicação realizada na conferência luso-brasileira sobre Direito e Economia que teve lugar no dia 15 de maio de 2014 na Faculdade de Direito de Lisboa, publicado na RJLB, Ano 1 (2015, n.º 1, pp. 179-189.

29. O qual determina que “*a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos setores 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, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida.*”

- 96.** O denominado comparador público consiste num programa alternativo, visando a obtenção eficiente dos mesmos objetivos, com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, isto é, financiado e realizado diretamente pela administração pública.
- 97.** Dependendo a escolha do esquema PPP da comprovação da respetiva vantagem económica sobre um projeto de investimento público, ou outro, e constituindo o *VfM* a medida do sucesso da relação entre os parceiros públicos e os privados entendido em termos de eficácia e eficiência.
- 98.** No fundo está em causa uma avaliação que torna possível apurar em que medida as novas formas de financiamento e exploração privadas são, ou não, mais vantajosas do que o recurso imediato à dívida e gestão públicas. Razão que obriga à comparação, através do CSP (comparador do sector público), entre o esquema em parceria e a forma tradicional de contratação pública, estando a escolha do esquema PPP dependente da comprovação da respetiva vantagem económica sobre um projeto de investimento público, ou outro, e constituindo o *VfM* a medida do sucesso da relação entre o Estado e os privados entendido em termos de eficácia e eficiência.
- 99.** O facto de um projeto em montagem tradicional não ser suportável por contingências orçamentais não constitui fundamento suficiente para justificar a alternativa PPP.
- 100.** O objetivo do “*value for money*” que emergiu nos primórdios da PFI britânica, obteve uma aceitação progressiva e, hoje, faz parte do catálogo de boas práticas.
- 101.** Tendo a Comissão Europeia, no Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas, sublinhado a importância de a opção pela abordagem de parceria não ser determinada pela intenção de tornear constrangimentos orçamentais, devendo revestir antes um valor efetivo em relação à contratação pública tradicional.
- 102.** A opção em parceria deve demonstrar suportabilidade financeira, designadamente no caso de gerar um fluxo de encargos repercutidos em orçamentos futuros. E sendo

a opção PPP financeiramente suportável, deve evidenciar ainda que representa uma solução preferível face à contratação convencional em termos de *VfM*.

- 103.** No que ao «*Comparador de Sector Público*» concerne, podemos definir este critério como sendo a análise ou ponderação feita sobre se, de entre todas as formas de o parceiro público contratar, formas clássicas ou tradicionais e as PPP, serão estas últimas as mais capazes de dar cabal resposta às necessidades coletivas que, naquele dado momento, se pretende satisfazer, em termos de rendibilidade e eficiência, tendo em consideração os recursos ou fundos públicos e a sustentabilidade dessa solução.
- 104.** Assim sendo, a PPP apenas poderá ser acolhida como a modalidade contratual a ser implementada quando de modo cabal e inquestionável, se revele ser a melhor alternativa para a provisão do bem ou serviço público, quando em comparação com as demais formas de contratação pública tradicionais.
- 105.** Como refere Pedro Guedes de Campos, o «CSP» consubstancia-se «*no valor líquido atual (VLA) de um projeto analisado em toda a extensão do seu ciclo de vida, incorporando o valor dos riscos subjacentes, executado em regime de contratação pública tradicional, que satisfaça um determinado nível de serviço (especificado a priori). Este valor será depois comparado com o valor atual líquido da melhor proposta do Sector Privado (Best and Final Offer – BAFO) para a execução do serviço de acordo com as especificações iniciais de qualidade e desempenho do mesmo*».<sup>30</sup>
- 106.** No fundo trata-se de determinar qual seja a forma de contratação pública que conduzirá a um maior «*VfM*» da perspetiva do interesse público, sendo o “CSP” decisivo para a tomada de decisão pública sobre o lançamento de determinado procedimento contratual que configure uma PPP.

---

<sup>30</sup> Campos, Pedro Guilherme Alves Águas Guedes de, 2005, “Comparador público-privado no sector das águas em Portugal”, Dissertação de Mestrado, ISEG, pág. 54 (acessível in [Repository.utl/handle/10400.5/711](http://Repository.utl/handle/10400.5/711)).

- 107.** E no que respeita funcionamento do mecanismo comparador público, como sublinha o Acórdão n.º 19/2013, de 01-07, 1.ª S/SS, mantido pelo Acórdão n.º 4/2015, de 03-02-2015, 1.ª S/PL:

*«(...) tem sido entendido, de forma uniforme, por este Tribunal que deve estar demonstrado «qual a alternativa à parceria, qual o benefício económico e financeiro deste modelo em relação a outro, quais os riscos concretos (e o seu grau) assumidos pelo parceiro privado e pelo parceiro público, para que a opção fosse uma opção devidamente centrada no critério legal (...) que estabelece a imposição da escolha do procedimento mais adequado ao interesse público a prosseguir, ponderando-se os custos e os benefícios decorrentes da respetiva utilização» - cf. Acórdão n.º 23/2012 (Plenário) de 27.11.2012, Acórdão n.º 27/2012, de 11.12.2012 e, anteriormente, o Acórdão n.º 160/2009 de 2.11.2009.*

*Concretamente no que pode identificar-se como o ponto nuclear da questão, há que sublinhar, de forma enfática, o que tem sido dito reiteradamente pela jurisprudência deste Tribunal (nomeadamente o acórdão n.º 24/2012, de 13 de julho, citado): a opção por um instrumento contratual ou negocial que envolva interesses públicos não pode deixar de ter na sua base uma fundamentação concreta que permita justificar a opção tomada, em termos de custos e benefícios, nomeadamente de natureza económica e financeira.»*

- 108.** Exigência material que decorre do dever de boa administração, consagrado no artigo 5.º do CPA, e que as autarquias locais têm o dever de acatar, a fim de assegurar o interesse público local, em conformidade com o princípio da boa administração.

- 109.** Mais refere o referido Acórdão n.º 19/2013 que:

*«(...) em relação à dimensão do montante dos riscos e da sua partilha entre o parceiro público e o parceiro privado e, sobretudo, a identificação do «benefício» concreto que adviria para o interesse público pela opção “parceria público-privada”, nada foi apresentado. Também aqui, porque se está ainda no núcleo essencial da figura da PPP, esta teria que ser sustentada numa fundamentação adequada de modo a que estivessem justificados concretamente os riscos a partilhar. Recorde-se que na análise da estrutura das PPP assume uma especial relevância a questão da partilha de risco*

*(conjuntamente com o «valor» e com o «lucro») no desenvolvimento do «negócio». No que respeita ao risco, trata-se de identificar e partilhar, tanto pelo parceiro público como pelos privados, a existência de uma dimensão plural de fatores nomeadamente, nos investimentos efetuados e no seu retorno, no plano da qualidade do serviço que se vai prestar com a concretização da parceria e ainda no plano das contingências do mercado e nas alterações que possam, por isso, ocorrer ao longo do ciclo em que se desenvolve a parceria. Daí que «a identificação precisa dos riscos em todo o processo que envolve o lançamento e a execução da parceria é um fator essencial para o processo de decisão pelo parceiro público» (cf. José Mouraz Lopes, *O Espectro da corrupção*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 115).*

*(...)*

*Em síntese conclusiva, quer quanto ao comparador quer quanto aos riscos da parceria, não existe qualquer fundamentação para justificar a opção tomada e, concretamente, não há justificação que tal opção seja aquela que, do ponto de vista económico e financeiro se mostre como a mais adequada em função do que a lei impõe para prosseguir o interesse público subjacente à concretização dessa finalidade. Não, há, por outro lado qualquer identificação da partilha dos riscos a assumir por cada parceiro, concretamente pelo parceiro privado. Tanto o princípio da subsidiariedade das parcerias-público privadas, como o princípio da determinação e divisão dos riscos entre parceiros foram, assim, claramente postergados.*

*(...)*

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

*01/2012. Não estando em causa nos presentes autos, o mesmo tipo de contrato, está em causa, no entanto, a mesma exigência de demonstração do equilíbrio entre custos e benefícios de uma operação financeira que vincula as instituições públicas em termos intergeracionais. Mais explícito e compreensível em função da natureza do tipo contratual em causa, é a necessidade de este princípio ser levado em conta, especificamente «nos encargos explícitos e implícitos em parcerias público privadas, concessões e demais compromissos financeiros de carácter plurianual» efetuados pelas autarquias, nos termos do artigo 4º n.º 3 alínea f) da Lei n.º 2/2007, citada.*

*Analisar a distribuição de benefícios e custos entre gerações que irão beneficiar dos investimentos a efetuar através de parcerias impõe, no entanto, que sejam concretamente determinados esses benefícios através de instrumentos sociológicos, económicos e financeiros próprios capazes de os identificar. E não apenas em conjunturas não fundamentadas ou retóricas discursivas sem qualquer conteúdo concreto. Da análise da factualidade em causa, pode constatar-se que não foram identificadas, de forma concreta, os benefícios para as gerações futuras da operação montada pelo MA e que se pretende refletir nas minutas dos contratos. Nesse sentido, conforme foi referido, também nesta dimensão se constata a violação de norma financeira.»*

**110.** Assim, ainda que se entendesse que o DL 111/2012 não era diretamente aplicável à administração local, o mesmo contempla um conjunto de princípios, pressupostos e boas práticas de contratação em regime de PPP, cuja observância se impõe a todas as entidades públicas, seja qual for a sua natureza orgânica.

**111.** Como sublinhou o citado Acórdão n.º 19/2013:

*«É preciso estar demonstrado o Value for Money do projeto, isto é, quais as vantagens do recurso a este modelo de contratação assente em PPP, por comparação a outros modelos tradicionais. Recorde-se que, este modelo «deverá permitir comparar, por um lado não apenas as despesas de investimento que seriam suportadas pelo sector público, mas ainda todos os custos inerentes ao ciclo de vida do projeto» (cf. Pedro Siza Vieira, «O Código de Contratos Públicos e as parcerias público-privadas «in Estudos de Contratação Pública, I, p, 502).*

**112.** E, ao contrário do que defende o Recorrente, não obstante tenham sido efetuados vários estudos, genéricos, que assumiram como opção de fundo - essencialmente por esta não envolver a necessidade do município dispor de meios financeiros imediatos e para não comprometer a margem de endividamento - a externalização, em detrimento da execução direta<sup>31</sup> e/ou através de entidade sob influência dominante e controlo municipal, como concluiu o Acórdão recorrido, que nessa parte também se acompanha, com base na documentação junta ao processo de fiscalização prévia, e que para o caso releva:

*«18. (...) o estudo de viabilidade económico-financeira junto aos autos (no próprio documento designado por «Estudos prévios sobre as condições de viabilidade económica da Operação Renda Acessível da Rua de São Lázaro») não cumpre minimamente as rigorosas exigências do RJPPP, em particular quanto à demonstração dos parâmetros económico-financeiros constantes da norma supra indicada. Como a sua própria designação revela, coloca esse documento um especial enfoque na componente relacionada com a execução de programa de arrendamento para habitação a preços acessíveis. Por outro lado, não se encontra esse documento elaborado numa perspetiva de apreciação global da parceria público-privada aqui em causa e segundo a lógica comparativa a que o RJPPP obriga, por reporte a outras soluções que possam constituir alternativas ao modelo adotado, carecendo o mesmo da formulação de asserções demonstrativas da primazia desse modelo. E acresce não se encontrar aquele subscrito quanto à respetiva autoria, o que o fragiliza do ponto de vista da objetividade e credibilidade que esse tipo de documento deve infundir.*

*19. Não se dispõe, pois, de documento que revista as características de efetivo comparador público, apto a cumprir as finalidades do RJPPP, e que demonstre a vantagem comparativa da opção da entidade fiscalizada pelo modelo contratual adotado no caso subjudice. Na linha do que já declarou este Tribunal, no citado*

---

<sup>31</sup> Vide, proposta 180/2017, p. 86, da qual resulta que foram comparadas alternativas totalmente opostas, com a utilização indicadores e pressupostos, que esmagam logo à partida a alternativa do modelo de gestão direta.

*Relatório de Auditoria n.º 4/2012 (respeitante, precisamente, a uma parceria de autarquia local), reitera-se o entendimento de que existe uma «vinculação legal de elaboração de um programa alternativo que demonstre a vantagem comparativa da via PPP face a formas alternativas de contratação pública, em momento prévio ao lançamento de uma PPP» (cf. ponto de facto sob a alínea f), supra). Ora, nada disso foi concretizado no presente caso, antes se podendo afirmar que foi omitido o procedimento exigido pelo RJPPP para o lançamento de uma parceria público-privada como a que o contrato em apreço configura.».*

- 113.** Omissão que não pode considerar-se suprida através do documento elaborado em data posterior à decisão recorrida, junto com as alegações do recurso, dado que o denominado comparador público, enquanto elemento decisivo para a tomada de decisão pública sobre o lançamento de um procedimento contratual que configure uma PPP, só tem utilidade, se elaborado previamente, para fundamentar a opção face a modelos alternativos de contratação que poderiam concretizar o mesmo objetivo.
- 114.** Sendo que, como resulta do acima exposto, à luz do quadro legal que fundamentou a decisão recorrida, o Decreto-Lei n.º.111/2012, de 23 de maio, aplicável às autarquias, era exigível a elaboração de um documento de avaliação, designado de comparador de serviço público que fundamentasse a opção face a modelos alternativos de contratação e a elaboração de uma matriz de riscos.
- 115.** Porém, como já referido, o quadro legal em que se baseou a decisão recorrida, foi alterado pelo citado Decreto-Lei n.º 170/2019.
- 116.** O artigo 4.º, do referido diploma legal, aditou ao Decreto-Lei n.º 111/2012, um novo artigo, com a seguinte redação:
- «Artigo 2.º-A*  
*Norma interpretativa*

*O disposto no presente diploma não se aplica às entidades não enumeradas no n.º 2 do artigo anterior, nomeadamente aos municípios e às regiões autónomas, bem como às entidades por estes criadas.»*

- 117.** Dispondo o n.º 1, do seu artigo 7.º que “(...) *as alterações previstas no presente decreto-lei aplicam-se a todos os processos de parcerias, ainda que já tenham sido celebrados os respetivos contratos*”, e o n.º 6 do mesmo artigo, que a aditada norma interpretativa produz efeitos “*desde a entrada em vigor do [Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio](#)*”.
- 118.** Nos termos do n.º 1, do artigo 13.º do Código Civil, a lei interpretativa considera-se integrada na lei interpretada. E, tendo efeitos retroativos, retroage os seus efeitos até à data da entrada em vigor da lei interpretada, tudo ocorrendo como se tivesse sido publicada na data em que o foi a lei interpretada<sup>32</sup>.
- 119.** Como já referido, a Resolução nº 16/2020, publicada no DR, I Série, de 19.03.2020, fez cessar, mas apenas desde a data da sua publicação e para o futuro, a vigência do citado Decreto-Lei n.º 170/2019.
- 120.** Assim, a aditada norma interpretativa produziu efeitos desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 111/2012 (01-07-2012), até à publicação da Resolução 16/2020.
- 121.** E sendo aplicável ao contrato em causa nos presentes autos, deixou de subsistir o fundamento de recusa de visto com fundamento na omissão do procedimento exigido pelo RJPPP para o lançamento de uma *parceria público-privada*, em particular a prévia elaboração de estudo que revista as características de efetivo *comparador público* que demonstre a *vantagem comparativa* da opção da entidade fiscalizada pelo modelo contratual adotado *face a formas alternativas de contratação pública* (*exigência que, aliás, deixou de constar, da nova redação dada aos artigos 6.º e 7.º, do citado Decreto-Lei n.º 111/2012*), deixando o referido diploma legal de fazer

---

<sup>32</sup> Vide, Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, 3.ª Edição Revista e Atualizada, Vol. I, pág. 62.

*qualquer referência à apreciação do custo-benefício, em momento prévio ao lançamento de uma PPP.*

- 122.** Deixou igualmente de subsistir o fundamento de recusa de visto com fundamento na violação de normas de índole financeira, constantes do RJPPP, e do artigo 19.º, n.º 2, do LEO ou, com fundamento na suscetibilidade de alteração do resultado financeiro resultante da omissão da prévia elaboração de estudo que revista as características de comparador público.
- 123.** Adotada pelo legislador a interpretação de que o RJPPP não se aplica aos municípios, deixou igualmente de haver fundamento para a recusa de visto com fundamento na violação do disposto no artigo 18.º, n.º 5, do RPPP no qual se estabelece que o termo do procedimento relativo à constituição da parceria é obrigatório sempre que se apresente apenas um concorrente no respetivo procedimento adjudicatório, salvo decisão expressa e fundamentada dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa.
- 124.** E tornou-se inútil discutir se, nos termos da citada disposição legal, o termo do procedimento era, em regra, obrigatório nos casos em que se apresentasse apenas um concorrente ou também nos casos, como o presente, em que foi apresentada mais do que uma proposta, mas apenas uma foi admitida.
- 125.** Não sendo, no presente caso aplicável, por força da citada norma interpretativa, o disposto no citado artigo 18.º n.º 5 do RPPP, há que atender apenas às regras do Código dos Contratos Públicos<sup>33</sup>, nomeadamente ao disposto no n.º 1 do seu artigo 73.º, do qual resulta que a decisão de adjudicação constitui o ato definitivo do procedimento, mediante o qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas.

---

<sup>33</sup> Na versão originária (sendo desta as normas do CCP, citadas sem referência especial), aplicável ao caso presente, nos termos dos artigos 12.º, n.º 1 e 13.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31-08-2017, dado que o procedimento se ter iniciado antes da entrada em vigor desta revisão, em 01-01-2018.

- 126.** E que a aplicação dos critérios de adjudicação subentende que há mais que uma proposta em apreciação e, por isso, é possível escolher uma de entre elas. Essa escolha é naturalmente impossível e, portanto, não há lugar à aplicação do disposto no artigo 74.º do CCP, se, como sucedeu no caso em apreciação, existe uma única proposta apresentada, admitida e em condições de ser aceite, o que, aliás, decorre de não ter sido excluída, razão pela qual será a proposta adjudicatária, salvo verificando-se alguma das causas de não adjudicação constantes do nº 1 do artigo 79.º.
- 127.** Circunstâncias que, no presente caso, a matéria de facto julgada provada, não permite considerar verificadas.
- 128.** Deixou igualmente de relevar o facto de o contrato não incluir um anexo com a matriz de riscos, exigida pelo artigo 7.º do RJPPP, na redação anterior à recente alteração introduzida pelo citado Decreto-Lei n.º 170/2019.
- 129.** Não pode, no entanto, deixar de se relevar que na génese da Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020 esteja a preocupação de não se facilitarem processos, aliviar exigências, ignorar requisitos essenciais para a avaliação das PPP, dos seus pressupostos de lançamento e adjudicação com as necessárias consequências na gestão dos dinheiros públicos.
- 130.** Porém, como já referido, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 170/2019, só deixaram de produzir efeitos desde a data da publicação daquela Resolução e para o futuro

**C) Modelo de avaliação das propostas adotado, respetiva conformação legal e [in]observância dos princípios da contratação pública.**

- 131.** Conforme resulta da matéria de fato (alíneas g) e h)):
- «g) No concurso que deu origem ao contrato em apreço, estabeleceu-se como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, tendo tal critério, conforme consta do anexo II do Programa do Procedimento, sido densificado por um*

*modelo de avaliação de propostas fundado em fatores e subfatores, com referência a valores dos respetivos coeficientes de ponderação, como segue:*

*«A) Qualidade do projeto: 40%*

*A1) Integração no contexto urbano: 20%*

*A2) Caracterização Espacial e Material: 40%*

*A3) Características construtivas: 40%*

*B) Entrada em exploração de 100% dos fogos destinados à renda acessível: 10%*

*C) Caso base: 50%*

*C1) Valor médio das rendas: 50%*

*C2) Número de fogos com o valor mínimo da renda: 20%*

*C3) Área bruta de construção potencial dos imóveis a transmitir pelo Concedente: 20%*

*C4) Capitais próprios a realizar em dinheiro no momento da constituição da entidade concessionária: 10%»;*

*h ) Quanto a esses fatores e subfatores, tem cada um deles associada uma escala de pontuação parcial, a qual é definida através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de níveis de desempenho de referência, sendo que, em relação a estes níveis – como sucede quanto aos subfatores elementares A1, A2 e A3 –, apenas se definiram dois níveis, assim enunciados: 1) «A proposta atende de forma adequada a todos os requisitos desejáveis e respeita todos os requisitos imperativos definidos no Caderno de Encargos, referentes a este subfactor elementar», com a pontuação parcial de «100»; 2) «A proposta respeita integralmente as condições imperativas definidas no Caderno de Encargos, referentes a este subfactor elementar, não observando nenhum dos requisitos desejáveis», com a pontuação parcial de «0».»*

- 132.** E consta do programa do procedimento que caberia ao júri a atribuição da pontuação parcial a cada proposta apresentada (entre 0 e 100), através de “juízos de comparação entre os respetivos atributos e os níveis de desempenho” para os referidos subfatores A1, A2 e A3.

- 133.** Foram pedidos esclarecimentos quanto ao modelo de avaliação adotado e, em particular, quanto à pontuação de subfactores com utilização de *níveis de desempenho de referência*, nos seguintes termos:

*«Justifique como e com que fundamento foi este concreto modelo de avaliação de propostas adotado, demonstrando que o mesmo é o mais adequado, face aos objetivos pretendidos e o mais consentâneo com os critérios de eficiência, eficácia e economicidade que devem nortear as decisões da administração.*

*[...] esclareça como considera legalmente possível ter estabelecido somente duas pontuações parciais, relativas aos níveis de desempenho de referência, dos vários fatores de análise de propostas, situadas entre dois extremos de “tudo ou nada”, ou seja, respetivamente de “100” e “0”, sem estabelecer e densificar pontuações intermédias, nomeadamente, para o caso de serem apresentadas propostas que apresentassem algum ou alguns dos “requisitos desejáveis”, sendo que em qualquer caso, seriam sempre pontuadas com zero, quer não apresentassem nenhum, ou apresentassem um ou dois ou três, etc., desses requisitos.».*

A esse pedido de *esclarecimento* respondeu a entidade adjudicante, no essencial, no sentido de que as propostas não teriam de ser obrigatoriamente pontuadas com 0 ou 100, argumentando que o júri poderia atribuir pontuação intermédia (entre 0 e 100), com base num juízo de comparação face aos respetivos níveis de referência do descritor de impacto associado ao fator em questão, mais informando que o critério de adjudicação de propostas não foi aplicado à única proposta admitida (a da empresa adjudicatária), por entender haver desnecessidade de tal aplicação, atentas as circunstâncias de inexistirem motivos de exclusão dessa proposta e de se considerar que o artigo 76.º do CCP consagra um *dever de adjudicação* (cujo incumprimento poderia originar uma ação de indemnização do concorrente contra o Município, com possibilidade de condenação).

- 134.** Argumentação não acolhida pela decisão recorrida, na qual se refere, em síntese, que: *«ficou por estabelecer uma adequada densificação do critério de atribuição dessas pontuações intermédias, o que torna possível uma menor objetividade em tal atribuição. Essa omissão afigura-se não respeitar plenamente as exigências do artigo*

*139.º do CCP para o modelo de avaliação de propostas, contrariamente ao sustentado pela entidade fiscalizada. E, ao potenciar risco de aleatoriedade ou subjetividade avaliativa, gera condições de afetação da lógica concorrencial a que deve obedecer um procedimento concursal aberto – e dedutível da consagração, em matéria de contratação pública, dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência (no artigo 1.º, n.º 4, da versão do CCP anterior à revisão de 2017, e no artigo 1.º-A, n.º 1, da atual versão).»*

- 135.** Discorda o Recorrente, defendendo que a definição de dois níveis de desempenho cumpre a exigência mínima prevista no n.º 3 do artigo 139.º do CCP.
- 136.** Acrescentando que não se pretendeu a atribuição exclusiva da pontuação mínima ou máxima, sendo possível a atribuição pelo júri de pontuações intermédias.
- 137.** Entendemos que não lhe assiste razão, na parte em que defende que a lei não exige a densificação do critério de atribuição dessas pontuações intermédias.
- 138.** Os modelos de avaliação de propostas em contratação pública, têm como objetivo avaliar e graduar propostas, de modo a que as mesmas sejam colocadas numa lista ordenada para efeitos de adjudicação. Em princípio, só uma pode ser a proposta adjudicatária e, caso a primeira classificada não venha, por qualquer razão, a ser contratada, é necessário recorrer à posição subsequente dessa lista.
- 139.** Assim, há necessidade de construir os modelos de avaliação de forma a encontrar as (eventualmente pequenas) diferenças entre as propostas que sejam economicamente mais vantajosas para a entidade adjudicante e assegurar diferentes posicionamentos relativos entre elas.
- 140.** Como anotado por Margarida Olazabal Cabral, os critérios de adjudicação “*têm de ser suficientemente claros e densificados para que representem efetivamente uma autovinculação e não «meros critérios em branco»*”, cf. autora cit. in *O concurso público nos contratos administrativos, Almedina (1997), pág. 207, acrescentando, mais adiante, que “A não ser assim, os critérios de adjudicação tornados públicos*

*deixariam de ser vinculativos, e apareceriam como critérios meramente arbitrários, e não reveladores, como devem ser, dos elementos da proposta importantes para a prossecução do interesse público determinante do contrato (...)" (pág. 209).*

- 141.** No mesmo sentido apontam Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina 2011*, páginas 969 e seguintes quando referem: *"A preocupação que, em qualquer caso, deve nortear a organização de uma escala de pontuação dos fatores e subfactores do critério de adjudicação é exatamente essa, de a apertar tanto quanto possível, de maneira a não deixar grandes "buracos" ou intervalos classificativos entre propostas de valia próxima, em prol dos princípios da concorrência e da proporcionalidade. Consideram-se, assim, ilegais os casos em que as escalas estão organizadas grosseiramente com intervalos visivelmente desproporcionados na sequência das diversas pontuações, como o caso acima referido de se atribuir à melhor proposta em determinado subfactor uma cotação valiosa e a todas as outras zero."*
- 142.** Estabelecendo o artigo 146.º, n.º 1 do CCP, a obrigatoriedade de ordenação das propostas, e sabendo-se que a pontuação final de cada proposta é a soma ponderada das respetivas pontuações parciais em cada um dos fatores, é necessário construir os modelos de avaliação de modo a que as próprias pontuações parciais sejam, tanto quanto possível, gradativamente diferenciadas.
- 143.** Assim, a fim de assegurar a observância dos princípios da contratação pública e da atividade administrativa em geral [transparência, igualdade e concorrência], o modelo de avaliação das propostas a integrar no programa do procedimento, deverá conter a elencagem e densificação de fatores e eventuais subfactores de avaliação considerados indispensáveis à boa estruturação do critério de adjudicação, sendo que estes deverão reportar-se a aspetos do contrato a celebrar e serem submetidos à concorrência mediante o caderno de encargos
- 144.** Estando em causa um concurso em que a adjudicação seja feita através da proposta economicamente mais vantajosa, a avaliação das propostas será feita através do

estabelecimento de fatores e subfactores que devem abranger os aspetos de execução do contrato submetido à concorrência.

**145.** E relativamente a cada fator ou subfactor deve ser explicitada a respetiva escala de pontuação bem como a expressão matemática ou conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais. Será através da densificação e da clareza destes fatores e da forma como os mesmos são explicitados que se vai poder efetuar a avaliação das propostas, efetuando a respetiva graduação<sup>34</sup>.

**146.** Como refere, *Pedro Costa Gonçalves, in, Direito dos Contratos Públicos, Almedina 2015, pág. 317* "(...) a definição prévia do modelo de avaliação de proposta, e em particular da escala de pontuação cumpre o objetivo imediato de orientar e de condicionar o exercício de discricionarieidade, através de coeficientes de avaliação...".

**147.** No mesmo sentido a jurisprudência uniforme deste Tribunal quanto ao modelo de avaliação das propostas, seguida pelo acórdão recorrido e que aqui se reitera, como resulta, entre outros, dos seguintes trechos do Acórdão n.º 18/2014, de 24-06-2014, 1.ª S/SS:

*«Considerada a normação contida nos artigos 74.º, 75.º, 132.º e 139.º, do Código dos Contratos Públicos, e os demais princípios que emergem do art.º 1.º, n.º 4, de igual diploma legal, é imperioso afirmar que o modelo de avaliação das propostas constitui a pedra angular e essencial do procedimento tendente à formação dos contratos [exceciona-se o procedimento referente ao ajuste direto – vd. art.º 115.º, do C.C.P.] em que o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa. Por outro lado, e repousando, ainda, na textura das citadas normas, o modelo de avaliação, a prever no âmbito do Programa do Procedimento, deverá propiciar uma avaliação fundamentada, seja no que concerne a matéria em que a apreciação é*

---

<sup>34</sup> Nesse sentido, entre outros, o acórdão do TCAN, de 9.06.2017, proferido no processo n.º 01992/16.3BEPRT, 1.ª Secção.

*juridicamente vinculada, seja em domínios onde a atividade discricionária da Administração é operável.*

*Acréscimo que o modelo de avaliação das propostas, para além de dever assegurar a observância dos princípios da contratação pública e da atividade administrativa em geral [transparência, igualdade e concorrência], perfilar-se-á, obrigatoriamente, como intangível [em nome do princípio da estabilidade objetiva, uma vez definido o modelo de avaliação, esse manter-se-á inalterável no decurso da pendência do procedimento que tende à formação do contrato]. Do exposto, e ainda sustentados nas regras que integram os citados artigos 75.º, 132.º, n.º 1, al. n), e 139.º, todos do Código dos Contratos Públicos, resulta que o modelo de avaliação, a integrar no Programa de Procedimento, conterá a elencação e densificação de fatores e eventuais subfatores de avaliação considerados indispensáveis à boa estruturação do critério de adjudicação, sendo que estes deverão reportar-se a aspetos do contrato a celebrar e serem submetidos à concorrência mediante o caderno de encargos.*

*O modelo de avaliação deverá ser ainda integrado por certa e rigorosa valoração dos coeficientes de ponderação dos fatores e subfatores indicados e por escalas de pontuação dos fatores e/ou subfatores [tais escalas deverão assumir uma expressão matemática ou materializar-se num conjunto ordenado de atributos diversos passíveis de integrar a execução do contrato].*

*Do afirmado resulta, afinal, que a melhor e legal definição do critério de adjudicação a prever no Programa do Concurso, para além de pressupor coerência entre os elementos que substanciam o modelo de avaliação, exigirá que os fatores se diferenciem entre si e sejam complementares [deverão, também, incidir sobre atributos a apresentar em sede de propostas] e que os subfatores expressem um desenvolvimento lógico dos fatores, obrigará a que os coeficientes de ponderação atribuídos a fatores e subfatores se articulem, de modo progressivo, e que as escalas de pontuação assumam um desenvolvimento proporcional por forma a permitir a valoração de todas as propostas e a respetiva diferenciação, e, em suma, pressuporá que os fatores, subfatores e escalas de pontuação não contrariam a essência do critério de adjudicação eleito, o qual, «in casu», se traduz em “proposta economicamente mais vantajosa”.»*

- 148.** De referir ainda que o princípio da transparência, consagrado no artigo 1.º, n.º 4, do CCP, e transversal à atuação de toda a administração pública, é fundamental, para, preventivamente, serem acautelados outros dois princípios conexos: o princípio da imparcialidade e o princípio da igualdade de tratamento.
- 149.** E tem diversas implicações, nomeadamente na necessidade de se proceder a uma adequada publicitação dos procedimentos contratuais, na fixação de forma clara, rigorosa e simples das regras que enformam cada procedimento, de modo a serem perceptíveis para todos os operadores económicos eventualmente interessados.
- 150.** Se as peças do procedimento se encontrarem elaboradas de forma tal que os operadores económicos sintam que a discricionariedade da administração poderá resvalar com facilidade para a arbitrariedade, então o princípio da transparência estará em crise.
- 151.** Ou seja, o princípio da transparência só se encontra salvaguardado se a administração, nas peças procedimentais (essencialmente no convite/programa do procedimento e no caderno de encargos), estabelecer claramente o que pretende contratar, como pretende fazê-lo, quais os requisitos de acesso ao procedimento, quais os elementos essenciais que deverão constar das candidaturas e/ou propostas, quais os pressupostos de aceitabilidade das mesmas e de que forma serão avaliadas.
- 152.** E quando o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, deverão ser fixados os fatores de avaliação e eventualmente os subfactores dentro de cada fator, nenhum dos quais podem, direta ou indiretamente, dizer respeito “*a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*” (art.º 75.º n.º 1 do CCP).
- 153.** Não basta enunciar os fatores e subfactores que compõem o referido critério. É necessário existir um “modelo de avaliação das propostas” (art.º 139.º do CCP), constituído pela definição dos já mencionados fatores e eventuais subfactores.

- 154.** É através do critério de adjudicação, completamente parametrizado e densificado desde logo nas peças do procedimento, que os operadores económicos interessados em concorrer podem retirar as informações necessárias para apresentarem as suas melhores propostas, numa situação de igualdade, porque lhes é dado a conhecer, o que a entidade adjudicante irá ter em consideração para a avaliação das propostas.
- 155.** Assim, tal como conclui o Acórdão recorrido, entendemos que sempre que seja adotado o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, em obediência ao princípio da transparência, todo este critério deverá estar densificado e parametrizado, no programa do procedimento.
- 156.** Porém, três das quatro propostas apresentadas foram excluídas, com fundamento na existência de motivos materiais de exclusão, previstos no n.º 2, do artigo 70.º do CCP.
- 157.** E tendo sido admitida apenas uma proposta, o modelo de avaliação acabou por não ser utilizado.
- 158.** Pelo que, ainda que se entenda que em vez de constar do programa do concurso que os subfactores seriam densificados pelo júri, em obediência ao princípio da transparência, a densificação dos critérios de atribuição de pontuações intermédias deveria constar do programa, não resulta evidenciado que essa omissão tenha tido influência na concorrência, de modo a poder concluir-se que afetou ou era suscetível de afetar o resultado financeiro.

#### **D) Reposição do equilíbrio financeiro/prorrogação do prazo do contrato**

- 159.** A reposição do equilíbrio financeiro do contrato consiste na reposição ou restauração da proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos que as situações geradoras do dever do contraente público de repor o equilíbrio financeiro tenham no valor dessas mesmas prestações.

- 160.** Resulta do disposto no artigo 282.º CCP, que a reposição do equilíbrio financeiro depende da expressa previsão legal ou contratual das *fattispecies* que decorrem da verificação de riscos produtores de impactos negativos no equilíbrio económico-financeiro com que se formou a vontade pré-contratual do adjudicatário, isto é, a projeção de negócio em que se integra a distribuição de riscos constante do contrato.
- 161.** Tendo em conta a sua função, a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável do que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente previsto, nem pode cobrir perdas que já decorriam desse equilíbrio inicialmente estabelecido e inerentes ao próprio contrato.
- 162.** Os critérios para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato estão previstos no citado artigo 282º do CCP, do qual resulta que pode fazer-se através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou da vigência do contrato, da revisão dos preços, da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas ou ao agravamento dos custos com a execução do contrato ou por outro meio contratualmente estipulado.
- 163.** No presente caso a cláusula 34.ª do contrato (que reproduz a cláusula 41.ª do programa do concurso) prevê as situações em poderá haver lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro da concessão, estabelecendo os seus n.ºs 5 e 6, que:
- «5. O reequilíbrio financeiro é efetuado através da prorrogação do prazo da concessão pelo tempo estritamente necessário a garantir aquele reequilíbrio, o qual, em regra, não deverá exceder 10 anos.*
- 6. Caso o prazo máximo previsto no número anterior se revele insuficiente para restabelecer o reequilíbrio, cumulativamente à prorrogação do prazo, poderá recorrer-se à afetação de outros imóveis à concessão”.*
- 164.** Convidado, no âmbito do processo de fiscalização prévia, a esclarecer “*como se compatibiliza o estabelecido nos referidos n.ºs 5 e 6 da cláusula 34.ª quanto ao “prazo de prorrogação”, uma vez que daquele n.º 5 parece não resultar um prazo*

máximo (“em regra”), e no n.º 6 se alude a esse prazo como sendo um prazo máximo”, o Município de Lisboa veio dizer o seguinte:

«Nestes números estabelecem-se dois limites imperativos:

*i) Em primeiro lugar, a prorrogação do prazo da concessão só pode ocorrer pelo tempo estritamente necessário a garantir o reequilíbrio;*

*ii) Tempo este que, em segundo lugar, não deverá exceder 10 anos. E é este o prazo máximo que se impõe como regra. Pelo que, a ocorrer qualquer situação excepcional, terá de basear-se igualmente num motivo excepcional e, como tal, devidamente justificado (p. ex. um facto excepcional e exógeno às partes).”.*

**165.** Resulta do esclarecimento prestado pelo Recorrente, e do que consta do clausulado do contrato, que a prorrogação só pode ter lugar nas situações previstas nas alíneas a) a d) do n.º 1, da sua cláusula 34.<sup>a</sup>, e pelo tempo estritamente necessário a garantir o reequilíbrio, que não deverá exceder 10 anos.

**166.** Como refere o Acórdão recorrido, o artigo 410.º do CCP (tal como os demais artigos deste código, na versão anterior à revisão de 2017) restringe a possibilidade de prorrogação do prazo da concessão:

«Pretende-se que o prazo de vigência do contrato seja delimitado «*em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário*» (n.º 1), prevendo o legislador supletivamente como adequado para o efeito um prazo de 30 anos, logo aí incluindo a duração da prorrogação (n.º 2) – o que sugere que uma eventual prorrogação para além desse prazo, por via de estipulação contratual expressa, deve ainda atender àquele critério de *necessidade para amortização e remuneração em normais condições de rentabilidade da exploração.*»

**167.** Porém, no presente caso, ainda que os elementos constantes dos autos não permitam avaliar, em sede de fiscalização prévia, se corresponde ao período de tempo necessário para a amortização e remuneração do capital investido pela concessionária, foi fixado o prazo de 30 anos, coincidente com o previsto supletivamente pelo legislador.

- 168.** A prorrogação do prazo da concessão só poderá ter lugar no caso de se verificar alguma das situações suscetíveis de fundamentarem a reposição do equilíbrio financeiro, e pelo tempo estritamente necessário a garantir aquele reequilíbrio, que não deverá exceder dez anos.
- 169.** Assim, ainda que possa suscitar dúvidas se o modelo de reposição do equilíbrio financeiro previsto no contrato é o que melhor acautela o interesse público, entende-se que não acarreta a violação direta de normas financeiras.

#### **E) Transferência de risco**

- 170.** Qualquer contrato administrativo envolve, em maior ou menor medida, e em condições normais, um risco para as partes que, procurando benefícios, poderão não os encontrar e, até, conhecer perdas, porventura totais<sup>35</sup>. No contrato de concessão de serviços públicos este risco deverá ser essencialmente assumido por uma das partes, exigindo-se uma significativa transferência do risco para o concessionário.
- 171.** Esta exigência decorre, desde logo, da noção legal contida no artigo 407.º n.º 2, do CCP e surge reforçada no artigo 413.º do CCP, que expressamente determina que o contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário.
- 172.** Deste modo, ainda que possa haver lugar a uma remuneração direta pelo contraente público, é imperativo que essas prestações económico-financeiras não eliminem a efetiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário (cf. artigo 416.º, do CCP).

---

<sup>35</sup> Vide, LINO TORRAL, “A Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos”, in Revista de Contratos Públicos, N.º 1, Coimbra, CEDIPRE – Universidade de Coimbra, 2011, cit., p. 248.

- 173.** O próprio prazo de vigência do contrato de concessão deverá ter em consideração a significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário, dispendo o artigo 410.º, n.º 1, do CCP, que o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário.
- 174.** A mesma exigência de transferência do risco ao abrigo do contrato de concessão decorre da noção legal constante da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação dos contratos de concessão.
- 175.** Estabelecendo o 2.º parágrafo do artigo 5.º da referida Diretiva que a adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos.
- 176.** E vai ainda mais longe que o CCP, ao dispor, no mesmo preceito, que se considera que o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão. A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes.
- 177.** O contrato de concessão de serviços públicos implica, assim, uma significativa e efetiva transferência do risco, o que significa que o grosso dos riscos do contrato deve ser assumido pelo concessionário. Porém, essa transferência não tem de ser global. Não se exige uma alocação de todos os riscos, mas tão só de parte significativa, aceitando-se diferentes graus de partilha do risco, numa lógica de otimização da gestão do risco global de acordo com as características do projeto<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Vide, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas*, p. 456.

- 178.** Fundamental é que a partilha do risco no âmbito do contrato de concessão de serviços públicos se traduza numa significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário, *conditio sine qua non* deste tipo contratual, como se retira, da noção legal supracitada.
- 179.** Analisado o clausulado do contrato em causa, verifica-se existir, formalmente, a transferência para o concessionário da responsabilidade pelos riscos inerentes à conceção, projeto, construção, financiamento, reabilitação, manutenção, conservação, exploração e gestão da concessão para o parceiro privado.
- 180.** Todavia, a consagração, formal, dessa transferência não significa que esteja demonstrado, como alega o recorrente, que tenha sido acautelada uma adequada e efetiva repartição de riscos e que a previsão dos termos de reposição do equilíbrio financeiro do contrato acautele, seguramente, a proteção dos interesses financeiros públicos.
- 181.** Como sublinha o Acórdão recorrido:
- «27. b) (...) mesmo abstraindo do incumprimento do regime aplicável nesta matéria às PPP (v.g., falta a formulação de uma matriz de riscos), e olhando apenas à questão do risco financeiro, suscitam-se fundadas dúvidas sobre a ocorrência de uma «efetiva transferência de riscos para o concessionário», havendo relevantes componentes contratuais que contêm vantagens seguras para a concessionária e que reduzem significativamente o risco a seu cargo: v.g., pela transmissão em regime de propriedade plena, a favor da concessionária, de 6 dos 15 prédios abrangidos pelo contrato (ainda que essa transmissão apenas esteja prevista «após a conclusão das obras dos edifícios destinados à habitação com renda acessível», nos termos do n.º 2 da cláusula 6.ª do contrato); pela possibilidade de constituição de garantias reais, para efeitos de financiamento da concessionária, sobre os imóveis objeto da concessão (desde logo sobre os imóveis a ser transmitidos em propriedade plena, como resulta do n.º 10 da cláusula 9.ª, mas eventualmente também sobre imóveis*
-

*que subsistirão na propriedade do concedente, como parece decorrer da equívoca redação do n.º 3 da cláusula 9.ª, quando aí se alude aos «imóveis afetos à renda acessível» e em seguida se prevê a possibilidade de «o Concedente poder[...] autorizar a constituição de garantias reais ou obrigacionais sobre esses bens»); pela previsão de reequilíbrio financeiro do contrato, segundo a sua cláusula 34.ª, no caso de «não existir uma ocupação média efetiva dos alojamentos destinados a arrendamento acessível em percentagem superior a 90% da totalidade dessas unidades de alojamento e não tenha sido possível, supletivamente, o seu arrendamento diretamente junto do mercado».*

- 182.** Porém, não obstante as dúvidas que o contrato suscita, quanto à efetiva retribuição de riscos e quanto à adequação da acordada retribuição, os elementos disponíveis no âmbito do processo de fiscalização prévia, não permitem sustentar, com base nessas dúvidas, ainda que fundadas, a verificação de ilegalidade, suscetível de fundamentar a recusa de visto.

#### **F) Constituição de garantias**

- 183.** Concorde-se com o Acórdão recorrido, na parte em que defende e fundamenta, que resulta do clausulado do contrato e do disposto no artigo 1541.º do Código Civil « (...) a possibilidade de *garantias* constituídas a favor de entidades financiadoras pela concessionária sobre os seus direitos de superfície subsistirem para além do momento da sua extinção e da reversão dos imóveis para a autarquia em propriedade plena – com a consequente afetação do património autárquico, em termos da sua oneração e de redução do seu valor económico. (...)».
- 184.** Porém, o contrato não prevê a concessão de garantias pelo município a favor de terceiros.
- 185.** Confere ao concessionário a possibilidade de constituir garantias reais a favor das entidades que venham a financiar o investimento, mas tais garantias apenas poderão incidir sobre o direito de superfície do concessionário.

**186.** E a proibição constante do n.º 7, alínea a), do artigo 49.º, n.º 7, do RFALEI, exceciona os casos previstos na lei, sendo suscetível de ser incluída nesta ressalva a oneração pelo concessionário de bens da concessão, verificadas as condições previstas nos n.ºs 4 a 6, do artigo 419.º, do CCP.

**187.** Assim, entendemos que a possibilidade de constituição de garantias reais pelo concessionário, nos termos previstos no contrato, não viola a proibição, nem acarreta a violação direta da norma financeira, inscrita na citada alínea a), do n.º 7, do artigo 49.º, do RFALEI.

### **III – DECISÃO:**

**Pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1.ª Secção em julgar o recurso procedente, e conceder o visto ao contrato identificado no §1. deste acórdão.**

**São devidos emolumentos nos termos do n.º 3 do artigo 17.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).**

Lisboa, 1 de abril de 2020

Os Juízes Conselheiros,

---

(Alzira Antunes Cardoso - Relator)

---

(António Francisco Martins)

---

(Maria dos Anjos Capote)

