



ACÓRDÃO N.º 157/2009 - 21.Out.2009 - 1ªS/SS

(Processo n.º 788/09)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Contrato de Concessão / Direito Comunitário / Empreitada de Obras Públicas / Parceria Público-Privada / Princípio da Concorrência / Princípio da Estabilidade das Regras Concursais / Princípio da Igualdade / Princípio da Transparência / Procedimento Pré-Contratual / Recusa de Visto / Regime Jurídico

SUMÁRIO:

1. As parcerias público-privadas institucionalizadas de âmbito municipal (PPPI) asseguram, em regra, com o envolvimento de parceiros privados, o que resulta da celebração de contratos de empreitadas de obras públicas, de fornecimento de bens e serviços, de concessão de obras públicas ou de serviços e de recurso ao crédito.
2. Tendo em conta o direito comunitário e o direito nacional, é legalmente admissível, na criação de uma PPPI, a celebração de um contrato de concessão ou outro, entre uma entidade pública e a entidade que resulta da PPPI, sem que tenha sido lançado procedimento concursal específico para a sua formação. Importa, sim, analisar se o procedimento para a constituição da entidade de capitais mistos (no âmbito da PPPI) foi equitativo, transparente e concorrencial, se foi legalmente conforme e se



Tribunal de Contas

- o contrato celebrado, na sua decorrência, respeitou os resultados daquele procedimento.
3. Estando em causa um contrato de empreitada de obras públicas, ainda que atípico, a avaliação do seu teor e do procedimento que deu origem à criação da entidade parceira que o subscreve deve ser feita à luz do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP), com as devidas adaptações exigidas pelo processo de constituição da parceria, com respeito pelos princípios atinentes consagrados nos instrumentos do Direito Comunitário e na Constituição.
 4. Em aspectos essenciais, nos quais se fundou a avaliação e a decisão de escolha dos parceiros privados, o contrato celebrado não correspondeu aos pressupostos e ao resultado do procedimento, ou seja, o procedimento conduzido para a constituição da PPPI e subsequente contrato não foi equitativo, transparente e concorrencial, traduzindo-se em violação ao disposto nos arts. 10.º e 63.º, n.º 4 do RJEOP, no n.º 5.3 dos Termos de Referência e nos arts. 8.º, n.º 1, 9.º, n.º 1, 10.º e 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
 5. As violações referidas foram susceptíveis de alterar, com muito forte probabilidade, o resultado financeiro do procedimento e do consequente contrato, o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: João Figueiredo





Tribunal de Contas

Mod. TC 1999,001





ACÓRDÃO N.º 157 /09 – 21.OUT.09-1ª S/SS

Processo n.º 788/2009

I - RELATÓRIO

1. A Câmara Municipal de Lagos (doravante designada por Câmara Municipal ou por CML) remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o denominado contrato de concessão relativo à concepção, implementação, construção, desenvolvimento, manutenção e conservação do parque de estacionamento subterrâneo sito na Avenida dos Descobrimentos¹, em Lagos, celebrado em 31 de Março de 2009, entre o Município de Lagos e a sociedade EL – Estacionamentos de Lagos, S.A..
2. Para além do referido no número anterior, são dados ainda como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos que resultam de documentos constantes dos autos:
 - a) A minuta do contrato de concessão referido no número anterior foi aprovada pela CML em 11 de Março de 2009 e pela Assembleia Municipal de Lagos em 24 do mesmo mês e ano²;
 - b) O contrato de concessão referido não foi antecedido de qualquer procedimento concursal especificamente orientado para a sua formação³;
 - c) A duração da concessão é de 40 anos e 4 meses, a contar de 31 de Agosto de 2010⁴;

¹ Também designado por parque de estacionamento da Frente Ribeirinha.

² Vide fls. 9, 11 e 12 do processo.

³ Vide contudo os factos elencados abaixo na alínea i) e seguintes, relativos a procedimento concursal lançado para a constituição da sociedade concessionária.

⁴ Cláusula 5 do contrato.



- d) A entidade concessionária é responsável pelo financiamento, concepção, implementação e construção do parque respeitando os projectos anexos ao contrato e obriga-se a manter e a conservar o parque, assegurando que a sua utilização decorra de modo regular e normal⁵;
- e) O concedente pagará à entidade concessionária uma retribuição mensal, pela prestação do objecto da concessão, a título de recuperação de investimento na construção do Parque e bem assim na sua conservação e manutenção⁶;
- f) A exploração do parque competirá a uma entidade terceira, seleccionada por via concursal, devendo a actividade de manutenção e de conservação da concessionária compatibilizar-se com a daquela⁷;
- g) A sociedade comercial “EL – Estacionamento de Lagos, S.A.”, (doravante também designada por concessionária) foi constituída por escritura lavrada em 24/04/2008, com um capital social de € 50.000,00, tendo como accionistas a Futurlagos, Empresa Municipal para o Desenvolvimento, EEM, com 49% do capital⁸ e várias entidades privadas com 51% do capital⁹;
- h) A Futurlagos, Empresa Municipal para o Desenvolvimento, EEM (doravante designada por Futurlagos) é uma entidade empresarial pública de âmbito municipal, com capital social integralmente subscrito e realizado pelo Município de Lagos¹⁰;
- i) A referida sociedade comercial “EL – Estacionamento de Lagos, S.A.” foi constituída após procedimento concursal desencadeado pela Futurlagos;

⁵ Cláusulas 2.1 e 3.1 do contrato.

⁶ Clausula 4 do contrato.

⁷ Clausula 3.5 do contrato.

⁸ A Futurlagos subscreveu capital social no montante de € 24.500,00.

⁹ Participam no capital social da referida sociedade anónima “EL – Estacionamento de Lagos, S.A.” as seguintes entidades privadas e nos seguintes montantes: a Ensul Meci – Gestão de Projectos de Engenharia, S.A., com € 8.415,00; a FDO – Construções, S.A., com € 7.650,00; a FDO – Projectos, Lda., com € 1.020,00; e a Irmãos Cavaco, S.A., com € 8.415,00. As entidades privadas subscreveram pois capital no montante total de € 25.500,00. Vide abaixo a alínea r).

¹⁰ Vide estatutos da Futurlagos, fls. 18 e ss. do processo.



- j) De facto, por deliberação de 10/08/2007¹¹, o Conselho de Administração da Futurlagos deliberou abrir um procedimento concursal com vista à selecção de pessoas colectivas de direito privado para participar com a Futurlagos na constituição de uma sociedade comercial de capitais minoritariamente públicos, para a concepção, implementação, equipamento, conservação e manutenção de dois parques de estacionamento: o do “Anel Verde/Parque da Cidade” e o da “Frente Ribeirinha”;
- k) O procedimento concursal foi publicitado no J.O.U.E., no D.R. e nos jornais “Público” e “Correio de Lagos”;
- l) Apresentaram-se a concurso três agrupamentos de empresas;
- m) Nos termos do Programa do Procedimento, o critério de adjudicação seria o da candidatura mais vantajosa, de acordo com os seguintes factores, subfactores e ponderações¹²:
- i. Estrutura financeira da candidatura: 45%
 - Plano estratégico e de desenvolvimento do projecto: 50%;
 - Estrutura de financiamento: 50%.
 - ii. Estrutura contratual da candidatura: 40%
 - Modelo organizacional e contratual proposto: 25%;
 - Projecto de estatutos da sociedade: 10%;
 - Acordo de accionistas e de cooperação técnica e financeira proposto: 45%;
 - Contrato de conservação/manutenção: 20%.
 - iii. Estrutura técnica da candidatura: 15%
 - Estudos prévios: 40%;
 - Planos de execução: 30%;
 - Prazos parcelares: 30%.
- n) Definia ainda o Programa do Procedimento¹³ que, na estrutura financeira da candidatura, a avaliação do plano estratégico e de

¹¹ Vide acta nº 20 a fls. 46 e ss. do processo.

¹² Vide ponto 13.1 do Programa do Procedimento, fls. 51 e ss. do processo.



- desenvolvimento do projecto (referidos na subalínea i. anterior) seria efectuada segundo a fórmula seguinte: $0,45VEP+0,30CEM+0,25VIG$, em que VEP representa a viabilidade económica do projecto, CEM o custo ao erário municipal e VIG o valor do investimento global;
- o) Definia igualmente o Programa do Procedimento¹⁴ que, na estrutura financeira da candidatura, a avaliação da estrutura de financiamento (também referidos na alínea m, subalínea i.) seria efectuada segundo a fórmula seguinte: $0,60RCE+0,40RCP$, em que RCE representa o recurso a capitais externos e RCP o recurso a capitais próprios;
- p) Nos Termos de Referência¹⁵ do procedimento estabelece-se que o *“Parque de Estacionamento da Frente Ribeirinha será concebido e construído com respeito pelo programa do parque, composto pelas características técnicas gerais, enquadramento, memórias descritivas e peças desenhadas que constitui o Anexo II”*¹⁶;
- q) Nos Termos de Referência do procedimento estabelece-se igualmente que *“a maioria dos riscos contratuais recai sobre os parceiros privados, designadamente os riscos de construção, financiamento e disponibilização”*¹⁷;
- r) Na sequência da apreciação das propostas, o júri do concurso propôs¹⁸ que a adjudicação fosse efectuada ao agrupamento constituído pelas empresas FDO – Construções, S.A.; ENSUL – Gestão de Projectos de Engenharia, S.A.; Irmãos Cavaco, S.A.; e FDO – Projectos, Lda.;
- s) Por deliberação de 14/03/2008, o Conselho de Administração da Futurlagos¹⁹ seleccionou o agrupamento proposto pelo júri do

¹³ Vide anexo III do Programa do Procedimento, fls. 67 e ss. do processo.

¹⁴ Idem.

¹⁵ O procedimento foi lançado com base no Programa do Procedimento e nos Termos de Referência (fls. 74 e ss.). Foi igualmente junto ao processo um estudo de viabilidade económico-financeira do Parque de Estacionamento da Frente Ribeirinha. Tal estudo não está datado e refere em vários trechos a EL, S.A., pelo que terá sido elaborado após a constituição desta sociedade e, portanto, depois do procedimento de selecção dos parceiros privados que a integram.

¹⁶ Vide ponto 7.4.

¹⁷ Vide ponto 5.3.

¹⁸ Vide relatório a fls. 152 e ss. dos autos.

¹⁹ Vide acta nº 31 a fls. 332 e ss. do processo.



concurso, para parceiro privado na constituição da sociedade comercial;

- t) Da candidatura do agrupamento concessionário²⁰, e das explicações dadas pela CML através do seu ofício n.º 26504 de 21.08.09, resultam os seguintes valores respeitantes ao parque de estacionamento da Frente Ribeirinha²¹:
- i. Retribuições a serem asseguradas pela Câmara Municipal (valor global para 25 anos): € 19.309.498,61;
 - ii. Total do investimento: € 7.402.553,54;
 - iii. Recurso a financiamento de longo prazo: € 13.008.730,00²²;
 - iv. Recurso a financiamento de curto prazo: € 1.011.000,00;
- u) Em reunião de 16/04/2008, a Câmara Municipal, ao abrigo dos seus poderes de tutela, autorizou a Futurlagos a participar na constituição da sociedade comercial, EL – Estacionamento de Lagos, S.A., na percentagem de 49% do respectivo capital social²³;
- v) Do contrato de concessão sujeito a fiscalização prévia e respectivos anexos – designadamente do plano de negócios da concessionária - e das explicações dadas pela CML através do seu ofício n.º 26504 de 21.08.09²⁴ e seus anexos resultam os seguintes valores respeitantes à concessão relativa ao parque de estacionamento da Frente Ribeirinha:

²⁰ Embora sem relevância para a presente decisão, refira-se que a candidatura apresentava quatro cenários, tendo o júri considerado exclusivamente o cenário A1. É este que na presente decisão é considerado quando se faz referência à candidatura.

²¹ Vide fls. 221 e 354 a 356 dos autos.

²² Este valor, constante na candidatura (vide fl. 221 dos autos), respeita à estrutura de financiamento necessária para a concessionária proceder à construção dos dois parques de estacionamento (vide a alínea j) acima). Refira-se que o investimento previsto na candidatura para o parque de estacionamento do Anel Verde orçava 5.606.176,46 € que adicionado ao acima referido para o parque de estacionamento da Frente Ribeirinha totaliza precisamente 13.008.730,00 €. Isto é: os valores previstos para investimento coincidem com o valor previsto para recurso a crédito de longo prazo.

²³ Vide fl. 334 dos autos.

²⁴ Vide Anexo 3 do contrato e fls. 354 a 356 dos autos.



- i. Retribuições a serem asseguradas pela Câmara Municipal (valor global para o período de 2010 a 2035): € 35.131.772,35;
 - ii. Total do investimento: € 12.656.194,40;
 - iii. Recurso a financiamento de longo prazo: € 19.200.044,40²⁵;
 - iv. Recurso a financiamento de curto prazo: € 908.000,00;
- w) Questionada a CML sobre as razões que justificam as diferenças de valores indicados na alínea t) e na anterior, respondeu pelo ofício referido na alínea anterior e ainda pelo ofício n.º 31499 de 29.09.09²⁶. Em síntese, disse a Câmara Municipal:

- i. *“O valor a pagar pelo Município no âmbito do contrato de concessão resulta, directamente, das projecções de proveitos apresentadas no plano de negócios da EL, S.A. Por razões diversas (...) foi necessário considerar algumas variações ao investimento, bem como à estrutura de custos da sociedade (...)”*;
- ii. *“O procedimento concursal sustentou-se, relativamente ao parque de estacionamento da Frente Ribeirinha, num relatório geotécnico realizado em 30 de Agosto de 2003. E com base neste relatório, a proposta entregue no dia 10 de Dezembro consistia numa solução mista de Contenção Periférica/Escavação em Talude nos dois alinhamentos longitudinais do Parque. Posteriormente, e tendo em vista a execução dos trabalhos, foi solicitada a uma empresa especializada a realização de um reconhecimento geológico e geotécnico com a finalidade de se efectuar uma caracterização mais detalhada dos terrenos de fundação. Este novo reconhecimento deu a conhecer uma realidade*

²⁵ Renovam-se as explicações dadas na nota 22, referindo-se que o total de investimentos previstos, agora no plano de negócios anexo ao contrato, coincide também com o do financiamento a longo prazo: 19.200.044,40 €.

²⁶ A fls. 369 e seguintes dos autos.



necessariamente mais consistente. A primeira grande inferência retirada do novo conjunto de sondagens revelou que o estrato competente junto da muralha se encontrava a profundidades que variavam entre os 4,5 e os 6 metros e não à profundidade de 1,5 metros indicada no relatório inicial. Assim, sendo a escavação a executar de cerca de 6 metros, afigurou-se como solução adequada, a execução do mesmo perfil de contenção executado na zona marginal. (...) Também ficou patente a existência do nível freático a uma cota mais próxima da superfície (entre 1,4 e 2,7 metros de profundidade). No decurso desta nova campanha foram realizados ensaios de bombagem e analisado o mapa de marés fornecido pelo Porto de Lagos, com vista à abordagem da problemática das permeabilidades dos estratos existentes, preocupação essa, que não era abordada no relatório inicial fornecido a título de esclarecimento do procedimento. (...) Face a estas condições geológicas locais detectadas, considerou-se que a solução final adoptada se afigurava a mais ajustada para a execução dos trabalhos de escavação e contenção periférica nas melhores condições técnicas e de segurança. Ou seja as condições geológicas obrigaram a novas soluções construtivas. Estas novas soluções construtivas, impostas pelas condições do terreno, implicaram um custo acrescido de € 3.102.608,46”;

- x) Nos termos dos documentos do procedimento para a constituição da sociedade concessionária, o parque de estacionamento da Frente Ribeirinha localiza-se em terrenos do domínio público do Estado e municipal disponibilizados, respectivamente, pelo Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, IP (IPTM) e pelo Município;
- y) Também por isso, para além do contrato de concessão agora apreciado, foram ainda celebrados os seguintes instrumentos contratuais com ele mais directamente relacionados:



- i. Um “Acordo de Cooperação Institucional”²⁷ entre o Município de Lagos e o IPTM, em 16/10/2008, através do qual foram estabelecidas as bases de cooperação institucional entre as duas entidades com vista a concretizar na frente urbana da cidade de Lagos as iniciativas de ordenamento e licenciamento para valorização da área, referindo-se que na unidade territorial sob jurisdição do IPTM onde se situa o parque de estacionamento poderá ser construído um parque subterrâneo;
- ii. Um contrato de gestão, entre o Município de Lagos e o IPTM, celebrado em 26/03/2009, e que constitui o anexo 1 do contrato de concessão, destacando-se do mesmo o seguinte clausulado:
 - Pretendem as partes viabilizar a concepção, construção e desenvolvimento de um parque enterrado requalificando, nessa vertente, a zona ribeirinha da cidade, de harmonia com o Acordo de Cooperação Institucional antes referido;
 - A Câmara Municipal e o IPTM proporcionarão a empresa municipal²⁸ a disponibilidade dos terrenos aí mencionados, que por sua vez os facultará a sociedade anónima, tendo em vista, quanto a esta, apenas a execução das obras do Parque, sem prejuízo de com esta última ser celebrado um contrato de concessão por prazo mais alargado, tendo em vista assegurar a implementação, manutenção e conservação da referida infra-estrutura;
 - A disponibilização dos terrenos terá carácter não oneroso na fase de execução das obras;
 - Uma vez entregues as obras do Parque, este será explorado pela Câmara Municipal ou adjudicada a respectiva exploração a entidade privada, seleccionada por via concursal;

²⁷ A fls. 377 e ss. do processo.

²⁸ No acordo refere-se que se trata de entidade empresarial local de capitais exclusivamente públicos da Câmara Municipal que, em nome da autarquia, conduzirá o processo de concepção, construção e desenvolvimento do futuro parque de estacionamento junto à Avenida dos Descobrimentos, na cidade de Lagos.



- A ocupação dos terrenos decorre, para efeitos do contrato e de outros contratos a celebrar para a construção e exploração do Parque, segundo as seguintes fases:
 - Fase de construção: 14 meses, durante os quais as parcelas dominiais se encontram ocupadas para a execução das obras do Parque até à entrega das mesmas;
 - Fase de implementação e desenvolvimento: 40 anos e 4 meses, durante o qual se procede à exploração do Parque, definido em função do tempo estritamente necessário ao reembolso dos investimentos feitos com a construção;
 - Fase normal de exploração: período de exploração;
- A utilização do Parque no período em que, concluídas e entregues as obras, se procede ao reembolso dos investimentos feitos, é efectuada pela entidade responsável pela exploração;
- Decorrido o período acima mencionado, a continuidade da exploração será assegurada pelas partes, pela empresa municipal ou por entidade terceira, mediante acordo da Câmara Municipal e IPTM e de harmonia com o regime legal então aplicável;
- Durante a fase de implementação e desenvolvimento será devido ao IPTM um montante anual de € 163.449,02, actualizado anualmente, a pagar pela entidade incumbida da exploração do Parque;
- Durante a fase normal de exploração as receitas da exploração do Parque serão repartidas entre a Câmara Municipal e o IPTM na proporção da superfície dos terrenos afectos por cada uma delas à respectiva implantação.



iii. Um contrato de abertura de crédito com hipoteca e consignação de rendas e retribuições²⁹, celebrado em 3/04/09, entre a Futurlagos, a EL - Estacionamentos de Lagos, S.A.³⁰, o Município de Lagos e a Caixa Geral de Depósitos, S.A., em que a C.G.D. concede à concessionária, um empréstimo até € 19.200.044,40, pelo prazo de vinte e seis anos e seis meses, visando financiar a “*concepção, construção e equipamento*” de dois parques de estacionamento subterrâneos na cidade de Lagos (Parque de Estacionamento do Anel Verde ou Parque da Cidade e parque de Estacionamento da Frente Ribeirinha) e de que constam as seguintes garantias:

- Uma hipoteca sobre o direito de superfície e futuras construções e benfeitorias sobre prédio urbano adquirido pela EL - Estacionamentos de Lagos, S.A., pelo prazo de 27 anos, para efeitos de edificação do Parque de Estacionamento subterrâneo denominado Anel Verde ou parque da Cidade;
- A EL - Estacionamentos de Lagos, S.A., consigna/cede a favor da mutuante todas as rendas e retribuições que o Município de Lagos lhe irá pagar pelos contratos de arrendamento e concessão dos parques de estacionamento do Anel Verde e Frente Ribeirinha, respectivamente³¹;
- Os créditos existentes e futuros, para si emergentes do contrato-promessa de arrendamento, do contrato de arrendamento que vier a ser celebrado na sequência deste e do contrato de concessão celebrados com o Município de Lagos.

²⁹ A fls. 381 e ss. do processo.

³⁰ Estas duas entidades foram, aliás, representadas pelos seus únicos e **mesmos** administradores.

³¹ No contrato, o “*Município de Lagos e a Futurlagos (...) declaram que tudo farão para que o serviço da dívida seja regular e pontualmente cumprido, obrigando-se irrevogavelmente perante a CGD a transferir as rendas e retribuições a pagar à Sociedade pelos contratos de arrendamento e concessão (...) por crédito na conta à ordem associada ao empréstimo*”.



- iv. Um contrato de conta-corrente com hipoteca e consignação de rendas e retribuições³², igualmente celebrado em 3/04/09, igualmente entre a Futurlagos, a EL - Estacionamentos de Lagos, S.A., o Município de Lagos e a Caixa Geral de Depósitos, S.A., em que é mutuante a C.G.D. e mutuário a concessionária, pela quantia até € 748.000,00, pelo prazo 12 meses, podendo ser objecto de prorrogação por igual período, mediante acordo entre as partes, visando suprir necessidades pontuais de tesouraria no âmbito do projecto de concepção, construção e equipamento de dois parques de estacionamento subterrâneos na cidade de Lagos (Parque de Estacionamento do Anel Verde ou Parque da Cidade e parque de Estacionamento da Frente Ribeirinha) e de que constam iguais garantias às referidas na subalínea anterior;
- v. Um contrato-promessa de arrendamento entre o Município de Lagos e a EL – Estacionamentos de Lagos, S.A., em 01/04/2009³³, nos termos do qual:
- O Município pretende tomar de arrendamento, logo que esteja construído e licenciado, o estabelecimento correspondente ao Parque de Estacionamento do Anel Verde a ser construído pela concessionária no prédio urbano por esta adquirido em regime de direito de superfície à Futurlagos;
 - O arrendamento terá um prazo de 25 anos, a contar da data da celebração do contrato definitivo, obrigando-se o Município a pagar, como contrapartida do arrendamento, uma quantia anualmente actualizável, quantificada em Anexo ao contrato, a ser paga em prestações mensais, que perfaz, para o período total do contrato, um valor estimado de € 18.083.141,54.

³² A fls. 411 e ss. do processo.

³³ A fls. 439 e ss. do processo.



- z) As obras de construção do parque de estacionamento da Frente Ribeirinha tiveram o seu início em 05/01/2009, data em que ocorreu a consignação³⁴;
- aa) Do respectivo auto, resulta que a consignação foi feita pela empresa EL - Estacionamentos de Lagos, S.A., a favor do consórcio FDO – Construções, S.A.; Ensul Meci – Gestão de Projecto de Engenharia, S.A.; e Irmãos Cavaco, S.A., na sequência da adjudicação formalizada através de contrato celebrado em 30/10/2008, ou seja, a adjudicação foi feita a 3 empresas suas accionistas;
- bb) Questionada a CML sobre as razões que justificam ter sido operada a consignação antes de ter sido estabelecida a concessão, veio alegar, em síntese, o seguinte³⁵:
- i. *“(...) destaca-se o facto de ter coincidido com o início de actividade da EL,SA o desencadear da crise financeira internacional (...). Consequentemente, não só a concretização do financiamento do projecto se desenvolveu muito mais lentamente do que se tinha previsto, como demorou algum tempo a iniciar a sua preparação e concretização. Daí que, apesar de a sociedade ter sido constituída em Abril de 2008, só decorrido um ano tenha sido possível concretizar o financiamento”;*
 - ii. *“(...) por este facto qualquer atraso adicional dos trabalhos de construção não viria a afectar apenas o período de verão de 2009, mas também o de 2010”;*
 - iii. *“(...) de modo a minorar os prejuízos económico-financeiros (...) e os atrasos com repercussões negativas para o verão de 2010, foi decidido dar início a trabalhos preparatórios”;*

³⁴ Vide auto de consignação a fls. 16 do processo.

³⁵ Vide fls. 350 e seguintes do processo.



- iv. O IPTM “*deu o seu consentimento de princípio à utilização do domínio público sobre a sua alçada*”.

II – FUNDAMENTAÇÃO

3. Para fundamentar a decisão, face aos factos elencados, devem abordar-se as seguintes questões:
- a) Sobre se é legalmente admissível a celebração do denominado contrato de concessão sem que tivesse sido lançado procedimento concursal específico para a sua formação;
 - b) Sobre a natureza do contrato celebrado e sujeito a fiscalização prévia no presente processo e sobre o regime jurídico aplicável à sua formação e celebração;
 - c) Sobre se o procedimento que decorreu e o contrato celebrado respeitam tal regime jurídico.

Vejam os pois sucessivamente cada uma das questões elencadas, pese embora, em alguns aspectos, estejam estreitamente relacionadas entre si.

4. Da análise de toda a documentação junta aos autos resulta que, estando em causa o exercício das competências de fiscalização prévia deste Tribunal sobre um contrato – o designado contrato de concessão referido no nº1 – este não pode ser adequadamente compreendido sem se sublinhar que se insere num “*complexo contratual*” de que se deu conta, em particular, acima nas alíneas g) e y) do nº 2. No essencial, o negócio público que a Câmara Municipal de Lagos pretende executar traduz-se na concepção, implementação, construção, desenvolvimento, manutenção e conservação de parques de estacionamento público, nos quais pretende o envolvimento de parceiros privados, beneficiando através deste envolvimento das capacidades técnicas destes e de recurso a financiamento externo. Para concretizar este envolvimento, é criada uma sociedade anónima de capitais mistos (maioritariamente privados), com a



participação de uma entidade pública – uma empresa municipal: a Futurlagos – e vários parceiros privados. A complexidade contratual foi acrescida pelo facto de um dos parques de estacionamento ser construído em terrenos do domínio público marítimo e municipal, o que acarretou a intervenção de mais uma entidade – o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos – para ser assegurada a sua disponibilização. Refira-se ainda que a complexidade contratual foi também aumentada pela necessidade de recurso ao crédito – mas essa parece constituir, desde a sua origem, uma das matrizes fundamentais da concepção do negócio – e, ainda, pelo facto de a exploração dos parques não competir à entidade mista criada.

5. Ora, desta percepção que nos parece inquestionável, resulta a conclusão de que estamos perante a constituição de uma parceria público-privada. Inserindo-se esta no nível municipal, lembre-se que, à data do procedimento não havia direito legislado nacional sobre a matéria. Contudo, para confirmar a percepção, pode o julgador socorrer-se do que dispõe expressamente a lei sobre as parcerias público-privadas estaduais. Aí – no nº1 do artigo 2º do Decreto-Lei nº86/2003, de 27 de Julho³⁶ – consagra-se uma noção de parceria público-privada que enquadra perfeitamente a realidade que se descreveu: entende-se por parceria público-privada *“o contrato ou união de contratos, por via das quais entidades privadas (...) se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou parte, ao parceiro privado”*³⁷.

6. E pode igualmente socorrer-se da doutrina nacional e da comunitária que tem vindo a ser desenvolvida com base no direito europeu da contratação pública e que confirmam o entendimento que se expôs. Assim, por

³⁶ Alterado, noutras disposições, pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho.

³⁷ Não se aborda aqui a questão de saber se esta noção legalmente consagrada se mantém integralmente em vigor, face ao Código dos Contratos Públicos. Tal matéria só teria relevância se ao contrato e procedimento subjudice se aplicasse este código. O que não é o caso.



exemplo, o Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas³⁸ datado de 2004 que “constitui um repositório do estado actual do Direito Europeu (...) em matéria de PPP”³⁹ depois de reconhecer que estas “*não se encontram definidas a nível comunitário*” caracteriza-as como uma forma de “*cooperação entre autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço*”.

7. Face à realidade que foi descrita⁴⁰, impõe-se uma nova precisão. A concreta parceria que o “*complexo contratual*” já descrito corporiza, corresponde ao que a doutrina tem vindo a qualificar como parceria público-privada institucionalizada: “*as operações de PPP de tipo institucionalizado implicam a criação de uma entidade detida conjuntamente pelo parceiro público e o parceiro privado*” o que “*permite ao parceiro público manter um nível de controlo relativamente elevado sobre o desenrolar das operações*” e igualmente “*desenvolver a sua experiência própria*”^{41 42}.
8. Estamos pois perante uma parceria público-privada institucionalizada de âmbito municipal (PPPI). O facto de não haver, à data do procedimento, direito legislado nacional sobre as parcerias público-privadas municipais, não significa que na sua constituição e funcionamento não haja direito aplicável. Constituindo-se elas para assegurar, em regra, com o envolvimento de parceiros privados, o que tradicionalmente resultaria da celebração de contratos de empreitadas de obras públicas, de fornecimento de bens e serviços, de concessão de obras públicas ou de serviços e de recurso ao crédito, então subordinar-se-ão ao que

³⁸ COM(2004) 327 final, Bruxelas, 30.04.2004

³⁹ Vide “O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas” de Pedro Siza Vieira, in Estudos da Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 494.

⁴⁰ A qualificação agora adoptada de PPP é, aliás, claramente assumida no anexo III ao contrato que integra o plano de negócios da sociedade anónima criada.

⁴¹ Em itálico, trechos do já citado Livro Verde.

⁴² Vide igualmente o Acórdão deste Tribunal nº 111/09-12.MAI-1ªS/SS.



legalmente se dispõe relativamente a estes, com as devidas adaptações exigidas pelo processo de constituição da parceria, com respeito pelos princípios atinentes consagrados na Constituição, nas leis aplicáveis, designadamente em matéria de contratação pública e nos instrumentos do Direito Comunitário.

9. Igualmente, a propósito do regime aplicável às parcerias que decorre do Direito Europeu da contratação pública poderá referir-se que⁴³:

- a) *“Às PPP que correspondam a contratos públicos, aplicam-se os procedimentos impostos em função do tipo de contrato a que concretamente a parceria se reconduz;*
- b) *Às PPP que correspondam a concessões de obras públicas, impõe-se as regras que estabelecem a obrigação de publicitação da intenção de lançar um contrato;*
- c) *Quanto às PPP que correspondam a concessões de serviços públicos (...) está fixada a doutrina de que a adjudicação dessas concessões deve respeitar os princípios gerais de Direito Comunitário (...).”*

10. Há que ter em conta igualmente o que defende a jurisprudência comunitária: *“ (...) a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objectivo da concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade dos interessados (...) na medida em que, designadamente, esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes. Por conseguinte, (...) na hipótese de a entidade adjudicante pretender celebrar um contrato a título oneroso (...) com uma sociedade juridicamente distinta, em cujo capital detém uma participação com uma ou várias empresas privadas, devem ser aplicados os procedimentos de adjudicação de contratos públicos (...)”⁴⁴.*

⁴³ Vide Pedro Sisa Vieira, op cit., p. 495.

⁴⁴ Vide Acórdão do TJCE de 11.01.2005, no processo C-26/03, Stadt Halle, Col. 2005, p.I-1, n° 49. Contudo, neste acórdão, tratava-se de empresa de economia mista já constituída à qual era cometida a execução de um novo contrato sem procedimento concursal.



- 11.** Face ao que acabou de se referir em matéria de regime aplicável à constituição de parcerias público-privadas poderia resultar uma interpretação linear: a de que para formação do contrato *subjudice* deveriam ter ocorrido dois procedimentos: um para selecção dos parceiros privados para constituição da “*entidade comum*” e outro para a formação do contrato: o agora sujeito a fiscalização prévia⁴⁵. Não se perfilha contudo esse entendimento.
- 12.** Não havendo lei expressa sobre a matéria, não resulta nem dos princípios consagrados no Direito Comunitário, nem dos que constam na lei nacional aplicável em matéria de contratação pública, a obrigatoriedade de condução de dois procedimentos. Mais: tal entendimento não se coadunaria com a “complexidade contratual” que as parcerias público-privadas institucionalizadas representam, na diversidade de entidades envolvidas e de instrumentos contratuais celebrados. Mais ainda: a exigência de dois procedimentos poderia redundar na frustração da própria intenção de constituição da parceria institucionalizada, se porventura no segundo procedimento se obtivessem resultados que contrariassem os obtidos no primeiro.
- 13.** No sentido do que agora se propugna vai a comunicação interpretativa da Comissão Europeia sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privada institucionalizadas⁴⁶ ao referir: “[p]ara criar uma PPPI de acordo com os princípios do direito comunitário, evitando os problemas decorrentes do duplo procedimento, há a seguinte possibilidade: o parceiro privado é seleccionado no âmbito de um procedimento transparente e concorrencial cujo objecto será, por um lado, o contrato público ou a concessão a adjudicar à entidade de capital misto e, por outro, a contribuição operacional do parceiro privado para a execução dessas tarefas e/ou a sua contribuição administrativa para a gestão da

⁴⁵ Vide infra o que se expõe sobre a natureza e qualificação do contrato *subjudice*.

⁴⁶ Comunicação 2008/C 91/02, publicada no JOUE de 12.4.2008



entidade de capital misto. A selecção do parceiro privado é acompanhada da criação da PPPI e da adjudicação do contrato público ou da concessão à entidade de capital misto”.

14. Assim, a resposta à questão suscitada acima na alínea a) do nº3 é de que é admissível a celebração do contrato ora sujeito a apreciação sem que tivesse sido lançado procedimento concursal específico para sua formação. O que importa analisar, na sequência do que se disse e já em resposta à questão equacionada na alínea c) do referido nº 3, é se o procedimento para a constituição da entidade de capitais mistos foi equitativo, transparente e concorrencial⁴⁷, se foi legalmente conforme e se o contrato celebrado, na sua decorrência, respeitou os resultados do procedimento.
15. O facto de o procedimento para a constituição da entidade de capitais mistos ter sido desencadeado e conduzido por uma empresa municipal e não pelo competente órgão municipal – a Câmara Municipal - não tem, no processo, relevância, na medida em que esta, por acto posterior como que o ratificou e assim assumiu⁴⁸.
16. Abordemos agora rapidamente, e como estribo das seguintes, as questões referidas na alínea b) do nº3. Relembre-se que as partes contratantes o qualificaram como contrato de concessão. Não se tratando de concessão de serviço público, parece claro que a ser de concessão se tratará de concessão de obras públicas. Na sequência do que se defendeu acima no nº 8, e face à data do procedimento, veja-se o que dispõe o

⁴⁷ Vide nota de rodapé nº 15 na Comunicação Interpretativa antes referida: “*Um processo equitativo e transparente de selecção de parceiro privado de uma PPPI garante o cumprimento do objectivo da livre concorrência não falseada e do princípio da igualdade de tratamento, nomeadamente evitando que a empresa privada que participa no capital da PPPI beneficie de vantagens indevidas em relação aos seus concorrentes. Assim, a criação de uma PPPI mediante um processo de selecção equitativo e transparente do parceiro privado dessa entidade no capital misto responde às exigências do TJCE*”. Vide ainda acórdão do TJCE no Processo C-26/03, Stadt Halle, Col. 200. P. I-1, nº 49.

⁴⁸ Vide acima alíneas g), s) e u) do nº 2. Refira-se igualmente que no contrato de gestão referido na alínea y) ii se diz que a CML cometeria a uma entidade empresarial local o desenvolvimento do processo e que a posição jurídica e actuação desta configuram o exercício delegado de poderes da CML. Referências idênticas são feitas nos considerandos D) e E) do contrato *subjudice*.



Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (doravante designado por RJEOP⁴⁹), no nº2 do seu artigo 2º: “[e]ntende-se por concessão de obras públicas o contrato administrativo que apresentando as mesmas características definidas no número anterior⁵⁰, tenha como contrapartida o direito de exploração da obra, acompanhado ou não do pagamento de um preço”. Ora, o contrato celebrado tem como objecto trabalhos – de concepção, implementação, construção, desenvolvimento, manutenção e conservação de um parque de estacionamento - que inquestionavelmente se enquadram no conceito de obras públicas, tal como são caracterizadas pelo RJEOP e cuja execução suscita o pagamento de um preço. Mas a sua qualificação como sendo de “concessão” entra em crise na medida em que o legislador claramente estabelece como elemento típico das concessões o direito de exploração da obra realizada⁵¹.

17. Para além de resultar claramente da lei, também a doutrina maioritariamente refere o elemento “exploração” como típico deste tipo de contratos⁵².

⁴⁹ Regime jurídico das empreitadas de obras públicas – Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, com as alterações introduzidas pela Lei nº163/99, de 14 de Setembro, pelo Decreto-Lei nº 159/2000, de 27 de Julho, e pelo Decreto-Lei nº 245/2003, de 7 de Outubro.

⁵⁰ E são tais características: “*contrato administrativo celebrado mediante o pagamento de um preço, independentemente da sua forma, entre um dono de obra pública e um empreiteiro de obras públicas e que tenha por objecto quer a execução quer conjuntamente a concepção e a execução das obras*” - de construção, reconstrução, ampliação, alteração, reparação, conservação, limpeza, restauro, reparação, adaptação, beneficiação e demolição de bens imóveis, destinadas a preencher por si mesmas, uma função económica ou técnica, executadas por conta de um dono de obra pública - “*bem como das obras ou trabalhos que se enquadrem nas subcategorias previstas no diploma que estabelece o regime de acesso e permanência na actividade de empreiteiro de obras públicas, realizados seja que por meio for e que satisfaçam as necessidades indicadas pelo dono da obra*”.

⁵¹ Na mesma linha estabelece actualmente o artigo 407º do Código dos Contratos Públicos: por concessão de obras públicas entende-se “*o contrato pelo qual o co-contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respectiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço*”.

⁵² Veja-se designadamente Freitas do Amaral in “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, Almedina, Maio de 2003, p.532, e, com Lino Torgal, in “Estudos sobre Concessões e Outros Actos da administração”, Almedina, 2002, p. 578 e ss.



18. Na mesma linha dispõe o Direito Comunitário. Quer na Directiva 93/37/CEE⁵³, quer na Directiva 2004/18/CE⁵⁴ se estabelece claramente esse elemento. No plano doutrinal, a Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário⁵⁵ refere expressamente que “o principal traço distintivo da noção de concessão de obras reside na atribuição do direito de exploração da obra como contrapartida da construção da mesma; este direito de exploração pode também ser acompanhado de um preço”.

19. Ora, como se viu⁵⁶, a exploração do parque de estacionamento será nos termos do contrato cometida a uma entidade terceira⁵⁷. Pese embora a qualificação que lhe foi dada pelas partes, não estamos pois perante uma concessão de obras públicas. E o que importa não é tal qualificação, mas o que o contrato realmente é. Estaremos pois perante um contrato de empreitada de obras públicas, ainda que com alguns elementos atípicos, resultantes do facto de o contrato se inserir num complexo de parceria público-privada:

- a) O preço será pago por um período temporal alargado, em harmonia com as obrigações contraídas em matéria de financiamento de longo prazo;
- b) No objecto do contrato integra-se, por isso, o elemento do financiamento externo a ser assumido pelo adjudicatário (o que aliás é, por omissão, regra dos contratos de empreitada típicos), mas que envolve obrigações assumidas pelo adjudicante;
- c) Do objecto constam também trabalhos que sendo típicos das empreitadas de obras públicas – os respeitantes a manutenção e

⁵³ Vide alínea d) do artigo 1º: “a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço”.

⁵⁴ Vide nº 3 do artigo 1º: “a contrapartida das obras a efectuar consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento”.

⁵⁵ Comunicação 2000/C 121/02, publicada no JOUE de 29.4.2000

⁵⁶ Vide acima a alínea f) do nº2.

⁵⁷ Em contradição, aliás, com o que se disse no contrato de gestão celebrado pela CML com o IPTM, onde se prevê a possibilidade de tal exploração ser assumida pela própria Câmara Municipal (vide acima alínea y) ii). Mas, diga-se também, não pela concessionária.



conservação – têm igualmente execução prolongada no tempo e não são rigorosamente determinados no contrato.

20. Após esta breve deambulação, dê-se pois resposta às questões suscitadas na alínea b) do nº 3. Estando, pois, perante um contrato de empreitada de obras públicas – ainda que atípico – face ao que acima se referiu nos nºs 8, 9 a), 10 in fine e 14, a avaliação do seu teor e do procedimento que deu origem à criação da entidade parceira que o subscreve deverá ser feita à luz do RJEOP, com as devidas adaptações exigidas pelo processo de constituição da parceria, com respeito pelos princípios atinentes consagrados nos instrumentos do Direito Comunitário e na Constituição.

21. Pese embora a qualificação que a CML atribui ao contrato como de concessão, sem dizer se de obra ou se de serviço, nos documentos do procedimento prevê-se que, em tudo o que neles for omissivo, se observará o disposto no RJEOP. Tal previsão está pois conforme à nossa conclusão.

22. Entremos pois na análise das questões equacionadas na alínea c) do nº 3. À luz do que dispõe o RJEOP e o respeito pelos princípios a que se deve subordinar a contratação pública, deve ser dada particular atenção aos factos elencados acima nas alíneas m) a q), s), t), v) e w) do nº 2.

23. De tais factos resulta que na avaliação das candidaturas apresentadas no procedimento concursal, para selecção dos parceiros privados que iriam constituir, com a Futurlagos, a entidade terceira adjudicatária do contrato, tinham grande relevância os seguintes elementos:

- a) O plano estratégico e de desenvolvimento do projecto apresentado, em que seriam considerados os custos para o erário municipal e o valor do investimento global; e
- b) A estrutura de financiamento em que seria considerado o recurso a capitais externos.

24. Foi com base em tais elementos que se apresentaram três candidaturas. Foi com base nesses elementos que as candidaturas apresentadas a



concurso foram avaliadas. Foi ainda com base em tais elementos que se procedeu à escolha do agrupamento, com o qual se veio depois a constituir a entidade adjudicatária do contrato sujeito a fiscalização prévia.

- 25.** Ora, como se viu, o contrato celebrado, naqueles concretos aspectos em que se fundou a avaliação e a decisão de escolha dos parceiros privados, consagra soluções bem diversas das constantes na candidatura: os custos para o erário municipal são superiores em 15.822.273,73 € ao proposto na candidatura; o investimento total é superior em 5.253.640,86 € ao previsto na candidatura; o recurso a capitais externos é superior em 6.191.314,40 € ao referido na candidatura.
- 26.** Em resumo: em aspectos essenciais, o contrato celebrado não corresponde aos pressupostos e ao resultado do procedimento. Assim, o nexó que deve existir entre aquele procedimento e o contrato – e que justifica a posição que acima se defendeu, nos nºs 10 a 13, em matéria de constituição de parcerias público-privadas – desapareceu.
- 27.** Como se viu acima na alínea w) do nº2, as razões que terão fundamentado tão gritantes disparidades entre o resultado do procedimento e o contrato celebrado na sua sequência, prendem-se com *“razões diversas”*, tendo sido *“necessário considerar algumas variações ao investimento, bem como à estrutura de custos da sociedade”*. E de entre as razões diversas destaca-se, conforme foi sublinhado pela CML, os trabalhos relativos ao *“reconhecimento geológico e geotécnico”* dos terrenos de implantação do parque de estacionamento e que *“obrigaram a novas soluções construtivas”*. É evidente, face à matéria de facto constante dos autos⁵⁸, que o procedimento assentou em projecto-base que se apoiava em caracterizações geológicas e geotécnicas do terreno manifestamente erróneas. Contudo, as referidas disparidades, na sua concreta dimensão, exigem mais explicações que se encontrarão numa incorrecta avaliação,

⁵⁸ Para além da já citada alínea w) do nº2, vide designadamente também as alíneas d) e p) do mesmo número.



no plano económico-financeiro, das estruturas de custos da nova sociedade.

28. Enquadrem-se, pois, tais factos no Direito aplicável ao caso. Relembre-se desde logo o disposto no artigo 10º do RJEOP quando diz que “[o] dono da obra definirá com a maior precisão possível, nos elementos escritos e desenhados do projecto e no caderno de encargos, as características da obra e as condições técnicas da sua execução”. E os nºs 3 e 4 do artigo 63º do mesmo diploma legal dispõe que “[d]as peças desenhadas devem constar (...) a planta de localização, as plantas, alçados, cortes e pormenores indispensáveis para uma exacta e pormenorizada definição da obra” e no caso de não serem exibidos estes estudos “serão obrigatoriamente definidas pelo dono da obra as características geológicas do terreno previstas para efeitos do concurso”.

29. Não houve pois, no procedimento, cumprimento do disposto no artigo 10º e do nº 4 do artigo 63º do RJEOP.

30. Relembre-se ainda que, nos termos do nº1 do artigo 110º do mesmo RJEOP, a “*adjudicação é a decisão pela qual o dono da obra aceita a proposta do concorrente preferido*”. Naturalmente, tal proposta e tal decisão devem reflectir-se no contrato celebrado. O que aconteceu é que este não reflecte a proposta e, logo, não respeita a decisão de adjudicação. Não pode argumentar-se com o que dispõe o nº3 do artigo 14º do Decreto-Lei nº197/99, de 8 de Junho: as alterações introduzidas – em especial as relativas aos encargos futuros da CML - não dizem respeito a condições acessórias e, inequivocamente, não são em benefício da entidade adjudicante. E não são acessórias porque foi a própria entidade adjudicante que, implicitamente, as qualificou como essenciais, ao consagrá-las como critérios de avaliação das candidaturas⁵⁹.

⁵⁹ Veja-se aliás o que dispõe o nº 1 do artigo 9º do mesmo Decreto-Lei nº 197/99, abaixo também abordado: “Na formação dos contratos públicos devem proporcionar-se iguais condições de acesso e de participação



- 31.** Dê-se ainda particular atenção aos factos constantes das alíneas t), v) e y), na subalínea iii e às especificações feitas nas notas de rodapé nºs 22, 25 e 31: deles resulta que os valores do investimento – quer na candidatura, quer no contrato – correspondem rigorosamente aos valores objecto do recurso ao crédito a longo prazo e resulta ainda que a CML e a Futurlagos assegurarão todas as condições para que seja cumprido o serviço da dívida. Ora, pergunta-se: em matéria de financiamento, deu-se cumprimento ao que se dispôs no nº 5.3. dos Termos de Referência do procedimento e que acima se reproduziu na alínea q) do nº2? A resposta é claramente negativa. Todos os riscos foram, pelo menos naquele domínio, mantidos no parceiro público.
- 32.** Houve pois violação do nº 5.3. dos Termos de Referência que, como se viu acima, constitui um dos documentos do procedimento e que, neste, consagra regras que, habitualmente, constam de cadernos de encargos.
- 33.** Esta violação do disposto nos Termos de Referência suscita a questão da sua natureza jurídica. Não pode estar em causa a sua juridicidade, dado que é um instrumento de auto-vinculação da entidade pública adjudicante, emitido ao abrigo de lei, fixando regras a observar no procedimento, formuladas abstractamente e aplicando-se a uma generalidade de sujeitos e de situações que venham a nele ocorrer ⁶⁰ ⁶¹. Dado que a lei exige documentos que orientam a condução do

dos interessados em contratar, segundo critérios que traduzam juízos de valor dos aspectos decisivos para contratar”.

⁶⁰ A propósito do caderno de encargos, refere Mário Esteves de Oliveira in “Direito Administrativo”, Almedina, 1980, a pág. 183: “ Antes da celebração do contrato e para a Administração, o CE (tipo ou especial) é uma forma regulamentar que a vincula a decidir o concurso em consonância com os critérios e regras que nela se contém: a adjudicação feita a um concorrente que não ofereceu, por exemplo, os materiais prescritos, fere esse acto de ilegalidade por violação de regulamento (...).

⁶¹ Refere também, Margarida Olazabal Cabral in “O concurso público nos contratos administrativos”, Almedina, 1997, a pág. 82: “Da necessária pré-elaboração das regras de concurso, a que se alia o princípio da tutela da confiança, decorre o princípio da necessária estabilidade das regras durante o concurso público: não poderá a entidade adjudicante prever na abertura do concurso a possibilidade da alteração da sua regulamentação no decurso do concurso (...) nem igualmente vir a alterá-las posteriormente, seja por que razão for”.



procedimento e a sua conformidade com ela, o facto de se desrespeitar disposição contida naqueles documentos que esteja em conformidade com a lei, traduz-se na violação da própria lei⁶². Ora, no caso concreto, a disposição que foi ignorada nada tinha de contrário à lei. Pelo contrário: as parcerias público-privadas assentam precisamente no critério de repartição de riscos⁶³.

34. Relembre-se que as candidaturas apresentadas foram avaliadas segundo critérios que incidiram sobre atributos nelas apresentados. Relembre-se ainda que a decisão de adjudicação resultou de tal avaliação. Relembre-se finalmente que o contrato, nesses mesmos atributos, consagra valores muito diferentes dos apresentados na candidatura vencedora. Face ao que se dispõe no n.º 1 do artigo 8.º, no n.º 1 do artigo 9.º, no artigo 10.º e no n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, aplicável por força do disposto no seu artigo 4.º, tal situação traduz-se:

- a) Na violação do princípio da transparência, na medida em que condições essenciais do contrato celebrado a final não correspondem ao que foi proposto no procedimento ou deste não constavam antecipadamente;
- b) Na violação do princípio da igualdade de tratamento dos vários candidatos, na medida em que os que foram preteridos – e outros interessados - não beneficiaram da possibilidade de também eles puderem apresentar novas propostas face a novas circunstâncias;

⁶² Em comentário à posição de Mário Esteves de Oliveira transcrita acima na nota 60, refere Margarida Olazabal Cabral, op. cit. (pág. 246) abordando já expressamente o caso de violação de disposição do programa de concurso: “Não se pode deixar, obviamente de concordar com Esteves de Oliveira quando afirma que será ilegal a adjudicação feita a um concorrente que não respeitou as condições do caderno de encargos: simplesmente o vício de tal acto não será violação de regulamento, enquanto violação do caderno de encargos, mas antes violação de regulamento por violação da cláusula do programa de concurso que obriga à exclusão das propostas que não respeitem o caderno de encargos, se esta existir, ou por violação da lei que regulamenta o concurso público e que contém uma cláusula daquele género, ou, ainda, violação do princípio geral que obriga as propostas a respeitarem os termos dos cadernos de encargos (...).”

⁶³ Vide o que se dispõe na alínea b) do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril: “O estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado”.



- c) Na violação do princípio da concorrência, na medida em que não foi garantido, face a alterações de circunstância da maior relevância, que para satisfação das necessidades públicas outros interessados pudessem concorrer acedendo a um novo procedimento baseado em tais alterações de circunstância;
- d) Na violação do princípio da estabilidade na medida em que documentos fundamentais do procedimento – designadamente os relativos à caracterização geotécnica dos terrenos – tiveram de ser alterados e, com base neles, dar origem a um contrato que, em aspectos essenciais, difere da candidatura apresentada e avaliada conjuntamente com as demais.

35. Ocorreu pois violação do disposto no nº 1 do artigo 8º, no nº 1 do artigo 9º, no artigo 10º e no nº 1 do artigo 14º do Decreto-Lei nº197/99, de 8 de Junho.

36. Assim, face às questões suscitadas na alínea c) do nº3, deverá dizer-se que o procedimento e o contrato celebrado não respeitaram o regime que lhes é aplicável.

37. Atente-se igualmente que, nos termos da doutrina desenvolvida a partir do Direito Comunitário, *“qualquer modificação aos termos essenciais do contrato não prevista nos cadernos de encargos obriga à abertura de novo concurso”*⁶⁴. E jurisprudência comunitária afirma igualmente: *“(…) incumbe à (...) entidade adjudicante, observar rigorosamente os critérios por ela fixados, isto até ao termo da fase de execução do contrato em causa. Consequentemente, a mesma não está autorizada a alterar a sistemática geral do concurso, modificando em seguida unilateralmente uma das suas condições essenciais e, em especial, uma estipulação que (...) se tivesse figurado (...) teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente (...) [A] entidade adjudicante não podia (...) proceder a uma*

⁶⁴ Vide Comunicação referida na nota de rodapé nº46. Vide igualmente o Acórdão do TJCE no Processo nº C-337/98, Comissão contra a França, Col. 2000, p.I-8377, nº50, sobre condições essenciais dos contratos.



modificação de uma condição importante do concurso (...) sem desvirtuar os termos que regem a adjudicação do contrato, conforme estipulados inicialmente. E mais, tal prática provocaria inelutavelmente uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes, já que a aplicação uniforme das condições de adjudicação e a objectividade do processo deixariam de ser garantidas”⁶⁵.

- 38.** Para além disso, não deve deixar de ser abordada rapidamente a matéria de facto constante das alíneas z) a bb) do nº2. Dela resulta que foi feita a consignação antes de ter sido celebrado o contrato e o acordo de gestão com o IPTM para disponibilização do terreno sob sua responsabilidade. Relembre-se que estabelece o artigo 150º do RJEOP que a consignação é o “*acto pelo qual o representante do dono da obra faculta ao empreiteiro os locais onde hajam de ser executados os trabalhos (...)*”. Ora, não podia a consignação ter sido realizada pela adjudicatária do contrato sujeito a fiscalização prévia antes de este ter sido celebrado. Igualmente, não podia a adjudicatária ter consignado terrenos do domínio público do Estado antes de este os ter adequadamente cedido.

Pese embora se tenha qualificado os trabalhos como preparatórios da construção, o que importa é que foi feita a consignação com relevantes consequências na execução da empreitada⁶⁶, não existindo norma que o sustentasse, nem assistindo à entidade (posteriormente) adjudicatária qualquer qualidade que lhe permitisse actuar como actuou.

- 39.** As violações referidas nos nºs 29, 32, 33 e 35 foram susceptíveis de alterar, com muito forte probabilidade, o resultado financeiro do procedimento e do consequente contrato.

⁶⁵ Vide o Acórdão do TJCE no Processo nº C-496/99, Comissão contra CAS Succhi di Frutta SpA, Col. 2004, p.I-3801, nº118.

⁶⁶ Vide por exemplo o disposto no nº 1 do artigo 151º do RJEOP.



- 40.** Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC⁶⁷, quando aí se prevê “*ilegalidade que ... possa alterar o respectivo resultado financeiro*”. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.
- 41.** Há pois fundamentos para recusa de visto.
- 42.** Conclua-se da seguinte forma: o contrato celebrado, em aspectos essenciais, não corresponde aos resultados do procedimento. Ou, dizendo de outra forma: o procedimento conduzido para a constituição da PPPI e subsequente contrato não foi equitativo, transparente e concorrencial⁶⁸. Ou, de outra forma ainda: o contrato efectivamente celebrado não teve processo de formação, tal como a lei o exige.
- 43.** Estamos pois perante um procedimento e, a final, de um contrato, em que a intensidade de violações da lei e a ofensa a princípios fundamentais da contratação pública não permitem fazer uso do disposto no n.º 4 do referido artigo 44.º.

IV – DECISÃO

- 44.** Pelos fundamentos indicados, por força do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

⁶⁷ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.

⁶⁸ Vide acima o n.º 14.



Tribunal de Contas

45. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 21 de Outubro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(António Santos Soares)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(Jorge Leal)