

## ACÓRDÃO 1/2019 – 16.JAN-1ª S/SS

**DESCRITORES:** ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / AUTARQUIA LOCAL / AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS / CONTRATO DE CONCESSÃO / ESTUDO COMPARADOR PÚBLICO / FISCALIZAÇÃO PRÉVIA / NORMA FINANCEIRA / NORMA INTERPRETATIVA / PARCERIA PÚBLICO PRIVADA / PARTILHA DE RISCOS / PATRIMÓNIO MUNICIPAL / PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA / PRINCÍPIO DA EQUIDADE INTERGERACIONAL / PRORROGAÇÃO DO PRAZO / REEQUILÍBRIO FINANCEIRO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

### SUMÁRIO

Processo: 2908/2018

Relator: Conselheiro Mário Mendes Serrano

1. O contrato de concessão relativo ao financiamento, conceção, projeto, construção/reabilitação, conservação e exploração de bens imóveis, à luz do quadro legal vigente à data em que foi iniciado o procedimento, integra o conceito de parceria público-privada, tal como definido no artigo 2.º, n.º 1, do Regime Jurídico das Parcerias Público Privadas (RJPPP), nada obstando a que se lhe aplique o regime vertido nesse diploma.
2. A omissão do estudo de viabilidade económico-financeira que revista as características de efetivo comparador público, apto a cumprir as finalidades do RJPPP, que demonstre a vantagem comparativa da opção pelo modelo contratual adotado face a formas alternativas de contratação pública, consubstancia a preterição total do procedimento legalmente exigido, prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea l), do CPA, cuja consequência é a nulidade do contrato, que por sua vez integra o fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, al. a) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).
3. A violação das disposições legais mencionadas, normas de marcada índole financeira, é ainda suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato e, conseqüentemente, de preencher os fundamentos de recusa de visto constantes das alíneas b) e c), do n.º 3, do artigo 44.º da LOPTC.

4. 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.
5. A falta de uma adequada densificação do critério de atribuição de pontuações potencia o risco de aleatoriedade ou subjetividade avaliativa, o que gera condições de afetação da lógica concorrencial a que deve obedecer um procedimento concursal aberto, com a probabilidade de afetar o respetivo resultado financeiro do contrato e, conseqüentemente a verificação do fundamento de recusa de visto consagrado no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.
6. Quanto ao modo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato suscitam-se especiais dúvidas quanto à solução contratual de opção preferencial pela prorrogação do prazo da concessão e de possibilidade cumulativa de afetação de mais prédios à concessão.
7. A solução contratual da prorrogação não acautela o interesse público: por um lado, pode configurar uma restrição da concorrência e, por outro lado, tendo em conta o extenso período de execução do contrato, fará prolongar por mais tempo o condicionamento decorrente da concessão para a disponibilidade pela autarquia do seu próprio património, o que se traduz numa significativa desconsideração do princípio da equidade intergeracional.
8. Em relação à afetação de mais prédios à concessão, afigura-se que se está perante a possibilidade de uma extensão da afetação patrimonial da autarquia, a qual apresenta um significativo grau de imprecisão quanto ao objeto dessa extensão e se traduz numa limitação à disponibilidade futura em relação ao património autárquico.
9. Sendo assim, e sob qualquer perspetiva da solução contratual para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, está-se perante a ofensa de princípios e normas que visam a proteção de interesses financeiros públicos, a qual se traduz na violação direta de normas financeiras que integram o fundamento de recusa de visto inscrito no artigo 44.º, n.º 3, alínea b), 2.ª parte, da LOPTC.
10. Quanto à partilha de riscos entre parceiro público e parceiro privado, o artigo 7.º do RJPPP exige uma «*significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado*» (cfr. alínea b) do n.º 1), com o «*risco de insustentabilidade financeira da parceria*» a ser primacialmente «*transferido para o parceiro privado*».
11. A existência de um conjunto de vantagens contratuais para a concessionária indicia uma repartição de riscos desfavorável para o ente público, o que por sua vez implica a probabilidade

de alteração do resultado financeiro do contrato e, conseqüentemente a verificação do fundamento de recusa de visto consagrado no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

12. O n.º 7 do artigo 49.º do RFALEI, dispõe que está «*vedado aos municípios, salvo nos casos expressamente permitidos por lei [...] a concessão de garantias pessoais e reais*».
13. A constituição, ainda que de forma indireta, de *garantias* sobre bens propriedade do município e que se traduz, na prática, na concessão de garantias em benefício de terceiros, afronta a proibição de «*concessão de garantias pessoais e reais*» constante da citada disposição legal, que dada a *natureza financeira, se traduz numa violação direta de normas financeiras*, a qual integra o *fundamento de recusa de visto* contemplado no artigo 44.º, n.º 3, alínea b), 2.ª parte, da LOPTC.



# 1 2019

Secção: 1.ª S/SS

Data: 16/01/2019

Processo: 2908/2018

RELATOR: Conselheiro Mário Mendes Serrano

REVOGADO PELO ACÓRDÃO 18/2020-PL  
PROFERIDO NO RO 2/2019

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

## **I – RELATÓRIO:**

1. O Município de Lisboa submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas 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”, sites 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 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. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devoluções à entidade fiscalizada para prestação de esclarecimentos necessários à tomada de decisão por este Tribunal de Contas.

\*

## II – FUNDAMENTAÇÃO:

### – DE FACTO:

3. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

- 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”, sítos 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>(x1)</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, al. c), do RJPPP<sup>(x2)</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>(x3)</sup>.*

*[...] Como observado por Carlos Moreno<sup>(x4)</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

---

<sup>(x1)</sup> Pub. no JOUE, Série C, n.º 71, de 22.03.2005.

<sup>(x2)</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>(x3)</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>(x4)</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.



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 subfator elementar*», com a *pontuação parcial* de «100»; 2) «*A proposta respeita integralmente as condições imperativas definidas no Caderno de Encargos, referentes a este subfator 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.<sup>a</sup>, 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.<sup>a</sup>, 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 (cfr., 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.<sup>a</sup> 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.ª, 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 sites 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».

**– DE DIREITO:**

4. Estando assentes os elementos de facto supra descritos, cumpre, com base neles, apreciar as questões que o contrato em presença suscita.

- A) Da sujeição do contrato em apreço ao regime legal aplicável às parcerias público-privadas (PPP):**



5. Uma primeira questão que se coloca é a de saber se o contrato ora submetido a fiscalização prévia está sujeito à aplicação do *regime jurídico das parcerias público-privadas* (doravante RJPPP), que se encontra atualmente estabelecido no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23/5<sup>1</sup>.

6. Esse diploma, conforme resulta do seu *preâmbulo*, 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>2</sup>, assinalando nesse *preâmbulo* que o «*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 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*» (cfr. 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.

7. Trata-se o regime constante do Decreto-Lei n.º 111/2012, afinal, de um conjunto normativo suscetível de enquadrar diversos tipos contratuais, como bem resulta quer da definição legal do conceito de *parceria público-privada*, inscrito no n.º 1 do artigo 2.º do diploma, quer do enunciado, aliás exemplificativo, daquilo que o legislador designa de

---

<sup>1</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.

<sup>2</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 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.



«instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados», e que correspondem a diversos tipos de contratos, ínsito no n.º 4 desse artigo 2.º. Segundo essa definição, «entende-se por parceria público-privada [...] o contrato ou a 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 a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado». E, quanto aos tipos contratuais que podem assumir a forma de parceria público-privada, são expressamente indicados os contratos de concessão, seja de obra pública, seja de serviço público – pelo que, manifestamente, a adoção de um modelo contratual concessório não impede a caracterização desse mesmo contrato como parceria público-privada, desde que verificados os pressupostos estabelecidos na descrita definição legal.

8. Num outro plano, qual seja o do âmbito subjetivo da aplicação do RJPPP, é de assinalar que o enunciado de entidades identificadas como parceiros públicos, constante do n.º 2 do artigo 2.º do diploma, é mais amplo que o acolhido no anterior regime das PPP, passando a incluir, designadamente, entidades constituídas pelo Estado, por entidades públicas estaduais, fundos e serviços autónomos ou empresas públicas «com vista à satisfação de necessidades de interesse geral» (cfr. alínea e)), numa clara aproximação ao conceito de «organismo de direito público», de matriz comunitária<sup>3</sup>, entretanto acolhido no n.º 2 do artigo 2.º do CCP (após a revisão de 2017). Contudo, é certo que não se faz menção, nesse 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 (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea c)). Não obstante, também é de considerar não haver indício inequívoco no sentido da taxatividade desse elenco de parceiros públicos: desde logo, porque existe a relação de complementaridade normativa entre o RJPPP e o CCP supra demonstrada, que tornaria algo incongruente uma diferenciação quanto ao âmbito subjetivo dos dois diplomas; e, além disso, porque as exclusões de aplicação do diploma nele previstas

---

<sup>3</sup> Neste sentido se pronunciou, aliás, o recente Acórdão desta 1.ª Secção, em Subsecção, sob o n.º 41/2018 (de 7/12).



revestem essencialmente natureza *objetiva* (cfr. artigo 2.º, n.º 5), tendo apenas algum cunho *subjetivo* aquela que se refere a *concessões do Estado a entidades de natureza pública ou de capitais exclusivamente públicos* (cfr. alínea c) desse n.º 5), o que, aliás, se traduz num sinal *inclusivo* quanto a outros *espécimes* de concessões. E acresce, como *dado decisivo*, 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 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*» (cfr. alínea f) do n.º 2). Esta inequívoca previsão legal, ainda que incidental, confirma a aplicabilidade do RJPPP no quadro da *contratação pública autárquica*. E, independentemente dessa previsão, entende-se que tal incidência do regime das PPP se alcança por via do artigo 10.º do Código Civil – ou seja, por *aplicação analógica* desse mesmo regime (ainda que com as devidas adaptações, se necessário), sempre que fique demonstrada a *identidade* entre as características verificadas num concreto contrato que seja celebrado em contexto *autárquico* e as que o legislador descreve para as PPP. Esse entendimento reforça-se, enfim, pela inexistência de fundamento razoável para a inaplicabilidade do RJPPP à *contratação pública autárquica*.

---

<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.



**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.

**11.** Em face do exposto, afigura-se-nos evidente que o contrato ora submetido a fiscalização prévia integra o conceito de *parceria público-privada*, tal como definido no artigo 2.º, n.º 1, do RJPPP, nada obstando a que se lhe aplique o regime vertido nesse diploma – como se passa a demonstrar.

**12.** Conforme já afirmado no citado Acórdão n.º 41/2018, podemos decompor a definição de *parceria público-privada* em 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.»

**13.** E, *in casu*, não oferece dúvida a verificação desses requisitos. 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*» (cfr. 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 (cfr. artigo 2.º, n.º 5); o prazo do contrato é extenso (30 anos), sendo coincidente com o prazo máximo estabelecido para concessões (cfr. 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. E dessa *qualificação* decorre 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 avultam as que se extraem dos artigos 4.º a 7.º do RJPPP.

**15.** Segundo o n.º 1 do artigo 4.º desse diploma, «*[c]onstituem finalidades essenciais das parcerias a economia e o acréscimo de eficiência na afetação de recursos públicos face a outros modelos de contratação, bem como a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço,*



*induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte do parceiro público e dos potenciais utentes». E determina-se que as finalidades identificadas nesse n.º 1 «devem orientar a interpretação e aplicação das normas e princípios» do RJPPP. Concretizando, estabelece-se, no n.º 1 do seu artigo 6.º, um vasto conjunto de pressupostos do lançamento e adjudicação do contrato, de que se salientam, v.g., as exigências de a parceria comportar: «para o setor público benefícios relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do artigo 19.º da lei de enquadramento orçamental» (cfr. alínea a)); «estudo dos impactes orçamentais previsíveis, em termos de receita e de despesa, e sua comportabilidade, bem como as respetivas análises de sensibilidade, quer em termos de procura, quer de evolução macroeconómica» (cfr. alínea b)); «clara enunciação dos objetivos da parceria para o setor público, especificando os resultados pretendidos e as vantagens daí decorrentes, numa perspetiva de análise custo-benefício» (cfr. alínea f)); «minimiz[ação], na medida do possível e mediante fundamentação adequada, [d]a probabilidade da verificação de modificações unilaterais dos contratos, determinadas pelo parceiro público, ou por quaisquer outros factos ou circunstâncias geradores ou potenciadores da obrigação de reposição do equilíbrio financeiro» (cfr. alínea i)); e «adequada atribuição de responsabilidades e partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados» (cfr. alínea m)).*

16. Por sua vez, dispõe o mencionado n.º 2 do artigo 19.º da *Lei de Enquadramento Orçamental (LEO)*<sup>5</sup> 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». Esta norma encontra sucedâneo no artigo 18.º da atual LEO, cujo n.º 1 estabelece que «[a] assunção de compromissos e a realização de despesa pelos serviços e pelas entidades pertencentes aos subsectores que constituem o setor das administrações públicas estão sujeitas ao princípio da economia, eficiência e eficácia»,

---

<sup>5</sup> Refere-se à Lei n.º 91/2001, de 20/8, com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28/8, e pelas Leis n.ºs 23/2003, de 2/7, 48/2004, de 24/8, 48/2010, de 19/10, 22/2011, de 20/5, 52/2011, de 13/10, 37/2013, de 14/6, e 41/2014, de 10/7. Essa LEO encontra-se ainda parcialmente em vigor, ao abrigo do artigo 7.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, da Lei n.º 151/2015, de 11/9, que aprovou a nova LEO, tendo esta já sido alterada pelas Leis n.ºs 2/2018, de 29/1, e 37/2018, de 7/8.



especificando o seu n.º 2 critérios de aferição do cumprimento desse *princípio da economia, eficiência e eficácia*. E quanto à *partilha de riscos*, fixa o artigo 7.º do RJPPP, no seu n.º 1, as regras a que a mesma deve obedecer, em que se destacam as seguintes: «[o]s diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos» (cfr. alínea a)); «significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado» (cfr. alínea b)); «risco de insustentabilidade financeira da parceria [...] deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado» (cfr. alínea d)). Já o n.º 2 desse artigo 7.º do RJPPP impõe a inclusão nos contratos de parceria de uma *matriz de riscos*, que «permita a clara identificação da tipologia de riscos assumidos por cada um dos parceiros».

**17.** Existe, pois, um conjunto de *condições* que deveriam ter sido observadas antes do lançamento do procedimento pré-contratual respeitante ao contrato ora submetido a fiscalização prévia – e que, manifestamente, não foram respeitadas. Em aplicação das mencionadas disposições do RJPPP, e olhando aos trâmites prévios a esse procedimento, e dados a conhecer a este Tribunal, podemos afirmar que, no caso em apreço, não foi dada cabal satisfação, designadamente, às *exigências* de:

- a) Demonstração de a parceria apresentar benefícios para o setor público relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins (*exigência* do denominado *comparador público*<sup>6</sup>);
- b) Estudo dos impactos orçamentais previsíveis em termos de receita e despesa e sua comportabilidade orçamental;
- c) Cumprimento das normas relativas à programação financeira plurianual;

---

<sup>6</sup> Extraída, como vimos, do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do atual RJPPP, e que já figurava no anterior regime das PPP, conforme artigos 6.º, n.º 1, al. c), e 8.º, n.º 7, alínea d), do respetivo diploma, em que se previa a «*configuração de um modelo de parceria*» e a apresentação de «*estudo estratégico da parceria*» de que resultasse a demonstração de «*vantagens [para o parceiro público] relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do artigo 19.º da lei de enquadramento orçamental*» e de «*inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira*».



- d) Enunciação dos objetivos da parceria para a entidade adjudicante, especificando os resultados pretendidos e as vantagens daí decorrentes, numa perspetiva de análise custo-benefício;
- e) Demonstração de a parceria ter sido concebida de modo a evitar ou minimizar, na medida do possível e mediante fundamentação adequada, a probabilidade de verificação de modificações unilaterais do contrato, determinadas pelo parceiro público, ou por quaisquer outros factos ou circunstâncias geradoras ou potenciadoras da obrigação de reposição do equilíbrio financeiro;
- f) Demonstração de a parceria garantir a repartição do esforço financeiro do parceiro público de forma adequada à comportabilidade orçamental e a manutenção do interesse do parceiro privado durante todo o período de vida da parceria;
- g) Identificação discriminada e detalhada dos riscos a assumir por cada um dos parceiros;
- h) Demonstração de uma adequada atribuição de responsabilidades e partilha de riscos entre parceiros público e privado.

**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 normaçaõ 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 *sub judicio*. 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 via PPP face a formas alternativas de contratação pública, em momento prévio ao lançamento de uma PPP*» (cfr. 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>7</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>8</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>9</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*

---

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

<sup>8</sup> Por o respetivo procedimento, *in casu*, se ter iniciado ainda em 2017 (cfr. ponto de facto sob a alínea *a*), supra), ou seja, antes da entrada em vigor dessa revisão, em 1/1/2018.

<sup>9</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.



*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 financeiro público. Desse modo, estamos confrontados com uma séria *probabilidade* de afetação do *resultado 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*» (cfr., por todos, o Acórdão n.º 23/2011, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 14/7<sup>10</sup>), para se poder considerar verificado o mencionado *fundamento de recusa de visto*.

**B) Da conformação legal do procedimento adotado e da relação contratual gerada pelo contrato em apreço:**

**23.** Atento o que vimos de expor, tanto basta para sustentar a *recusa* da concessão de visto ao presente contrato, dispensando outras considerações sobre o mesmo. Em todo o caso, e por terem sido suscitadas outras questões pertinentes, em sede de verificação preliminar do processo, que mereceram respostas da entidade adjudicante, tudo conforme ficou devidamente registado na factualidade supra descrita, não deixaremos de delas fazer uma abreviada apreciação.

**24.**

a) Quanto ao *modelo de avaliação de propostas* adotado no concurso que deu origem ao contrato em apreço, constata-se (cfr. pontos de facto sob as alíneas g) e h), supra) que determinados *subfactores* (concretamente, os subfactores elementares A1, A2 e A3) atenderam, para efeitos de pontuação parcelar, a *níveis de desempenho de referência*,

---

<sup>10</sup> Acessível em [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt).



em relação aos quais apenas se definiram dois *níveis*, com pontuações de «100» e «0», numa *lógica* de «tudo ou nada», sem prever ou concretizar critérios de atribuição de pontuações intermédias. Alegou a entidade fiscalizada não se pretender a atribuição exclusiva dessas pontuações extremas, sendo possível a atribuição pelo júri de pontuações intermédias (cfr. ponto de facto sob a alínea *j*), supra).

*b)* Porém, o certo é 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). Daqui se extrairia a verificação de ofensa pelo presente contrato do *princípio da concorrência*, a qual, por sua vez, encerra a probabilidade de afetar o respetivo *resultado financeiro*. E, por esta via, se alcançaria a verificação do *fundamento de recusa de visto* consagrado no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC.

## 25.

*a)* Ainda quanto ao *modelo de avaliação de propostas*, defendeu a entidade fiscalizada a *tese* de que a existência de uma *única proposta*, no caso concreto, a dispensaria de uma aplicação mais minuciosa desse modelo, em particular em matéria de critérios de pontuação, e lhe imporia uma inevitável *adjudicação* em benefício dessa *única proposta*, por força da consagração, no artigo 76.º do CCP, de um *dever de adjudicação*, sob pena de responsabilidade indemnizatória (cfr. ponto de facto sob a alínea *j*), supra).

*b)* Contudo, não é que seguro que o artigo 76.º do CCP, não obstante o teor da sua epígrafe («*dever de adjudicação*»), tenha o alcance que a entidade fiscalizada lhe pretende conferir, nem se afigura razoável a solução da não aplicação do modelo de avaliação à *única proposta* admitida, face à consagração, nos artigos 146.º e 148.º do CCP, de um *dever de*

*fundamentação* (quanto ao conteúdo dos relatórios preliminar e final do júri, em sede de *preparação da adjudicação*).

b1) Em relação ao tópico do *dever de adjudicação*, é de salientar a existência de *orientação doutrinária* de sentido contrário à tese defendida pela entidade fiscalizada. Com efeito, afigura-se-nos possível configurar uma *reserva de não adjudicação*, em caso de apresentação de uma *única proposta*, recusando a entidade adjudicante o prosseguimento do procedimento com adjudicação em benefício dessa proposta, por razões de interesse público. Trata-se de admitir uma *ponderação* sobre a solução mais conforme à defesa desse interesse: a adjudicação a essa única proposta, ainda que esta não satisfaça o interesse público; ou, pelo contrário, a não adjudicação e não outorga do contrato, por mais consentânea com a defesa do interesse público, apesar do risco de obtenção de indemnização pelo concorrente. Pronuncia-se extensamente sobre esta questão MIGUEL ASSIS RAIMUNDO<sup>11</sup>, de cujo texto respigamos os trechos seguintes:

*«[...] ao nível das opções fundamentais das fontes supra-nacionais e constitucionais com relevância em sede de contratação pública, não se descortina qualquer razão que leve a censurar uma norma que preveja uma possibilidade de não adjudicar baseada em razões de interesse público. Pelo contrário, o que uma panorâmica das fontes supra-legais demonstra é que aquele movimento de restrição, quando existe, tem sido operado ao nível das fontes legais e não por força de outros constrangimentos de ordem superior.*

*[...] Ao nível do Direito comunitário, é de notar que as diretivas não apresentam qualquer proibição de uma cláusula geral de não adjudicação por motivos de interesse público. Pelo contrário, o art. 41.º/1 da diretiva 2004/18 refere-se expressamente à possibilidade de uma “renúncia” à adjudicação de um contrato para o qual tenha sido aberto concurso e à possibilidade de um “recomeço” do processo de formação, referências extremamente abertas. O próprio Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão, no âmbito da diretiva 93/36 (que, nesta matéria, tinha o mesmo regime da diretiva 2004/18), chegando à*

---

<sup>11</sup> In *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, Lisboa, 2013, pp. 1139-1155.



*conclusão de que desde que se cumpra o dever de notificar as razões da não adjudicação, o princípio da igualdade de tratamento e a possibilidade de revisão judicial da decisão, o Direito comunitário não só não obsta a que por razões de interesse público se volte atrás no procedimento, como também nem sequer impõe que a decisão de pôr termo ao procedimento seja baseada em motivos excecionais ou graves, negando também o Tribunal que exista, ao abrigo do Direito comunitário, qualquer dever implícito de levar o procedimento até ao fim.*

*A última decisão proferida pelo Tribunal sobre a matéria (Kauppatalo Hansel Oy) é tanto mais expressiva porquanto o que estava em causa era uma situação onde a entidade adjudicante tinha iniciado um procedimento de aquisição do fornecimento de energia elétrica com o critério do preço mais baixo e apercebeu-se que uma falha de estimativa sua, tinha definido o objeto do procedimento de tal forma que o resultado da adjudicação da proposta de mais baixo preço no fornecimento seria contrário ao seu interesse: iria gastar mais do que se adjudicasse a outro dos proponentes, porque não tinha considerado o custo de mudar de fornecedor, o que seria fortemente ineficiente do ponto de vista económico (era um caso de errónea utilização do critério do mais baixo preço).*

*[...] Também o Tribunal Constitucional português já teve oportunidade de se pronunciar no sentido da não inconstitucionalidade da previsão de uma reserva de não adjudicação recortada de acordo com os interesses da entidade adjudicante.*

*[...] Torna-se assim determinante ver se estas referências às fontes supra-legais, que permitem soluções abertas, foram acolhidas pela lei.*

*[...] o enquadramento dado pelo Direito positivo, globalmente considerado, apresenta-se com uma aparência restritiva. A primeira opção relevante é a consagração de um “dever de adjudicação”, expressamente previsto no art. 76.º/1, e onde apenas se ressalva o disposto no art. 79.º/1 do CCP.*

*[...] Desta forma, é determinante saber quais são as possibilidades de o procedimento terminar com uma decisão de não adjudicação.*

*[...] Através do esquema consagrado no CCP perpassa um sentido de procura de equilíbrio entre as posições dos participantes no procedimento e da entidade adjudicante. Com efeito, a afirmação não é desprovida de apoio na lei: deve*



*entender-se que o CCP permite sustentar que, apesar de tudo, existe uma cláusula geral de não adjudicação por motivo de interesse público, embora complementemente essa cláusula com o reconhecimento de um (limitado) dever de indemnizar os participantes no procedimento.*

*[...] O Direito positivo sustenta, sem dúvida, a defesa de uma cláusula geral de não adjudicação [...].*

*Com efeito, os fundamentos de não adjudicação previstos no art. 79.º/1/c) e d) (e a previsão dos competentes deveres de proceder, no art. 79.º/3, e de indemnizar, no art. 79.º/4) têm de entender-se como uma espécie de regras complementares de proteção do interesse público em casos onde os participantes no procedimento não são os causadores da decisão de não adjudicação.*

*[...] nos casos das alíneas c) e d), não é o mercado, mas a proteção do interesse público, que dá causa à não adjudicação. Num dos casos, porque a entidade adjudicante percebe que não é conforme com o interesse público adjudicar de acordo com as peças procedimentais apresentadas – como aconteceria no caso decidido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Kauppatalo Hansel Oy, acima citado [...].*

*Assim, o que será preciso fazer, mais uma vez, é um juízo de proporcionalidade, ou seja, um juízo que aprecie se o sacrifício do interesse público é mais relevante na ponderação do que o sacrifício que será implicado para os particulares por uma decisão de não adjudicação [...].*

*Perceber se a entidade adjudicante pode não adjudicar ou se não pode não adjudicar é no fundo perceber se o interesse público seria inaceitavelmente mais prejudicado com a celebração do contrato do que com o pagamento de uma indemnização aos participantes no procedimento.»*

No caso presente, e por se estar perante uma *parceria público-privada*, a aludida *ponderação do interesse público* quanto a uma eventual não adjudicação em benefício da única proposta admitida, teria necessariamente de apelar aos critérios de *economia, eficiência e eficácia* que o RJPPP convoca, nos termos já supramencionados. Saliente-se, ademais, que é o próprio RJPPP que impõe especial ponderação e acrescida fundamentação da *decisão de adjudicação* quando esteja em causa uma única proposta (como sucedia *in*



*casu*), na medida em que, para tal situação, se estabelece como *regra a obrigatoriedade da não adjudicação* (e sem direito a qualquer indemnização), conforme resulta do disposto no n.º 5 (em combinação com o n.º 3) do artigo 18.º desse diploma.

b2) Em relação ao tópico do *dever de fundamentação*, afigura-se-nos evidente que o cumprimento do mesmo se imporia, quer pela sua consagração nas disposições indicadas (artigos 146.º e 148.º do CCP), quer pela circunstância de apenas desse modo se poder aferir da *justeza* da adjudicação, do ponto de vista da *proteção do interesse público*. Só uma cabal fundamentação dos relatórios de avaliação das propostas permitiria ajuizar sobre se aquela *única proposta* seria vantajosa para o *interesse público*, em termos de *economia, eficiência e eficácia*. Por sua vez, a *dúvida* assim gerada sobre uma adequada *proteção* desse interesse suscita, também por esta via, uma forte probabilidade de afetação do *resultado financeiro* do contrato – o que nos reconduziria, mais uma vez, ao *fundamento de recusa de visto* contemplado no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

## 26.

a) Quanto ao *modo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato* nele previsto (cláusula 34.ª), suscitam-se especiais dúvidas quanto à *solução contratual* de opção preferencial pela *prorrogação* do prazo da concessão (com alguma equívocidade quanto ao prazo da própria prorrogação) e de possibilidade cumulativa de *afetação de mais prédios à concessão* (cfr. ponto de facto sob a alínea k), supra). Alegou a entidade fiscalizada ter-se motivado pelo objetivo de *evitar oneração orçamental* da autarquia (cfr. ponto de facto sob a alínea l), supra).

b) Em relação ao tópico da *prorrogação*, é de considerar a incidência do regime emergente da aplicação do artigo 410.º (respeitante ao prazo das concessões e suas prorrogações) e do artigo 282.º (respeitante à *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*), ambos do CCP, bem como a circunstância de o texto contratual se referir a um prazo de prorrogação que «*em regra, não deverá exceder 10 anos*», induzindo indefinição quanto ao período máximo de prorrogação.



b1) Da aplicação do artigo 410.º do CCP (*in casu*, como vimos, na versão anterior à revisão de 2017) resulta significativa restrição à possibilidade de prorrogação contratual. 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*. Por sua vez, dispõe-se, no n.º 3 do citado artigo 282.º, que a *reposição do equilíbrio financeiro é «[e]fetuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato»*. Do confronto dessas disposições é possível extrair o entendimento de que a *opção* entre as várias modalidades previstas para a reposição do equilíbrio financeiro contratual pressupõe um *dever de ponderação* de qual a modalidade mais ajustada à *proteção do interesse público*, na perspetiva de melhor corresponder aos critérios legalmente consagrados de *economia, eficiência e eficácia*.

b2) No caso presente, e perante todas as considerações já expendidas, afigura-se evidente que a *solução contratual* da *prorrogação* não teve em devida conta uma tal *ponderação*. Não é seguro ser essa *prorrogação* a *solução* que melhor acautela o *interesse público*: por um lado, a *prorrogação contratual* pode configurar uma *restrição da concorrência* (como já reconhecido na jurisprudência comunitária, designadamente no Acórdão do Tribunal de Justiça de 17/7/2008, Proc. C-347/06, caso *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Saiano*<sup>12</sup>); e, por outro lado, tendo em conta o já extenso período

---

<sup>12</sup> In JOUE, n.º C 223, de 30/8/2008, p. 7, e acessível em [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Aí se discutia se a prorrogação por dois anos do termo final de um período de transição (após o qual se produz a cessação antecipada de uma concessão de prazo mais longo atribuída sem submissão à concorrência, a fim de se passar a proceder à organização de concursos públicos para adjudicação de novas concessões) implicava uma violação dos princípios da concorrência, da não discriminação,





de execução do contrato, a sua *prorrogação* fará prolongar por mais tempo o condicionamento decorrente da concessão para a disponibilidade pela autarquia do seu próprio património, o que se traduz numa significativa desconsideração do *princípio da equidade intergeracional*, com o qual se pretende acautelar uma distribuição equilibrada de «*benefícios e custos entre gerações, de modo a não onerar excessivamente as gerações futuras*», como bem expressa o artigo 9.º, n.º 1, do RFALEI. Dito de outro modo: a *não oneração orçamental* da autarquia no presente tem como contrapartida uma *afetação patrimonial* da autarquia que se projeta no futuro – e isso sem haver demonstração de que essa solução é, do ponto de vista financeiro, a que melhor corresponde à *proteção do interesse público*, segundo os critérios de *economia, eficiência e eficácia*.

b3) Também o uso da expressão «*em regra*», a propósito da previsão de *prorrogação contratual* (no n.º 5 da cláusula 34.ª), sugere a possibilidade de esta exceder o prazo de 10 anos, com inevitável agravação do risco de ofensa, quer do *princípio da concorrência*, quer do *princípio da equidade intergeracional*.

c) Em relação ao tópico da *afetação de mais prédios à concessão*, é de entender que se está perante a possibilidade de uma extensão da *afetação patrimonial* da autarquia, a qual apresenta um significativo grau de imprecisão quanto ao objeto dessa extensão (nos planos quantitativo e qualitativo) e se traduz, também por esta via, numa limitação à disponibilidade futura em relação ao património autárquico.

d) Sendo assim, e sob qualquer perspetiva em que seja analisada a solução contratual para a *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*, sempre estaríamos confrontados com a ofensa a princípios e normas que visam a proteção de *interesses financeiros públicos* e que, conseqüentemente, apresentam óbvia *natureza financeira*. Ou

---

da igualdade e da transparência. O TJUE reconheceu que esse protelamento «constitui, pelo menos durante esse período de adiamento, uma diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão», embora admitindo, no caso concreto, que aquele protelamento, em virtude de antecipar (em vez de prolongar) o termo previsto da concessão, se poderia justificar por razões de segurança jurídica e de proteção da confiança do concessionário, mas apenas na medida necessária a «permit[ir] aos cocontratantes dissolverem as suas relações contratuais em condições aceitáveis tanto do ponto de vista das exigências do serviço público como do ponto de vista económico».



seja, e de novo, ocorreria uma *violação direta de normas financeiras*, a qual integra o *fundamento de recusa de visto* inscrito no artigo 44.º, n.º 3, alínea *b)*, 2.ª parte, da LOPTC.

**27.**

*a)* Quanto à *partilha de riscos* entre parceiro público e parceiro privado, já vimos como o artigo 7.º do RJPPP exige uma «*significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado*» (cfr. alínea *b)* do n.º 1), com o «*risco de insustentabilidade financeira da parceria*» a ser primordialmente «*transferido para o parceiro privado*» (cfr. alínea *d)* do n.º 1). Também o CCP, em matéria de *concessões*, impõe uma «*significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário*», nos termos do seu artigo 413.º. Alegou a entidade fiscalizada que o presente contrato comporta «*uma significativa e efetiva transferência de riscos para o concessionário*», quer porque «*todo o processo de seleção dos potenciais arrendatários decorre através dos serviços do Município*», quer porque, quanto ao risco financeiro, «*o reembolso do empréstimo e respetivos custos de capital deverão ser suportados, em primeira linha, através das próprias receitas de exploração*» (cfr. ponto de facto sob a alínea *n)*, supra).

*b)* Porém, 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*».*

c) Esse conjunto de vantagens contratuais para a concessionária indicia, pois, uma *repartição de riscos* desfavorável para o ente público. Por sua vez, esse provável *desequilíbrio* implicará a probabilidade de alteração do *resultado financeiro* do contrato – o que nos volta a remeter para a verificação do *fundamento de recusa de visto* consagrado no artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC.

## 28.

a) Ainda em matéria de *financiamento* da concessionária, merece especial atenção a já assinalada previsão contratual da possibilidade de constituição de *garantias reais e pessoais* sobre bens pertencentes à entidade fiscalizada, mediante autorização desta e em benefício da concessionária. Neste ponto, há que atentar no que dispõe o n.º 7 do artigo 49.º do RFALEI, segundo o qual está «*vedado aos municípios, salvo nos casos expressamente permitidos por lei [...] a concessão de garantias pessoais e reais*» (cfr. alínea a) desse n.º 7). Questionou-se a entidade fiscalizada sobre se a prestação, no caso presente, de *garantias reais* sobre património autárquico (mesmo em relação àquele que, no termo da concessão, será transmitido em propriedade plena para a concessionária, mas que até lá continuará a pertencer à autarquia) não constituirá ofensa à proibição contida naquele artigo 49.º, n.º 7, do RFALEI. Alegou a entidade fiscalizada que, através do contrato em apreço, se procederá à constituição de direitos de superfície, a favor da concessionária, em relação aos imóveis objeto do contrato, pelo que as garantias reais a constituir para financiamento desta incidirão sobre essa propriedade superficiária da concessionária, e não sobre a propriedade do solo pertencente à autarquia – e daí a conclusão de que a propriedade municipal não seria afetada pelas garantias reais a prestar, mesmo em caso de reversão da propriedade plena para a autarquia, por efeito da cessação da concessão ou de eventual resgate ou resolução (cfr. ponto de facto sob a alínea p), supra).



b) Sem prejuízo da distinção entre *propriedade superficiária* e *propriedade do solo* e da eventual incidência de *direitos reais de garantia* (v.g., hipotecas) apenas sobre a primeira, não pode deixar de ser considerado o regime emergente do artigo 1541.º do Código Civil, em caso de reversão dos imóveis para a autarquia em propriedade plena, designadamente por efeito do incumprimento da concessão – o que a entidade fiscalizada parece não ter levado em devida conta na sua argumentação. Dispõe esse preceito nos seguintes termos: «*Extinguindo-se o direito de superfície perpétuo, ou o temporário antes do decurso do prazo, os direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuam a onerar separadamente as duas parcelas, como se não tivesse havido extinção, sem prejuízo da aplicação das disposições dos artigos anteriores logo que o prazo decorra*».

c) Com efeito, não obstante a regra geral de que «*[a] extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro*», constante do n.º 1 do artigo 1539.º do Código Civil, constitui o citado artigo 1541.º norma que ressalva *direitos de terceiro*, em termos de a extinção formal do direito de superfície (em regra, com a consequente recuperação da propriedade plena pelo proprietário do solo) não afetar aqueles *direitos*, tudo se passando como se não houvesse tal extinção. Em anotação a essa disposição legal, pronunciam-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA<sup>13</sup> em termos que acompanhamos e que passamos a transcrever:

*«[a] solução fixada no artigo 1541.º tem assim como consequência a possibilidade de, não obstante a extinção formal do direito de superfície, este poder vir a renascer, por virtude dos direitos mantidos em benefício de terceiro.*

*Suponha-se, com efeito, que, sobre a construção superficiária recaía uma hipoteca e que, entretanto, a superfície se extinguia nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 1536.º [i.e., “pela reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade”]. Como a hipoteca se mantém, por força do disposto no artigo 1541.º, se a superfície vier a ser arrematada em praça, na sequência da execução hipotecária, de novo surgirão os dois proprietários: o da construção superficiária e o do solo».*

---

<sup>13</sup> In *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1984, p. 612.



d) Perante o teor e alcance dessa norma, afigura-se evidente haver, no âmbito do presente contrato, 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 conseqüente afetação do património autárquico, em termos da sua oneração e de redução do seu valor económico. Trata-se, assim, de uma constituição, ainda que de forma indireta, de *garantias* sobre bens propriedade do município e que se traduz, na prática, na concessão de garantias em benefício de terceiros. Entende-se, pois, estarmos ainda no âmbito de aplicação da proibição legal inscrita no artigo 49.º, n.º 7, alínea a), do RFALEI.

e) Sendo assim, considera-se que a solução contratual adotada, em matéria de constituição de garantias reais e obrigacionais, afronta a proibição de «concessão de *garantias pessoais e reais*» constante da citada disposição legal. Dada a óbvia *natureza financeira* das normas do RFALEI, ocorreria, também por esta via, uma *violação direta de normas financeiras*, a qual integra o *fundamento de recusa de visto* contemplado no artigo 44.º, n.º 3, alínea b), 2.ª parte, da LOPTC.

### **C) Das conseqüências das ilegalidades verificadas:**

**29.** Como vimos, alcançou-se, em relação ao contrato em apreço, a evidência da ocorrência de *ilegalidades* que determinam a nulidade do contrato, a violação de normas financeiras e a probabilidade de afetação do seu resultado financeiro – o que se traduz no preenchimento simultâneo de todos os *fundamentos de recusa de visto* enunciados nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

**30.** Uma vez que só em relação ao *ilícito* previsto nessa alínea c) se mostra possível o suprimento do respetivo vício, mediante a concessão de visto com formulação de eventuais recomendações, como resulta *a contrario* do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, encontra-se vedada, perante a verificação dos *ilícitos* daquelas alíneas a) e b), qualquer outra solução que não seja a da rejeição da pretensão de visto formulada pela entidade fiscalizada. Sendo assim, impõe-se concluir pela respetiva *recusa de concessão de visto*.



\*

**III – DECISÃO:**

**Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)*, *b)* e *c)*, da LOPTC, decide-se recusar o visto ao contrato supra identificado.**

**Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas)<sup>14</sup>.**

Lisboa, 16 de janeiro de 2019

Os Juízes Conselheiros,

---

(Mário Mendes Serrano - Relator)

---

(Paulo Dá Mesquita)

---

(Fernando Oliveira Silva)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

---

<sup>14</sup> Alterado pelas Leis n.ºs 139/99, de 28/8, e 3-B/2000, de 4/4.



TRIBUNAL DE  
CONTAS

