

ACÓRDÃO N.º 17/2012 - 01.jun. - 1ª S/SS

(Processo n.º 64/2012)

DESCRITORES: Fiscalização Prévia / Protocolo de Cooperação / Contrato de Aquisição de Serviços / Contratação Pública / Contratação *in house* / Procedimento Pré-Contratual / Entidade Adjudicante / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Elemento Essencial / Nulidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Estão sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas os contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa, de acordo com o disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), independentemente da sua designação e natureza.
2. O regime de contratação pública estabelecido no Código dos Contratos Públicos (CCP) é tendencialmente aplicável à formação de todo e qualquer contrato público celebrado pelas entidades adjudicantes referidas no Código. Contudo, o n.º 2 do art.º 5.º do CCP consagra uma exceção à aplicação da Parte II do Código, com o fundamento de se estar no âmbito da “contratação interna” entre a entidade adjudicante e a adjudicatária.
3. Face às concretas circunstâncias do caso não pode sustentar-se a celebração do protocolo ao abrigo do art.º 5.º, n.º 2 do CCP.
4. De acordo com o disposto no art.º 5.º, n.º 1 do CCP, a parte II do CCP não é, também, aplicável à formação dos contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação.

5. No caso concreto está-se perante um contrato celebrado por uma entidade adjudicante, todavia, no que respeita às prestações que constam do objecto do protocolo não podem ser consideradas infungíveis e por isso não é aceitável que ao abrigo do n.º 1 do art.º 5.º do CCP o processo de formação do protocolo seja subtraído ao disposto na parte II do CCP.
6. Não se verificando as exceções invocadas para não aplicação dos procedimentos de formação dos contratos previstos no CCP, sendo o protocolo em causa um contrato público de aquisição de serviços, celebrado por uma entidade abrangida pelo art.º 2.º do CCP, face ao seu valor, deveria ter sido observado o Código dos Contratos Públicos, incluindo a sua parte II, nos termos do disposto nos arts. 1.º, n.º 2 e 2.º, n.º 1, al. c) e de acordo com o estipulado no art.º 20.º, n.º 1, al. b), do mesmo Código, o protocolo deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia.
7. A ausência do concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, que determina a respetiva nulidade, nos termos dos arts. 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e 283.º, n.º 1 do CCP.
8. A nulidade é fundamento de recusa de visto de acordo com o disposto na al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Transitou em julgado em 25/06/12

ACÓRDÃO Nº 17 /2012 – 1.JUN-1.ª S/SS

Processo nº 64/2012

I - OS FACTOS

1. Os Serviços Municipalizados de Água e Saneamento de Sintra (doravante designados também por SMAS) remeteram para fiscalização prévia o protocolo de cooperação celebrado em 2 de janeiro de 2012 com a Agência Municipal de Energia de Sintra (doravante designada também por AMES), com o valor de € 351.000,00.

2. Além do referido em 1. e noutros pontos deste Acórdão, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por documentos constantes do processo:
 - a) A minuta do protocolo foi aprovada pelo Conselho de administração dos SMAS em 24 de outubro de 2011¹ e, mediante ratificação, pela Câmara Municipal de Sintra, em de 7 de novembro de 2011²;
 - b) A colaboração que o protocolo estabelece insere-se “*no domínio da energia, com particular realce para a Utilização Racional de Energia, a integração de Energias Renováveis e de Biocombustíveis, a redução de emissões de GEE (gases com efeito de estufa) e a atualização da matriz da água de Sintra*” centrando-se nos seguintes objetivos:
 - i. Apoio técnico na produção de energia elétrica pela valorização energética do biogás na ETAR de Colares;
 - ii. Apoio técnico para a integração de turbinas a água em reservatórios e para a instalação de sistemas de micro ou mini geração fotovoltaicos;

¹ Vide fls. 52 a 54 do processo.

² Vide fl. 49 do processo.



- iii. Apoio na implementação da solução informática tipo Si-Master no Edifício-Sede do SMAS de Sintra ou noutro que for indicado (...);
- iv. Implementação do projeto VAGB, aprovado no âmbito do Plano de Promoção da Eficiência no Consumo de Energia Elétrica (PPEC 2011-2012), promovido pela Entidade Reguladora do Sector Energético (ERSE), que prevê a aquisição e instalação de equipamentos que venham a possibilitar a redução dos consumos de energia elétrica, tais como variadores eletrónicos de velocidade, suavizadores de arranque em grupos de bombagem, baterias de condensadores e sistemas de gestão centralizada;
- v. Atualização da matriz energética dos SMAS por tipo de consumo e por tipo de atividade com o objetivo de identificar oportunidades de economia de energia e integração de energias renováveis;
- vi. Atualização da Matriz da Água que objetivando a avaliação global dos fluxos de água no Concelho de Sintra aos níveis do tipo de utilizador e do tipo de utilização visa em primeira instância a uma utilização sustentável da água e a sua gestão mais valorizada e eficiente;
- vii. Efetivação de ações de sensibilização em termos de Eco-Condução, por forma a sensibilizar para a utilização correta dos veículos afetos ao SMAS de Sintra, visando dar um sublinhado contributo em termos de uma mobilidade sustentável;
- viii. Realizar os necessários estudos técnico-económicos relacionados com a possível inserção de veículos elétricos da frota do SMAS de Sintra dado a inserção do Concelho de Sintra no projeto nacional MOBI-E;
- ix. Elaboração em parceria com o SMAS de Sintra de Ateliês sobre Conceitos Energéticos e Ambientais através de calendarização com os Centros Comerciais existentes no Concelho de Sintra, relacionados com a temática da Água e da Energia, nomeadamente sobre a qualidade da água dos SMAS de Sintra, a utilização racional da água e da energia, o uso de energias renováveis e a valorização de resíduos em termos de biomassa, biogás e biodiesel;



- x. Apoio à elaboração de Candidaturas a Programas Nacionais e Comunitários nas áreas da Utilização Racional de Energia e de Água, tais como os Programas EIE, PNAE, PPEC ou QREN;
- c) A AMES é uma “*pessoa coletiva de direito privado, sem fins lucrativos e de natureza privada*”³;
- d) A AMES tem 61 associados: para além dos sócios fundadores – o Município de Sintra e a Associação dos Municípios de Cascais, Mafra, Oeiras e Sintra para o Tratamento de Resíduos Sólidos – conta como associados entidades públicas e privadas, de entre as quais várias sociedades comerciais⁴;
- e) O protocolo tem um prazo de vigência de três anos;
- f) Questionados os SMAS sobre as razões que fundamentam não ter submetido às regras da concorrência a prestação dos serviços que constitui o objeto do protocolo, foi dito⁵:
 - i. A AMES é uma entidade adjudicante, de acordo com o considerado no Acórdão *Mannesmann* do Tribunal de Justiça europeu (Processo C-44/96, de 15 de janeiro de 1998): “*um organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial dotado de personalidade jurídica estreitamente dependente do Estado, de autarquias locais ou de outros organismos de direito público*”. Por isso o protocolo “*não se encontra sujeito a procedimentos pré-contratuais*”;
 - ii. O protocolo é “*(...) uma expressão da cooperação entre entidades administrativas e, como tal, não sujeito à concorrência de mercado*”;
 - iii. Nos termos do Acórdão *Teckal* (Processo C-107/98, de 18 de novembro de 1999), o Município de Sintra exerce sobre a AMES “*(...) um controlo análogo ao que exerce sobre os seus*

³ Vide estatutos a fls. 7 e ss. do processo.

⁴ Face aos dados constantes do processo, pelo menos 34 sociedades comerciais de entre as quais se destacam, a título exemplar: SOLAR3G, Lda., Biological Lda., Biomove Lda., EDP Distribuição-Energia, S.A., GALP Energia, S.A., LusoePower, Lda., Siemens, S.A., Visabeira – Sociedade Técnica de Obras e Projectos, Lda.

⁵ Vide fls. 70 e ss. do processo.



- próprios serviços, a qual exerce o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante”;*
- iv. A AMES, sendo uma associação sem fins lucrativos, “(...) realiza o essencial da sua atividade para o Município, e quase exclusivamente em seu benefício, quer diretamente quer para as empresas municipais de Sintra”;
- v. “Assim, estamos perante um caso de contrato de cooperação administrativa (...) o protocolo visa a realização de uma missão de interesse público, a saber a redução de consumo energético e de emissões de gases com efeito de estufa pelo Município, e as prestações protocoladas são uma remuneração pelo reembolso com os encargos de funcionamento daí decorrentes, e não o pagamento de um preço. Ou de outro modo, o protocolo celebrado não se subsume num mero contrato de prestação de serviços, na aceção das diretivas comunitárias”;
- vi. “(...) [A] cooperação administrativa contratualizada é um meio relevante de conjugar sinergias, aumentando a eficiência da atividade administrativa e contribuindo para a autarcia funcional da Administração Pública, pelo que se justifica reduzir os obstáculos a sua concretização”⁶, razão pela qual o TJUE defende que “o Direito Comunitário de maneira nenhuma impõe às autoridades públicas, para assegurar conjuntamente as suas missões de serviço público, que recorram a uma forma jurídica especial”;
- vii. O protocolo encontra-se excluído das regras de contratação pública nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do CCP⁷;
- g) Reforçando o seu argumento de que se está no domínio da cooperação inter-administrativa, os SMAS referiram ainda o seguinte⁸:

⁶ Cita-se Alexandra Leitão, in *Contratos entre entidades adjudicantes*, Revista de Contratos Públicos, n.º 2, 2011, Cedipre, p. 133.

⁷ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro.

⁸ Vide fls. 115 e ss. do processo.



- i. De acordo com o entendimento da DGAL, Banco de Portugal e INE, à luz do Sistema Nacional de Contas Nacionais (base 2006), *“a AMES integra o universo das unidades que compõem o sector institucional da Administração Pública, mais concretamente a Administração Local – Instituições Sem Fim Lucrativo da Administração Local”*⁹;
- ii. *“[M]uitas das prestações objeto do protocolo não são fungíveis, sendo a AMES a única entidade que pode oferecer aos SMAS os serviços aí previstos”, nomeadamente o desenvolvimento do projeto VAGB, no âmbito do Plano de Promoção da Eficiência no Consumo de Energia Elétrica, promovido pela ERSE, “uma vez que apenas as entidades sem fins lucrativos e as agências de energia são habilitantes aos apoios financeiros da ERSE”, a “atualização da Matriz da Água”, “pois foi a AMES quem elaborou o documento inicial”, “bem como as ações de sensibilização e a elaboração de ateliês sobre eco-condução e conceitos energético-ambientais (alíneas f) e h) da cláusula 2.ª do protocolo)*¹⁰;
- iii. O *“papel da AMES centra-se na gestão da procura e não da oferta, pelo que nunca entra em concorrência com o mercado, funcionando antes como um dinamizador do mesmo, através do apoio que presta às instituições públicas (como é o caso dos SMAS) e como é demonstrado nas prestações indicadas (...) no protocolo”. “A AMES não faz concorrência ao mercado, pautando toda a sua ação pelo apoio ao Município e às suas empresas municipais e criando novas oportunidades de negócio para o mercado concorrencial”*¹¹;
- iv. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 2/2011, de 12 de Janeiro, que aprova o “Programa de Eficiência Energética na Administração Pública – ECO.AP”, determinou a designação

⁹ Remetem para “Entidades do Sector Institucional das Administrações Públicas”, INE, março de 2011, p. 112.

¹⁰ Vide 4.º parágrafo a fls. 116 do processo. Vide ainda toda a argumentação expendida nas fls. 240 e ss. do processo.

¹¹ Vide fls. 239 e ss. do processo.



de um gestor local de energia responsável pela dinamização e verificação das medidas para a melhoria da eficiência energética, pelo que “cabe à AMES o apoio no planeamento, execução e monitorização no caso do Município de Sintra¹²;

- h) Sobre o valor fixado para o protocolo refere-se no processo¹³:
“[s]endo a AMES uma associação de direito privado sem fins lucrativos, os valores que recebe são os necessários para cobrir os custos com o pessoal afeto aos trabalhos e os custos de funcionamento da associação”.

II – FUNDAMENTAÇÃO

3. No presente processo deve decidir-se uma questão essencial: poderia o protocolo *sub judicio* ser celebrado sem apelo à concorrência?
4. A resposta a essa questão depende da que se obtiver também a outras que, aliás a instrução do processo veio a revelar, quer por questões suscitadas por este Tribunal, quer pelas respostas e argumentos que a entidade adjudicante entendeu dar e apresentar.

As seguintes:

- a) Qual a natureza do protocolo celebrado?
- b) A celebração do protocolo poderá enquadrar-se no disposto no n.º 2 do artigo 5.º do CCP?
- c) A celebração do protocolo enquadra-se no disposto no n.º 1 do artigo 5.º do CCP?

Vejamos cada uma dessas questões.

II – A. A natureza do protocolo

5. O protocolo em apreciação consubstancia um acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas distintas.

¹² Vide fls. 242 e seg. do processo.

¹³ Vide fl. 430 do processo.



Analisado o texto tem um conteúdo inequivocamente sinalagmático e obrigacional.

Nele se prevê quais as atividades que a AMES se compromete realizar e o valor que os SMAS como contrapartida se obrigam a pagar.

As atividades que serão executadas pela AMES, como se viu acima no nº 2, traduzem-se em vários serviços que serão por ela prestados, maioritariamente de assessoria técnica na área da energia, com particular realce para a utilização racional de energia, a integração de energias renováveis e de biocombustíveis, a redução de emissões de gases com efeito de estufa e a atualização da matriz da água de Sintra.

Isto é: substancialmente, a execução do protocolo envolve uma diversificada aquisição de serviços e essa aquisição é feita contra o pagamento de um valor.

É verdade que no texto do protocolo não se qualifica aquele valor como um preço. Mas diz-se claramente: “[a] assinatura deste protocolo implica um valor total de...”.

E o que se paga - tratando-se de uma associação sem fins lucrativos – é natural que seja calculado em função do dispêndio que a associação vai fazer para prestar os serviços¹⁴.

Há pois uma relação entre o que se adquire e o valor financeiro que se entrega.

O artigo 450º do CCP estabelece: “*Entende-se por aquisição de serviços o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários serviços mediante um preço*”.

O protocolo traduz pois efetivamente uma aquisição de serviços contratualizada.

Aliás, só assim se compreende que os próprios SMAS tenham remetido o protocolo para fiscalização prévia ao abrigo da alínea b) do nº 1 do artigo 46º da LOPTC¹⁵ que prevê que estão sujeitos a fiscalização

¹⁴ Vide acima a alínea h) do nº 2.

¹⁵ Vide fls. 1, 71, 117 e 239 do processo. LOPTC: Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



prévia, “[o]s contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa”.

Está pois obtida resposta à primeira questão acima formulada no número anterior.

6. Estando nós, como se viu, perante um verdadeiro contrato, importa desde já sublinhar que o princípio geral hoje consagrado no Código dos Contratos Públicos é, ao contrário do que antes sucedia, o de que o regime de contratação pública nele estabelecido é tendencialmente aplicável à formação de todo e qualquer *contrato público*, entendendo-se por tal todo aquele que, independentemente da sua designação e natureza, seja celebrado pelas entidades adjudicantes referidas no Código^{16 17}.
7. E nessa situação estão, em regra, igualmente os contratos celebrados entre entidades adjudicantes.

E dizemos “*em regra*”, pois só estribando-se de uma maneira claríssima nas próprias exceções consagradas na lei isso poderá não ocorrer.

8. Estamos, pois, perante um contrato regido pelo Código dos Contratos Públicos e pela legislação comunitária de contratação pública.

II – B. A celebração do protocolo ao abrigo do nº 2 do artigo 5º do CCP.

9. Entende-se dever abordar esta matéria porque na sua argumentação os SMAS referem a dado ponto, como acima se registou, que nos termos do Acórdão *Teckal*, o Município de Sintra exerce sobre a AMES “(...) *um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, a qual exerce o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante*”.

¹⁶ Cfr. Rui Medeiros, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 69, Maio/Junho 2008.

¹⁷ Cfr. artigo 1.º, n.º2, do Código dos Contratos Públicos.



Como se sabe, a doutrina constante do acórdão referido e da jurisprudência que lhe seguiu veio a ter acolhimento no CCP, no seu artigo 5º nº 2.

10. Ora, o nº 2 do artigo 5º do CCP consagra, como se sabe também, uma exceção à aplicação da Parte II do Código, com o fundamento de se estar no âmbito da “contratação interna”¹⁸ ou de “relações internas” (ou “*in house providing*”, na linguagem corrente comunitária) entre a entidade adjudicante e a adjudicatária.

11. A tese da contratação *in house*, surgida no âmbito da aplicação das diretivas comunitárias sobre contratação pública, assenta na ideia de que uma entidade adjudicante está dispensada de cumprir as regras de concorrência quando escolhe realizar ela mesma as operações económicas de que necessita, no âmbito da sua autonomia organizativa, através de uma outra entidade que funciona como um seu prolongamento administrativo. Será, então, essa especial relação de prolongamento que, integrando, no plano substantivo, uma relação de dependência entre os entes em causa, elimina a autonomia de vontade de um deles e permite considerar que o contrato não é celebrado com um terceiro. Assim, enquanto o regime da contratação pública pressupõe a necessidade de recurso a contratantes externos, no caso da contratação *in house* há recurso a meios organizativos que substancialmente são internos, pese embora constituam uma entidade jurídica diferente, que pode assumir as mais diversas formas.

12. Relembre-se ainda um aspeto importante: a questão da contratação *in house* inseriu-se originariamente na questão da contratação inter-administrativa ou da contratação realizada entre entidades públicas ou entidades adjudicantes, precisamente um aspeto que foi tão enfatizado pelos SMAS na sua argumentação.

Na Diretiva 92/50/CEE (relativa à prestação de serviços) abordou-se a possibilidade de celebração de contratos públicos entre entidades adjudicantes a ela sujeitas. Referia-se na alínea c) do seu artigo 1º que “*os prestadores de serviços são qualquer pessoa singular ou coletiva,*

¹⁸ Expressão fortemente ambígua, para não dizer incorreta, pois se é “contratação” não pode ser “interna” e se é “interna” não pode haver “contratação”.



incluindo organismos de direito público, que ofereçam serviços”. E no artigo 6º estabelecia-se que a diretiva não era aplicável à celebração de contratos de serviços “*atribuídos a uma entidade que seja ela própria uma entidade adjudicante na aceção da alínea b) do artigo 1º, com base num direito exclusivo estabelecido por disposições legislativas, regulamentares, ou administrativas publicadas*”. Esta disposição suscitou diversas interpretações, admitindo alguma doutrina que os contratos celebrados entre entidades adjudicantes estavam excluídos da aplicação daquela diretiva¹⁹.

É no contexto dessa polémica que a jurisprudência comunitária se pronunciou várias vezes, concluindo que as diretivas comunitárias eram também aplicáveis aos contratos celebrados entre entidades adjudicantes.

Efetivamente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu tem vindo a afirmar claramente que o regime de contratação pública se aplica, em princípio, aos casos em que uma entidade adjudicante celebra por escrito, com uma entidade dela distinta no plano formal e dela autónoma no plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha um objeto abrangido por essas diretivas, quer esta segunda entidade seja ela própria uma entidade adjudicante quer não.

As diretivas de 2004, na senda da jurisprudência do Tribunal de Justiça, vieram clarificar que a participação de organismos de direito público como concorrentes em procedimentos pré-contratuais não pode pôr em causa a livre concorrência.

Relembre-se a propósito o 4.º considerando da Diretiva 2004/18/CE em que se afirma que “*os Estados-membros devem velar por que a participação de um proponente que seja um organismo de direito público, num processo de adjudicação de contratos públicos, não cause distorções da concorrência relativamente a proponentes privados.*”²⁰

Assim, é hoje bem claro, no plano do direito europeu dos contratos públicos, que a celebração de contratos públicos economicamente

¹⁹ Sobre estas questões vide Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente, “Código dos Contratos Públicos – Âmbito da sua Aplicação”.

²⁰ Negrito nosso.



relevantes deve estar sujeita às normas de contratação pública, mesmo quando seja feita entre entidades públicas.

Por isso também, a aplicação das exceções, previstas na lei, à sujeição aos regimes de contratação pública deve ser feita com rigor e mediante interpretação estrita.

É pois neste contexto de submissão da contratação inter-administrativa aos princípios e regimes de contratação pública que é formulada a doutrina da contratação *in house*: precisamente como uma exceção à aplicação dos procedimentos concorrenciais de formação de contratos, porque se trataria verdadeiramente de “*contratação interna*” ou, em rigor, de “*não contratação*”, estando-se pois no domínio de meras disposições internas das entidades adjudicantes relativas à sua organização produtiva de bens ou serviços. “*Contratação interna*” que, dada a sua especial configuração, não suscitava questões de concorrência.

Se a Administração tem o poder de se organizar, se no exercício desse poder decide ela própria adotar soluções de satisfação das suas necessidades em bens e serviços, se tais soluções configurarem a criação de entes com essa capacidade produtiva, então no estabelecimento de contratos com esses entes e com essa finalidade, a Administração não estará sujeita a observar procedimentos concorrenciais.

- 13.** Como se sabe, a solução consagrada no CCP em matéria de contratação interna (*in house*) seguiu a que foi enunciada inicialmente pelo acórdão *Teckal* do Tribunal de Justiça europeu (no processo C-107/98, de Novembro de 1999), expressamente invocado pelos SMAS.

E foi na senda dessa decisão que outras foram tomadas pelo mesmo Tribunal.

Recordem-se, agora, sobretudo os acórdãos proferidos nos processos C-26/03 (*Stadt Halle*) em Janeiro de 2005, C-84/03 (*Comissão v. Espanha*) também de Janeiro de 2005, C-231/03 (*Coname*), de Julho de 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), de Outubro de 2005, C-29/04 (*Comissão v. Áustria*), de Novembro de 2005, C-340/04 (*Carbotermo e Consorcio Alisei*), de Maio de 2006, C-410/04 (*ANAV*), C-337/05 (*Comissão v. Itália*), de Abril de 2008, C-573/07 (*Sea Srl contra*



Comune di Ponte Nossa), de Setembro de 2008, e C-324/07 (*Coditel*), de Novembro de 2008.

14. Da leitura dessas decisões, resultam alguns aspetos fundamentais para o presente processo:

- a) As diretivas comunitárias em matéria de contratação pública não são aplicáveis quando uma entidade pública adjudicante pretende celebrar com uma entidade dela distinta no plano formal, e dela autónoma no plano decisório, um contrato oneroso, quando aquela exercer sobre esta um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e quando esta realizar o essencial da sua atividade para aquela ou aquelas entidades que a controlam²¹;
- b) A não aplicação das regras comunitárias à luz do que agora se referiu na alínea a) só pode ser considerada como resultado de uma interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se;
- c) A participação, ainda que minoritária, de capitais privados na entidade adjudicatária do contrato exclui de qualquer forma que a entidade adjudicante possa exercer sobre aquela um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

15. Para além de aquelas posições do Tribunal Europeu também serem naturalmente assumidas pelo Tribunal de Contas, na medida que também a ele cabe observar e fazer observar as disposições do direito comunitário, a este Tribunal, como jurisdição financeira, cabe ainda interpretar e fazer aplicar a lei de modo a que seja salvaguardada uma boa gestão financeira pública, observando princípios da economia, eficácia e eficiência, enfaticamente também consagrados na lei.

16. O presente protocolo é celebrado entre um serviço de um município e uma associação privada.

O Direito Comunitário instaurou um clima de exigência na contratação, para preservação dos princípios da concorrência e da igualdade. E igualmente o direito nacional, também como forma de melhor se

²¹ No essencial, como se sabe, foram estas as circunstâncias excecionais que vieram a ser consideradas no n.º 2 do artigo 5.º do CCP.



preservarem os interesses públicos. Ora, se tal solução foi adotada nesse âmbito, como já se disse, não se vê razão para a “*interpretação estrita*” de que fala a jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu, deixe de ser adotada nos demais casos de contratação em que entidades de outra natureza estão em causa.

Se a contratação inter-administrativa não é, em regra, e por si própria, considerada como uma forma de auto-satisfação de necessidades, a não ser em situações muito delimitadas, não há razões para deixar de aplicar os mesmos critérios rigorosos de avaliação quando esteja em causa a contratação entre entes públicos e entes não públicos.

Face aos dados que já se abordaram e analisaram, não estamos pois, em rigor, no domínio da contratação inter-administrativa. Deve por isso manter-se e mesmo reforçar-se uma aplicação estrita das exceções fixadas pela lei à aplicação dos princípios e regras da contratação pública, nomeadamente as exceções à adoção de procedimentos concorrenciais.

- 17.** Ora, a associação privada adjudicatária do presente protocolo – a AMES – tem como associados inúmeras entidades privadas com finalidades lucrativas, como acima se viu.

Tal facto é absolutamente impeditivo que se defenda, à luz do acórdão *Teckal* – pois não se pode ignorar toda a jurisprudência que se lhe seguiu - que o Município de Sintra exerce sobre a AMES “*(...) um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, a qual exerce o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante*”.

E o argumento de que a AMES “*(...) realiza o essencial da sua atividade para o Município, e quase exclusivamente em seu benefício, quer diretamente quer para as empresas municipais de Sintra*” não é relevante face aos critérios estritos que este Tribunal entende que devem ser seguidos na aplicação deste regime, na senda do que como já se disse, tem sido a posição do Tribunal de Justiça.

- 18.** Em conclusão: não poderia nunca aplicar-se ao caso a exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, do CCP.

E, reconheça-se que, pese embora na substância se tenha invocado a matéria desta disposição legal, ela não foi formalmente invocada como



fundamento para a atribuição da prestação de serviços diretamente à AMES.

A disposição explicitamente invocada foi o nº 1 do artigo 5º do CCP.

Vejam os pois essa matéria.

II – C. A celebração do protocolo ao abrigo do nº 1 do artigo 5º do CCP.

19. Dispõe o nº 1 do artigo 5º do CCP:

“A parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação.”

20. Escalpelizando tal disposição legal, verifica-se que a estatuição normativa – a não aplicação da parte II do CCP – depende de o contrato a celebrar se enquadrar na seguinte previsão:

- a) Ser celebrado por entidades adjudicantes;
- b) O seu objeto abranger prestações que não estão nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente
 - i. Em razão da sua natureza ou das suas características,
 - ii. Da posição relativa das partes no contrato ou
 - iii. Do contexto da sua própria formação.

21. Face a tal disposição, importa indagar se o contrato é celebrado por uma entidade adjudicante.

Não há qualquer dúvida quanto aos SMAS: é!

Note-se que não resulta do CCP que, para aplicação do nº 1 do artigo 5º, o contrato seja celebrado “entre” entidades adjudicantes. Basta, naturalmente, que a entidade adjudicante o seja.



Mas quanto à AMES defendeu-se no processo que também é. Não se contesta, face aos argumentos apresentados.

Contudo, entende-se fazer a seguinte observação: o facto de a AMES ser uma entidade adjudicante e ser até uma entidade integrada para efeitos orçamentais no “*sector institucional da Administração Pública, mais concretamente a Administração Local – Instituições Sem Fim Lucrativo da Administração Local*”, não significa que a natureza privatística da associação se alterou. Não passou a ser, por isso, uma entidade da Administração Pública, organicamente considerada.

Efetivamente, o atual n.º 5 do artigo 2.º da Lei de Enquadramento Orçamental ²², ao estabelecer que se consideram “*integradas no sector público administrativo, como serviços e fundos autónomos, nos respectivos subsectores da administração central, regional e local e da segurança social, as entidades que, tenham sido incluídas em cada subsector no âmbito do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais, nas últimas contas sectoriais publicadas pela autoridade estatística nacional, referentes ao ano anterior ao da apresentação do Orçamento*”, fê-lo dizendo expressamente que era “[p]ara efeitos da presente lei”, e “*independentemente da (...) natureza e forma*” dessas entidades.

Uma questão é a natureza de uma instituição: privada, neste caso. Outras são - sem prejuízo dessa natureza - ela poder ser considerada para efeitos orçamentais ou de contratação como se fosse pública.

Estamos pois perante numa associação privada e que se integra, para efeitos orçamentais, nos perímetros públicos que relevam em matéria de previsão, execução e controlo orçamentais.

Mas, para o que agora conta, estamos pois perante um contrato celebrado por uma entidade adjudicante.

Está pois verificado o primeiro elemento da previsão normativa do n.º 1 do artigo 5.º do CCP.

- 22.** Vejamos o segundo: o objeto do protocolo abrange prestações que não estão nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado?

²² Na versão aprovada pela Lei n.º 22/2011, de 20 de Maio.



Argumentaram os SMAS que “*muitas das prestações objeto do protocolo não são fungíveis, sendo a AMES a única entidade que pode oferecer aos SMAS os serviços aí previstos*”.

23. Note-se que quando o nº 1 do artigo 5º do CCP refere que “[a] parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar (...) cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado” dele parece resultar que bastará num contrato haver uma prestação insuscetível de ser submetida à concorrência para, na formação desse contrato, não se aplicar a parte II do CCP.

Será assim?

24. Veja-se que aquele nº 1 do artigo 5º afirma pela negativa aquilo que no nº1 do artigo 16º do mesmo CCP se afirma pela positiva: “[p]ara a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar sujeitas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar” um dos procedimentos previstos na parte II do código.

Ora, desta norma resulta que basta haver uma prestação que seja suscetível de ser colocada à concorrência para obrigar à formação do contrato nos termos da parte II do CCP.

Como da interpretação da lei não podem resultar comandos divergentes, a indagação normativa tem de ir mais longe.

25. Note-se que no nº 2 do mesmo artigo 16º se estabelece:

“Para os efeitos do disposto no número anterior, consideram -se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza:

- a) Empreitada de obras públicas;*
- b) Concessão de obras públicas;*
- c) Concessão de serviços públicos;*
- d) Locação ou aquisição de bens móveis;*
- e) Aquisição de serviços;*
- f) Sociedade.”*



26. Note-se ainda que o mesmo conceito de *prestações típicas* surge noutros preceitos do CCP estreitamente relacionados com a problemática da aplicação da parte II do código à formação de contratos. Assim, no artigo 6º estabelece-se:

*“1 — À formação de contratos a celebrar entre quaisquer entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º, a parte II do presente Código só é aplicável quando o objeto de tais contratos abranja **prestações típicas** dos seguintes contratos:*

- a) Empreitada de obras públicas;*
- b) Concessão de obras públicas;*
- c) Concessão de serviços públicos;*
- d) Locação ou aquisição de bens móveis;*
- e) Aquisição de serviços.*

*2 — Quando a entidade adjudicante seja uma das referidas no n.º 2 do artigo 2.º ou o Banco de Portugal, a parte II do presente Código só é aplicável à formação dos contratos cujo objeto abranja **prestações típicas** dos contratos enumerados no número anterior.”*

E no nº1 do artigo 11º determina-se:

“1 — A parte II do presente Código só é aplicável à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º desde que:

- a) (...)*
- b) O objeto desses contratos abranja **prestações típicas** dos seguintes contratos:*
 - i) Empreitada de obras públicas (...);*
 - ii) Concessão de obras públicas;*
 - iii) Concessão de serviços públicos;*
 - iv) Locação ou aquisição de bens móveis (...);*
 - v) Aquisição de serviços (...).”*

27. Que sentido útil retirar de todas estas disposições normativas, para a questão que agora nos ocupa?



O seguinte²³:

“[T]ratando-se de contratos enumerados nos arts. 6º/2, 11º/1 e 16º/2 – aqueles que estão tipicamente sujeitos à concorrência de mercado -, eles ficam excluídos do respetivo regime de contratação pública quando, por qualquer razão concreta referida na parte final do art. 5º/1, as suas prestações deixam de estar submetidas à concorrência.”

Tal conclusão é coerente com as afirmações por nós feitas acima nos nºs 6 a 8, sobre o princípio geral de subordinação dos contratos públicos e da sua formação às regras da contratação pública.

28. Voltemos ao caso concreto.

Vimos que se trata de um verdadeiro contrato. Trata-se um contrato de aquisição de serviços.

Assim, tem como objeto prestações típicas que conduzem à sujeição da sua formação ao disposto na parte II do CCP.

Mas tais prestações não estão nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação?

29. Argumentaram os SMAS dizendo que tal suscetibilidade não existe, basicamente por dois motivos:

- a) Porque se incluem no objeto do contrato prestações infungíveis e, portanto, insuscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, portanto *“em razão da sua natureza ou das suas características”*;
- b) Porque o protocolo traduz cooperação inter-administrativa e, portanto, as prestações são insuscetíveis de estar submetidas à

²³ Vide Mário Esteves de Oliveira e de Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública”, Almedina, 2011, p. 145.



concorrência de mercado, portanto “*em razão da posição relativa das partes no contrato*”.

30. Vejamos desde já este segundo argumento que perpassa pela argumentação produzida.

Vimos que se trata de um contrato celebrado entre dois entes perfeitamente autónomos, sendo um público e outro privado. Ainda que este seja considerado público para certos efeitos não perde a sua natureza privatística, bem sublinhada aliás pelas inúmeras entidades privadas com fins lucrativos que são associados.

Contesta-se pois que as obrigações contratuais consagradas se possam reconduzir ao conceito de cooperação inter-administrativa.

Não se vê, pois, que as prestações do objeto do contrato sejam insuscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, “*em razão da posição relativa das partes no contrato*”.

Rejeita-se pois esta possível abordagem.

31. O primeiro argumento exige uma indagação mais pormenorizada.

Contudo, deve desde já afirmar-se claramente que a maior parte das prestações que constituem objeto do protocolo são evidentemente suscetíveis de ser colocadas à concorrência: trata-se de assessoria técnica no domínio da energia que inúmeras entidades poderiam prestar: basta ler a lista das entidades que são associadas da AMES.

Todos os fundamentos apresentados pelos SMAS – referindo que, designadamente, se trata de elaboração, adaptação e atualização de peças concursais anteriormente desenvolvidas, de apoio ao lançamento de concursos públicos, de continuidade de estudos de viabilidade técnica e económica²⁴ - não conduzem em sentido diverso: trata-se de verdadeira assessoria técnica no domínio da energia, suscetível de ser prestada em ambiente de concorrência.

²⁴ Vide fls. 240 e ss. do processo.



Talvez por isso mesmo, os SMAS concentram a sua argumentação em três prestações apenas²⁵:

- a) O desenvolvimento do projeto VAGB, no âmbito do Plano de Promoção da Eficiência no Consumo de Energia Elétrica, promovido pela ERSE, e em que a AMES é a promotora²⁶, *“uma vez que apenas as entidades sem fins lucrativos e as agências de energia são habilitantes aos apoios financeiros da ERSE”*;
- b) A atualização da Matriz da Água *“pois foi a AMES quem elaborou o documento inicial”*;
- c) As ações de sensibilização e a elaboração de ateliês sobre eco-condução e conceitos energético-ambientais.

32. Começemos pelas últimas. Não se vê por que razão se deve considerar as ações de sensibilização e a elaboração de ateliês sobre eco-condução e conceitos energético-ambientais como prestações infungíveis. Nenhuma outra entidade existente no mercado poderia assegurar tais ações? Nenhuma outra entidade, quer de finalidade lucrativa quer mesmo não lucrativa, existe para assegurar tais ações?

O conhecimento empírico que este Tribunal tem leva-o a concluir em sentido contrário: muitas outras entidades para além da AMES o poderiam fazer. Aliás é frequente as próprias agências municipais de energia socorrerem-se dos seus associados para o fazerem. Não se contesta que a AMES assegure esta prestação. O que se contesta é que se diga que só a AMES o poderá fazer.

33. Refere-se ainda que a atualização da Matriz da Água é uma prestação infungível *“pois foi a AMES quem elaborou o documento inicial”*.

Com o devido respeito, tal argumento não demonstra que a prestação é infungível: demonstra sim que, em ambiente concorrencial, a AMES estaria provavelmente em melhores condições para apresentar uma boa proposta do que outros possíveis concorrentes.

²⁵ Vide fl. 116 do processo.

²⁶ Vide alínea c) na fl. 241 do processo.



34. Finalmente, veja-se a questão do desenvolvimento do projeto VAGB, no âmbito do Plano de Promoção da Eficiência no Consumo de Energia Elétrica, promovido pela ERSE.

Com o objetivo de promoção de medidas que visam melhorar a eficiência no consumo de energia elétrica, este plano²⁷ prevê incentivos a atribuir, mediante concursos, a que se podem candidatar certas entidades, promotoras de medidas e responsáveis pela sua execução.

Ora, a AMES apresentou candidatura no âmbito desse plano tendo obtido aceitação de 100%²⁸.

Refira-se desde já que não é rigoroso ter-se dito “*que apenas as entidades sem fins lucrativos e as agências de energia são habilitantes aos apoios financeiros da ERSE*”. Efetivamente, no regulamento do plano prevê-se a possibilidade de serem promotores de medidas “*os comercializadores de energia elétrica*”²⁹. Na listagem das candidaturas apresentadas ao Plano que constam do processo³⁰ surgem inúmeras entidades privadas com finalidades lucrativas. Finalmente, nos quadros em que constam as medidas aprovadas³¹, constam igualmente o referido tipo de entidades.

Em conclusão: a AMES apresentou candidatura ao referido plano e tal candidatura foi aprovada. Tem pois, por essa via, os recursos disponibilizados pelo plano para a execução das medidas que propôs. É verdade que assim sendo, só a AMES tem neste momento legitimidade e capacidade para receber aqueles recursos que foram disponibilizados e os aplicar.

²⁷ Vide regulamentação do Plano, a fls 337 e ss. do processo.

²⁸ Vide fl. 338 verso do processo.

²⁹ Vide subalínea i) da alínea f) do artigo 3º, a fls. 343 e 343 verso do processo.

³⁰ Após consulta, realizada em 30 de maio de 2012, do Plano promovido pela ERSE, no sítio <http://www.erse.pt/pt/planodepromocaodaeficiencianoconsumoppec/sitepec1112/Documents/PPEC2011-2012.pdf> confirma-se a existência de múltiplas agências municipais e empresas no setor energético (fls. 233 a 236).

³¹ Vide fls. 337 verso e ss. do processo.



Mas tal facto, por si só, é fundamento para que o protocolo, com todas as demais prestações, tenha de ser diretamente deferido pelos SMAS à AMES, com subtração à aplicação da parte II do CCP?

Não.

Em primeiro lugar, porque se tem de haver uma relação contratual entre os SMAS e a AMES para aquele efeito específico de execução do projeto VAGB, no âmbito do Plano de Promoção da Eficiência no Consumo de Energia Elétrica, tal relação poderia ter sido suscitada e construída, através de solução legalmente admitida, antes da apresentação da candidatura à ERSE. E não depois da candidatura aprovada.

Em segundo lugar – dado que tal providência não foi tomada ou para a hipótese de não poder ser – se é necessário agora estabelecer tal vinculação contratual, esta pode ser destacada e constituir objeto de instrumento específico. E não constituir argumento para, à sua sombra, se alinharem muitas outras obrigações, para ambas as partes, que em nada se relacionam com ela.

35. Sobre toda esta questão ainda foi usado um outro argumento: o *“papel da AMES centra-se na gestão da procura e não da oferta, pelo que nunca entra em concorrência com o mercado, funcionando antes como um dinamizador do mesmo, através do apoio que presta às instituições públicas (como é o caso dos SMAS) e como é demonstrado nas prestações indicadas (...) no protocolo”* e *“ [a] AMES não faz concorrência ao mercado, pautando toda a sua ação pelo apoio ao Município e às suas empresas municipais e criando novas oportunidades de negócio para o mercado concorrencial”*.

Com o devido respeito, o argumento é ambíguo: ou as prestações que são objeto do contrato serão efetivamente assumidas e prestadas pela AMES, e então como já se referiu, também poderiam ser, quase sempre, prestadas por outrem (e então a AMES *“entra em concorrência com o mercado”*, embora protegida por protocolos-contratos que lhe são deferidos diretamente) ou a AMES irá transferir para terceiros que estão no mercado a execução das prestações.



- 36.** Finalmente, ainda foi referido que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 2/2011, de 12 de Janeiro, que aprova o “Programa de Eficiência Energética na Administração Pública – ECO.AP”, determinou a designação de um gestor local de energia responsável pela dinamização e verificação das medidas para a melhoria da eficiência energética e que a AMES assume essas funções.

Nesta matéria diga-se desde já que a referida resolução não se aplica à Administração Local e às entidades que nela estão integradas.

Contudo, admite-se que o Município de Sintra, no exercício dos poderes que estão consagrados, constitucional e legalmente, pretenda desenvolver atividades que, no seu âmbito, sejam coincidentes com os do ECO.AP e seguir soluções organizativas idênticas.

Assim sendo, não resulta necessariamente que tinha de ser a AMES investida naquele papel, mas mesmo sendo-o – o que em certa perspetiva, admite-se que fosse até aconselhável – também não resulta necessariamente que o conjunto de prestações que constituem o objeto do protocolo lhe teria que ser diferido diretamente, por essa razão.

- 37.** Em conclusão: as prestações que constam do objeto do protocolo – com exceção do referido projeto financiado pela ERSE, mas que pode facilmente ser destacado para instrumento contratual específico - não podem ser consideradas infungíveis e por isso não é aceitável que ao abrigo do n.º 1 do artigo 5.º do CCP o processo de formação do protocolo seja subtraído ao disposto na parte II do CCP.

II – D. Conclusões

- 38.** Não se verificaram pois as exceções invocadas para não aplicação dos procedimentos de formação previstos no CCP.

Importa agora retirar consequências quanto ao exercício das competências deste Tribunal em matéria de fiscalização prévia.



39. Assim,

sendo o protocolo em causa, um contrato público de aquisição de serviços,

sendo o protocolo celebrado por uma entidade abrangida pelo artigo 2º do CCP,

face ao seu valor,

deveria ter sido observado o Código dos Contratos Públicos, incluindo a sua parte II, nos termos do disposto nos artigos 1.º, n.º 2 e 2.º e, de acordo com o estipulado no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do mesmo Código, o protocolo deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no *Jornal Oficial da União Europeia*.

40. Não tendo sido realizado nenhum destes procedimentos, resulta desta norma legal que o protocolo não podia ter sido celebrado.

A ausência do concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, como tem sido entendimento deste Tribunal.

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do CCP.

41. A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

III - DECISÃO

42. Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea a) 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 protocolo acima identificado.



Tribunal de Contas

43. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas³².

Lisboa, 1 de junho de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo, relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente)

³² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/00, de 4 de abril.