



ACÓRDÃO N.º 113/2008 - 30.Set.2008 - 1ªS/SS

(Processo n.º 893/2008)

DESCRITORES: Concurso Internacional / Concurso Público / Contrato de Fornecimento / Empresa Pública / Empresa Pública Municipal / Interpretação da Lei / Pessoa Colectiva sem Natureza Empresarial / Prestação de Serviços / Nulidade / Sector Empresarial Autárquico / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. A nova caracterização de empresas municipais, constituídas ao abrigo da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, afasta a aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, por força do disposto no seu art.º 2.º, al. b) que determina que o mesmo não se aplica aos organismos públicos dotados de personalidade jurídica, tenham ou não autonomia financeira, que revistam a forma, natureza e designação de empresa pública.
2. Porém, atentos os estatutos da empresa municipal, os termos e as cláusulas do Contrato Programa celebrado entre esta e o município, de acordo com a Directiva n.º 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho, a mesma não tem carácter comercial ou industrial e, por isso, é uma pessoa colectiva de natureza não empresarial, razão pela qual não há motivo para a excluir da aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, *ex vi* do art.º 3.º deste diploma legal.
3. Atendendo ao valor da aquisição das estruturas modelares, objecto do contrato de fornecimento, o procedimento de contratação que deveria ter sido adoptado seria o concurso público internacional (cfr. arts. 190.º, al. b), 80.º, n.º 1, 87.º, n.ºs 1 e 2 e 194.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e o limiar estabelecido pelo Regulamento (CE) n.º 1874/2004).



Tribunal de Contas

4. O concurso público quando obrigatório é elemento essencial da adjudicação, razão por que a sua preterição é geradora de nulidade da adjudicação, nulidade esta que se transmite ao contrato (art.º 133.º, n.º 1 e art.º 185.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo), a qual constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



**Mantido pelo acórdão n° 20/09,
de 02/06/09, proferido no
recurso n° 28/08**

ACORDÃO N° 113 /08 – 30. SET. – 1ª S/SS

Processo n° 893/2008

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

I – RELATÓRIO

A Sociedade “**VRSA – Sociedade de Gestão Urbana E.M., SA**” remeteu, para fiscalização prévia, o contrato de fornecimento de bens com prestação de serviços, celebrado em 8 de Julho de 2008 com a empresa “**CAPA – Engenharia e Construções Metalomecânicas S.A.**”, no valor de 398.840,00€, acrescido de IVA, tendo por objecto o “Fornecimento, montagem e transporte de módulos para o Centro de Dia, na freguesia de Vila Nova de Cacela, concelho de Vila Real de Santo António”.

II – MATÉRIA DE FACTO



Tribunal de Contas

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão como assentes:

- A) O contrato em apreço foi precedido de um procedimento com consulta prévia a 10 entidades;
- B) O critério de adjudicação é, unicamente, o do preço mais baixo;
- C) O procedimento foi autorizado por deliberação, de 4 de Março de 2008, do Conselho de Administração da Empresa Municipal “VRSA – Sociedade de Gestão Urbana E.M., SA”, reiterado por despacho do respectivo presidente, de 19 de Março de 2008;
- D) Das 10 entidades contactadas, apresentaram proposta duas delas;
- E) A abertura e análise das propostas ocorreram em 18 de Abril de 2008, data em que foi elaborado um relatório, nos termos do qual foi proposta a adjudicação à empresa “CAPA – Engenharia e Construções Metalomecânicas, SA”, por apresentar o preço mais baixo;
- F) O despacho de adjudicação foi proferido em 19 de Abril de 2008, após a escolha da proposta mencionada na alínea anterior;
- G) A Assembleia-Geral da Empresa Municipal referida na alínea C), aprovou, em 12 de Maio de 2008, a aquisição das estruturas modelares, prevendo o dispêndio de € 482.595,40;
- H) Questionada a Empresa Municipal acima referida sobre as razões pelas quais não foi adoptado o concurso público internacional, tendo em conta o valor da aquisição e o disposto no artigo 190º do DL nº 197/99 de 8 de Junho, veio a mesma a responder que não lhe era aplicável o DL nº 197/99, pelas razões que, em síntese, seguidamente se indicam:

1. É uma Empresa Municipal constituída ao abrigo da Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro, pelo que, de harmonia com o disposto no artigo 2º, alínea b) do Decreto-Lei nº 197/99 de 8 de Junho, este diploma não lhe é aplicável, na medida em que as empresas municipais, enquanto empresas públicas, encontram-se abrangidas pela parte final da alínea b), a qual determina que o Decreto-Lei nº 197/99 de 8 de Junho, não se



aplica aos organismos públicos dotados de personalidade jurídica, tenham ou não autonomia financeira, que revistam a forma, natureza e designação de empresa pública.

- 2. O artigo 12º do Regime Geral do Sector Empresarial Local aprovado pela Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro determina que as empresas municipais adoptem mecanismos de contratação que se mostrem idóneos para assegurar a igualdade de oportunidades aos interessados, tratando-se, assim, de cumprir exigências mínimas de transparência, não discriminação e de garantia de igualdade que não reclama a adopção de específicos procedimentos de adjudicação ou de selecção e, sobretudo, não exige o respeito escrupuloso da tramitação correspondente aos vários tipos de procedimentos previstos nas leis gerais de contratação pública.*
- 3. Face à urgência na contratação do fornecimento, montagem e transporte de módulos para o Centro de Actividades para Idosos, no âmbito do projecto Casa do Avô, foram convidadas 10 entidades a apresentar proposta, tendo todas estas entidades sido esclarecidas de que o critério de adjudicação corresponderia ao do preço mais baixo apresentado.*
- 4. Tratou-se de um procedimento apto a garantir a transparência, igualdade e concorrência na contratação de uma empresa municipal.*
- 5. A exigência de um concurso público “internacional” obstaria à instalação, em tempo útil, de um equipamento social, que se revela essencial e urgente.*
- 6. A proposta escolhida correspondeu à da entidade que apresentou o preço mais baixo, permitindo-se, assim, garantir a boa gestão dos dinheiros da VRSA – SGU.*

I) A “VRSA, Sociedade de Gestão Urbana, E.M. SA” foi constituída pelo Município de Vila Real de Santo António, em 13-5-2007, tendo por objectivo a melhoria da gestão urbana no Concelho e a melhoria do nível de vida das populações;



J) Em 16-7-2008, foi celebrado um Contrato Programa entre o Município de Vila Real de Santo António e a “VRSA, Sociedade de Gestão Urbana, E.M.,SA”, nos termos e com a cláusulas que constam do processo, e que aqui se dão por inteiramente reproduzidos, o qual tem por objecto “*a concretização do processo de cooperação humana, financeira e logística ... para a realização das seguintes acções: Abertura da Casa do Avô nas localidades de Vila Real de Santo António e Manta Rota*”.

III – O DIREITO

1. A matéria de facto, acima dada por assente, conduz a que se suscitem, no presente processo, essencialmente, três questões:

- a) Uma, consiste em saber se às empresas municipais são aplicáveis as disposições do DL n° 197/99 de 8 de Junho e/ou as Directivas Comunitárias sobre contratação pública;
- b) Outra, traduz-se em avaliar se, no caso vertente, e com o procedimento adoptado pela “VRSA – Sociedade de Gestão Urbana E. M., SA”, foram observadas as disposições legais aplicáveis à situação ora em causa;
- c) Finalmente, uma terceira que consiste em saber se, em caso de violação de alguma(s) das disposições legais aplicáveis, existem razões para que este Tribunal não conceda o “Visto” ao contrato, nos termos do artigo 44º, n°3, da Lei n° 98/97 de 26 de Agosto, ou o conceda com recomendações, usando a faculdade prevista no n°4, do mesmo normativo.

2. Vejamos, então, a primeira das questões enunciadas, ou seja a de saber se é aplicável às empresas municipais, o DL n° 197/99 de 8 de Junho e/ou as Directivas Comunitárias sobre contratação pública.

2. 1. Para obter resposta a esta questão, teremos de procurar, primeiramente, caracterizar a empresa “VRSA – Sociedade de Gestão Urbana E. M., SA”, que doravante designaremos por “VRSA, EM, SA”.



A empresa “VRSA, EM, SA”, com sede em Vila Real de Santo António, encontra-se registada na Conservatória do Registo Civil, Predial e Comercial da mesma localidade, e tem um capital social de € 1.181.000,00.

Como resulta dos seus Estatutos, a “VRSA, EM, SA” é uma **empresa municipal** encarregada da gestão de serviços de interesse geral e promoção de desenvolvimento local e regional, nos termos definidos nos artigos 18º e 21º da Lei nº 53-F/2006 e tem por **objecto** *propor, acompanhar e executar as políticas urbanísticas definidas no Plano Director Municipal, promover a regeneração urbana e rural, desenvolver uma política de solos eficiente, justa e equitativa, desenvolver programas de gestão urbana avançada e de regulação do mercado imobiliário e executar processos perequativos de benefícios e encargos no município de Vila Real de Santo António, promovendo o crescimento económico local e regional e o reforço da coesão económica e social, local e regional.*

2. 2. Sendo a empresa “VRSA, EM, SA” uma empresa municipal, importa, de seguida, definir o regime jurídico aplicável às empresas municipais, para, ulteriormente, saber se lhes é aplicável o regime do DL nº 197/99 de 8 de Junho.

As **empresas municipais** integram-se no *sector empresarial local*, de acordo com o disposto no artigo 2º, nº1, da Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro.

O regime jurídico **sector empresarial local** consta da referida Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro ¹ e aplica-se a todas as entidades empresariais constituídas ao abrigo das normas aplicáveis às associações de municípios e às áreas metropolitanas de Lisboa e Porto, de harmonia com o disposto no seu artigo 1º, nº2.

Conforme dispõe o artigo 3º, nº1, do mesmo diploma legal, são *empresas municipais*, as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais os municípios, possam exercer, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:

- Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto;

¹ Este diploma revogou a Lei nº 58/98 de 18 de Agosto.



- Direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou de fiscalização.

São, também, *empresas municipais*, nos termos do nº2, deste artigo 3º, as entidades com natureza empresarial, reguladas no capítulo VII, da mencionada Lei nº 53-F/2006. ²

No que concerne ao *objecto social*, as empresas municipais, segundo dispõe o artigo 5º, nº1, da citada Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro, têm obrigatoriamente como objecto, a exploração de actividades de interesse geral, a promoção do desenvolvimento local e regional e a gestão de concessões, sendo proibida a criação de empresas para o desenvolvimento de actividades de natureza exclusivamente administrativa ou de intuito predominantemente mercantil.

Por outro lado, e de acordo com o nº2, deste artigo 5º, não podem ser criadas, ou participadas, empresas municipais cujo objecto social não se insira no âmbito das atribuições da autarquia, ou associação de municípios respectiva.

A disciplina constante dos números acabados de citar é aplicável, por seu turno, à mera participação em sociedades comerciais, nas quais não exercem uma influência dominante, nos termos da referida Lei, tal como dispõe o nº3, do mesmo artigo 5º.

Relativamente ao respectivo *regime jurídico*, estipula o artigo 6º, da dita Lei nº 53-F/2006, que as empresas municipais se regem por esta Lei, pelos respectivos estatutos e, subsidiariamente, pelo regime do sector empresarial do Estado e pelas normas aplicáveis às sociedades comerciais.

² Refere-se o Capítulo VII da Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro (constituído apenas pelo artigo 33º), às **entidades empresariais locais**.
Dispõe este artigo 33º, o seguinte:

Artigo 33º
Constituição

- 1 – Os municípios, as associações de municípios e as áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto podem constituir pessoas colectivas de direito público, com natureza empresarial, doravante designadas “entidades empresariais locais”.
- 2 – O contrato de constituição das entidades empresariais locais deve ser reduzido a escrito, salvo se for exigida forma mais solene para a transmissão dos bens que sejam objecto de entradas em espécie.



Não despiciendas são, por outro lado, as normas dos artigos 10º e 12º desta Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro:

Efectivamente, de acordo com o disposto no nº1, do artigo 10º, as empresas municipais estão sujeitas às regras gerais de concorrência, nacionais e comunitárias.

Por seu turno, de harmonia com o nº1, daquele artigo 12º, e sem prejuízo do disposto nas normas comunitárias aplicáveis, as empresas municipais devem adoptar *mecanismos de contratação transparentes e não discriminatórios*, assegurando *igualdade de oportunidades* aos interessados.

O nº2, daquele artigo 12º, estipula, por seu lado, que à selecção das entidades privadas se aplicarão os procedimentos concursais estabelecidos no regime jurídico da concessão dos serviços públicos em questão e, subsidiariamente, nos *regimes jurídicos da contratação pública em vigor*, cujo objecto melhor se coadune com a actividade a prosseguir pela empresa.

2. 3. Vejamos, seguidamente, se é ou não aplicável às empresas municipais, e, designadamente, à empresa “VRSA, EM, SA”, o DL nº 197/99 de 8 de Junho.³

2. 3. 1. No que concerne ao *âmbito de aplicação pessoal*, o DL nº 197/99 de 8 de Junho contém duas normas - o artigo 2º e o artigo 3º - as quais, na parte que ora interessa abordar, dispõem assim:

Artigo 2º

Âmbito de aplicação pessoal

O presente diploma aplica-se às seguintes entidades:

- a) Estado;
- b) **Organismos públicos dotados de personalidade jurídica, com ou sem autonomia financeira, que não revistam natureza, forma e designação de empresa pú-**

³ Como é sabido, o DL nº 197/99 de 8 de Junho – diploma que estabelece o regime da realização de despesas públicas com locação e aquisição de bens e serviços da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e de serviços - veio a ser revogado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, diploma que aprovou o Código dos Contratos Públicos, sendo que tal Código só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam a natureza de contratos administrativos celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data (artigo 16º, nº1, do DL nº 18/2008).



- blica;⁴
- c) Regiões Autónomas;
 - d) Autarquias locais e entidades equiparadas sujeitas a tutela administrativa;
 - e) Associações exclusivamente formadas por autarquias locais e ou por outras pessoas colectivas de direito público mencionadas nas alíneas anteriores.

Artigo 3º

Extensão do âmbito de aplicação pessoal

1 – Ficam sujeitas às disposições do capítulo XIII do presente diploma as pessoas colectivas, sem natureza empresarial, que, cumulativamente, sejam:

- a) **Criadas com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral;**
- b) **Financiadas maioritariamente pelas entidades referidas no artigo anterior ou sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, direcção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de 50% designados por aquelas entidades.**

2.....

O artigo 2º do DL nº 197/99 de 8 de Junho é uma norma que foi emitida quando se encontrava em vigor o estatuto das empresas públicas, aprovado pelo DL nº 260/76 de 8 de Abril, pelo que a sua interpretação deve, actualmente, ser feita tendo em conta a evolução legislativa entretanto ocorrida.

Efectivamente, o DL nº 260/76 de 8 de Abril foi revogado pelo DL nº 558/99 de 17 de Dezembro⁵ o qual, como consta do respectivo preâmbulo, por constatar a inadequação do DL nº 260/76 e porque ao mesmo só já estava sujeito um grupo muito reduzido de empresas, procedeu “à redefinição do conceito de empresa pública, aproximando-o daquele que lhe é fornecido no direito comunitário, opção que implica um significativo aumento do universo das empresas abrangidas”.

Segundo o disposto no artigo 3º, nº1, do DL nº 558/99 de 17 de Dezembro, consideram-se *empresas públicas* as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas

⁴ Negrito nosso.

⁵ O DL nº 558/99 de 17 de Dezembro foi alterado pelo DL nº 300/2007 de 23 de Agosto, diploma que procedeu à republicação do citado DL nº 558/99.



Tribunal de Contas

estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante.

Ora, sendo a empresa “VRSA, EM, SA” uma empresa municipal, constituída nos termos da Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro, logo se conclui que a mesma corresponde a um novo desenho de empresa pública, integrando-se no designado *sector empresarial local*.

Na verdade, e como se disse acima, estabelece-se no artigo 3º, nº1, da Lei nº 53-F/2006 que são *empresas municipais* as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais os municípios possam exercer, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante, em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:

- Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto;
- Direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou de fiscalização.

Esta caracterização das empresas municipais, que corresponde a um modelo que se integra na nova configuração da noção de empresas públicas, afasta a aplicação do DL nº 197/99 de 8 de Junho, por força do disposto na alínea b), do seu artigo 2º.

Tem, assim, razão, a empresa municipal “VRSA, EM, SA”, quanto à inaplicabilidade do DL nº 197/99 de 8 de Junho, por força do disposto no seu artigo 2º, alínea b).

2. 3. 2. Vejamos, porém, se a empresa municipal “VRSA, EM, SA” se pode excluir da aplicação do mencionado DL nº 197/99 de 8 de Junho, atento o disposto no supra referido artigo 3º, deste diploma, disposição que, como vimos, trata da extensão do âmbito de aplicação pessoal do referido Decreto-Lei.

Como se salientou no Acórdão da 1ª Secção (em Plenário), deste Tribunal, nº 6/07, de 2 de Maio de 2007,⁶ as entidades susceptíveis de cair no âmbito de aplicação do artigo 3º não são, necessariamente, as que já cabem no âmbito de aplicação do artigo 2º.

⁶ Entendimento reafirmado no Acórdão nº 110/08, de 22 de Setembro de 2008, da mesma Secção, em subsecção.



Tribunal de Contas

Estar fora do âmbito do artigo 2º, não parece servir de argumento para reforçar o entendimento de não cair no domínio de aplicação do artigo 3º.

Não cair no artigo 2º é, antes, a primeira condição para poder cair no âmbito do artigo 3º.

Não se olvida que, face à letra da parte final da al. b) do artigo 2º, do citado DL nº 197/99, a expressão “*peças colectivas sem natureza empresarial*”, constante do nº1, do artigo 3º, do mesmo diploma legal, introduz um elemento de perturbadora ambiguidade.

Há, todavia, que procurar reconstituir o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e as circunstâncias em que a lei foi elaborada, de acordo com as regras de interpretação da lei, estabelecidas no artigo 9º, nº1, do Código Civil.

A inclusão, no nº1 do citado artigo 3º, das “*peças colectivas sem natureza empresarial*” significa, por interpretação *a contrario*, que ficam excluídas do seu âmbito as *peças colectivas com natureza empresarial*.

Ora, este conceito não coincide, necessariamente com as peças colectivas que revistam “*natureza, forma e designação de empresas públicas*”.

Como, igualmente, salienta o Acórdão nº 6/07 de 2 de Maio de 2007, atrás citado, é certo que, ao fazer a transposição de idênticas normas comunitárias,⁷ o DL nº 59/99 de 2 de Março contém *ipsis verbis* o inciso “***sem carácter comercial ou industrial***”,⁸ enquanto o legislador do DL nº 197/99 de 8 de Junho optou pela expressão “*sem natureza empresarial*”.

Ao caracterizar os organismos de direito público, para o efeito de os submeter ao regime dos contratos públicos de serviços ou ao regime das empreitadas de obras públicas, o inciso que ambas as Directivas retêm é, todavia, aquele e não este (vejam-se os artigos 1º, al. b) quer da Directiva nº 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho, - relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços - quer da Directiva nº 93/37/CEE, do Conselho, de 14 de Junho – relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas -).

⁷ As Directivas nºs 93/37/CE, do Conselho, de 14-6-93, (no que se refere ao DL nº 59/99 de 2 de Março) e a Directiva nº 92/50/CEE, do Conselho, de 18-6-92 (no que respeita ao DL nº 197/99 de 8 de Junho).

⁸ Negrito nosso.



Tribunal de Contas

O DL n° 197/99 de 8 de Junho, evitando copiar a letra da Directiva n° 92/50/CEE, não quis afastar-se do sentido e alcance da expressão que a mencionada Directiva reteve.

Ora, não se afastando, a expressão “*sem natureza empresarial*” corresponde à expressão “*Sem carácter comercial ou industrial*”.

Aliás, em favor da unidade de interpretação das duas expressões, depõe a circunstância de ter sido unificada a lista apresentada pelos Países, ao abrigo do referido artigo 1º, al. b), ⁹ lista esta que, em face da revogação constante do seu artigo 36º, passou também a vigorar para a Directiva n° 92/50/CEE.

Embora da lista que Portugal apresentou, não seja completamente evidente que o nosso País tenha interpretado as Directivas, como dirigidas às entidades do sector público empresarial, o certo é que, como se mostra da alínea b), do mencionado artigo 1º, as listas, devendo ser “*tão completas quanto possível*”, **não são exaustivas**, o que significa que, em última análise, o que deve prevalecer é o entendimento que consintam as normas nacionais que operaram a transposição das Directivas.

A alínea b) do artigo 2º do DL n° 197/99 de 8 de Junho, ao invés de constituir reforço do disposto no n°1, do artigo 3º, pode com este articular-se na base de que, não estando as entidades públicas empresariais e as empresas públicas obrigadas a aplicar o diploma na sua totalidade, nos termos do artigo 2º, tal não exclui que algumas empresas – designadamente as empresas pertencentes ao sector empresarial local – sejam dele destinatárias, nos restritos termos previstos no artigo 3º.

Aliás, tal aplicação à empresa municipal “VRSA, EM, SA”, no caso vertente, não será posta em causa pelo artigo 10º, n°1, da Lei n° 53-F/2006 de 29 de Dezembro, de acordo com o qual as empresas municipais “*estão sujeitas às regras gerais de concorrência, nacionais e comunitárias*”.

Na verdade, não faz sentido interpretar o n°1 do artigo 3º do DL n° 197/99 como dirigido às pessoas colectivas sem natureza empresarial, no sentido da al. b) do artigo 2º, do mesmo diploma, pois que esta norma, a tais entidades, manda aplicar o mesmo DL n° 197/99, sem quaisquer restrições.

Citando ainda o aresto, a que acima fizemos referência, dir-se-á que o que a norma do artigo 3º do DL n° 197/99 de 8 de Junho parece acolher é que no

⁹ Veja-se o Anexo 1 à Directiva n° 93/37/CEE.



Tribunal de Contas

sector empresarial público há uma distinção a fazer, conforme as entidades que nele se integram tenham, ou não, natureza empresarial, sendo que apenas estas últimas estão sujeitas às disposições do Capítulo XIII do mesmo diploma legal.

Esta distinção remete-nos, porém, para a questão de saber o que se entende por *pessoa colectiva sem natureza empresarial*”, para os fins do mencionado artigo 3º e, concretamente, saber se a empresa municipal “VRSA, EM, SA” tem ou não natureza empresarial.

Tal questão, surgindo, embora, no âmbito do nº1, do artigo 3º do DL nº 197/99 - norma que se reporta, manifestamente, ao conceito de *organismo de direito público* presente na alínea b) do artigo 1º da Directiva nº 92/50/CEE – não pode ser desligada da caracterização que, a este conceito, vem sendo feita pela jurisprudência comunitária.

Como se disse, a Directiva dos contratos públicos de serviços aplica-se, além de a outras entidades públicas, aos “*organismos de direito público*“, com personalidade jurídica e “*sem carácter industrial ou comercial*”, verificados os demais requisitos que a Directiva enuncia na mencionada alínea b), e a que se referem as alíneas a) e b) do nº1, do artigo 3º do DL nº 197/99.

Ora, a jurisprudência comunitária tem vindo a ser, reiteradamente, no sentido de que, à luz do duplo objectivo de garantia da concorrência e da transparência, prosseguido pelas Directivas nºs 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, **o conceito de *organismo de direito público* deve ser entendido em sentido amplo e deve ser objecto de uma interpretação funcional.**

Foi, aliás, nesta perspectiva que, como se disse no Acórdão de 15-5-2003, ¹⁰ “*para resolver a questão da qualificação eventual como organismos de direito público de diversas entidades de direito privado, o Tribunal de Justiça se limitou, seguindo uma jurisprudência constante, a verificar unicamente se estas entidades reuniam as três condições cumulativas enunciadas no artigo 1º, al. b), 2º parágrafo, das Directivas nºs 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, considerando que o modo de constituição da entidade em causa era indiferente*”.

¹⁰ No processo da Comissão contra o Reino de Espanha, C – 214/00, citado no referido Acórdão nº 6/07 de 2-5-2007, da 1ª Secção do Tribunal de Contas.



Tribunal de Contas

E mais se escreveu nesse aresto, que “*o efeito útil das Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, como da Directiva nº 89/665CEE -| esta, tendo por objecto a regulação dos recursos interpostos contra decisões das entidades adjudicantes às quais aquelas Directivas se apliquem |- não ficaria plenamente salvaguardado se a aplicação destas Directivas a uma entidade que preenchesse os três requisitos já referidos, pudesse ser afastada pelo mero facto de a sua forma e o seu regime jurídico serem, nos termos do direito nacional a estivesse sujeita, de direito privado*”.

Nesta conformidade, e quanto à questão da concretização do inciso “*sem carácter industrial ou comercial*” a jurisprudência comunitária vem propendendo para que se devam analisar todos os elementos de facto e de direito relativos à criação do organismo, ao seu objecto e às condições em que exerce a sua actividade.

Assim, a favor do carácter industrial ou comercial hão-de depor circunstâncias como uma concorrência desenvolvida, (Acórdão do T. J. de 27-02-2003, in Proc. C-373/00) a oferta de bens e serviços em condições normais de mercado, o fim lucrativo a título principal, a assunção dos riscos inerentes à actividade, o não financiamento público da actividade desenvolvida (Acórdão do Tribunal de Justiça de 22-5-2003, in Proc. C-18/01).

Ora, atentos os Estatutos da “VRSA, Sociedade de Gestão Urbana E.M., SA”, bem como os termos e as cláusulas constantes do Contrato Programa referido na alínea **J**) do probatório, e, designadamente:

- O objecto da “VRSA, EM, SA”;
- A delegação de poderes efectuada pelo Município de Vila Real de Santo António, ao abrigo do artigo 17º da Lei nº 53-F/2006 de 29 de Dezembro, para o desenvolvimento do projecto e abertura da Casa do Avô nas localidades de Vila Real de Santo António e Manta Rota;
- O financiamento do Município de Vila Real de Santo António aos serviços de interesse geral que constituem o objecto e a missão da “VRSA, EM, SA”;
- Ser objectivo prioritário da “VRSA, EM, SA” a prestação de serviços de interesse geral, concretizando acções de cooperação humana, financeira e logística, com equilíbrio financeiro, o que não corresponde à busca do lucro;

Pode concluir-se que a “VRSA, Sociedade de Gestão Urbana, E.M., SA”, de acordo com a Directiva nº 92/50/CEE, não tem carácter comercial ou industrial e, por isso, é uma pessoa colectiva de natureza não empresarial.



Tribunal de Contas

Por estas razões, motivo não há para a excluir da aplicação do disposto no DL n° 197/99 de 8 de Junho.

3. Uma vez assente a sujeição ao regime do DL n° 197/99 de 8 de Junho e das Directivas supra referidas, vejamos, de seguida, a segunda questão elencada, ou seja a de saber se o procedimento adoptado pela “VRSA, EM, SA” observou as disposições legais aplicáveis.

Como se viu acima, o contrato submetido a fiscalização prévia deste Tribunal foi precedido de um procedimento com consulta prévia a dez entidades.

Por outro lado, a Assembleia-Geral da “VRSA, EM, SA” aprovou, em 12-5-2008, a aquisição das estruturas modelares – objecto do presente contrato – prevendo o dispêndio de € 482.595,40 sendo que o contrato veio a ser celebrado pelo valor de € 398.840,00.

Ora, atendendo ao valor da aquisição, o procedimento de contratação que deveria ter sido adoptado na situação vertente, seria o **concurso público, com publicitação internacional**, face ao disposto nos artigos 190°, al. b), 80°, n°1, 87°, n°s 1 e 2 e 194°, n°1 do DL n° 197/99 de 8 de Junho e ao limiar estabelecido pelo Regulamento (CE) n°1874/2004.

Não tendo sido adoptado este tipo de procedimento, violou a entidade adjudicante as disposições legais atrás mencionadas.

4. Vejamos, finalmente, a terceira questão enunciada, ou seja a das consequências da violação das normas referidas no número anterior e a sua incidência na decisão do Tribunal de Contas relativamente à concessão, ou não, do “Visto” ao presente contrato, ou à sua concessão com recomendações, no uso da faculdade prevista no n°4, do artigo 44°, da Lei n° 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC).

4. 1. No caso em apreço, não está em causa nenhuma situação subsumível ao disposto na alínea b), do n°3, do artigo 44°, da Lei n° 98/97 de 26 de Agosto, uma vez que não estamos perante a contracção de encargos sem



Tribunal de Contas

cabimento em verba orçamental própria ou a violação directa de normas financeiras.

Coloca-se, então, a questão de saber se se verifica algum dos fundamentos previstos nas alíneas a) ou c) do mesmo normativo.

Como se apontou no ponto 3., da parte III deste Acórdão, o procedimento adoptado, no caso vertente, para a adjudicação do fornecimento de bens, com prestação de serviços, não tendo sido o concurso público, originou a violação do disposto nos artigos 190º, al. b), 80º, nº1, 87º, nºs 1 e 2 e 194º, nº1 do DL nº 197/99 de 8 de Junho e o limiar estabelecido pelo Regulamento (CE) nº 1874/2004.

Tal ilegalidade transmite-se ao próprio contrato, como resulta do disposto no artigo 185º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

A ilegalidade dos actos administrativos é geradora de *nulidade* (artigo 133º do CPA) ou de *anulabilidade*, dos mesmos actos (artigo 135º do mesmo CPA).

Estaremos perante uma ilegalidade do acto administrativo geradora de **nulidade** (fundamento de recusa de visto a que alude a al. a), do nº3, do referido artigo 44º da LOPTC) se ocorrer uma das seguintes situações:

- a) O vício estar incluído no elenco dos actos indicados no nº2, do artigo 133º do CPA;
- b) Existir qualquer outro dispositivo legal que, para aquele vício, comine, expressamente, essa forma de invalidade (artigo 133º, nº1, do CPA);
- c) O acto de adjudicação não conter todos os elementos essenciais, considerando-se “*elementos essenciais*” todos os elementos cuja falta se consubstancie num vício do acto que, por ser de tal modo grave, torne inaceitável a produção dos respectivos efeitos jurídicos, devendo essa gravidade ser aferida em função da *ratio* que preside àquele acto de adjudicação ¹¹ (vide o artigo 133º, nº1, 1ª parte, do CPA).

¹¹ Neste sentido, vide o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 36/2005, de 28-4-2005, publicado no *Diário da República*, II série, de 25-5-2005 e Vieira de Andrade, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº43, pág. 46, em anotação ao acórdão do STA (Pleno) de 30-5-2001, proferido no Proc. nº22 251.



Tribunal de Contas

No caso em apreço, o vício de que padece o acto administrativo não está previsto em qualquer das alíneas do nº2, do artigo 133º do CPA, sendo certo, por outro lado, que não existe qualquer outra disposição legal que comine expressamente essa forma de invalidade.

Importa, pois, saber se o acto de adjudicação, aqui em causa, contém todos os seus elementos essenciais, no sentido que acabámos de apontar.

Ora, afigura-se-nos que a resposta a tal questão só pode ser negativa.

É que, no caso vertente, o procedimento aplicável era o *concurso público internacional*, nos termos dos artigos 80º, nº1, 87º, nºs 1 e 2, 190º, al. b) e 194º, nº1, todos do DL nº 197/99 de 8 de Junho, sendo que o procedimento adoptado foi o de consulta prévia a dez entidades.

Estamos, assim, em presença de um acto de adjudicação que, por ter sido antecedido de um procedimento que primou pela ausência de concorrência, quando o procedimento aplicável era um procedimento que tem por *ratio* a concorrência, está eivado de um vício de tal modo grave, que torna inaceitável a produção dos seus efeitos jurídicos, sendo, por isso, **nulo**.¹²

Ora, como é jurisprudência constante e unânime, deste Tribunal, o concurso público quando obrigatório, é elemento essencial da adjudicação, motivo por que a sua preterição é geradora de nulidade da adjudicação (artigo 133º, nº1, do CPA), nulidade esta que se transmite ao contrato (artigo 185º, nº1 do CPA), a qual constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44º, nº3, alínea a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.¹³

Com o que se disse, prejudicada fica a análise da verificação do eventual preenchimento do fundamento de recusa de visto a que alude a alínea c) do nº3, do mesmo artigo 44º.

¹² Tenha-se em conta que o **acto nulo**, ao contrário do *acto anulável*, não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade (artigo 134º, nº1 do CPA).

¹³ Vejam-se, a título de exemplo os Acórdãos deste Tribunal nºs 8/2004, de 8 -6-2004 (1ª Sec./PI); 4/2005, de 22-2-2005 (1ª Sec/PI); 16/2007, de 29-1-2007 (1ª Sec/SS); 131/2007 de 15-11-2007 (1ª Sec/SS); 4/08 de 12-2-2008 (1ª Sec/PI).



IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, em recusar o visto ao contrato, nos termos do artigo 44º, nº3, alínea a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

São devidos emolumentos (artigo 5º, nº3, do Regime Jurídico anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 30 de Setembro de 2008

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(João A. Gonçalves Figueiredo)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto