



## ACÓRDÃO Nº 50/2011 - 21/06 – 1ª SECÇÃO/SS

### PROCESSO Nº 1814/2010

#### I. DESCRITORES:

- Contratação «*in house*», eventual e respetiva verificação no procedimento em apreço e consequências jurídicas extraíveis;
- Forma de prestação de caução;
- Pagamentos antes do Visto e consequências legais;

#### II. SUMÁRIO:

##### 1.

##### a.

Atento o teor da norma contida no art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do Código dos Contratos, a verificação da relação «*in house*» subordina-se à ocorrência, **de modo cumulativo e permanente**, dos seguintes requisitos:

- Exercício, pela entidade adjudicante e sobre a adjudicatária, de um controlo análogo ao exercido por aquele sobre os seus próprios serviços e que
- a entidade adjudicatária realize o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante que a controla;

##### b.

E, na explicitação do conceito “*controlo análogo*”, dir-se-á que este se substancia, ainda, pela circunstância de a entidade adjudicante exercer sobre a entidade



# Tribunal de Contas

---

submetida ao seu controlo um poder de direção, a concretizar na definição da respetiva estratégia e orientação decisória;

## 2.

A participação maioritária do capital público em ente coletivo [a par de participações maioritárias privadas] não traduz, necessariamente, o controlo, em absoluto, da atividade empresarial desenvolvida por este último;

## 3.

Embora seja aceitável a associação de entidades privadas à satisfação de necessidades públicas, na ausência dos pressupostos a que alude o art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do Código dos Contratos Públicos, impõe-se a observância rigorosa dos princípios estruturantes da contratação pública e onde pontificam os princípios da igualdade, da concorrência e da transparência;

## 4.

De acordo com o disposto nos art.ºs 88.º, n.º 1 e 90.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, **a caução exigível no domínio de contratos** que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante é prestada mediante depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou através de garantia bancária ou seguro-caução, não se admitindo que tal prestação opere com recurso à entrega de títulos representativos do capital social de uma Cooperativa.

## 5.

Por força do art.º 45.º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26.08, mostra-se vedada a realização de pagamentos antes da concessão do Visto ao contrato submetido ou a submeter a fiscalização prévia por parte do Tribunal de Contas;



# Tribunal de Contas

---

A violação daquela norma gera responsabilidade financeira com natureza sancionatória, ainda ao abrigo do art.º 65.º, n.º 1, al. b), da referida Lei n.º 98/97, de 26.08;

## 6.

A ausência de concurso, se obrigatório, integra a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que, por seu lado, induz a nulidade a que se reporta o art.º 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo;

Tal nulidade é, ainda, geradora da invalidade do contrato;

## 7.

Segundo o art.º 44.º, n.º 3, da Lei n.º 98/97, de 26.08, a nulidade e ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro do contrato constituem fundamento de recusa do Visto.

**O Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás**



# Tribunal de Contas

Transitou em julgado em 11/07/11

## ACÓRDÃO N.º 50/2011 - 21/06/2011 – 1ª SECÇÃO/SS

### PROCESSO Nº 1814/2010

#### I. RELATÓRIO

A **Associação de Municípios do Vale do Ave** [abreviadamente, *AMAVE*] remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de prestação de serviços para a Coordenação da Execução Física e Financeira do Projecto “*VARD/SAMA 1/2007-Eixo 5-ON 2-N.º 5-8-20-7-1223*” e, bem assim, para a Execução Física e Financeira de Diversas componentes do Projecto, celebrado, em 24.07.2009, com a “*Régie Cooperativa VARD 2015 - Vale do Ave Região Digital, Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada*”, no valor de € 1 066 446,29.

#### II. DOS FACTOS

Para além da materialidade referida em I., consideram-se assentes, com relevância, os seguintes factos:

##### 1.

Em 25.06.2008, foi constituída a “*VARD 2015 - Vale do Ave Região Digital, Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada*” [abreviadamente, *VARD 2015* ou *Cooperativa*], visando, **estatutariamente**, a formação da concepção, criação e gestão do Programa “*Vale do Ave Região Digital*”, no sentido



# Tribunal de Contas

---

do desenvolvimento sustentado dos eixos sociais, económicos e culturais e referente aos municípios do Vale do Ave;

## 2.

### a.

Nos termos dos Estatutos da Cooperativa referida em 1. [vd. art.º 5.º], o capital social inicial foi subscrito pelo modo seguinte:

- *AMAVE* - € 3 000,00;
- Universidade do Minho - € 500,00;
- Centro de Computação Gráfica de Guimarães - € 500,00;
- *AVEPARK* – Parque de Ciência e Tecnologia, S.A. -- € 1 000,00;

### b.

A **Universidade do Minho** é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia financeira, patrimonial, administrativa e cultural, ao passo que a **AMAVE** é uma associação pública integrada por municípios;

Por sua vez, o **Centro de Computação Gráfica de Guimarães** é uma associação científica, tecnológica e de formação, sem fins lucrativos e de natureza privada, integrada por entes de carácter público [ex.: Câmara Municipal de Guimarães, *AMAVE*, Universidade do Minho...] e por entidades colectivas de natureza exclusivamente privada [ex.: *Cunha e Gomes, Lda.*, *Caso Consultores, CVR – Centro de Valorização de Resíduos, Sismodular, Eng.ª,Lda.*, *Ultraforma, Lda.*...];

Por último, a *AVEPARK* – Parque de Ciência e Tecnologia, S.A., E.M., é uma empresa municipal que tem por objecto a gestão e exploração de parques de ciência e tecnologia e outras actividades consideradas acessórias ao seu objecto social e é integrada pelos accionistas, a saber:



- Município de Guimarães;
- Universidade do Minho;
- *ACIG* – Associação Comercial e Industrial de Guimarães, pessoa colectiva de direito privado;
- e
- Associação Industrial do Minho, pessoa colectiva de direito privado [vd. Relatório, 4.<sup>a</sup> Informação, do processo].

### 3.

A *AMAVE* e os municípios de Mondim de Basto, Vieira do Minho, Póvoa do Lanoso, Fafe, Guimarães, Vizela, Vila Nova de Famalicão e Cabeceiras de Basto celebraram, em 10.10.2008, um contrato com a Autoridade de gestão do Programa Operacional Regional do Norte 2007-2013-ON 2, que tem por objecto a concessão de uma participação financeira do *FEDER*, destinada a financiar a operação designada “*Vale do Ave Região Digital*”, no valor de € 1 782 738,90;

Tal montante destina-se a custear a prestação de serviços titulada pelo contrato ora submetido a fiscalização prévia [vd. I.] e do qual foram outorgantes a Associação de Municípios do Vale do Ave e a “*Régie Cooperativa – VARD 2015 – Vale do Ave Região Digital, Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada*”;

### 4.

A celebração do contrato submetido a “Visto” assenta em autorização contida na deliberação do Conselho Directivo da Associação de Municípios do Vale do Ave [abreviadamente: *AMAVE*], de 21.07.2009;

No domínio desta deliberação, e invocando o instituto da “*contratação «in house»*”, estabelece-se, ainda, a atribuição da gestão e execução física e financeira de componentes do Projecto “*VARD/SAMA 1/2007*” à “*Régie Cooperativa VARD 2015*” e mediante recurso ao ajuste directo;



5.

A prestação de serviços objecto do contrato ora submetido a Visto teve início em momento posterior à celebração daquele;

6.

Em 21.02.2011, e por conta do contrato sob fiscalização prévia, a *AMAVE* já havia efectuado pagamentos no montante de € 785 499,38;

7.

A caução [vd. art.º 88.º e seguintes, do *C.C.P.*] foi prestada mediante entrega de títulos representativos do capital social da Cooperativa *VARD 2015*, ora co-contratante.

### III. O DIREITO

A materialidade junta ao processo, no confronto com a legislação aplicável, obriga, «*in casu*», a que ergamos, para apreciação e centralmente, as seguintes questões:

- Da contratação «*in house*», respectiva [in]verificação no procedimento em apreço e consequências jurídicas extraíveis;
- Da forma de prestação de caução;
- Pagamentos antes do Visto e consequências legais.

Passaremos à necessária análise.

#### A. Da contratação «*in house*».



**O caso em apreço** [subordinação ao regime de contratação previsto na parte II., do Código dos Contratos Públicos?]

## 1. Do Instituto “*contratação «in house»*”.

### Requisitos.

#### 1.1.

**Sob a epígrafe “*contratação excluída*”, o art.º 5.º, do C.C.P., dispõe:**

“(…)”

2. *A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar pelas entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:*

- a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e*
- b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior (...).”*

Ou seja, e indo ao encontro da norma contida no transcrito preceito, **a verificação, necessariamente, cumulativa dos pressupostos ali [als. a) e b)] enunciados** dispensa a entidade adjudicante da submissão às regras da Contratação Pública, a que se reporta a Parte II, do C.C.P., e que constam do art.º 16.º e seguintes, deste mesmo diploma legal.





# Tribunal de Contas

---

Como é sabido, e a melhor doutrina<sup>1</sup> também o assinala, a questão das relações “*in house*”, sob o impulso das instâncias comunitárias [entre outras, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, abreviadamente, *T.J.C.E.*], tem vindo a erguer-se como temática de abundante e intensa análise, a que não será alheia “*a tensão latente entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*”, inerente às relações “*in house*”. Na explicitação do afirmado, diremos que, em regra, a Administração, sempre que necessite de bens ou serviços deverá dirigir-se ao mercado, cumprindo, assim, as normas – art.<sup>os</sup> 12.<sup>o</sup>, 43.<sup>o</sup>, 49.<sup>o</sup> e 86.<sup>o</sup> - do Tratado C.E. e atinentes à salvaguarda de uma dinâmica concorrencial de mercado e, decorrentemente, dos princípios da igualdade e transparência.

Daí que, e abreviadamente, diremos que a disciplina contida no citado art.<sup>o</sup> 5.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, do *C.C.P.*, traduz uma clara exceção ao ordenamento geral aplicável.

## 1.2.

Conforme jurisprudência do *T.J.C.E.* [vd. o denominado processo “*Teckal*”, com o n.<sup>o</sup>C-107/98], verifica-se a relação «*in house*», legitimadora do não apelo ao procedimento pré-contratual de natureza concursal para fornecimento de bens ou serviços, por parte da entidade adjudicante, sempre que a entidade adjudicatária, embora distinta daquela no plano formal, não seja da mesma autónoma no âmbito decisório.

Por outro lado, e ainda de acordo com o referido Tribunal de Justiça, a verificação da relação “*in house*” subordina-se à ocorrência, de modo cumulativo e permanente, dos seguintes requisitos:

- Exercício, pela entidade adjudicante e sobre a adjudicatária, de um **controlo análogo ao exercido por aquela sobre os seus próprios serviços**

e que

---

<sup>1</sup> Vd. Bernardo Azevedo, Estudo Sobre “Contratação in house: Entre a liberdade de Auto-Organização Administrativa e a Liberdade de Mercado”.



- A entidade adjudicatária realize o essencial da sua actividade para a entidade adjudicante que a controla.

Tais pressupostos [da relação «*in house*»] constam também do mencionado art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01, normaçaõ essa que, como já sublinhámos, **constitui uma derrogação excepcional das regras da contratação pública e, naturalmente, devem ser objecto de interpretação restritiva<sup>2</sup>, em preservação do princípio da concorrência.**

O Código de Contratos Públicos não densifica o conteúdo daqueles requisitos, o que obriga a um esforço de interpretação casuístico, em que concorrerão a factualidade pertinente e, ainda, a legislação e jurisprudência comunitárias ajustáveis.

## 1.2.1.

Tal como refere Bernardo Azevedo<sup>3</sup>, a existência de uma posição de sujeição ou de subordinação da entidade adjudicatária em relação à entidade adjudicante, retirando àquela autonomia decisória e submetendo-a à orientação desta última, já denuncia a substanciação do conceito “*controllo análogo*” constante do art.º 5.º, n.º 2, do C.C.P. .

No entanto, e ainda na pegada daquele autor, a relação de “*controllo análogo*”, estabelecida entre a entidade adjudicante e uma outra dela distinta formalmente, exige o designado poder de “*indirizzo*” [expressão de R. Perin/D.Casalini] ou um adstringente poder de direcção [vd. R. Ursi] sobre a entidade submetida ao seu poder de controlo, um poder que, ainda nas palavras de Bernardo Azevedo, viabilize o exercício **de uma influência determinante no âmbito da estratégia e decisão da organização «*in house*»**. Só, deste modo, é sustentável que a

---

<sup>2</sup> Cf., ainda, Bernardo Azevedo, em “Estudo” já identificado.

<sup>3</sup> Vd. Estudos da Contratação Pública I, fls.126.



entidade controlada [e também adjudicatária] se assuma como uma estrutura interna da entidade adjudicante, erguendo-se, afinal, e na expressão de S. Columbari, como uma simples relação de “*delegação interorgânica*”. Ou seja, e convocando aqui, o juízo formulado no aresto recorrido, “a entidade adjudicatária comportar-se-á como mero instrumento de concretização da vontade do adjudicante, não tendo autonomia real, nem vontade negocial própria.

E, a propósito, adianta, também, Pedro Gonçalves<sup>4</sup> que na “*relação*” sob análise, a entidade dominada ou adjudicatária não goza “*de uma margem de autonomia decisória sobre aspectos relevantes da sua vida, relacionados, por exemplo, com a estratégia concorrencial a seguir, as actividades a desenvolver, endividamentos a contrair ...*”, estando a entidade adjudicante, por sua vez, em condições de fixar a orientação geral da empresa, atribuindo-lhe o capital de dotação, assegurando a cobertura de eventuais custos sociais, verificando o resultado da gestão e exercendo supervisão estratégica”.

## 1.2.2.

Prosseguindo a dilucidação do conceito legal de “*controlo análogo*”, agora no apelo à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, destacaremos, pela sua relevância e aplicação:

- **O acórdão de *Teckal***, de Novembro de 1999, o qual impõe as regras da contratação pública quando uma autarquia local ou regional celebre um contrato oneroso com entidade dela distinta no plano formal e autónoma no plano decisório;
- **O acórdão “*Stadt Halle*”**, de Janeiro de 2005, o qual, para além de confirmar a orientação seguida na decisão que antecede, refere que **a participação, ainda que minoritária**, de uma empresa privada no capital de uma sociedade em que participa, também, uma entidade adjudicante exclui a

---

<sup>4</sup> Vd. Regime Jurídico das Empresas Municipais.



possibilidade de esta última exercer sobre aquela sociedade um controle análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

- **O acórdão “Comissão V. Espanha “de Janeiro de 2005**, vinca que o Reino de Espanha, **ao não incluir na sua legislação** as relações estabelecidas entre as Administrações Públicas e, de um modo geral, as entidades de direito público não comerciais, **não transpôs**, com correcção, as directivas de 1993;
- **Também o acórdão “Coname” , de Julho de 2005 e o Acórdão “Parking Brixten”**, seguindo a orientação vertida no acórdão “Teckal”, sublinham, ainda, que o controlo análogo deverá materializar-se na faculdade de uma entidade adjudicante influenciar, **de um modo determinante**, as decisões a tomar pela entidade adjudicatária, seja no plano dos objectivos estratégicos, seja no âmbito da opção das demais orientações de cariz gestor;
- **O acórdão “Carbotermo”, de Maio de 2006**, para além de reafirmar a doutrina expressa no acórdão “Teckal” , adianta que a circunstância de a entidade adjudicante deter, isolada ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária **tende apenas a indicar, sem ser decisiva**, que esta entidade adjudicante exerce sobre tal sociedade um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços;
- **O acórdão “Asemfo/Trassa”, de Abril de 2007, e o Acórdão “Comissão V. Itália2, de Abril de 2008**, confirmam e decalcam a orientação decisória constante dos acórdãos “Teckal” e “Stadt Halle” ;
- **Por fim, o acórdão “Coditel” de Novembro de 2008, e o acórdão “Comissão V. República Federal da Alemanha”**, de Junho de 2009, prosseguem, também, a orientação vertida no acórdão “Teckal”, sendo que, a dado passo do primeiro, se escreve *“ter-se por excluído que uma autoridade pública concedente exerça sobre uma autoridade concessionária um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços, caso uma empresa privada detenha uma participação no capital dessa entidade”*.



E, ainda no reforço da explicitação do conceito de “*controlo análogo*”, não deixaremos de citar Bernardo de Azevedo, o qual, em “*Estudos da Contratação Pública*”, escreve:

*“Não basta, para poder afirmar esta ideia de dependência decisória da organização “in house” por relação à entidade adjudicante, que esta última, no caso de sociedades participadas, ainda que integralmente, por capitais públicos, detenha a maioria do capital social, uma vez que o exercício, em sede de assembleia-geral, dos direitos de accionista, nos termos da Lei Comercial, pode não se afigurar suficiente para garantir um controlo efectivo sobre as escolhas mais relevantes da entidade controlada”.*

Exige-se, pois, o denominado equilíbrio de “*governance*” que assegure a efectiva e determinante influência do ente público sobre as opções de gestão da pessoa colectiva ou sociedade em causa.

Explicitado o conceito legal de “*controlo análogo*” à luz da normação aplicável, doutrina e jurisprudência [do T.J. C.E.] atinentes, vejamos, agora, e «*in casu*» se entre a entidade adjudicante [AMAVE] e a entidade adjudicatária ou cocontratante [Régie Cooperativa VARD 2015- Vale do Ave Região Digital, Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada] ocorre a denominada relação «*in house*», legitimadora da não aplicação das regras da contratação pública à formação dos contratos a celebrar pela primeira.

Tal exercício determinará, naturalmente, a consideração da factualidade dada como provada e, bem assim, o enquadramento normativo, doutrinário e jurisprudencial do conceito “*controlo análogo*”, ou, mais latamente, da expressão “*relação in house*”.

## **2. A matéria em apreço.**

### **2.1.**



# Tribunal de Contas

---

Conforme se inscreve em II.2., o capital Social da cocontratante ou adjudicatária [Régie Cooperativa *VARD 2015*] mostra-se subscrito por várias entidades públicas [*AMAVE*, Universidade do Minho e *AVEPARK*] e, bem assim, pelo Centro de Computação Gráfica de Guimarães, associação científica, tecnológica e de formação, com natureza privada.

**E esta última, saliente-se**, tem, ainda, como associados, a *AMI*, Comércio e Equipamentos de Informática, Lda., Caso Consultores, *CTCP* – Centro Tecnológico do Calçado de Portugal, Cunha e Gomes, Lda., *CVR* – Centro de Valorização de Resíduos, Declarativa- Serviços de Informática, Lda., Martins e *Agrelos*, Lda., *Meticube*, Lda., *Muetisector* Norte, Lda., *Sismodular*, Lda., e *Ultraforma*, Lda., entidades que, jurídico-empresarialmente, **exibem, também, natureza privada e que, em proporção vária, são titulares do capital social da Cooperativa em causa [vd. fls. 149, do processo].**

Por outro lado, a *AVEPARK*, Parque de Ciência e Tecnologia, S.A., é uma empresa municipal, que tem como accionistas o município de Guimarães, a Universidade do Minho e, **sublinhe-se, a Associação Comercial e Industrial de Guimarães e a Associação Industrial do Minho, que são pessoas colectivas de direito privado [vd. II.2.b.].**

## 2.2.

Conforme decorre dos Estatutos da Cooperativa em causa, para além de a esta ser facultada a possibilidade de aumentar o capital social mediante a subscrição de títulos de capital por pessoas singulares ou colectivas de natureza privada [vd. art.º 5.º, n.º 2, dos Estatutos] e de estas poderem assumir a condição de seus membros efectivos [vd. art.º 11.º, dos Estatutos], estes, conforme previsão estatutária [vd. art.º 13.º e 24.º], detêm, entre o mais, o direito de participação nas Assembleias Gerais, recorrer das deliberações da Direcção para a Assembleia-Geral e eleger e ser eleito para os órgãos sociais [Assembleia-Geral, Direcção, Conselho Fiscal, Conselho Técnico-Científico e Conselho Geral].



# Tribunal de Contas

---

Ou seja, o Centro da Computação Gráfica de Guimarães e a AVEPARK, integrados por entidades públicas e privadas, dispõem de poderes para, adentro da citada Cooperativa, ora adjudicatária ou cocontratante, se pronunciarem sobre a gestão desta, aprovar o respectivo relatório de Contas anuais, participar na designação dos membros da Direcção e demais órgãos sociais, e, como já anotámos, interpor recurso das decisões, porventura irregulares, tomadas pela Direcção.

É, assim, indubitável que os Estatutos da cocontratante “*Régie Cooperativa VARD 2015*” admitem que a esta se associem entes de natureza privada e com os poderes acima elencados, os quais, afinal, detêm aptidão para definir o rumo da actividade a desenvolver, conforme previsão estatutária. **Dito de outro modo, os referidos associados de natureza privada têm legitimidade e poderes para influenciar a estratégia e gestão da referida Cooperativa.**

Por outro lado, e de acordo com o art.º 3.º, n.º 3, dos Estatutos da referida Cooperativa, esta, no exercício da sua actividade, pode participar, originária ou derivadamente, no capital de outras sociedades, sendo que aqueles não restringem tal participação a entes de carácter público, admitindo, assim e correspondentemente, a sua extensão a entidades de natureza privada.

**Com adequada propriedade, afirmamos que se nos depara um contrato entre pessoas colectivas distintas, sendo que a entidade adjudicatária e cocontratante segue um modelo de intervenção económica que tende a autonomizá-la, formal e decisoriamente.**

## 2.3.

Na ênfase do concluído em III. 2.1., deste acórdão, sempre importará saber, ainda com referência à doutrina e jurisprudência comunitárias citadas, **se a participação, ainda que minoritária**, de uma empresa privada no capital da Cooperativa em apreço e cocontratante, permitirá à entidade adjudicante e adquirente [AMAVE] um controlo sobre aquela análogo ao exercido sobre os Serviços que a integram ou compõem.



## 2.3.1.

Como já anotámos, à Cooperativa *VARD 2015*, ora cocontratante, é, estatutariamente, cometida a possibilidade de ser integrada por associados de natureza privada e de deter participações em entidades, ainda de cariz não público.

Por outro lado, e conforme já expendemos, a Cooperativa *VARD 2015* é, também, integrada por entidades colectivas [Centro de Computação Gráfica de Guimarães e *AVEPARK*], que, por seu turno, tem como associados entes de carácter privado. E, adiante-se, a *AMAVE* é, também, subscritora do capital social da Cooperativa *VARD 2015*.

Na esteira da doutrina dominante<sup>5</sup>, a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade [«*in casu*», Cooperativa] na qual também participa a entidade adjudicante em causa, exclui, ainda segundo a jurisprudência comunitária, que esta última possa exercer sobre aquela sociedade um «*controlo análogo*» ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

Assim, muito embora se admita que a participação do capital público na Cooperativa *VARD 2015* se sobreponha significativamente à do capital privado, é forçoso concluir que **a *AMAVE*, não está em posição de controlar, em absoluto, a actividade empresarial ou outra da referida Cooperativa.** E, como é sabido, o requisito legal “*controlo análogo*” não se basta com a suficiência.

## 2.3.2.

Admite-se que a Administração Pública constitua entes instrumentais tendentes ao bom desempenho das suas incumbências, ainda que mediante estratégia empresarial e com recurso a entidades privadas.

Porém, já não é aceitável que se associem entidades privadas à satisfação de necessidades públicas **sem que se salvaguardem os procedimentos inerentes**

---

<sup>5</sup> Vd. Carlos Luís M. de Carvalho, in Revista de Contratos Públicos, n.º 1, pág.85 e segs. .





# Tribunal de Contas

---

ao princípio da concorrência, com a subsequente violação do princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos que pretendam contratar com a Administração e evidente subtração dos contratos públicos às regras que disciplinam a contratação pública.

**Assim, e concluindo, a AMAVE não exerce sobre a Cooperativa VARD 2015, ora cocontratante, um controlo análogo ao exercido sobre os Serviços que a integram.**

## **B. Da Prestação de Caução.**

### **1.**

Nos termos do art.º 88.º, n.º 1, do C.C.P., *“no caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração bem como o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração.”*

Atento o valor do contrato em apreço, mostra-se exigível a prestação de caução [vd. art.º 88.º, n.º 2, do C.C.P.].

E, ainda que ocorressem os pressupostos do instituto *“relação «in house»”*, impor-se-ia, de igual modo, a prestação de caução [vd. art.º 5.º, n.º 7, do C.C.P.].

Por outro lado, segundo deliberação da AMAVE, de 21.07.2009, **esta entidade permitiu que a Cooperativa VARD 2015 prestasse caução mediante a entrega de títulos representativos do capital social da referida Cooperativa e em igual montante.**



# Tribunal de Contas

---

Ora, de acordo com o estabelecido no art.º 90.º, n.º 2, do *C.C.P.*, a caução é prestada “*por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução*” .

A prestação da caução em análise não observa, assim, a norma contida no citado art.º 90.º, n.º2, pois não se enquadra em qualquer dos modos de prestação aí previstos.

## 2.

Ainda, por força do disposto no art.º 91.º, n.º 1, o *C.C.P.*, a adjudicação caduca se, **por facto que lhe seja imputável**, o adjudicatário não prestar, em tempo e nos termos estabelecidos legalmente, a caução exigida.

«In casu», admite-se que recaia sobre a entidade adjudicante a responsabilidade pela forma [aliás, ilegal] de prestação de caução utilizada.

Porém, tal não invalida que o contrato em causa tenha sido celebrado sobre acto adjudicatório que, em rigor, é antecedido de prática violadora de Lei expressa [admissão de caução nos termos expostos] por parte da *AMAVE*, entidade adjudicante.

## C. Pagamentos antes do Visto.

O art.º 45.º,n.º1, da Lei n.º98/97,de26.08, admite a possibilidade da produção de efeitos do contrato antes do Visto, **mas** veda a realização de pagamentos a que este dê causa.

Ora, conforme resta provado em Il. 6., deste acórdão, a *AMAVE*, em 21.02.2011, já havia efectuado pagamentos, no valor de €785 499,38, e por conta do contrato em apreço.



Tal conduta, porque violadora de normas repostadas ao pagamento de despesas públicas, gera, necessariamente, responsabilidade financeira com natureza sancionatória [vd. art.º 65.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 98/98, de 26.08].

## **IV. DAS ILEGALIDADE**

### **O Visto.**

#### **A. Das ilegalidades.**

##### **1.**

Como deixámos dito em III.A., deste acórdão, e resultada Lei [vd.art.º5.º, n.º 2, do C.C.P:], a verificação da relação «in house» exige a ocorrência cumulativa dos seguintes requisitos:

- Controlo análogo [densificado pelo exercício de um controlo sobre a entidade com a qual se pretende contratar e análogo ao exercido pela entidade adjudicante sobre os seus próprios serviços]

e

Destinação essencial da actividade [a actividade exercida pela entidade cocontratante deve, no essencial, ser desenvolvida em benefício da entidade adjudicante].

Demonstrámos [vd. III.A.] ao longo do presente acórdão que a *AMAVE* não exercia sobre a Cooperativa “*VARD 2015*” um controlo análogo ao exercício sobre os seus próprios serviços.



# Tribunal de Contas

---

Logo, porque não se verifica um dos requisitos indispensáveis à constituição da relação «*in house*» [sendo que esta exige a verificação cumulativa dos pressupostos enunciados em a) e b) do n.º 2 do art.º 5.º do *C.C.P.*], à formação do presente contrato era aplicável a parte II do Código dos Contratos Públicos.

## 1.2.

O presente contrato encerra um valor superior ao referido no art.º 7.º, alínea b), da Directiva n.º 2004/18/CE.

## 1.3.

Atento o mencionado em IV.1. e 1.2., e em face do disposto no art.º 20.º, n.º 1, alínea b) do *C.C.P.*, o contrato deveria ser precedido de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, **preservando-se, assim e também, a defesa do princípio da concorrência. A ausência de concurso, de carácter obrigatório, integra a falta de um elemento essencial da adjudicação, que, por sua vez, induz a nulidade a que se reporta o art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo.**

Tal nulidade é, ainda, geradora da invalidade do contrato.

## 2.

Por outro lado, a **realização de pagamentos** [por conta do contrato] **antes do visto**, também objecto de apreciação ao longo deste acórdão [vd. III.C.], viola o disposto no art.º 45.º, n.º 1 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, e enforma a prática de uma infracção de natureza financeira prevista nos termos do art.º 65.º, n.º 1, alínea b) deste mesmo diploma legal.

Perfilando-se a necessidade de prosseguir diligências tendentes a apurar a identidade do autor ou autores desta infracção e a dimensão da correspondente responsabilidade, importa, para o efeito, remeter à entidade competente do Tribunal de Contas [Fiscalização Concomitante] cópia certificada do contrato submetido a



fiscalização prévia e do Relatório elaborado pelo *DECOP – UAT II* no âmbito do processo em apreço.

### 3.

Por último, e tal como sublinhámos em III.B., deste acórdão, **ocorre a não prestação de caução segundo o modo previsto no art.º 90.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.**

Inexiste prova que, sem equívoco, permita atribuir à Cooperativa “*VARD 2015*” a responsabilidade pelo modo de prestação de caução ocorrido.

Contudo, e seguramente, o contrato mostra-se celebrado sobre acto adjudicatório que é antecedido da prática violadora de lei expressa [art.º 90.º, n.º 2 do *C.C.P.*]. Daí a patente ilegalidade.

### B. Do Visto.

Segundo o art.º 44.º, n.º 3 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa do visto a desconformidade dos actos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor e que implique:

- Nulidade;
- Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras;
- Ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro.

Não se verificam encargos sem cabimentação em verba orçamental própria, nem, por outro lado, se constata a violação de alguma norma financeira.



# Tribunal de Contas

---

Porém, a ilegalidade evidenciada em IV.A.1. a 1.3., deste acórdão, não só enforma nulidade, como, ainda e adjuvantemente, ofende o princípio da concorrência [estruturante da contratação pública].

Acresce que a densificação da expressão “*ilegalidade que possa alterar o respectivo resultado financeiro*” se basta com o simples risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro.

**Ocorre, pois, fundamento para a recusa do Visto.**

## **V. DECISÃO**

**Pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, o seguinte:**

- **Recusar o Visto ao presente contrato;**
- **Ordenar a extracção de certidão do contrato em apreço e do Relatório elaborado pelo *DECOP-UAT II* no âmbito do presente processo, remetendo-a à Fiscalização Concomitante no sentido do prosseguimento de averiguações que permitam a identificação do autor ou autores dos responsáveis pela realização de pagamentos em tempo anterior à concessão do Visto, aquilatar da dimensão da respectiva responsabilidade e conhecer do eventual sancionamento.**

**Emolumentos legais [art.º 5.º, n.º 3, do Regime dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31.05.].**

**Lisboa, 21 de Junho de 2011**



**Os Juízes Conselheiros,**

**(Alberto Fernandes Brás – Relator)**

**(Helena Maria Abreu Lopes)**

**(António Manuel dos Santos Soares)**

**Fui presente,**

**(Procurador-Geral Adjunto)**

**(Jorge Leal)**