

**ACÓRDÃO N.º 16/2012 - 30.mai. - 1ª S/SS**

**(Processo n.º 231/2012)**

**DESCRITORES:** Protocolo / Contrato de Aquisição de Serviços / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Contratação Pública / Contratação *in house* / Elemento Essencial / Nulidade / Recusa de Visto

**SUMÁRIO:**

1. Atenta a natureza substancial do protocolo e da entidade adjudicante, por força disposto nos arts. 2.º, n.º 1, al. d), 5.º, n.º 1, al. c) e 46.º, n.ºs 1, al. c) e 2 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), o protocolo *sub judicio* está sujeito a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, independentemente da designação que formalmente se lhe der.
2. 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.
3. O protocolo em causa é um contrato público de aquisição de serviços, cujo objecto principal não se reduz à atribuição de um subsídio ou de uma subvenção, celebrado por uma autarquia e atento o seu valor deveria ter sido observado o Código dos Contratos Públicos (CCP), 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.
4. 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.
5. 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  
20/06/12**

## ACÓRDÃO Nº16 /2012 – 30.MAI-1.ª S/SS

**Processo nº 231/2012**

### **I - OS FACTOS**

1. A Câmara Municipal do Porto (doravante designada também por Câmara Municipal ou CMP) remeteu “*para efeitos de exercício de fiscalização prévia*”, o Protocolo adicional de colaboração outorgado em 14 de dezembro de 2011 com a Associação Porto Digital (doravante designada também por APD), com o valor de € 1.177.708,00.
  
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) Em 12 de novembro de 2004 foi constituída a Associação Porto Digital, pelo Município do Porto e outras entidades<sup>1</sup>;
  - b) Em 20 de dezembro de 2006 foi celebrado um protocolo de colaboração entre o Município do Porto e a APD<sup>2</sup>;
  - c) O protocolo *sub judicio* constitui um protocolo adicional ao referido protocolo de colaboração<sup>3</sup>;
  - d) O protocolo adicional foi aprovado pela CMP em reunião de 13 de dezembro de 2011<sup>4</sup> e pela Assembleia Municipal em reunião de 20 de dezembro de 2011<sup>5</sup>;
  - e) A comparticipação financeira da CMP ao abrigo do presente protocolo adicional visa que a APD assegure:

---

<sup>1</sup>Vide fls. 19 e ss. do processo.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Vide parágrafo antes da cláusula 1ª do protocolo.

<sup>4</sup> Vide fls. 61 do processo.

<sup>5</sup> Vide fls. 19 e ss. do processo.



- i. Prestação de serviços de consultoria e de suporte à atividade da CMP, nomeadamente:
  - No âmbito da DMSI apoio ao nível da gestão do ambiente de virtualização do *data center*, implementação de sistema de monitorização, apoio à gestão e manutenção do *site internet* da CMP, redução de encargos e melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações entre os diversos locais da CMP, consultoria (afetação de dois técnicos superiores de informática) de modo a dar apoio na gestão dos projetos informáticos da DMSI, desenvolvimento aplicacional, manutenção do sistema de gestão da qualidade, e administração de bases de dados e do sistema de gestão de conteúdos;
  - No âmbito da DMC suporte à Unidade Central de Digitalização no contexto da desmaterialização dos processos urbanísticos, da digitalização do Arquivo e da adição de meta-informação de preservação arquivística;
  - No âmbito do GEP desenvolvimento do suporte informático para agilizar a recolha de informação para a preparação de candidaturas (nomeadamente à CCDRN e ao QREN), e ajudar a gerir a execução financeira (pedidos de pagamento, incluindo o interface com a DMFP), a execução técnica (relatórios de execução física), e o acesso centralizado à informação sobre o ponto de situação de todos os projetos em curso;
  - No âmbito da DMVP apoio à preparação do cadastro dos equipamentos e infraestruturas existentes na via pública;
  - No âmbito da DMEJ apoio à manutenção e expansão do projeto Crescer Interativo, que colocou quadros interativos em todas as escolas do ensino básico do Porto, nomeadamente nas componentes de *helpdesk*, operacionalização de redes de telecomunicações, apoio à criação de conteúdos curriculares e desenvolvimento de plataformas colaborativas para uso de toda a comunidade escolar;
  - No âmbito da Domus Social acompanhamento e apoio ao projeto de disponibilização gratuita à população residente de 15 bairros sociais da CMP dos quatro canais de televisão



generalistas de cobertura nacional e difusão hertziana e do canal TV Porto, e permitir que nestes 15 bairros sociais a transição para a Televisão Digital Terrestre ocorra sem impacto nenhum nos moradores, independentemente do tipo de TV que possuam visando não terem de instalar um descodificador;

- No âmbito do DMT coordenação do projeto de criação do portal do turismo da cidade do Porto e manutenção da base de dados de recursos turísticos;
- ii. No âmbito da Cidade das Profissões desenvolvimento do serviço de aconselhamento nas áreas do emprego, requalificação profissional, empreendedorismo (incluindo a operacionalização do Gabinete de Apoio ao Empreendedorismo), formação profissional, e desenvolvimento da componente da Cidade das Profissões nos projetos cofinanciados Morro da Sé e Mouzinho-Flores;
- iii. No âmbito da Área Metropolitana do Porto apoio ao desenvolvimento de projetos nas áreas da educação, cultura e turismo;
- iv. A inter-ligação por fibra ótica de todas as escolas públicas do ensino básico do Porto de modo a permitir reduzir o custo de telecomunicações, de uma forma centralizada gerir o parque informático, e desenvolver projetos de trabalho colaborativo entre as diversas escolas;
- v. A disponibilização do sinal de televisão nos bairros sociais recentemente requalificados;
- vi. Continuação do desenvolvimento do projeto de operacionalização na cidade do Porto de um operador neutro de telecomunicações;
- vii. Realização de um projeto piloto de monitorização da qualidade de vida e de apoio a idosos residentes nos bairros sociais;
- viii. Disponibilização nas 15 Juntas de Freguesia de um ponto de acesso à CMP e de um ponto de acesso WiFi integrado com os da rede WiFi de acesso gratuito da cidade;
- ix. Em parceria com a Porto Vivo SRU colocação de infraestrutura de telecomunicações no contexto de 14 operações para a reabilitação de 29 edifícios que vão gerar 71



fogos em várias zonas, incluindo sinal de TV e acesso por fibra ótica;

- f) Questionada a CMP sobre como considera legalmente possível não ter submetido às regras da concorrência a prestação dos serviços que constitui o objeto do protocolo, foi dito<sup>6</sup> que *“o protocolo em apreciação foi celebrado com fundamento na alínea b) do n.º 4 do artigo 64.º e artigo 67.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro (atual redação) disposição que permite que a Câmara Municipal participe, pelos meios adequados, no apoio a atividades de interesse municipal, através da celebração de protocolos de colaboração, pelo que tendo em atenção o disposto na alínea c) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP a Parte II do Código não seria aplicável à celebração do contrato. Não obstante, mesmo que se entenda que o contrato prefigura uma prestação de serviços, entende-se a Parte II do Código também não seria aplicável à formação do contrato tendo em atenção o disposto no n.º 2 do citado artigo 5.º. Na verdade, a Associação Porto Digital foi criada pelo Município do Porto, pela Universidade do Porto e pela AEP – Associação Empresarial de Portugal, é controlada e maioritariamente financiada por entidades públicas, desenvolvendo o essencial da sua atividade em benefício dessas entidades públicas”*;
- g) A APD é uma pessoa coletiva de direito privado<sup>7</sup>;
- h) São associados fundadores da APD, a CMP, a Universidade do Porto, a Associação Empresarial de Portugal (AEP) e o Metro do Porto<sup>8</sup>, tendo a CMP referido que *“à data de hoje só existem associados fundadores”*<sup>9</sup>;
- i) O Conselho de Administração da APD conta com um administrador designado pela AEP<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Vide fl. 68 do processo.

<sup>7</sup> Vide artigo 1º dos Estatutos a fls. 110 e ss. do processo.

<sup>8</sup> Vide artigo 4º dos Estatutos da APD, a 110 e ss. do processo. Contudo a fls. 116 do processo refere-se que *“somente três entidades puderam subscrever os estatutos: Município do Porto, Universidade do Porto e AEP (...). Independentemente disso o Metro do Porto desde a origem da APD contribuiu com um elemento para o seu Conselho de Administração”*.

<sup>9</sup> Vide fl. 105 do processo.

<sup>10</sup> Vide fls. 163 e 164 do processo.



## II – FUNDAMENTAÇÃO

3. A apreciação do presente processo exige a resposta às seguintes questões, suscitadas aliás por posições tomadas pela entidade adjudicante ou por este Tribunal durante a sua instrução:
- a) Está o protocolo sujeito a fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas?
  - b) A celebração do protocolo enquadra-se no disposto na alínea c) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP<sup>11</sup>?
  - c) A celebração do protocolo enquadra-se no disposto no n.º 2 do artigo 5.º do CCP?

Vejamos cada uma dessas questões que, aliás, em parte, se relacionam entre si.

### II – A. A sujeição do protocolo a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

4. A CMP entende que este protocolo - como outros – é celebrado ao abrigo da alínea b) do n.º 4 do artigo 64.º e artigo 67.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro<sup>12</sup>, que dispõem

*“4 - Compete à câmara municipal no âmbito do apoio a atividades de interesse municipal:*

*(...)*

*b) Apoiar ou participar, pelos meios adequados, no apoio a*

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 1/2011, de 30 de novembro, pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 268/2003 de 28 de outubro, e pela Lei n.º 5-A/2002, de 11 de janeiro.



*atividades de interesse municipal, de natureza social, cultural, desportiva, recreativa ou outra (...)*”

e

*“As competências previstas nas alíneas l) do n.º 1, j) e l) do n.º 2 e b) e c) do n.º 4 do artigo 64.º podem ser objeto de protocolo de colaboração, a celebrar com instituições públicas, particulares e cooperativas, que desenvolvam a sua atividade na área do município, em termos que protejam cabalmente os direitos e deveres de cada uma das partes e o uso, pela comunidade local, dos equipamentos.”*

Considera a CMP que tais disposições legais permitem que “a Câmara Municipal participe, pelos meios adequados, no apoio a atividades de interesse municipal, através da celebração de protocolos de colaboração”.

Segundo a CMP, o protocolo não se encontra sujeito a fiscalização prévia, já que as alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 46.º da LOPTC<sup>13</sup> apenas submetem a tal fiscalização os contratos de obras públicas, as aquisições de serviços e outras aquisições patrimoniais<sup>14</sup>.

No seu entendimento, este protocolo de colaboração não se subsume a nenhuma daquelas hipóteses, em virtude de conceder uma participação financeira tendente à realização, desenvolvimento e coordenação de projetos pela ADP, que são de interesse municipal e que se concretizam no respetivo plano de atividades.

Não obstante esse entendimento, considerou a CMP que, após as recentes alterações na LOPTC, deveria submeter o protocolo a apreciação deste Tribunal, para dissipação de dúvidas sobre a necessidade da sua remessa a fiscalização prévia.

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Vide fls. 66 e 67 do processo.



Vejamos.

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

Analisado o texto tem um conteúdo inequivocamente sinalagmático e obrigacional.

Nele se prevê claramente uma comparticipação financeira da CMP nas despesas associadas à realização de projetos da APD e esta, como contrapartida dessa comparticipação, assegura a prestação de serviços que acima se elencou na alínea e) do nº 2 (designadamente, de consultoria e de suporte a serviços da CMP na área das tecnologias da informação e das comunicações - matéria que como se viu está muito desenvolvida e concretizada - de aconselhamento no âmbito da “Cidade das Profissões” e de apoio ao desenvolvimento de projetos nas áreas da educação, cultura e turismo no âmbito da Área Metropolitana do Porto).

Isto é: substancialmente, a execução do protocolo envolve uma diversificada aquisição de serviços e essa aquisição é feita contra o pagamento de um preço, pese embora se designe como comparticipação em despesas, a realizar por duodécimos.

E de tal modo tal relação sinalagmática existe que na cláusula 3<sup>a</sup> se prevê, e bem, que a *“segunda outorgante obriga-se a apresentar trimestralmente ao primeiro outorgante um relatório de execução dos projetos abrangidos (...) acompanhado de um relatório financeiro detalhado e com explicitação dos objetivos e/ou resultados alcançados, sob pena de cessação da comparticipação”*.

E, por força da cláusula 4<sup>a</sup>, que determina que em tudo o mais se deve atender ao protocolo inicialmente celebrado<sup>15</sup>, deve atender-se que neste, na sua cláusula 6<sup>a</sup>, se prevê que o *“incumprimento das obrigações emergentes (...) pela segunda outorgante constitui justa causa de rescisão do mesmo”*.

O que se consagra no protocolo aponta, pois, claramente para que estamos perante um verdadeiro contrato oneroso de aquisição de serviços.

---

<sup>15</sup> O acima referido na alínea b) do nº 2.



Assinale-se ainda que inexistem quaisquer cláusulas específicas de serviço público e o tipo de serviços em causa poderia ser adquirido, nos seus aspetos mais relevantes, no mercado e nele oferecido por outros operadores.

Estamos claramente longe da mera atribuição de subsídios que as invocadas disposições legais preveem.

Relembre-se ainda que 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*”.

6. Por outro lado é incontestável que os atos e contratos – independentemente da designação que formalmente se lhes der – da CMP estão sujeitos a fiscalização prévia nos termos da alínea d) do nº 1 do artigo 2º e da alínea c) do nº 1 do artigo 5º da LOPTC. E já estavam sujeitos mesmo antes da redação que nesta última disposição foi introduzida recentemente.

Assim, vista a natureza substancial do protocolo e da entidade adjudicante, por força dessas disposições e ainda da alínea c) do nº 1 e do nº 2 do artigo 46º da LOPTC, o protocolo *sub judicio* está sujeito a fiscalização prévia por este Tribunal.

Está pois obtida resposta afirmativa à primeira questão acima formulada no nº 3.

## **II – B. A celebração do protocolo ao abrigo da alínea c) do nº 4 do artigo 5º do CCP.**

7. Com o que já foi dito, também já se respondeu à segunda questão inicialmente colocada: estamos perante um verdadeiro contrato de aquisição de serviços cujo objeto principal não se reduz à atribuição de um subsídio ou de uma subvenção, como se prevê na alínea c) do nº 4 do artigo 5º do CCP.
8. Como se viu, veio também a CMP argumentar que a atribuição direta desta aquisição de serviços à APD, sem submissão às regras da contratação pública estabelecidas na Parte II do CCP, se integrava na previsão do nº 2 do mesmo artigo 5º.



É esta a questão que importa dilucidar para se apurar se tal atribuição foi feita em conformidade com o Direito.

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

9. 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<sup>16 17</sup>.

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

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

Relembre-se o que a referida disposição legal estabelece:

*“Artigo 5º  
Contratação excluída*

(...)

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

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Cfr. artigo 1.º, n.º2, do Código dos Contratos Públicos.

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



- 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.*

*(...)”.*

- 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.

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 colectiva, 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 acepção 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 diretiva<sup>19</sup>.

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.”*<sup>20</sup>

Relembre-se ainda que a possibilidade de celebração direta de um contrato público entre entidades adjudicantes está, hoje, apenas prevista para contratos públicos de serviços e somente em caso de existência de um direito exclusivo<sup>21</sup>.

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

---

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

<sup>20</sup> Negrito nosso.

<sup>21</sup> Cfr. artigos 18.º da Directiva 2004/18/CE e 25.º da Directiva 2004/17/CE.



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. Face ao que agora se acabou de dizer, acrescente-se: se tais preocupações de rigor se devem colocar na aplicação do regime da contratação *in house* quando o contrato é celebrado entre entidades públicas ou entidades adjudicantes, maior rigor deverá ainda observar-se quando está em causa um contrato celebrado entre uma entidade pública e uma privada. E é este o caso: um contrato celebrado entre uma autarquia local – o Município do Porto, através da sua Câmara - e uma associação privada: a APD é uma pessoa coletiva de direito privado.
14. 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).



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 Nossia*), de Setembro de 2008, e C-324/07 (*Coditel*), de Novembro de 2008.

**15.** Dar breve conta desta produção jurisprudencial é importante neste processo. Assim:

- a) O **acórdão *Teckal*** de Novembro de 1999 dispôs<sup>22</sup> que as diretivas comunitárias em matéria de contratação pública são aplicáveis quando uma entidade adjudicante, como uma autarquia local, pretende celebrar por escrito, com uma entidade dela distinta no plano formal e dela autónoma no plano decisório, um contrato oneroso, quer esta seja ela própria uma entidade adjudicante quer não. No entender do Tribunal, **só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua atividade com a ou as autarquias que a controlam;**
- b) O **acórdão *Stadt Halle***<sup>23</sup> de Janeiro de 2005 manteve a orientação da decisão anterior mas acrescentou um novo aspeto: a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante em causa exclui de qualquer forma que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. E sobre esta matéria refere o acórdão que *“a relação entre uma autoridade pública (...) e os seus próprios serviços se rege por considerações e exigências específicas da*

---

<sup>22</sup> Vide, em especial, os seus n.ºs 50 e 51.

<sup>23</sup> Vide em especial os n.ºs 42 a 52.



*prosseção de objectivos de interesse público. Ao invés, o capital privado numa empresa obedece a considerações inerentes a interesses privados e prossegue objectivos de natureza diferente”. E a decisão relembrou ainda um aspeto da maior importância: a obrigação de aplicação das regras comunitárias pertinentes só pode ser afastada como resultado de uma interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se;*

- c) No **acórdão *Comissão v. Espanha*** <sup>24</sup>, também de Janeiro de 2005, o Tribunal de Justiça decidiu que o Reino de Espanha não tinha procedido a uma correta transposição das diretivas de 1993, na medida em que a legislação espanhola tinha excluído do seu âmbito de aplicação as relações estabelecidas entre as Administrações Públicas, os seus organismos públicos e, de um modo geral, as entidades de direito público não comerciais, qualquer que fosse a natureza dessas relações. E o tribunal relembra a sua jurisprudência referindo que tal só pode acontecer nas condições enunciadas no acórdão *Teckal*;
- d) O **acórdão *Coname***, de Julho de 2005, veio reafirmar <sup>25</sup> a necessidade de um procedimento transparente, num caso de atribuição direta por um município da gestão de um serviço de distribuição de gás a uma sociedade de capitais maioritariamente públicos (com capitais privados, portanto) o que impedia que esta sociedade fosse considerada uma estrutura de gestão “*interna*” de um serviço público;
- e) O **acórdão *Parking Brixten*** <sup>26</sup>, de Outubro de 2005, manteve a orientação do acórdão *Teckal* reafirmando que a aplicação das suas duas condições de não aplicação das regras comunitárias deve ser objeto de **interpretação estrita**;
- f) O **acórdão *Comissão v. Áustria***, de Novembro de 2005, reafirma <sup>27</sup> que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante em causa exclui, de qualquer forma, que esta entidade

---

<sup>24</sup> Vide em especial os n.ºs 38 a 40.

<sup>25</sup> Vide em especial os n.ºs 23 a 28.

<sup>26</sup> Vide os n.ºs 43 a 72 e, em especial, os n.ºs 46, 58, 63, 65 e 72.

<sup>27</sup> Vide em especial os n.ºs 38 a 48.



adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

- g) O acórdão *Carbotermo e Consorcio Alisei*, de Maio de 2006, traz alguns elementos inovadores a ter presentes<sup>28</sup>: assim depois de recordar não só as condições referidas no Acórdão *Teckal*, como a necessidade de serem consideradas todas as disposições e circunstâncias pertinentes (na linha do acórdão *Parking Brixten*), afirma 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 a indicar, sem ser decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços*”. E no caso concreto, apesar de o capital de entidade adjudicatária ser detido a 100% por entidades públicas, considerou não haver “*controlo análogo*” porque tal detenção era feita não diretamente, mas através de uma sociedade holding (embora esta também fosse de capitais integralmente públicos detidos pelas entidades públicas em causa), e os estatutos conferiam ao conselho de administração da adjudicatária os mais amplos poderes para a sua gestão ordinária e extraordinária;
- h) O acórdão *Comissão v. Itália*<sup>29</sup>, de Abril de 2008, retoma igualmente a orientação do acórdão *Teckal*, e na linha do acórdão *Stadt Halle* reafirma que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade na qual também participa a entidade adjudicante exclui, de qualquer forma, que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
- i) O acórdão *Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa*, de Setembro de 2008, repetindo muita da matéria de anteriores acórdãos, recorda que a existência efetiva de uma participação privada no capital da sociedade adjudicatária afasta a verificação da condição do “*controlo análogo*” e que tal existência deve, em regra, ser aferida no momento da celebração do contrato;

---

<sup>28</sup> Vide em especial os n.ºs 34 a 40.

<sup>29</sup> Vide, em especial, os n.ºs 36 a 40.



- j) O acórdão *Coditel*<sup>30</sup>, de Novembro de 2008, manteve igualmente a orientação do acórdão *Teckal* e, tratando-se de um caso de concessão de serviço público, nele refere-se, na linha do acórdão *Parking Brixen*, que *“devem tomar-se em consideração todas as disposições legislativas e todas as circunstâncias pertinentes”* e acrescenta que, no controlo análogo, deve *“tratar-se de uma possibilidade de influência determinante, tanto sobre os objectivos estratégicos como sobre as decisões importantes desta entidade”*. Refere ainda que de entre as circunstâncias pertinentes a ter em conta cumpre considerar *“em primeiro lugar, a detenção do capital da entidade concessionária, em segundo lugar, a composição dos órgãos de decisão desta e, em terceiro lugar, a extensão dos poderes reconhecidos ao seu conselho de administração”*. E quanto à primeira dessas circunstâncias, o Tribunal reafirma que *“está excluído que uma autoridade pública concedente possa exercer, sobre uma autoridade concessionária, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços se uma empresa privada detiver uma participação no capital dessa entidade”*.
- 16.** Tendo explicitado os aspetos que se consideram mais relevantes nas decisões do Tribunal de Justiça em matéria de contratação *“in house”*, é útil proceder-se a uma leitura global de tais decisões para se descobrirem linhas de tendência que possam ser úteis na presente decisão, considerando a unidade da ordem jurídica comunitária e porque *“[n]as decisões a proferir o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito”*<sup>31</sup>.
- 17.** De tal leitura podem destacar-se as seguintes conclusões<sup>32</sup>:
- 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

---

<sup>30</sup> Vide, em especial, os n.ºs 26 a 32 e 45 a 50.

<sup>31</sup> In n.º 3 do artigo 8.º do Código Civil.

<sup>32</sup> Assinalam-se a negrito alguns trechos que terão particular importância na presente decisão.



quando esta realizar o essencial da sua atividade para aquela ou aquelas entidades que a controlam<sup>33</sup>;

- b) O controlo análogo pode ser exercido pelo conjunto de entidades públicas/adjudicantes que, de alguma forma, participam na (ou controlam a) entidade adjudicatária do contrato, não tendo que ser exercido só pela entidade pública adjudicante;
- c) O controlo exercido pela entidade adjudicante, ou pelo conjunto das entidades públicas/adjudicantes, sobre a entidade adjudicatária deve ser análogo ao que exerce ou exercem sobre os seus próprios serviços, mas *“não tem de ser idêntico em todos os pontos”*. Deve revelar que a adjudicatária pode ser considerada uma *“estrutura de gestão interna de um serviço público”*, sobre a qual se exerce uma influência determinante, tanto sobre os objetivos estratégicos, como sobre as decisões importantes desta entidade;
- d) 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;
- e) Nessa interpretação e consequente aplicação estritas, deve ter-se em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes;
- f) De entre as circunstâncias pertinentes a ter em conta cumpre considerar, designadamente, em primeiro lugar, a detenção do capital da entidade adjudicatária, em segundo lugar, a composição dos órgãos de decisão desta e, em terceiro lugar, a extensão dos poderes reconhecidos ao seu conselho de administração;
- g) 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. A relação entre uma autoridade pública e os seus próprios serviços rege-se por considerações e exigências específicas da prossecução de objetivos de interesse público. Ao invés, a participação de capitais privados na entidade

---

<sup>33</sup> No essencial, como se sabe, foram estas as circunstâncias excecionais que vieram a ser consideradas no nº 2 do artigo 5º do CCP.



adjudicatária faz com que esta obedeça a considerações inerentes a interesses não públicos. Deve ter-se em conta que nenhuma empresa privada deve ser colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes. Mas, por outro lado, deve igualmente atender-se que a circunstância de a entidade adjudicante deter, isolada ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital da entidade adjudicatária tende só a indicar, sem ser portanto decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre a adjudicatária um controlo análogo ao que exerce sobre os próprios serviços.

- 18.** Note-se que as posições do Tribunal de Justiça nos domínios da contratação pública arrancam da consideração de que o objetivo principal das disposições comunitárias nessa matéria é a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros.

É à luz dessa consideração que deve ser compreendida a posição tão rigorosa por ele assumida no que respeita à participação de entidades privadas no capital das entidades adjudicatárias, conduzindo a que sempre que tal participação ocorra, ainda que de maneira muito minoritária, não se possa reconhecer a exceção da contratação *in house*.

- 19.** 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.

- 20.** Assim, a par da livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros, este Tribunal considera que a exceção da contratação *in house* deve ser objeto de uma interpretação e aplicação estrita, porque só através da concorrência e de propostas dela surgida se obtêm as melhores soluções ao mais baixo preço que satisfaçam as necessidades públicas.

Por isso, a exceção da contratação *in house* deve ser admitida quando a entidade adjudicatária a quem é atribuído diretamente um contrato público seja claramente uma forma de auto-organização de uma ou de várias entidades públicas e tal entidade tenha a sua atividade



significativamente orientada para a satisfação das necessidades dessa ou dessas entidades públicas: assim se devem interpretar os pressupostos fixados no CCP para admissão da exceção da contratação *in house*.

21. É verdade que o Tribunal de Justiça europeu não se pronunciou sobre situações em que a par de entidades públicas, entidades privadas, ainda que não lucrativas, participam nas entidades adjudicatárias de contratos controvertidos.

Mas tal diferença não é significativa face ao que acabou agora de ser dito.

Voltemos ao caso concreto em juízo.

22. O presente protocolo é celebrado entre um município e uma associação privada.

Já atrás se referiu que, mesmo entre entidades públicas que são entidades adjudicantes, 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 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.

Relembrando o que acima já se disse, se a contratação inter-administrativa não é, como já se viu, 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.

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.



**23.** Ora, a associação privada adjudicatária – a APD – tem como associados o Município do Porto, a Universidade do Porto, o Metro do Porto<sup>34</sup> e a Associação Empresarial de Portugal.

Ora, se não se contesta a natureza pública das primeiras três entidades, é indubitável que a Associação Empresarial de Portugal (AEP) é uma associação privada, ainda que não prossiga finalidades lucrativas<sup>35</sup>.

Ora, nos termos dos seus estatutos, o fim da Associação é “*a promoção e a defesa da atividade empresarial*” e na prossecução do seu fim “*caberá à Associação o desenvolvimento das actividades que os seus órgãos tiverem por mais adequadas segundo as circunstâncias, nelas se incluindo a prestação de serviços às empresas, no âmbito das suas competências de Câmara de Comércio e Indústria*”.

Ainda nos termos dos estatutos, poderão filiar-se na associação como sócios efetivos “*quaisquer empresas, singulares ou colectivas e, ainda, quaisquer instituições cujo fim estatutário não seja incompatível com o da Associação*” e “*os sócios, administradores ou gerentes poderão ser admitidos individualmente, como sócios efetivos, quando e enquanto as sociedades em que participem ou exerçam funções estiverem inscritas na Associação*”.

A APD sendo uma associação privada tem, pois, como associada uma associação privada, naturalmente, subordinada a interesses privados.

**24.** Outro sinal de que a participação da AEP na APD não pode ser considerada irrelevante é que esta tem no seu Conselho de Administração um administrador por aquela designado.

**25.** Dir-se-á que estamos numa situação diferente da já acima referida bastamente na jurisprudência comunitária: tratando-se de associações, e sendo entes sem finalidades lucrativas, não se verifica aqui a condição de participação de capitais privados que definitivamente afastaria a possibilidade de aplicação do regime da contratação “*in house*”.

Como já se adiantou, não se concorda com esse possível argumento.

---

<sup>34</sup> Vide sobre o Metro do porto a nota 8.

<sup>35</sup> Vide art. 1º dos respetivos estatutos, in <http://www.aeportugal.pt/Areas/Universo/EstatutosAEP20100707.pdf>, consultados em 25.05.2012.



Relembre-se, na linha da jurisprudência comunitária, que a aplicação da exceção da contratação “*in house*” deve ser feita segundo critérios estritos e rigorosos.

A questão central que importa verificar é se a APD pode ser considerada uma forma de auto-organização das entidades públicas envolvidas - um mero prolongamento administrativo da CMP, ou das outras entidades públicas associadas - de tal forma que na relação com ela estas exerçam um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços.

Ora, tal situação não pode ser reconhecida quando entre os vários associados um deles é claramente uma associação privada, prosseguindo interesses privados.

Noutros termos, a questão que deve ser colocada é a seguinte: ao contratar com a APD, a CMP está a contratar com um outro ente como se de si própria se tratasse?

É óbvio que a existência de um associado como a AEP impede que se possa dar uma resposta afirmativa a esta pergunta.

26. O argumento de que a APD “*é controlada e maioritariamente financiada por entidades públicas, desenvolvendo o essencial da sua atividade em benefício dessas entidades públicas*” 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.
27. Em conclusão: a natureza das instituições envolvidas na celebração do protocolo e a natureza das entidades que, como associados, participam na entidade adjudicatária do protocolo (a APD) não militam a favor de se considerar que se está no âmbito da contratação *in house*, por não se verificar o primeiro pressuposto legalmente fixado.
28. Em face do disposto no n.º 2 do artigo 5.º do CCP, da jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu e dos princípios que enformam as regras de contratação pública, em especial os da transparência, da igualdade e da concorrência, não pode, pois, considerar-se que a relação entre a CMP e a APD seja uma relação “*interna*” equiparada à que é estabelecida pela entidade adjudicante com os seus próprios serviços.



Consequentemente, não pode aplicar-se ao caso a exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, do Código.

Não estando verificado o primeiro pressuposto de aplicação do regime excecional da contratação *in house* é inútil indagar se se verifica ou não o segundo.

Está pois obtida, em sentido negativo, a resposta à terceira questão acima indicada no n.º 3.

É também claro que não foi estabelecido a favor da APD qualquer direito exclusivo de prestação do serviço em causa, nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP.

Não se vislumbra outra qualquer exceção à aplicação das regras de contratação pública ao caso.

**29.** Assim,

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

sendo o protocolo celebrado por uma autarquia local,

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, n.º 1, alínea c) 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*.

**30.** 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.



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

## D - DECISÃO

32. 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.
33. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas<sup>36</sup>.

Lisboa, 30 de maio de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo, relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

---

<sup>36</sup> 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.



# Tribunal de Contas

---

(José Vicente)