



Transitou em julgado em 25/03/13

ACÓRDÃO Nº 4 /13 – 4.MAR-1ª S/SS

Processo nº 1888/2012

I. RELATÓRIO

O *Município do Porto* remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato para a “*Gestão de Empreendimentos – Mandato - 2013*”, celebrado, em 19 de Dezembro de 2012, entre aquela entidade e a *Gestão de Obras Públicas da Câmara Municipal do Porto, EEM*¹, pelo montante de € 13.546.338.

II. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) A *Gestão de Obras Públicas da Câmara Municipal do Porto, EEM* era, à data da celebração do contrato, e de acordo com os Estatutos juntos aos autos, uma empresa municipal, sob a forma de entidade empresarial local;
- b) O seu capital social é integralmente detido pelo Município do Porto;
- c) Nos termos do artigo 6.º dos Estatutos, compete à Câmara Municipal do Porto a nomeação e exoneração dos membros do conselho de administração da empresa, o qual é presidido pelo Presidente da Câmara do Porto ou por Vereador do executivo municipal em quem ele delegue essa função;

¹ Doravante também designada como *GOP*, *EEM* ou *GOP*.



d) De acordo com os artigos 11.º e 15.º dos mesmos Estatutos, a Câmara Municipal do Porto dá directivas e instruções genéricas ao conselho de administração da empresa e aprova, entre outros actos, os planos de actividades, os planos financeiros e os orçamentos da empresa;

e) O objecto social da empresa está descrito nos referidos estatutos da seguinte forma:

“1. A GOP, EEM, tem como objecto social, por delegação do Município do Porto, o exercício da actividade de gestão de obras públicas para a Câmara Municipal do Porto e para outras empresas participadas por aquela autarquia.

2. A gestão de obras públicas consiste na prática de todos os actos materiais e jurídicos necessários à perfeição das obras cuja gestão lhe seja solicitada pela Câmara Municipal do Porto, compreendendo qualquer actividade, desde a sua concepção até à recepção das respectivas obras.

3. Pelos presentes estatutos, o Presidente e a Câmara Municipal do Porto delegam na GOP, EEM, todos os poderes e prerrogativas de autoridade administrativa necessários ao cumprimento do seu objecto social.

4. A GOP, EEM, poderá prestar a sua actividade principal a outras entidades, públicas ou privadas, e exercer outras consideradas acessórias ou complementares do seu objecto social principal desde que, em qualquer dos casos, devidamente autorizada pela Câmara Municipal do Porto.

5. Com o objectivo de aproveitar sinergias entre a GOP, EEM, a Câmara Municipal do Porto e outras empresas municipais e de prosseguir uma política de gestão integrada, nomeadamente no que respeita à uniformização de critérios de gestão em diversas áreas, a GOP, EEM, exercerá também, em relação às restantes empresas municipais criadas ou a criar no âmbito da Câmara Municipal do Porto e a esta, uma actividade de consultoria em gestão nas áreas administrativa e financeira, gestão de recursos humanos, informática, qualidade ambiente e segurança e nas restantes da sua especialidade.

6. As obras a gerir pela GOP, EEM, incluindo aquelas de que resultar um património a gerir por outra empresa municipal, serão indicadas pela Câmara Municipal do Porto, no âmbito do exercício dos seus poderes de tutela.



7. *As obras promovidas pela GOP, EEM, que devem ser executadas de acordo com as disposições legais para o efeito, não carecem de licenciamento municipal, nem estão sujeitas a pagamento de taxas ou preços, desde que as mesmas resultem do exercício das suas atribuições específicas e o projecto seja aprovado pela Câmara Municipal do Porto ou por qualquer outra entidade pública, quando previsto em disposições legais ou regulamentares”;*

- f) Pelo ofício n.º I/223414/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto informou este Tribunal de que se encontrava em curso o processo de revisão estatutária imposto pelo n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto;
- g) Em 19 de Dezembro de 2012, foi celebrado entre o Município do Porto e a empresa um Contrato-Programa que, além do mais:
- *“Funcionaliza a prossecução da actividade municipal externalizada na **GOP, EEM**, com a política, os interesses, os propósitos e os objectivos do Município do Porto”;*
 - Detalha a forma de identificar posteriormente os empreendimentos a gerir;
 - Fixa os princípios orientadores e as obrigações a observar da gestão dos empreendimentos bem como os parâmetros de qualidade a cumprir;
 - Regula alguns aspectos do financiamento das actividades;
 - Estabelece deveres de informação ao Município e procedimentos de avaliação por parte deste;
 - Fixa indicadores de eficiência e eficácia da actividade da empresa, por referência a níveis de acréscimo de custos nas empreitadas, de contencioso administrativo, de cumprimento das encomendas e de observância dos prazos contratuais de execução das obras;
 - Não consagra qualquer subsídio à exploração da empresa.
- h) Pelo já referido ofício n.º I/223414/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto informou o Tribunal de Contas de que a **GOP** desenvolve *praticamente toda* a sua actividade em benefício exclusivo do município;
- i) O Relatório e Contas do exercício de 2011² e os Instrumentos de Gestão Previsional para o triénio 2013-2015³, ambos da **GOP**, indiciam que a

² Disponível em http://www.cm-porto.pt/users/0/58/RelatorioecontasGOP2011_14c0200f998905de4a826ef46c6476ba.pdf



Tribunal de Contas

actividade prestada pela empresa a outras entidades tem vindo a diminuir em peso relativo, prevendo-se que represente cerca de 2% do total da actividade, sendo o restante desenvolvido directamente para o Município do Porto;

- j) Em 11 de Dezembro de 2012, a Câmara Municipal do Porto adjudicou à **GOP** o contrato de gestão de empreendimentos ora presente a visto;
- k) A adjudicação foi feita, de acordo com os termos da respectiva proposta, *“com dispensa da observância de um procedimento de contratação prévio, nos termos admitidos no n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, porquanto:*
- *O Município do Porto exerce sobre a GOP, EEM, e sobre a sua actividade, de forma isolada, não apenas uma influência dominante, nos termos do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, mas também e inclusive um controlo em tudo análogo aos que exerce sobre os seus próprios serviços, em resultado da detenção da totalidade do capital social da empresa;*
 - *e dado que a empresa desenvolve praticamente toda a sua actividade em benefício exclusivo da autarquia”;*
- l) De acordo com a cláusula 1.ª do contrato ora submetido a fiscalização prévia, o Município do Porto *“encarrega a **GOP, EEM** da gestão integrada dos empreendimentos identificados no documento que integra o anexo I”*, o qual é do seguinte teor:

³ Juntos aos autos



Tribunal de Contas

| Anexo I | | | |
|---|---------------------------|----------------|-------------------|
| Designação dos Empreendimentos | Valor dos Empreendimentos | Preço | 2013 |
| 01 COESÃO SOCIAL | | | |
| 01.02 Educação | | | |
| EB do Bom Pastor | 30.000 | 1.500 | 31.500 |
| EB das Campinas | 30.000 | 1.500 | 31.500 |
| EB Paulo da Gama | 1.055.016 | 82.648 | 1.137.664 |
| Sub-Total | 1.115.016 | 85.648 | 1.200.664 |
| 02 REGENERAÇÃO URBANA | | | |
| 02.01 Reabilitação da Balixa | | | |
| Consolidação das Fontainhas | 1.000.000 | 79.000 | 1.079.000 |
| Sub-Total | 1.000.000 | 79.000 | 1.079.000 |
| 02.04 Espaços públicos | | | |
| Mercado do Bolhão (projeto) | 200.000 | 10.000 | 210.000 |
| Intervenção no Mercado do Bolhão | 700.000 | 35.000 | 735.000 |
| Mercado do Bom Sucesso | 200.000 | 10.000 | 210.000 |
| Sub-Total | 1.100.000 | 55.000 | 1.155.000 |
| 03.04 Desenvolvimento Urbano | | | |
| Requalificação da Rua Mousinho da Silveira e Rua das Flores | 3.500.000 | 297.500 | 3.797.500 |
| Túnel da Ribeira | 640.000 | 54.400 | 694.400 |
| Rua de S. João | 95.000 | 8.075 | 103.075 |
| Requalificação da Avenida da Boavista - Fases I e II | 2.258.000 | 185.238 | 2.444.237 |
| Requalificação da Avenida da Boavista - Fase III | 542.338 | 44.472 | 586.810 |
| Arranjo Urbanístico junto à Sé do Porto | 300.000 | 15.000 | 315.000 |
| Rua Almirante Leote do Rego | 250.000 | 12.500 | 262.500 |
| Proteção e Segurança Rodoviária | 1.000.000 | 60.001 | 1.060.001 |
| Viaduto Duque de Loulé - Reparação de juntas de dilatação | 100.000 | 5.000 | 105.000 |
| Beneficiação, arrumação e estética do espaço público | 150.000 | 7.500 | 157.500 |
| Sub-Total | 8.836.337 | 697.766 | 9.534.103 |
| RELACIONAMENTO COM O MUNICÍPIO E FUNCIONAMENTO INTERNO | | | |
| 04 INTERNO | | | |
| 04.02 Funcionamento Interno | | | |
| Outros Projectos, Estudos e Obras | 400.000 | 20.071 | 420.071 |
| Sala da Assembleia Municipal | 150.000 | 7.500 | 157.500 |
| Sub-Total | 550.000 | 27.571 | 577.571 |
| Total | 12.601.353 | 944.985 | 13.546.338 |

- m) Para cumprimento do objecto do contrato, e de acordo com a cláusula 2.^a do mesmo, “a GOP, EEM, mobilizará os seus recursos internos, humanos e materiais, e promoverá a contratação, adjudicação, gestão e fiscalização de aquisições de bens, serviços, locações e empreitadas necessárias à perfeita e tempestiva execução das obras compreendidas nos diferentes empreendimentos”;



Tribunal de Contas

- n) De acordo com a cláusula 6.^a (meios financeiros necessários ao mandato), o *“Município do Porto habilitará a GOP, EEM, com os meios financeiros necessários à concretização, por esta, dos empreendimentos identificados no n.º 1 da cláusula 1.^a, nos termos do anexo I”* ao contrato⁴. *“A participação financeira identificada (...) será disponibilizada pelo Município do Porto à GOP, EEM, em parcelas sucessivas, mediante a faturação mensal dos trabalhos realizados pela GOP, EEM, suportada em autos de medição ou em documentos equivalentes, justificativos da assunção de dívida para com terceiros”*. *“O Município do Porto disponibilizará a participação identificada no número anterior em prazo suficiente a habilitar a GOP, EEM, a cumprir, pontualmente, as obrigações financeiras assumidas para com os seus fornecedores.”*;
- o) Na cláusula 7.^a (preço) estipula-se que *“Pela gestão dos empreendimentos, o Município do Porto remunerará a GOP, EEM, através de encargos de gestão integrada, calculados por percentagem do valor dos empreendimentos encomendados, neles se contabilizando projeto, revisão de projeto, estudos auxiliares, empreitada, fiscalização, assessorias e eventuais estudos, serviços e obras complementares”*. *“O preço contratual será determinado nos termos previstos no anexo I ao presente contrato, tomando como referência a projeção da execução física e financeira dos contratos cuja gestão seja assegurada pela GOP, EEM”*.(...) *“A remuneração (...) será paga em tranches periódicas à GOP, EEM, através de faturação mensal”*;
- p) O contrato entra em vigor na data da notificação do visto deste Tribunal e vigorará pelo prazo necessário à conclusão integral dos empreendimentos a que se refere (vide cláusulas 8.^a e 9.^a);
- q) As relações contratuais e a transferência de valores para fins idênticos entre a autarquia e a empresa municipal em causa foram em anos anteriores tituladas por contratos-programa celebrados nos termos do artigo 23.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro;
- r) No ofício n.º I/223414/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, o Município do Porto refere:
“O artigo 36.º, em conjugação com o artigo 50.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, veio predispor, afigura-se-nos, um enquadramento

⁴ Vide alínea l) supra.



distinto para a contratação das empresas pelas entidades públicas participantes, autonomizando (contratualmente) a definição do programa a que as empresas ficam vinculadas na promoção do desenvolvimento local e regional dos serviços lato sensu (aquisição de bens ou serviços, fornecimentos ou empreitadas) que elas podem prestar, por contratação própria, às entidades públicas participantes.

(...)

Atendendo à natureza do serviço prestado pela GOP, EEM, e ao conteúdo das prestações sinalagmáticas assumidas, a contratação parece reconduzir-se, inequivocamente, ao tipo de prestação contratual subsumível ao disposto no n.º 2 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto”⁵;

- s) Interpelada para justificar o valor do contrato, a Câmara Municipal esclareceu, no ofício n.º I/15330/13/CMP, de 24 de Janeiro de 2013:

“(…) uma parte dessa verba, a parte substancial, aliás, num total de €12.601.353, representa o montante dos meios financeiros disponibilizados pelo Município do Porto à GOP, EEM, para que esta proceda, no interesse daquele, aos investimentos compreendidos em cada um dos empreendimentos.

Já a parte daquela participação total que se cifra no montante de €944.985, corresponde ao preço contratual ajustado com a GOP, EEM, para que esta preste o pretendido serviço; ou seja, é a remuneração, a contrapartida a pagar à GOP, EEM, pelo serviço prestado.

(...)

Os meios financeiros inscritos no contrato e afetos a cada empreendimento representam, nuns casos, valores estimados e, noutros, já montantes resultantes de processos de consulta ao mercado. Para a generalidade dos empreendimentos, os valores inscritos destinam-se a mais do que uma componente do investimento, como projeto, empreitada, fiscalização, e prestações técnicas acessórias e complementares. Os valores inscritos para cada empreendimento resultam, portanto, de estimativas orçamentais suportadas no conhecimento interno muito específico que a GOP, EEM, possui do mercado e da flutuação dos preços, de consultas informais efetuadas junto dos operadores no mercado de obras públicas e, em muitos casos, do resultado de informação já conhecida e tratada na sequência de procedimentos de contratação precedentes ou agora em curso.

(...)

⁵ Considera-se, aqui, transcrito o teor integral do referido ofício.



No que respeita ao preço contratual, no citado montante de €944.985, corresponde este valor ao necessário e adequado a retribuir o tipo de serviços que se pretende que a GOP, EEM, preste ao Município do Porto. A economia associada à prestação de um serviço de Project management, com elevada especialização técnica e de gestão, exige a permanência de uma estrutura operacional capaz de assegurar o serviço pretendido pelo Município do Porto, com rácios de eficiência e de eficácia alinhados com a necessidade de cumprir de forma célere e perfeita os objetivos implicados em cada empreendimento.

Assim, o preço contratual foi determinado a partir da quantificação inscrita na estrutura de custos da GOP, EEM, , que, aliás, foi analisada e validada pelo Fiscal Único da empresa. Assim e por isso, repete-se, o preço contratual que remunera o serviço que a GOP, EEM, prestará ao Município do Porto é o necessário, por ser imprescindível para suportar os custos em que a empresa incorre no seu processo produtivo, e é, também, o adequado à luz do mercado por retratar as especificidades e particulares da atividade de gestão integrada de obras públicas.”;

- t) Neste mesmo ofício a autarquia referiu ainda: “(...) a contratação em causa foi decidida pelo Município do Porto, que, podendo contratar um qualquer outro adjudicatário, optou por contratar a GOP, EEM, recorrendo, para o efeito, para o regime da contratação in house”;
- u) Convidado a reponderar a fundamentação da opção pela forma de contratação em apreço à luz dos princípios contabilísticos aplicáveis aos pagamentos efectuados pelas administrações públicas para remunerar serviços prestados de forma não mercantil, o município respondeu⁶:

“O Município do Porto efetuou as identificadas contratações à luz e em cumprimento do disposto na Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, mais concretamente por observância do disposto nos n.ºs 2, 3 e 4 do seu artigo 36.º e do n.º 6 do artigo 47.º do dito regime jurídico.

O Município do Porto entende que a base que suporta os referidos edifícios contratuais é, e só pode ser, a lei. É à lei, antes de mais, com a configuração que o legislador lhe dotou, com a letra que a conforma (1), que as entidades públicas participantes se terão de ater.

*Afigura-se a esta autarquia, portanto, que é **com a lei** que os contratos, em primeira linha, se conformam e se desenham. E será em função dos*

⁶ Vide ofício n.º I/36659/13/CMP, de 28 de Fevereiro de 2013 (embora se refira 2012, isso só pode ser um lapso material). Considera-se, aqui, transcrito o teor integral do referido ofício.



desenhos dos contratos, adequadamente compatibilizados com o ordenamento jurídico, que se qualificam e contabilizam as prestações pecuniárias neles inscritos, então aí sim, por aplicação dos princípios contabilísticos vigentes. Nunca ao contrário. Parece-nos. (...)

(...) apesar de a solução legal poder não conduzir à aplicação de princípios contabilísticos que pudessem ser, eventualmente, os desejáveis, as soluções contratuais definidas pelo Município do Porto, parece-nos, são aquelas que espelham inequivocamente as determinantes da lei, conduzindo à aplicação dos princípios que são por elas determinados.

Nessa medida, o Município do Porto não consegue harmonizar o desejo de conformação contabilística traduzido na sugestão a que se responde com a Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto.

(...)

O Município conformou os contratos em função da sua realidade concreta e específica, dos respetivos objetos, dos respetivos conteúdos, e da natureza das prestações e contraprestações, e não com o intuito de assegurar uma dada forma de contabilização das contraprestações nele inscritas.

O Município do Porto entende que “construir” os contratos em causa a partir de objetivos de ordem contabilísticos determinaria, atento o objecto de cada contrato, inevitavelmente, a nulidade dos mesmos, por violação do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto;

Caso esse Alto Tribunal assim não o entenda e considere que estas adjudicações de serviços devem ser inscritas em contratos-programa e o preço dos mesmos reputado de subsídio à exploração, terá o Município do Porto, obrigatoriamente, de reconfigurar os ditos instrumentos, o que naturalmente o fará em estrita observância do culminar, nesse sentido, dos processos de vistos aqui em causa.”

(1) De acordo com o n.º 2 do Código Civil: “não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”



III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Da alteração do regime jurídico da actividade empresarial local e da importância das formas contratuais adoptadas

No âmbito do regime jurídico estabelecido pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, as relações contratuais entre os Municípios e as suas empresas municipais eram enquadradas por contratos de gestão ou por contratos programa, podendo ainda estabelecer-se contratos de concessão (vide artigos 20.º, 23.º e 25.º do referido diploma).

Estes contratos estabeleciam, além do mais, as funções a desempenhar pelas empresas e, no caso dos dois primeiros tipos, as participações públicas devidas pelos municípios como contrapartida pelas obrigações assumidas pelas empresas.

Nos Acórdãos n.ºs 14/09-31.MAR-1.ªS/PL⁷, 15/09-31.MAR-1.ªS/PL, 16/09-31.MAR-1.ªS/PL e 17/09-31.MAR-1.ªS/PL, a 1.ª Secção deste Tribunal pronunciou-se sobre a complexidade e a importância dos tipos contratuais adoptados para regular as relações entre as empresas públicas e as entidades públicas que as detêm, sem deixar de reconhecer que em todos os tipos contratuais possíveis está substancialmente presente uma prestação de serviços pelas empresas a essas entidades (reconhecimento que, aliás, está também implícito em toda a doutrina citada nesses arestos).

O que se discutia e continuará a discutir é qual a forma contratual adequada e legal, de entre várias possíveis, para titular essa prestação de serviços em cada caso concreto.

Ora, essa qualificação contratual importa, designadamente, para efeitos de observância de requisitos legais de conteúdo dos contratos, que titulam relações de prestação de serviços de tipo especial, e tem também importância por se repercutir no tratamento financeiro e contabilístico das verbas por esses contratos atribuídas.

Por exemplo, e como se referiu nesses acórdãos, e agora se repete⁸, “no âmbito da privatização orgânica, e nas relações entre a entidade pública e a entidade privada por ela criada” podem ser prestados serviços mas “não se configura um processo de contratação com terceiros”. Nessa hipótese, a entidade privada é antes investida de uma função pública, assumindo a gestão ou direcção global da tarefa, actuando na

⁷ Publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 94, de 15 de Maio de 2009.

⁸ Na senda do defendido por Pedro Gonçalves.



Tribunal de Contas

posição da Administração nas relações externas que estabelece no cumprimento da missão que lhe foi confiada.

E nesses acórdãos concluímos que, não obstante existir materialmente uma prestação de serviços, a figura contratual a adoptar não podia ser o contrato de fornecimento de serviços.

Em suma, já no âmbito da legislação referida se verificava uma multiplicidade de tipos contratuais que podiam titular relações materiais de prestação de serviços, importando encontrar a mais adequada a cada caso.

Foi recentemente publicada a Lei n.º 50/2012, de 30 de Agosto, que estabeleceu um novo regime jurídico para a actividade empresarial local, na sequência das medidas constantes da Lei n.º 55/2011, de 15 de Novembro, dos estudos consubstanciados no *Documento Verde da Reforma da Administração Local* e no *Livro Branco sobre o Setor Empresarial Local* e dos compromissos assumidos no *Memorando de Entendimento sobre os Condicionalismos Específicos de Política Económica* acordado, em Maio de 2011, entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional.

Entre os objectivos da reforma efectuada contam-se a contenção do perímetro do sector empresarial local e o controlo dos fluxos financeiros mantidos entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, com o objectivo da sua auto sustentabilidade ⁹.

O *Livro Branco sobre o Setor Empresarial Local* concluiu, entre outros aspectos, que as relações financeiras entre as empresas e os respectivos sócios não estavam correctamente enquadradas, que um grande número de empresas do sector empresarial local recebia subsídios à exploração em montantes significativos e que a atribuição desses subsídios tinha contornos pouco transparentes. A este respeito recomendou, designadamente:

- A definição rigorosa de um enquadramento contratual para as relações entre a empresa e o município;
- A exigência de documentos contratuais claros, do ponto de vista financeiro e das leis da concorrência, no plano das relações comerciais entre a empresa e a autarquia;
- A substituição da atribuição de subsídios pela figura da contratualização pela prestação de serviços, a que correspondam as contrapartidas objecto de contrato.

Neste contexto, a Lei n.º 50/2012:

- Estabeleceu no artigo 32.º que a atribuição às empresas locais de subsídios à exploração pelas entidades públicas participantes exige a celebração de um contrato-programa;

⁹ Vide os documentos referidos e, ainda, a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 58/XII, que afirmou expressamente o propósito de lhes dar acolhimento.



- Definiu nos artigos 47.º e 50.º a exigibilidade e o conteúdo dos contratos-programa a celebrar, os quais devem estabelecer as *transferências financeiras necessárias ao financiamento anual das actividades de interesse geral ou de desenvolvimento local e regional* assumidas, transferências essas que são classificadas como a contrapartidas dessas obrigações¹⁰;
- Cometeu, no artigo 25.º, n.º 6, ao fiscal único o dever de emitir parecer prévio sobre o financiamento da empresa e sobre a celebração dos contratos-programa, dever que só se compreende e só tem utilidade se incluir um juízo sobre a razoabilidade económico-financeira das transferências financeiras envolvidas, como este Tribunal tem reiteradamente afirmado;
- Introduziu, no artigo 36.º, a possibilidade de se estabelecerem contratos de aquisição de bens ou serviços, de locação, de fornecimento ou de empreitada entre as empresas locais e as entidades públicas nelas participantes, a remunerar contratualmente *a preços de mercado*;
- Proibiu que essas adjudicações integrassem os contratos programa e incluíssem qualquer componente de subsídio (vide artigos 36.º, n.ºs 2, 3 e 4, e 47.º, n.º6);
- Estabeleceu, no artigo 62.º, a obrigatoriedade de dissolução das empresas locais quando se verificar que, nos últimos 3 anos, as vendas e prestações de serviços realizados não cobrem, pelo menos, 50% dos gastos totais dos respectivos exercícios ou que o peso contributivo dos subsídios à exploração é superior a 50% das suas receitas.

A interpretação destas normas tem de ser feita em conjunto, enquanto elementos de um sistema coerente de objectivos, relações contratuais e fluxos financeiros.

Essa interpretação não pode, por outro lado, esquecer outras regras imperativas aplicáveis, designadamente as que constam dos tratados e da legislação da União Europeia.

É que, efectivamente, o artigo 9.º do Código Civil, ainda que no seu n.º 2 imponha um mínimo de correspondência verbal com a letra da lei, no seu n.º 1 estabelece que a interpretação da lei não deve cingir-se a essa letra, “*mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*”.

É o que procuraremos fazer.

¹⁰ Vide, em especial, os n.ºs 2 e 4 do artigo 47.º e o n.º 2 do artigo 50.º.



2. Dos contratos programa e dos contratos de fornecimento de serviços na Lei n.º 50/2012

Como se referiu no ponto anterior, os artigos 47.º e 50.º da Lei n.º 50/2012 estabelecem a obrigatoriedade de serem celebrados contratos-programa para regular as relações entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, os quais são condição da prestação dos serviços e da realização das responsabilidades de interesse geral e/ou de desenvolvimento local e regional por parte das empresas locais.

No caso, a **GOP**, entidade empresarial local nos termos da Lei n.º 53-F/2006, e em processo de adaptação estatutária ao regime da Lei n.º 50/2012¹¹, é classificada pelo Município do Porto como uma *empresa local de promoção do desenvolvimento local*, que desenvolve actividades previstas e consentidas pela alínea a) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei n.º 50/2012 (*promoção, manutenção e conservação de infra-estruturas urbanísticas e gestão urbana*)¹².

Aplica-se-lhe, assim, o artigo 50.º, que determina que seja celebrado entre ela e o Município do Porto um contrato-programa. Este artigo, que no seu n.º 2 manda aplicar também os n.ºs 2 a 7 do artigo 47.º, estabelece que o contrato-programa deve:

- Definir a *missão* e o *conteúdo das responsabilidades de desenvolvimento local* assumidas;
- Definir detalhadamente o fundamento da necessidade do estabelecimento da relação contratual;
- Indicar a finalidade dessa relação;
- Estabelecer os objectivos a atingir e os indicadores de eficácia e eficiência para medir a realização desses objectivos;
- Justificar uma eventual política de preços subsidiados;
- Especificar o montante dos *subsídios à exploração* que a empresa tem o direito de receber como *contrapartida* das obrigações assumidas.

O n.º 4 do artigo 47.º refere-se a esses subsídios como sendo as *transferências financeiras necessárias ao financiamento anual da actividade* de promoção do desenvolvimento local regulada no contrato programa.

A conjugação dos vários números dos artigos em referência parece permitir concluir que a necessidade de financiamento anual dessa actividade pode decorrer da não aplicação de preços no desenvolvimento dessa actividade ou na

¹¹ A não adequação no prazo legal determinaria a dissolução ou alienação da empresa (vide artigo 70.º da Lei n.º 50/2012).

¹² Vide ofício n.º I/223414/12/CMP, de 20 de Dezembro de 2012, junto aos autos.



prática de preços que não cubram os custos anuais do desenvolvimento da actividade.

Considerando o que se estabelece nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 36.º do mesmo diploma e no n.º 6 do artigo 47.º, parece também poder concluir-se que podem ser cobrados *preços* pelas empresas locais às entidades públicas participantes a título de fornecimentos de bens, serviços e obras ou de locações, desde que não contenham quantias que excedam a remuneração dessas prestações.

Parece-nos até que, caso o custo da actividade seja integralmente coberto pelos referidos preços, se poderá concluir pela não necessidade da atribuição de qualquer subsídio à exploração, sendo a actividade auto sustentável.

Mas, precisamente nos casos em que as relações contratuais se estabelecem entre a empresa local e a(s) entidade(s) participante(s), a conjugação destas normas legais suscita vários problemas. Vejamos:

a) A entidade participante pode remunerar os *serviços* de uma empresa local por via de um contrato programa?

Sendo os subsídios à exploração designados legalmente como verbas que as empresas locais têm o direito de receber como *contrapartida* das obrigações assumidas para a realização das actividades de desenvolvimento local (artigo 50.º, n.º 2) ou para *financiar a prestação de serviços* de interesse geral (artigo 47.º, n.ºs 1 e 4), parece que a lei admite expressamente que os contratos programa sejam uma forma legítima e adequada de remunerar os *serviços prestados* pelas empresas locais aos municípios que as detêm na prossecução dessas actividades.

Forma essa que está prevista na lei, que é contratual, que é sinalagmática e que é detalhadamente reguladora das condições de realização dos serviços.

Razão por que entendemos que o Município do Porto não tem razão quando, no ofício n.º I/36659/13/CMP, de 28 de Fevereiro de 2013¹³, considera que, *para o desenvolvimento das actividades de promoção do desenvolvimento local por parte da DomusSocial*, a lei *impõe* a adopção de contratos de prestação de serviços nos termos do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012 e *proíbe* a utilização do contrato programa.

Mas, então, como distinguir os casos em que o município pode ou deve remunerar a prestação de serviços da empresa a título de preço por via de um contrato de fornecimento de serviços daqueles em que o deve fazer a título de subsídio por via de um contrato programa?

¹³ Vide alínea u) do probatório e teor integral desse ofício.



b) É possível *escolher* entre os tipos contratuais de contrato programa e de fornecimento de serviços?

Os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 36.º e o n.º 6 do artigo 47.º são claros no sentido de que os dois tipos de contratação se excluem mutuamente.

Quando se deva contratar em regime de fornecimento de serviços, não se podem “*subsidiar*” actividades nem fazer incluir as adjudicações nos contratos programa e quando se estabelece um contrato programa não se podem incluir as contratações que devam ser feitas em regime de prestação de serviços.

Então como distinguir as duas situações, que legalmente se excluem mutuamente mas que, como já vimos, podem ter objecto idêntico?

Tentemos o critério da forma de remuneração.

Teoricamente na aquisição de serviços estaríamos a remunerar um concreto serviço bem delimitado enquanto no contrato programa estaríamos a financiar o custo de uma actividade, o que clarificaria o fundamento dos fluxos financeiros.

Como já vimos, *os subsídios à exploração destinam-se a financiar os custos anuais do desenvolvimento das actividades.*

De acordo com o critério utilizado pelo Município do Porto e pela **GOP** para fixar a parcela que remunera os serviços contratados no presente contrato, a determinação da remuneração contratual da prestação dos serviços foi feita com base nos custos em que a empresa incorrerá no seu processo produtivo, incluindo custos da estrutura¹⁴.

Não há dúvida de que esse “preço” tem fundamento e reflecte o valor económico do bem na perspectiva do seu produtor.

Mas, porque o serviço se definiu reportando-o à quase totalidade da actividade anual da empresa, *o “preço” estabelecido traduziu-se, na prática, num montante necessário para financiar os custos anuais do desenvolvimento das actividades definidas.*

Ou seja, não há diferença na substância e na forma de remunerar.

No limite, se uma empresa local titular toda a actividade prestada ao município que a detém através de contratos de aquisição de serviços com ele celebrados, calcular a respectiva remuneração com base nos seus

¹⁴ Vide alínea s) da matéria de facto.



custos de produção e funcionamento e registar a receita como venda ou prestação de serviços, nunca necessitará de subsídios à exploração.

Se assim for, como distinguir as actividades *auto sustentáveis* e como aplicar o critério estabelecido no artigo 62.º da Lei n.º 50/2012?

Relembre-se que este preceito estabelece que as empresas locais que tenham subsídios à exploração¹⁵ representando mais de 50% das suas receitas ou cujas vendas e prestações de serviços¹⁶ não cubram, pelo menos, 50% dos gastos totais do exercício devem ser dissolvidas.

A avaliação da sustentabilidade das empresas e a sua dissolução ficaria, então, a depender de uma *escolha discricionária* de fazer titular os pagamentos do município para a empresa local como preço de uma prestação de serviços ou como financiamento de um contrato programa.

Ora, a título de exemplo, precisamente no caso em apreço, o financiamento da empresa baseou-se até aqui em contratos-programa e os instrumentos de gestão previsional, tal como o parecer do fiscal único sobre eles emitido, evidenciam a completa dependência da empresa relativamente ao financiamento a assegurar pelo município e o condicionamento da sua actividade às disponibilidades financeiras do mesmo. Esta situação, que não sofreu alteração substantiva, vai mudar radicalmente em termos financeiros, de um financiamento à actividade para o pagamento de um preço, somente por causa do tipo contratual adoptado?

Parece-nos que um qualquer outro critério mais rigoroso se impõe para delimitar os casos em que se deve utilizar uma ou outra forma contratual.

c) Como saber se os preços praticados excedem a remuneração das prestações contratuais e incluem uma componente proibida de subsidiação?

Os n.ºs 2 e 4 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012 estabelecem que a contratação respeitante à adjudicação de aquisições de serviços (a que aqui nos importa) não pode originar a transferência de quaisquer quantias, pelas entidades públicas participantes, para além das devidas pela prestação contratual das empresas locais *a preços de mercado*, não podendo integrar, portanto, qualquer forma de subsidiação da exploração.

¹⁵ Entregues pelas entidades participantes para cobrir os custos das actividades desenvolvidas a coberto dos contratos programa.

¹⁶ Cujos preços, segundo a proposta do município em causa, seria calculado com base nos custos de produção e de funcionamento da empresa.



Se o critério for, como o município propõe, o de calcular a parte remuneratória do montante contratual com base nos custos de produção e de funcionamento imputáveis ao desenvolvimento da actividade e se o limite dos subsídios à exploração for, como parece resultar dos artigos 47.º e 50.º, o custo do desenvolvimento das actividades, obviamente calculável da mesma forma, como identificar a tal subsidiação proibida?

O regime introduzido por esta lei de admissão de várias formas contratuais para titular os fluxos financeiros entre as empresas locais e as entidades públicas participantes reclama, pois, a adopção de um critério rigoroso para determinar em que situações cada uma dessas formas deve ser adoptada.

Para além dos problemas práticos evidenciados, deve lembrar-se o que se referiu no ponto anterior. Ou seja, que este regime terá querido definir de forma *mais rigorosa* o enquadramento *contratual* para as relações de prestação de serviços entre a empresa local e a entidade pública participante, estabelecendo *contrapartidas* claras, terá querido clarificar, *do ponto de vista financeiro e das leis da concorrência*, as relações *comerciais* entre a empresa e a autarquia e também controlar os fluxos financeiros entre as empresas locais e as respectivas entidades públicas participantes, com o objectivo da sua auto sustentabilidade.

3. Da contratação em regime de fornecimento de serviços a preços de mercado

O único critério literal a que podemos recorrer para distinguir as situações é o que consta da parte final do n.º 2 do artigo 36.º da Lei n.º 50/2012.

Nele se diz que as entidades públicas participantes só podem transferir para as empresas locais, por força de contratos de aquisições de bens ou serviços, locações, fornecimentos ou empreitadas, as quantias devidas pela prestação contratual *a preços de mercado*.

Entendemos que o legislador quis com isto dizer que as empresas locais e as entidades públicas participantes só podem celebrar contratos de prestação de serviços (ou os outros tipos referidos) entre si se o fizerem *a preços de mercado*. Nesses casos, a contratação através desse tipo contratual é legítima, constituirá uma verdadeira venda de serviços e não consubstanciará um subsídio à exploração que deva ser titulado por um contrato programa.

Nos outros casos, o contrato programa será o título adequado para titular o financiamento da empresa.

Só que o legislador utilizou o conceito de *preço de mercado*, mas não o definiu.



Tribunal de Contas

Importa, então, determinar exactamente o seu significado, tão importante para a clarificação das relações contratuais e financeiras entre as entidades em causa.

Será que estamos perante um conceito indeterminado?

Mesmo que assim fosse, a posição maioritária da nossa doutrina administrativa¹⁷, na esteira do pensamento alemão, tem sido a de considerar que a fixação do sentido de um conceito indeterminado corresponde a uma operação de interpretação da lei e não a uma actividade discricionária. Deve, assim, ser considerada uma actividade vinculada, da qual estão afastadas considerações de oportunidade e conveniência. A própria jurisprudência administrativa tem vindo crescentemente a acolher este entendimento¹⁸, considerando que os tribunais devem sindicar a interpretação e aplicação destes conceitos nos casos em que a sua avaliação não exige conhecimentos técnicos especiais, em que as noções utilizadas pela lei possam ser densificadas com elementos da experiência comum que qualquer cidadão normalmente diligente possui, em que o critério de concretização resulta da exegese dos textos legais ou envolve juízos mais especificamente jurídicos, casos em que o tribunal não pode invocar não possuir os necessários conhecimentos técnicos.

Mas existem ainda casos em que a lei, para definição dos pressupostos da actividade da administração, remete para conceitos técnicos próprios da ciência, não restando ao órgão administrativo ou judicial outra hipótese senão a de recorrer aos ensinamentos da ciência para determinação do conteúdo da lei. Como refere Esteves de Oliveira¹⁹, “(...) *as questões resultantes da utilização de conceitos técnicos pela lei, resolvem-se através de critérios exclusivamente técnicos, não tendo o órgão administrativo a liberdade de repudiar o conteúdo que lhes é imputado nos respectivos ramos de ciência e optar por qualquer outro.*”.

Também aqui estamos perante uma operação vinculada, sendo legítimo que os tribunais apreciem se a interpretação ou qualificação feita pela administração foi a melhor, apelando para a ciência e para a técnica.

Ora, quer consideremos o conceito de *preço de mercado* como um conceito indeterminado quer o consideremos como um conceito técnico, há que apurar se o sistema jurídico ou a ciência nos apontam o caminho da sua densificação.

¹⁷ Refiram-se autores como Sérvulo Correia, Freitas do Amaral, Marcelo Rebelo de Sousa, Esteves de Oliveira, Bernardo Ayala e António Francisco de Sousa.

¹⁸ Cfr., designadamente, Acórdãos do STA nos processos 1283/02, 220/04, 1009/04, 351/07 e 855/07, bem como Fernando Azevedo Moreira, *Conceitos Indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa*, in Revista de Direito Público, n.º 1, Ano I, que em muito os inspirou.

¹⁹ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo, Vol. I*, Almedina, p. 248.



Tribunal de Contas

Começemos por apelar ao seu sentido técnico.

A ciência económica contém definições para o que é o *preço de mercado*.

Paulo Nunes, no *Dicionário de Economia* disponível em http://www.notapositiva.com/dicionario_economia/precomercado.htm, esclarece que “*o preço de mercado (ou de equilíbrio) de determinado bem representa o preço que se forma no mercado (através do chamado mecanismo de mercado) e que compatibiliza os interesses antagónicos dos consumidores e dos produtores. Esta compatibilização é conseguida quando a quantidade procurada pelos consumidores é igual à quantidade oferecida pelos produtores, situação que se verifica quando o preço do bem é o seu preço de equilíbrio. Segundo a Teoria da Procura, quanto maior o preço do bem menor será a quantidade procurada; pelo inverso, segundo a Teoria da Oferta, quanto maior o preço do bem maior será a quantidade oferecida. Desta forma, existe apenas um preço em que as quantidades procuradas e oferecidas se igualam - é o chamado preço de equilíbrio. No caso do preço estar acima desse preço de equilíbrio, a quantidade que os produtores oferecem é necessariamente superior à quantidade que os consumidores procuram - verifica-se um Excesso de Oferta. Assim sendo, os produtores são levados a baixarem os preços de forma a conseguirem vender os seus produtos. Pelo contrário, se o preço estiver abaixo do seu preço de equilíbrio, a quantidade procurada será superior à quantidade oferecida - verifica-se um Excesso de Procura. Neste caso, os produtores têm incentivos para aumentar os preços de forma a satisfazerem toda a procura. Conclui-se pelo exposto acima que o **preço de mercado** de um bem tende sempre para o seu preço de equilíbrio, ou seja, para o **único preço em que as intenções de compra igualam as intenções de venda**”.*

Para além desta definição técnica, repetida em inúmeros manuais da ciência económica, será que o sistema jurídico nos dá uma qualquer indicação de que ele é o conceito adequado a utilizar na interpretação da norma em causa, ao invés de aceções mais vulgares que pensam o preço de mercado como o preço médio ou até o preço mais alto oferecido *no mercado* para produtos de um determinado tipo?

Retenhamos que quer o conceito técnico quer o conceito vulgar apontam para um preço que se forma *de acordo com um mecanismo de mercado*. Ou seja, para um preço que só se forma *em condições de concorrência*.

Segundo a teoria económica, o próprio conceito de *preço* pressupõe o confronto, *no mercado*, entre a procura por parte dos consumidores e a sua oferta por parte dos produtores. No caso da procura, o valor atribuído pelos consumidores depende da utilidade que estes conseguem retirar do seu consumo, ou seja, do



Tribunal de Contas

grau de satisfação de necessidades que o consumo do bem proporciona. Quanto à oferta, o valor atribuído ao bem pelos produtores depende dos custos de produção, ou seja, do valor que é necessário despendido em factores produtivos para obter determinada quantidade do bem. Só o confronto entre as duas perspectivas assegura que o preço seja um instrumento de garantia da eficiência económica.

De acordo com o que se transcreveu na alínea s) do ponto II, a autarquia afirmou ter estabelecido uma parte do valor contratual com base em preços resultantes de processos de contratação no mercado ou estimativas do respectivo valor provável. Uma vez que as cláusulas contratuais prevêm que os valores a transferir a esse título necessitam de confirmação com autos de medição e na medida em que esses valores corresponderem a preços fixados no âmbito de procedimentos concorrenciais, afigura-se-nos que, nessa parte, estará cumprido o requisito legal.

No entanto, como se refere na mesma alínea, há uma outra parte do valor contratual, que o município identifica com a verdadeira componente remuneratória e de “preço”. Ora, relativamente a esta parte, afirma-se que o “preço” foi fixado no valor que se considerou necessário e adequado a retribuir o tipo de serviços a prestar com base na estrutura de custos da empresa. Nas suas palavras, *“o preço contratual que remunera o serviço que a GOP, EEM, prestará ao Município do Porto é o necessário, por ser imprescindível para suportar os custos em que a empresa incorre no seu processo produtivo, e é, também, o adequado à luz do mercado por retratar as especificidades e particulares da atividade de gestão integrada de obras públicas”*.

Mas se este critério pode justificar o valor que, na sua perspectiva, a empresa atribui ao bem fornecido, a verdade é que não reflecte o seu confronto e teste com a perspectiva dos consumidores e, desse modo, não garante a eficiência económica.

A esta luz, não podemos, pois, concluir que estejamos perante um *preço de mercado*, o qual teria necessariamente de ser formado no jogo da oferta e da procura.

Mas importa testar este critério e esta conclusão, face a eventuais normas jurídicas que nos possam dar pistas sobre a mais adequada e sistemática interpretação do conceito.

O artigo 20.º da própria Lei n.º50/2012 refere que as empresas locais são constituídas para prosseguir simultaneamente actividades de natureza *administrativa* e de natureza *mercantil*.



Tribunal de Contas

Sobre a natureza administrativa ou mercantil das actividades das entidades públicas ou das entidades por elas controladas, o critério legal mais desenvolvido é o que consta do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais (SEC 95), juridicamente vinculativo na União Europeia desde Fevereiro de 2000.

Este Sistema consta do Regulamento (CE) n.º 2223/96 do Conselho, de 25 de Junho de 1996, entretanto objecto de várias alterações posteriores.

Refira-se que, enquanto regulamento comunitário, este acto normativo da União Europeia tem uma força jurídica equiparável à da lei no direito interno. É de natureza geral, obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-membros da União, produzindo efeitos jurídicos imediatos e incondicionais, independentemente de qualquer mediação legislativa ou administrativa nacional, e vinculando entidades públicas e privadas, comunitárias ou nacionais. De acordo com o princípio do primado, os regulamentos prevalecem sobre o direito nacional e, em caso de colisão entre o direito nacional e o regulamento da União Europeia, os tribunais nacionais devem aplicar o regulamento e desaplicar o direito nacional.

Nestes termos, a hierarquia legal que o município invoca e se refere na alínea u) do ponto II deste acórdão não se conforma com o sistema jurídico vigente. De facto, a existir qualquer eventual conflito entre o estabelecido na Lei n.º 50/2012 e o regulado no SEC 95, ele seria resolvido pela prevalência deste último e não da primeira.

De qualquer modo, o que procuramos são critérios de interpretação e não necessariamente conflitos normativos.

Como referência conceptual, o SEC 95, baseado e harmonizado com o SCN 93 (Sistema de Contas das Nações Unidas), define os critérios para a classificação ou não das unidades controladas pelas administrações públicas no sector das administrações públicas.

Um desses critérios é a natureza *mercantil* ou não-mercantil da entidade, definindo-se que a mesma *é mercantil se 50% dos seus custos de produção forem cobertos pelas vendas*.

Tanto no SCN 93 (pontos 6.45. e 6.50.) como no SEC 95 (ponto 3.19.), a distinção entre produtores mercantis e não-mercantis depende dos *preços* cobrados serem ou não *economicamente significativos*.

Diz-se que um preço é economicamente significativo quando tem influência significativa nas quantidades que os produtores estão dispostos a colocar no mercado e nas quantidades que os compradores desejam comprar. Inversamente, diz-se que um preço não é economicamente significativo se tiver pouca ou



nenhuma influência na quantidade que o produtor está disposto a colocar no mercado e se se presumir que tem apenas uma influência marginal nas quantidades procuradas. É, pois, um preço que não é quantitativamente significativo do ponto de vista quer da oferta quer da procura²⁰.

Os produtores mercantis são os produtores que vendem a sua produção a preços economicamente significativos. Os produtores não-mercantis são os produtores cuja produção é, na sua maioria, fornecida gratuitamente ou a preços que não são economicamente significativos.

O SEC 95 inclui também critérios para a aplicação da regra dos 50%, acima referida e que se pode considerar também subjacente ao regime consagrado no artigo 62.º da Lei n.º 50/2012 ou, pelo menos, idêntica e baseada nos mesmos conceitos.

Refere o Manual do SEC 95 a este respeito:

“Os pagamentos feitos pelas administrações públicas a unidades institucionais públicas relativos a serviços efectivamente fornecidos devem ser tratados como correspondendo a vendas na aplicação do critério dos 50%, quando os preços são economicamente significativos, isto é, nos dois casos seguintes:

- Quando os preços pagos pelas administrações públicas a produtores públicos relativamente a serviços efectivamente prestados são também aplicados a serviços similares (ou da mesma qualidade) fornecidos por produtores privados que aceitem vender serviços às administrações públicas com base nesses preços. A razão é a seguinte: a existência de produtores privados garante que os preços são economicamente significativos e, por isso, os preços aplicados aos serviços fornecidos por produtores públicos são também economicamente significativos;*
- Quando, na ausência de produtores privados no mesmo tipo de actividade, as administrações públicas pagam a unidades públicas por serviços efectivamente fornecidos (e não através de uma cobertura dos custos), com vista a ter uma influência económica significativa sobre a oferta e a procura. As administrações públicas podem, por exemplo, pretender, através dos preços pagos pelos diferentes serviços, incentivar as unidades públicas a desenvolver serviços específicos que correspondam a prioridades públicas. Do ponto de vista do produtor público o preço recebido das administrações públicas é economicamente significativo se esse produtor público for apenas financiado de acordo*

²⁰ Vide também Manual do SEC 95, disponível em http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-42-02-585/PT/KS-42-02-585-PT.PDF



com o volume de produção que fornece. Nesse caso, o produtor público está a actuar como uma empresa sujeita às leis do mercado: o seu défice remanescente não deve ser automaticamente coberto e a lógica desta situação é encerrar as unidades públicas que não possam sobreviver nestas condições.

Os pagamentos feitos pelas administrações públicas a unidades institucionais públicas relativos a serviços efectivamente prestados não devem ser tratados como correspondendo a vendas na aplicação do critério dos 50%, quando os preços não são economicamente significativos, como, por exemplo nos dois casos seguintes:

- Quando os preços pagos pelas administrações públicas a produtores públicos relativamente a serviços efectivamente prestados não podem ser aplicados a serviços similares fornecidos por produtores privados, em virtude de os produtores privados serem discriminados em relação ao recebimento desses pagamentos ou em virtude de os produtores privados não aceitarem fornecer serviços nessas condições - e, assim, pelo mesmo serviço e mesma qualidade, os preços pagos pelas administrações públicas aos produtores privados serem totalmente diferentes dos preços pagos aos produtores públicos;*
- Quando, na ausência de produtores privados no mesmo tipo de actividade, uma unidade pública não se situar, face ao mercado, numa posição semelhante à que poderia ser a posição de uma unidade privada, em virtude de as administrações públicas tenderem, de qualquer forma, a cobrir o seu défice remanescente. Assim, o montante global dos pagamentos das administrações públicas à unidade pública mantém-se, de facto, ligado aos custos. Nesta situação, as administrações públicas decidem financiar as unidades públicas, relativamente aos serviços efectivamente prestados, por razões puramente administrativas, com vista a afectar o financiamento, a controlar e a comparar os custos e a melhorar a produtividade interna das unidades públicas.²¹*

Da passagem que se transcreve e da análise de vários exemplos contidos no Manual do SEC 95, conclui-se que os serviços que sejam prestados fora de condições de mercado e numa situação de favorecimento da posição negocial, por exclusão ou discriminação dos produtores privados e por inexistência ou redução do risco do negócio, não podem, efectivamente, ser considerados como serviços prestados de forma mercantil.

²¹ Destaques nossos.



Tribunal de Contas

Ora, a relação contratual em presença é, precisamente, uma relação de exclusividade, em que, apesar de a actividade em si ser susceptível de colocação no mercado, os produtores privados foram excluídos de lhe aceder, por via do próprio pacto social, dos estatutos da empresa e do contrato programa celebrado, que atribuíram um exclusivo a esta empresa por delegação do município

Por outro lado, o preço, ou parte dele, não se formou em condições de concorrência, mas tão só com base em critérios de custo, numa relação em que, por força da própria lei (artigos 40.º, 47.º e 50.º da Lei n.º 50/2012), os eventuais défices de exploração são garantidamente cobertos pelo município, seja por subsídios à exploração seja por transferências financeiras obrigatórias a cargo dos sócios com vista a equilibrar os resultados do exercício.

Deste modo, de acordo com os critérios do SEC 95, e porque não se verificaram condições de concorrência, a prestação de serviços em causa não pode ser considerada como prestada no exercício de uma actividade *mercantil*. Nestas condições, parece não poder considerar-se que o preço estabelecido possa ser um *preço de mercado*.

A norma constante do artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, deve ainda ser interpretada tendo em consideração que o artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe os auxílios públicos a empresas, incluindo as empresas públicas, e que esses auxílios se podem configurar através da prática de preços acima ou abaixo dos *preços de mercado*.

Saber como é que esta regra tem sido aplicada poderia também ajudar-nos.

Para este efeito, a jurisprudência, a prática e a doutrina comunitárias têm reconhecido a dificuldade de aplicação deste parâmetro, mas o certo é que nunca se reportaram a preços fixados com base exclusiva em custos.

Ou consideraram que deveria ser o mercado a determinar esse preço ou admitiram que o preço de referência deveria ser orientado para circunstâncias de mercado, através do estudo de comparadores ou de avaliações independentes.

Ora, no caso, nem foi feita qualquer demonstração de que o preço foi formado no mercado, através do jogo da oferta e da procura, nem sequer de que é equivalente a preços formados nessas condições para serviços idênticos.

Em suma, quer o conceito técnico de *preço de mercado* quer os conceitos relacionados presentes no sistema jurídico apontam para a densificação do estabelecido na parte final do artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012 em termos da



necessidade da verificação de condições de concorrência ou equivalentes, o que, no caso, não ocorreu.

4. Em conclusão

Se assim é, só as contratações efectuadas em condições mercantis de concorrência e os preços formados no mercado ou, eventualmente, aqueles que inequivocamente comparem com preços formados nessas condições podem enquadrar-se no disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Lei n.º 50/2012, devendo as restantes prestações de serviços ser tituladas nos termos dos artigos 47.º e 50.º da mesma lei.

Não tendo sido demonstrado que a prestação de serviços a que se refere o presente contrato está integralmente remunerada *a preços de mercado*, não se verifica o pressuposto legal para a aplicação daquele artigo 36.º, n.º 2.

5. Da ilegalidade verificada

Em face do que se analisou nos pontos antecedentes, o contrato em apreciação é ilegal por violação do disposto nos artigos 36.º, n.º 2, 50.º e 47.º da Lei n.º 50/2012, de 30 de Agosto, dado não se verificar um pressuposto legal para adopção da forma prevista no artigo 36.º, n.º 2, e não estarem cumpridos os requisitos constantes das restantes normas.

De acordo com o disposto no artigo 280.º do Código Civil, é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja legalmente impossível ou contrário à lei, o que, como concluímos, sucede nos casos em apreço.

Nos termos do artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo, e do artigo 284.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos²², são nulos os actos e os contratos a que falte qualquer dos elementos essenciais, designadamente aqueles cujo objecto seja impossível e que careçam da forma legal. No caso, falta a verificação de um dos pressupostos que condiciona a possibilidade da forma utilizada, que deve ser considerada como um elemento essencial.

²²O Código dos Contratos Públicos foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação 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, e 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelos Decretos-Lei n.ºs 131/2010, de 14 de Dezembro, e 40/2011, de 22 de Março, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.



Tribunal de Contas

A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)²³.

As normas em causa, em articulação com o artigo 62.º da Lei n.º 50/2012, protegem ainda interesses financeiros públicos, pelo que são qualificáveis como normas financeiras.

A ilegalidade decorrente do incumprimento das normas em causa integra, assim, também, o fundamento de recusa de visto estabelecido na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

²³ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 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.



IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas²⁴.

Lisboa, 4 de Março de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Alberto Fernandes Brás)

(João Figueiredo)

Fui presente
(Procurador Geral Adjunto)

(José Vicente)

²⁴ 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/2000, de 4 de Abril.