

ACÓRDÃO N.º 18/2013 - 01.jul. - 1ª S/SS

(Processo n.º 100/2013)

DESCRITORES: Protocolo / Contrato de Prestação de Serviços / Contrato de Aquisição de Serviços / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Princípio da Concorrência / Elemento Essencial / Adjudicação / Nulidade / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Não obstante a sua denominação, o protocolo de colaboração, porque envolve uma dupla prestação de serviços a efectuar pela cooperativa ao município, pelo qual este pagará uma certa quantia, configura um verdadeiro contrato oneroso de prestação de serviços [cfr. art.º 450.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)].
2. Tratando-se de um contrato público de aquisição de serviços, celebrado por uma autarquia com uma pessoa jurídica autónoma em que participa, deveria, face ao valor que envolve a sua participação, ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, por forma a preservar a defesa do princípio da concorrência.
3. A omissão de concurso exigido por lei implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA), bem como a nulidade do contrato.
4. A nulidade constitui fundamento de recusa, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC). Tal nulidade comporta ainda a violação de norma financeira nos termos da al. b) do referido artigo e, porque cerceadora do princípio da concorrência, constitui igualmente uma ilegalidade que pode alterar o respectivo resultado financeiro, nos termos da al. c) daquela disposição legal.

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



Tribunal de Contas

Mantido pelo acórdão nº 5/14, de
22/04/14, proferido no recurso nº 12/13

Acórdão N.º 18 /2013, de 1 de julho – 1.ª Secção/SS

Processo n.º 100/2013, 1ª Secção.

Acordam os Juízes, em Subsecção:

I. RELATÓRIO

O Município de Guimarães remeteu a este Tribunal para efeitos de fiscalização prévia, o protocolo de colaboração com a cooperativa “A Oficina”- *Centro de Artes e Mesteres de Guimarães* CIPRL, com vista a ceder o direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis da propriedade do Município destinados à instalação e ao funcionamento do Centro Cultural Vila Flor e da Plataforma das Artes e da Criatividade, durante o ano de 2013 e financiar a atividade a desenvolver pela Cooperativa no montante de € 3000 000,00, no mesmo período.

Para instruir o seu pedido, o Município de Guimarães, adiante MG, juntou várias documentação.

O Município foi questionado por este Tribunal, por três vezes, em sessão diária de vista para esclarecer várias questões e especificamente sobre a natureza e os objetivos da



Tribunal de Contas

Cooperativa e a sua compatibilização com as atividades desenvolvidas, às quais foi sempre respondendo.

Face aos esclarecimentos prestados e à documentação existente cumpre decidir.

II. OS FACTOS

Considera-se assente, com relevância para a decisão, tendo em conta os documentos juntos ao processo, a factualidade seguinte:

1. O MG efetuou um protocolo de colaboração com a cooperativa “A Oficina”- Centro de Artes e Mesteres de Guimarães CIPRL com vista a ceder o direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis da propriedade do Município destinados à instalação e ao funcionamento do Centro Cultural Vila Flor e da Plataforma das Artes e da Criatividade, durante o ano de 2013 e financiar a atividade a desenvolver pela Cooperativa no montante de €3 000 000,00, no mesmo período.
2. Este documento foi apresentado a este Tribunal para visto, em 21 de janeiro de 2013, para efeitos de fiscalização prévia, tendo sido devolvido várias vezes para que fossem prestados esclarecimentos.
3. Constitui objecto do protocolo *«a regulação da transferência, para a Oficina, do direito do uso e exploração da totalidade dos imóveis, de propriedade do Município de Guimarães, destinado à instalação e ao funcionamento do centro Cultural Vila Flor, (...) bem como do direito do uso e exploração da totalidade dos imóveis, de propriedade do Município de Guimarães (...) compreendendo o desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação, de interesse público, no Município de Guimarães, nas áreas das artes plásticas e performativas, teatro, música, dança, digital, festividades tradicionais, indústrias culturais e criativas»*.



Tribunal de Contas

4. A cooperativa foi constituída em 14.3.1989, por 41 cooperantes, sendo o primeiro a Câmara Municipal de Guimarães e os restantes um conjunto de cidadãos identificados no acto da escritura.
5. O capital social da cooperativa, variável, ilimitado é de montante mínimo de 25 000 000\$00, encontrando-se já integralmente realizado, é subscrito pela Câmara Municipal de Guimarães em 40 000 títulos, no montante de 20 000 contos, sendo 4000 títulos realizados em dinheiro e 36 000 realizados em bens patrimoniais e o restante subscrito por pessoas singulares ou coletivas de acordo com o que estiver determinado na lei e nos estatutos.
6. Nos termos do artigo 24º dos Estatutos, *«os membros da cooperativa participam nos órgãos sociais na proporção do respetivo capital social»* e, nos termos do artigo 25º dos mesmos Estatutos, *«o número de votos de membros dos órgãos sociais é proporcional ao capital social que cada um detém»*.
7. A cooperativa A Oficina- Centro de Artes e Mesteres Tradicionais de Guimarães, CIPRL tem atualmente a sua sede no palácio Vila Flor, Av. De D. Afonso Henriques, Guimarães e, nos termos do artigo 3º dos estatutos (alterados em 1999), tem por objeto principal:
 - a. A recuperação, reativação e gestão de olarias da Cruz de Pedra;
 - b. A preservação e desenvolvimento das formas tradicionais de artes e mesteres de Guimarães;
 - c. A promoção de núcleos de formação, investigação e produção;
 - d. Desenvolver atividades de natureza sócio-cultural e de ocupação de tempos livres e gerir os espaços para isso necessários;
 - e. Desenvolver ações de formação cooperativa e técnico-profissional destinados aos trabalhadores da cooperativa;
 - f. A divulgação externa das suas atividades;
 - g. A criação do Museu Industrial de Guimarães;



Tribunal de Contas

- h. Criação e exploração de empreendimentos de natureza turística;
 - i. Criação e exploração de parques de Campismo;
 - j. Inventariação, produção, divulgação e comercialização do artesanato tradicional.
8. Desde 2005 que o Município de Guimarães tem gerido em parceria com a Cooperativa a Oficina os equipamentos culturais municipais, tendo celebrado para o efeito Protocolos de colaboração anuais.
9. Segundo o Município, *«os órgãos executivos toma conhecimento dos documentos previsionais e do relatório de Atividades e Contas da Cooperativa “a Oficina”. Por outro lado a Divisão de Património da Câmara Municipal fiscaliza e atualiza periodicamente o inventário dos bens afectos a cada edifício municipal gerido pela Cooperativa, processo durante o qual é aferido o respectivo estado de conservação»*
10. Em 2012, por deliberação da Câmara de 13.10.2012, foi aprovado um protocolo de colaboração envolvendo a Fundação Cidade de Guimarães e a Cooperativa Oficina, com o objectivo de estabelecer os termos em que seria produzida e financiada a exposição inaugural da Plataforma das Artes e da Criatividade (PAC) – Centro Internacional das Artes José de Guimarães (CIAJG), tendo o Município assumido a obrigação de assegurar à Cooperativa Oficina um financiamento que possibilitasse a gestão corrente da PAC e do GIAJG, designadamente em matéria de contratação de recursos humanos e de aquisição de bens e serviços considerados imprescindíveis ao seu funcionamento, tendo a Câmara, na reunião de 21.06.2012 aprovado uma transferência destinada àquele financiamento no valor de €500 000,00. Este acto foi objecto de submissão a este Tribunal de Contas e foi concedido o visto em 10.08.2012 (processo 937/2012).
11. O montante do apoio financeiro a transferir com o protocolo referido em 1) corresponde a 59% do orçamento global da receita estimada para 2013 da Cooperativa “A Oficina” que, globalmente, ascende a € 5 065 600,00.



Tribunal de Contas

*

III. O DIREITO

A questão em apreciação, face à matéria de facto em causa e às competências deste Tribunal, consubstancia-se essencialmente em saber se o protocolo de cooperação envolvendo o Município de Guimarães e a cooperativa "a Oficina" é compatível com o atual regime jurídico da atividade empresarial local e, por outro lado se, atenta a natureza jurídica do protocolo, pode ou não considerar-se como ato jurídico enquadrado pela exceção do artigo 5º n.º 2 do CCP.

(i) A entidade participada e a lei n.º50/2012, de 31 de agosto.

A entidade participada "a Oficina- Centro de Artes e Mesteres de Guimarães, CIPRL" é uma cooperativa de interesse público e responsabilidade limitada.

As cooperativas são pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles – artigo 2.º do Código Cooperativo (na redação conferida pela Lei n.º 51/96, de 07-09 foi alterado pelos DL n.º 343/98 de 6.11;131/99 de 21-04; 108/2001, de 6.04, 204/2004 de 19.08 e 76º-A /2006 de 29.03) [CC].

Nos termos do artigo 6º do CC é permitida a constituição, nos termos da respetiva legislação especial, de *régies* cooperativas, ou cooperativas de interesse público, caracterizadas pela participação do Estado ou de outras pessoas coletivas de direito público.

O regime jurídico das *régies* cooperativas está fixado no Decreto lei n.º 31/84, de 21 de janeiro e diz, expressamente, que as *régies* cooperativas são pessoas coletivas em que, para a prossecução dos seus fins, se associam o Estado ou outras pessoas coletivas de direito público e cooperativas ou utentes dos bens e serviços produzidos.



Tribunal de Contas

Com a *régies* cooperativas pretendeu-se «pôr o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público a cooperar com cooperativas e ou utentes de bens e serviços, a fim de acorrer a necessidade dos cidadãos que eles, só por si, teriam dificuldades em satisfazer» (cf. neste sentido o que se diz no ponto 9 do Ac. do Tribunal Constitucional, infra citado).

Por força das suas especificidades, as *regies* cooperativas estão igualmente vinculadas aos princípios cooperativos, estabelecidos no Código Cooperativo, conforme decorre no artigo 82º n.º 4 da CRP ainda que de acordo com as suas especificidades, (inequivocamente neste sentido Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *Constituição da República Portuguesa anotada*, I Vol. Coimbra, 2007, p. 794 e p. 988 e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 321/89 publicado no DR de 20 de abril de 1989, antes da revisão Constitucional e 1997, que declarou «a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 3 do artigo 1º - por violação do princípio da vedação, consagrado no n.º 3 do artigo 85º e por violação do artigo 168º n.º 1 alínea j), da Constituição – na parte em que permite que regies cooperativas em que, sem observância dos princípios cooperativos, o Estado ou outras pessoas colectivas de direito publico surgem associados com utentes dos bens e serviços produzidos, detendo a maioria do capital, exerçam a actividades que a Constituição e a lei vedem á iniciativa privada».

A *régies* cooperativas, desde que contem com uma participação pública maioritária no capital ou na gestão da empresa, estão inequivocamente integradas no sector público (Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ibidem*, p. 988).

Efetuada este enquadramento sobre a natureza jurídica das cooperativas, face à matéria de facto apurada é claro que a entidade cooperativa “ A Oficina”, é uma *régie* cooperativa de capital maioritariamente público, na medida em que o capital social é maioritariamente detido pelo Município de Guimarães.

A Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, veio estabelecer o novo regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais

Conforme se refere no artigo 1º nº 3 da referida lei, «sem prejuízo do regime previsto da lei geral, a constituição ou a mera participação em associações, cooperativas, fundações ou quaisquer outras entidades de natureza privada ou cooperativa pelos municípios, pelas



Tribunal de Contas

associações de municípios, independentemente da respectiva tipologia, e pelas áreas metropolitanas rege-se pelo disposto na presente lei».

Como princípios gerais que vinculam todas as entidades participadas, independentemente da sua forma jurídica, a lei estabelece que a constituição das referidas empresas locais ou participações devem ser fundamentadas na melhor prossecução do interesse público.

Por outro lado as atividades a cargo das empresas locais ou das entidades participadas não podem ser prosseguidas pelas entidades públicas participantes na pendência da sua externalização e na sua exata medida – artigo 6º n.º 2 da lei n.º 50/2012.

No que respeita às cooperativas, dispõe o artigo 58º da referida lei, inserido no Capítulo V, que «os municípios, as associações de municípios, independentemente da respetiva tipologia e as áreas metropolitanas podem criar ou participar em cooperativas» sendo que tais cooperativas se regem pelo Código Cooperativo.

A mesma lei refere, no seu artigo 70º, como uma das normas transitórias, que «**as entidades de natureza empresarial criadas ou constituídas ao abrigo de legislação anterior**, nas quais as entidades públicas participantes exerçam uma influência dominante, assim como as sociedades comerciais participadas já existentes, ficam obrigadas a adequar os seus estatutos em conformidade com a presente lei, no prazo de seis meses após a sua entrada em vigor» (sublinhado nosso).

Mais relevante, nomeadamente em relação ao caso em apreço, é que a referida Lei, de acordo como seu artigo 71º, ainda que não o diga expressamente, revoga as normas da Lei n. 169/99 sobre a admissibilidade da constituição ou da participação de municípios em terceiras entidades (inequivocamente, no mesmo sentido, Pedro Costa Goncalves, *Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 60).

Estamos assim perante um novo quadro normativo, que não ocorria quando do anterior decisão deste Tribunal no âmbito do processo 937/12, sobre o qual foi proferida decisão de visto prévio e que é referido pelo Município.

A norma habilitante da realização de protocolos com cooperativas (ou outras associações), até à entrada em vigor da Lei n.º 50/2012, estava estabelecida nos artigos 64º e 67º da Lei n 169/99, que nesta parte foi revogada.



Tribunal de Contas

Dispõe o artigo 53º n.º 1 da Lei n.º 50/2012, aplicável às "outras participantes" por via do artigo 56º n.º 3 da mesma lei, que "*compete ao órgão deliberativo da entidade pública participante, sob proposta do respetivo órgão executivo, deliberar relativamente à aquisição das participações previstas no presente capítulo, devendo a sua fundamentação integrar os pressupostos justificativos de relevante interesse público local*".

Esta exigência de fundamentação é absolutamente essencial para que seja cumprido o princípio fundamental estabelecido no artigo 6º da referida Lei, quando estabelece que «a constituição de empresas locais e as participações previstas no n.º 3 do artigo 1º e no artigo 3º devem ser fundamentadas na melhor prossecução do interesse público (...)»

O que está aqui em causa é a necessidade de, na opção a fazer pela entidade participante, se demonstrar a "vantagem comparativa da constituição da empresa local ou de aquisição de participação em relação a outras opções"(neste sentido, inequivocamente, Pedro Gonçalves, *ob.cit.* páginas 24 e 67).

Esta fundamentação é, atualmente, nos termos da Lei n.º 50/2012, essencial à legitimação da opção pelo tipo de participação. Há, nesta matéria, uma vinculação obrigatória da entidade participante a uma fundamentação concreta, o que irá permitir, nessa medida, saber qual o tipo e a entidade em que deve participar para concretizar os objetivos pretendidos.

A liberdade de associação, constituição e participação em entidades empresariais por parte dos municípios existe, mas funda-se agora em critérios objetivos que passam pela melhor viabilização económica e financeira das estruturas a criar ou a participar.

Face à Lei n.º 50/2012, deve, por isso, colocar-se a questão de saber se pode a Cooperativa "a Oficina", ainda que assumindo a natureza de *régie*, de capital maioritariamente público, contratualizar com o Município a gestão do património que lhe foi entregue e simultaneamente a realização da programação cultural identificada.

Em relação às empresas cooperativas importa sublinhar que "é no escopo funcional que a empresa cooperativa é distinta das outras empresas. (...) A cooperativa é uma empresa, mas uma empresa diferente porque a atividade exercida em ordem à produção ou troca de bens ou serviços não tem como destinatários terceiros, mas sim os próprios membros da cooperativa. (...) A atividade empresarial destina-se a satisfazer diretamente certas



Tribunal de Contas

necessidades dos membros da cooperativa, isto é, dos empresários, e não, como na empresa capitalista, a atribuir a estes ganhos com os quais depois procurarão os bens ou serviços de que necessitam” – Sérvulo Correia, *Elementos de um Regime Jurídico da Cooperação*, Separata de Estudos Sociais e Cooperativos, ano V, n.º 17, 1996, págs. 36/37.

No caso em apreço a cooperativa “a Oficina” foi criada por um conjunto de cidadãos (41) e pelo Município de Guimarães, em 1989 com vários objetivos, mas todos eles perfeitamente identificados: a) *A recuperação, reativação e gestão de olarias da Cruz de Pedra*; b) *A preservação e desenvolvimento das formas tradicionais de artes e mesteres de Guimarães*; c) *A promoção de núcleos de formação, investigação e produção*; d) *Desenvolver actividades de natureza sócio-cultural e de ocupação de tempos livres e gerir os espaços para isso necessários*; e) *Desenvolver ações de formação cooperativa e técnico-profissional destinados aos trabalhadores da cooperativa*; f) *A divulgação externa das suas actividades*; g) *A criação do Museu Industrial de Guimarães*; h) *Criação e exploração de empreendimentos de natureza turística*; i) *Criação e exploração de parques de Campismo*; j) *Inventariação, produção, divulgação e comercialização do artesanato tradicional*.

Como é visível, trata-se de objetivos muito precisos, ainda que diversificados: área da recuperação do artesanato relacionado com olarias da Cruz da Pedra, da criação do Museu Industrial de Guimarães, da criação e exploração de empreendimentos de natureza turística e da criação e exploração de parques de Campismo.

Mesmo com tal diversificação, o objeto da régie não pode, no seu desenvolvimento, ultrapassar o que o seu estatuto comporta nem pode deixar de cumprir, ainda que com algumas especificidades, os princípios cooperativos, a que se refere, concretamente o artigo 3º do CC.

Face ao regime agora previsto na Lei nº 50/2012, nomeadamente os seus artigos 56º nº 3, *ex vi* artigo 53º, não é admissível a participação de um município numa entidade empresarial (que, naturalmente, engloba uma régie cooperativa), sem uma justificação clara sobre os fundamentos que sustentam essa participação, nos termos supra referidos. Concretamente sem que exista qualquer evidência sobre a viabilidade económica e financeira da participação, por comparação com outras opções.



Tribunal de Contas

Além disso é incompatível com o regime legal cooperativo citado, máxime com o cumprimento dos princípios cooperativos a que se alude no artigo 3º do CC, o alargamento do objeto de uma cooperativa cultural, com finalidades específicas na área do artesanato, estatutariamente definidas, a áreas que não constam no seu estatuto e vão muito para além das suas finalidades e que comportam atividades que pouco têm que ver com as finalidades de uma atividade empresarial de natureza cooperativa.

Finalmente, também não existe a informação de que a cooperativa “a Oficina”, tenha adequadamente os seus estatutos nos termos da lei referida, nomeadamente a existência de uma fundamentação clara de que é essa forma jurídica de empresarialização que satisfaz melhor os interesses públicos, nos termos do artigo 6º n.º 1 da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto.

Está assim o Município, nesta última parte, em incumprimento da lei nº 5/2012, tendo em conta o prazo a que se refere no artigo 70º citado que, como se referiu, se aplica às entidades de natureza empresarial e por isso se aplica igualmente às cooperativas.

(ii) Da natureza jurídica do protocolo

O protocolo agora em apreciação, assim identificado pelo Município, conforma a cedência do direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis da propriedade do Município destinados à instalação e ao funcionamento do Centro Cultural Vila Flor e da Plataforma das Artes e da Criatividade, durante o ano de 2013 e no financiamento da atividade a desenvolver pela Cooperativa no montante de € 3000 000,00, no mesmo período.

O que se refere, quanto ao objeto do protocolo, é que se trata da *«regulação da transferência, para a Oficina, do direito do uso e exploração da totalidade dos imóveis, de propriedade do Município de Guimarães, destinado à instalação e ao funcionamento do Centro Cultural Vila Flor, (...) bem como do direito do uso e exploração da totalidade dos imóveis, de propriedade do Município de Guimarães (...) compreendendo o desenvolvimento de atividades artísticas, culturais, socioculturais e de formação, de interesse público, no Município de Guimarães, nas áreas das artes plásticas e performativas, teatro, música, dança, digital, festividades tradicionais, indústrias culturais e criativas»*.



Tribunal de Contas

Por seu lado a Cooperativa obriga-se a realizar um conjunto de atividades, durante o ano de 2013, especificadas no documento junto e que, em síntese, se podem identificar como a realização da programação cultural e utilização e funcionamento do Centro Cultural referido.

Ou seja, o Município transfere para a cooperativa “a Oficina” dois equipamentos (Centro Cultural Vila Flor e o Plataforma das Artes e da Criatividade), onde esta realizará durante o ano de 2013 a programação cultural referente aos dois equipamentos. Como contrapartida do serviço prestado, para além da cedência dos equipamentos, o Município paga um valor de € 3 000 000,00.

Uma análise jurídico-normativa daquele protocolo, evidencia um conteúdo que envolve uma dupla prestação de serviços a efetuar pela cooperativa Oficina ao Município de Guimarães, durante o ano de 2013, pelo qual o Município pagará uma quantia que estabeleceu em € 3 000 000,00.

Por um lado, o serviço de gestão de determinados equipamentos da propriedade do Município. Por outro lado, a programação cultural a desenvolver nos mesmos equipamentos, durante o ano de 2013.

Diz-nos o artigo 450º do CCP, que *«entende-se por aquisição de serviço o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários serviços mediante um preço»*.

A configuração do conteúdo do protocolo que conforma **uma dupla prestação de serviços a efetuar pela cooperativa Oficina ao Município de Guimarães, durante o ano de 2013, pelo qual o Município pagará uma quantia que estabeleceu em € 3 000 000,00**, não pode deixar de enquadrar-se como um contrato oneroso de prestação de serviços, a efetuar pela cooperativa “a Oficina” ao Município.

É este instrumento jurídico, que não obstante a sua denominação de «protocolo», mais não é que uma contrato de prestação de serviços, que está em causa e é sobre ele que este Tribunal, nos termos do artigo 46º n.º 1 alíneas b) da LOPTC, exerce o seu juízo jurisdicional no âmbito do «visto prévio».

(iii) A legalidade do protocolo à face do CCP.



Tribunal de Contas

Refere o Município que o protocolo foi outorgado nos termos do Artigo 64º n.º 4 da Lei n.º 169/99 de 18 de setembro, alterada pela Lei n.º 5-A/2002 de 11 de janeiro, que refere competir «à câmara municipal no âmbito do apoio a atividades de interesse municipal(...) b) apoiar ou compartilhar, pelos meios adequados, no apoio a atividades de interesse municipal, de natureza social, cultural, desportiva, recreativa ou outra».

Tal norma habilitante da competência não é, no entanto, a única.

Como se referiu em (i), a sustentação legal do protocolo decorria, até à entrada em vigor da lei n.º 50/2012, dos artigos 64º e 67º da Lei nº 169/99. Independentemente da alteração legislativa referida, o modo e a forma de «comparticipação» por parte do Município, quando utiliza mecanismos contratuais, não pode colidir com as regras gerais da contratação pública.

Em regra, a Administração sempre que necessite de bens ou serviços deverá dirigir-se ao mercado, cumprindo, assim, as normas – artigos 12.º, 43.º, 49.º e 86.º - do Tratado da União atinentes à salvaguarda de uma dinâmica concorrencial de mercado e, decorrentemente, dos princípios da igualdade e transparência.

Nesse sentido o princípio geral atualmente consagrado no CCP estabelece que o regime da 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 (assim artigo 1º n.º 2 do CCP).

Dispõe o art.º 5.º n.º 2, do C.C.P., sob a epígrafe “**contratação excluída**”, o seguinte: «(...) *A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar pelas entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que: a) a entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior (...)*»..



Tribunal de Contas

Ou seja, a verificação, necessariamente, cumulativa dos pressupostos ali enunciados, dispensa a entidade adjudicante da submissão às regras da Contratação Pública, a que se reporta a Parte II, do *C.C.P.*, e que constam do art.º 16.º e seguintes, deste mesmo diploma legal.

Como é sabido, a questão das relações “*in house*”, sob o impulso das instâncias comunitárias, tem vindo a erguer-se como temática de abundante e intensa análise, a que não será alheia “*a tensão latente entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*”, inerente às relações “*in house*” (cf. Bernardo Azevedo, “*Contratação in house: Entre a liberdade de Auto-Organização Administrativa e a Liberdade de Mercado*” *Estudos de Contratação Pública, I*, Coimbra, 2008).

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

Por outro lado, e ainda de acordo com o referido Tribunal de Justiça, a verificação da relação “*in house*” subordina-se à ocorrência, de modo cumulativo e permanente, dos seguintes requisitos: (i) Exercício, pela entidade adjudicante e sobre a adjudicatária, de um controlo análogo ao exercido por aquela sobre os seus próprios serviços; (ii) A entidade adjudicatária realize o essencial da sua actividade para a entidade adjudicante que a controla.

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

Tal como refere Bernardo Azevedo (ob. cit. p. 126), a existência de uma posição de sujeição ou de subordinação da entidade adjudicatária em relação à entidade adjudicante, retirando àquela autonomia decisória e submetendo-a à orientação desta última, já



Tribunal de Contas

denuncia a substanciação do conceito “*controllo análogo*” constante do art.º 5.º, n.º 2, do C.C.P. .

No entanto a relação de “*controllo análogo*”, estabelecida entre a entidade adjudicante e uma outra dela distinta formalmente, exige o designado poder de “*indirizzo*” [expressão de R. Perin/D.Casalini] ou um adstringente poder de direcção [vd. R. Ursi] sobre a entidade submetida ao seu poder de controlo, um poder que, ainda nas palavras de Bernardo Azevedo, viabilize o exercício de uma influência determinante no âmbito da estratégia e decisão da organização «*in house*». Só, deste modo, é sustentável que a entidade controlada [e também adjudicatária] se assuma como uma estrutura interna da entidade adjudicante, erguendo-se, afinal, e na expressão de S. Columbari, como uma simples relação de “*delegação interorgânica*”. Ou seja, e convocando aqui, o juízo formulado no aresto recorrido, “a entidade adjudicatária comportar-se-á como mero instrumento de concretização da vontade do adjudicante, não tendo autonomia real, nem vontade negocial própria.

Sobre a questão, refere Pedro Gonçalves (*Regime Jurídico das Empresas Municipais*) que na “*relação*” sob análise, a entidade dominada ou adjudicatária não goza “*de uma margem de autonomia decisória sobre aspectos relevantes da sua vida, relacionados, por exemplo, com a estratégia concorrencial a seguir, as actividades a desenvolver, endividamentos a contrair ...*”, estando a entidade adjudicante, por sua vez, em condições de fixar a orientação geral da empresa, atribuindo-lhe o capital de dotação, assegurando a cobertura de eventuais custos sociais, verificando o resultado da gestão e exercendo supervisão estratégica”.

Sobre o conceito legal de “*controllo análogo*”, importa apelar à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, de onde se destacam, pela sua relevância, o **acórdão de Teckal**, de Novembro de 1999, o qual impõe as regras da contratação pública quando uma autarquia local ou regional celebre um contrato oneroso com entidade dela distinta no plano formal e autónoma no plano decisório e o **acórdão “Stadt Halle”**, de Janeiro de 2005, o qual, para além de confirmar a orientação seguida na decisão que antecede, refere que **a participação, ainda que minoritária**, de uma empresa privada no capital de uma sociedade em que



Tribunal de Contas

participa, também, uma entidade adjudicante exclui a possibilidade de esta última exercer sobre aquela sociedade um controle análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

A jurisprudência daquele Tribunal é mais vasta e nomeadamente **os acórdão “Coname” , de Julho de 2005 e o Acórdão “Parking Brixten”**, seguindo a orientação vertida no acórdão “Teckal”, sublinham, ainda, que o controlo análogo deverá materializar-se na faculdade de uma entidade adjudicante influenciar, de um modo determinante, as decisões a tomar pela entidade adjudicatária, seja no plano dos objetivos estratégicos, seja no âmbito da opção das demais orientações de cariz gestor. Também **o acórdão “Carbotermo”, de Maio de 2006**, para além de reafirmar a doutrina expressa no acórdão “Teckal” , adianta que a circunstância de a entidade adjudicante deter, isolada ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária tende apenas a indicar, **sem ser decisiva**, que esta entidade adjudicante exerce sobre tal sociedade um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços (no mesmo sentido, **os acórdãos “Asemfo/Trassa”, de Abril de 2007, e “Comissão V. Itália2”, de Abril de 2008, “Coditel” de Novembro de 2008, e “Comissão V. República Federal da Alemanha”, de Junho de 2009**).

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

Efectuado este excuro sobre a dogmática e jurisprudência relativa à contratação *in house*, como razão para excluir a não aplicação das regras da contratação pública à formação dos contratos, importa saber se, no caso, “o protocolo de cooperação” que, como se referiu em (ii) mais não é que um contrato de prestação de serviços, envolvendo o Município de Guimarães e a cooperativa, deve ou não considerar-se como ato jurídico abrangido pela exceção do artigo 5º n.º 2 do CCP.



Tribunal de Contas

O contrato em apreço foi outorgado entre o Município e uma cooperativa de capital maioritariamente público mas que tem como sócios cooperantes um conjunto de pessoas (físicas e coletivas) privadas.

A questão que se coloca é se o Município, tendo inequivocamente a maioria do capital da Cooperativa, exerce sobre ela um controlo análogo ao que exerce nos seus próprios serviços.

O que nos diz o Município, sobre isto, é que *os órgãos executivos tomam conhecimento dos documentos previsionais e do relatório de Atividades e Contas da Cooperativa “a Oficina”. Por outro lado a Divisão de Património da Câmara Municipal fiscaliza e atualiza periodicamente o inventário dos bens afectos a cada edifício municipal gerido pela Cooperativa, processo durante o qual é aferido o respetivo estado de conservação.*

Será esse, assim, o único controlo a efetuar pelo Município sobre a atividade da Cooperativa, para além, naturalmente do controlo como «cooperante» maioritário que pode exercer nos órgãos sociais da mesma.

A cooperativa, não obstante a sua natureza «maioritariamente pública, é uma pessoa coletiva autónoma, sujeita a regras de controlo próprios, nomeadamente através dos seus órgãos sociais.

Ora é manifesto que esse controlo não é nem pode ser o mesmo que o Município efetua sobre os seus próprios serviços.

Trata-se de uma entidade de natureza empresarial, com personalidade jurídica própria, com órgãos próprios de governo que efetuam, nos termos do Código Cooperativo as fiscalizações que a lei impõe.

Trata-se, além disso, de uma entidade que tem como cooperantes variadíssimos privados, o que, como se referiu, exclui a possibilidade da entidade participante exercer sobre aquela entidade empresarial um controle análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

Daí que seja claro que não pode entender-se que estamos em presença de uma relação *in house*, integrada no artigo 5º n.º 2 alínea a) e b) do CPP.



Tribunal de Contas

Importa por isso concluir que sendo o protocolo em causa um contrato público de aquisição de serviços, celebrado por uma autarquia com uma pessoa jurídica autónoma em que participa, deveria, face ao valor que envolve a sua participação, ter sido observado o disposto na parte II do CCP.

Concretamente deveria o protocolo/contrato de prestação de serviços, ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, preservando-se, assim e também, a defesa do princípio da concorrência.

Não o tendo sido, há uma omissão de um elemento essencial da adjudicação o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133º n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo.

Sublinhe-se que a situação de não realização de um concurso público quando tal seja exigido por lei, porque consubstancia uma preterição de uma formalidade essencial comporta a ocorrência de uma nulidade (neste sentido, inequivocamente, Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2012, p. 455), não obstaculiza o disposto no artigo 283º-A do CCP, aplicável apenas aos casos de falta de publicação prévia de anúncio do respetivo procedimento no Jornal Oficial da União Europeia, quando exigível ou a celebração do contrato antes de decorrido o prazo de suspensão de 10 dias previsto nos artigos 95º e 104º.

Tratando-se de uma nulidade que pode ser invocada a todo o tempo e que implica a nulidade do contrato, importa, igualmente a mesma, a recusa de visto, nos termos do artigo 44º n.º 3 da LOPTC.

Dispõe a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto que constitui fundamento de recusa de visto a desconformidade dos atos ou contratos com a lei em vigor que implique nulidade.

A situação em apreciação comporta uma nulidade e, por isso, subsume-se a essa previsão. Tal nulidade comporta ainda a violação de norma financeira nos termos da alínea b) do artigo 44º citado.

Porque cerceadora do princípio da concorrência, como se referiu, a desconformidade o protocolo com as normas legais, constitui igualmente uma ilegalidade que pode alterar o respetivo resultado financeiro, nos termos do artigo 44º n.º 3 alínea c) da



Tribunal de Contas

LOPTC.

Ocorre, em conformidade, fundamento para a recusa do Visto.

IV. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, e nos termos da alínea a) b)e c) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Subsecção em recusar o visto ao protocolo em apreço.

São devidos emolumentos nos termos do disposto no artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio.

Lisboa, 1 de julho de 2013

Os Juízes Conselheiros

(Mouraz Lopes-Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Brás)

Fui presente
O Procurador-Geral adjunto

(José Vicente)