



ACÓRDÃO N.º 20/2013 - 09/07/2013 – 1ª SECÇÃO/SS

PROCESSO N.º 291/2013

I. RELATÓRIO

O **Município de Guimarães** remeteu ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, um Protocolo de Colaboração, celebrado em 13.02.2013, com a Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada [abreviadamente, *C.I.P.R.L.*] “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, sendo que, para a concretização das obrigações assumidas, a Câmara Municipal de Guimarães compromete-se a pagar àquela o montante de € 550.000,00, anualmente.

II. DOS FACTOS

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

1.

Em **13.01.1999** foi constituída a Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada [abreviadamente, *C.I.P.R.L.*] “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, com sede na Travessa de Vila Verde, freguesia de S. Sebastião, concelho de Guimarães, tendo por objetivos principais e com relevância:

- Eliminar situações de exclusão social;



Tribunal de Contas

- Desenvolver atividades que contribuam para a coesão social, a nível local, nacional e transnacional;
- Criar e administrar serviços de apoio a idosos;
- Criar e administrar equipamentos sociais de apoio à primeira infância;
- Promover a formação profissional e o apoio ao desemprego;
- Prestar apoio técnico e logístico aos membros da Cooperativa que desenvolvem atividades no domínio da solidariedade social;
- Criar e administrar um fundo de apoio financeiro às entidades membros da Cooperativa com funções na área da solidariedade social;

2.

Estatutariamente, o capital social da Cooperativa, variável e limitado, atinge o montante mínimo de € 112.500,00, sendo representado por 22.500 títulos com o valor nominal de € 5,00, cada;

A Câmara Municipal de Guimarães subscreveu 20.000 títulos de capital, no total de € 100.000,00 [o que traduz 88,89% do total de títulos];

O restante capital social mostra-se subscrito por pessoas singulares e coletivas, como segue:

Cooperadores	Títulos
A Sol do Ave	1.150
Lar de Santo António	500
Infantário Nuno Simões	200
Maria Manuela Folhadela M.C. Guimarães	200
Associação Portug. Paralisia Cerebral	100
Centro Social N.ª S.ª do Carmo	100
Creche e Jardim de Infantil Albano C. Lima	50
Centro de Solid. Social Cult. Desp. Somelos	50
Centro Social de Apoio à 3.ª Idade	50
Cercigui	20
Centro Socio-Cultural de S. Clemente Sande	20
Casa do Povo de Briteiros	20



Associação de Reformados da Previdência do Minho	20
ADCL – Associação p/ Desenvolvimento Comum. Locais	20

2.1.

Ainda, estatutariamente, os membros efetivos que integram a Cooperativa em causa são titulares do direito de eleger e ser eleitos para os órgãos sociais [Assembleia Geral, Direção e Conselho Fiscal], recorrer das deliberações da Direção para a Assembleia Geral, sendo ainda seu dever participar nas atividades da Cooperativa e prestar os serviços que lhes competir;

3.

Por deliberação tomada em 07.02.2013, a Câmara Municipal de Guimarães aprovou uma proposta de celebração de um Protocolo de Colaboração com a Cooperativa de Interesse público “*Fraterna*” [melhor identificada em I.], nos termos da qual se procedia à transferência para esta última do direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis pertencentes ao município e já sob gestão da Cooperativa [designadamente, o Complexo Multifuncional de Couros];

Em 13.02.2013 foi celebrado o correspondente Protocolo entre a Câmara Municipal de Guimarães e a Cooperativa de interesse público “*Fraterna*” e para vigorar no ano de 2013;

3.1.

Tal Protocolo tem por objeto a regulação da transferência para a Cooperativa de interesse público “*Fraterna*” do direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis propriedade do município e já sob gestão daquela Cooperativa, compreendendo, ainda, o desenvolvimento de atividades de solidariedade social no município de Guimarães, nomeadamente, no domínio do apoio a pessoas de estratos sociais desfavoráveis e na realização de projetos de desenvolvimento e intervenção comunitária.



Tribunal de Contas

3.2.

Ainda nos termos do Protocolo de Colaboração em apreço, o município de Guimarães obriga-se a transferir, anualmente, para a Cooperativa “*Fraterna*” o montante de € 550.000,00, a pagar em duodécimos, sendo que esta última compromete-se, ainda, a obter outras fontes de financiamento, nomeadamente, através de candidaturas a programas nacionais ou comunitários ou mediante angariação de patrocínios privados e públicos.

4.

Sob instância deste Tribunal, o município de Guimarães prestou informação reportada ao controlo de fundos disponíveis, que consta do mapa seguinte:



Tribunal de Contas

INFORMAÇÃO DE CONTROLO DE FUNDOS DISPONÍVEIS

MUNICIPIO DE GUIMARAES

ORÇAMENTO PARA O ANO DE 2013		MÉS 6
	Fundos Disponíveis no início do trimestre	2.603.688,70 €
	Aumentos de Fundos Disponíveis	8.000.000,00 €
1	Fundos Disponíveis do trimestre	10.603.688,70 €
2	Compromissos Assumidos	2.575.874,77 €
3 = 1 - 2	Saldo dos Fundos Disponíveis	8.027.813,93 €
4	Compromisso Número 2013/2475	550.000,00 €
5 = 3 - 4	Saldo Residual	7.477.813,93 €
DATA DE REGISTO INFORMÁTICO DO COMPROMISSO : 14/06/2013		

SUBSIDIO PARA AS ACTIVIDADES PREVISTAS NO PROTOCOLO DE COLABORAÇÃO 2013 -
DELIBERAÇÃO DE 7/2/2013 -

IMPRESSÃO A : 14/06/2013

A Chefe da Divisão de Contabilidade e Tesouraria,

João Manuel Santos de Sá

5.

Questionada por este Tribunal acerca da [in]adequação da solução [cedência temporária de uso e exploração] adotada, nomeadamente, na perspetiva da defesa do interesse público, a Câmara Municipal de Guimarães, informou o seguinte:

“(…)

«A Fraterna - Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social é uma instituição sem fins lucrativos, constituída sob a forma de Cooperativa de Interesse Público de Responsabilidade Limitada, equiparada a Instituição



Tribunal de Contas

Particular de Solidariedade Social, que prossegue os objetivos previstos no art.º 10 do estatuto das IPSS.

Foi constituída a 13 de Janeiro de 1999 ao abrigo do DL n.º 31/84, de 21 de janeiro, com sede na Travessa de Vila Verde da Freguesia de S. Sebastião do Concelho de Guimarães, sendo detida em 88,89% pelo Município de Guimarães, numa perspectiva de complementar a intervenção do município no que respeita à promoção do desenvolvimento social, tendo por base os seguintes objetivos:

- Eliminar situações de exclusão social;*
- Desenvolver atividades que contribuam para o processo de coesão social, a nível local, regional, nacional e transnacional;*
- Criar e dinamizar um serviço alimentar contra a fome;*
- Criar e administrar serviços de apoio ao idoso, designadamente, Centro de Dia, Centro de Ocupação de Tempos Livres e Serviço de Apoio Domiciliário;*
- Criar e administrar serviços de apoio a jovens em vias e/ou em situação de exclusão social;*
- Criar e administrar serviços de apoio a desempregados de longa duração;*
- Promover formação profissional;*
- Prestar apoio técnico e logístico aos membros da cooperativa que desenvolvam atividades nas áreas de solidariedade social.*

Encontra-se instalada desde 2005 no Complexo Multifuncional de Couros, num espaço do município situado no centro urbano e reconhecido como património de arqueologia industrial.

Desde a sua constituição, que funciona um banco social para a distribuição de auxílios materiais e alimentos. O apoio domiciliário, o ensino pré-escolar e o centro de dia para idosos aparecem como respostas sociais em 2002; contudo a atribuição de cabazes mensais a famílias através de um banco social tem vindo a consolidar-se desde 2007, passando o número de cabazes distribuídos nos últimos 5 anos, de 1643 em 2008, para 1999 em 2012.



Para além do banco social, a Fraterna mantém em funcionamento as seguintes estruturas e serviços:

Creche (desde 2008)

Jardim-de-infância (desde 2002)

Centro de dia para a população sénior (desde 2002)

Apoio domiciliário (desde 2002) Atividades de integração social Gabinete do Rendimento Social de Inserção (desde 2008)

Gabinete de Inserção Profissional - GIP (desde 2011)

Biblioteca, Ludoteca e Auditório

Desenvolve desde 2006 um projeto de desenvolvimento social e intervenção comunitária nos bairros sociais de Atouguia e de Gondar com financiamentos do Progride (até 2007) e do Programa Escolhas desde 2006 até hoje, resultado do excelente trabalho realizado junto das famílias e dos jovens.

Desde 2011, a Fraterna é entidade coordenadora do CLDS - Contrato Local de Desenvolvimento Social de Guimarães, designado Arca Social que apresenta um programa de desenvolvimento social integrado para um período de 36 meses.

É reconhecido à Fraterna, quer pelas entidades que com ela cooperam, quer pelos seus utentes, o trabalho de relevante interesse público que desenvolve junto da comunidade bem como as suas boas práticas na gestão dos equipamentos sociais de que é responsável».

(...)

5.1.

Instada, ainda, por este Tribunal a demonstrar a justeza e adequação do valor do subsídio a atribuir em 2013, a Câmara Municipal de Guimarães respondeu:



Tribunal de Contas

(...)

«O plano de atividades de 2013 reflete, em absoluto, os princípios orientadores expressos no protocolo de colaboração aprovado em 7 de fevereiro último, nomeadamente,

- a. *Desenvolver um conjunto de atividades necessário para promover o processo de coesão social, para todos os escalões etários, marcado pela regularidade, diversidade e qualidade da oferta;*
- b. *Privilegiar parcerias com instituições locais, atenta à participação das organizações locais e dos cidadãos;*
- c. *Desenvolver programas e projetos de intervenção e inclusão social, privilegiando a população com maior vulnerabilidade social, a procura de soluções baseadas na investigação e no conhecimento, a qualificação dos agentes sociais locais e a promoção da qualidade de vida das pessoas;*
- d. *Contribuir para a eliminação de situações de pobreza, dinamizando o Banco Social e disponibilizando respostas sociais adequadas às necessidades locais;*
- e. *Promover ações e campanhas de sensibilização e informação para a população em geral;*
- f. *Administrar equipamentos e serviços sociais de apoio a idosos, designadamente, centro de dia, centro de ocupação de tempos livres e serviços de apoio domiciliário;*
- g. *Administrar equipamentos e serviços sociais de apoio à primeira infância e a jovens em situação de exclusão social;*
- h. *Administrar serviços de apoio a desempregados de longa duração;*



Tribunal de Contas

- i. *Prestar apoio técnico e logístico aos membros da Cooperativa que desenvolvam atividades de solidariedade social».*

(...)

5.2.

Solicitada a informar se as despesas referentes à contratação de pessoal, água luz, telefone, limpeza e segurança das instalações estavam a cargo do município, este esclareceu, como segue:

(...)

«Os equipamentos em apreço foram geridos, desde a sua instalação no Complexo Multifuncional de Couros, pela Cooperativa Fraterna, estando as responsabilidades devidamente identificadas no protocolo de colaboração suprarreferido, que prevê que constituam responsabilidade da Cooperativa Fraterna a gestão e manutenção correntes dos equipamentos que constituem o seu objeto, concretamente:

- a. *a calendarização e programação da sua utilização e funcionamento;*
- b. *a contratação e pagamento do pessoal necessário a tais utilizações e funcionamento;*
- c. *o cumprimento dos regulamentos de cedência e utilização por entidades terceiras, tal como aprovados pelos órgãos do Município de Guimarães;*
- d. *a cobrança das taxas pela cedência e utilização por entidades terceiras, tal como aprovadas pelos órgãos do Município de Guimarães;*
- e. *a contratação e pagamento das despesas correntes de manutenção de equipamentos, designadamente, água, eletricidade, gás, telefone, limpeza, bem como intervenções pontuais que respeitem à necessidade de substituição de materiais de desgaste;*



f. a contratação e pagamento de seguros de responsabilidade civil respeitantes às atividades a decorrer nos equipamentos e aos indivíduos que nelas participem;

g. a aquisição de materiais, maquinaria técnica e bens de desgaste necessários ao funcionamento dos equipamentos;

h. a contratação e pagamento dos encargos resultantes da vigilância e segurança dos equipamentos.

(...)

5.3.

E, por último, perguntada sobre as fontes de financiamento da Cooperativa “Fraterna”, a Câmara Municipal de Guimarães afirmou:

(...)

«Tal como consta dos instrumentos previsionais para 2013, o montante financeiro a transferir pelo Município implicado no Protocolo em apreço corresponde a 51,5% do orçamento global das receitas habituais, conforme os pontos 8 e 9 do relatório financeiro de 2012.

A Cooperativa Fraterna demonstra assim capacidade para gerar receitas que vão além da subvenção municipal, com as quais assegura o funcionamento de importantes projetos de intervenção comunitária, como promove um conjunto de atividades de integração social.

Sobre o orçamento previsual da Cooperativa Fraterna para 2013, importaria ainda sublinhar que o montante da subvenção anual atribuída pelo Município regista um aumento apenas residual em relação aos dois últimos anos, sendo mesmo inferior em relação a 2010, apesar da evidência do crescimento de situações emergência e de vulnerabilidade social».

(...)



6.

Desde 2002, e ao abrigo de Protocolos de colaboração celebrados entre a Câmara Municipal de Guimarães e a Cooperativa “*Fraterna*”, cabe a esta última a gestão dos equipamentos, embora, anualmente, dê a conhecer ao órgão executivo os seus documentos previsionais e o relatório de atividades e contas, sendo que, e adicionalmente, a Divisão de Património da Câmara Municipal fiscaliza e atualiza o inventário dos bens afetos a edifícios municipais geridos pela referida Cooperativa.

III. O DIREITO

A materialidade junta ao processo, no confronto com a legislação aplicável, sugere a apreciação das questões seguintes:

- Da natureza jurídica do Protocolo de Colaboração em apreço;
- Da contratação «*in house*», respetiva [in]verificação no procedimento em apreço e consequências extraíveis [questão decorrente do modo de aquisição adotado e, ainda, da não revelação do suporte legal para a opção tomada];
- Da [in]suficiência de fundos disponíveis para assegurar o pagamento dos compromissos;
- Das ilegalidades e o Visto.

A. Do Protocolo de Colaboração;

Respetiva natureza jurídica;

Breves referências.

O Protocolo de Colaboração em apreço, celebrado entre a Câmara Municipal de Guimarães e a *Cooperativa* de interesse público “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, tem por objeto a regulação da transferência,



Tribunal de Contas

para esta última, do direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis que são pertença daquele município.

Ainda segundo a cláusula 6.^a do Protocolo de Colaboração em apreço [vd., ainda, a materialidade tida por fixada em II.3.2., deste acórdão], a Câmara Municipal de Guimarães pagará à Cooperativa em causa, e mensalmente, a quantia ali prevista e que constituirá a contrapartida das tarefas atribuídas a esta última e melhor discriminadas em II.3.2., deste acórdão, e cujo conteúdo se dá aqui por inteiramente reproduzido.

Tanto bastará para concluir que o Protocolo de Colaboração sob análise assenta num encontro de vontades entre duas entidades jurídicas distintas [e que, entre si, não mantêm alguma relação hierárquica], tendo, afinal, por objeto uma aquisição de serviços mediante o pagamento de um preço.

O Protocolo de Colaboração em apreço identifica-se, assim, como um verdadeiro contrato de aquisição onerosa de serviços, acobertando-se à definição contida no art.º 450.º, do Código dos Contratos Públicos, que, a propósito, dispõe:

- *Entende-se por aquisição de serviços o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço.*

Tal contrato reveste-se ainda de natureza administrativa, atenta a circunstância de o Município de Guimarães assumir a condição de entidade adjudicante [vd. art.º 2.º, n.º 1, al. c), do Código dos Contratos Públicos], a particularidade do objeto do Protocolo de Colaboração em causa se materializar em prestações reportadas ao funcionamento e gestão de um serviço público, e, por último, o facto de se incluir, legalmente, na categoria de contratos administrativos [vd. taxatividade legal expressa nos art.ºs 1.º, n.º 6, als. a) e c) e 278, ambos do Código dos Contratos



Públicos]. Razões sobrantes para apodar de acertada a citada qualificação jurídico-contratual.

Situamo-nos, assim, no domínio de um verdadeiro contrato público submetido ao regime de contratação pública estabelecido no Código dos Contratos Públicos e à legislação comunitária aplicável, sendo ainda certo que se integra no universo dos instrumentos contratuais submetidos a fiscalização prévia por banda do Tribunal de Contas [vd. art.^{os} 46.^o, n.^o 1, als. b) e c) e n.^o 2, da Lei n.^o 98/97, de 26.08].

B. Da contratação «in house».

Pressupostos.

1. Breve enquadramento legal, jurisprudencial e doutrinário.

1.1.

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

“(…)”

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

- a) *A entidade adjudicante exerça sobre a atividade 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 atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior (...).”*

Ou seja, e indo ao encontro da norma contida no transcrito preceito, a **verificação, necessariamente, cumulativa dos pressupostos ali [als. a) e b)] enunciados** dispensa a entidade adjudicante da submissão às regras da



Tribunal de Contas

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, e a melhor doutrina¹ também o assinala, a questão das relações “*in house*”, sob o impulso das instâncias comunitárias [entre outras, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, abreviadamente, *T.J.C.E.*], tem vindo a erguer-se como temática de abundante e intensa análise, a que não será alheia “*a tensão latente entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*”, inerente às relações “*in house*”. Na explicitação do afirmado, diremos que, em regra, a Administração, sempre que necessite de bens ou serviços deverá dirigir-se ao mercado, cumprindo, assim, as normas – art.ºs 12.º, 43.º, 49.º e 86.º - do Tratado C.E. e atinentes à salvaguarda de uma dinâmica concorrencial de mercado e, decorrentemente, dos princípios da igualdade e transparência.

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

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:

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

e que

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



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

Tais pressupostos [da relação «*in house*»] constam também do mencionado art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29.01, normaçaõ essa que, como já sublinhámos, **constitui uma derrogação excecional das regras da contratação pública e, naturalmente, devem ser objeto de interpretação restritiva², em preservação do princípio da concorrência.**

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

1.2.

Tal como refere Bernardo Azevedo³, a existência de uma posição de sujeição ou de subordinação da entidade adjudicatária em relação à entidade adjudicante, retirando àquela autonomia decisória e submetendo-a à orientação desta última, já denuncia a substanciação do conceito “*controllo análogo*” constante do art.º 5.º, n.º 2, do C.C.P. .

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

² Cf., ainda, Bernardo Azevedo, em “*Estudo*” já identificado.

³ Vd. Estudos da Contratação Pública I, fls.126.



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

E, a propósito, adianta, também, Pedro Gonçalves⁴ que na “*relação*” sob análise, a entidade dominada ou adjudicatária não goza “*de uma margem de autonomia decisória sobre aspetos relevantes da sua vida, relacionados, por exemplo, com a estratégia concorrencial a seguir, as atividades a desenvolver, endividamentos a contrair ...*”, estando a entidade adjudicante, por sua vez, em condições de fixar a orientação geral da empresa, atribuindo-lhe o capital de dotação, assegurando a cobertura de eventuais custos sociais, verificando o resultado da gestão e exercendo supervisão estratégica”.

1.3.

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

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

⁴ Vd. Regime Jurídico das Empresas Municipais.



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

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



autoridade pública concedente exerça sobre uma autoridade concessionária um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços, caso uma empresa privada detenha uma participação no capital dessa entidade”.

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

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

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

Explicitado o conceito legal de “*controlo análogo*” à luz da normação aplicável, doutrina e jurisprudência [do T.J. C.E.] atinentes, vejamos, agora, e «*in casu*» se entre o Município de Guimarães e a Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, cooperativa de interesse público de responsabilidade Limitada, ocorre a denominada relação «*in house*», legitimadora da não aplicação das regras da contratação pública à formação dos contratos a celebrar pela primeira.

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

2. O caso em apreço.



2.1.

Conforme salientámos em II.2. [elencagem da factualidade dada como provada], do presente aresto, o capital social da Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, mostra-se subscrito por entidades públicas [ex.: Câmara Municipal de Guimarães], mas, ainda, por cooperadores de natureza indiscutivelmente privada.

Por outro lado, e com relevância para a análise em curso, salienta-se, ainda, que, conforme previsão estatutária, os Cooperadores efetivos, [incluindo os privados!] são titulares do direito de eleger e serem eleitos para os órgãos sociais da Cooperativa [vd. art.º 13.º, al. f)] e de tomar parte nas Assembleias Gerais, sendo ainda certo que lhes assiste o direito de recorrer das deliberações da Direção para a Assembleia Geral, de aceitar e exercer os cargos sociais para os quais tenham sido eleitos e ainda o direito de participar nas atividades da Cooperativa [vd. art.º 15.º, dos Estatutos].

Vale isto para dizer que os membros efetivos privados, a par dos membros de natureza pública, dispõem de poderes para, adentro da Cooperativa em apreço, celebrante do Protocolo de Cooperação, participarem na gestão desta, aprovar o respetivo Relatório de Contas anual, designar os membros da Direção e demais órgãos sociais [Conselho Fiscal e Assembleia Geral] e, como já anotámos acima, recorrer das deliberações da Direção para a Assembleia Geral.

É, pois, indubitável que os Estatutos da Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, embora de interesse público [as denominadas “*régie cooperativa*”, caracterizadas pela participação do Estado ou de outras pessoas coletivas de direito público – vd. art.º 6.º, da Lei n.º 51/96, de 07.09], permitem a admissão de membros privados com os poderes acima referenciados e que, afinal, lhes conferem a possibilidade de definirem o rumo da atividade a desenvolver. **Dito de outro modo, tais cooperadores têm**



legitimidade e poderes para influenciar a estratégia e gestão do ente cooperativo em presença.

2.2.

Socorrendo-nos, agora, do diploma legal [Lei n.º 51/96, de 07.09] que corporiza o Código Cooperativo, logo verificamos que as cooperativas se **apresentam como pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composições variáveis** [vd. art.º 2.º].

E, prossequindo a consulta de tal diploma legal ou Código Cooperativo, constatamos, também, que as Cooperativas, na sua constituição e funcionamento, **para além de se subordinarem aos princípios da adesão voluntária e livre, da gestão democrática pelos respetivos membros, da participação económica dos membros, da educação, formação e informação, e a princípios de intercooperação e de interesse pela comunidade, obedecem, ainda, ao princípio da autonomia e independência, o qual contribui para a estruturação de tais entes coletivos como organizações autónomas de entreajuda, mas controladas, em qualquer circunstância, pelos seus membros** [vd. art.º 3.º, da Lei n.º 51/96, de 07.09].

Para além disso, e atendo-nos ao preceituado no art.º 7.º, do Código Cooperativo, as cooperativas, desde que respeitem a lei e os princípios cooperativos, podem exercer livremente qualquer atividade económica, sendo que, na exercitação desta, não lhes pode ser vedado, restringido ou condicionado o acesso **e o exercício de atividades desenvolvíveis por empresas privadas ou por outras entidades da mesma natureza, bem como por as demais pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos**. E, ainda segundo a norma contida no citado art.º 7.º, sublinha-se que, para além da legislação contida em Código Cooperativo, é aplicável a tais atividades [as de carácter privado] a norma que regula e garante a sua implementação.



Tribunal de Contas

Acresce que o Código Cooperativo é aplicável à Cooperativa de interesse público em apreço e em tudo o que não contrarie a respetiva legislação especial [vd. Decreto-Lei n.º 31/84, de 21.01, diploma que institui, disciplina e caracteriza as “*régies cooperativas*” ou cooperativas de interesse público], figurando o Código das Sociedades Comerciais como direito subsidiário, e, nomeadamente, os preceitos aplicáveis às sociedades anónimas – vd. art.º 9.º.

Tendo presente o exposto, relevando a estrutura estatutária [que define a constituição, natureza e fins da Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, da presente Cooperativa e ainda no apelo à doutrina e normação convocáveis na matéria em análise, é possível, ainda, concluir, com relevância, o seguinte:

- A Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, na modalidade de “*régie cooperativa*”, **assume-se como uma cooperativa de interesse público** e integrada no sector público [vd. G. Canotilho e Vital Moreira, *C.R.P. Anotada*, I Vol., 2007, pág. 988 e a particularidade da participação pública maioritária], de natureza claramente associativa, onde pontifica um laço moral de solidariedade e que realiza os seus objetivos institucionais através de uma real empresa de serviços mútuos com organização e dinâmica próprias;

Aqui, a atividade, também empresarial, destina-se a satisfazer diretamente as necessidades dos seus membros [o que faz coincidir a condição de empresário e de utente], distinguindo-se, assim, das sociedades comerciais em geral [vd., neste sentido, o Prof. Sérvulo Correia, in Estudos publicados em B.M.J. n.º 196];

- A Cooperativa em causa, na observância do Código Cooperativo, do Decreto-Lei n.º 31/84, de 21.01, e da legislação subsidiária aplicável [vd. art.º 9.º, do Código Cooperativo], é uma pessoa coletiva de direito privado, autónoma e



independente, cuja gestão e controlo cabe aos membros que a integram e que, não pertencendo à Administração Pública, também colabora com esta.

2.3.

Considerando o exposto em III. 2.1. e 2.2. deste acórdão, conclui-se, com adequada propriedade, que se nos depara um Protocolo de colaboração celebrado entre entes coletivos distintos, sendo que a Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, segue um modelo de intervenção económica e social [quicá, empresarial] que a autonomiza, formal e decisoramente.

E esta particularidade já impede, inevitavelmente, que o Município de Guimarães exerça sobre a Cooperativa em causa um controlo análogo ao por si exercido sobre os seus próprios serviços.

Conclusão não prejudicada pelo facto de a participação dos cooperantes privados se apresentar como claramente minoritária, quando comparada com a participação pública [vd. participação da Câmara Municipal de Guimarães].

Na verdade, apesar de tão significativa participação na citada Cooperativa, a Câmara Municipal de Guimarães não está em condições de controlar, **em absoluto**, a atividade económica e social da referida Cooperativa, pois, citando a própria [vd. II.6., do presente acórdão], para além do controlo que lhe advém da sua condição de cooperador, limita-se a tomar conhecimento dos documentos previsionais e do Relatório de atividades e Contas da Cooperativa, e, mediante a Divisão de Património, a fiscalizar e atualizar o inventário dos bens afetos a cada edifício municipal gerido pela Cooperativa. E, como é sabido, a verificação do requisito legal “*controlo análogo*” [vd. art.º 5.º, n.º 2, al. a), do Código dos Contratos Públicos] não se basta com a suficiência [a propósito, vd. ainda, Bernardo Azevedo, *in* Estudos de Contratação Pública, e Carlos L.M. de Carvalho, *in* Revista dos Contratos Públicos, n.º 1].



2.3.1.

No concernente aos pressupostos que afastam a aplicação da parte II do Código dos Contratos Públicos à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes com uma outra entidade, é sabido que o art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do referido diploma legal, impõe a sua verificação cumulativa.

Daí que, inverificado o requisito “*controlo análogo*” [vd. o acima exposto e sustentado], perfilar-se-ia como desnecessária a abordagem do requisito “*destinação essencial da atividade*” previsto no citado art.º 5.º, n.º 2, al. b), do Código dos Contratos Públicos.

No entanto, e ainda que abreviadamente, não deixaremos de atentar neste último requisito, como segue.

2.3.1.2.

Como acentua Bernardo Azevedo em obra já citada, “*a obrigatoriedade do essencial da atividade da adjudicatária se destinar a abastecer a entidade adjudicante exprime a sua dependência económico-jurídica em relação a esta última*”. Ou seja, e ainda nas palavras de **E. Fantôme, A. Ménéménis**, a entidade dependente deve, assim, funcionar como um operador dedicado que “*serve*” a entidade adjudicante, **de modo exclusivo ou quase**, no cumprimento dos respetivos objetivos.

A propósito, **e na aferição da referida “dedicação”**, apela-se a conceitos vagos e indeterminados [vd. A. Carboterno – Proc.º n.º C-340/04, do *TJCE* e os conceitos de “*quase exclusividade*”, “*substancialmente*” e “*maior parte*”] e a critérios percentuais [vd. Ac. Tragesa – Proc.º n.º C-295/05] para a densificação de tal conceito, mas tal via, porque confere insegurança, não tem merecido acolhimento incondicional.

No entanto, e prosseguindo, é seguro afirmar que o conceito de “*destinação essencial da atividade*” [vd. art.º 5.º, n.º 2, alínea b) do Código dos Contratos



Públicos], pressupõe que o essencial da atividade inscrita no objeto social da entidade adjudicatária [controlada] se centre, de modo principal, na satisfação das necessidades da entidade adjudicante, muito embora não impeça aquela de, subsidiária ou complementarmente, exercer outras atividades.

«*In casu*», nem sequer dispomos de prova que permita concluir que a Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, destina o essencial da sua atividade à Câmara Municipal de Guimarães. E, adiante-se, os Estatutos de tal ente cooperativo também não viabilizam o suprimento de tal dúvida e desconhecimento.

Neste contexto, é forçoso admitir a inverificação do pressuposto contido na al. b), do n.º 2, do art.º 5.º, do Código dos Contratos Públicos, se entendido no sentido de legitimar a não aplicação da parte II do Código dos Contratos Públicos à formação dos Contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes.

Não foi, ainda, estabelecido a favor da Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, qualquer direito exclusivo de prestação do serviço em causa, nos termos do art.º 5.º, n.º 4, al. a), do Código dos Contratos Públicos.

2.4.

Nada obsta a que a Administração Pública em geral e as autarquias locais em particular constituam entes instrumentais tendentes ao bom desempenho da missão que lhes cabe, ainda que com apelo à via empresarial e recurso a entidades privadas.

Porém, e apesar das competências conferidas às autarquias locais e previstas no art.º 64.º, n.º 4, da Lei n.º 169/99, de 18.09, e alteradas pela Lei n.º 5-A/2012, de 11.01 [onde se dispõe que cabe às Câmaras Municipais apoiar e participar, pelos meios adequados, atividades de natureza social, cultural...recreativa ou outras], **sublinha-se que tal norma legitimadora da competência deverá ser articulada com o regime da contratação pública contido no Código dos Contratos Públicos** e que, como é sabido, é aplicável à formação de todo e



Tribunal de Contas

qualquer contrato público a celebrar pelas entidades adjudicantes a que se refere o art.º, n.º 2, do referido Código.

Deste modo, e embora se admita associação de entidades privadas [incluindo as Cooperativas] à satisfação de necessidades públicas, tal não dispensa a observância rigorosa dos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade, previstos no art.º 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos.

2.4.1.

«*In casu*», e como já se afirmou, não ocorrem os pressupostos que legitimam a não aplicação da parte II, do Código dos Contratos Públicos.

Por outro lado, o valor envolvido no Protocolo em apreço [€ 550.000,00] mostra-se superior ao referido na al. b), do art.º 7.º, da Diretiva n.º 2004/18/CE [€ 206.000,00].

Logo, e de acordo com o disposto no art.º 20.º, n.º 1, al. b), do Código dos Contratos Públicos, **o Protocolo em causa, que enforma um real contrato público de aquisição de serviços**, deveria ser precedido do recurso a procedimento de natureza concursal e com a publicitação adequada e legal.

A ausência de concurso [e, enfim, de qualquer tipo de procedimento], obrigatório no caso, constitui a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade [vd. art.º 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo]. E esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, conduz à nulidade do Protocolo em apreço, conforme o estabelecido no art.º 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

E, ainda que face ao disposto no art.º 283-A, do C.C.P., se entenda que tal ilegalidade [total ausência de procedimento – vd. art.º 16.º do C.C.P.] é cominada com mera anulabilidade, ainda assim, a mesma pode alterar o resultado financeiro do Protocolo em causa.



C. Da [in]suficiência de fundos disponíveis e pagamento dos compromissos.

1.

A Lei n.º 8/2012, de 21.02 [Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso – L.C.P.A.], regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21.06, estabelece as regras aplicáveis à assunção de compromissos e aos pagamentos em atraso das entidades públicas.

Trata-se de legislação que sobrevém aos compromissos assumidos por Portugal no âmbito do Programa de Assistência no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira celebrado com a União Europeia, Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, e com vista a assegurar um controlo e disciplina orçamental no âmbito de toda a administração pública.

Pretende-se, em suma, que qualquer entidade abrangida pela citada L.C.P.A. apenas assuma compromissos quando, previamente à assunção, conclua que tem fundos disponíveis e bastantes para os honrar. De contrário, não poderá validamente assumir tal compromisso.

As autarquias locais integram o âmbito subjetivo da Lei n.º 8/2012 [vd. art.º 2.º, n.º 2], sendo que esta lhes é totalmente aplicável [vd., ainda, o n.º 1, do art.º 2.º, da L.C.P.A., conjugado com o art.º 2.º da L.E.O. – Lei n.º 91/2001, de 20.08].

1.1.

O art.º 3.º, al. f), da Lei n.º 8/2012, de 21.02 [L.C.P.A.] considera fundos disponíveis *“as verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos:*

- I. A dotação corrigida líquida de cativos, relativas aos três meses seguintes;*
- II. As transferências ou subsídios com origem no Orçamento de Estado, relativos aos três meses seguintes;*



Tribunal de Contas

- III. *A receita efetiva própria que tenha sido cobrada ou recebida como adiantamento;*
- IV. *A previsão da receita efetiva própria a cobrar nos três meses seguintes;*
- V. *O produto de empréstimos contraídos nos termos da lei;*
- VI. *As transferências ainda não efetuadas decorrentes de programas e projetos do Quadro de Referência Estratégico Nacional [Q.R.E.N.] cujas faturas se encontrem liquidadas e devidamente certificadas ou validadas;*
- VII. *Outros montantes autorizados nos termos do art.º 4.º.”*

O art.º 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21.06 [diploma regulamentador da L.C.P.A.], prevê, ainda, que integram aqueles fundos disponíveis “os saldos transitados do ano anterior cuja utilização tenha sido autorizada nos termos da legislação em vigor e os recebimentos em atraso existentes entre as entidades referidas no art.º 2.º, da L.C.P.A., desde que integrados em plano de liquidação de pagamentos em atraso da entidade devedora no respetivo mês de pagamento.”

1.2.

Sublinha-se, também, que o legislador, com clareza indiscutível, impôs aos destinatários [responsáveis pelas entidades que integram o âmbito subjetivo da L.C.P.A.] da L.C.P.A. e respetivo Regulamento a obrigação de não assumirem compromissos que excedam os fundos disponíveis, sob pena de incorrerem em responsabilidade civil, criminal, disciplinar e financeira [de cariz sancionatório e/ou reintegratório] – vd. art.º 11.º, da L.C.P.A. .

1.3.

No caso vertente, e atendo-nos à informação contida no presente processo [vd. informação de controlo de fundos disponíveis do processo], logo se constata que o Município de Guimarães exhibe, contabilisticamente, um saldo positivo de Fundos disponíveis.

Tem, pois, capacidade para assumir os compromissos financeiros decorrentes do Protocolo celebrado, atenta a existência de fundos disponíveis que o suportam.



1.4.

O art.º 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 127/2012 dispõe o seguinte:

“Sob pena da respetiva nulidade, e sem prejuízo das responsabilidades aplicáveis, bem como do disposto nos art.ºs 9.º e 10.º, do presente diploma, nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições:

- a) Verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos termos da lei;*
- b) Registado no sistema informático de apoio à execução orçamental;*
- c) Emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente.”*

Também o art.º 5.º, n.º 3, da *L.C.P.A.*, preceitua que a não emissão de um número de compromisso válido e sequencial, a refletir na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, fere de nulidade o contrato ou a obrigação subjacente em causa.

O Município de Guimarães juntou documentação que atesta o bom cumprimento dos citados art.ºs 9.º e 10.º, do Decreto-Lei n.º 127/2012 e 5.º, da *L.C.P.A.* .

Nesta parte, a informação do compromisso e o Protocolo de Colaboração não suscitam reparo.

IV. DAS ILEGALIDADES

E O VISTO.

1. Das ilegalidades.

1.1.



Tribunal de Contas

Como deixámos dito em III.B., deste acórdão, o Município de Guimarães não exerce sobre a Cooperativa “*Fraterna – Centro Comunitário de Solidariedade e Integração Social*”, um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços, e, por outro lado, também não se demonstra que a entidade exercida por esta última se desenvolve, no essencial, em benefício do Município de Guimarães, que figura como entidade adjudicante.

Deste modo, face à verificação dos pressupostos contidos no art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b), do Código dos Contratos Públicos, era aplicável à formação do Protocolo em apreço a parte II, deste mesmo Código.

Atento o valor do referido Protocolo de Colaboração e do disposto no art.º 20.º, n.º 1, al. b), do Código dos Contratos Públicos, o presente Protocolo de Colaboração deveria ter sido precedido de algum procedimento de natureza concursal, **observando-se, assim e também, os princípios da concorrência e da igualdade. A ausência de concurso [e, em rigor, de qualquer tipo de procedimento!], de carácter obrigatório, integra a falta de um elemento essencial da adjudicação, que, por sua vez, induz a nulidade a que se reporta o art.º 133.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo.**

Tal nulidade é, ainda, geradora da invalidade do presente Protocolo de Cooperação.

E ainda que se sustente que tal ilegalidade gera mera anulabilidade, a mesma pode, no entanto, alterar o resultado financeiro do presente Protocolo.

2. Do Visto.

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

- Nulidade;



Tribunal de Contas

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

Não se verificam encargos sem cabimentação em verba orçamental própria.

Porém, as ilegalidades evidenciadas em IV. 1., deste acórdão, não só enformam nulidade, como, ainda e adjuvamente, são suscetíveis de alterar o resultado financeiro do contrato [denominado, «*in casu*», Protocolo de Cooperação].

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

Ocorre, pois, fundamento para a recusa do Visto.

V. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1.^a Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, recusar o Visto ao presente Protocolo de Colaboração;

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

Registe e notifique

Lisboa, 9 de Julho de 2013



Os Juízes Conselheiros,

(Alberto Fernandes Brás – Relator)

(João Alexandre Gonçalves Figueiredo)

(José António Mouraz Lopes)

Fui presente,

(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)