

ACÓRDÃO N.º 16/2013 - 21.mai. - 1ª S/SS

(Processo n.º 102/2013)

DESCRITORES: Protocolo de Colaboração / Cooperativa / Contrato de Prestação de Serviços / Sector empresarial, Público / Contratação Pública / Controlo Análogo/ Contratação *in house* / Concurso Público / Elemento Essencial / Adjudicação / Princípio da Concorrência / Nulidade / Norma Financeira / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. É inadmissível a participação de um município numa entidade empresarial (cooperativa) sem uma justificação clara sobre os fundamentos que sustentam essa participação, concretamente, sem que exista qualquer evidência sobre a viabilidade económica e financeira da participação, por comparação com outras opções (cfr. arts. 56.º, n.º 3 *ex vi* art. 53.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto).
2. O protocolo de colaboração celebrado entre o município e a cooperativa com vista a ceder o direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis da propriedade do município, não obstante a sua denominação, configura um verdadeiro contrato oneroso de prestação de serviços, sendo-lhe, tendencialmente, aplicável o regime da contratação pública estabelecido no Código dos Contratos Públicos (CCP).
3. Excepcionam-se daquele regime os contratos que, independentemente do seu objecto, cumpram os requisitos previstos no art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b) do CCP: a) exercício, pela entidade adjudicante sobre a adjudicatária, de um controlo análogo ao exercido por aquela sobre os seus próprios serviços; b) realização pela entidade adjudicatária do essencial da sua actividade para a entidade adjudicante que a controla.

4. Tendo em conta que o único controlo que o município efectua sobre a actividade da cooperativa é a tomada de conhecimento do relatório de actividades e contas, é manifesto que esse controlo não é o mesmo que o município efectua sobre os seus próprios serviços, daí que não possa entender-se que estamos em presença de uma relação *in house*, integrada no art.º 5.º, n.º 2, als. a) e b) do CCP.
5. Face ao valor do contrato celebrado deveria o mesmo ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, preservando-se, assim, a defesa do princípio da concorrência.
6. A omissão de concurso público quando obrigatório consubstancia a preterição de um elemento essencial da adjudicação que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo (CPA).
7. A desconformidade dos atos ou contratos com a lei que implique nulidade constitui fundamento de recusa de visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (LOPTC). Tal nulidade comporta, ainda, a violação de norma financeira, nos termos da al. b) do art.º 44.º citado.
8. Porque cerceadora do princípio da concorrência, a desconformidade do protocolo com as normas legais constitui uma ilegalidade que pode alterar o respectivo resultado financeiro, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da LOPTC.

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



Acórdão N.º 16/2013, de 21 de maio – 1.ª Secção/SS

Processo n.º 102/2013, 1ª Secção.

Acordam os Juízes, em Subsecção:

I. RELATÓRIO

O Município de Guimarães remeteu a este Tribunal, em 21 de janeiro de 2013, para efeitos de fiscalização prévia, o protocolo de colaboração celebrado em 14 de janeiro de 2013 com a Tempo Livre Físical- Centro Comunitário de Desportos e Tempos Livres, CIPRL, com vista a ceder o direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis da propriedade do Município que estão sob gestão atual da cooperativa, compreendendo o desenvolvimento de atividades desportivas de interesse público, no Município de Guimaraes, nas áreas de fomento do desporto e da atividade física, do desporto senior e da medicina desportiva, assim como na programação de Guimarães- Cidade Europeia do Desporto, durante o ano de 2013 e financiar a actividade a desenvolver pela Cooperativa no montante de € 1 220 000,00 no mesmo período.

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



Tribunal de Contas

O Município foi questionado por este Tribunal, em sessão diária de vista, para esclarecer várias questões e especificamente sobre a natureza e os objectivos da Cooperativa e a sua compatibilização com as actividades 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 efectuou um protocolo de colaboração, em 14 de janeiro de 2013, com a Tempo Livre Fiscal - Centro Comunitário de desportos e Tempos Livres, CIPRL, com vista a ceder o direito de uso e exploração da totalidade dos imóveis da propriedade do Município que estão sob gestão atual da cooperativa - Multiusos de Guimarães, Complexo Municipal de Piscinas que integra piscinas de diversão e recreio ao ar livre, Pista de atletismo Gémeos Castro, Pavilhões Municipais de Lordelo e Souto S. Maria, Pavilhões desportivos das escolas EB2,3, de Crexomil, Fermentões, Urgez, Pevidém, Ronfe, Moreira de Cónegos e Lordelo, Complexo de piscinas de Moreira de Cónegos, Campo de futebol do parque de Lazer do rio Selho e pavilhão Desportivo Almor Vaz (ex Inatel) - durante o ano de 2013, assim como na programação de Guimarães-Cidade Europeia do Desporto e financiar a actividade a desenvolver pela Cooperativa no montante de € 1 220 000,00 no mesmo período.
2. Este documento foi apresentado a este Tribunal para visto prévio em 21 de janeiro de 2013, para efeitos de fiscalização prévia.
3. Constitui objecto do protocolo «a regulação da transferência, para a Tempo Livre, do direito do uso e exploração da totalidade dos imóveis, de propriedade do Município de Guimarães, que estão sob gestão atual da cooperativa,



Tribunal de Contas

compreendendo o desenvolvimento de atividades desportivas de interesse público no Município de Guimarães nas do fomento do desporto e da atividade física, do desporto sénior e da medicina desportiva, assim como na programação da Guimarães – Cidade Europeia do Desporto 2013».

4. A Tempo Livre Físical, Centro Comunitário de desporto e Tempos Livres, é uma Cooperativa de Interesse Público e Responsabilidade Limitada, com estatutos publicados no DR III Série de 13 de Dezembro de 2000.
5. O capital social da cooperativa, variável, ilimitado é de montante mínimo de € 40 000,00 é subscrito pela Câmara Municipal de Guimarães em 12 000 títulos, no montante de € 60 000,00, sendo o restante capital social correspondente a 1 450 títulos subscrito por pessoas singulares ou colectivas de acordo com o que estiver determinado na lei e nos estatutos, estando assim distribuídos:

<u>Câmara Municipal de Guimarães</u>	12.000 títulos
<u>Associação de Futebol Popular de Guimarães</u>	100 títulos
Luciano da Veiga Baltar	100 títulos
António Magalhães da Silva	50 títulos
Clube de Ténis de Guimarães	50 títulos
Moreirense Futebol Clube	50 títulos
Grupo Desportivo “Os Unidos do Cano”	40 títulos
Alexandre Assis Fernandes Gonçalves	30 títulos
<u>Grupo Desportivo “Os Amigos de Urgeses”</u>	30 títulos
José Freitas Castro Lobo	30 títulos
A & A, Lda	20 títulos
Abel Joaquim Matos Freitas	20 títulos
António Araújo	20 títulos
António Rodrigo Miranda Lourenço	20 títulos
<u>ARCOV – Ass. Recr., Cultural e Desportiva de Covas</u>	20 títulos
Armindo José da Costa e Silva	20 títulos
Ass. Pais, Enc. Educação e Amigos das Escolas Serzedelo	20 títulos
Associação Cultural e Recreativa de Lordelo	20 títulos
<u>Associação de Ciclismo do Minho</u>	20 títulos
Associação de Moradores da Emboladoura	20 títulos
Associação Human. Bombeiros Vol. de Guimarães	20 títulos
Associação Juvenil Fórum de Airão S. João	20 títulos
Ass. Juvenil, Cultural e Recreativa da Costa – JUNI	20 títulos
Basket Clube de Guimarães	20 títulos
Casa do Povo de Fermentões	20 títulos



Tribunal de Contas

Centro de Actividades Recreativas Taipense	20 títulos
Centro Equestre Loureiro Velho	20 títulos
<u>Centro Recreativo e Cultural de Briteiros</u>	20 títulos
Centro Social e Recreativo de Campelos	20 títulos
<u>Centro Social, Cult., Despor. Recreativo de Guardizela</u>	20 títulos
Clube Escola Francisco de Holanda	20 títulos
Clube Industrial de Pevidém	20 títulos
Conselho Municipal de Juventude	20 títulos
Desportivo Francisco de Holanda	20 títulos
<u>Ecoturismo Montanha Viva</u>	20 títulos
Fernando Freitas Carneiro	20 títulos
Grupo Desportivo de Pevidém	20 títulos
Grupo Desportivo de Serzedelo	20 títulos
Grupo Desportivo Oliveira do Castelo	20 títulos
Grupo Desportivo, Recreativo e Cultural Madre-Deus	20 títulos
Grupo Recreativo e Cultural de Aldão	20 títulos
João Pereira Araújo	20 títulos
JUNI - Jovens Unidos Nobre Ideal	20 títulos
<u>Junta de Freguesia de Lordelo</u>	20 títulos
Junta de Freguesia de Polvoreira	20 títulos
Luís Mário Novais Oliveira	20 títulos
MORAVIA - Associação Juvenil de Moreira de Cónegos	20 títulos
<u>Motor Clube de Guimarães</u>	20 títulos
SARC - Salgueiral	20 títulos
União Cultural, Desportiva e Recreativa de Guardizela	20 títulos
Alberto Teixeira de Oliveira	10 títulos
Amadeu Artur Matos Portilha	10 títulos
Fernando Borges	10 títulos
Fernando Jorge Dantas Teixeira	10 títulos
Francisco Eduardo Rodrigues Oliveira	10 títulos
José Albertino F. P. Silva	10 títulos
José Carlos F. G. Correia	10 títulos
José da Silva Fernandes	10 títulos
José Manuel Oliveira Mendes	10 títulos
Manuel Novais Ferreira	10 títulos
Mário Alexandre S. Gonçalves	10 títulos
Nelson Machado	10 títulos
Paulo Olímpio F. Borges	10 títulos
Ricardo Nuno Santos	10 títulos
Sérgio Miguel Lemos	10 títulos

6. Nos termos do artigo 24º dos Estatutos, «os membros da cooperativa participam nos órgãos sociais na proporção do respectivo 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 Tempo Livre Físical, CIPRL tem actualmente a sua sede na alameda Cidade de Lisboa- Pavilhão Multiusos, Guimarães e, nos termos do artigo 3º dos estatutos tem por objecto principal:
- a) Fomentar a actividade do desporto, utilizando as infra-estruturas existentes e criando as que se tornem necessárias para o fim que pretende desenvolver;
 - b) Incentivar a prática do desporto na comunidade em geral;
 - c) Dotar de conhecimentos técnicos os agentes envolvidos nas diversas modalidades;
 - d) Incentivar o espírito de companheirismo e inter ajuda;
 - e) Possibilitar à comunidade em geral e aos jovens em particular, uma alternativa mais saudável e enriquecedora para ocupação dos tempos livres;
 - f) Integrar crianças e grupos de jovens marginalizados;
 - g) Possibilitar aos jovens fora do sistema educativo, ou fora de qualquer outra estrutura de formação, a igualdade de oportunidades no acesso à prática do desporto;
 - h) Promover acções de formação profissional;
 - i) Promover e participar em Festas e festivais, bem como em iniciativas de Lazer e Tempos Livres;
 - j) Gerir todas as instalações disponíveis, adaptando os espaços para a prestação de serviços na área da restauração, através da criação de serviços de restauração, catering, bares de vendas de bebidas, compra e venda de todos os produtos alimentares, confecção e venda de o tipo de refeições, quer para consumo nesses estabelecimentos quer para fora desses.
 - k) Garantir à comunidade e aos jovens em particular todas as condições necessárias de acesso à prática desportiva em segurança, dotando a Cidade desportiva com um Centro Médico de apoio ao desporto, de acompanhamento e de avaliação da prática desportiva



8. Desde 1999 que o Município de Guimarães tem gerido em parceria com a Cooperativa Tempo Livre os equipamentos municipais afectos ao desporto, tendo celebrado para o efeito Protocolos de colaboração anuais.
9. Segundo o Município, o executivo Municipal *toma conhecimento do relatório de Atividades e Contas da Cooperativa Tempo Livre.*
10. O montante do apoio financeiro a transferir com o protocolo referido em 1) corresponde a 27,9% do orçamento global da receita estimada para 2013 da Cooperativa "Tempo Livre Fiscal" que, globalmente, ascende a € 4 362 943,80.

*

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 Tempo Livre é compatível com o actual regime jurídico da actividade empresarial local e, por outro lado se, atenta a natureza jurídica do protocolo, pode ou não considerar-se como acto jurídico enquadrado na excepção a que se refere o regime 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 "Tempo Livre Fiscal" é uma cooperativa de interesse publico e responsabilidade limitada.

As cooperativas são pessoas colectivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreatajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles – art. 2.º do Código



Tribunal de Contas

Cooperativo (na redacção 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 respectiva legislação especial, de *régies* cooperativas, ou cooperativas de interesse público, caracterizadas pela participação do Estado ou de outras pessoas colectivas 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 colectivas em que, para a prossecução dos seus fins, se associam o Estado ou outras pessoas colectivas de direito público e cooperativas ou utentes dos bens e serviços produzidos.

Com as *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, n.º 321/89 publicado no DR de 20 de abril de 1989, infra citado).

Po 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, referido que, antes da revisão Constitucional de 1997, 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 artgo 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 actividades que a Constituição e a lei vedem à iniciativa privada*».



Tribunal de Contas

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).

Efectuado este enquadramento sobre a natureza jurídica das cooperativas, face à matéria de facto apurada, é claro que a entidade cooperativa “Tempo Livre Fiscal”, 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 actividade empresarial local e das participações locais

Conforme se refere no artigo 1º n.º 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 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 actividades 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 respectiva 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



Tribunal de Contas

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 com seu artigo 71º, ainda que não o diga expressamente, revoga as normas da Lei n.º 169/99 sobre a admissibilidade da constituição ou da participação de municípios em terceiras entidades (inequivocamente, no mesmo sentido, Pedro Costa Gonçalves, *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.º 169/99 que, com a entrada em vigor daquela Lei, nesta parte, foi revogada.

Dispõe o artigo 53º n.º 1 da mesma Lei, aplicável às "outras participantes" por via do artigo 56º n.º 3 da mesma lei que "*competem ao órgão deliberativo da entidade pública participante, sob proposta do respectivo 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, páginas 24 e 67).

Esta fundamentação é, actualmente, 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, identificar qual o tipo e a entidade em que deve participar para concretizar os objectivos pretendidos.

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

Face à Lei n.º 50/2012, deve, por isso, colocar-se a questão de saber se pode a Cooperativa “Tempo Livre Físical”, ainda que assumindo a natureza de *régie*, de capital maioritariamente público, contratualizar com o Município a gestão do equipamento desportivo que lhe foi entregue e simultaneamente a realização da programação desportiva identificada para 2013 (Guimarães- Cidade Europeia do Desporto).

Importa sublinhar, no que respeita às cooperativas que “é no escopo funcional que a empresa cooperativa é distinta das outras empresas. (...) A cooperativa é uma empresa, mas um empresa diferente porque a actividade exercida em ordem à produção ou troca de bens ou serviços não tem como destinatários terceiros, mas sim os próprios membros da cooperativa.(...) A actividade empresarial destina-se a satisfazer directamente certas 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 Tempo Livre Físical foi criada por um conjunto de cidadãos (26), entidades colectivas e pelo Município de Guimaraes, com vários objectivos, mas todos eles perfeitamente identificados: *a) Fomentar a actividade do desporto, utilizando as infra-estruturas existentes e criando as que se tornem necessárias para o fim que pretende desenvolver; b) Incentivar a prática do desporto na comunidade em geral; c) Dotar de conhecimentos técnicos os agentes envolvidos nas diversas modalidades; d) Incentivar o espirito de companheirismo e inter ajuda; e) Possibilitar à comunidade em geral e aos jovens em particular, uma alternativa mais saudável e enriquecedora para ocupação dos tempos livres; f) Integrar crianças e grupos de jovens marginalizados; g) Possibilitar aos*



Tribunal de Contas

jovens fora do sistema educativo, ou fora de qualquer outra estrutura de formação, a igualdade de oportunidades no acesso à prática do desporto; h) Promover acções de formação profissional; i) Promover e participar em Festas e festivais, bem como em iniciativas de Lazer e Tempos Livres; j) Gerir todas as instalações disponíveis, adaptando os espaços para a prestação de serviços na área da restauração, através da criação de serviços de restauração, catering, bares de vendas de bebidas, compra e venda de todos os produtos alimentares, confecção e venda de o tipo de refeições, quer para consumo nesses estabelecimentos quer para fora desses; l) Garantir à comunidade e aos jovens em particular todas as condições necessárias de acesso à prática desportiva em segurança, dotando a Cidade desportiva com um Centro Médico de apoio ao desporto, de acompanhamento e de avaliação da prática desportiva.

Como é visível, trata-se de objectivos muito precisos, ainda que diversificados e todos na área do desporto.

Mesmo com tal diversificação, o objecto 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 estabelecidos no Código Cooperativo.

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 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.

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 objecto de uma régie cooperativa, essencialmente com finalidades específicas na área do desporto, estatutariamente definidas, a áreas comportam atividades que pouco têm que ver com as finalidades de uma atividade empresarial de natureza cooperativa, quer pelo volume de negócios que envolvem quer pela sua natureza.

Finalmente, também não existe a informação de que a cooperativa “Tempo Livre Físical”, tenha adequado 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 interesse público, nos termos do artigo 6º n.º 1 da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto.

No que diz respeito a este ítem, está assim o Município 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) a natureza jurídica do protocolo

O protocolo agora em apreciação conforma a cedência pelo Município de Guimarães à cooperativa “Tempo Livre” do direito do uso e exploração da totalidade dos imóveis, de propriedade do Município de Guimarães, que estão sob gestão atual da cooperativa, para o desenvolvimento de atividades desportivas de interesse público no Município de Guimarães no âmbito do fomento do desporto e da atividade física, do desporto sénior e da medicina desportiva, assim como na programação da Guimarães – Cidade Europeia do Desporto 2013.

A Tempo Livre, durante o ano de 2013, para além da gestão operacional da Guimarães Cidade Europeia do Desporto 2013, assegura a gestão e manutenção correntes das seguintes instalações: Multiusos de Guimarães, Complexo Municipa de Piscinas que integra piscinas de diversão e recreio ao ar livre, Pista de atletismo Gémeos Castro, Pavilhões Municipais de Lordelo e Souto S. Maria, Pavilhões desportivos das escolas EB2,3, de Crexomil, Fermentões, Urgezes, Pevidém, Ronfe, Moreira de Cónegos e Lordelo, Complexo de piscinas de Moreira de Cónegos, Campo de futebol do parque de Lazer do rio Selho e pavilhão Desportivo Almor Vaz (ex Inatel).

O município, para a concretização das obrigações assumidas pela Tempo Livre, atribui um montante de € 1 220 000,00 à Cooperativa, a pagar em duodécimos.

Uma análise jurídico-normativa daquele protocolo, evidencia um causa uma dupla prestação de serviços pela cooperativa Tempo Livre ao Município de Guimarães, durante o ano de 2013, pelo qual o Município pagará uma quantia que estabeleceu em € 1 220 000,00, em duodécimos.



Por um lado, o serviço de gestão de determinados equipamentos cuja propriedade é do Município, concretamente um conjunto de piscinas onde se desenvolverão atividades desportivas do desporto sénior e da medicina desportiva. Por outro lado, a programação da iniciativa “Guimarães 2013” a levar a termo 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»*.

O conteúdo do protocolo configurando uma dupla prestação de serviços a efectuar pela cooperativa Tempo Livre ao Município de Guimarães, durante o ano de 2013, pelo qual o Município pagará uma quantia que estabeleceu em € 1 220 000,00, não pode por isso deixar de enquadrar-se como um contrato oneroso de prestação de serviços a efectuar pela cooperativa “Tempo Livre Físical” 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 2 alíneas b) e c) da LOPTC, exerce o seu juízo jurisdicional no âmbito do «visto prévio».

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

Refere o Município que o protocolo foi outorgado nos termos do Artigo 64º n. 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 participar, 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 50/2012, dos artigos 64 e 67 da Lei n 169/99. Independentemente da alteração legislativa, o modo e a forma de «participação» 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 – 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.

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 (...).»

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.ºC-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



Tribunal de Contas

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

No entanto a relação de “*controlo 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, a entidade adjudicatária comportar-se-á como mero instrumento de concretização da vontade do adjudicante, não tendo autonomia real, nem vontade negocial própria.



Tribunal de Contas

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 “*controlo análogo*”, importa apelar à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, de onde se destacam, 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 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 participa, também, uma entidade adjudicante exclui a possibilidade de esta última exercer sobre aquela sociedade um controlo 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 objectivos 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, vejam-se os



Tribunal de Contas

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*”).

Sublinhe-se, finalmente, sobre o conceito 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”* (Bernardo de Azevedo (ob. cit.).

Efectuado este excursão sobre a dogmática e a 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 Tempo Livre, deve ou não considerar-se como acto jurídico excepcionável ao regime do artigo 5º do CCP.

O contrato em apreço foi outorgado entre o Município e uma Cooperativa de capital maioritariamente público.

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 é que *o executivo toma conhecimento do relatório de Atividades e Contas da Cooperativa*.

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

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

A cooperativa em causa é uma entidade empresarial, com personalidade jurídica própria, com órgãos próprios de governo que efectuam, nos termos do Código Cooperativo, as fiscalizações que a lei impõe e que os cooperantes exigem.



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 controlo 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.

Importa por isso concluir que, sendo o protocolo em causa um contrato público de aquisição de serviços celebrado por uma autarquia, face ao valor do mesmo, deveria 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.

Decisão que já foi tomada por este Tribunal num outro contrato apresentado pelo Município relativo à mesma entidade, no âmbito do processo n.º 114/2013 de 13 de maio.

Sublinhe-se, ainda, 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 uma ilegalidade que pode alterar o respectivo resultado financeiro, nos termos do artigo 44º n.º 3 alínea c) da 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, 21 de maio de 2013

Os Juízes Conselheiros

(Mouraz Lopes-Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Brás)

Fui presente
O Procurador-Geral adjunto

(Vicente Almeida)