

1.ª Secção – SS
Data: 04/06/2019
Processo: 3509/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

TRANSITADO EM JULGADO EM 24-06-2019

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I. RELATÓRIO

7 O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:

- 7.1 O Município de Oeiras (MO) remeteu ao Tribunal de Contas (TdC) um documento intitulado «Contrato de prestação de serviço n.º 440/2018» outorgado em 21-11-2018 pelo MO e Município – Empresa de Cartografia e Sistemas de Informação, Empresa Municipal, SA no valor de 1.520.081,30 €.
- 7.2 O processo foi objeto de devolução pelo Departamento de Controlo Prévio (DECOP) da Direção-Geral do TdC ao requerente para prestação de informação complementar.
- 7.3 Apresentado o processo ao TdC foram determinadas duas devoluções à requerente para juntar elementos em falta, prestar esclarecimentos factuais (atenta, nomeadamente, a disparidade de informações fornecidas), e, querendo, se pronunciar sobre questões suscitadas, tendo a entidade requerente remetido dados informativos adicionais (acompanhados de provas complementares) e apresentado a sua alegação.

II. FUNDAMENTAÇÃO

FACTOS PROVADOS

- 2 Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia consideram-se provados os seguintes factos:
 - 2.1 O «Contrato de prestação de serviços n.º 440/2018» outorgado em 21-11-2018 pelo MO e Município – Empresa de Cartografia e Sistemas de Informação, Empresa Municipal, SA

no valor de 1.520.081,30 € tem como objeto «definir os termos e condições em que o Primeiro Outorgante se propõe adquirir os serviços que se contenham no objeto societário da Segunda Outorgante, tendo em vista a missão e o conteúdo das responsabilidades de desenvolvimento local assumidas pelas partes outorgantes, em matéria de promoção do desenvolvimento urbano e rural, ordenamento do território, urbanismo, ambiente, sistemas de informação geográfica e produção de informação cartográfica».

- 2.2 A celebração do contrato não foi precedida pela organização, por parte do MO, de qualquer procedimento de natureza concorrencial.
- 2.3 Essa circunstância decorreu do facto de o MO considerar o contrato enquadrado numa alegada relação *in house* existente entre os dois outorgantes, que permitiria ao MO a contratação direta da prestação de serviços à Município, sem submissão à concorrência.
- 2.4 O MO detém cerca de 56% do capital social da Município.
- 2.5 Relativamente à atividade da Município durante os anos de 2015 a 2017:
 - a) Em 2015, a faturação compreendeu uma percentagem de 6,8 % de serviços prestados a acionistas (incluindo o MO), correspondente ao valor de 262.134 euros, e uma percentagem de prestações a não acionistas de 93,2 % (relativa a 3.611.739 euros);
 - b) Em 2016, a faturação compreendeu uma percentagem de 28,2 % de serviços prestados a acionistas (incluindo o MO), correspondente ao valor de 514.771 euros, e uma percentagem de prestações a não acionistas de 71,8 % (relativa a 1.307.901 euros);
 - c) Em 2017, a faturação compreendeu uma percentagem de 11,7 % de serviços prestados a acionistas (incluindo o MO), correspondente ao valor de 433.853 euros, e uma percentagem de prestações a não acionistas de 88,3 % (relativa a 3.281.796 euros).
- 2.6 O MO não tem qualquer posição de controlo sobre os clientes da Município referidos no § anterior que nos anos de 2015 a 2017 adquiriram serviços à referida empresa municipal não sendo seus acionistas.

MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

- 3 Relativamente à matéria de facto julgada provada impõe-se destacar:

- 3.1 A entidade fiscalizada tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8¹, as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC, com suporte no disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC.
- 3.2 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo normativo interpretado à luz da natureza do presente processo jurisdicional, que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do tribunal sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela arquitetura procedimental e substantiva da fiscalização prévia.
- 3.3 O julgamento sobre a matéria de facto baseou-se em factualidade expressamente reconhecida pela requerente, na prova documental fornecida pela requerente, derivando os juízos sobre a matéria de facto provada de estritas inferências diretas do tribunal sobre enunciados factuais extraídos daqueles elementos probatórios.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

- 4 As principais questões jurídicas suscitadas no presente caso vão ser analisadas em três etapas:
- 4.1 Contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime sobre contratação no âmbito do setor público cuja formação está excluída da sujeição ao Código dos Contratos Públicos;
- 4.2 Ilegalidades do contrato objeto de fiscalização;
- 4.3 Efeito das ilegalidades do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto.

¹ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

- 5 Não serão objeto de análise jurídica neste acórdão, por força dos fins da fiscalização prévia de contratos pelo TdC e dos cânones metodológicos e processuais conformadores desse controlo (artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), 44.º, 46.º, 81.º, 82.º e 84.º da LOPTC), factos apurados eventualmente relevantes para apreciações judiciais em outras sedes processuais, em particular no âmbito da fiscalização concomitante e sucessiva sobre a atividade empresarial local de Oeiras, no âmbito da Área IX da 2.ª Secção do TdC, e no quadro das funções de controlo da Inspeção-Geral de Finanças.

Contrato submetido a fiscalização prévia em face do regime sobre contratação no âmbito do setor público cuja formação está excluída da sujeição ao Código dos Contratos Públicos

- 6 A principal questão jurídica que o contrato fiscalizado suscita reporta-se ao preenchimento dos requisitos necessários para ser enquadrado no domínio da *contratação excluída* pelo artigo 5.º-A, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP) da aplicação de algumas normas desse código.
- 7 A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia — enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º a 48.º da LOPTC.
- 8 O contrato objeto do processo deve ser qualificado como prestação de serviços integrando o âmbito objetivo e subjetivo da fiscalização prévia, em face do disposto das disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea *c*), 5.º, n.º 1, alínea *c*), e 46.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC.
- 9 Sendo pacífica a qualificação do contrato submetido como prestação de serviços (artigo 1154.º do Código Civil) e não havendo dúvidas sobre a sujeição da entidade adjudicante, no plano subjetivo, ao CCP (artigo 2.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP), a questão fundamental de direito substantivo reporta-se ao enquadramento do ato fiscalizado como *contrato no âmbito do setor público* excluído das regras imperativas sobre formação de contratos públicos ao abrigo do artigo 5.º-A do CCP — designada *contratação in house*, que tem subjacente além de normas legais um conjunto de cânones principialistas objeto de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) refletida em apreciações do TdC em casos de fiscalização prévia nos quais se suscitaram questões nesse domínio (*v.g.* Acórdão n.º 09/2015-30.JUN-1.ªS/SS, Acórdão

n.º 14/2016-14.JUL-1ªS/PL, Acórdão n.º 8/2018-29.JAN-1ªS/SS e Acórdão n.º 5/2018-10.ABR-1ªS/PL²).

10 No caso concreto o não preenchimento de um dos requisitos cumulativos para se poder considerar a formação do contrato fiscalizado como excluída da sujeição à parte II (*Contratação pública*) do CCP afigura-se particularmente claro, pelo que apenas se justificam algumas considerações sobre a não subsunção do caso *sub judice* ao pressuposto estabelecido na alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP.

11 O artigo 5.º-A, n.º 1, do CCP, na redação vigente introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, aplicável a procedimentos iniciados a partir de 1 de janeiro de 2018, estabelece:

«1 — A parte II [do CCP] não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objeto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições:

a) A entidade adjudicante exerça, direta ou indiretamente, sobre a atividade da outra pessoa coletiva, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) A entidade controlada desenvolva mais de 80 % da sua atividade no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante ou entidades adjudicantes que a controlam, ou por outra ou outras entidades controladas por aquela ou aquelas entidades adjudicantes, consoante se trate de controlo isolado ou conjunto;

c) Não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção de formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio eventualmente exigidas por disposições especiais, em conformidade com os Tratados da União Europeia, e que não exerçam influência decisiva na pessoa coletiva controlada.»

12 O Decreto-Lei n.º 111-B/2017 visou, nomeadamente, transpor para o direito nacional a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, referindo-se no considerando n.º 32 do mencionado ato normativo da União Europeia:

«Os contratos públicos adjudicados a pessoas coletivas controladas não deverão ficar sujeitos à aplicação dos procedimentos previstos na presente diretiva se a autoridade adjudicante exercer sobre a pessoa coletiva em causa um controlo semelhante ao que exerce sobre os seus próprios serviços, desde que a pessoa coletiva controlada realize mais de 80 % das suas

² Os quais podem ser consultados em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtml>, tal como os outros acórdãos do TdC citados no texto.

atividades no cumprimento de funções que lhe tenham sido confiadas pela autoridade adjudicante controladora ou por outras pessoas coletivas controladas por essa autoridade adjudicante, independentemente do beneficiário da execução do contrato.»

13 O artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE prescreve:

«1. Um contrato público adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

a) A autoridade adjudicante exerce sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) Mais de 80 % das atividades da pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante; e

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.»

14 Afigura-se inequívoco que, em face da matéria de facto constante dos §§ 2.4 a 2.6, o contrato submetido a fiscalização (*supra* §§ 1.1 e 2.1) não satisfaz um dos requisitos cumulativos para poder ser tratado como contratação excluída por força de a relação entre entidade adjudicante e adjudicatário não preencher a exigência constante da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP, a qual se apresenta em sintonia com as obrigações do legislador nacional em face do Direito da União, nomeadamente do estabelecido no artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE transposta pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017.

15 Sobre este ponto a entidade fiscalizada não apresentou qualquer argumento que coloque em causa a linearidade da operação hermenêutica que impõe a conclusão de que o contrato não preenche o requisito estabelecido na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP.

Ilegalidade do contrato objeto de fiscalização prévia

16 A análise empreendida implica a *ilegalidade* da adjudicação direta que conformou a formação do contrato, por incumprimento do regime regra da contratação pública que impõe a adoção de procedimentos concursais abertos.

- 17 Com efeito, está verificada a violação do princípio da concorrência, em colisão com o artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP, que o consagra genericamente e do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP, que tem subjacente esse *princípio* ao prever a celebração de contratos de aquisição de serviços por via de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicitação no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*.
- 18 A questão jurídica objeto do presente acórdão tem uma dimensão axiológica indissociável das implicações hermenêuticas dos princípios europeus sobre processo concorrencial aberto, em particular, os artigos 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
- 19 Desde os primeiros textos fundadores, a União Europeia reclama «uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência», paradigma conformador da competência exclusiva da União no «estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno» (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*), do TFUE).
- 20 Quadro europeu em que o princípio da concorrência é um dos vetores centrais do programa constitucional da União refletido, nomeadamente, na jurisprudência do TJUE.
- 21 Contexto que conforma o direito nacional quanto a critérios legais de adjudicação por entidades públicas potencialmente desconformes ao princípio da concorrência, por força do primado do Direito da União Europeia.
- 22 Acresce que o tratamento incorreto da formação do contrato como excluída da sujeição ao CCP implicou uma *preterição total do procedimento legalmente exigido*.

Efeito das ilegalidades do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

- 23 Sendo o processo de fiscalização prévia teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.
- 24 Relativamente à violação das normas dos artigos 5.º-A e 20.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP, no caso concreto correspondeu a omissão que deve ser qualificada como «preterição total do procedimento legalmente exigido» prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea *l*), do CPA.
- 25 Esse vício afeta o contrato por força do disposto no artigo 283.º, n.º 1, do CCP que estabelece que a nulidade do contrato administrativo derivada de nulidade de ato procedimental em que

assentou a sua celebração (sob a condição de esta ter «sido judicialmente declarada» ou poder «ainda sê-lo»).

- 26 Como se destacou no Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL, «a LOPTC não prevê qualquer declaração de nulidade mas apenas que o sancionamento como nulidade de uma violação de lei ocorrida em ato procedimental ou no próprio contrato constitui um fundamento de recusa de visto, legitimando, apenas, que o tribunal recuse o visto (artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC)» — orientação jurisprudencial sobre a função do TdC relativamente ao conhecimento de nulidades para efeitos de recusa de visto também adotada no Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL e no Acórdão n.º 30/2018-20.DEZ-1.ªS/PL.
- 27 Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL em que, na conjugação dos vícios que podem atingir atos e contratos com as específicas funções jurisdicionais do TdC em sede de fiscalização prévia, se destaca:
- 27.1 «[O] poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, com um direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto» (§ 39).
- 27.2 «Plano em que o TdC se deve conformar com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC» (§ 40).
- 28 A referida nulidade impõe, por si só, a recusa de visto ao contrato submetido a fiscalização e, no caso de contrato subsumível à previsão do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC a proibição de quaisquer efeitos jurídicos do contrato.
- 29 A falta do procedimento legalmente exigido também configura violação direta dos princípios fundamentais da lealdade e da concorrência, bem como dos princípios instrumentais da igualdade de tratamento, transparência e publicidade atento, nomeadamente, o disposto nos artigos 3.º, n.º 1, alínea *b*), 107.º, n.º 1, 120.º, e 173.º, n.º 1, do TFUE.
- 30 Violação do princípio da concorrência que deve ser qualificada como ilegalidade prevista na alínea *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, pois, na medida em que *pode alterar o resultado financeiro* do procedimento preenche o segundo requisito dessa norma para efeitos de recusa de visto.

- 31 Juízo sobre *alteração potencial* do *resultado financeiro* que tem de ser precedido de um enquadramento conceptual da conexão entre o desvalor consubstanciado na violação da lei com o resultado financeiro envolvido no processo, o qual não tem de ser de um concreto dano, relativo a um nexo causal entre o específico vício e um resultado, mas reportado a uma compreensão abstrato-concreta do vício na etapa procedimental em que ocorre e da importância desta na celebração do contrato.
- 32 Isto é, para valorar a aptidão da ilegalidade se repercutir no resultado financeiro deve ser ponderado o relevo da mesma na fase procedimental em que ocorre e da específica etapa na decisão final, a adjudicação do contrato, não se exigindo a demonstração de um nexo causal entre o vício e um imediato impacto financeiro.
- 33 Matriz compreensiva que conforma a jurisprudência maioritária do TdC quer quanto à prática de um ato administrativo com custos financeiros, sendo relevado, para efeitos de interpretação e aplicação da alínea *c)* do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC, a norma ou complexo normativo violado e a sua dimensão axiológica fundamental, em particular quanto a medidas com resultado financeiro (em que a própria decisão com impacto financeiro podia, em abstrato, não ser praticada³) e nos casos em que a etapa, apesar de não ser relevante para a existência do momento final que concretiza o impacto financeiro (o qual verificar-se-ia, independentemente dos contornos daquela), se afigura suscetível de poder ser considerada mediatamente relacionada com o concreto resultado financeiro, por exemplo, o valor da adjudicação — daí se falar de uma *aptidão* ou um perigo *abstrato-concreto* de impacto financeiro.
- 34 Em síntese, para o aplicador a questão que se coloca é a seguinte: se não ocorresse o vício a decisão final podia ser diferente na respetiva componente económico-financeira (dimensão que não se refere apenas à aprovação do contrato, mas à celebração do contrato por aquele valor)?
- 35 Segundo jurisprudência pacífica do TdC, verifica-se o impacto financeiro potencial previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *c)*, da LOPTC quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial.
- 36 A ponderação judicial prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC (sobre se a concreta violação da alínea *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC deve determinar a recusa do visto ao contrato) tem uma dimensão holista no sentido em que envolve um juízo sobre dimensões gerais e concretas relevantes (para a situação concreta) e pelos princípios da adequação e proporcionalidade, em particular, graus de lesão do interesse público e da ilegalidade.

³ Cf. Acórdãos n.º 17/2015-1.DEZ-1.ªS/SS, n.º 14/2015-5.NOV-1.ªS/SS, n.º 11/2018-21.FEV-1ªS/SS.

37 A operação de concordância prática exige uma valoração integrada de todas as ilegalidades identificadas de forma articulada com outros fatores relevantes para o juízo sobre a alternativa dicotómica entre a recusa e a concessão de visto ao concreto contrato que no caso *sub judice* imporia sempre a recusa de visto em face da gravidade das violações de regras (nacionais e europeias) sobre concorrência na contratação pública.

38 Em conclusão, o ordenamento jurídico impõe ao Tribunal de Contas a recusa de visto ao contrato atento o disposto no artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *c)*, da LOPTC.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- Recusar o visto ao contrato objeto de fiscalização prévia nos presentes autos.

- Determinar a remessa de cópia da presente decisão:

À Área IX da 2.ª Secção do TdC (cf. *supra* § 5);

À Inspeção-Geral de Finanças (cf. *supra* § 5).

- Emolumentos legais (ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31-5).

- Registe e notifique.

Lisboa, 4 de junho de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(Fernando Oliveira Silva)

(Mário Mendes Serrano)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
