

Parecer N.º	DAJ 139/19
Data	12 de julho de 2019
Autor	Ana Luzia Lopes

Temáticas abordadas	Empresa Municipal Entidade adjudicante Visto do Tribunal de Contas
----------------------------	--

Notas

Através do ofício n.º ..., de ...-...-..., o Presidente do Conselho de Administração da, solicitou a esta Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDRC) um parecer jurídico sobre as seguintes questões:

“1) Está a sujeita às regras da contratação pública, nomeadamente a aplicação do CCP?”

2) Estão os contratos e aquisições da, sujeitos a visto do Tribunal de Contas se superiores aos limiares do visto?”.

O pedido de parecer foi apresentado com o seguinte enquadramento sobre a entidade:

“A é uma empresa pública municipal detida a 100% pela Câmara Municipal de ... (em anexo pacto social).

A sua atividade desenvolve-se no âmbito da gestão económica da atividade e seus conexos, num ambiente de mercado aberto e de livre concorrência. Não havendo qualquer tipo de transferências financeiras do Município para o seu regular funcionamento, nem tão pouco qualquer fluxo financeiro, a não ser o pagamento da empresa ao Município de uma renda de cerca de€ pela exploração de um dos balneários pertença daquele. As suas receitas provêm, pois, da prestação de serviços aos clientes e da sua normal atividade empresarial, cobrindo na totalidade as despesas e obtendo RLE positivos.”.

Importa referir que, a pedido da Comissão Diretiva da Autoridade de Gestão do Programa Operacional Regional do Centro (MaisCentro), em maio de 2012, foi já emitido pelos serviços jurídicos da CCDRC um parecer jurídico (.....) sobre o enquadramento da, a seguir designada por ..., no âmbito subjetivo de aplicação do Código dos Contratos Públicos¹.

A questão central do parecer prendeu-se com o conceito de satisfação de necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, subjacente ao requisito dos

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e alterado por sucessivos diplomas.

organismos de direito público enunciado na subalínea i) da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos.

Tendo-se concluído que *“(...) a cumpre cumulativamente todos os requisitos previstos na al. a) do n.º 2 do art. 2.º do CCP, devendo, por conseguinte, ser considerada um organismo de direito público e, como tal, uma entidade adjudicante sujeita aos procedimentos pré-contratuais e contratuais previstos no CCP.”*.

Sucedo, porém, que o referido parecer assentou num quadro normativo que foi, em parte, revogado ou alterado.

É o caso não só da Lei n.º 159/99, de 14 de setembro, que estabelecia o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais e foi revogada pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, mas também da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, que estabelecia o regime jurídico do setor empresarial local e foi revogada pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, quando estava a ser elaborado o parecer jurídico da CCDRC.

E foi ainda alterada a alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, assumindo particular importância para a questão central do parecer a alteração da sua subalínea i), que enuncia o requisito da satisfação de necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial, para a qualificação dos organismos de direito público.

Além disso, está em causa o conceito europeu de organismo de direito público, que tem sido discutido e aprofundado, quer pela jurisprudência comunitária, quer pela jurisprudência e doutrina portuguesas, e cuja aplicação não é estática.

Veja-se o que diz a doutrina *“(...) a consideração de uma entidade como organismo público não corresponde a uma condição institucional ou permanente de uma determinada entidade. Trata-se, pelo contrário, uma condição contingente e que pode alterar-se entre um determinado exercício económico e o exercício seguinte. Assim, uma entidade pode ser organismo de direito público num certo ano e até apenas nesse mesmo ano, sobretudo no caso de a estreita dependência assentar no fator do financiamento. Nesses casos, o que releva para a qualificação da entidade como*

*adjudicante, ou não, é a situação no ano em que dá início ao procedimento de contratação.*².

Neste contexto e com o objetivo de se concluir se se mantém, ou não, o enquadramento da ... como organismo de direito público e, conseqüentemente, como entidade adjudicante sujeita ao regime da contratação pública, cumpre emitir o solicitado parecer:

I. Âmbito subjetivo de aplicação do regime da contratação pública estabelecido no Código dos Contratos Públicos – organismos de direito público

O Código dos Contratos Públicos, a seguir designado por CCP, na sua atual redação, estabelece o regime da contratação pública, que é aplicável à formação dos contratos públicos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no Código e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação.

No seu artigo 2.º, o CCP indica categorias das entidades adjudicantes para efeitos de aplicação do regime da contratação pública.

Não há dúvida que a ... não se enquadra em qualquer uma das categorias previstas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP, que são entidades da Administração Pública tradicional.

Continua, por isso, a manter-se a questão de saber se a ... pode ser qualificada como organismo de direito público, que é a categoria prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º.

Dispõe esta norma “2- *São também entidades adjudicantes:*

- a) Os organismos de direito público, considerando-se como tais quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:*

² Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. 1, 2.ª Edição, 2018, págs. 143 e 144.

- i) *Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tais aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica concorrencial de mercado, designadamente por não terem fins lucrativos ou por não assumirem os prejuízos resultantes da sua atividade; e*
- ii) *Sejam maioritariamente financiadas por entidades referidas no número anterior ou por outros organismos de direito público, ou a sua gestão esteja sujeita a controlo por parte dessas entidades, ou tenham órgãos de administração, direção ou fiscalização cujos membros tenham, mais de metade do seu número, sido designados por essas entidades;*³
(negrito nosso).

Nesta nova redação da subalínea i) da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, que enuncia o requisito da satisfação de necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, o legislador nacional passou a utilizar termos que o legislador comunitário utilizou no considerando (10) da Diretiva 2014/24/UE⁴ sobre o conceito de «organismos de direito público».

Recorde-se, pois, o que diz o Considerando (10) “*O conceito de «autoridades adjudicantes» e, em particular, o de «organismos de direito público» foram examinados diversas vezes na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. A fim de clarificar que o âmbito de aplicação ratione personae da presente diretiva se deverá manter inalterado, afigura-se conveniente manter as definições em que o Tribunal de Justiça se baseou e integrar um certo número de precisões, conferidas pela referida jurisprudência, que são essenciais para a compreensão das próprias definições, sem intenção de alterar a compreensão do conceito tal como elaborado pela jurisprudência. Para o efeito, **importa esclarecer que um organismo***

³ Redação atual dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que procedeu à nona alteração e republicação do CCP.

⁴ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE.

que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas como tendo carácter industrial ou comercial.” (negrito nosso).

E refira-se ainda o que era já dito pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão⁵, de 22-05-2003, proferido no Proc. C-18/01 “(...) se o organismo opera em condições normais de mercado, prossegue um fim lucrativo e suporta as perdas associadas ao exercício da sua actividade, é pouco provável que as necessidades que visa satisfazer não sejam de natureza industrial ou comercial.”.

No mesmo Acórdão foi dito que “Nesse caso, não é, de resto, exigida a aplicação das directivas comunitárias relativas à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, já que um organismo que prossegue um fim lucrativo e que suporta, por si próprio, os riscos associados à sua actividade não se envolverá, em princípio, num procedimento de adjudicação de contratos em condições que não sejam economicamente justificadas.”.

Assim, poder-se-á afirmar que a verificação da satisfação de necessidades de interesse geral, com carácter industrial ou comercial, passa pela ponderação de três fatores, a saber: se a entidade (i) opera em condições normais de mercado, (ii) prossegue fins lucrativos e (iii) suporta os prejuízos associados ao desenvolvimento da sua atividade.

Ora, com a nova redação da subalínea i) da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, o legislador nacional terá pretendido, em conformidade com a Diretiva, tornar mais preciso o requisito dos organismos de direito público.

Não é, porém, o que resulta da norma ao indicar apenas como fator decisivo a não submissão à lógica concorrencial de mercado, a qual pode ser identificada através da ausência de fins lucrativos ou da não assunção dos prejuízos resultantes da atividade.

⁵ Acórdão Taitotalo.

Ou seja, ao invés de dar a indicação de que é necessária a ponderação dos referidos três fatores indicados na Diretiva, o legislador nacional considera que a ausência de caráter industrial ou comercial é determinada de forma taxativa por qualquer um dos elementos que constam na norma: a não prossecução de fins lucrativos ou a não assunção dos prejuízos.

Com este enquadramento, vejamos, então, se a ... pode ser qualificada como organismo de direito público, por ser uma empresa local “(...) *de natureza municipal, que goza enquanto pessoa coletiva de direito privado, de personalidade jurídica e é dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, ficando sujeita às orientações estratégicas definidas pela Câmara Municipal de ...*”, e ter como objeto principal “(...) *a gestão e exploração de equipamentos ..., bem como das demais atividades ligadas ao que lhe venham a ser cometidas pelo Município de, no âmbito da concessão de que é titular.*”⁶.

Ora, a atividade termal é disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 142/2004, de 11 de junho⁷, que estabelece nos n.ºs 1 e 2 do seu artigo 1.º que são por si regulados o licenciamento, a organização, o funcionamento e a fiscalização dos estabelecimentos termais, quer do setor público, quer do setor privado.

Resulta, pois, que a atividade termal tanto pode ser exercida por entidades públicas, como por entidades privadas e, portanto, a exerce a sua atividade em regime de concorrência com entidades, públicas ou privadas, que operam no mercado termal.

O facto de desenvolver a sua atividade em contexto concorrencial é um indício de que a atividade tem caráter industrial ou comercial.

Não é, contudo, um fator definitivo que permite, por si só, concluir que se trata de uma atividade com caráter industrial ou comercial.

⁶ Artigo 1.º, n.º 2, e artigo 3.º, n.º 1, do Pacto Social da ...

⁷ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

Considera-se que há que atender às condições específicas em que a exerce a sua atividade no mercado ..., com vista a verificar se desenvolve efetivamente a sua atividade em condições normais de mercado.

Ora, sendo uma empresa, está naturalmente presente a obtenção de lucro, mas este não há de constituir o seu objetivo principal.

Aliás, pode ler-se no n.º 2 do artigo 20.º da Lei 50/2012, de 31 de agosto, que *“É proibida a constituição de empresas locais para a prossecução de atividades de natureza exclusivamente administrativa ou com o intuito exclusivamente mercantil.”*

Diga-se que esta proibição não impede a empresa local de desenvolver atividades em concorrência com outros operadores de mercado.

O que a lei quer é que a constituição de uma empresa local não pode assentar na intenção exclusiva das entidades públicas participantes em obter lucro.

Assim, o lucro, ainda que possa estar presente como fim, não pode ser o único fim prosseguido pela

A propósito é dito que as empresas municipais são *“(...) constituídas para prosseguirem, como finalidade primordial, a realização de um interesse público, em que o objetivo do lucro ou da receita só surge em segunda linha, e desde que não perturbe a realização do interesse público que justifica a intervenção.”*⁸

Por último, falta-nos ponderar o fator da assunção de prejuízos que resultam da atividade desenvolvida pela ...

Sobre este aspeto, não podemos concluir que a ... está exposta ao risco do mercado termal como as empresas privadas que nele atuam.

Atente-se no que dispõe o n.º 2 do artigo 40.º da Lei n.º 50/2012, com a epígrafe *“Equilíbrio de contas”*, que *“2-Sem prejuízo do disposto no n.º 5, no caso de o resultado líquido antes de impostos se apresentar negativo, é obrigatória a realização*

⁸ Obra citada na nota 2, pág. 151.

de uma transferência financeira a cargo dos sócios, na proporção da respetiva participação social, com vista a equilibrar os resultados do exercício em causa.”.

E o n.º 3 da mesma norma dispõe mesmo que “3-Os sócios de direito público preveem nos seus orçamentos anuais o montante previsional necessário à cobertura dos resultados líquidos antes de impostos, na proporção da respetiva participação social.”.

Assim sendo, e ainda que esteja sujeita a dissolução nas condições previstas no artigo 62.º da Lei 50/2012, a ... não assume o risco da atividade que desenvolve, porquanto o Município de ..., que detém 100% do seu capital, está por lei obrigado a efetuar transferências para cobrir os prejuízos e assegurar o equilíbrio das contas.

Em suma, pode-se concluir que a ... desenvolve a sua atividade num contexto concorrencial, mas não em condições normais de um mercado concorrencial.

Pois, sendo uma empresa municipal, por um lado, o lucro não é o seu objetivo principal e, por outro lado, não tem de assumir os eventuais prejuízos que a sua atividade possa gerar.

Concluiu-se, portanto, que a ... é uma empresa que foi criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial.

Acresce o facto de ser exclusivamente financiada pelo Município de ..., que detém 100% do seu capital, o que preenche o requisito do financiamento público previsto na subalínea ii) da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP.

Por isso, escusamo-nos de analisar os restantes requisitos alternativos previstos nesta subalínea ii) da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP.

Considera-se, pois, que a ... se subsume no conceito de organismo de direito público e consequentemente, é uma entidade adjudicante sujeita ao regime da contratação pública.

II. Âmbito da fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas

Nos termos da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas⁹, designada como LOPTC, na redação dada pela Lei n.º 20/2015, de 9 de março, a fiscalização prévia é uma das modalidades de controlo financeiro exercido pelo Tribunal de Contas, que visa o controlo preventivo da legalidade e do cabimento orçamental de determinados atos e contratos de significativa relevância financeira praticados e celebrados por determinadas entidades.

A incidência da fiscalização prévia resulta da conjugação de um elemento objetivo e de um elemento subjetivo, nos termos previstos na LOPTC.

O elemento objetivo é constituído pelos atos e contratos indicados no n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, que não estejam isentos ou dispensados de fiscalização prévia por força do disposto nos artigos 47.º e 48.º da LOPTC.

Nos termos do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC *“1- Estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º:*

- a) Todos os atos de que resulte o aumento da dívida pública fundada dos serviços e fundos do Estado e das regiões autónomas com autonomia administrativa e financeira, e das demais entidades referidas nas alíneas c) a e) do n.º 1 do artigo 2.º, bem como os atos que modifiquem as condições gerais de empréstimos visados;*
- b) Os contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa nos termos do artigo 48.º, quando reduzidos a escrito por força da lei;*
- c) As minutas dos contratos de valor igual ou superior ao fixado nas leis do Orçamento nos termos do artigo 48.º, cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração;*

⁹ Aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

- d) *Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras;*
- e) *Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao previsto no artigo 48.º”.*

No que respeita ao elemento subjetivo, este refere-se ao universo das entidades sujeitas à fiscalização prévia do Tribunal definido na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC, que é mais restrito do que o universo das entidades sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal indicado no artigo 2.º da LOPTC.

Dispõe a alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC que “*1 – Compete, em especial, ao Tribunal de Contas:*

- c) *Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por financiamento direto ou indireto, incluindo a constituição de garantias, da entidade que as criou;”.*

Resulta assim que estão sujeitas à fiscalização prévia pelo Tribunal as entidades indicadas no n.º 1 do artigo 2.º (entidades do chamado setor público administrativo), as entidades indicadas nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do mesmo artigo 2.º (entidades de tipo associativo e entidades do setor empresarial do Estado, das autarquias locais e das Regiões Autónomas), e ainda entidades que cabem na parte final da norma.

Ora, as entidades previstas na alínea c) do n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC são “*As empresas municipais, intermunicipais e regionais;”.*

Está, portanto, a ... incluída no universo das entidades cujos atos e contratos estão sujeitos a fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas, desde que não estejam isentos ou dispensados de fiscalização por força do disposto nos artigos 47.º e 48.º, ambos da LOPTC.

III. Conclusão

Do que antecede, conclui-se que:

- A ... é uma entidade adjudicante indicada na alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP e está, portanto, sujeita ao regime da contratação pública, uma vez que se subsume no conceito europeu de organismo de direito público:
 - Tem personalidade jurídica, pois é uma pessoa coletiva de direito privado;
 - Foi criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial;
 - Está sujeita a influência dominante de uma entidade pública, por via do financiamento do Município de S. Pedro do Sul, que detém 100% do seu capital social.
- Desde que não estejam isentos ou dispensados de fiscalização por força do disposto nos artigos 47.º e 48.º, os atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para a ... estão sujeitos a fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, conjugado com o disposto no artigo 46.º, todos da LOPTC.