

PARECER

DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS ÀS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

Enquadramento

O presente parecer decorre da consulta efetuada pela Animar, Associação Portuguesa para o Desenvolvimento Local, adiante designada por Animar, no sentido de ser esclarecida a obrigatoriedade ou não da aplicação das regras do Código dos Contratos Públicos (CCP) ao universo das suas associadas pessoas colectivas.

Questão prévia

Não é conhecido o universo das pessoas colectivas associadas da Animar, no entanto vamos tomar em consideração que se trata essencialmente de associações de direito privado sem fins lucrativos, podendo eventualmente tomar outra forma jurídica em certos casos. Ainda assim este parecer irá debruçar-se apenas sobre o universo das entidades de direito privado, sem fins lucrativos, independentemente da forma jurídica.

Introdução

O CCP foi aprovado pelo DL N^o18/2008 de 29 de Janeiro. Como se indica no Preâmbulo deste diploma o Código “Para além do objectivo de alinhamento com as mais recentes directivas comunitárias, a cuja transposição aqui se procede, o CCP procede ainda a uma nova sistematização e a uma uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos atomizados até agora”.

Ficaram assim incorporados na nossa ordem jurídica os princípios e regras constantes das Directivas 2004/17CE e 2004/18/CE ambas do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março.

Ao codificar estas matérias relativas à chamada contratação pública, o legislador permitiu que num só diploma legal se pudesse seguir toda a vida dos contratos públicos dado que acabou por trazer para aquele as matérias da execução dos mesmos.

Para a economia deste parecer interessa de sobremaneira atentar na aplicação das regras do CCP ao comércio jurídico que as associadas da Animar venham a exercer e chamar a atenção para os princípios basilares da contratação pública – transferência, igualdade e concorrência (nº4 do art. 1 do CCP).

1. O que são contratos públicos

Numa primeira análise poderíamos ser tentados a estabelecer primeiro o perímetro dos contratos de que trata o CCP para depois, caso a caso, sabermos quando é que as referidas associadas estariam eventualmente sujeitas à aplicação das regras da contratação pública aos mesmos.

Mas do estatuído no artigo 1º do Código, em especial do seu nº2, podemos concluir, de forma simplista, que contratos públicos são os que são celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no CCP. Para sermos mais precisos o que se aplica sempre a tais contratos (independentemente de quem os celebra) são as regras constantes da Parte II do Código ou seja a fase pré-contratual denominada de contratação pública.

Teremos pois que encontrar o que são as denominadas entidades adjudicantes para sabermos se os contratos que vão celebrar são contratos públicos e em função da sua classificação encontrar as regras aplicáveis a tais “contratos públicos”. Este caminho é trilhado apenas para facilitar a resposta à questão que enquadra este parecer. De facto como referem M.E. Oliveira e R.F. Oliveira (*in Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almeida 2011) “.... A verdade, como bem o revelam as subtracções ao regime do Código a que procedem (pela positiva ou pela negativa) os seus arts. 4º a 15º, são inúmeros os contratos de entidades adjudicantes aos quais ele não se aplica...”

Deixemos porém estas verdadeiras exceções em sentido lato para nos centramos sobre a necessidade, em geral, de encontrarmos o conceito de “entidade adjudicante” para a partir daí, afirmarmos que o CCP se aplica ou não.

2. O que são entidades adjudicantes

Na senda ainda dos autores supra mencionados (que vamos seguir em especial neste capítulo), existem três tipos de entidades adjudicantes: as do sector público administrativo (nº1 do art.1º), as dos sectores especiais (art. 7º) e os chamados organismos de direito público (nº2 do art. 2º). Não será difícil e de puro bom senso, considerar que o universo das associadas da Animar não se enquadra no grupo das primeiras e segundas entidades pelo que nos permitimos deixar de lado a análise dessa mesma tipologia de pessoas colectivas.

Este conceito de “organismo de direito público” é de origem comunitária e não foi acolhido na nossa legislação pese embora seja ainda utilizado na doutrina e “oficialmente” na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Nomenclatura à parte diga-se desde já como os referidos autores, que “...a delimitação das várias hipóteses de entidades adjudicantes do artigo 2º/2 do CCP, sobretudo as da sua alínea a) é uma das questões mais complicadas do direito da contratação públicas...”.

2.1. As entidades adjudicantes da alínea a) do nº2 do art. 2º do CCP

Para além do requisito prévio da existência de personalidade jurídica, a doutrina ancorada na letra da lei, costuma encontrar os seguintes três requisitos gerais para que uma pessoa colectiva seja abrangida pelo preceito em causa:

- criada para satisfazer necessidades de interesse geral;
- que a sua actividade não tenha carácter industrial ou comercial;
- que esteja sob influência dominante de uma ou várias das entidades adjudicantes do nº1 do art. 2º (Estado, Autarquias Locais, Institutos Públicos, entre outras).

O interesse geral aqui em causa é aquele que o TJUE definiu no seu Acórdão de 15/01/1998 (caso Mannesman) como “actividades que beneficiam directamente a colectividade, por oposição aos interesses individuais ou de grupo” (obra referida pág. 102).

Trata-se pois de um conceito muito lato onde poderemos decerto cabimentar as actividades que em geral as associadas da Animar desenvolvem.

Quanto ao carácter não industrial ou comercial de tais actividades, considerando o escopo não lucrativo das associações de desenvolvimento local (ou de outros objetivos direta ou indiretamente ligados a este) parece-nos que também este requisito se encontra preenchido. De facto se tivermos em conta que as associadas da Animar não foram criadas para uma actuação no mercado e de concorrência comercial, as mesmas não deixarão de caber na previsão da subalínea i) da alínea a) do nº2 do art. 2º do CCP. O final do parágrafo define bem que o que está em causa é a “actividade económica se não submete à lógica de mercado e de livre concorrência”.

2.2. A influência dominante de uma entidade pública

Por fim o requisito mais complexo de definir que é o da sujeição a influência dominante de uma entidade do nº1 do art. 2º em geral.

Aqui chegados começamos por referir que a subalínea ii) do preceito supra citado deixa claro três tipos de influência:

- a) Ser maioritariamente financiada por uma das entidades do nº1 do art. 2º;
- b) Estarem sujeitas a alguma forma de controlo de gestão por uma dessas entidades;
- c) Ter um órgão de administração, direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por alguma das referidas entidades.

Não se trata de requisitos cumulativos mas alternativos, como a conjugação coordenativa alternativa “ou” no texto legal deixa antever. Basta por isso que um destes “sub requisitos” esteja presente para que o “requisito legal” da “influência dominante” se faça sentir para que a entidade em causa caia no campo das entidades adjudicantes.

Analisemos agora estes três sub requisitos.

Quanto ao controlo de gestão parece-nos acertada a posição dos já referidos autores que aqui se transcreve (obra citada pág.108): “...existirá controlo de gestão (...) quando a ordem jurídica reserve para as entidades adjudicantes dominantes poderes de determinação de comportamentos, poderes de ... (de orientação da actividade) e poderes de tutela que tenham por objecto actos de gestão”. Consideram ainda os autores que não há controlo

de gestão quando esse mesmo controlo se resume a uma correcção ou fiscalização *a posteriori* (ex: aprovação do relatório de contas anuais).

O poder de designar a maioria dos titulares dos órgãos das entidades em causa passa pela capacidade, direta ou indireta, que a lei ou os estatutos permitem à entidade adjudicante do nº1 do art. 2º de “interferir” na definição em causa. É pois necessário que tal prerrogativa exista em abstrato e de forma clara e objetiva, não bastando para que a previsão norminativa funcione que em determinada circunstância concreta se forme, por exemplo, uma maioria de associados (públicos) que defina/eleja os referidos titulares.

Por fim o mais controverso destes subcritérios é o financiamento maioritariamente público. Neste campo a legislação comunitária quer precaver-se contra o “...receio de que estes organismos sem carácter empresarial, que não visam obter lucros, possam esquecer as regras da concorrência, deixando, dada a proximidade que têm com as entidades públicas, que as suas opções contratuais sejam influenciadas por razões ...extra-económicas (ob. citada págs.106 e 107). No fundo quer-se evitar que os apoios financeiros públicos façam esquecer as regras da boa gestão e da procura da razoabilidade de custos e ponham assim em causa os já referidos princípios da transparência, igualdade e concorrência.

É certo que o TJUE considerou que apenas os apoios financeiros públicos sem contraprestação específica devem ser considerados de “financiamento público”. Mas também este conceito de “contraprestação específica” é de dúbia interpretação. Parece desde logo induzir que se trata de uma contraprestação de índole comercial em que se “paga” algo que a entidade pública recebe em troca.

É sabido que no caso das chamadas associações de desenvolvimento local *lato sensu*, o financiamento público não é propriamente (na maioria dos casos) uma contrapartida de preço pago por serviços prestados (embora o possa ser pontualmente). Trata-se até na maioria dos casos de financiamentos comunitários no âmbito da aplicação de projetos e programas que comportam várias atividades de índole mais local ou supra local. Também se sabe que vários organismos intermédios públicos, gestores de fundos comunitários, consideram que tais financiamentos preenchem a estatuição do preceito legal em análise.

Perante tais circunstâncias parece ser prudente considerar que os financiamentos (nacionais ou comunitários) às actividades das referidas associações de desenvolvimento local devem ser subsumíveis no conceito de “financiamento” que a subalínea ii) da alínea a) do nº2 do art. 2º do CCP preconiza. Aquele que de forma direta ou indireta, configura uma entidade do nº1 do art. 2º do mesmo Código.

Conclusão

Como se deixou antever, a aplicação do CCP a uma determinada entidade depende de a mesma poder ser considerada entidade adjudicante nos termos do art. 2º do Código.

No caso das associadas da Animar, as mesmas, a enquadrarem-se em tal conceito, seria no nº2 do referido preceito legal, mais propriamente na alínea a). Para tal basta que preencham os requisitos da subalínea i) (actividades de interesse geral e sem carácter comercial) e um dos três constantes da subalínea ii) (financiamento maioritariamente público, controlo de gestão ou poder de designação orgânico por uma entidade do nº1).

Do conhecimento empírico do universo das associadas da Animar somos levados a crer que a maioria das entidades possa ser entidade adjudicante e como tal esteja sujeita às regras da contratação pública. No entanto como se pode deduzir do atrás exposto ,só com uma análise casuística em que se conheçam as actividades, os estatutos e a estrutura de financiamento da associada, se poderá afirmar com pleno rigor se se trata de uma entidade adjudicante ou não.

É este, salvo melhor opinião, o meu parecer.

23/7/ 2015

Joaquim Amado
Advogado