

AS INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL (IPSS) PODERÃO ASSUMIR A QUALIDADE DE ENTIDADES ADJUDICANTES, NOS TERMOS E PARA OS EFEITOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 2.º, N.º 2, ALÍNEA A), DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS (CCP) E POR ESSA RAZÃO SUJEITAS À JURISDIÇÃO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS? ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL, DE 10 DE OUTUBRO DE 2019

MAY PRIVATE SOCIAL SOLIDARITY (IPSS) ASSUME THE STATUS OF CONTRACTING ENTITIES, UNDER THE TERMS AND FOR THE PURPOSES OF THE PROVISIONS OF ARTICLE 2, PARAGRAPH 2, POINT A), OF THE PUBLIC CONTRACTS CODE (CPP) AND BY THIS REASON BE SUBJECT TO THE JURISDICTION OF THE ADMINISTRATIVE COURTS? ANOTATION TO THE DECISION OF THE CENTRAL ADMINISTRATIVE COURT SOUTH, OF OCTOBER 10, 2019

MANUELA DA SILVA PATRÍCIO*

* Professora Adjunta do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto. Rua Jaime Lopes de Amorim, s/n, 4465-004 S. Mamede de Infesta, Portugal. mmsilva@iscap.ipp.pt.

1 O LITÍGIO

O Tribunal Central Administrativo Sul foi chamado a dirimir, em sede de recurso interposto da decisão final, que pôs termo ao processo em 1.^a instância, considerando a jurisdição administrativa materialmente incompetente para conhecer da pretensão formulada pela Autora, por dois motivos:

«Por um lado, porque a entidade recorrida não pode ser considerada entidade adjudicante para efeitos do Código dos Contratos Públicos, uma vez que não preenche o requisito imposto pelo artigo 2.º, n.º 2, alínea a), ii), do CCP, ou seja, não é financiada maioritariamente pelo Estado. Por outro lado, a entidade recorrida tem liberdade contratual, nos termos do artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil, para escolher a forma de contratar para a adjudicação do fornecimento dos produtos objeto da contratação».

O Tribunal Central Administrativo Sul não concordou com esta linha de fundamentação, aduzindo os argumentos que se seguem:

«O Código dos Contratos Públicos aplica-se a entidades adjudicantes, independentemente de pertencerem ou não à Administração Pública (cfr art 1º, nº 2, do CCP).

Nos termos do art 2º, nº 2, al a) do Código dos Contratos Públicos, são também *entidades adjudicantes* (além das pessoas coletivas de direito público «clássicas» do nº 1) quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:

- 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, em mais de metade do seu número, sido designados por essas entidades;*

São assim pressupostos, cumulativos, da qualificação como *entidades adjudicantes*, independentemente da sua natureza pública ou privada,

nos termos do art 2º, nº 2, al a), do CCP (i) a personalidade jurídica, (ii) terem sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial e (iii) que estejam sujeitas à influência determinante de alguma das entidades adjudicantes identificadas no nº 1 daquele artigo 2º.

Relativamente ao 3º pressuposto – dependência da IPSS de uma entidade do art 2º, nº1 do CCP – o mesmo pode ser aferido, alternativamente, (a) em função do financiamento maioritário, (b) do controlo de gestão ou (c) ainda porque qualquer dos seus órgãos, de administração, de direção ou de fiscalização, integra uma maioria de titulares direta ou indiretamente designada por aquelas entidades (cfr Pedro C. Gonçalves, Regime da Contratação Pública no Código dos Contratos Públicos, 2016, pág. 94 a 96).»

Tendo o Tribunal Central Administrativo Sul entendido que estas instituições, em que se insere a recorrida F....., porque dotadas de personalidade jurídica, criadas para satisfazer necessidades gerais, ou seja, de interesse público, e sujeitas ao poder de controlo de gestão por parte do Estado são de considerar entidades adjudicantes, nos termos e para efeitos do disposto no art 2º, nº 2, al a), ii) do CCP, pelo que a jurisdição administrativa será materialmente competente, ao contrário do decidido pelo TAC de Lisboa, para apreciar o presente litígio, nos termos que resultam do disposto no art 4º, nº 1, al e) do ETAF, de acordo com o qual: *1 - Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a: (...) e) Validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes.*

2 ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO A TRATAR

O que se vai tratar na presente Anotação ao Acórdão *supra* identificado é a questão de saber se as IPSS poderão assumir a qualidade de entidades adjudicantes, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do Código dos Contratos Públicos (CCP) e por essa razão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Administrativos.

Em primeiro lugar, cumpre saber qual o âmbito de aplicação da jurisdição administrativa.

Nos termos do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, mais concretamente, para o que nos interessa, n.º 1, alínea e), compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham

por objeto questões relativas a validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes.

Resulta claro da referida norma que a jurisdição administrativa apenas abranje, no que à contratação pública diz respeito, os litígios que tenham como protagonistas entidades de direito público, o que as IPSS não são, ou outras entidades adjudicantes.

Assim sendo, o ponto fundamental da presente análise é o de saber se as IPSS poderão ser entidades adjudicantes.

O conceito de entidade adjudicante resulta do artigo 2.º do CCP. Esta norma delimita o universo das entidades adjudicantes em duas categorias distintas¹. Numa delas (artigo 2.º, n.º 1) encontram-se as entidades adjudicantes integradas no setor público administrativo tradicional, classificadas como Administração em sentido orgânico: o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas e as associações públicas. Para referir à outra categoria foi introduzido o conceito de organismo de direito público como entidade adjudicante, independentemente da sua natureza pública ou privada (artigo 2.º, n.º 2, alínea a). Todavia, para que uma entidade detenha a natureza de organismo de direito público, independentemente da sua natureza pública ou privada, são necessários três requisitos cumulativos que resultam das alíneas i) e ii), da alínea a), do n.º 2, do artigo 2.º do CCP: a) que tenha sido criada, *ab initio*, especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral; b) que a sua atividade não seja industrial ou comercial; e c) que seja maioritariamente financiada ou controlada (direta ou indiretamente) pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º, isto é, pelas entidades pertencentes à Administração Pública. Consegue-se identificar nesta solução normativa a intenção do legislador de garantir uma adequada transposição das diretivas europeias e do conceito abrangente de organismo de direito público. Neste n.º 2 do artigo 2.º do CCP incluem-se no conceito de entidade adjudicante todas as entidades que, sendo consideradas pelas diretivas europeias organismos de direito público, não estejam já cobertas pelo n.º 1 desse mesmo preceito².

Sendo certo que as IPSS não pertencem ao setor público administrativo tradicional, pelo que não fazem parte da Administração Pública em sentido orgânico, não se subsumindo no n.º 1 do artigo 2.º do CCP, resta-nos saber se podem ser

¹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA/JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2019, p. 305.

² JOÃO CAUPERS/VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª Edição. Lisboa, Âncora Editora, 2016, p. 284.

consideradas entidades adjudicantes, nos termos do n.º 2, alínea a) do artigo 2.º do CCP e, conseqüentemente, sujeitas à jurisdição administrativa.

Assim, ter-se-á que aferir se os três requisitos referidos anteriormente se verificam em relação às IPSS.

Todavia, antes de avançarmos para a análise referida no parágrafo anterior, far-se-ão algumas considerações sobre a natureza jurídica das IPSS, isto é, saber onde se enquadram do ponto de vista jurídico-organizacional.

É comumente aceite no âmbito da doutrina jurídico-administrativa que o Direito Administrativo não regula apenas entidades públicas, também regula algumas categorias de entidades privadas, precisamente aquelas que pela atividade a que se dedicam não podem deixar de ser consideradas na ótica do interesse geral – são as *instituições particulares de interesse público*, podendo-se defini-las como pessoas coletivas privadas que, por prosseguirem fins de interesse público, têm o dever de cooperar com a Administração Pública, ficando sujeitas, em parte, a um regime especial de Direito Administrativo. Todavia, esta sujeição à regulamentação administrativa não as transforma em entidades integradas na Administração Pública, mas constituem uma forma de descentralização funcional do setor público, por transferência de poderes próprios deste para a órbita do setor privado, ou pela autorização de um desempenho concorrencial com a Administração Pública de certas tarefas comuns³. De entre as espécies de *instituições particulares de interesse público* a doutrina inclui as IPSS e, também, o próprio legislador, ao determinar a aquisição automática, logo que registadas, da natureza de pessoas coletivas de utilidade pública (artigo 8.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social – EIPSS, aprovado pelo Decreto-lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, com a redação operada pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de novembro e pela Lei n.º 76/2015, de 28 de julho). As pessoas coletivas de utilidade pública são uma modalidade de *pessoa coletiva de interesse público*, podendo ser definidas como pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos que prossigam fins de interesse geral em cooperação com a Administração central ou local em termos de merecerem da parte da Administração a declaração de utilidade pública (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 460/77, de 07 de novembro, com a redação operada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de dezembro). Sendo as IPSS consideradas pessoas coletivas de utilidade pública, sem prejuízo de possuírem um regime jurídico específico, comungam das características genéricas do regime jurídico destas últimas.

Assim, de um modo simplista, poder-se-á afirmar que as pessoas coletivas de utilidade pública estão sujeitas a um regime especial de Direito Administrativo de caráter misto: por um lado, tais entidades beneficiam de certos privilégios, de

³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª Edição, volume I. Coimbra, Almedina, 2019, p.p. 584/586.

que não gozam em geral as pessoas coletivas privadas, uma vez que se dedicam à prossecução de interesses gerais; por outro lado, ficam sujeitas a deveres e encargos especiais, a que também não estão submetidas em geral as pessoas coletivas privadas, o que se justifica igualmente pelo facto de se tratar de entidades que prosseguem fins que diretamente interessam à Administração Pública como zeladora do bem comum⁴.

Uma vez chegados a este ponto, somos de concluir que as IPSS fazem parte do acervo das pessoas coletivas de interesse público, na modalidade de pessoas coletivas de utilidade pública, pelo que importa, agora, retomar a questão que levantámos lá atrás – não pertencendo as IPSS ao setor público administrativo tradicional, não fazendo parte da Administração Pública em sentido orgânico, e, por tal motivo, não subsumíveis no n.º 1 do artigo 2.º do CCP, necessário se torna saber se podem ser consideradas entidades adjudicantes, nos termos do n.º 2, alínea a) do artigo 2.º do CCP e, conseqüentemente, sujeitas à jurisdição administrativa.

Os requisitos exigidos pelo n.º 2, alínea a) do artigo 2.º do CCP são:

- a) Ter sido criada, *ab initio*, especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral;
- b) Que a sua atividade não seja industrial ou comercial;
- c) Que seja maioritariamente financiada ou controlada (direta ou indiretamente) por entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP.

No que concerne ao primeiro requisito, resulta inequívoco de tudo o que foi exposto, quanto à natureza das IPSS, bem como do conceito legal de IPSS (artigo 1.º do EIPSS), e dos fins e atividades principais a que se encontram adstritas (artigo 1.º-A do EIPSS) que estas entidades são criadas *ab initio*, especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral.

Também não nos restam dúvidas quanto à verificação do segundo requisito, uma vez que a intenção do legislador é que a atividade do organismo em causa não esteja submetida à lógica da concorrência. Assim, necessário se torna que a atuação da entidade no mercado não se desenvolva livremente e em plena concorrência com outros operadores económicos privados com os mesmos fins. Caso contrário, não poderá ser considerada como um organismo de direito público, para efeitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do CCP e, conseqüentemente, não poderá ser considerada entidade adjudicante. As IPSS, como pessoas coletivas de utilidade pública e como resulta do já referido artigo 1.º do EIPSS, são pessoas coletivas, sem finalidade lucrativa, constituídas exclusivamente por iniciativa dos particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de justiça e de solidariedade, contribuindo para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos, desde que não sejam administrados pelo Estado ou por outro organismo público,

⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 608.

pelo que se as IPSS são criadas para satisfazer interesses que, em primeira linha, deveriam ser prosseguidos pela Administração Pública, mas por razões de descentralização funcional, o legislador entendeu por bem conferir a entidades privadas sem fins lucrativos, logicamente que não poderão atuar como se de uma pessoa coletiva privada empresarial se tratasse.

Finalmente, no que se refere ao terceiro requisito, somos da opinião que também se verifica em relação às IPSS, uma vez que resulta do artigo 34.º e ss., do EIPSS um poder de fiscalização e controlo por parte do Estado que, quanto a nós, consubstancia um verdadeiro poder tutelar sobre as IPSS, aliás, o próprio EIPSS intitula toda a Secção III (onde se inserem os artigos 34.º a 38.º-A) de “Da tutela”, entendendo-se por tutela o poder conferido por lei a uma pessoa coletiva de direito público de interferir na gestão de outra pessoa coletiva “pública”, a fim de assegurar a legalidade e/ou o mérito da sua atuação. Não obstante as IPSS serem pessoas coletivas de direito privado e não de direito público, o facto de se encontrarem sob o poder tutelar do Estado, ainda que, apenas, de mera legalidade, legitima a conclusão de se incluir no conceito de “*são também entidades adjudicantes: os organismos de direito público, considerando-se como tais quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada*” (artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do CCP).

Acresce a tudo isto o facto do artigo 23.º do EIPSS estabelecer que a realização de obras, alienação e arrendamento de imóveis deve observar o estabelecido no CCP, o que já por si só revela a intenção legal de aplicar o CCP às IPSS, e, nessa medida, terão que assumir a natureza de entidades adjudicantes.

Por todas as considerações expostas, entendemos que as IPSS poderão assumir a qualidade de entidades adjudicantes, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do Código dos Contratos Públicos (CCP) e por essa razão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Administrativos, pelo que acompanhamos o entendimento do Tribunal Central Administrativo Sul, sufragado no Processo n.º 836/19.9BELSB, de 10 de outubro de 2019.

BIBLIOGRAFIA

- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª Edição, volume I. Coimbra, Almedina, 2019.
- FERNANDA PAULA OLIVEIRA/JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2019.
- JOÃO CAUPERS/VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª Edição. Lisboa, Âncora Editora, 2016.