

■ Noção de “Organismo de Direito Público” para efeitos do cálculo de “despesa pública”

Elaborada por: Núcleo de Apoio Jurídico e Contencioso e Unidade de Certificação

circular

SÍNTESE:

A presente Circular identifica os aspectos a ter em conta pelas Autoridades de Gestão dos Programas Operacionais do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN) no cálculo da participação pública nacional para um programa operacional, tendo para o efeito especial relevância a natureza jurídica dos beneficiários responsáveis pela execução das operações.

ÍNDICE

1. Objectivo.....	2
2. Referências Normativas	2
3. Noção de organismo de direito público	2



QUADRO
DE REFERÊNCIA
ESTRATÉGICO
NACIONAL
PORTUGAL 2007.2013



1. Objectivo

De acordo com o n.º 5 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho, de 11 de Julho, é considerada despesa equiparável a pública qualquer participação para o financiamento de operações proveniente do orçamento de organismos de direito público ou de associações de uma ou mais autoridades locais ou regionais ou de organismos públicos actuando nos termos da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

Deste modo, para determinar quais as despesas que podem ser equiparadas a despesas públicas para efeitos do cálculo da participação pública nacional para um programa operacional, as Autoridades de Gestão dos Programas Operacionais do QREN necessitam de analisar a natureza jurídica dos beneficiários responsáveis pela execução das operações, no sentido de apurar se os mesmos se tratam de organismos de direito público.

Emergindo a noção de organismo de direito público na acepção da Directiva 2004/18/CE como central para a determinação da despesa pública, foi elaborada a presente Circular que visa, por um lado, clarificar o conceito de organismo de direito público e, por outro, transmitir o entendimento do IFDR relativamente a esta matéria.

2. Referências Normativas

Artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho, de 11/07/2006 – Definições

Artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03/2004 – Definições

Acórdão de 10 de Novembro de 1998, proferido no Processo C-360/96, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, proferido no Processo C-44/96, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Acórdão de 3 de Outubro de 2000, proferido no Processo C-380/98, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Acórdão de 22 de Maio de 2003, proferido no Processo C-18/01, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

3. Noção de organismo de direito público

Nos termos do Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho, de 11 de Julho, que estabelece disposições gerais sobre o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, o Fundo Social Europeu e o Fundo de Coesão, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1260/1999, deve entender-se por “beneficiário”, de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 2.º:

“(…) um operador, organismo ou empresa, do sector público ou privado, responsável pelo arranque ou pelo arranque e execução das operações. No contexto dos regimes de auxílios na acepção do

artigo 87.º do Tratado, os beneficiários são empresas públicas ou privadas que realizam projectos individuais e recebem um auxílio estatal”.

De referir também a definição de “despesa pública” constante do n.º 5 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006:

“(…) qualquer participação pública para o financiamento de operações proveniente do orçamento do Estado, de autoridades regionais e locais, das Comunidades Europeias no âmbito dos fundos estruturais e do Fundo de Coesão e qualquer despesa equiparável. É considerada despesa equiparável qualquer participação para o financiamento de operações proveniente do orçamento de organismos de direito público ou de associações de uma ou mais autoridades locais ou regionais ou de organismos públicos actuando nos termos da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços” (sublinhado nosso).

Deste modo, o legislador comunitário entendeu ser conveniente, conforme considerando (56) do citado Regulamento, definir o que deve entender-se por despesa equiparável a despesa pública para efeitos do cálculo da participação pública nacional para um programa operacional, remetendo para a participação dos “organismos de direito público” tal como definidos na directiva comunitária relativa aos contratos públicos, na medida em que tais organismos compreendem vários tipos de organismos públicos ou privados criados para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial e que são controlados pelo Estado ou por autoridades regionais e locais.

Neste contexto, importa, portanto, esclarecer o conceito de “Organismo de Direito Público” na acepção da Directiva 2004/18/CE, bem como do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, nos termos atrás referidos.

Dispõe o n.º 9 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE que:

“Por «entidades adjudicantes» entende-se o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público.

Por «organismo de direito público» entende-se qualquer organismo:

- a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial;
- b) Dotado de personalidade jurídica; e
- c) Cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

As listas não exaustivas dos organismos e categorias de organismos de direito público que satisfazem os critérios referidos nas alíneas a), b) e c) do segundo parágrafo constam do anexo III. (...).”

De acordo com o anexo III da Directiva, a lista dos organismos e das categorias de organismos de direito público, relativamente a Portugal, é constituída por:

- Institutos públicos sem carácter comercial ou industrial;
- Serviços públicos personalizados;
- Fundações públicas;
- Estabelecimentos públicos de ensino, investigação científica e saúde.

Conforme já referido, esta lista não é exaustiva, devendo os Estados-Membros notificar periodicamente a Comissão das alterações introduzidas nas suas listas.

No que respeita ao conceito de “organismo de direito público”, foi mantido na Directiva 2004/18/CE o sentido já constante das Directivas por ela revogadas (Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE), pelo que será tido em conta o entendimento do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) relativamente a esta matéria, através da citação de Acórdãos proferidos no âmbito de processos anteriores à publicação da Directiva 2004/18/CE.

Uma entidade para ser qualificada como organismo de direito público deverá preencher as condições enunciadas nas referidas alíneas a), b) e c) do segundo parágrafo do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva, que têm natureza cumulativa, de modo que, não se encontrando preenchida apenas uma delas, uma entidade não poderá ser considerada organismo de direito público.

Quanto à verificação do preenchimento da condição enunciada na alínea a) “Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial”, refere-se seguidamente o entendimento do TJCE, conforme decidiu no Acórdão de 10 de Novembro de 1998, proferido no Processo C-360/96:

“O artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 92/50 do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços deve ser interpretado no sentido de que o legislador comunitário fez uma distinção entre, por um lado, as necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial e, por outro, as necessidades de interesse geral com carácter industrial ou comercial.

O conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial não exclui necessidades que são igualmente satisfeitas ou que o poderiam ser por empresas privadas”.

(...)

“A qualidade de organismo de direito público não depende da importância relativa da satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial na actividade do organismo em questão. É também indiferente que as actividades comerciais sejam exercidas por uma pessoa colectiva distinta que faça parte do mesmo grupo ou “concerne” que aquele.

O artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que a existência ou a ausência de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial é apreciada objectivamente, sendo indiferente, a este respeito, a forma jurídica das disposições em que tais necessidades são expressas”.

Entende ainda o Tribunal de Justiça, em conformidade com o decidido no Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, proferido no Processo C-44/96, que:

“Efectivamente, a condição constante do primeiro travessão do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da directiva, de que o organismo deve ter sido criado para satisfazer “de um modo específico” necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, não implica que o mesmo esteja unicamente encarregado de satisfazer essas necessidades”.

Finalmente, refere-se o Acórdão de 22 de Maio de 2003 do TJCE, proferido no Processo C-18/01:

“Por força de uma jurisprudência constante, constituem de modo genérico necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, na acepção do artigo 1.º, alínea b), das directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos, as necessidades que, por um lado, são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado e que, por outro, por razões ligadas ao interesse geral, o Estado opta por satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante”.

“A existência ou não de uma necessidade desse tipo deve ser apreciada tomando em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua actividade”.

“A este respeito, importa, nomeadamente, verificar se o organismo em questão exerce as suas actividades em situação de concorrência, podendo a existência dessa concorrência, tal como o Tribunal de Justiça já declarou, constituir indício em apoio do facto de que uma necessidade de interesse geral reveste carácter industrial ou comercial”.

“Com efeito, 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”.

A fim de avaliar se a necessidade geral é desprovida de carácter industrial ou comercial, constituem elementos relevantes os seguintes:

- 1) As circunstâncias que presidiram à criação do organismo;
- 2) As condições em que o mesmo exerce a sua actividade, incluindo, nomeadamente:
 - a) A ausência de concorrência no mercado;
 - b) A ausência de um fim lucrativo a título principal;
 - c) A falta de assunção dos riscos ligados à sua actividade;
 - d) O eventual financiamento público da actividade.

No que respeita aos requisitos alternativos enumerados na condição enunciada na alínea c) do segundo parágrafo do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE “cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público”, cada um deles reflecte uma estreita dependência do organismo em relação ao Estado, às autarquias locais ou regionais ou a outros organismos de direito público.

Quanto ao requisito “actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público”, entendeu o TJCE, em conformidade com o decidido no Acórdão de 3 de Outubro de 2000, proferido no Processo C-380/98, que:

“Se o modo de financiamento de um dado organismo pode ser revelador de dependência estreita desse organismo relativamente à outra entidade adjudicante, é forçoso todavia concluir que este critério não é absoluto. Nem todos os pagamentos efectuados por uma entidade adjudicante têm como efeito a criação ou o aprofundamento de um nexos específico de subordinação ou de dependência. Apenas as prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contraprestação específica, das actividades da entidade em causa poderão qualificar-se de “financiamento público”.

O termo “maioritariamente” constante do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, já referido, deve interpretar-se no sentido de que se trata de “mais de metade”.

Para se chegar a uma apreciação correcta da percentagem de financiamento público de um dado organismo, deverá ter-se em conta o conjunto das receitas de que beneficiam, incluindo os resultados da actividade comercial”.

Nestes termos, deve entender-se por “organismo de direito público” toda e qualquer entidade, independentemente da sua natureza pública ou privada, desde que tenha sido criada para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial e estejam preenchidas as restantes condições enunciadas na Directiva 2004/18/CE.

Face ao exposto, as Autoridades de Gestão deverão, para efeitos do cálculo da participação pública nacional para um programa operacional, analisar cada situação individualmente a fim de determinar se se trata de um organismo de direito público na acepção da Directiva. Dado que, conforme estabelecido no n.º 5 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1083/2006, é equiparável a despesa pública qualquer participação para o financiamento de operações proveniente do orçamento de organismos de direito público ou de associações de uma ou mais autoridades locais ou regionais ou de organismos públicos actuando nos termos da Directiva 2004/18/CE.

Importa salientar ainda que, caso as Autoridades de Gestão venham a concluir que existem entidades beneficiárias no programa/eixo prioritário, cuja participação para o financiamento das operações não se enquadra na definição de despesa equiparável a pública e, além disso, o plano financeiro aprovado para o programa/eixo prioritário não contempla financiamento privado, essas entidades só poderão ser beneficiárias do programa mediante a alteração do plano financeiro do programa, passando o mesmo a incluir financiamento privado.