

DAS RELAÇÕES *IN-HOUSE* NO ÂMBITO DO REGIME DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

CARLOS VAZ DE ALMEIDA

Abogado (*) - advogado estagiário

Das relações *in house* no âmbito do regime da contratação pública

O artigo em apreço procura dar enquadramento jurídico ao conceito de relações *in-house* no âmbito da contratação pública e de como este tem evoluído graças à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Esta é uma matéria de importância capital no âmbito da aplicação subjectiva das regras comunitárias de contratação pública, sendo cada vez mais frequente o recurso pela Administração ao regime de excepção das relações *in-house*, nomeadamente na relação que esta estabelece com entidades que lhe são instrumentais. Nesta medida, o artigo procura explorar os critérios interpretativos que presidem à definição das relações *in-house*, abordando algumas matérias ainda irresolutas pelas jurisprudências comunitária, assim como a sua aplicação no panorama jurídico português.

1 · INTRODUÇÃO

Com a recente entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, operou-se uma profunda reforma no ordenamento jurídico português, para a qual contribuíram as Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, ambas de 31 de Março de 2004 (doravante «Directivas»), por esta via transpostas para o sistema jurídico nacional.

Sem prejuízo do contributo prestado pelo legislador comunitário, importa no entanto salientar que o Código dos Contratos Públicos (de ora em diante «CCP») não se limitou a transpor e a concretizar as normas vertidas nas já referidas Directivas, como aliás se infere da sua disposição preambular, onde se refere que «o seu conteúdo vai além da mera reprodução das regras constantes das Directivas».

De facto, o legislador nacional foi bastante além das Directivas, acolhendo a doutrina e jurisprudência mais recentes, sendo exemplo paradigmático disso mesmo a consagração no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, das relações *in-house*, cujos contornos foram pela primeira vez desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (de

In-house relations in the realm of public procurement

The article attempts to shed light on the concept of *in house* relations and how it has evolved, mostly in response to the European Court of Justice case-law. This is a matter of capital interest when looked upon the perspective of the subjective application of E.U. public procurement rules, since it is ever more common to see the Administration use the *in-house* exception in its relations with instrumental entities. In this sense, the article tries to approach the interpretative criteria which preside to the definition of *in-house* relations, addressing some matters which are still unresolved by the community's jurisprudence, as well as its application to the Portuguese juridical scenario.

ora em diante «TJCE»), mais concretamente no acórdão *Teckal*¹.

Ora, atenta a importância crescente que o instituto da contratação *in-house* tem vindo a assumir na prática jurídica nacional e comunitária, com o presente artigo procuraremos essencialmente fazer um enquadramento geral da matéria, com especial enfoque nos arestos comunitários, os quais têm prestado um forte contributo para o desenvolvimento e delimitação do referido instituto, e nos problemas suscitados pela sua aplicação.

2 · A JUSPRIVATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO QUADRO DO REGIME CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Antes de nos debruçarmos sobre a análise propriamente dita da contratação *in-house*, importa contextualizar a matéria, o que passa necessariamente pela observação da realidade jurídica onde se insere o referido instituto.

De facto, para compreender a *ratio* do mecanismo das relações *in-house*, importa observar o contexto jurídico onde este se insere, o qual tem sido profundamente marcado pela «empresarialização» da

(*) Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa). Da área di Dircito Comercial de Uría Menéndez (Lisboa).

¹ Cfr. Processo n.º C-107/98, Acórdão *Teckal v Comune di Viano e Azienda Gás-Acqua Consorziale* (AGAC), de 18 de Novembro de 1999.

Administração Pública, que tem vindo a assumir estruturas jurídico-formais que dificilmente se coadunam com os ortodoxos cânones do Direito Público.

2.1 · A relevância económica dos contratos públicos e a sua regulamentação

A intervenção do Estado na actividade económica, nas suas diversas formas jurídicas, apresenta grande relevância quando perspectivada à luz do quadro jurídico-económico da contratação pública, matéria cuja importância importa destacar no âmbito da concretização do Mercado Único.

Na realidade, se se tiver em consideração a importância relativa dos contratos públicos no Produto Interno Bruto dos Estados-Membros², facilmente se compreende a necessidade de regulamentar as matérias que lhe são atinentes.

Com efeito, num relatório publicado em Fevereiro de 2004³, a Comissão indicou que apenas no ano de 2002, os contratos públicos corresponderam a 16% do Produto Interno Bruto da União Europeia.

Sobremaneira se realça o exposto, se tivermos em atenção que os contratos públicos não podem ser vistos apenas como actos jurídicos *per se*, mas, de igual modo, como actos económicos cujas repercussões se fazem sentir, ainda que indirectamente, sobre todo mercado comunitário.

Ora, o que é particularmente importante salientar é que a realização da despesa pública pode produzir fortes distorções no mercado comunitário, muitas vezes com fortes repercussões sobre a iniciativa privada, o que é evidente, desde logo, pela existência de sectores de actividade fortemente dependentes do mercado de aquisições públicas.

Seja porque os contratos públicos muitas vezes são utilizados como instrumentos de actuação económica e social — ora como instrumento de política conjuntural ou estrutural, ora como instrumento de políticas sectoriais —, seja por protecção excessivo ou até mesmo corrupção, a verdade é que os

contratos públicos continuam a ser um dos mais fortes obstáculos à concretização do Mercado Único⁴.

Assim, as exigências decorrentes do Mercado Único determinaram, em matérias de importância capital como os contratos públicos, uma crescente regulamentação, tendo em vista a harmonização das disposições existentes nos vários Estados-Membros e a promoção da igualdade entre operadores económicos concorrentes.

Deste modo se explica a imposição de procedimentos específicos de contratação pública, enquanto forma de garantir a liberalização do mercado e, por esta via, assegurar a concorrência efectiva entre os operadores económicos.

Ora, a bulir com a necessidade de regulamentação descrita, nomeadamente em sede de harmonização legislativa, destaca-se a clivagem entre os diversos sistemas e modelos de contratação pública existentes nos vários países, clivagem essa que foi acentuada com o alargamento aos países de Leste.

Nesta medida, a empresa que enfrenta o legislador comunitário na tentativa de europeização e harmonização legislativa é hercúlea, o que resulta ainda mais evidente se se tiver em conta que na concretização de tal desiderato deve o legislador comunitário pautar-se pelo princípio da subsidiariedade, respeitando, sempre que possível, as «idiosincrasias» inerentes aos vários ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

2.2 · A adopção de modelos jusprivatistas e a evolução do sector empresarial do Estado

Quando a Administração actua no âmbito do Direito Público, fá-lo através da utilização de serviços administrativos sem personalidade jurídica ou com recurso à criação de organismos públicos, dotados de personalidade jurídica, em relação aos quais cria laços de dependência que reforçam os poderes de intervenção sobre estes organismos.

No entanto, esta forma de actuação da Administração, ao situar-se no quadro do Direito Administrativo, possui uma rigidez que não se compadece com a flexibilidade e celeridade próprias da actividade empresarial.

Por esta razão, com a crise do Estado Social e crescente consciencialização do «peso social do Estado» surgiram movimentos de «privatização» da Admi-

² Sob esta matéria, vide Paolo Cecchini, *A grande aposta para a Europa. O desafio de 1992* (Relatório do projecto de investigação sobre «o custo da não-Europa», patrocinado pela Comissão das Comunidades Europeias) e Comunicação: *Os contratos públicos na União Europeia*, COM (1998), de 11 de Março de 1998.

³ Cfr. Comissão, *A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future*, de 3 de Fevereiro de 2004.

⁴ Cfr. Cláudia Viana, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Ed., 2007, págs. 31 e ss. e Comissão, *Livro Branco: A realização do mercado interno*, de 9 Junho de 1985, pág. 6 e págs. 24 e ss.

nistração Pública. Com efeito, passou a ser fé dominante, um pouco por toda a Europa, a necessidade de «desintervenção» da Administração, nomeadamente em sede das suas actividades instrumentais⁵.

Ora, à semelhança do que aconteceu noutros países europeus, em Portugal, nomeadamente por via do Decreto-Lei n.º 558/99, de 7 de Dezembro, procedeu-se à reestruturação do sector empresarial do Estado, a qual se tornou necessária em virtude da reorganização e competição decorrentes do fenómeno Mercado Único e da globalização.

Neste quadro, a Administração Pública, em lugar de recorrer à figura da empresa pública como instrumento de intervenção na vida económica, tem optado pelo recurso a organismos com forma tipicamente societária, nomeadamente com a configuração de sociedade anónima.

Ora, a razão de ser desta escolha não reside tanto na autonomia formal das sociedades anónimas propriamente ditas, mas antes na sua autonomia operativa, obtida através da sua sujeição ao regime da lei comercial.

Como se refere no Decreto-Lei n.º 558/99, de 7 de Dezembro, as soluções consagradas foram «[...] ditadas pela preocupação de criar um regime muito flexível, susceptível de poder abranger as diversas entidades que integram o sector empresarial do Estado e que deixaram de estar submetidas à disciplina do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, passando a actuar de harmonia com as regras normais de direito societário. Essa é, aliás, a linha essencial do presente diploma, que consagra o direito privado como direito aplicável por excelência a toda a actividade empresarial, seja ela pública ou privada».

Na sequência das mudanças operadas no enquadramento jurídico, surgiram visíveis sinais de transformação na intensidade e nas modalidades de intervenção pública, bem como nas soluções institucionais adoptadas para a realização dos interesses públicos.

Como bem refere Pedro Gonçalves⁶, sob o mote de uma «modernização administrativa», passou-se por um complexo processo de «empresarialização», que, por vezes, passa pela «privatização das formas organizativas da Administração Pública», com as dificuldades inerentes de qualificação de diversas entida-

des, onde é necessário empreender uma verdadeira «caça aos indícios da publicidade de uma tarefa».

Neste enquadramento, os particulares são chamados a assumir responsabilidades de execução de tarefas nucleares da Administração Pública, que correspondem, em certa medida, à mais profunda razão de ser do Estado, não se limitando a tarefas ditas instrumentais.

Sem embargo das razões que têm conduzido a uma «fuga para o direito privado»⁷, a verdade é que este fenómeno, comportando uma actuação empresarial do Estado através de vestes jurídicas de organização e de gestão típicas dos agentes económicos privados, assume agora a natureza de uma regra geral de intervenção pública que tem de encontrar difíceis equilíbrios de compatibilidade entre, por um lado, a prossecução do interesse público e o respeito pelo princípio da legalidade e, por outro lado, as exigências normais de liberdade e autonomia de actuação de qualquer agente económico num mercado concorrencial.

No que respeita ao regime da contratação pública, a adopção de modelos jusprivatistas de organização pública tem contribuído para um crescente número de problemas de difícil resolução, chamando a atenção para o fenómeno da crescente actuação da Administração Pública sob vestes jurídico-privadas.

De facto, sob a égide da aplicação de estruturas mais flexíveis e pretensamente competitivas à Administrativa Pública, criaram-se figuras híbridas, de difícil classificação.

Ora, esta tendência para a adopção de estruturas jurídicas de Direito Privado pela Administração Pública, levanta o problema de saber em que situações devem ser aplicadas as regras de contratação pública, especialmente nos casos em que a Administração recorre a entes instrumentais para satisfazer interesses públicos.

Com efeito, quando consideradas as múltiplas formas que estes entes instrumentais assumem no panorama jurídico comunitário, facilmente se compreende a necessidade de regular as relações estabelecidas entre a Administração pública com as mesmas, sob prejuízo de se criarem distorções no mercado.

5 Cfr. Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 47 e ss..

6 Cfr. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, 2005, págs. 18 e ss..

7 A expressão *fuga para o direito privado* foi pela primeira vez utilizada por Fritz Fleiner, em face dos primeiros fenómenos de privatização. Cfr. Fritz Fleiner, *Institutionem des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8.ª ed., Tubingen, 1928.

Sensíveis a estes desenvolvimentos, as Directivas comunitárias procuraram garantir que esta tendência de «fuga para o direito privado» não servisse de expediente para a não aplicação de procedimentos pré-contratuais.

Neste contexto, o instituto da contratação *in-house*, em sentido amplo, desenvolvido pela jurisprudência do TJCE, afigura-se como um caso paradigmático, o qual merece uma análise cuidada.

Na verdade, as relações *in-house* são sintomáticas da crescente adopção pela Administração de formas jusprivatistas que escapam às estruturas típicas do Direito Administrativo, complexificando assim a aplicação das normas em sede de Direito da Contratação Pública.

3 · IN-HOUSE PROVIDING

3.1 · Do conceito de contratação in house

Tem sido entendimento da jurisprudência comunitária — com consagração expressa no artigo 5.º, n.º 2, do CCP —, que certas operações devem encontrar-se excluídas do regime da contratação pública, uma vez que a relação estabelecida entra a entidade adjudicante e terceiro redundando numa operação doméstica (daí a expressão de *in-house*), em que aquela utiliza meios que, em boa verdade, lhe são próprios, atendendo à falta de autonomia das entidades co-contratantes⁸.

Os contornos e limites à contratação *in-house* foram inicialmente estabelecidos pelo acórdão *Teckal*⁹.

No referido aresto do TJCE, o litígio surgiu pelo facto da *Comuna de Viano* ter adjudicado a gestão de um serviço à empresa AGAC, um agrupamento constituído por 45 comunas, entre os quais a de Viano, que detém uma participação social de 0,9%.

A questão suscitada prendia-se em saber se a atribuição do referido contrato entre a *Comuna di Viano* e a empresa AGAC deveria ter sido precedida de um procedimento concursal.

Nesta sede, o TJCE considerou, tendo por base a Directiva 93/36/CEE, de 14 de Junho 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos

contratos públicos de fornecimento, que esta directiva é aplicável sempre que uma entidade adjudicante pretenda celebrar, com entidade adjudicante juridicamente distinta, um contrato oneroso, sem prejuízo de ambas serem entidades adjudicantes para efeitos de aplicação subjectiva do referido diploma.

Ora, de acordo com a posição jurisprudencial adoptada no acórdão *Teckal*, teremos uma relação *in-house*, que dispensa a entidade adjudicante de encetar um procedimento pré-contratual de natureza concursal, sempre que — verificando-se a existência de um contrato — a entidade adjudicatária, embora daquela distinta sob o plano formal, não seja da mesma autónoma no plano decisório.

Concretizando o sobredito, nomeadamente a inexistência de autonomia substancial do adjudicatário, o TJCE considerou imprescindível à verificação de uma relação *in-house* o preenchimento de dois critérios cumulativos¹⁰:

- (i) Que a entidade adjudicante exerça um controlo sobre a entidade com a qual pretenda celebrar o contrato análogo àquele que exerce sobre os seus próprios serviços; e
- (ii) Que a entidade com a qual seja celebrado o contrato visado realize o essencial da sua actividade em benefício da entidade adjudicante.

3.2 · Do critério do controlo análogo

Atentos os critérios expostos, cumpre agora concretizar os seus requisitos, começando pela exigência da existência de um controlo análogo.

Para este efeito, importa assim conhecer da intensidade e natureza do controlo análogo.

À primeira vista, o controlo análogo pressupõe um controlo efectivo, não existindo qualquer diferença entre este controlo e aquele que é exercido pela entidade adjudicante sobre os seus próprios serviços.

Nesta medida, a natureza pública da entidade adjudicatária, sendo um pressuposto necessário, não é por si só uma condição suficiente para a afirmação de um controlo análogo.

Sob esta perspectiva, a formulação manifestada no processo *Teckal* seria «fundada no princípio segundo o qual a falta de autonomia de uma entidade em

⁸ Cfr. Gonçalo Guerra Tavares/Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos - âmbito da sua aplicação*, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 59 e ss.

⁹ Processo n.º C-107/98, *Acórdão Teckal v Comune di Viano e Azienda Gás-Acqua Consorziale (AGAC)*, de 18 de Novembro de 1999.

¹⁰ Os critérios estabelecidos no acórdão *Teckal* encontram expressão directa na formulação do artigo 5.º, n.º 2 do CCP, que acolheu a jurisprudência comunitária.

relação à colectividade que detém a sua propriedade torna impossível ou ilusória a existência de um contrato entre essas duas pessoas, embora estas sejam juridicamente distintas.

A hipótese de uma relação jurídica que escape ao âmbito de aplicação da Directiva supõe, portanto, que a entidade adjudicante que solicita ao operador a realização de diferentes serviços seja precisamente a colectividade que exerce sobre ele um controlo estreito e não outra entidade»¹¹.

Para efeitos de aferição da existência e da intensidade de controlo análogo, tal como foi reiterado no acórdão *Parking Brixen*, deverá ter-se em consideração todas as disposições legislativas e circunstâncias de facto pertinentes, só assim sendo possível verificar a existência de um controlo capaz de determinar decisões da entidade com a qual a entidade adjudicante pretende celebrar um contrato.

Nesta medida, a intensidade do controlo análogo depende da capacidade que a entidade adjudicante tem sobre a entidade co-contratante de compelir esta a prosseguir objectivos de interesse público.

Com efeito, a convergência de interesses entre a entidade adjudicante e a entidade co-contratante deve ser um elemento determinante na existência do controlo análogo, na medida em que a relação entre uma entidade pública, que é uma entidade adjudicante, e os seus próprios serviços rege-se por considerações e exigências características da prossecução de objectivos de interesse público.

Sem prejuízo do sobredito, entendemos que não se afigura exigível a existência de verdadeiras prerrogativas de controlo — sobre a entidade co-contratante — idênticas às que são exercidas pela entidade adjudicante sobre os seus próprios serviços.

De facto, consideramos ser bastante a existência de controlo suficiente que permita que os objectivos de interesse público possam ser alcançados por meio das actividades da entidade co-contratante, sem concorrência de outros interesses alheios ao interesse público. Sob esta perspectiva, não parece ser necessária a identidade entre o controlo sobre a entidade co-contratante e o controlo que a entidade adjudicante exerce sobre os seus próprios serviços.

Nesta senda, baseamo-nos nas conclusões da Advogada-Geral Stix-Hackl¹², a qual entende que o conceito de controlo análogo deve ser interpretado como um controlo comparável aquele que é exercido sobre os seus próprios serviços, mas não idêntico. De acordo com o seu entendimento, o critério do controlo análogo deve ser interpretado em sentido funcional e não formal.

De forma mais precisa, mas na mesma linha, a Advogada-Geral Juliane Kokott¹³ assinala que o controlo das autoridades públicas sobre os seus próprios serviços se caracteriza, na maioria dos casos, pela existência de um poder de dar instruções e de facultades de fiscalização. Neste sentido, caso se exigisse que a entidade pública detentora das participações sociais tivesse em relação ao seu co-contratante as mesmas possibilidades jurídicas de influência que exerce sobre os seus próprios serviços, seria quase impossível cumprir o critério do controlo análogo na relação com sociedades de capitais públicos organizadas segundo o direito privado.

Por outro lado, no acórdão *Carbotermo*, o TJCE entendeu que basta uma «influência potencialmente determinante». Nesta medida, parece não ser necessário que esta influência se exerça na prática e a todo o momento, sendo apenas essencial que exista essa faculdade de controlo. Assim, decisiva é a possibilidade de exercício de influência e não propriamente que a mesma seja exercida.

Ainda em sede da determinação do conceito de controlo análogo, importa suscitar a questão de saber quem deve exercer o controlo análogo, nomeadamente se tem de ser a entidade adjudicante directamente interessada em contratar.

A este respeito, o Tribunal de Justiça tem entendido, nomeadamente no acórdão *Coname*, que o controlo deve ser exercido pela própria entidade adjudicante interessada. Neste aresto, estamos perante uma sociedade adjudicatária criada com a participação de vários municípios e na qual a entidade adjudicante tem uma participação muito reduzida. Em virtude da reduzida participação social, o TJCE considera que não se pode concluir pela existência de uma situação de gestão interna.

Do mesmo modo, o Advogado-Geral Léger considerou no acórdão *Arge* que a entidade adjudicante inte-

¹¹ Cfr. Conclusões apresentadas pelo Advogado Geral Léger, em 15 de Junho de 2000, no âmbito do Processo C-94/99.

¹² Conclusões apresentadas no âmbito do Processo C-26/03, em 23 de Setembro de 2004 (acórdão Stadt Halle).

¹³ Conclusões apresentadas no âmbito do Processo C-458/03, em 1 de Março de 2005.

ressada deve ser a entidade que exerce sobre o co-contratante um «controlo estrito» e não outra entidade. A hipótese contrária, ou seja, uma relação contratual entre uma entidade pública e um co-contratante sem vínculo de subordinação com aquela — ainda que seja dominado por outra entidade pública —, deve, outrossim, encontrar-se abrangida pelo âmbito de aplicação das Directivas comunitárias sobre contratos públicos. Assim, à semelhança do que foi reiterado pelo TJCE, o *supra* referido Advogado-Geral sustenta o entendimento de que o controlo análogo deve ser exercido de forma individual.

Aparentemente, portanto, poder-se-ia alegar que a entidade que exerce o controlo sobre o adjudicatário deve ser a própria entidade adjudicante.

Ora, tal entendimento não pode ser tomado à letra, desde logo porque, em bom rigor, nada impede que o controlo seja exercido concertadamente por diversas entidades adjudicantes.

Nesta sede, importa recordar que no acórdão *Teckal* estava em causa uma empresa — a AGAC — que resultava de um agrupamento constituído por 45 comunas, tendo o TJCE entendido acolher a tese segundo a qual era concebível uma relação *in-house*.

Sem dúvida que o acórdão *Teckal* não desenvolveu a questão e remeteu a solução do problema para as instâncias nacionais, mas também não «fechou a porta»...

Se ainda persistissem dúvidas a este respeito, estas dissiparam-se quando, no acórdão *Carbotermo*, o TJCE considerou que a verificação do controlo análogo não era incompatível com a circunstância dessa influência ser exercida em conjunto por diversas entidades públicas.

Em todo o caso, fundamental para compreender a problemática agora em apreciação é ter presente o acórdão *Tragsa II*¹⁴, de 19 de Abril de 2007. Neste aresto o TJCE admite expressamente a possibilidade de uma entidade adjudicante que possua uma participação minoritária, meramente simbólica, na entidade adjudicatária, exercer um controlo análogo sobre esta última quando tenha o poder de ordenar a realização obrigatória de determinadas actividades, apesar de ser outra entidade pública a deter uma influência determinante sobre o operador económico em causa.

Atento o exposto, no referido acórdão, o Tribunal de Justiça parece relativizar ainda mais a condição de que deve ser a entidade adjudicante interessada a exercer o controlo análogo, ao admitir a possibilidade da afirmação de uma relação *in-house* entre a entidade adjudicante e uma entidade instrumental, não obstante a influência determinante ser na realidade levada a cabo por outra entidade pública. Desse modo, o acórdão *Tragsa II* acaba por proceder a uma reconfiguração do critério do controlo análogo, tal como ele vinha sendo construído pela jurisprudência comunitária.

Nesta sede, importa referir que a conclusão alcançada não pode ser categórica e generalizada. Efectivamente, no acórdão *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondência*¹⁵, o Tribunal de Justiça parece pretender relativizar o alcance do entendimento adoptado no acórdão *Tragsa II*.

A questão colocada neste novo acórdão, datado de 18 de Dezembro de 2007, era a de saber se se podia atribuir directamente a uma sociedade anónima cujo capital pertence integralmente à Administração Pública a prestação de serviços postais, sem que tal implique a infracção das normas comunitárias sobre a contratação pública.

Em defesa de uma resposta negativa, e invocando o entendimento do acórdão *Tragsa II*, o Governo Espanhol argumenta que o acordo de colaboração que existe entre o Estado Espanhol e empresa *Correos* não reveste carácter contratual, visto que a empresa *Correos* não tem nenhuma possibilidade de recusar a prestação do serviço.

O TJCE entende, contudo, que a doutrina do acórdão *Tragsa II* deve ser entendida no seu próprio «contexto específico», rejeitando a sua aplicação ao caso concreto, chegando à conclusão que não é suficiente para a sua verificação a circunstância de a entidade adjudicatária — frisando sempre o caso concreto — ter a obrigação de aceitar e executar os pedidos da entidade adjudicante e assumir a tarefa aplicável aos serviços, sendo também preciso atender à própria actividade solicitada e assim examinar se essa obrigação também existe em relação aos sujeitos privados.

¹⁴ Processo n.º C-295/05, Acórdão *Asemfo v. Tragsa*, de 19 de Abril de 2007.

¹⁵ Processo n.º C-220/06, Acórdão *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondência contra Administración Geral do Estado Espanhol*, de 18 de Dezembro de 2007.

Afigura-se duvidoso, no entanto, que o entendimento adoptado no acórdão *Tragsa II* tenha sido afastado pelo acórdão *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondência*.

Com efeito, não se pode olvidar que a situação de facto em apreciação neste segundo acórdão apresentava contornos muito específicos, visto que resultava do contrato celebrado que a empresa *Correos* tinha a faculdade de pôr fim à relação contratual com a entidade adjudicante.

Ora, como já havia sido afirmado pela Advogada-Geral Stix Hackl¹⁶, quando a entidade prestadora pode colocar fim unilateralmente ao contrato, o requisito de controlo análogo não pode ser preenchido. Além disso, neste caso, não se considerou despidendo o facto de a empresa *Correos*, enquanto prestador do serviço postal universal, «ter uma função completamente diferente, que implica designadamente que a sua clientela seja composta por todas as pessoas que pretendam recorrer ao serviço postal», pelo que «o mero facto de esta sociedade não dispor de qualquer liberdade, nem quanto ao seguimento a dar a um pedido feito pelo Ministério, nem quanto à tarifa aplicável às suas prestações, não pode ter automaticamente como consequência que nenhum contrato tenha sido celebrado por estas duas entidades».

Considerando o exposto, em bom rigor, no acórdão *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondência*, o TJCE não parece «desfazer» a flexibilização introduzida pelo acórdão *Tragsa II*.

A relevância do acórdão *Tragsa II* é ainda mais evidente quando se atende à recente opinião da Advogada-Geral Verica Trstenjak¹⁷.

De facto, em 4 de Junho de 2008, a referida Advogada-Geral reafirmou o entendimento expresso no acórdão *Tragsa II*, sublinhando que «a dimensão da participação social no organismo de cooperação não funciona como critério de aferição da possibilidade de controlo». Em concreto, «uma participação tão pequena como 0,25% do capital desse organismo de cooperação não obsta a que se admita relativamente a todas as autarquias participantes que se verifica um «desempenho de tarefas de modo qua-

se interno». Acrescenta ainda que um entendimento tão estrito como o propugnado no acórdão *Tekkal* traduzir-se-ia na atribuição de uma prevalência desproporcionada dos objectivos do direito da concorrência, numa ingerência excessiva no direito dos municípios à autonomia administrativa».

Nesta senda, o recentíssimo acórdão *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle*¹⁸, de 13 de Novembro de 2008, também reafirmou o entendimento preconizado no acórdão *Carbotermo* e posteriormente no acórdão *Tragsa II*, ao salientar que o essencial é que o controlo seja efectivamente exercido, não sendo indispensável que o mesmo seja individual.

Com efeito, entendeu o TJCE que «no caso de uma autoridade pública se associar a uma sociedade cooperativa intermunicipal cujos associados são todas autoridades públicas, a fim de transferir para esta a gestão de um serviço público, o controlo que as autoridades associadas a essa sociedade exercem sobre ela pode, para ser qualificado de análogo ao controlo que exercem sobre os seus próprios serviços, ser exercido de forma conjunta por essas autoridades através de deliberações, se for caso disso aprovadas por maioria».

3.3 · Do critério do «essencial da actividade»

O critério de realização do «essencial da actividade» do co-contratante em benefício da entidade que a controla afigura-se fundamental ao processo de identificação das relações *in-house*.

Este requisito jurisprudencial tem como objectivo principal garantir que o regime substantivo de contratação pública seja aplicável às entidades controladas por uma ou várias entidades que operarem/compitam/concorram normalmente no mercado.

Deste modo, as Directivas comunitárias serão aplicáveis sempre que o operador económico exerça actividades comerciais, salvo nos casos em que estas actividades sejam meramente acessórias em relação às actividades exercidas em benefício da entidade adjudicante que o controla.

Por outro lado, importa ainda sublinhar que a jurisprudência comunitária tem entendido que a verificação deste requisito incide apenas sobre as actividades que a entidade co-contratante realiza de forma efectiva, não incluindo por isso as activida-

¹⁶ Cfr. Conclusões da Advogada-Geral STIX-HACKL, de 12 de Janeiro de 2006, Processo n.º 340/04 (*Carbotermo*) parágrafo 5.

¹⁷ Conclusões apresentadas em 4 de Junho de 2008, Processo n.º C-324/07 designadamente parágrafos 73 e 84.

¹⁸ Processo n.º 324/07, Acórdão *Coditel Brabant SA contra Commune d'Uccle*, de 13 de Novembro de 2008.

des que pode levar a cabo em virtude de norma legal ou disposição estatutária.

Como sublinham as Advogadas-Gerais Juliane Kokott e Stix-Hackl, no âmbito dos acórdãos *Parking Brixen* e *Carbotermo*, caso se considerasse todas as actividades que a entidade adjudicatária pudesse levar a cabo, isso dificultaria enormemente o cumprimento e a apreciação do critério do «essencial da actividade».

Ademais, para efeitos de verificação do preenchimento do requisito do «essencial da actividade», o Tribunal de Justiça entende que se deve tomar em consideração elementos quantitativos e qualitativos, não identificando, porém, que indícios e que factos permitem reconhecer as situações em que um operador económico realiza parte essencial da sua actividade para a entidade que o controla.

Sem prejuízo do sobredito, decisivo para a matéria parece ser que a entidade adjudicante encarregue a entidade com a qual pretende celebrar o contrato do exercício ou exploração de determinada actividade que era originariamente da sua competência ou responsabilidade e que a entidade controlada tenha como objecto exclusivo, ou quase exclusivo, a exploração desses serviços ou actividades.

Dito de outro modo, no fundo o que interessa é que as actividades que forem exploradas fora do âmbito da relação *in-house* sejam meramente acessórias, sob pena do requisito da «essencialidade» não se verificar.

3.4 · Da existência de participações privadas na entidade controlada

Conforme se fez questão de demonstrar, o conceito de contratação *in-house* tem sido bastante trabalhado pela jurisprudência comunitária, a qual muito tem contribuído para a sua delimitação.

De facto, na sequência dos dois critérios estabelecidos, o TJCE tem entendido que em situações onde a entidade adjudicatária é detida quer por capitais públicos, quer por capitais privados, não se possa verificar o preenchimento do critério do controlo análogo.

Com efeito, o TJCE tem sustentado que a mera existência de participações privadas, ainda que minoritárias, em sociedades de capitais públicos, «exclui de qualquer forma que [a] entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios servi-

ços»¹⁹. Esta qualificação restritiva relativamente às empresas em economia mista tem vindo a ser reiterada pelo TJCE, tendo sido desenvolvida, nomeadamente, nos Acórdãos *Stadt Halle* e *Comissão contra República da Áustria*²⁰ e confirmada nos acórdãos *Coname* e *Jean Aroux*²¹.

Justificando o entendimento adoptado, o TJCE salienta que «a relação entre uma autoridade pública [...] e os seus próprios serviços rege-se por considerações e exigências específicas da prossecução de objectivos de interesse público. Ao invés, o capital privado numa empresa obedece a considerações inerentes a interesses privados e prossegue objectivos de natureza diferente».

Nesta medida, conclui o TJCE, que «a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objectivo da concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade de tratamento dos interessados [...] na medida em que [...] esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes»²².

Assim sendo, sempre que uma entidade adjudicante pretenda celebrar um contrato oneroso com uma sociedade juridicamente autónoma, em cujo capital participam privados — ainda que sejam participações minoritárias —, devem «ser aplicados os procedimentos de adjudicação de contratos públicos»²³.

Atendendo ao exposto, e sem prejuízo dos méritos decisórios que são imputáveis ao TJCE, a verdade é que ao impedir a aplicação do regime da contratação *in-house* aos casos em que existam sociedades em economia mista, o Tribunal pecou pela generalização. De facto, a *ratio* desta interpretação jurisprudencial assenta sob o pressuposto que a aplicação do instituto *in-house* a empresas em economia mista implicaria automaticamente a atribuição de vantagens indevidas a privados.

Ora, nesta sede, somos da opinião que a posição adoptada pela jurisprudência comunitária é excessivamente abrangente, na medida em que, em deter-

¹⁹ Processo C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall - und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, de 11 de Janeiro de 2005.

²⁰ Processo n.º C-29/04, *Acórdão Comissão das Comunidades Europeias v. República da Áustria*, de 10 de Novembro de 2005.

²¹ Processo n.º C-220/05, *Acórdão Jean Aroux e o. contra Comune de Roanne*, de 18 de Janeiro de 2007.

²² Cfr. Processo n.º C-26/03, *Acórdão Stadt Halle*, parágrafos 50 e ss..

²³ Cfr. Processo n.º C-26/03, *Acórdão Stadt Halle*, parágrafos 50 e ss..

minados casos concretos, a existência de capitais públicos e privados numa mesma entidade deve ser considerado irrelevante para efeitos de verificação de uma relação *in house*.

A título exemplificativo, pense-se numa associação de utilidade pública, composta na sua maioria por entidades públicas, mas também por entidades privadas. Para todos os efeitos, neste caso será irrelevante a presença de privados, sobremaneira se tivermos em consideração que não existe qualquer distribuição de dividendos, não subsistindo a razão essencial da dicotomia: interesses públicos vs. interesses privados.

Corroborando o exposto, os próprios Advogados-Gerais por mais de uma vez se pronunciaram em sentido contrário a esta visão rígida da contratação *in-house*. A título exemplificativo, refira-se a posição adoptada pela Advogada-Geral Christine Stix-Hackl²⁴, a qual afirmou que «[...] o que interessa [para aferição do requisito de controlo] não é o contexto legal nacional, mas a configuração concreta da situação, o volume da participação da entidade adjudicante ou, pelo contrário, o do sócio minoritário privado também não podem ser por si sós decisivos».

Nesta senda, parte da doutrina tem propugnado um entendimento menos formal do requisito de controlo análogo, defendendo um conceito mais flexível da relação *in-house*, que atenda às situações em concreto de domínio ou influência dominante e à complexidade subjacente às relações societárias.

Na mesma linha, o Advogado-Geral Léger²⁵ sugere que se adopte um entendimento «elástico» da relação *in-house*, que permita a sua verificação mesmo quando o privado detém uma participação de 49% na entidade adjudicatária.

Assim, o Advogado-Geral Léger considera que o facto de existir uma participação minoritária não exclui automaticamente que a entidade adjudicante exerça um controlo efectivo sobre a gestão da entidade participada, que lhe permita determinar, *per se*, o âmbito e a forma da prossecução da sua actividade. Parece importante, no entanto, que a participação de privados não permita a formação de uma minoria de bloqueio.

Sem prejuízo da jurisprudência comunitária rejeitar liminarmente a possibilidade de as sociedades em economia mista poderem recorrer ao instituto da contratação *in-house*, importa salientar que tem sido entendimento da Comissão Europeia que a formação dos contratos entre entidades adjudicantes e sociedades em economia mista poderá estar dispensada da realização de um procedimento de adjudicação, sempre que tenha havido lugar à abertura de um procedimento concursal com vista à selecção do parceiro privado da Administração²⁶.

Como bem refere Bernardo Azevedo²⁷, «tudo se resumiria, assim, à equiparação substancial entre o concurso para a adjudicação do contrato e o concurso para a selecção do parceiro privado da Administração».

O citado autor, perfilhando o entendimento sufragado por PEDRO GONÇALVES²⁸, salienta ainda que tal solução «viabiliza a respectiva preservação entre as formas jurídicas de direito privado de que se pode servir a Administração no cumprimento da sua missão de serviço público». Acrescenta que para as sociedades de economia mista serem compatíveis com os pressupostos que enformam a dogmática *in-house* «impõe-se um esforço de concepção de modelos de colaboração público-privada em que: i) o parceiro privado seja seleccionado no quadro de um procedimento concursal, com garantias adequadas de publicidade e imparcialidade; ii) o objecto contratual se ache rigorosamente determinado e a duração do contrato pré-estabelecida; iii) o parceiro público disponha de efectivos poderes de conformação da orientação estratégica e da gestão operacional da empresa; iv) a sua actividade se dirija fundamentalmente ao abastecimento da entidade pública adjudicante; e v) a renovação do contrato seja aberta ao confronto concorrência».

3.5 · A consagração expressa da contratação *in house* no Código dos Contratos Públicos

Tendo em conta a crescente aplicação da figura do *in-house* em Portugal, assim como o facto de consti-

²⁴ Conclusões da Advogada-Geral Christine Stix-Hackl, no âmbito do Processo n.º C-26/03 (acórdão *Stadt Halle*), apresentadas em 23 de Setembro de 2004.

²⁵ Cfr. Conclusões do Advogado-Geral Léger, no âmbito do Processo n.º C-94/99 *ARGE*, apresentadas em 15 de Junho de 2000, em particular no seu parágrafo 60.

²⁶ Cfr. *Livro Verde da Comissão sobre as Parcerias Público-Privadas e Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões*, de 30 de Abril de 2004. e *Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário às parcerias público-privadas institucionalizadas*, Comunicação n.º 2008/C 91/02, de 12 de Abril de 2008.

²⁷ Bernardo Azevedo, *Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, Coimbra, págs. 137 e 138.

²⁸ Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, 2007, págs.186 e 187.

tuir jurisprudência assente do TJCE, o legislador português, num esforço que consideramos meritório, procurou consagrar a figura do *in-house* no novo Código dos Contratos Públicos (doravante CCP)²⁹.

Neste sentido, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, do CCP, «o regime da contratação pública estabelecido na Parte II do presente Código também não é aplicável aos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar pelas entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que, cumulativamente: a) a entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e b) esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior»³⁰.

Atento o citado preceito, verifica-se, desde logo, que o legislador português limitou-se a transpor para ordenamento jurídico nacional os critérios enunciados pelo acórdão *Teckal*, submetendo a sujeição ou não dos contratos aos procedimentos pré-contrauais à verificação dos mesmos.

No entanto, importa não olvidar que, não obstante a opção pela consagração expressa dos conceitos «controlo análogo» e «essencial da actividade», a concretização dos mesmos continua a fazer-se com recurso à evolução do entendimento jurisprudencial que venha a surgir sobre esta matéria.

Como traços gerais do actual regime podemos identificar os seguintes aspectos:

- (i) O regime das relações *in-house* apenas exclui do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos a fase de formação do contrato e não a sua execução (parte III do CCP)³¹;
- (ii) O preenchimento dos critérios é aferido casuisticamente;
- (iii) Na senda do entendimento mais *flexível* propugnado pela jurisprudência mais recente, esta-

belece que o essencial da actividade se destina não apenas à entidade adjudicante que está a contratar, mas outrossim ao conjunto de entidades que sobre a mesma exercem o controlo análogo.

Por tudo quanto ficou dito, apesar da menção expressa aos critérios constantes do acórdão *Teckal*, o CCP limitou-se a acolher parcialmente a jurisprudência comunitária sobre a matéria. De facto, se por um lado o legislador recusou «petrificar» alguns entendimentos ainda em evolução pelo Tribunal de Justiça, não ousou, por outro lado, forjar novas soluções ainda não sindicadas na jurisprudência comunitária ou dificilmente compatíveis com o seu estado actual.

Em qualquer caso, perante as cautelas do legislador em avançar neste domínio, o desafio que se coloca é o de saber como se aplica a exigência do controlo análogo às diferentes categorias de entidades públicas que integram a actual organização administrativa portuguesa.

Da mesma forma, no que concerne ao critério de «essencialidade da actividade» em benefício da entidade adjudicante, cumpre agora precisar a sua medida, o que apenas poderá ser feito casuisticamente, com recurso à jurisprudência comunitária mais recente.

Noutro plano, deve ainda chamar-se a atenção para o facto de o legislador nacional não ter dado acolhimento à necessidade dos critérios firmados no acórdão *Teckal* necessitarem de se verificar com carácter de permanência, não fazendo assim eco da jurisprudência comunitária.

Por fim, importa salientar que o CCP não exige, para que se verifique uma relação *in-house*, a inexistência de participações privadas na entidade co-contratante, deixando assim em aberto uma matéria que, como já vimos, se afigura ainda controversa.

Ora, na medida em que o entendimento ao nível das autoridades comunitárias sobre a matéria é tudo menos pacífico, como é evidenciado pelas diversas opiniões dos Advogados-Gerais, a omissão do CCP, a ser intencional, apenas pode ser considerada como fundada. De facto, a jurisprudência comunitária sobre a matéria suscita as maiores reservas quando aplicável a entes não públicos pertencentes ao sector cooperativo e social da economia ou quando estão em causa entidades que não revestem natureza societária.

²⁹ Nesta sede, importa louvar a opção do legislador em consagrar a contratação *in-house*, acompanhando assim a tendência de diversos Estados-Membros, entre os quais se destaca a França e a Espanha.

³⁰ Sob uma perspectiva do Direito Comparado, vide artigo 3.º, n.º1, alínea n) e artigo 24.º, n.º 6, da Lei de Contratos del Sector Público, Lei n.º 30/2007, de 30 de Outubro.

³¹ Cfr. Alexandra Leitão, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações «in house»*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Coimbra, CEJUR, 2007, págs. 14 e ss.

4. CONCLUSÃO

Nas palavras emblemáticas de Damien Chalmers, «*escondida no ducado do Luxemburgo, e abençoado pela negligência benigna dos poderes instalados, o Tribunal de Justiça criou um novo ordenamento jurídico*».

Assim corre um dos mais famosos passos na literatura jurídica europeia, descrevendo como o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ajudou a transformar o direito comunitário num novo ordenamento jurídico, situado no mais alto grau de uma nova hierarquia jurídica *vis-à-vis* os ordenamentos jurídicos nacionais.

O contributo prestado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em sede do direito da contratação pública tem sido notório, ajudando a dirimir e a dilucidar matérias fundamentais à harmonização das normas comunitárias, a qual se afigura cada vez mais difícil numa União Europeia que recentemente passou a uma convivência partilhada de 27 Estados-Membros.

Ilustrativo da importância basilar do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no âmbito das competências que se lhe encontram cometidas, encontramos a figura das relações *in-house*. Com génese no já conhecido Acórdão *Teckal* e desenvolvido por arestos subsequentes, o tratamento jurisprudencial das relações *in-house* veio contribuir para elucidar uma matéria premente em sede da aplicação das normas que regulam a contratação pública.

Ora, se é certo que determinadas operações devem encontrar-se excluídas da aplicação do regime da contratação pública, a verdade é que esta é uma matéria que exige regulamentação, sob prejuízo de serem cometidos abusos e distorções à concorrência.

Nesta medida, por meio do instituto *in-house* procurou-se impor limites a uma prática corrente da administração, salvaguardando a autonomia das entidades públicas na adopção de modelos *jusprivatistas* de organização, permitindo a utilização de entes instrumentais de direito privado na prossecução de interesses públicos.

Nesta senda, o legislador nacional entendeu dar consagração ao instituto das relações *in-house* no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, transpondo para a ordem jurídica portuguesa a formulação sagrada no acórdão *Teckal*. Não obstante os méritos desta opção, a sua aplicação afigura-se agora complexa, uma vez que a solução adoptada na letra da lei circunscreve-se aos critérios enunciados no referido aresto, escusando-se a dar acolhimento expresso aos desenvolvimentos formulados pela jurisprudência subsequente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Ora, intencional ou não a formulação pelo Código dos Contratos Públicos para as relações *in-house*, acrescem duas dificuldades à aplicação deste instituto, as quais merecem ser assinaladas: a) por um lado, a realidade jurídica nacional apresenta um conjunto bastante díspar e heterogéneo de estruturas jurídicas, as quais dificultam a aplicação dos requisitos ambiguamente formulados; b) por outro lado, os requisitos constantes do acórdão *Teckal* têm sido objecto de múltiplos desenvolvimentos, donde se retira que o instituto das relações *in-house* carece ainda de sedimentação na ordem jurídica comunitária.

Do plano da abstracção à realidade jurídica, resta ainda saber como irão os nossos tribunais administrativos lidar com a matéria, sendo certo, porém, que a matéria não será incontroversa...