



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 1 /10 - 19JAN2010-1.ª S-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.ª 17/2009

(Processo n.º 193/09)

DESCRITORES:

Código dos Contratos Públicos

Contratação *In house*

**Da condição prevista na alínea b) do n.º 2 do art.º 5.º do
CCP/essencialidade**

SUMÁRIO:

1- As condições expressas no n.º 2 do art.º 5.º do CCP têm como *ratio* evitar o falseamento da concorrência e garantir as liberdades económicas fundamentais, designadamente a liberdade de prestação de serviços;



Tribunal de Contas

2- Em ordem a preservar a concorrência é necessário que as prestações da empresa controlada sejam *substancialmente* destinadas à(s) entidade(s) que a controlam;

3- Uma empresa realiza o essencial da sua actividade com a(s) entidade(s) que controla(m) quando tal actividade é consagrada *principalmente* a esta(s) entidade(s), revestindo qualquer outra actividade apenas carácter *marginal*;

4- Nem o art.º 5, n.º 2, alínea b), do CCP, nem a jurisprudência do TJCE referem qualquer referencial a partir do qual se deva considerar verificada a condição da essencialidade;

5- Daí que a alínea b) do n.º 2 do art.º 5.º do CCP, no que ao conceito de essencialidade se reporta, deva ser interpretada em conformidade quer com os princípios e liberdades fundamentais consagrados no Tratado da Comunidade Europeia, designadamente com os seus artigos 10.º, 12.º, 43.º e 49.º, quer com a CRP;



Tribunal de Contas

6- A condição da *essencialidade* tem por objectivo assegurar que a Directiva comunitária relativa aos processos de adjudicação de contratos públicos continue a ser aplicável *quando esteja activa no mercado* uma empresa relativamente à qual seja exercido um controlo análogo, e que, em virtude dessa actividade no mercado, *possa entrar em concorrência com outras empresas*;

7 - In casu, estamos perante um contrato de prestação de serviços celebrado entre o Ministério do Ambiente do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (MOTDR) e uma sociedade anónima (cujo capital social é detido em cerca de 99,43% pelo Estado e em cerca de 0,57% pelo Município de Lisboa), nos termos do qual esta será responsável por assegurar todos os aspectos logísticos da operação (de participação de Portugal no V Fórum Mundial da Água) e a angariação de patrocínios que viabilizem as várias componentes inerentes à participação de Portugal naquele evento;



Tribunal de Contas

8 - O objecto do contrato compreende, designadamente, a prestação de serviços de concepção, fornecimento e montagem do espaço expositivo de Portugal (*stand* de Portugal), de animação desse espaço, de organização da participação no Fórum, o que inclui aspectos relacionados com estadias e deslocações, de gestão de actividades, de edição de publicações, de produção de brindes, etc. (cfr. Anexo ao contrato), ou seja, consubstancia-se na organização de *certames e eventos*;

9 - A organização de *certames e eventos* não se insere, directamente, no conjunto de atribuições cometidas por lei ao MAOTDRA (art.º 2.º do DL 207/2006, de 27 de Outubro), ou se seja, não constitui uma tarefa material originariamente a cargo do MAOTDRA, a que acresce o facto de a referida sociedade desenvolver directa ou indirectamente, actividades em diversos mercados, nos quais dispõe de liberdade de acção, concorrendo com as demais empresas que actuam nos mesmos;

10- Daí que o desenvolvimento dessa actividade – organização de *certames e eventos* - pela referida sociedade anónima não possa



Tribunal de Contas

ser considerada como um prolongamento das tarefas desenvolvidas pelo MAOTDR, não podendo, por essa via, ser perspectivada como um prolongamento administrativo deste;

11- O n.º 1 do art.º 8.º do DL 558/99 determina *que as empresas públicas estão sujeitas às regras de concorrência, nacionais e comunitárias*, sendo certo que os serviços prestados não são susceptíveis de ser qualificados como serviços de interesse económico geral nem se inserem em qualquer regime derogatório especial;

12. Não existe, assim, qualquer razão para afastar o regime regra constante do DL 558/99 de sujeição das empresas públicas às regras da concorrência;

13. A adjudicação por ajuste directo, do contrato de prestação de serviços em causa, é apta a restringir ou a falsear a concorrência do mercado de organização de certames e eventos, violando o princípio da concorrência, subjacente ao CCP e à Directiva 2004/18/CE e consagrado no direito europeu originário (cfr. designadamente, arts. 3.º/1g). 4.º/1 e 87.º/1, do TCE) e na



Tribunal de Contas

Constituição da República Portuguesa (art.º 81.º, alínea f), da CRP);

14. São, assim, aplicáveis as regras da contratação pública constantes da parte II do CCP.

ACÓRDÃO N.º 1 /10 19-JAN2010-1.ª S-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.ª 17/2009

(Processo n.º 106/09)

1. RELATÓRIO

1.1. O Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (MAOTDR), inconformado com o Acórdão n.º 106/09, de 11MAI2009, que recusou o visto ao contrato celebrado, em 3FEV2009, entre o Estado Português e a Sociedade Parque Expo 98, S.A., para aquisição dos serviços de apoio necessários à Participação de Portugal no V Fórum da



Tribunal de Contas

Água, a decorrer na cidade de Istambul, e organizado pelo Conselho Mundial da Água e pelo Governo da República da Turquia, veio do mesmo interpor recurso jurisdicional, concluindo como se segue:

a) Tal como se reconheceu no douto Acórdão recorrido, é inequívoco o cumprimento do primeiro dos requisitos primeiramente estabelecidos pelo Tribunal de Justiça e subsequentemente consagrado pelo n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos para a existência de uma *relação in house*, a *influência determinante que o Estado exerce sobre a Parque Expo*, a qual assume uma *natureza análoga ao controlo que o Estado exerce sobre os seus próprios serviços*;

b) Mas, ao contrário do que se afirma no douto Acórdão recorrido, o cumprimento do segundo requisito – a confirmação de que o *essencial da actividade da Parque Expo é desenvolvido em benefício do Estado* – é igualmente incontornável;

c) De facto tal requisito só não estaria verificado se pudesse aceitar-se o critério quantitativo utilizado pelo Tribunal *a quo*, que assenta na



Tribunal de Contas

identificação de quem são as entidades que assumem formalmente o papel de contrapartes nos contratos que a Parque Expo celebra e que remuneram pelas suas prestações – independentemente de verificar se tais contratos foram celebrados em obediência a um comando directo do próprio Estado;

d) Mas, como resulta da fundamentação de direito que consta do Parecer Jurídico subscrito pelos Senhores Drs. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, tal critério é vedado pela ordem jurídica nacional e pela ordem jurídica comunitária para o apuramento da existência de uma relação *in house*;

e) Com efeito, se o objectivo inicial do intérprete consiste em confirmar que a entidade tutelada constitui um simples *prolongamento administrativo* que a colectividade pública utiliza quando “escolhe realizar ela mesma as operações que necessita”, utilizando a sua criação como um simples instrumento de concretização de tais operações e anulando a sua vontade negocial e autonomia real, é totalmente inútil averiguar quem remunera a “entidade-filha” e quem assume nos contratos que ela celebra a posição de contraparte – isto



Tribunal de Contas

é, quem é a sua fonte de financiamento sem que se verifique se a celebração de tais contratos constitui a resposta a uma simples ordem que lhe foi emitida pela Administração-mãe”;

f) Por isso, é que, por um lado, o Tribunal de Justiça abandonou uma metodologia quantitativa e passou a esclarecer que o intérprete deve averiguar simplesmente quais as actividades em que a entidade tutelada não dispõe de autonomia decisória relevante para praticar actos ou realizar actividades que lhe sejam determinadas pela sua tutela – declarando ser irrelevante saber quem remunera a empresa em questão” e quem são os “terceiros utilizadores das prestações fornecidas em virtude das (...) relações jurídicas constituídas” pela entidade dominante;

g) E é por isso que, subseqüentemente, estar condicionado nestes precisos termos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, *embora pudesse admitir como desejável a fixação de um critério quantitativo e promotor da certeza jurídica*, o legislador do Código dos Contratos Públicos, *proibiu esse critério automático* e adoptou uma redacção de um elevado grau de abstracção, incerteza e indeterminação,



Tribunal de Contas

limitando-se a consagrar no n.º 2 do art.º 5.º a possibilidade de desaplicação do regime de contratação pública se o “*essencial*” da actividade da entidade dominada é realizado em benefício da tutela;

h) Com isso, o legislador impôs ao intérprete a avaliação individual das circunstâncias de cada caso, em ordem a determinar a relevância das actividades que a empresa dominada realiza em virtude das decisões tomadas pela tutela e para as quais é dispensado o seu consentimento e eliminada a sua autonomia de vontade; portanto, o recurso a um limiar quantitativo ou a um critério formal, assente na simples determinação da percentagem do volume de negócios que a entidade tutelada realiza directamente com a tutela ou através de contratos que celebra apenas com esta, encontra-se totalmente vedado tanto pela jurisprudência do Tribunal de Justiça como pelo próprio Código dos Contratos Públicos;

i) Portanto, uma interpretação pela qual se entenda recorrer a um elemento quantitativo assente na percentagem do volume de negócios realizado directamente com o Estado, em que apenas este figure como co-contratante e apenas este seja responsável pela sua



Tribunal de Contas

remuneração, não corresponde à “interpretação restritiva” que o Tribunal de Justiça tem reiteradamente imposto; corresponde, em rigor, a uma ficção jurídica que não tem qualquer correspondência na “letra da lei”;

j) De facto, não tem correspondência na lei nacional, isto é, no n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos, que não acolhe qualquer critério quantitativo, automático e unívoco, nem, sobretudo, tem correspondência nas normas pretorianas criadas pelo Tribunal de Justiça, na medida em que assenta afinal num critério que o próprio Tribunal de Justiça afirmou estar vedado ao intérprete em razão da sua total inaptidão intrínseca para o efeito de confirmação da existência de uma relação *in house*;

l) Nesse sentido, pode verificar-se que o “essencial” da actividade da empresa resulta de *duas tarefas fundamentais* : **i)** a alienação do património imóvel inerente à Exposição; **ii)** a operacionalização das políticas públicas de ordenamento do território e de revitalização das cidades, em ordem a assegurar um desenvolvimento sustentável”;



Tribunal de Contas

m) Em qualquer dos dois casos, as actividades da Parque Expo só são exercidas porque a sua Administração-mãe, que exerce sobre ela um controlo análogo àquele que exerce sobre os seus próprios serviços, dirige-lhe um comando individual e directamente aplicável no sentido de realizar determinadas prestações ou alienar certos bens;

n) É óbvio que esse comando só pode ser obedecido através de contratos com terceiros, sob pena de a Parque Expo deixar de exercer a actividade que lhe foi imposta; todavia, se celebra tais contratos, é porque é o Estado que determina que a sua criação surja como seu “apêndice” para a realização de tarefas públicas;

o) Assim, ao cumprir o seu dever de “tomar em consideração todas as circunstâncias do caso em apreço, tanto qualitativas como quantitativas”, o juiz verifica que, no exercício das suas actividades, **Parque Expo não dispõe de autonomia real para contrariar a “vontade decisória única” da Administração-mãe**; sendo assim, é incontornável concluir que **o essencial da actividade da Parque Expo é realizado em benefício da entidade – o Estado – que**



Tribunal de Contas

exerce sobre ela um controlo análogo ao controlo que exerce sobre os seus próprios serviços;

p) Portanto, nos termos da jurisprudência uniformizada do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do disposto no n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos, existe uma relação *in house* entre o Estado e a Parque Expo, a qual constitui fundamento de desaplicação da Parte II do Código dos Contratos Públicos e da Directiva n.º 2004/18/CE para a formação dos contratos a celebrar entre as referidas duas entidades;

q) Em consequência, **não se apurando qualquer nulidade no contrato** celebrado, em 3 de Fevereiro de 2009, entre o Estado Português e a empresa Parque Expo 98, S.A., para aquisição dos serviços necessários à Participação de Portugal no V Fórum da Água, por alegada preterição de um dos procedimentos pré-contratuais previstos na Parte II do Código dos Contratos Públicos, conclui-se **não se verificar o fundamento de recusa do visto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, devendo pois ser concedido visto prévio ao contrato.**



Tribunal de Contas

1.2. O Exmo. Procurador Geral-Adjunto, em douto Parecer, embora concordando, na generalidade, com o Parecer junto com o recurso interposto, **pronunciou-se pela improcedência** deste, mas com base em outro fundamento, que, sinteticamente passamos a expor:

- Só no âmbito das tarefas públicas originárias do MAOTDR é que o Estado pode contratar “*in house*” com a Parque Expo;
- Não se integrando aqueles *concretos serviços* prestados pela Parque Expo, no âmbito do contrato referente à Participação Portuguesa no V Fórum Mundial da Água, à finalidade das atribuições do MAOTDR e ao objecto social da empresa, não pode aquele contrato ser considerado *in house*, sob pena de se defraudar o princípio da submissão daqueles serviços à concorrência de mercado, como resulta do artigo 5.º, n.º 2, do CCP, visto que, se o MAOTDR decidisse, ele próprio, levar a cabo as tarefas objecto desse contrato, teria de se socorrer de empresas colocadas no mercado e submetidos à concorrência.



Tribunal de Contas

(...)"

1.3. O Recorrente foi notificado do Parecer do Ministério Público, para, em 10 dias, dizer o que tiver por conveniente (fls. 248).

1.4. Na sequência da referida notificação, o Recorrente apresentou resposta. Contudo, e porque a mesma se encontrava fora de prazo, foi ordenado o seu desentranhamento, após trânsito em julgado, o que foi cumprido (fls. 257e 258, e fls. 277 a 281).

1.5. Foram colhidos os vistos legais.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. O Acórdão recorrido deu como provada a seguinte matéria de facto:

"1-

O Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de prestação de serviços celebrado em 03 de



Tribunal de Contas

Fevereiro de 2009, entre este Ministério e a empresa “Parque Expo 98, SA”, (doravante designada “Parque Expo, SA”) pelo valor de € 360.840,00 acrescido de IVA, tendo por objecto a prestação de serviços de apoio à Participação de Portugal no V Fórum da Água, a decorrer na cidade de Istambul, e organizado pelo Conselho Mundial da Água e pelo Governo da República da Turquia.

II -

A) *Por despacho de 2 de Fevereiro de 2009, o Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (MAOTDR) autorizou a despesa e aprovou a minuta do contrato acima referido; ¹*

B) *O despacho mencionado na alínea anterior recaiu sobre Informação nº1 de 14 de Janeiro de 2009, do Gabinete do Ministro, onde se propôs a contratação da “Parque Expo, SA”, pelo Estado, sem que essa contratação fosse precedida*

¹ Vide fols. 3 dos autos.



Tribunal de Contas

*de um procedimento pré-contratual, nos termos do nº2, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos;*²

A celebração do presente contrato foi antecedida de um procedimento por ajuste directo;

C) *A sociedade “Parque Expo, SA” foi constituída pelo DL nº 88/93, de 23 de Março, sob a forma de sociedade anónima, de capitais exclusivamente públicos e com um capital social de 500.000\$00, integralmente subscrito e realizado pelo Estado;*³

E) *Actualmente, o capital social da sociedade “Parque Expo, SA” é 32.642.250,00 € e é detido, em 99,43%, pelo Estado*

² Vide fols. 4 dos autos.

³ Vide os artigos 1º, nº1 e 3º, nº1, do DL nº 88/93 de 23 de Março.



Tribunal de Contas

*(Direcção-Geral do Tesouro), e em 0,57%, pelo Município de Lisboa;*⁴

F) Nos termos do artigo 4º, nº1, dos seus Estatutos, o objecto social principal da “Parque Expo, SA” é a realização do projecto de reordenação urbana da zona de intervenção da Exposição Internacional de Lisboa de 1998, abreviadamente designada por “EXPO`98”, bem como a concepção, execução, exploração e desmantelamento dessa Exposição”.

G) De harmonia com o nº2, do artigo 4º dos Estatutos da “Parque Expo, SA”, na sua redacção actual, ao objecto social principal referido na alínea anterior, acresce, ainda, sem qualquer limitação geográfica, o desenvolvimento das actividades que a seguir se enunciam:

⁴ Vide fols. 272 dos autos.



Tribunal de Contas

- a. *Promover a desactivação, desmobilização, utilização e rentabilização de estruturas e infra-estruturas construídas ou erigidas, com carácter provisório, para a realização da Expo`98, de acordo com o plano de actividades e desenvolvimento urbano por si definido;*
- b. *Gerir e rentabilizar quer o património imobiliário, quer as estruturas e infra-estruturas definitivas no âmbito do projecto global da EXPO 98 e que constituem parte integrante do seu activo, bem como de todas aquelas cuja gestão se encontra atribuída à sociedade, segundo uma lógica de gestão urbana integrada;*
- c. *Coordenar e dinamizar o desenvolvimento das actividades de cultura e lazer, bem como o desenvolvimento e adaptação de conteúdos desta natureza às soluções oferecidas pelas novas tecnologias;*
- d. *Intervir em projectos de ordenamento do território e urbanísticos, designadamente de reabilitação urbana e recuperação de patrimónios arquitectónicos.*
- e. *Celebrar contratos de prestação de serviços relativos a programas de requalificação urbana, de valorização ambiental ou de gestão de condomínios.*

H) De acordo com o nº3, do artigo 4º, dos seus Estatutos, a “Parque Expo, SA”, no exercício da sua actividade social, pode não só constituir outras sociedades, mas também



Tribunal de Contas

*adquirir ou alienar participações no capital de outras sociedades, mesmo que com objecto social diferente do seu, carecendo em qualquer dos casos de autorização prévia da Assembleia Geral sempre que tal envolva uma sociedade em relação à qual exista, ou passe a existir, uma relação de domínio.*⁵

l) *São competências da Assembleia-Geral da “Parque Expo, SA”, em conformidade com o disposto no artigo 11º dos seus Estatutos:*

- a. Deliberar sobre o relatório de gestão e as contas do exercício;*
- b. Deliberar sobre a proposta de aplicação de resultados;*
- c. Proceder à apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade;*
- d. Eleger os titulares dos demais órgãos sociais;*
- e. Deliberar sobre alterações dos estatutos;*

⁵ Vide fols. 274 dos autos.



Tribunal de Contas

*f. Deliberar sobre qualquer outro assunto para que tenha sido convocada.*⁶

*J) A fiscalização da actividade social da “Parque Expo, SA”, compete a um conselho fiscal, cujos membros são eleitos pela Assembleia-Geral, nos termos do nº1 do artigo 18º dos seus Estatutos;*⁷

*K) Ao Conselho Fiscal da “Parque Expo, SA”, compete, de harmonia com o artigo 19º dos Estatutos da sociedade:*⁸

a) Fiscalizar a administração da sociedade;

b) Vigiar pela observância da lei e do contrato de sociedade.

⁶ Vide fols. 276 dos autos.

⁷ Vide fols. 279 dos autos.

⁸ Vide fols. 279 dos autos.



Tribunal de Contas

L) No Relatório relativo às Contas de 2008, da “Parque Expo, SA” consta uma mensagem do seu Presidente, na qual se refere o seguinte:⁹

*“... O ano de 2008 corresponde ao primeiro ano de um novo mandato deste Conselho de Administração, mandato que deve ser entendido como o da afirmação e consolidação da nova missão, como o mandato da demonstração da viabilidade e sustentabilidade deste empresa como **prestadora pública de serviços de concepção de territórios, de gestão de projectos de dimensão relevante e impacte no panorama nacional, e por vezes mesmo com expressão internacional (neste último caso como demonstração da capacidade nacional de exportar competências).**”¹⁰*

É nesse sentido que se inscreve o crescimento dos proveitos associados às novas actividades de concepção e gestão de projectos, que registam um crescimento em 2008 de 5,7 milhões de euros face ao ano anterior, traduzindo a justeza da aposta da Parque EXPO no seu “core business” actual. Tal permite, em nosso entender, evidenciar, demonstrando com resultados concretos, a oportunidade das opções estratégicas inscritas na missão: por um lado, a aposta em áreas de concepção de intervenções no território de média/larga escala, e, por outro, em gestão de projectos de intervenções de qualificação urbana e

⁹ Vide fols. 286 e segs. dos autos.

¹⁰ Negrito nosso.



Tribunal de Contas

valorização ambiental, com uma perspectiva pública. Sempre com uma reafirmada perspectiva pública, o que constitui em grande medida a singularidade e mais-valia da prestação da Parque Expo.

Para lá da multiplicidade de clientes públicos e projectos de concepção urbana realizados em 2008, é de destacar o arranque em 2008 de três novos projectos de relevância indiscutível, sob a gestão da Parque Expo:

Frente Ribeirinha da Baixa Pombalina, Ajuda-Belém (estes dois no âmbito da Sociedade Frente Tejo) e o Polis Litoral da Ria Formosa. Já no arranque de 2009 se seguiram os projectos do Polis Litoral Norte e do Polis Litoral da Ria de Aveiro.

Foi ainda em 2008 que, com a Câmara Municipal de Lisboa, se fechou o Acordo para a regularização da dívida referente à gestão urbana assegurada pela Parque Expo.

(...)

A Parque EXPO é um instrumento das políticas públicas de ambiente, ordenamento do território e desenvolvimento regional. Visa, através de operações integradas, a mutação do território na óptica da qualidade de vida, do equilíbrio ambiental e da competitividade.

Enquanto empresa certificada nas áreas de prospecção, concepção e gestão de projectos de renovação urbana e ambiental, a Parque EXPO é um instrumento das políticas públicas do Governo.

(...)



Tribunal de Contas

Decorrida uma década, a reconversão empresarial empreendida traduz-se numa efectiva afirmação da posição competitiva da Empresa no mercado, quer no âmbito de projectos públicos de requalificação urbana e ambiental, quer em projectos da iniciativa de investidores privados, no país ou no estrangeiro, através da manutenção de uma carteira de clientes e de projectos em sistemática renovação, capaz de garantir a sua continuidade em termos sustentáveis após um processo complexo de reestruturação empresarial promovido desde o final da exposição Mundial de Lisboa de 1998 (EXPO`98).

Naturalmente que, a par da sua actividade corrente, não se exclui a possibilidade de a Empresa continuar a intervir, no âmbito da sua vocação original, em eventos nacionais de grande envergadura, face às oportunidades concretas que forem surgindo.

Mas é sobretudo a formulação de uma política para as cidades que virá certamente impulsionar o aparecimento de oportunidades de negócio no domínio das intervenções de qualificação dos espaços urbanos, que urge aproveitar. Admite-se igualmente que intervenções no litoral português venham a constituir outras oportunidades de envolvimento directo da empresa.

Neste quadro, uma empresa com as características da Parque Expo será um valioso braço empresarial das políticas publicas, dada a grande experiencia e prestígio que acumulou em domínios relevantes para qualquer processo de qualificação urbana ou territorial, exigindo-se, para tanto, que a Empresa aprofunde um nível competitivo com um mercado em concorrência, designadamente através de estruturas de custos mais leves, de uma flexibilidade



Tribunal de Contas

na capacidade produtiva, capaz de responder a desafios de dimensão variável e através do domínio das técnicas mais avançadas nas áreas onde actua...”.

M) *No que respeita a actividades de intervenção de requalificação e reabilitação urbanas, a “Parque EXPO, SA” procura intervir também no mercado internacional, salientando-se no Relatório e Contas de 2008, que, durante o ano de 2008 a “Parque Expo, SA” orientou, também, a sua acção no sentido de desenvolver acções de prospecção de novas oportunidades de negócios, tendo como destinos-alvo o Norte de África e os países africanos de língua oficial portuguesa, tendo sido adjudicados dois novos projectos: ¹¹*

- A elaboração de proposta de plano estratégico e modelo de implementação de uma intervenção urbana em Taparura, uma nova área da cidade de Sfax, na Tunísia;

¹¹ Vide fols. 321e 322 dos autos.



Tribunal de Contas

- *Masterplan para o Parque da Ciência e Tecnologia de Maluana, em Moçambique, na sequência de um concurso lançado pelo Banco Africano de Desenvolvimento.*

N)A “Parque Expo, SA” detém as seguintes participações noutras sociedades:

- 1- *Sociedade Oceanário de Lisboa (100%);*
- 2 - *Atlântico - Pavilhão Multiusos de Lisboa, SA (100%);*
- 3 - *Parque EXPO - Imobiliária, SA (100%);*
- 4 - *GIL _ Gare Intermodal de Lisboa, SA (51%);*
- 5 - *Telecabine de Lisboa, Lda (30%);*
- 6 - *EXPOBI1 - Promoção e Desenvolvimento Imobiliário, SA (30%);*
- 7 - *EXPOBI2 - Promoção e Desenvolvimento Imobiliário, SA (30%);*
- 8 - *Pólo das Nações - Construções e Empreendimentos Imobiliários, SA (30%);*
- 9 - *Marina do Parque das Nações, SA (99,55%);*
- 10 - *CoimbraValorsul - Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos da Área Metropolitana de Lisboa (Norte), SA (1,28%);*
- 11 - *Climaespço - Sociedade de Produção e Distribuição Urbana de Energia Térmica, SA. (5,79%)*
- 12 - *Blueticket – Serviços de Bilhética, SA (100%)*



Tribunal de Contas

*13 - Parque Expo – Gestão Urbana do Parque das Nações, SA (100%).*¹²

- O)** *A Resolução do Conselho de Ministros nº 70/2008, publicada no DR, I série, de 22 de Abril de 2008, aprovou as orientações estratégicas do Estado destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado;*¹³
- P)** *O Estado, enquanto accionista da “Parque EXPO, SA”, aprovou também em Assembleia-Geral Anual as orientações estratégicas específicas dirigidas ao Conselho de Administração, para o triénio 2008-2020;*¹⁴
- Q)** *Por despachos de 05 de Março, 26 de Março e de 7 de Abril, todos de 2009, este Tribunal solicitou à entidade adjudicante o Balancete do Razão das contas 21, 71 e 72, discriminados ao último dígito do Plano de Contas aplicável à “Parque Expo 98, SA”, reportado aos exercícios de 2006, 2007 e 2008.*

¹² Vide fols. 399 dos autos.

¹³ Vide fols. 396 dos autos.

¹⁴ Vide fols. 290 dos autos – documento – Relatório e Contas de 2008.



Tribunal de Contas

R) Juntos os elementos referidos na alínea anterior, foi proferida uma informação técnica, datada de 22 de Abril de 2008, de onde se extrai o seguinte:

- a) O peso do sector público no volume de facturação (incluindo os saldos transitados de anos anteriores), foi nos anos de 2006, de 2007 e de 2008 de, respectivamente, 9,27%, 4,37% e de 52,03%.
- b) O peso do sector privado no volume de facturação (incluindo os saldos transitados de anos anteriores), foi nos anos de 2006, de 2007 e de 2008 de, respectivamente, 90,73%, 95,63% e de 47,97%.
- c) Quanto ao volume de facturação (incluindo os saldos transitados de anos anteriores), com o sector público, é a seguinte a repartição dos clientes do sector público, relativamente aos valores correspondentes às percentagens referidas na alínea a):

Ano	Administração Central	Sector Empresarial do Estado	Administração Local	Sector Empresarial Local
2006	1,49%	94,47%	2,02%	2,01%
2007	38,37%	52,10%	4,51%	5,03%
2008	1,65%	16,09%	82,12%	0,13%

Mod.: TC_1999.001



Tribunal de Contas

S) *O ano de 2008 regista um valor de carácter extraordinário relacionado com o débito de 71,145 M € da CM Lisboa.*

T) *Em Sessão Diária de Visto de 26 de Março de 2009, este Tribunal questionou a Entidade Adjudicante para que a mesma se pronunciasse sobre o preenchimento do requisito da alínea b) do n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos, quando dos documentos contabilísticos remetidos pela entidade adjudicante – Balancete do Razão das contas supra referidas, reportado aos anos de 2007 e 2008 – se retira que o volume da facturação, a entes públicos, se afasta substancialmente da jurisprudência comunitária, (vide o Acórdão Tragsa de 2007, proc. C-295/05, do Tribunal de Justiça – em que se considerou que o requisito, atrás referido, se encontrava preenchido, quando 90% do total das actividades do adjudicatário, foi realizado em benefício da entidade adjudicante - e o Acórdão Carbotermo de 2006,*



Tribunal de Contas

proc. n.º C-340/04, do Tribunal de Justiça, - que, no mesmo sentido, considerou preenchido aquele requisito, perante um volume de negócios de 80%):

U) *Através de Memorando subscrito em 2 de Fevereiro de 2009, veio a Entidade Adjudicante responder à questão mencionada na alínea anterior, concluindo da seguinte forma:*¹⁵

“... A. A Parque EXPO 98 SA, foi constituída pelo Decreto-Lei nº 88/93, de 23 de Março, sob a forma de sociedade anónima, caracterizando-se como empresa pública nos termos e para os efeitos do regime jurídico do sector empresarial do Estado definido pelo Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro.

B.O Estado Português atribuiu inicialmente à Parque EXPO a responsabilidade pela execução da operação de recuperação e reconversão Urbanística da Zona de Intervenção da Exposição Mundial de Lisboa de 1998 (EXPO'98), delimitada pelo DL nº87/93, de 23 de Março, nos termos do

¹⁵ Vide fols. 187 e segs. dos autos.



Tribunal de Contas

Decreto-Lei n 16/93, de 13 de Maio, e do artº 2º do Decreto-Lei nº 88/93, de 23 de Março.

C. Através da Resolução do Conselho de Ministros nº 68/98, de 9 de Junho, o Governo definiu os objectivos estratégicos da Parque EXPO, na fase pós-EXPO`98, destacando-se a obrigação de maximizar a libertação de meios financeiros para amortização do passivo, prosseguindo a política de rigor e contenção em curso, tendo presente critérios de custo-benefício.

D. A Comissão Executiva da Parque EXPO aprovou e implementou o "Documento de Estratégia" da sociedade, através do qual procedeu à redefinição pública da sua Missão e dos seus domínios de actuação.

E. A missão da Parque EXPO consiste presentemente na promoção da qualidade da vida urbana e da competitividade do território, sendo esta entidade, por orientação emanada da própria tutela sectorial exercida pelo Ministério do Ambiente, do Ordenamento do território e do Desenvolvimento regional, um instrumento das políticas publicas de ambiente, ordenamento do território e desenvolvimento urbano, apoiando o Governo na concepção de programas de implementação dessas políticas e actuando como veiculo da sua operacionalização.



Tribunal de Contas

F. A Parque EXPO exerce a sua intervenção no território i) como agente do Estado, ii) como prestadora de serviços ao Estado e outros agentes públicos, iii) eventualmente, assumindo uma participação accionista em sociedades de capitais públicos especificadamente constituídas para uma dada intervenção concreta.

G. No âmbito da sua Missão, a actividade da Parque EXPO para o Estado configura os seguintes produtos finais: i) concepção de Programas Nacionais das políticas públicas ii) contratualização, planeamento e execução de programas de acção territorial, iii) concepção de documentos de enquadramento estratégico aos mais diversos níveis, iv) produção de programas de acção e v) gestão integrada de operações de reabilitação urbana e ambiental e de desenvolvimento urbano.

H. O Estado, no exercício da sua função accionista, definiu as orientações estratégicas para a Parque EXPO no triénio 2008-2010.

I. No que respeita às actividades de gestão urbana da Zona de Intervenção da EXPO`98 (parque das Nações) tal missão encontra-se atribuída desde 2008 à sociedade Parque EXPO - Gestão Urbana entidade a



Tribunal de Contas

quem cabe actualmente a prestação do conjunto de serviços urbanos essenciais anteriormente prosseguidos pela Parque EXPO.

J. O actual código dos Contratos Públicos (CCP), anexo ao Decreto-Lei nº18/2008, de 29 de Janeiro, incorporou a construção da Jurisprudência comunitária relativa á contratação in-house.

K. O nº2 do artº 5º do CCP prescreve que não se encontram sujeitos à Parte II do Código (relativa aos tipos e escolha dos procedimentos em matéria de contratação publica) a formação de contratos (in-house) que obedeçam aos critérios de controlo e actividade, não especificando, tal como a Jurisprudência comunitária, nenhum limite objectivo.

L. Os poderes que competem ao Governo nos termos do regime jurídico geral das empresas públicas estaduais em Portugal, e que lhe permitem formular orientações estratégicas e recomendações sobre a sua actividade, acrescido do próprio controlo que o Estado exerce directamente na nomeação dos titulares dos órgãos sociais, fazem com que se possa reconhecer que o Estado pode exercer sobre estas empresas um controlo análogo ao que exerce sobre institutos públicos com elevado grau de autonomia ou sobre as próprias entidades públicas empresariais.



Tribunal de Contas

M. A alienação de terrenos pela Parque EXPO processou-se de acordo com o consagrado pelo Estado, por conta e em benefício deste, sendo os respectivos resultados afectos, designadamente, à redução do passivo da sociedade resultante do investimento da Administração Central na concepção e realização da EXPO'98, conforme estipulado na Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/98, de 9 de Junho.

N. A actividade imobiliária da Parque EXPO tem vindo a sofrer uma acentuada redução, sobretudo desde 2006, sendo desde 2008, em concreto, extremamente reduzida e com tendência a ficar concluída em definitivo a muito curto prazo.

O. A existência de uma relação in-house, para efeitos de aferição do cumprimento do critério da actividade, deve ter em linha de conta, exclusivamente, a situação da entidade fornecedora no momento da celebração do respectivo contrato.

P. A consideração exclusiva da componente financeira relativa às alienações de terrenos importa a descontextualização das especificidades inerentes à actividade da Parque EXPO, sobretudo as atinentes à sua relação directa com o Estado.



Tribunal de Contas

Q. A expressão financeira relativa à alienação de um terreno não pode ser valorizada em detrimento da efectiva actividade prestada e dos recursos e meios, técnicos e humanos, mobilizados ao serviço do Estado e por determinação deste, expressa em contrapartidas financeiras de muito dimensão e impacto nas contas da sociedade.

R. Para aferição do critério relativo à actividade é necessário considerar o peso efectivo dos recursos e competências mobilizadas para as actividades de apoio ao Estado, e não apenas o volume de negócios revelado na facturação efectuada pela sociedade, a qual não traduz com verdade e rigor a realidade do volume de serviços e do destinatário principal da sua actividade.

S. Além da conclusão da maioria das 10 intervenções Polis que lhe foram confiadas, a Parque EXPO desenvolveu, ao longo de 2008, intensa actividade na concepção, gestão e coordenação das intervenções de requalificação urbana e ambiental ao serviço directo ou por determinação do Estado, tendo para o efeito mobilizado a grande maioria dos seus recursos humanos e técnicos.

T. A Parque EXPO desenvolve a parte essencial da sua actual actividade para o Estado, por intervenção em projectos públicos em matéria de ambiente, ordenamento do território e desenvolvimento urbano, apoiando o



Tribunal de Contas

Governo na concepção de programas de implementação dessas políticas e actuando como veículo da sua operacionalização.

U. Considerando o cumprimento de ambos os critérios definidos pelo nº2 do artº 5º do CCP, nada obsta a que o Estado proceda à contratação directa da Parque EXPO para o exercício de actividades que caibam no seu objecto social e resultem directamente da autoridade, vocação e experiência desta sociedade.

V. Na sequência da Resolução do Conselho de Ministros 99/2006, de 26 de Outubro, a Parque EXPO assumiu a dimensão executiva e operacional da Participação Portuguesa na Expo Saragoça 2008, actuando sob a coordenação do respectivo Comissário Geral e a supervisão dos Ministros de Estado e dos Negócios Estrangeiros e do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional.

W. A contratação da prestação de serviços ao Estado para planeamento e execução da Participação Portuguesa na EXPO Saragoça mereceu a concordância do Tribunal de Contas, nos termos do Despacho proferido sobre o Processo Visado nº 370/08, o qual entende estar perante um contrato in-house e, nessa medida, conceder o requerido visto.



Tribunal de Contas

X. Por despacho do Senhor Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, datado de 10 de Outubro de 2008, foi determinado que a Parque EXPO seria a entidade responsável por assegurar todos os aspectos logísticos da operação relativa à participação de Portugal no V Fórum Mundial da Água (Istambul - Turquia).

Y. A Parque EXPO cumpre perante o Estado os critérios de controlo e actividade para efeitos de contratação in-house, pelo que pode o Estado celebrar com a Parque Expo contratos de prestação de serviços sob aquele regime, nomeadamente no âmbito da participação de Portugal no V Fórum Mundial da Água, não se encontrando assim, para efeitos do CCP, abrangido pela parte II daquele Código...”

V) Em Sessão Diária de Visto, de 22 de Abril de 2009, foi remetida à entidade adjudicante um parecer técnico-financeiro, para sobre ele se pronunciar, o que esta fez, nos seguintes termos:

“A informação técnica dos serviços do Tribunal de Contas toma como pressuposto as contas 71 e 72 para a determinação do volume de negócios da empresa e a conta 211 — Clientes c/c para a determinação da natureza dos seus clientes, para efeitos do apuramento do volume de negócios da Parque Expo com a Administração Central, Administração Local, Sector Empresarial do Estado, Sector Empresarial Local e Entidades Privadas.



Tribunal de Contas

Relativamente às contas 71 e 72, a informação sublinha a redução do peso da venda de terrenos e a quebra de 57,22% do volume de negócios entre 2006 e 2008, o qual se contém num total de 21,85M€ em 2008.

No que toca à conta 211, a informação constata uma ligeira subida dos montantes debitados a clientes de 3,36% nos anos de 2006 a 2008, atingindo o valor da facturação o total de 168,8M€ em 2008.

Ainda relativamente a esta conta, a informação apura o peso relativo de cada categoria de cliente (clientes do sector público e clientes do sector privado) e na categoria de clientes do sector público o peso relativo de cada sub-categoria (Administração Central, Sector Empresarial do Estado, Administração Local e Sector Empresarial Local), tomando como base os valores debitados.

Ora, os valores debitados na conta 211 não servem os propósitos em vista, por distorcerem os dados apurados.

Com efeito, aquela conta integra, por um lado, os movimentos a débito num determinado período e, por outro lado, os movimentos dos saldos de abertura do ano. Assim, relativamente ao ano de 2008, os movimentos a débito atingiram 121.199.809,83€ e o saldo final de 2007 transitado para 2008 foi de 47.607.123,44€.

Daqui resulta que se o saldo transitado de 47.607.123,44€ não for expurgado do ano de 2008, essa verba é objecto de dupla consideração, por ter sido já considerada na análise ao ano de 2007.

Este fenómeno de dupla consideração está ainda presente em todas as situações em que a facturação tenha sido anulada, por algum motivo, através de nota de crédito, e posteriormente



Tribunal de Contas

reemitida. Assim, com referência novamente ao ano de 2008, foram facturados à Câmara Municipal de Lisboa os juros do acordo de dívida e os encargos com a Gestão Urbana, tendo a facturação sido posteriormente anulada e reemitida, referindo-se, a título de exemplo, a factura referente aos juros do acordo de dívida, que inicialmente foi objecto de uma única factura compreendendo o período de 01/01/2007 a 15/03/2008, posteriormente anulada através de nota de crédito, seguindo-se o envio de duas facturas, uma com os juros de 2007 e a outra com os juros de 2008.

Estes movimentos levaram a que o total debitado à Câmara Municipal de Lisboa na conta 211 atingisse 71,3M€, quando, na realidade, o valor correcto se ficou em cerca de 32M€, sendo certo que este valor não representa qualquer proveito para a Parque Expo mas apenas o ressarcimento dos custos incorridos.

Sendo, portanto, patente que a conta 211 só por si não traduz a realidade da expressão financeira da actividade da empresa num determinado período, é nosso entendimento que o apuramento do volume de negócios da Parque Expo com o Sector Público e o Sector Privado deve assentar numa metodologia que tome como base o universo dos valores das vendas e das prestações de serviços registados nas contas 71 e 72, que de seguida identifique os clientes destinatários desses negócios e que finalmente determine o peso relativo de cada categoria de clientes no conjunto desses negócios.

Assim, limitando a análise ao ano de 2008, por ser o ano em que foi celebrado o contrato agora em processo de visto, temos que o volume de negócios registado nesse ano se repartiu pelas seguintes contas:



Tribunal de Contas

Código Conta	Designação da Conta	Sector			Total
		Público	Público internacional	Privado	
7111	Venda de terrenos			9.333.786	9.333.786
7210111	Gestão de Mandato (POLIS)	2.528.264			2.528.264
7210112	Gestão de projectos	4.201.768	656.457	58.200	4.916.426
721021	Arrendamentos	46.473		111.922	158.395
721022	Concessões	11.971		379.866	391.837
721023	Estacionamentos	47.333		710.049	757.382
721024	Cedência de exploração	2.678.835		87.307	2.766.141
721031	Bilheteira-Tx reduzida			13.310	13.310
72104	Aluguer de espaços	42.591		868.680	911.270
72502	Organização de eventos			37	37
Total		9.557.236	656.457	11.637.155	21.850.848,00

Adaptando as contas apuradas às actividades desenvolvidas pela empresa, obtemos o seguinte quadro:



Tribunal de Contas

Actividades	Sector			Total
	Público	Público internacional	Privado	
<i>Alienação de terrenos</i>			9.333.786	9.333.786
<i>Requalificação urbana</i>	6.017.633	656.457	82.200	6.756.290
<i>Gestão de activos</i>	2.802.778		1.053.590	3.856.368
<i>Gestão Urbana</i>	12.284		875.866	888.150
<i>Representação portuguesa em eventos internacionais</i>	712.400			712.400
<i>Conexas com a alienação de terrenos</i>	11.971		267.752	279.723
<i>Geral</i>	170		23.962	24.132
Total	9.557.236	656.457	11.637.155	21.850.848

Do conjunto destas actividades merecem uma particular atenção as referentes á alienação de terrenos, à Gestão Urbana e às conexas com a alienação de terrenos, por se tratar de actividades ligadas ao cumprimento da missão confiada à Parque Expo de, em nome do Estado, organizar a Exposição Mundial de Lisboa e assegurar a recuperação e conversão da Zona de Intervenção, missão essa que se encontra na sua fase final.



Tribunal de Contas

Especialmente, as receitas da alienação de terrenos e as conexas com a alienação de terrenos foram e são a fonte essencial do financiamento dessa missão, não devendo, por conseguinte, relevar para outros efeitos.

As actividades de Gestão Urbana são exercidas por conta das Câmaras e as receitas dela provenientes são receitas camarárias, incluídas no encontro de contas, relativo aos encargos com a Gestão Urbana no Parque das Nações.

Acresce que a actividade da Parque Expo está centrada na realização de operações de renovação urbana e requalificação ambiental, tendo aquelas actividades de alienação de terrenos e de gestão urbana deixado de fazer parte do seu “core”.

Justifica-se, assim, na nossa perspectiva, que o apuramento do peso relativo de cada categoria de clientes, no conjunto das actividades correntes da empresa, deverá ter em consideração o volume de negócios registado nas contas 71 e 72, excluindo as receitas das actividades de alienação de terrenos, Gestão Urbana e conexas com a alienação de terrenos.

Nessa conformidade, como resulta do mapa seguinte, observa-se que, em 2008, o Sector Privado representou 10% dos clientes da empresa, distribuindo-se os restantes 90% pelo Sector Público Nacional (84°) e pelo Sector Público internacional 6%.

Actividades	Sector			Total
	Público	Público internacional	Privado	
Requalificação urbana	6.017.633	656.457	82.200	6.756.290



Tribunal de Contas

<i>Gestão de activos</i>	2.802.778		1.053.590	3.856.368
<i>Representação portuguesa em eventos internacionais</i>	712.400			712.400
<i>Geral</i>	170		23.962	24.132
Total	9.532.980	656.457	1.159.752	11.349.190
	84%	6%		
	90%		10%	100%

2.2. O DIREITO

2.2.1. Do Acórdão recorrido

A não concessão de visto ao contrato fundamentou-se, no essencial, na seguinte argumentação:



Tribunal de Contas

- a) O MAOTDR e a Expo 98, S.A., por considerarem verificados os dois requisitos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP), não aplicaram à formação do contrato em causa - vulgo contrato *in house* - a parte II do CCP, tendo, conseqüentemente, MAOTDR procedido à sua adjudicação por ajuste directo;
- b) O aresto recorrido considerando **(i)** os poderes que, em geral, o Estado exerce na gestão do seu sector empresarial, incluindo, no caso da Parque Expo, as orientações específicas dirigidas ao seu Conselho de Administração, aliados aos **(ii)** poderes que, em especial, resultam da titularidade de 99,43% do capital social da sociedade, que permitem ao Estado eleger os titulares dos órgãos da Parque Expo e exercer, indirectamente, a fiscalização da sua actividade através do Conselho Fiscal também eleito por si, **entendeu mostrar-se verificado o requisito da alínea a) do n.º 2 do art.º 5.º do CCP**, ou seja, entendeu que o Estado exerce sobre a Parque Expo um controlo análogo àquele que exerce sobre os seus próprios serviços;



Tribunal de Contas

c) Considerou, contudo, não se verificar o requisito previsto na alínea b) do n.º 2 do art.º 5.º do CCP, porquanto:

1. *“Aplicando os princípios (emanados da jurisprudência comunitária) ao caso que nos ocupa, poderá considerar-se que a Parque Expo, SA, realiza o essencial da sua actividade para o Estado que a controla - na acepção do Acórdão Teckal, já referido – se a actividade desta empresa for dirigida principalmente ao Estado, revestindo qualquer outra actividade apenas carácter marginal”*

2. *“...para apreciar se uma empresa realiza o essencial da sua actividade em proveito da(s) entidade que a controla(m), a fim de decidir da aplicabilidade da Directiva 93/36/CEE, há que tomar em conta todas as actividades que a empresa realiza, com base na adjudicação feita pela(s) entidade(s), independentemente de quem remunera esta actividade, e quer se trate da(s) própria(s) entidades adjudicantes ou do utilizador das prestações fornecidas, sendo irrelevante o território onde esta actividade é exercida;*



Tribunal de Contas

3. No acórdão Tragsa, o TJUE socorreu-se de um critério quantitativo. **Tratou-se do volume de negócios.** Ora, na situação do Acórdão Tragsa, o TJUE considerou preenchido o segundo requisito, **numa situação concreta** ¹⁶em que, 90% do total das actividades da adjudicatária, era realizado em benefício da entidade adjudicante;

4. **Se atendermos ao volume de negócios da “Parque Expo, SA (vide matéria de facto dada por assente na alínea R) do probatório), constatamos que o seu grande envolvimento é com o sector privado;**

5. **Os proventos auferidos pela “Parque Expo, SA, neste momento, advêm-lhe, sobretudo, da actividade enunciada na alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º dos seus Estatutos, ou seja, da gestão e rentabilização do património imobiliário (estruturas e infra-estruturas definitivas, construídas no âmbito do projecto global da Expo 98 e que constituem parte do seu activo);**

¹⁶ O evidenciado é nosso.



Tribunal de Contas

6. As receitas provenientes das prestações de serviços no que respeita às actividades enunciadas nas supra indicadas alíneas d) e e) – intervenção em projectos de ordenamento do território e urbanísticos, designadamente de reabilitação urbana e recuperação de patrimónios arquitectónicos, e de valorização ambiental – provém de contratos com entes públicos, mas tem um peso diminuto no volume de negócios – vide matéria factual constante da alínea R) do probatório;

7. Não pode, pelas razões supra referidas, considerar-se preenchido o segundo requisito – “o da essencialidade da actividade ser desenvolvida em proveito da(s) entidade(s) adjudicante (s).”;

8. Da leitura do Relatório e Contas de 2008, da “Parque Expo, S.A.”, junto aos autos – vide matéria de facto dada como assente na alínea L) do probatório – conclui-se que a missão da “Parque Expo, S.A foi repensada, identificando-se, como “core business” desta empresa, a



Tribunal de Contas

prestação de serviços de concepção e gestão de projectos de reordenamento urbano, urbanísticos e de valorização ambiental;

9. No entanto, e neste momento, a actividade tida como essencial pelos gestores da “Parque Expo, S.A.” ainda não se assume como muito relevante, em termos de negócios;

*10. Mesmo admitindo, por hipótese, que o essencial da actividade da “Parque Expo, SA”, reside na prestação de serviços de projectos de reordenamento urbano e afins, não se afigura possível considerar preenchido o segundo critério”, já que “o legislador exige que o essencial da actividade da empresa co-contratante seja prestado em **benefício** de uma ou de várias entidades adjudicantes, que exerçam sobre ela o controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços (vide o artigo 5.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Código dos Contratos Públicos). Ora, **quem exerce o controlo análogo sobre a “Parque Expo, SA”** ? Vimos que é o Estado, pois detém 99, 43% do capital social da “Parque Expo, SA”. **A quem presta a Parque Expo SA” os serviços relativos a projectos de***



Tribunal de Contas

ordenamento do território e urbanísticos?(...) os destinatários desses serviços são as sociedades Pólis, as empresas municipais e os municípios;

*11. É certo que a entidade adjudicante veio alegar que os serviços prestados, pela “Parque Expo, SA”, às Sociedades Pólis, às Câmaras Municipais e às empresas municipais, foram prestados **por determinação do Estado**, tendo sido determinadas por diversas Resoluções de Conselho de Ministros (vide Resoluções do Conselho de Ministros nº 90/2008, de 3 de Junho, 78/2008, de 15 de Maio, nº 137/2008 de 12 de Setembro, Decreto-Lei nº 92/2008, de 3 de Junho, Decreto-Lei nº 231/2008 de 28 de Novembro e Decreto-Lei nº 11/2009, de 12 de Janeiro;*

12. Ora, não sendo claro que o benefício daqueles contratos possa considerar-se como revertendo em favor do Estado, importa relembrar-se, no entanto, a ideia essencial vertida nos Acórdãos Stadt Halle e Parking Brixen e que é a seguinte: Tratando-se a contratação in house, de uma excepção às regras gerais do direito



Tribunal de Contas

*comunitário, as duas condições enunciadas devem ser **objecto de uma interpretação restritiva**, recaindo, sobre aquele que as invoca, o ónus da prova de que existem efectivamente circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação das ditas regras gerais;*

*13. Aliás, um outro aspecto deve ser ponderado, relativamente a esta actividade da “Parque Expo, SA”: Refere-se no Relatório e Contas de 2008, que a estratégia da empresa passa por internacionalizar esta actividade, tendo como destinos-alvo, o Norte de África e os Países Africanos de língua oficial portuguesa, tendo já sido adjudicados dois novos projectos (vide a matéria de facto, dada por assente, na alínea **M**) do probatório);*

14. Tende, assim, a “Parque Expo, SA”, a comportar-se também, neste nicho de actividade, como um agente económico em livre concorrência, e em paridade com outros operadores económicos que, nesse âmbito, desenvolvam a sua actividade;



Tribunal de Contas

*15. Além disso, também não podemos esquecer que a “Parque Expo, SA” detém um conjunto importante de participações, noutras sociedades, facto que afastará a empresa, nas relações contratuais com o Estado, de uma relação típica da relação in-house – vide a matéria constante das alíneas **M) e N)** do probatório.*

2.2.2. Do invocado erro de julgamento decorrente de uma errada interpretação da alínea b) do n.º 2 do artigo 5º do CCP

Alega, muito sinteticamente, o Recorrente:

- É inaceitável o **critério quantitativo** utilizado no Acórdão recorrido, que assenta na identificação de quem são as entidades que assumem formalmente o papel de contrapartes nos contratos que a Parque Expo celebra e que a remuneram pelas suas prestações, **quando tais contratos são celebrados em obediência a um comando directo do Estado;**



Tribunal de Contas

- Tal critério é, de resto, vedado, quer pela ordem jurídica nacional, quer pela ordem jurídica comunitária, para o apuramento da existência de uma relação *in house*;
- Na verdade, **o legislador** do Código dos Contratos Públicos **proibiu esse critério quantitativo** e promotor da certeza jurídica e adoptou uma redacção dotada de um elevado grau de abstracção, incerteza e indeterminação, limitando-se a consagrar no n.º 2 do artigo 5.º a possibilidade de desaplicação do regime da contratação pública **se o “essencial” da actividade dominada é realizado em benefício da tutela**;
- Impõe-se, assim, ao intérprete uma avaliação individual das circunstâncias de cada caso, em ordem a determinar **a relevância das actividades que a empresa dominada realiza em virtude das decisões tomadas pela tutela e para as quais é dispensado o seu consentimento e eliminada a sua autonomia de vontade**;
- O juiz, ao cumprir o seu dever, como se afirma no Acórdão recorrido, de “tomar em consideração todas as circunstâncias do



Tribunal de Contas

caso em apreço, tanto qualitativas como quantitativas”, **tem necessariamente que concluir que a Parque Expo não dispõe de autonomia real para contrariar a “vontade decisória única” da Administração-mãe;**

- Sendo assim, é incontornável concluir que **o essencial da actividade da Parque Expo é realizado em benefício da entidade – o Estado – que exerce sobre ela um controlo análogo ao controlo que exerce sobre os seus próprios serviços.**

Vejamos, agora, se assiste razão à Recorrente.

2.2.2.1. Da caracterização da contratação “*in house*”

A) Considerações gerais

O art.º 5.º do CCP dispõe, no seu n.º 2, o seguinte:



Tribunal de Contas

2- A parte II do presente código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:

a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta (ou seja da entidade adjudicatária) isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e

b) Esta entidade (adjudicatária) 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.”

Acolheu-se, assim, no texto do art.º 5.º, a jurisprudência do TJCE iniciada no Acórdão *Teckal*¹⁷ e reafirmada em diversos outros

¹⁷ Acórdão de 18NOV1999, C-107/98



Tribunal de Contas

acórdãos, designadamente no Acórdão *Stadt Halle e Parking Brixen*

18

No Acórdão *Teckel*, o TJCE fixou como condições para a exclusão das regras relativas aos processos de adjudicação de contratos públicos de fornecimentos (constantes, à data, da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993): **(i)** que a entidade adjudicante exerça sobre o adjudicatário um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, e **(ii)** que essa entidade realize o essencial da sua actividade com a(s) entidade(s) adjudicante(s) que a controla(m).

A fixação destas condições visou evitar o falseamento da concorrência e garantir as liberdades económicas fundamentais, designadamente a liberdade de prestação de serviços¹⁹.

¹⁸ Acórdãos de 11JAN2005, C-26/03, e de 13OUT2005, C-458/03, respectivamente.

¹⁹ v., neste sentido, Acórdãos de 11 de Janeiro de 2005, *Stadt Hall*, C-26/03, n.º 44, e de 11 de Maio de 2006, *Carbotermo*, C-340/04, n.ºs 58 a 62.



Tribunal de Contas

Tal como é afirmado no Acórdão *Carbotermo*, a **condição da essencialidade tem por objecto assegurar que a Directiva Comunitária** relativa aos processos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento (à data, a Directiva 93/36) “...**continue a ser aplicável quando esteja activa no mercado uma empresa controlada por uma ou várias autarquias e que pode, portanto, entrar em concorrência com outras empresas**” (Acórdão de 11 de Maio de 2006, *Carbotermo*, C-340/04, n.º 60).

No mesmo acórdão, o TJCE refere que “...*uma empresa não fica necessariamente privada da respectiva liberdade de acção pelo simples facto de as decisões que lhe dizem respeito serem controladas pela autarquia que a detém, se, apesar disso, puder exercer uma parte importante da sua actividade económica com outros operadores*” (Acórdão de 11 de Maio de 2006, *Carbotermo*, C-340/04, n.º 61)

Ainda, de acordo com o que TJCE afirma no acórdão *Carbotermo*, é necessário, em ordem a preservar a concorrência, que as prestações



Tribunal de Contas

da empresa controlada sejam **substancialmente** destinadas à(s) entidade(s) que a controlam (Acórdão de 11 de Maio de 2006, Carbotermo, C-340/04, n.º 62).

O TJCE entende que se pode considerar que uma empresa realiza o essencial da sua actividade com a(s) entidade(s) que a controla(m) quando tal actividade é consagrada **principalmente** a esta(s) entidade(s), “**revestindo qualquer outra actividade apenas carácter marginal**” (acórdão de 11 de Maio de 2006, Carbotermo, C-340/04, n.º 71)

Em ordem a determinar se a condição da essencialidade se verifica., “ o juiz competente deve tomar em consideração todas as circunstâncias do caso em apreço, tanto quantitativas como qualitativas” (citado Acórdão Carbotermo).

No acórdão *Tragsa* (processo C-295/05), de 19 de Abril de 2007, o TJCE considerou verificada a condição da essencialidade em virtude de 90% da actividade da empresa adjudicatária ser realizada com as



Tribunal de Contas

entidades que a detêm. Mas isto “...**sem prejuízo do posterior exame a realizar pelo tribunal de reenvio...**” (n.ºs 63 e 64).

Refira-se, a propósito, que a Comissão entendeu não ser possível determinar, a partir dos números disponíveis, qual a parte do volume total de negócios representada pelas actividades da empresa *Tragsa* na sua qualidade de “*organismo de execução próprio e serviço técnico*” da Administração (cfr. Conclusões do Advogado-Geral, L.A. Geelhoed, apresentadas em 28 de Setembro de 2006, proc. C-295/05, n.º 23), **o que nos inculca, claramente, a ideia de que a Comissão parece ter entendido ser insuficiente, ou desadequado, o critério do volume total de negócios.**

De resto, e no que se refere à dimensão quantitativa, os acórdãos do TJCE, incluindo o acórdão *Teckel*, não contêm qualquer indicação sobre o **método de cálculo do volume de negócios.**

A Jurisprudência do TJCE também não fornece qualquer indicação relativamente à interpretação do resultado quantitativo a que se chegue, após o cálculo do volume de



Tribunal de Contas

negócios. Isto é, o TJCE não refere qualquer limiar a partir do qual se deva considerar verificada a condição da **essencialidade, o que, de resto, acontece, igualmente, na redacção do art.º 5.º, n.º 2 do CCP que transpôs as referidas condições.**

A condição da *essencialidade* não constitui uma finalidade em si mesma; ela é instrumental do princípio da concorrência e das liberdades fundamentais, consagradas no Tratado da Comunidade Europeia (TCE).

Assim, a interpretação contida na alínea b) do n.º 2 do art.º 5.º do CCP há-de ser feita em conformidade com os princípios e liberdades fundamentais consagrados no TCE e, também, na Constituição da República Portuguesa (CRP).

Citamos, a este propósito, o art.º 10.º do TCE, do qual decorre o princípio da interpretação em conformidade com o TCE: “*Os Estados-Membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado.*”.



Tribunal de Contas

Ou seja, a consideração quer dos elementos quantitativos quer dos aspectos qualitativos, não pode, pois, deixar de ter como referencial o núcleo dos princípios e liberdades fundamentais consagrados quer no TCE quer na CRP.

Tal como é referido pelo Advogado-Geral GEELHOED, nas conclusões apresentadas no acórdão *Tragsa*, a questão de saber se uma entidade constitui um meio técnico ou administrativo próprio das entidades adjudicantes “...**deverá ser apreciada à luz do direito comunitário primário, em especial, dos artigos 12.º do CE** (proibição da discriminação), **43.º CE** (direito de estabelecimento) e **49.º CE** (liberdade de prestação de serviços)” (cit., n.º 52).

B) Das razões que terão levado o TJCE e o legislador nacional a enunciar a condição da essencialidade, a par do controlo análogo



Tribunal de Contas

Tal como referimos supra, a condição da **essencialidade** tem por objectivo assegurar que a Directiva comunitária relativa a processos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento continue a ser aplicável **quando esteja activa no mercado** uma empresa relativamente à qual seja exercido um controlo análogo, que, em virtude dessa actividade no mercado, **possa entrar em concorrência com outras empresas**²⁰.

É que uma entidade adjudicatária pode desenvolver, por exemplo, 90% da sua actividade com as entidades adjudicantes e, no entanto, num caso concreto, estarem em causa acções que se inserem num sector de actividade em que a entidade adjudicatária concorre com outras empresas.

Concretizando um pouco mais:

- Sobre a entidade **A** é exercido um “controlo análogo” pela entidade **B**.

²⁰ Citado Acórdão de 11 de Maio de 2006, Carbotermo.



Tribunal de Contas

- Suponha-se, agora, que a entidade **A** realiza 90% da sua actividade para a entidade **B**;
- Os restantes 10% da actividade desenvolvida pela entidade **A** inserem-se no âmbito da prestação de serviços de organização de eventos (sendo que esta actividade não está abrangida pelos restantes 90% nem, tampouco, têm correspondência nas **atribuições** originariamente a cargo da entidade **B**);
- Pense-se, agora, que a entidade **B**, desejando organizar um evento, em vez de se sujeitar às regras da contratação pública, decide incumbir a entidade **A** dessa tarefa;
- Não há dúvida que, se considerarmos o volume de negócios total, a entidade **B** desenvolve o essencial da sua actividade para a entidade **A**;
- Contudo, esta tem liberdade de actuação no sector de actividade em causa (organização de eventos) **concorrendo com outras empresas**.



Tribunal de Contas

- Ora, uma interpretação em conformidade com o TCE, e porque aquela prática é apta a pôr em causa o princípio de abertura à concorrência e a liberdade de prestação de serviços, a entidade adjudicante estaria vinculada às regras da contratação pública constantes da legislação nacional que haja transposto a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (cfr. artigos 86.º a 89.º do Tratado);
- Na verdade, e tal como afirma o Advogado-Geral GELLHOED, nas conclusões apresentadas no processo *Tragsa*, “*se uma pessoa colectiva realiza a maior parte das suas actividades como serviço de execução “próprio” de um ou mais organismos públicos e executa uma parte mais reduzida das suas actividades em condições de concorrência para outros organismos públicos e clientes particulares, **coloca-se a questão de saber em que qualidade fornece estas últimas prestações**” (cit. n.º 67);*



Tribunal de Contas

- Ora, de acordo com GELLHOED, e numa interpretação em conformidade com o disposto no art.º 86.º do TCE, a condição da essencialidade deverá ser interpretada “**no sentido de que também proíbe a solicitação aos serviços de execução “próprios” ou a pessoas colectivas controladas pelo poder público intervenções não abrangidas pelas suas competências legais, administrativas ou estatutárias**” (cit., n.º 119);
- É que, de acordo com o mesmo Advogado-Geral, “*Se um serviço de execução interno próprio de um organismo público aparece em segmentos de mercados abertos, sem que sejam adoptadas medidas eficazes e transparentes para impedir a utilização no âmbito da concorrência dentro destes segmentos de eventuais benefícios materiais financeiros de que este serviço goza pelo facto de, em relação à maior parte das suas actividades, intervir como organismo de execução de um organismo público, não se cumprem, neste caso,*



Tribunal de Contas

os requisitos explícitos estabelecidos no artigo 86.º, n.º 1, CE (cit., n.º 114).

- Tal incumprimento violaria, mais especificamente, “...os artigos 43.º CE e 49.º CE, porque os serviços de execução próprios que realizam trabalhos adicionais nos mercados nacionais abertos podem dificultar o acesso de potenciais interessados provenientes de outros Estados-Membros” (cit., n.º 115).
- **Mas também pode acontecer que o Estado exerça sobre uma sociedade anónima um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.**
- Em regra, é na qualidade de accionista que o Estado exerce o controlo sobre uma empresa pública sob a forma de sociedade anónima.
- Estando aquelas sujeitas à concorrência, existem, contudo, exceções.



Tribunal de Contas

- São os casos em que o Estado incumbe aquelas da gestão de serviços de interesse económico geral ou de apoio à gestão do património do Estado (art.º 9.º do DL 558/99, de 17/12).
- É, pois, em virtude, de se poderem verificarem estas excepções que o TJCE admite, como possibilidade, a verificação de uma relação *in house* entre o Estado e uma sociedade anónima por este controlada.
- Ou seja, é também por esta razão que TJCE exige, para além da verificação do *controlo análogo*, a verificação da condição da *essencialidade*.
- A condição da *essencialidade*, porém, só se encontrará verificada se a sociedade anónima adjudicatária não desenvolver uma actividade no mercado em concorrência com outras. E isto porque só nesta situação poderemos concluir que a empresa adjudicatária não dispõe de qualquer liberdade de acção, ou que esta é *meramente residual*, constituindo um prolongamento da actividade adjudicante.



Tribunal de Contas

- De facto, e tal como refere Alexandra Leitão, in CJA n.º 65, pág. 21, as entidades públicas empresariais, ao invés do que acontece com as empresas públicas, *“estão sujeitas, praticamente, ao mesmo tipo de tutela e superintendência que os institutos públicos, apesar de a Lei n.º 3/2004, de 15/1, não lhes ser aplicável. Podem mesmo considerar-se uma espécie de empresas públicas do tipo institucional ou institutos públicos empresariais, uma vez que os poderes exercidos pelo ministro sectorialmente competente e pelo Ministro das Finanças são autênticos poderes de tutela administrativa, ao contrário do que acontece com as empresas públicas, relativamente às quais o Estado exerce a sua função de accionista, nos termos dos artigos 10.º a 13.º do DL 558/99, de 17/12. Por isso, a intensidade dos poderes exercidos pelo Estado relativamente às entidades públicas empresariais aproxima-se muito do conceito de “controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços” adoptado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. (...) Pelo*



Tribunal de Contas

contrário, no que respeita às empresas públicas, a regra geral deve ser a da sujeição aos procedimentos pré-contratuais, excepto quando se demonstre, em concreto, a verificação das condições do Acórdão Teckal.”

C) Da possibilidade de, *in casu*, existir susceptibilidade de falseamento da concorrência ou de restrição da liberdade de prestação de serviços.

- Nos termos do art.º 4/1 dos Estatutos da Parque Expo 98, S.A., o seu **objecto principal** é *a realização do projecto de reordenação urbana da zona de intervenção da Exposição Internacional de Lisboa de 1998, abreviadamente designada por “EXPO 98”, bem como a concepção, execução, exploração e desmantelamento dessa Exposição”*.
- De harmonia com o n.º 2 do art.º 4.º dos Estatutos da Parque Expo 98, na sua redacção actual, **ao objecto principal** referido na alínea anterior, **acresce**, ainda, **sem qualquer**



Tribunal de Contas

limitação geográfica, o desenvolvimento de outras actividades, aí enunciadas.

- De acordo com o n.º 3 do art.º 4.º dos Estatutos, a Parque Expo 98, S.A., **no exercício da sua actividade social**, pode não só constituir outras sociedades, mas também adquirir ou alienar participações no capital social de outras sociedades, **mesmo que com objecto social diferente do seu**, carecendo em qualquer dos casos de autorização prévia da Assembleia Geral sempre que tal envolva uma sociedade em relação à qual exista, ou passe a existir, uma relação de domínio.
- A Parque Expo 98, S.A., detém as seguintes participações noutras sociedades:
 1. Sociedade Oceanário de Lisboa (100%)
 2. Atlântico – Pavilhão Multiusos de Lisboa, S.A. (100%)



Tribunal de Contas

3. Parque Expo Imobiliária, SA (100%)
4. Telecabine de Lisboa, Lda (30%)
5. EXPOB11 – Promoção e Desenvolvimento Imobiliário, SA (30%)
6. EXPO12 – Promoção e Desenvolvimento Imobiliário, SA (30%)
7. Pólo das Nações – Construções e Empreendimentos Imobiliários, SA (30%)
8. Marina do Parque das Nações, SA (99,55%);
9. Coimbra Valorsul – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos da Área Metropolitana de Lisboa (Norte), SA (1,25%)
10. Blueticket – Serviços de Bilhética, SA (100%);



Tribunal de Contas

11.Parque Expo – Gestão Urbana do Parque das Nações, S.A.
(100%);

- A Parque Expo 98, S.A., desenvolve, pois, directa ou indirectamente, actividades em diversos mercados, nos quais dispõe de liberdade de acção, concorrendo com as demais empresas que actuam nos mesmos.
- **No caso em apreço estamos perante um contrato de prestação de serviços celebrado entre o Ministério do Ambiente do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional e a Parque Expo, SA, nos termos do qual “...a Parque EXPO será responsável por assegurar todos os aspectos logísticos da operação (de participação de Portugal no V Fórum Mundial da Água) e a angariação de patrocínios que viabilizem as várias componentes inerentes à participação de Portugal naquele evento...” (cfr. al. D) das considerações que antecedem o clausulado do contrato);**



Tribunal de Contas

- O objecto do contrato compreende, designadamente, a prestação de serviços de concepção, fornecimento e montagem do espaço expositivo de Portugal (stand de Portugal), de animação desse espaço, de organização da participação do Fórum, o que inclui aspectos relacionados com estadias e deslocações, de gestão de actividades, de edição de publicações, de produção de brindes, etc. (cfr. Anexo ao contrato);
- O objecto do contrato de prestação de serviços ora em causa permite-nos delimitar, em termos materiais, *o mercado relevante, mercado esse que, in casu, abrange os diversos serviços prestados no âmbito da organização de certames e eventos.*
- A organização de certames e eventos não se insere, directamente, no âmbito das atribuições cometidas por lei ao Ministério do Ambiente do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (cfr. art.º 2, do DL 207/2006, de 27



Tribunal de Contas

de Outubro), constituindo antes tarefa instrumental para a prossecução da sua missão.

- Neste caso, a referida actividade é técnica ou economicamente separada da missão originariamente prosseguida pelo MAOTDR, não sendo estritamente necessária à sua concretização.
- **Certo certo é que a organização de *certames e eventos* não constitui uma tarefa material originariamente a cargo do Ministério do Ambiente, pelo que o desenvolvimento de tal actividade por uma outra entidade não pode, em circunstância alguma, ser perspectivado como um prolongamento das tarefas desenvolvidas pelo Ministério, não podendo, por conseguinte, essa entidade ser perspectivada como um *prolongamento administrativo deste*.**
- **A actividade de prestação de serviços no mercado de *organização de certames e eventos* é, pois, no caso em apreço, desenvolvida pela sociedade EXPO, SA, em**



Tribunal de Contas

concorrência com as demais empresas que actuam no mesmo mercado e certames e eventos (o denominado *mercado relevante*).

- **Ora, o n.º 1 do art.º 8.º do DL 558/99, determina que** “*as empresas públicas estão sujeitas às regras gerais de concorrência, nacionais e comunitárias*”.
- **O n.º 2 do art.º 8.º do DL 558/99, por seu lado, dispõe que** “*das relações entre empresas públicas e o Estado ou outros entes públicos não poderão resultar situações que, sob qualquer forma, sejam susceptíveis de impedir falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do território nacional*”.
- **Nos termos do art.º 9.º do DL 558/99, tais disposições não prejudicam** “*regimes derogatórios especiais, devidamente justificados, sempre que a aplicação das normas gerais de concorrência seja susceptível de frustrar,*



Tribunal de Contas

de direito ou de facto, as missões confiadas às empresas públicas incumbidas da gestão de serviços de interesse geral ou que apoiem a gestão do património do Estado”.

- No caso vertente, os serviços prestados *não podem ser qualificados como serviços de interesse económico geral nem se inserem no âmbito da gestão do património do Estado*, pelo que não se justifica qualquer regime derogatório geral especial.
- **Não existe, portanto, qualquer razão para afastar o regime regra constante do DL 558/99 de sujeição das empresas públicas às regras da concorrência.**
- **A adjudicação por ajuste directo, do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Ministério do Ambiente e a Parque Expo é apta a restringir ou falsear a concorrência no mercado de organização de certames e eventos, ameaçando o princípio da concorrência, subjacente ao CCP e à Directiva 2004/18/CE e o**



Tribunal de Contas

consagrado no direito europeu originário (cfr. designadamente, arts. 3.º1/g), 4.º/1 e 87.º/1, TCE) e na Constituição da República Portuguesa (art.º 81.º, f), da CRP).

- O facto de a adjudicação, por ajuste directo, deste contrato ser apta a restringir ou falsear a concorrência no mercado relevante – o da organização de *eventos e certames* - evidencia que a actividade da empresa Parque Expo, S.A, não é desenvolvida essencialmente em benefício da entidade adjudicante.
- A condição da *essencialidade*, enunciada no n.º 2 do art.º 5.º do CCP, não se verifica neste caso concreto, pelo que se considera ser aplicável à formação do contrato em apreço as disposições constantes da parte II do CCP.

Em síntese: não tendo o objecto do contrato qualquer correspondência nas atribuições legalmente cometidas à entidade adjudicante – o MAOTDR - e desenvolvendo a sociedade adjudicatária – EXPO, 98, S.A. – diversas actividades em



Tribunal de Contas

concorrência com outras sociedades, incluindo a ora em apreço – fica prejudicada o alegado erro de julgamento com fundamento na apreciação quantitativa do volume de negócios da Expo, 98 S.A., procedendo, o vício de violação de lei invocado pelo MP.

D) Das consequências decorrentes do facto de o contrato em causa não poder ser considerado um contrato *in house*, por não se verificar a condição a que se reporta o n.º 2, alínea b) do art.º 5.º do CCP

No caso *sub judice*, e como já atrás referimos, o contrato foi antecedido de um procedimento por *ajuste directo*.

A escolha do ajuste directo, nos termos do disposto no artigo 20º, nº1, al. a), o Código dos Contratos Públicos (CCP), só permite a celebração de contratos, da espécie do presente, de valor inferior a € 75.000,00.

Nos termos do disposto no artigo 20º, nº1, al. b) do CCP, para a celebração de contratos de *qualquer valor*, é necessária a escolha do *concurso público* ou do *concurso limitado por prévia*



Tribunal de Contas

qualificação, salvo quando os respectivos anúncios não sejam publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, caso em que a escolha de algum destes procedimentos, só permite a celebração de contratos de valor inferior ao referido na alínea b), do artigo 7º, da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março. ²¹

Mostra-se, assim, violado o disposto na alínea b) do n.º 2 do art.º 20.º do CCP.

Ora, como é jurisprudência pacífica deste Tribunal, a falta de concurso público, ou concurso limitado por prévia qualificação, quando legalmente exigíveis - e se adopta o procedimento denominado de ajuste directo -, é elemento essencial da adjudicação, pelo que a sua ausência é geradora de nulidade da adjudicação (art.º 133.º, n.º 1, do CPA); nulidade que se transmite ao contrato (art.º 284, n.º 2 do CCP) e constitui fundamento de

²¹ € 206.050,00 face à Portaria nº 701-C/2008, de 29 de Julho.



Tribunal de Contas

recusa de visto de acordo com o disposto no art.º 44.º, n.º 3, al. a), da Lei 98/97, de 26/04.

Tal nulidade é, por outro lado, fundamento de recusa de visto, de acordo com o disposto no artigo 44º, nº3, alínea a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

3. DECISÃO

Termos, em que pelos fundamentos expostos, se decide negar provimento ao recurso jurisdicional ora interposto.

São devidos emolumentos.

Registe e notifique.

Lisboa, 19 de Janeiro de 2010.

Os Juízes Conselheiros



Tribunal de Contas

(Helena Ferreira Lopes)

(Manuel Mota Botelho)

(António Santos Carvalho)

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)