



Não transitado em julgado

ACÓRDÃO N.º 14/2016 – 14.JUL-1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 09/2015-R

(Processos de fiscalização prévia n.º 1085 a 1094/2015)

Relatora: Helena Abreu Lopes

I. RELATÓRIO

1. Pelo Acórdão n.º 09/2015-30.JUN-1.ªS/SS, o Tribunal de Contas recusou o visto a onze contratos de prestação de serviços de manutenção e reparação de material circulante, celebrados, em 29 de Maio de 2015, entre a **CP, Comboios de Portugal, EPE**, e a empresa **EMEF- Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, SA**.
2. Dez desses contratos são os seguintes, respeitando cada um a uma série de material circulante:
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 50 UQE série 2300/2400 da CP, com o valor de € 64.584.452,00, vigorando até 31.12.2025 (Processo n.º 1085/2015);
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 30 UME série 3150/3250 da CP, com o valor de € 31.948.781,00 e para vigorar de 1.01.2016 a 31.12.2022 (Processo n.º 1086/2015);
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 10 UQE série 3500 da CP, com o valor de €



Tribunal de Contas

- 21.635.025,00, e para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1087/2015);
- Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 101 carruagens inox climatizadas da CP, com o valor de € 32.753.003,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1088/2015);
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 34 UME série 3400 da CP, com o valor de € 36.446.216,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1089/2015);
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 7 UDD série 9630 da CP, com o valor de € 4.497.892,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1090/2015);
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 55 UTE série 2240 da CP, com o valor de € 48.900.862,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1091/2015);
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 19 UDD série 450 da CP, com o valor de € 26.031.698,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1092/2015);
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 10 CPA série 400 da CP, pelo valor de € 66.702.020,00, para vigorar até 31.12.2025 (Processo nº 1093/2015);
 - Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 06 LD série 1400 da CP com o valor de € 3.360.059,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1094/2015).
- 3.** O acórdão referido recusou ainda o visto a um outro contrato, registado sob o n.º 1185/2015.



Tribunal de Contas

4. A recusa do visto foi proferida ao abrigo do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) ¹, tendo por fundamento a violação do disposto nos artigos 20.º, n.º 1, alínea b), 1.º, n.º 4, e 440.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)² em virtude de a adjudicação dos contratos não ter sido precedida de procedimento concorrencial, com a inerente violação do princípio da concorrência, e ainda por terem sido fixados prazos contratuais excessivamente longos.
5. Inconformada com o acórdão, a CP veio dele interpor recurso. Subsequentemente, a CP veio desistir do recurso interposto na parte respeitante ao processo n.º 1185/2015, mantendo o recurso relativamente aos restantes dez contratos, acima identificados.
6. Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 3 a 31 dos autos, considerando que o acórdão recorrido deve ser revogado e substituído por outro que conceda o visto, no essencial pelas seguintes razões:
 - Os contratos a que foi recusado o visto não estavam sujeitos a nenhum dos procedimentos de contratação previstos na parte II do CCP, por lhes ser aplicável o estabelecido nos artigos 12.º e 13.º, n.ºs 1 e 3, do mesmo Código;
 - O afastamento do regime contido na parte II do CCP resulta também de se verificarem os pressupostos previstos no n.º 2 do artigo 5.º do referido Código;
 - Mesmo que se considerasse que a citada parte II era aplicável, o processo concorrencial de reprivatização da EMEF não poderia deixar de aproveitar aos contratos celebrados no seu âmbito, ao abrigo da doutrina constante do Acórdão *Acoset* do Tribunal de Justiça da União Europeia (Processo n.º C-196/08);

¹Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, 3-B/2010, de 28 de Abril, 61/2011, de 7 de Dezembro, 2/2012, de 6 de Janeiro, e 20/2015, de 9 de Março, e as Rectificações n.ºs 1/99, de 16 de Janeiro, 5/2005, de 14 de Fevereiro, e 72/2006, de 6 de Outubro.

² Anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2009, de 11 de Setembro, e 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.



Tribunal de Contas

- A Resolução do Conselho de Ministros n.º 52-C/2015, de 24 de Julho, deu por findo o processo de reprivatização até 100% do capital social da EMEF, S.A., não se tendo concretizado a privatização e continuando a EMEF a ser detida totalmente pela CP;
 - Esta Resolução constitui um facto superveniente que deve ser considerado no julgamento do recurso, nos termos do artigo 662.º do Código do Processo Civil;
 - Assim, seguindo-se o próprio entendimento do Acórdão recorrido, tendo cessado o processo de reprivatização, deixa de se verificar o impedimento que o Tribunal de Contas invocou para recusar o visto;
 - A adjudicação a uma entidade associada é independente da participação de entidades privadas no capital social da mesma;
 - Não se verifica violação do artigo 440.º do CCP porque este artigo não se aplica aos contratos em apreço, atendendo a que os mesmos não devem ser considerados como contratos administrativos;
 - Mesmo que se aplicasse esse artigo, foram apresentados fundamentos suficientes para os prazos contratuais fixados;
 - Mesmo que o Governo pudesse vir a lançar novo processo de reprivatização, o Tribunal sempre poderia conceder o visto com recomendações nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, condicionando os termos concorrenciais em que tal processo poderia ser de novo lançado.
7. O Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido da procedência do recurso. Este magistrado considerou, no seu parecer, que, com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 52-C/2015, cessou a possibilidade de a entidade adjudicatária vir a ser detida por capitais privados, assim renascendo os pressupostos da contratação “*in house*”. No seu entender, este é um facto superveniente suscetível de ser considerado na decisão do recurso, ao abrigo do disposto no artigo 100.º da LOPTC, na medida em que contraria o fundamento essencial da recusa de visto aos contratos.
8. Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.
9. A questões a decidir prendem-se com:



- A (im)possibilidade legal de os contratos terem sido adjudicados sem precedência de um processo concorrencial de escolha;
- A (i)legalidade dos prazos contratuais fixados.

II. FUNDAMENTAÇÃO

FACTOS

10. A factualidade fixada na parte II do acórdão recorrido não foi objecto de impugnação, pelo que se dá aqui por confirmada e reproduzida, nos termos previstos no artigo 663.º, n.º 6, do Código de Processo Civil. Os aspectos mais relevantes para a decisão são os seguintes:

- A CP é uma entidade pública empresarial, detida a 100% pelo Estado, que, nos termos do n.º 5 do artigo 2º da Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada pela Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, assumiu a natureza de entidade pública reclassificada a partir de 1 de Janeiro de 2015;
- A EMEF é atualmente uma empresa detida a 100% pela CP, competindo a esta designar o seu Conselho de Administração;
- A CP Carga é uma sociedade anónima detida a 100% pela CP;
- A análise do volume de negócios da EMEF, nos anos de 2012, 2013 e 2014, evidencia que os serviços prestados por esta às empresas CP e CP Carga representaram, em média 83%, do seu volume total de negócios, nos seguintes termos:
 - a) No ano de 2012, da totalidade do volume de negócios da EMEF, 72% desse volume resultou de serviços prestados à CP e 12% resultou de serviços prestados à CP Carga (sendo que apenas 16% do volume global de negócios resultou de serviços prestados a empresas fora do grupo), totalizando uma percentagem de 84% do volume de negócios da empresa;
 - b) No ano de 2013, 71% do volume de negócios da EMEF resultou de serviços prestados à CP e 10% resultou de serviços prestados à CP Carga (sendo que apenas 19% do volume global de negócios resultou de serviços prestados a empresas fora do grupo), totalizando uma percentagem de 81% do volume de negócios da empresa;



Tribunal de Contas

- c) No ano de 2014, 70% do volume de negócios da EMEF resultou de serviços prestados à CP e 14% resultou de serviços prestados à CP Carga (sendo que apenas 17% do volume global de negócios resultou de serviços prestados a empresas fora do grupo), totalizando uma percentagem de 84% do volume de negócios da empresa;
- Os contratos em análise foram diretamente adjudicados pela CP à EMEF, invocando-se o disposto no n.º 2 do artigo 5.º e no artigo 13.º do CCP;
- Os contratos têm uma duração prevista de 10 anos, com início a 1 de janeiro de 2016 e termo a 31 de dezembro de 2025, com a exceção de um que, tendo prevista a mesma data de início, terminará a 31 de dezembro de 2022 (Processo n.º 1086/2015), e dois que entrarão em vigor no mês seguinte ao visto do Tribunal (Processos n.ºs 1085/2015 e 1093/2015) até 31 de dezembro de 2025;
- Em 7 de Maio de 2015 entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 70/2015, de 6 de Maio, que aprovou o processo de reprivatização da EMEF.

11. No âmbito do recurso foram invocados os seguintes factos supervenientes:

- A Resolução do Conselho de Ministros n.º 52-C/2015, de 24 de Julho, deu por findo o processo de reprivatização até 100% do capital social da EMEF, sem concretização da mesma;
- A EMEF continua a ser totalmente detida pela CP;
- Não está previsto que o processo de reprivatização seja retomado.

12. Em matéria de recursos relativos a decisões proferidas em processos de fiscalização prévia, o artigo 99.º, n.º 5, da LOPTC, determina que “[e]m qualquer altura do processo o relator poderá ordenar as diligências indispensáveis à decisão do recurso” e o artigo 100.º, n.º 2, da mesma Lei prevê que “[n]os processos de fiscalização prévia o Tribunal pode conhecer de questões relevantes para a concessão ou recusa do visto, mesmo que não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente, se suscitadas pelo Ministério Público no respetivo parecer (...)”. Conforme se referiu no Acórdão n.º 11/2008-18.JUL.2008-1.ªS-PL, os poderes conferidos pelos preceitos transcritos permitem que o Tribunal de Contas aborde, em recurso, questões com uma conexão fáctica e/ou de direito direta com o ato ou contrato que foi presente ao Tribunal, mesmo quando essas questões não tenham sido abordadas na decisão recorrida. Isso pode suceder, designadamente, quando essas questões sejam alegadas pelo recorrente e, entre



Tribunal de Contas

essas questões, pode incluir-se a alteração ou ampliação da matéria de facto, desde que as matérias ou questões sejam “*indispensáveis*” à decisão do recurso ou “*relevantes*” para a concessão ou recusa do visto.

13. É o caso das questões supervenientes invocadas, pelo que se consideram as mesmas aditadas à matéria de facto dada como assente em 1.^a instância.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Da necessidade ou não de procedimento concorrencial para a adjudicação dos contratos

14. Como já se referiu, a CP é uma entidade pública empresarial reclassificada.
15. De acordo com o artigo 56.º do Regime Jurídico do Sector Público Empresarial³, é uma pessoa coletiva de direito público.
16. A partir de 1 de Janeiro de 2015, a CP foi reclassificada como entidade do sector institucional das administrações públicas. De acordo com o SEC 2010⁴, relativo ao sistema europeu de contas nacionais e regionais na União Europeia, as unidades institucionais controladas pelas administrações públicas inserem-se no sector das administrações públicas quando desenvolvem uma produção não mercantil e no sector das sociedades públicas quando desenvolvem uma produção mercantil. É, portanto, evidente que a reclassificação da CP no sector das administrações públicas resulta de a sua atividade ter sido considerada como não mercantil, ou seja, não sujeita à lógica do mercado.
17. É indubitável que, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, a CP é uma entidade adjudicante, uma vez que é uma pessoa coletiva pública criada para satisfazer necessidades de interesse geral, cuja atividade económica não se submete à lógica do mercado e da livre concorrência e que está sujeita ao controlo de gestão do Estado e tem órgãos de administração por ele designados.

³ **Decreto-Lei n.º 133/2013**, de 3 de Outubro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 75-A/2014, de 30 de Setembro.

⁴ Vide **Regulamento (EU) n.º 549/2013**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2013.



- 18.** No entanto, nos termos do artigo 2.º, n.º 5, da Lei de Enquadramento Orçamental⁵, a CP, porque reclassificada em 1 de Janeiro de 2015, e independentemente da sua natureza ou forma, está integrada no sector público administrativo da administração central, como serviço e fundo autónomo.
- 19.** De acordo com o estabelecido no artigo 47.º da mesma Lei, a realização das despesas com a aquisição de bens e serviços ou a realização de empreitadas pelos serviços e fundos autónomos fica sujeita ao regime da contratação pública, salvas as exceções previstas nas normas comunitárias e na lei.
- 20.** Não obstante, conforme se referiu em 1.ª instância e se reitera em sede de recurso, a CP considera que a formação dos contratos públicos que celebrou com a EMEF está excluída dos procedimentos definidos na parte II do CCP, em virtude da aplicação das exceções previstas nos artigos 12.º e 13.º, n.ºs 1 e 3, e ainda no artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Código.

Da celebração de contratos relativos à atividade dos transportes entre uma entidade adjudicante e uma empresa associada

- 21.** A exceção referida no artigo 13.º aplica-se a entidades adjudicantes que operem nos sectores especiais da água, da energia, dos transportes ou dos serviços postais. Determina que os contratos que celebrem não estejam sujeitos aos procedimentos de formação previstos na parte II do CCP designadamente quando cumulativamente:
- Os contratos sejam celebrados por uma entidade adjudicante referida na alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º que exerça atividade num desses sectores (vide artigo 12.º);
 - Os contratos digam direta e principalmente respeito a essa atividade (vide artigo 12.º);
 - Os contratos sejam celebrados entre essa entidade adjudicante e uma empresa sua associada (vide alínea c) do n.º 1 do artigo 13.º);
 - Desde que a empresa associada tenha fornecido à entidade adjudicante, nos últimos três anos, obras, bens móveis ou serviços que representem, pelo

⁵ A Lei de Enquadramento Orçamental aplicável à data dos contratos era a **Lei n.º 91/2001**, de 20 de Agosto, tal como republicada pela Lei n.º 41/2014, de 10 de Julho.



Tribunal de Contas

menos, 80% da média do respetivo volume de negócios (vide n.º 3 do mesmo artigo 13.º).

22. Considerando o que atrás estabelecemos e o objeto dos contratos, não há dúvidas de que os dois primeiros requisitos se verificam.
23. O terceiro requisito também se verifica. Nos termos do artigo 14.º do CCP, considera-se empresa associada qualquer pessoa coletiva cujas contas anuais sejam consolidadas com as da entidade adjudicante nos termos da Sétima Diretiva n.º 83/349/CEE, do Conselho, de 13 de Junho. Afigura-se-nos que será o caso, embora este aspeto nunca tenha sido invocado, documentado ou analisado. De qualquer modo, mesmo que assim não fosse, seria também possível concluir que a EMEF é associada da CP nos termos da alínea a) do mesmo artigo. De facto, e independentemente da consolidação de contas, também é uma empresa associada a pessoa coletiva sobre a qual a entidade adjudicante possa exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em virtude, nomeadamente, de deter a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito de designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, direção ou fiscalização. Como ficou assente, o capital da EMEF é integralmente detido pela CP e o seu Conselho de Administração é por ela designado. A EMEF é, portanto, uma empresa associada da CP.
24. A recorrente considera que o quarto requisito também está verificado. Mas vejamos.
25. Afirma-se e ficou assente que mais de 80% da média do volume de negócios da EMEF nos últimos três anos provinha da prestação de serviços à CP e à CP Carga. Ora, a CP Carga é uma sociedade anónima detida a 100% pela CP. Será uma empresa associada da CP, nos termos já enunciados, mas não se pode concluir que seja uma empresa associada da EMEF, nos termos definidos na lei.
26. Compulsadas as normas aplicáveis do CCP e da Diretiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, observa-se que a exceção em causa só é aplicável se, pelo menos, 80% da média do volume de negócios em matéria de prestação de serviços da empresa associada (EMEF) provir de serviços fornecidos à entidade à qual ela se encontra associada (CP).



Tribunal de Contas

27. Ora, na realidade, a média do volume de serviços fornecidos pela EMEF à CP durante os anos em causa foi de apenas 71%.
28. Nada no CCP ou na Diretiva determina que o fornecimento de serviços feito pela EMEF à CP Carga seja também considerado como feito à própria entidade adjudicante, para efeitos de preenchimento do requisito estabelecido. São discriminados vários tipos de relações possíveis para tipificar a relação de associação relevante, mas o caso concreto em apreço não se inclui nessas várias hipóteses.
29. Assim sendo, porque o volume de negócios relevante entre a EMEF e a CP não atinge o volume previsto no n.º 3 do artigo 13.º do CCP, não há lugar à invocada exceção, havendo, conseqüentemente, e por esta via, lugar à aplicação da parte II do Código e aos procedimentos concorrenciais aí previstos.

Da contratação *in house*

30. A outra exceção invocada à aplicação de procedimentos concorrenciais na adjudicação dos contratos em apreço foi a da contratação *in house*, prevista no artigo 5.º, n.º 2, do CCP.
31. Aí se determina que não há lugar à aplicação da parte II do Código relativamente a contratos celebrados entre a entidade adjudicante e uma outra entidade quando:
- A entidade adjudicante exerça sobre a atividade da outra entidade, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
 - E essa outra entidade desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma ou várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido.
32. Como bem se referiu em 1.ª instância, a exceção da contratação *in house* é uma figura de construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, como desvio à aplicação dos princípios dos tratados europeus e das diretivas em matéria de contratação pública. Por isso, e embora legislativamente consagrada no CCP, deve ser interpretada de forma estrita e em linha com a própria jurisprudência que a criou. Subscrevemos, designadamente, o que se adianta sobre essa jurisprudência nos pontos 36 e 37 do acórdão recorrido.



Tribunal de Contas

- 33.** Nesse acórdão foi considerado que a CP exerce sobre a EMEF um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, nomeadamente por deter integralmente o seu capital e por designar o seu conselho de administração. Concordamos com este entendimento, afigurando-se-nos que o primeiro requisito desta exceção se poderia dar por verificado.
- 34.** Já quanto ao preenchimento do segundo requisito parece-nos que existem algumas dúvidas.
- 35.** Referem a lei e a jurisprudência que o essencial da atividade da entidade adjudicatária deve ser desenvolvido em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços.
- 36.** Ressalta deste regime que, para efeitos de cálculo do volume da atividade dedicada, o destinatário da atividade da adjudicatária não tem que ser unicamente a entidade adjudicante. Podem ser também outras entidades adjudicantes que com ela se relacionem do mesmo modo. Mas não quaisquer outras entidades.
- 37.** Sucede que, mesmo que a CP Carga pudesse ser considerada uma entidade adjudicante para os efeitos do CCP, nada se indica ou demonstra no sentido de que ela tenha uma relação de domínio com a EMEF ou que com ela se relacione em termos análogos àqueles com que se relaciona com os seus próprios serviços. Ou seja, de que a EMEF seja um *prolongamento* organizativo da CP Carga.
- 38.** Relembre-se que, para este efeito, a dependência do co-contratante em relação à entidade adjudicante caracteriza-se por ser, simultaneamente, *estrutural*, através do controlo, e *funcional*, através da inexistência de uma liberdade de actuação⁶.
- 39.** Nada no processo nos indica que este tipo de relação exista entre a CP Carga e a EMEF.
- 40.** É certo que a CP Carga também é detida e controlada pela CP. Mas, como referem João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez⁷, “*tal como resulta inequivocamente- do disposto no n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, a única relação in house relevante para apuramento da eventual*

⁶ Vide P. FLAMME, M.-FLAMME, C. DARDENNE, “*Les marchés publics européens et belges – l’irrésistible européanisation du droit de la commande publique* », pág. 29 e segs.



inaplicabilidade da Parte II do Código consiste na relação entidade adjudicante/adjudicatário- sendo irrelevante, pois, que as duas entidades contratantes estejam submetidas ao controlo comum de uma terceira entidade.”

41. A atividade desenvolvida pela EMEF em benefício da CP Carga não pode, pois, ser considerada como desenvolvida a favor de uma entidade adjudicante que exerça sobre ela um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, ou seja, não pode aproveitar para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º do CCP.
42. Assim sendo, o volume da atividade dedicada a considerar é apenas o que é desenvolvido a favor da própria CP, ou seja, uma média de 71% do volume de negócios da EMEF. Importará, então, determinar se um volume de negócios de 71% corresponde ao essencial da atividade de uma entidade.
43. No desenvolvimento deste requisito da contratação *in house*, o TJUE e, na sua sequência, o legislador português, não densificam este conceito de parte “*essencial*” da atividade de uma entidade. Assim, a sua interpretação e aplicação concreta deve ser feita tomando em consideração todas as circunstâncias de facto pertinentes, embora em consonância com os princípios da legislação europeia aplicável e com os critérios constantes da jurisprudência comunitária que a norma visou acolher. Deve, por outro lado, ter-se sempre presente a orientação do Tribunal de Justiça no sentido de a interpretação da exceção dever ser “*estrita*”, ou seja, dever garantir a salvaguarda máxima do princípio da concorrência
44. O requisito em causa deve interpretar-se e aplicar-se nas seguintes perspetivas:
 - Como refere Bernardo de Azevedo⁸, e os autores por ele citados, a entidade adjudicatária deve estar numa situação de dependência económico-jurídica relativamente à entidade adjudicante, funcionando como um "operador dedicado", concentrado, exclusivamente, ou quase, em alimentar (por via da prestação de serviços ou do fornecimento de bens) o seu ente-matriz, no desenvolvimento da respetiva missão, porquanto “*a razão institutiva ou a causa jurídica da organização in house é o exercício em comum de uma*

⁷ Em *A aplicação do regime de contratação pública e a proteção de direitos exclusivos*, Temas de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2011

⁸ Em *Contratação In House: Entre a Liberdade de Auto-Organização Administrativa e a Liberdade de Mercado*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008



atividade principal de produção por conta ou a favor do ente público responsável pelo seu controlo”;

- Estamos perante um critério complementar do controlo análogo, que exige que o ente dependente opere exclusivamente com vista a satisfazer o interesse económico da entidade adjudicante, sendo incapaz de definir autonomamente o que, quanto e para quem produzir, negando-se-lhe, por essa via, autonomia empresarial, isto é, capacidade para destinar livremente ao mercado os seus próprios produtos⁹;
- A fim de que as regras de livre concorrência não sejam ofendidas, a situação deve excluir a caracterização do ente dependente como uma empresa ativa no mercado, beneficiando de uma posição favorecida relativamente a potenciais concorrentes. A destinação do essencial da atividade em favor da entidade adjudicante deve permitir afirmar que o ente não é verdadeiramente uma empresa, mas sim a própria Administração a atuar, e, por isso, não ganha com o facto vantagens competitivas no mercado que possam desfavorecer empresas que operem no mesmo sector¹⁰.

45. Para efeitos de verificação do preenchimento do requisito do «*essencial da atividade*», o Tribunal de Justiça entende que se devem 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 atividade para a entidade que o controla.

46. O TJUE apontou inicialmente a necessidade de adotar um critério objetivo e quantitativo. Nessa senda, diversas autoridades nacionais e alguns autores (como por exemplo Pedro Gonçalves) defenderam que esse critério deveria ser o de que a adjudicatária deve prestar mais de 80% da sua atividade à entidade adjudicante, na média dos últimos três anos, por aplicação analógica do artigo 23.º, n.º 3, da Diretiva n.º 2004/17/CE e do n.º 3 do artigo 13.º do CCP.

47. No Acórdão *Carbotermo* (processo C-340/04), o TJUE afastou-se dessa ideia, reconhecendo a insusceptibilidade de aplicação analógica de uma norma sectorial, e esclareceu que o requisito atinente ao essencial da atividade se encontra presente quando a atividade da empresa controlada “*é consagrada principalmente*” à

⁹Idem, ibidem.

¹⁰ Cfr. Acórdão *Carbotermo* do TJUE.



Tribunal de Contas

entidade adjudicante (ou às entidades adjudicantes, no caso de controlo análogo conjunto), revestindo qualquer outra atividade “*apenas carácter marginal*”. No fundo o que interessa é que as atividades que forem exploradas fora do âmbito da relação *in house* sejam meramente acessórias, sob pena de o requisito da “*essencialidade*” não se verificar. Todas as atividades não dedicadas devem, assim, ter uma expressão puramente “*marginal*”.

- 48.** No Acórdão *Tragsa II* (processo C-295/05), o TJUE continuou a procurar um critério quantitativo, tendo considerado que numa situação em que 90% do total das atividades da adjudicatária era realizado em benefício da entidade adjudicante estaríamos perante o essencial da atividade dessa adjudicatária.
- 49.** No caso, como vimos, as atividades não dedicadas à entidade adjudicante representam uma média de 29%. Tendo presente a jurisprudência e doutrina existentes, afigura-se-nos que este volume não tem um carácter meramente marginal.
- 50.** Para considerarmos que, ainda assim, seria a entidade adjudicante-mãe a principal beneficiária da atividade realizada para outras entidades, seria necessário demonstrar que a EMEF só realizou tais prestações e celebrou os pertinentes contratos porque a isso foi forçada pela sua “dominadora”, sem que dispusesse de qualquer autonomia de vontade ou devesse dar o seu consentimento para esse efeito. O que nunca foi invocado, alegado ou demonstrado. Se a EMEF, ainda que controlada pela CP, não foi privada de liberdade de ação e pode exercer parte significativa da sua atividade económica junto de outros operadores, como se afigura ser o caso, não há lugar à existência de uma relação *in house*¹¹.
- 51.** Termos em que consideramos que o segundo requisito da exceção da contratação *in house* não se pode dar por verificado.
- 52.** Não há, assim, lugar à invocada exceção, havendo, conseqüentemente, e também por esta via, lugar à aplicação da parte II do Código e aos procedimentos concorrenciais aí previstos.
- 53.** O acórdão recorrido invocou a doutrina do acórdão do TJUE *Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa*, para considerar que mesmo que no momento da

¹¹ Vide, designadamente, o Acórdão *Carbotermo* e João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, em *Contratação in house: o critério para a determinação da parte “essencial” da atividade de uma entidade sujeita a um “controlo análogo”*, Temas de Contratação Pública –I, Coimbra Editora, 2011.



Tribunal de Contas

celebração de um contrato se verificarem os requisitos da contratação *in house*, a exceção não deve operar se existir uma perspetiva concreta e a curto prazo da abertura do capital da adjudicatária a investidores privados. O que no caso se verificava, por estar em curso um processo de reprivatização da EMEF.

- 54.** A recorrente veio alegar que esta consideração deixou de fazer sentido, uma vez que, posteriormente à decisão recorrida, essa reprivatização foi cancelada, não estando previsto que seja retomada.
- 55.** O facto superveniente alegado é relevante e pode ser considerado, como acima já referimos. Esse facto poderia ser suficiente para a revisão da decisão, como aliás sugeriu o Ministério Público, no seu parecer.
- 56.** No entanto, acabámos de considerar que a exceção da contratação *in house* não podia afinal operar, o que obviamente dispensa a apreciação deste último aspeto.

Do duplo procedimento de contratação pública

- 57.** A recorrente vem alegar que, mesmo que houvesse lugar à aplicação de procedimentos concorrenciais para a adjudicação dos contratos em apreço, a concomitância desses contratos com o processo de reprivatização, ele próprio concorrencial, tornava-os desnecessários.
- 58.** Para o efeito vem invocar a doutrina do acórdão *Acoset* do TJUE (processo n.º C-196/08), considerando que o processo concorrencial de reprivatização da EMEF não poderia deixar de aproveitar aos contratos celebrados no seu âmbito, pois há concorrência no momento imediatamente subsequente, ou seja, no da aquisição do capital social da empresa a reprivatizar. Chega, aliás, a solicitar que o Tribunal de Contas pondere emitir recomendações a observar nessa eventual reprivatização.
- 59.** Tendo em atenção que esse processo concorrencial de reprivatização foi dado por findo sem ter sido concretizado, parece que este argumento não tem já qualquer sentido útil.
- 60.** De todo o modo, importa dizer que uma reprivatização até 100% do capital da empresa, como aquela que estava prevista, não é uma mera entrada de capital numa empresa pertencente ao sector público. Representa uma total saída da empresa desse sector. Com essa saída, a empresa passaria a operar integralmente no



Tribunal de Contas

mercado e a ter de obter os seus contratos em integrais condições de concorrência. Beneficiar de uma carteira de contratos outorgados a longo prazo, com base em circunstâncias em vias de desaparecer, não deixava de ser um favorecimento, uma operação de total desrespeito pelos princípios europeus e nacionais de concorrência, transparência e igualdade no acesso aos mercados públicos e uma contratação operada em condições desvantajosas para a parte pública, tudo aspetos bem salientados na decisão de 1.^a instância. De qualquer forma, não importa agora tratá-los, já que a circunstância em causa desapareceu supervenientemente.

61. É certo que o facto de o processo de reprivatização ter sido travado em nada assegura que não seja retomado. Isso, no entanto, não consente que decidamos em função de o processo concorrencial devido poder ser substituído por um outro processo concorrencial hipotético.

62. Influi, ainda assim, na ponderação da questão seguinte.

Da duração dos contratos

63. Os contratos em apreço foram adjudicados com um prazo contratual de 10 anos e, num dos casos, de 7 anos.

64. O acórdão recorrido considerou que esse prazo violou o estabelecido no artigo 440.º do CCP, que impõe, como regra, a duração contratual máxima de 3 anos.

65. A recorrente alegou que o artigo 440.º do CCP não é aplicável aos contratos, porquanto se insere na parte III do Código e esta parte, nos termos do artigo 1.º, n.º 5, apenas se aplica aos contratos que revistam a natureza de contratos administrativos. Mais adianta que, de acordo com o n.º 6 do mesmo artigo, apenas são contratos administrativos os celebrados por contraentes públicos, qualidade que a CP não detém, por ao caso não se aplicar nenhuma das hipóteses previstas no artigo 3.º do CCP.

66. Concluimos que a lei admite submeter e submete os presentes contratos a um procedimento de formação regulado por normas de direito público. É também manifesto que a prestação do co-contratante pode condicionar, de forma relevante, a realização das atribuições de transporte da CP. Estas circunstâncias, previstas na alínea d) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, como determinantes para que um contrato



Tribunal de Contas

seja considerado como administrativo, só valem, no entanto, se um dos contratantes for considerado um “*contraente público*”.

- 67.** Não obstante a CP ser uma entidade não mercantil e ter sido reclassificada no perímetro das Administrações Públicas como um fundo e serviço autónomo, obrigado pelas normas da Lei de Enquadramento Orçamental ao cumprimento das regras de contratação pública, a verdade é que a classificação prevista no artigo 3.º do CCP não a qualifica como contraente público. Pode parecer um absurdo e uma incoerência, mas é o que, em virtude da sua personalidade coletiva (ainda que de direito público), resulta do regime constante do Código.
- 68.** Dessa forma, há que reconhecer que a recorrente tem razão, que os contratos não têm, nem lhes foi atribuída, natureza administrativa e que, conseqüentemente, o artigo 440.º do CCP não lhes é aplicável.
- 69.** Importa, no entanto, ter presente que os contratos, embora não possam ser classificados como contratos administrativos, são contratos públicos. Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do CCP, são contratos públicos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados por entidades adjudicantes. Vimos já que a CP é uma entidade adjudicante.
- 70.** Como contratos públicos estão sujeitos aos princípios da transparência, da igualdade e da transparência, tanto no plano nacional como no plano europeu.
- 71.** Como se refere no documento COM (2004 327 final), Livro Verde que aborda questões relativas ao direito comunitário em matéria de contratos públicos, ainda que este direito tenha sobretudo em vista a fase de adjudicação dos contratos, os princípios de direito comunitário são contrários a uma “duração excessiva” dos contratos, por essa duração excessiva pôr em causa aqueles princípios. Mais se refere que as razões que podem justificar uma duração mais alargada dos contratos públicos serão tão-só a necessidade de garantir a amortização de investimentos e a remuneração razoável de capitais investidos.
- 72.** No caso, um prazo alargado dos contratos pode ter outros efeitos negativos. Designadamente, num contexto de hipotética reprivatização da EMEF, pode assegurar uma significativa vantagem para o privado, sem qualquer garantia de que essa vantagem seja devidamente contabilizada na remuneração, e impede que a parte pública beneficie, a curto prazo, de uma renegociação concorrencial das condições contratuais.



Tribunal de Contas

73. Os fundamentos concretamente invocados para o prazo contratado têm a ver com o investimento realizado pela EMEF, com a redução e estabilidade de preços associada ao prazo alargado, com a duração dos ciclos de manutenção, com a necessidade de não mudar amiúde de prestador de serviços de manutenção dada a especificidade das competências técnicas necessárias e a segurança e qualidade que é preciso assegurar e, ainda, com as necessidades de planeamento operacional a longo prazo.
74. Todos estes fundamentos seriam eventualmente compreensíveis se estivesse em causa uma contratação de um operador privado em ambiente concorrencial. Não fazem, a nosso ver, sentido num contexto de uma relação *in house*, como aquela que a recorrente invoca.
75. Se, de facto, se estivesse, como se pretende, perante uma entidade adjudicante que detém o capital social e um poder de controlo e direção sobre a adjudicatária, em termos tais que esta não tem autonomia decisória, então a duração dos contratos seria irrelevante. Mesmo que a duração fosse curta, poderia repetir-se indefinidamente sem qualquer inconveniente de planeamento ou qualidade. Também seria irrelevante a repercussão no preço da remuneração esperada do investimento ou da (in)certeza quanto à relação contratual, já que a entidade adjudicante teria o poder de ela própria impor os serviços e as suas condições. São esses o contexto e a razão de ser da contratação *in house*: não há verdadeiramente um contrato mas, antes, uma relação entre dois serviços da mesma entidade. A entidade-mãe tem total poder sobre a entidade-filha e esta não tem, portanto, qualquer autonomia, designadamente para recusar ou definir as condições contratuais.
76. Se, ao contrário, a duração dos contratos é importante para os aspetos referidos, isso significa que não há uma verdadeira relação *in house*. Significa que a EMEF tem interesses e clientes diferentes dos da CP e que a duração dos contratos é importante para definir os preços, os recursos afetos à execução contratual e a própria disponibilidade para o seu cumprimento. Se assim é, não só a escolha do co-contratante como as condições e a duração contratual devem ser objeto de concorrência transparente e aberta.
77. Em suma, a recorrente tem de definir as suas pretensões de forma coerente: ou a EMEF é um prolongamento de si própria e a duração contratual não necessita nem deve, no caso, ser longa, ou a EMEF é um operador que está no mercado e que



Tribunal de Contas

forma as suas condições contratuais de acordo com as leis do mercado. Nesse caso, o procedimento de adjudicação tem de ser concorrencial.

Das ilegalidades verificadas

78. Face ao que acima se referiu, concluímos, ainda que com fundamento diverso da 1.^a instância, que:

- Os contratos em apreço foram adjudicados em violação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP e do princípio da concorrência consagrado no n.º 4 do artigo 1.º do mesmo Código;
- O prazo contratual fixado é excessivo e desprovido de fundamentação, em violação dos princípios da concorrência, transparência e igualdade, consagrados nos Tratados Europeus, na Constituição e no mesmo n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

79. Estas ilegalidades são fundamento de recusa de visto nos termos das alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, nos mesmos termos em que a 1.^a instância as qualificou.

III. DECISÃO

Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1.^a Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa de visto aos contratos.

São devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artigo 16.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.

Lisboa, 14 de Julho de 2016

Os Juízes Conselheiros,



Tribunal de Contas

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Carlos Morais Antunes)

(Ernesto Cunha)

O Procurador-Geral Adjunto