



ACÓRDÃO N.º 106/2009 - 11.Mai.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 193/09)

**DESCRITORES:** Ajuste Directo / Concurso Público / Contratação “*in house*” / Contrato de Prestação de Serviços / Controlo Análogo / Elemento Essencial / Facturação / Nulidade / Recusa de Visto

## SUMÁRIO:

1. A qualificação de uma relação contratual como “*in house*” depende da verificação cumulativa de dois requisitos:
  - a) o controlo análogo, ou seja, o controlo exercido pela(s) entidade(s) adjudicante(s) sobre a entidade com a qual pretende(m) celebrar o contrato deve ser análogo àquele que a(s) entidade(s) adjudicante(s) exerce(m) sobre os seus próprios serviços;
  - b) o essencial da actividade exercida pela entidade adjudicatária é em proveito da entidade(s) adjudicante(s).
2. O facto de o capital social da “Parque Expo, SA” ser detido por entes públicos a que acrescem os poderes de orientação e intervenção na gestão concedidos ao Estado, bem como as directrizes emanadas pelo Estado no que respeita à gestão da “Parque Expo, SA”, permite concluir que o Estado exerce uma influência determinante naquela, motivo por que se tem por preenchido o requisito da existência de um controlo análogo.
3. A “Parque Expo, SA” realiza parte da sua actividade para o Estado, que a controla; no entanto, tendo em conta o volume de negócios, o seu grande envolvimento é com o sector privado, pelo que não pode dar-se como preenchido o segundo requisito - o da essencialidade da actividade ser desenvolvida em proveito da entidade adjudicante.



4. Não se encontram preenchidos os requisitos previstos no art.º 5.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, que permitiriam o recurso ao ajuste directo - com exclusão das regras gerais da contratação pública - sendo que, face ao valor dos serviços contratados, a sua adjudicação deveria ter sido precedida da realização de um concurso público, ou de um concurso limitado por prévia qualificação, nos termos do art.º 20.º, n.º 2, al. b) do mesmo Código.
5. A falta de concurso público, ou concurso limitado por prévia qualificação, quando legalmente exigíveis acarreta a nulidade do procedimento e, consequentemente, do contrato, por preterição de um elemento essencial, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 d 185.º do Código do Procedimento Administrativo, a qual constitui fundamento da recusa de visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. a) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

**Conselheiro Relator:** António M. Santos Soares



Mantido pelo acórdão nº 1/2010, de  
19/01/10, proferido no recurso nº 17/09

## ACÓRDÃO N.º 106 /09 – 11. MAI. 2009 /1ª S/SS

Proc. n.º 193/09

### I – RELATÓRIO

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 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 – MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

- A) Por despacho de 2 de Fevereiro de 2009, o Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional



# Tribunal de Contas

---

(MAOTDR) autorizou a despesa e aprovou a minuta do contrato acima referido; <sup>1</sup>

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

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

**D)** 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; <sup>3</sup>

**E)** Actualmente, o capital social da sociedade “Parque Expo, SA” é 32.642.250,00 € e é detido, em 99,43%, pelo Estado (Direcção-Geral do Tesouro), e em 0,57%, pelo Município de Lisboa; <sup>4</sup>

**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:

a. *Promover a desactivação, desmobilização, utilização e rentabilização de estruturas e infra-estruturas construídas ou*

---

<sup>1</sup> Vide fols. 3 dos autos.

<sup>2</sup> Vide fols. 4 dos autos.

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

<sup>4</sup> Vide fols. 272 dos autos.



*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 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.<sup>5</sup>

- D)** 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;*

---

<sup>5</sup> Vide fols. 274 dos autos.



- e. *Deliberar sobre alterações dos estatutos;*
- f. *Deliberar sobre qualquer outro assunto para que tenha sido convocada.*<sup>6</sup>

**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;<sup>7</sup>

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

- a) *Fiscalizar a administração da sociedade;*
- b) *Vigiar pela observância da lei e do contrato de sociedade.*

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

*“... 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).**”*<sup>10</sup>

*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 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.*

---

<sup>6</sup> Vide fols. 276 dos autos.

<sup>7</sup> Vide fols. 279 dos autos.

<sup>8</sup> Vide fols. 279 dos autos.

<sup>9</sup> Vide fols. 286 e segs. dos autos.

<sup>10</sup> Negrito nosso.



*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.*

*(...)*

*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 públicas, dada a grande experiência 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 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: <sup>11</sup>

- 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;
- *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 - Climaespaço - Sociedade de Produção e Distribuição Urbana de Energia Térmica, SA. (5,79%)
- 12 - Blueticket – Serviços de Bilhética, SA (100%)
- 13 - Parque Expo – Gestão Urbana do Parque das Nações, SA (100%). <sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Vide fols. 321e 322 dos autos.

<sup>12</sup> Vide fols. 399 dos autos.



## Tribunal de Contas

---

**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; <sup>13</sup>

**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; <sup>14</sup>

**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.

**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%                    |

---

<sup>13</sup> Vide fols. 396 dos autos.

<sup>14</sup> Vide fols. 290 dos autos – documento – Relatório e Contas de 2008.



- 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, 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: <sup>15</sup>

*“... 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 nº 87/93, de 23 de Março, nos termos do Decreto-Lei nº 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-*

---

<sup>15</sup> Vide fols. 187 e segs. dos autos.



*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 públicas de ambiente, ordenamento do território e desenvolvimento urbano, apoiando o Governo na concepção de programas de implementação dessas políticas e actuando como veículo da sua operacionalização.*

*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 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.*

*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 nº 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.*

*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 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.*

*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.*

*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*



# Tribunal de Contas

*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 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 quedou 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:*

| Código da Conta | Designação da Conta | Sector  |                       |           | Total     |
|-----------------|---------------------|---------|-----------------------|-----------|-----------|
|                 |                     | Público | Público internacional | Privado   |           |
| 7111            | Venda de terrenos   |         |                       | 9.333.786 | 9.333.786 |



# Tribunal de Contas

|              |                                  |                  |                |                   |                      |
|--------------|----------------------------------|------------------|----------------|-------------------|----------------------|
| 7210111      | <i>Gestão de Mandato (POLIS)</i> | 2.528.264        |                |                   | 2.528.264            |
| 7210112      | <i>Gestão de projectos</i>       | 4.201.768        | 656.457        | 58.200            | 4.916.426            |
| 721021       | <i>Arrendamentos</i>             | 46.473           |                | 111.922           | 158.395              |
| 721022       | <i>Concessões</i>                | 11.971           |                | 379.866           | 391.837              |
| 721023       | <i>Estacionamentos</i>           | 47.333           |                | 710.049           | 757.382              |
| 721024       | <i>Cedência de exploração</i>    | 2.678.835        |                | 87.307            | 2.766.141            |
| 721031       | <i>Bilheteira-Tx reduzida</i>    |                  |                | 13.310            | 13.310               |
| 72104        | <i>Aluguer de espaços</i>        | 42.591           |                | 868.680           | 911.270              |
| 72502        | <i>Organização de eventos</i>    |                  |                | 37                | 37                   |
| <b>Total</b> |                                  | <b>9.557.236</b> | <b>656.457</b> | <b>11.637.155</b> | <b>21.850.848,00</b> |

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

| 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</i> | 712.400   |                       |           | 712.400   |



# Tribunal de Contas

|  |                  |                |                   |                   |
|--|------------------|----------------|-------------------|-------------------|
| <i>internacionais</i>                      |                  |                |                   |                   |
| <i>Conexas com a alienação de terrenos</i> | <i>11.971</i>    |                | <i>267.752</i>    | <i>279.723</i>    |
| <i>Geral</i>                               | <i>170</i>       |                | <i>23.962</i>     | <i>24.132</i>     |
| <b>Total</b>                               | <b>9.557.236</b> | <b>656.457</b> | <b>11.637.155</b> | <b>21.850.848</b> |

*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.*

*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%.*

| <b>Actividades</b>           | <b>Sector</b>    |                              |                  | <b>Total</b>     |
|------------------------------|------------------|------------------------------|------------------|------------------|
|                              | <b>Público</b>   | <b>Público internacional</b> | <b>Privado</b>   |                  |
| <i>Requalificação urbana</i> | <i>6.017.633</i> | <i>656.457</i>               | <i>82.200</i>    | <i>6.756.290</i> |
| <i>Gestão de activos</i>     | <i>2.802.778</i> |                              | <i>1.053.590</i> | <i>3.856.368</i> |



# Tribunal de Contas

|   |                         |                       |                         |                          |
|---|-------------------------|-----------------------|-------------------------|--------------------------|
| <i>Representação portuguesa em eventos internacionais</i> | <i>712.400</i>          |                       |                         | <i>712.400</i>           |
| <i>Geral</i>  | <i>170</i>              |                       | <i>23.962</i>           | <i>24.132</i>            |
| <b><i>Total</i></b>                                       | <b><i>9.532.980</i></b> | <b><i>656.457</i></b> | <b><i>1.159.752</i></b> | <b><i>11.349.190</i></b> |
|   | <b><i>84%</i></b>       | <b><i>6%</i></b>      |                         |                          |
|   | <b><i>90%</i></b>       |                       | <b><i>10%</i></b>       | <b><i>100%</i></b>       |

## **III - O DIREITO**

-

1. Coloca-se, no presente processo, a questão de saber se o contrato, ora submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, pode, ou não, considerar-se excepcionado dos procedimentos pré-contratuais, previstos para a contratação pública, na parte II, do Código dos Contratos Públicos (CCP), tendo em conta o disposto no artigo 5º, deste Código, e, designadamente, os seus n.ºs 2 e 6.

Dispõem os n.ºs 2 e 6, do artigo 5º do CCP:

### Artigo 5º Contratação excluída

- 1 - .....
- 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, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e
  - b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.
- 3 - .....
- 4 - .....



5 - .....

6 – À formação dos contratos referidos nos nºs 1 a 4 são aplicáveis:

- a) Os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo; ou
  - b) Quando estejam em causa contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações.
- .....

Como se colhe do nº2, do artigo 5º, do CCP, e, citando JORGE ANDRADE DA SILVA,<sup>16</sup> estão excluídos do regime de formação dos contratos públicos, - e dos princípios que os regem - os chamados *contratos in house*,<sup>17</sup> meramente *internos*, por serem celebrados entre uma entidade pública e outra entidade que é um seu *prolongamento* e cuja actividade, por isso mesmo, a primeira controla, existindo, entre aquela e esta, uma relação de dependência jurídica por forma a que se não possa falar, relativamente à entidade dependente, da existência de vontade própria.

Neste tipo de contratos estão incluídos os celebrados entre o Estado e as entidades que integram a chamada Administração Indirecta.<sup>18</sup>

Ora, ao falar-se de contratação excluída dos princípios da contratação pública, importa aludir a que princípios nos reportamos.

Assim, no domínio da contratação pública, e como refere RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA,<sup>19</sup> encontramos *princípios gerais de direito comunitário* (v. g. os da igualdade, da imparcialidade e da concorrência), *princípios específicos da realidade comunitária* (v. g. o da proibição da discriminação em razão da nacionalidade e o do reconhecimento mútuo) e, ainda, *princípios específicos da realidade da contratação pública* (v. g. o da intangibilidade das propostas).

---

<sup>16</sup> “Código dos Contratos Públicos”, Anotado e Comentado, 2008, pág. 75.

<sup>17</sup> Que se distinguem dos acordos *in house providing*, porque estes são celebrados entre uma entidade pública e um seu serviço desprovido de personalidade jurídica. Veja-se, sobre este assunto ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos de prestação de bens e serviços entre o Estado e empresas públicas e relação *in house*”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 65, págs. 12 e segs..

<sup>18</sup> Vide ALEXANDRA LEITÃO, ob. e loc. cit..

<sup>19</sup> In “Estudos de Contratação Pública – I”, Ed. Coimbra Editora, Coimbra, pág. 54 e seg.



# Tribunal de Contas

---

2. Para situarmos os tipos de contratos excluídos do regime de formação e dos princípios que regem a contratação pública, e, designadamente, precisarmos o conceito de “contratos *in house*”, há que fazer uma breve excursão histórica.

2. 1. Desde os anos 90 que têm sido presentes ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) processos (recursos) onde se equaciona se os Estados Membros estarão ou não sujeitos às exigências pré-contratuais das normas comunitárias e nacionais, *quando uma entidade pública adquiere bens, ou serviços, a outro ente público sob o seu controlo.*

O conceito da *contratação in house* tem origem no direito comunitário, sendo uma construção da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em articulação com o estipulado nas Directivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992 e 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993.

Como refere CLÁUDIA VIANA,<sup>20</sup> até à publicação das Directivas de 2004, a celebração de contratos, entre entidades adjudicantes e entes públicos, apenas era objecto de regulação na Directiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho, que prescrevia no seu artigo 1º, al. c) que “*os prestadores de serviços são qualquer pessoa singular ou colectiva, incluindo organismos de direito público, que ofereçam serviços*”.

No mesmo sentido, o nº6, do artigo 1º da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho, admitia que o prestador de serviços podia ser uma entidade adjudicante.

No *Acórdão Teckal*, de 18 de Novembro de 1999<sup>21</sup> - pioneiro nesta matéria - o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sintetizou as condições que teriam que se verificar para que um contrato deste tipo se pudesse considerar excepcionado da regra do concurso público.

---

<sup>20</sup> In “*Contratos públicos ‘in house’ - em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais*”, na Revista “*Direito Regional e Local*”, nº0, pág. 34.

<sup>21</sup> De uma forma breve, e citando CLÁUDIA VIANA, *ob. e loc. cit.*, diga-se que no processo *Teckal*, o *Tribunale amministrativo regionale per l’Emilia Romagna* solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a possibilidade de um contrato de fornecimento ser atribuído directamente pelo Conselho Municipal de Vianno a um agrupamento de municípios de Régio Emília, constituído para assegurar a gestão de serviços de energia e do ambiente, dotado de personalidade jurídica e com autonomia de gestão.



Assim, considerou-se, neste Acórdão, que se verificaria uma relação “*in house*” na hipótese de, simultaneamente, a entidade adjudicante exercer, sobre o adjudicatário, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, e de essa entidade realizar o essencial da sua actividade com a(s) entidade(s) adjudicante(s) que a controla(m).

Nestes casos, a dependência do co-contratante em relação à(s) entidade(s) adjudicante(s) caracteriza-se por ser, simultaneamente, *estrutural*, através do controlo, e *funcional*, através da inexistência de uma liberdade de actuação.<sup>22</sup>

Tratando-se de um *contrato “in house”*, não haveria lugar à aplicação das regras gerais da contratação pública, pois, na realidade, tudo se processava no âmbito de uma “relação interna” de fornecimento e satisfação de necessidades da(s) própria(s) entidade(s) adjudicante(s), em que o co-contratante era uma *longa manus* desta(s) mesma(s) entidade(s), não obstante se estar perante pessoas juridicamente distintas.

2. 2. A qualificação de uma relação contratual como “*in house*”, depende, pois, da verificação *cumulativa* de dois requisitos:<sup>23</sup>

- 1) O *controlo análogo*, ou seja, o controlo (dependência estrutural e controlo efectivo) exercido pela(s) entidade(s) adjudicante(s), sobre a entidade com a qual pretende(m) celebrar o contrato, deve ser *análogo* àquele que a(s) entidade(s) adjudicante(s) exerce(m) sobre os seus próprios serviços;
- 2) O *essencial da actividade exercida pela adjudicatária* é em proveito da(s) entidade(s) adjudicante(s): a entidade com a qual é celebrado o contrato, deve realizar a parte substancial da sua actividade, em benefício da(s) entidade(s) adjudicante(s).

Estes dois requisitos identificados pelo TJCE, e designadamente o segundo requisito, não são, no entanto, de fácil interpretação e verificação.

---

<sup>22</sup> Assim, 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.

<sup>23</sup> Vide, também, PIERRE DELVOLVÉ, « *Marchés publics: les critères des ‘contrats maisons’* », in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 1, 2002, pág. 53 e segs.



## Tribunal de Contas

---

São conceitos vagos e indeterminados, cujo sentido e alcance se revela, por vezes, difícil.

Efectivamente, e v. g., como apurar, no concreto, a existência de um **controlo análogo** ao que a entidade adjudicante exerce sobre os seus próprios serviços?

E como qualificar, quantitativa e/ou qualitativamente, a circunstância de, o **essencial da actividade** da entidade adjudicatária, ser realizado **em proveito** da entidade adjudicante?

2. 3. A jurisprudência do TJCE fornece-nos uma ajuda nesta tarefa de interpretação:

Na verdade, dos *Acórdãos Stadt Halle*, de 11 de Janeiro de 2005, e *Parking Brixen*, de 13 de Outubro de 2005, retira-se, desde logo, uma primeira e importante ideia, para balizar a nossa tarefa interpretativa:

Tratando-se a *contratação in house*, de uma excepção às regras gerais do direito comunitário, as duas condições acima 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 (vide o ponto 46 do *Acórdão Stadt Halle e RPL Lochau – Processo n.º C-26/03* - e o ponto 63 do *Acórdão Parking Brixen – Processo n.º C-458/03*).<sup>24</sup>

3. Vejamos, agora, em que consistem os dois requisitos atrás referidos, começando por analisar o do “*controlo análogo*”:

O que entender, então, por **controlo análogo**?

Na expressão de R. PERIN / D. CASALINI<sup>25</sup> para que se possa concluir por uma relação de controlo análogo entre a Administração adjudicante e uma qualquer entidade dela distinta, sob o plano formal, é mister que, à primeira

---

<sup>24</sup> Como acentua BERNARDO AZEVEDO, in “Estudos de Contratação Pública – I”, Ed. Coimbra Editora, 2008, págs. 125 e 126, a interpretação restritiva dos dois requisitos, é reclamada consistentemente pelos *Acórdãos Stadt Halle e RPL Lochau e Parking Brixen*, em razão do seu carácter excepcional e derogatório dos princípios gerais do Tratado, em matéria de concorrência, (com especial saliência para as regras que valem em sede de contratação pública) e seguida, igualmente, pela doutrina, cfr. SUE ARROWSMITH (n.2), PÁG. 375; BIAGIO GILBERTI (n.2), pág. 50, e, ainda, PEDRO GONÇALVES (n.14), pág. 180.

<sup>25</sup> Citados por BERNARDO AZEVEDO, ob. cit. pág. 126.



## Tribunal de Contas

---

caiba um “penetrante poder de *indirizzo*” ou, segundo RICCARDO URSI,<sup>26</sup> um “adstringente poder de direcção” sobre a actividade da entidade sujeita ao seu poder de controlo (organização *in house*), um poder que lhe permita exercer uma *influência determinante* (e não apenas dominante), sobre os objectivos estratégicos e as decisões vitais, a tomar pela organização *in house*.<sup>27</sup>

Prosseguindo na caracterização deste requisito, e para análise da situação vertente, importa, antes de mais, distinguir, aqui, três situações:

- a) A co-contratante adjudicatária pode ser uma sociedade de capitais públicos unipessoal (o capital é detido a 100% por uma única entidade pública).
- b) A co-contratante adjudicatária pode ser uma sociedade de capitais públicos pluriparticipados (o capital é detido por uma pluralidade de entidades públicas).
- c) A co-contratante pode ser uma sociedade de economia mista (sociedade em que os entes privados detém parte do capital) ou de capitais públicos, com previsão, nos seus estatutos, da possibilidade de abertura a capitais privados.

No que respeita a esta última situação, o TJCE conclui pela inadmissibilidade da excepção *in house*, sempre que a adjudicatária seja participada por capitais privados, ou naquelas situações em que, em termos estatutários, existe a possibilidade de participação do capital privado - neste sentido vide o Acórdão *Stadt Halle*, de 11 de Janeiro de 2005; o Acórdão “*Coname*”, de 12 de Abril de 2005; o Acórdão “*Brixen*”, de 13 de Outubro de 2005; o Acórdão “*ANAV*”, de 06 de Abril de 2006 e o Acórdão “*Agusta e Agusta Bell*”, de 08 de Abril de 2008.

Já no que respeita às duas primeiras situações – sociedades de capitais públicos – a jurisprudência é menos abundante:

---

<sup>26</sup> Vide Autor e loc. citados na nota anterior.

<sup>27</sup> É importante assinalar que esta *influência determinante* não se assemelha à *influência dominante* que é pressuposto da qualificação de uma determinada entidade, pública ou privada, como *organismo de direito público* – artigo 2º, n.ºs 2 e 3, do Código dos Contratos Públicos – que se basta com: (i) financiamento maioritário; (ii) controlo de gestão; (iii) designação, directa ou indirecta da maioria dos titulares de um dos seus órgãos de administração, gestão ou fiscalização, por parte de uma das entidades adjudicantes no sector público administrativo tradicional (ut Autor e loc. cit. na nota anterior).



## Tribunal de Contas

---

Aqui, apenas podemos recensear dois Acórdãos do TJCE: o Acórdão “*Carbotermo*”, de 11 de Maio de 2006 e o Acórdão “*Tragsa*”, de 19 de Abril de 2007.

Ora, como se refere no ponto 37, do Acórdão *Carbotermo*, “*a circunstância de a entidade adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária, tende a indicar, sem ser decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*”.

Por seu turno, e como se colhe do ponto 57, do Acórdão *Tragsa*, “*no que respeita à primeira condição, relativa ao controlo da autoridade pública, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a circunstância adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outras autoridades públicas, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária constitui, em princípio, um indício de que essa entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*”

No caso de a titularidade de todo o capital social de uma sociedade adjudicatária, pertencer a uma única entidade pública, poder-se-á dizer, com J. KOKKOT,<sup>28</sup> que se presume estar, forçosamente, preenchido o requisito de controlo análogo, pois, nessa hipótese, são substancialmente coincidentes os interesses da entidade adjudicante com os da sociedade controlada.

Com efeito, mesmo perante a ausência de um poder de direcção em sentido técnico, certo é que cabe à administração da entidade adjudicante o poder de nomear os titulares dos órgãos executivos da sociedade adjudicatária.

Ora, estes últimos, até pela estreita ligação pessoal que os une à entidade pública matriz, dificilmente se afastarão das directivas que lhes são impostas, tendo em mente a realização dos objectivos estabelecidos no interesse geral.

Encontramos, assim, plasmada nestes dois acórdãos, uma ideia de **presunção de controlo análogo**, quando o capital social da co-contratante é detido na sua totalidade por entidades públicas.

---

<sup>28</sup> Advogado Geral, no processo em que foi proferido o Acórdão *Parking Brixen*.



3. 1. No caso ora em apreço, a presunção atrás referida sairia reforçada pelo **regime jurídico do sector empresarial do Estado**, e, em concreto, pelo facto de, no caso da empresa “Parque Expo, SA”, constatarmos que o Estado tem emitido não só orientações genéricas para todo o sector empresarial do Estado, mas também orientações específicas para a “Parque Expo, SA” em concreto – vide a matéria de facto dada por assente na alínea L) do probatório.

Efectivamente, a “Parque Expo, SA” foi constituída pelo DL 88/93, de 23 de Março, <sup>29</sup> sob a forma de sociedade anónima, de capitais exclusivamente públicos, caracterizando-se como empresa pública, nos termos e para os efeitos do regime do sector empresarial do Estado, definido pelo DL 558/99, de 17 de Dezembro, na redacção dada pelo DL n° 300/2007 de 23 de Agosto.

Ora, no caso em apreço, não estamos perante uma entidade detida a 100% pelo Estado, mas em cerca de 99,43% pelo Estado e 0,57% pelo Município de Lisboa – cf. a matéria de facto, dada por assente, na alínea E) do probatório.

A “Parque Expo, SA” é, assim, uma sociedade comercial constituída integralmente por capitais públicos.

Podemos, todavia, encontrar elementos que nos permitem concluir pela existência de um forte controlo, por parte do Estado, sobre a “Parque Expo, SA”.

A “Parque Expo, SA” é, como se disse, uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, qualificada como empresa pública, nos termos do artigo 3º, do DL n°558/99, de 17 de Dezembro, na redacção dada pela DL n°300/2007 de 23 de Agosto, onde o Estado detém especiais poderes de controlo e superintendência.

Nos termos do artigo 11º, do DL n° 558/99 podem ser emitidas orientações estratégicas destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, através de Resolução do Conselho de Ministros, ou, com a mesma finalidade, podem ser emitidas:

- a) **Orientações gerais**, definidas através de despacho conjunto do Ministro das Finanças e do ministro responsável pelo sector e

---

<sup>29</sup> Este diploma foi objecto das alterações que lhe foram introduzidas pelos DL n°s 36/96 de 6 de Maio e 40/2000 de 24 de Março.



destinadas a um conjunto de empresas públicas, no mesmo sector de actividade.

- b) **Orientações específicas**, definidas através de despacho conjunto do Ministro das Finanças e do ministro responsável pelo sector, ou de deliberação accionista, consoante se trate de entidade publica empresarial, ou de sociedade, respectivamente, e destinadas, individualmente, a uma empresa pública.

Nos termos do Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado <sup>30</sup> e do Estatuto do Gestor Público, <sup>31</sup> o Estado, enquanto accionista principal e maioritário da sociedade “Parque Expo, SA”, aprovou em Assembleia-Geral Anual as **orientações estratégicas específicas** dirigidas ao Conselho de Administração da sociedade, para o triénio 2008-2010, que constituem as coordenadas essenciais da acção dos gestores que integram esse órgão – Vide a matéria de facto, dada por assente, na alínea L) do probatório.

3. 2. Analisados os Estatutos da “Parque Expo, SA”, importa realçar, no que a esta questão diz respeito, que:

- O poder de eleger os titulares dos órgãos sociais pertence à Assembleia-Geral.
- A fiscalização da actividade social compete a um Conselho Fiscal, eleito pela Assembleia-Geral (artigo 18º).

Assim, do exposto pode concluir-se que o facto de o capital social da “Parque Expo, SA” ser detido por entes públicos (com um participação do Estado em 99,43%), a que acrescem os poderes de orientação e intervenção na gestão, concedidos ao Estado pelo DL nº 558/99, de 18 de Dezembro, com a redacção dada pelo D.L. nº 300/2007, bem como as directrizes que têm sido emanadas pelo Estado, no que respeita à gestão da “Parque Expo, SA” permitem concluir que o Estado exerce uma **influência determinante** na “Parque Expo, SA”, motivo por que se tem por preenchido o requisito da existência de um *controlo análogo*.

---

<sup>30</sup> Aprovado pelo DL nº 558/99 de 17 de Dezembro, alterado pelo DL nº 300/2007 de 23 de Agosto.

<sup>31</sup> Aprovado pelo DL nº 71/2007 de 27 de Março.



## Tribunal de Contas

---

4. Vejamos, de seguida, o **segundo requisito**, atrás apontado, ou seja, o de a *essencialidade da actividade* da “Parque Expo, SA” ser desenvolvida em proveito da(s) entidade(s) adjudicante(s), que sobre ela exerce(m) um controlo análogo ao que exerce(m) sobre os seus serviços.

Como vimos, a entidade adjudicatária deve desenvolver o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes, que exerçam sobre ela um controlo análogo ao referido atrás.

Assim, no caso dos autos, teremos que aferir se a “Parque Expo, SA” desenvolve o **essencial da sua actividade** em proveito directo, ou por conta, da entidade adjudicante.

4. 1. Neste âmbito, importa reter que, no Acórdão *Carbotermo*, supra referido, e sobre este segundo requisito, se disse:

*“... A exigência de que a pessoa em causa realize o essencial da sua actividade com a, ou as autarquias que a controlam, tem especificadamente por objectivo assegurar que a Directiva 93/36/CEE continue a ser aplicável, quando esteja activa, no mercado, uma empresa controlada por uma ou várias autarquias, que pode, portanto, entrar em concorrência com outras empresas.*

*Com efeito, 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.*

*É ainda necessário que as prestações desta empresa sejam substancialmente destinadas a esta única autarquia. Nestes limites, justifica-se que esta empresa escape às imposições da Directiva 93/36/CEE, já que estas são ditadas pela preocupação de preservar uma concorrência que, nesse caso, já não tem razão de ser...”*

Aplicando estes princípios 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*.

Ora, para apreciar se este é o caso *sub judice*, deve o Tribunal tomar em consideração todas as circunstâncias do caso em apreço, tanto qualitativas como quantitativas, tendo em conta a matéria de facto dada por adquirida, nas várias alíneas do probatório.

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

4. 2. No Acórdão *Tragsa*, o TJCE socorreu-se de um critério quantitativo, para densificar este segundo critério:

Tratou-se do **volume de negócios**.

Ora, na situação tratada no Acórdão *Tragsa*, o TJCE considerou preenchido o segundo requisito, numa situação concreta em que, 90% do total das actividades da adjudicatária, era realizado em benefício da entidade adjudicante.

Por outro lado, quanto ao facto de o essencial da actividade da adjudicatária dever ser realizado com a(s) entidade(s) pública(s) que detêm esta sociedade, o citado Acórdão considerou que, no caso de várias entidades deterem uma empresa, aquela condição pode ser satisfeita se esta empresa realizar o essencial da sua actividade, não apenas com uma ou outra entidade, mas com essas entidades, consideradas no seu conjunto.

Como sustenta BERNARDO AZEVEDO,<sup>32</sup> a obrigatoriedade de o essencial da actividade da adjudicatária se destinar a abastecer a(s) entidade(s) adjudicante(s) exprime a sua dependência económico-jurídica, por referência a esta(s) última(s).

---

<sup>32</sup> In “*Estudos de Contratação Pública*”, pág. 139 e segs.



A entidade dependente deve, pois, funcionar 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 respectiva missão.

A observância deste regime de (quase) "*dedicação exclusiva*", afere-se pelo volume de negócios da organização *in house*, o qual deve reflectir que todas as actividades não dedicadas, têm uma expressão puramente marginal no respectivo exercício (destinando-se, quando muito, à realização de sinergias produtivas).

É que, apesar de o essencial da sua actividade de destinar a abastecer a entidade adjudicante, a entidade controlada não está, ainda assim, inibida de, a título puramente subsidiário ou complementar, exercer outras actividades (até por razões de economia de escala e de rentabilização dos seus activos), ponto é que o essencial da actuação, no âmbito do seu objecto social, tenha sempre de se focar, principalmente, na satisfação de necessidades (directas ou indirectas) da entidade adjudicante.

5. É chegada a altura de reverter para o caso que nos ocupa.

Recorde-se que o objecto social da "Parque Expo, SA" é o que consta da matéria de facto dada por assente nas alíneas **F) e G)** do probatório:

1. *"A sociedade tem por objecto social principal 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.*
2. *Ao objecto social principal referido no número anterior acresce, ainda, sem qualquer limitação geográfica, o desenvolvimento das actividades que a seguir se enunciam:*
  - 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 construídas 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 á 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 reordenamento 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 e de gestão de condomínios.*

Por outro lado, se atendermos ao volume de facturação (incluindo os saldos transitados de anos anteriores), da “Parque Expo, SA” (vide a matéria de facto dada por assente na alínea **R**) do probatório), constatamos que o seu grande envolvimento é com o sector privado.

Os proventos auferidos pela “Parque Expo, SA”, neste momento, advêm-lhe, sobretudo, da actividade enunciada na alínea b) do nº2 do artigo 4º 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).

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 têm um peso diminuto no volume de facturação (incluindo os saldos transitados de anos anteriores) – vide a matéria factual constante da alínea **R**) do probatório.

Da matéria de facto dada por assente na alínea **V**) do probatório, decorre que o volume de negócios da “Parque Expo, SA”, no ano de 2008, resultante da agregação das contas 7.1 e 7.2 ascende a 21.850.848,00 €, sendo o montante



## Tribunal de Contas

---

de 9.333.786,00 €, relativo à venda de terrenos (conta 7.1) e o montante de 12.517.062,00 €, respeitante à prestação de serviços (conta 7.2).

Decorre, ainda, da matéria de facto constante da mesma alínea V) do probatório, que, do total do volume de negócios da “Parque Expo, SA”, no ano de 2008, e de acordo com os dados fornecidos pela entidade adjudicante, apenas 46,74% tiveram como destinatário o sector público, sendo que aí também se inclui, para além da Administração Central e da Administração Local, aquilo que a que a “Parque Expo, SA” designa por “sector público internacional”.

Por outro lado, e como resulta do que acaba de se dizer, o volume de negócios no ano de 2008 ascendeu a 21.850.848,00 €, aí se devendo incluir, necessariamente, a venda de terrenos (conta 7.1) uma vez que, como expressamente, refere a “Parque Expo, SA” (vide alínea V) do probatório), *“a alienação de terrenos, e as conexas com a alienação de terrenos, foram e são a parte essencial do financiamento...”*, não se aceitando, por isso, que se pretenda expurgar tal actividade, do seu volume de negócios.

Não pode, assim, dar-se como preenchido o segundo requisito - o de a essencialidade da actividade ser desenvolvida em proveito da(s) entidade(s) adjudicante(s).

5. 1. Da leitura do Relatório e Contas de 2008, da “Parque Expo, SA”, junto aos autos <sup>33</sup> - vide a matéria de facto dada por assente na alínea L) do probatório – conclui-se que a missão da “Parque Expo, SA” foi repensada, identificando-se, como *core business* desta empresa, a prestação de serviços de concepção e gestão de projectos de reordenamento urbano, urbanísticos e de valorização ambiental.

No entanto, e neste momento, a actividade, tida como essencial pelos gestores da “Parque Expo, SA”, ainda não se assume como muito relevante, em termos de volume de facturação (incluindo os saldos transitados de anos anteriores).

---

<sup>33</sup> Documento publicado no site desta empresa, na *Internet*.



## Tribunal de Contas

---

Mesmo admitindo, por hipótese, que, como pretende a entidade adjudicante, o essencial da actividade da “Parque Expo, SA”, reside na prestação de serviços de projectos de reordenamento urbano e afins, expurgando do conceito de “volume de negócios” a alienação de terrenos que se enquadra como “missão confiada à Parque Expo, em nome do Estado”, ainda assim, não se afigura possível considerar preenchido o segundo critério.

É 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 5º, nº2, alíneas a) e b), do Código dos Contratos Públicos).

Ora, quem exerce o controlo análogo sobre a “Parque Expo, SA”?

Vimos acima que é o Estado, pois que detém 99,43% do capital social da “Parque Expo, SA”.

A quem presta a “Parque Expo, SA” os serviços relativos a projectos de ordenamento do território e urbanísticos?

Como resulta da Informação de 22 de Abril de 2009 (alínea **R**) do probatório), os destinatários desses serviços são as Sociedades *Pólis*, as empresas municipais e os municípios.

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).

Ora, não sendo claro que o benefício daqueles contratos possa considerar-se como revertendo em favor do Estado, importa lembrar-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 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.

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).

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.

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.

5. 2. Uma vez que se não mostram preenchidos os dois requisitos previstos no nº2, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos, não é possível excluir-se o contrato ora submetido a fiscalização prévia, da aplicação da Parte II do referido Código, ou seja, não é possível subtrair o contrato da aplicação dos procedimentos e dos princípios relativos à contratação pública.

6. No caso *sub judice*, 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), do 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 qualificação*, salvo quando os respectivos anúncios não sejam publicados no *Jornal Oficial da União*



# Tribunal de Contas

---

*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.<sup>34</sup>

Nesta conformidade, não pode dar-se por verificado o duplo condicionalismo previsto no artigo 5º, nº2, do CCP, que permitiria o recurso ao ajuste directo - com exclusão das regras gerais da contratação pública - sendo que, face ao valor dos serviços contratados, a sua adjudicação deveria ter sido precedida da realização de um concurso público, ou de um concurso limitado por prévia qualificação, nos termos do artigo 20º, nº2, al. b) do mesmo Código.

Ora, como é jurisprudência pacífica deste Tribunal, a falta de concurso público, ou concurso limitado por prévia qualificação, quando legalmente exigíveis – como era o caso – acarreta a nulidade do procedimento, nulidade essa que se transmite ao contrato, por preterição de um elemento essencial, nos termos dos artigos 133º, nº1 e 185º, ambos do Código do Procedimento Administrativo.

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.

## IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção, em recusar o visto ao presente contrato.

**São devidos emolumentos** (artigo 5º, nº3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

---

<sup>34</sup> € 206.050,00 face à Portaria nº 701-C/2008, de 29 de Julho.



# Tribunal de Contas

---

Lisboa, 11 de Maio de 2009.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Abreu Lopes)

(João Figueiredo)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)