



ACÓRDÃO N.º 151/2009 - 22.Set.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 1249/09)

DESCRITORES: Código dos Contratos Públicos / Contratação *in house* / Contratação Pública / Contrato de Prestação de Serviços / Concurso Público / Empresa Pública/ Nulidade / Princípio da Concorrência / Publicidade de Concurso / Recusa de Visto /Sector Empresarial Público

SUMÁRIO:

1. De acordo com o disposto no art.º 5.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, constituem pressupostos para a verificação de uma relação *in house*, o controlo da entidade contratada pela entidade adjudicante em termos análogos ao controlo que exerce sobre os seus próprios serviços e a destinação do essencial da actividade da entidade controlada em benefício da entidade adjudicante.
2. A sociedade “Parque EXPO 98, S.A.”, é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, detida pelo Estado em 99,43%, cujo Conselho de Administração tem estatutariamente uma ampla autonomia decisória, tanto em matéria de gestão ordinária como de gestão extraordinária, cabendo-lhe definir a sua estratégia negocial. Nem as orientações estratégicas nem as orientações específicas dadas pelo accionista Estado interferiram, de forma concretizada, com a esfera de gestão daquele Conselho, respeitando a sua ampla autonomia decisória. A Parque Expo tem, assim, uma significativa autonomia empresarial para destinar livremente ao mercado os seus próprios



produtos, podendo exercer uma parte importante da sua actividade económica junto de outros operadores, que não os seus accionistas.

3. Analisada a actividade económica da Parque Expo, constata-se que nem a mesma depende exclusivamente do Estado e das suas decisões nem beneficia exclusivamente o Estado. A Parque Expo desenvolve, directa e indirectamente, actividades em diversos mercados, nos quais dispõe de liberdade de acção, concorrendo com as demais empresas que actuam nos mesmos.
4. Não se mostram, pois, preenchidos os pressupostos de uma relação *in house*, por não estarem verificados os dois requisitos previstos no n.º 2 do art.º 5.º do CCP.
5. Tratando-se de uma empresa pública concorrencial e de serviços abrangidos pela liberdade de prestação de serviços consagrada no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, os ajustes directos a favor da Parque Expo consubstanciam uma relação privilegiada com O Estado, que desvirtua a concorrência e constitui uma violação ao disposto no art.º 8.º, n.ºs 1 e 2 do Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado (RJSEE).
6. Assim, não é possível excluir o contrato submetido a fiscalização prévia da aplicação dos procedimentos e dos princípios relativos à contratação pública (Parte II do CCP).
7. Atento o valor e, de acordo com o estipulado no art.º 20.º, n.º 1, al. b) do CCP, o contrato deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia.
8. A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, que determina a nulidade do contrato, nos termos dos arts. 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo e 283.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos.



Tribunal de Contas

9. A nulidade é fundamento de 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.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO Nº 151 /09 – 22. SET - 1ª S/SS

Proc. nº 1249/09

1. O Gabinete do Ministro da Cultura remeteu para fiscalização prévia o contrato de prestação de serviços, celebrado entre o **Estado Português** e a **Parque EXPO 98, S.A.**¹, para a *“gestão e coordenação da empreitada de remodelação parcial do interior do edifício da antiga Fábrica Nacional de Cordoaria, para realocização dos serviços do Ministério da Cultura”*, no valor de € 415.000,00, acrescido de IVA.

2. DOS FACTOS

Além do referido em 1. e noutros pontos deste Acórdão, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por documentos constantes do processo:

- a) Em **12 de Dezembro de 2008** o Ministro da Cultura dirigiu ao Presidente do Conselho de Administração da Parque EXPO um ofício² em que, na sequência de reunião promovida pelo Primeiro Ministro, solicitou a melhor colaboração desta sociedade no desenrolar das tarefas que permitam assegurar a inauguração no ano de 2010 de um conjunto significativo de obras, designadamente do novo Museu dos Coches. Este ofício referia, designadamente:
 - a. A organização, contratação e execução da mudança das actuais instalações do Ministério da Cultura sitos na Av. da Índia para o novo espaço localizado na antiga Fábrica Nacional de Cordoaria;
 - b. A execução de todas as adaptações nesta mesma Fábrica Nacional de Cordoaria para poder albergar pessoas e bens, de forma a garantir a maior funcionalidade possível e os níveis de conforto necessários para albergar os serviços do Ministério da Cultura;

¹ Doravante designada Parque EXPO.

² Cfr. fls. 4 dos autos.



Tribunal de Contas

- b) Em **Abril de 2009** a Parque EXPO remeteu ao Ministério da Cultura uma proposta para a prestação dos serviços em causa³;
- c) Em **29 de Abril de 2009**, o Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico (IGESPAR) enviou à Parque EXPO o Projecto e o Caderno de Encargos das obras de *“Remodelação parcial do interior do edifício da Fábrica Nacional de Cordoaria”*, aprovados em 14 de Abril de 2009 pelo seu Director⁴;
- d) Em **20 de Maio de 2009**, o Ministro da Cultura outorgou o presente contrato, entre o Estado e a Parque EXPO;
- e) Por força do contrato, a Parque EXPO tem a responsabilidade de⁵:
- a. Instruir e desenvolver o procedimento de contratação pública *“mais condicente com a execução em tempo útil da empreitada de remodelação parcial do interior do edifício da antiga Fábrica Nacional de Cordoaria”*, incluindo a preparação dos documentos do procedimento⁶ de contratação do empreiteiro a quem caberá realizar os trabalhos e a selecção e contratação do mesmo⁷;
 - b. Assumir a titularidade do contrato de empreitada a celebrar;
 - c. Assegurar todas as actividades inerentes à gestão subsequente do contrato de empreitada, incluindo o acompanhamento e gestão dos trabalhos de remodelação e a sua coordenação com a prestação de serviços de mudanças dos bens do Ministério da Cultura a transferir para a Cordoaria Nacional;
 - d. Informar imediatamente o Estado de qualquer circunstância de que tenha ou deva razoavelmente ter conhecimento e que seja susceptível de provocar atrasos na execução dos trabalhos ou suspensão destes;
- f) Pelos serviços em causa o ESTADO paga à Parque EXPO o montante referido em 1, nas seguintes condições⁸:

³ Cfr. Considerando Q do contrato e proposta a fls. 7 e seguintes do processo.

⁴ Cfr. Anexo III do contrato, no Volume 2 do processo.

⁵ Cfr. cláusulas primeira e segunda e anexo II do contrato.

⁶ Carta Convite, Minuta de Contrato, Plano de Segurança e Saúde e Plano de Gestão de Resíduos de Demolição e Construção, uma vez que o Projecto e o Caderno de Encargos, em anexo III ao presente contrato, foram aprovados e enviados à Parque EXPO pelo IGESPAR.

⁷ A qual, de acordo com a proposta da Parque EXPO, em anexo II ao contrato, se faz por ajuste directo - cfr. fls. 11 e 13 dos autos.

⁸ Cfr. cláusula terceira.



Tribunal de Contas

- a. € 207.500,00 em **30 de Junho de 2009**;
- b. € 207.500,00 em **31 de Julho de 2009**;
- g)** Nos termos da cláusula oitava, o contrato entrou em vigor na **data da sua assinatura** (20 de Maio de 2009) e produz efeitos financeiros **após a concessão do visto** pelo Tribunal de Contas. Por ofício de 20 de Agosto de 2009, a fls. 21 dos autos, o requerente confirmou que nenhum dos pagamentos previstos na cláusula terceira foi ainda efectuado;
- h)** De acordo com a proposta em anexo II ao contrato, que dele faz parte integrante, e que, nos termos da cláusula primeira, fixa as condições da prestação dos serviços, os mesmos são desenvolvidos e concluídos no prazo de **81 dias** de calendário;
- i)** Os serviços em causa enquadram-se na operação de remodelação e adaptação do edifício da antiga Fábrica Nacional de Cordoaria, de forma a nele instalar os serviços do Ministério da Cultura. Como decorre dos considerandos do contrato, a mudança dos serviços do Ministério da Cultura para esse edifício visa libertar as antigas Oficinas Gerais de Material do Exército, na Avenida da Índia (onde presentemente estão instalados), para aí construir o novo Museu Nacional dos Coches;
- j)** Ainda de acordo com os considerandos do contrato, estas alterações inserem-se numa operação integrada de requalificação e de reabilitação de uma área urbana inscrita na frente ribeirinha da cidade de Lisboa, entre Santa Apolónia e Belém, a realizar no quadro das Comemorações do Centenário da Implantação da República (5 de Outubro de 2010);
- k)** Esta operação obedece às orientações constantes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 78/2008, de 15 de Maio, cabendo a responsabilidade pela sua execução material à sociedade anónima de capital exclusivamente público denominada *Frente Tejo, S.A.*, criada para o efeito pelo Decreto-Lei n.º 117/2008, de 9 de Julho;
- l)** A referida Resolução do Conselho de Ministros refere, no seu ponto 8:
- “O Conselho de Ministros resolve:*
- (...) 8- Determinar que a Parque Expo 98, S.A., assegure à empresa pública a constituir referida no n.º 2 os serviços de coordenação técnica e de gestão integrada das operações.”*



m) As obras de remodelação do edifício da antiga Fábrica Nacional de Cordoaria, a que se reportam os serviços abrangidos no contrato ora em apreciação, não estão especificamente previstas na Resolução do Conselho de Ministros n.º 78/2008, de 15 de Maio;

n) Nos considerandos do contrato ora submetido a visto refere-se:

“(...) E. Nos termos da supra citada Resolução do Conselho de Ministros, a PARQUE EXPO assegura à Frente Tejo, S.A., na qualidade de sociedade executora, os serviços de coordenação técnica e de gestão integrada das operações, designadamente em apoio aos processos de contratação pública da responsabilidade da sociedade Frente Tejo, S.A.;

F. A PARQUE EXPO foi constituída pelo Governo Português através do Decreto-Lei n.º 88/93, de 23 de Março, e prossegue actualmente uma estratégia concebida para potenciar, no território nacional, a experiência, autoridade e modelos de intervenção adquiridos, demonstrados e implementados com a EXPO’98, tendo em vista a promoção da qualidade de vida urbana, a competitividade das cidades e o seu equilíbrio ambiental;

G. O objecto social da PARQUE EXPO é o previsto no artigo 4.º dos respectivos Estatutos, cabendo-lhe, nomeadamente, intervir em projectos de ordenamento do território e urbanístico, designadamente de reabilitação urbana e recuperação de patrimónios arquitectónicos e celebrar contratos de prestação de serviços relativos a programas de requalificação urbana e de valorização ambiental (alíneas d) e e) do número 2 do artigo 4.º dos Estatutos da PARQUE EXPO);

H. A PARQUE EXPO assume-se como entidade idónea e de reconhecido mérito no âmbito da requalificação ambiental, reconversão e planeamento urbanístico, sendo a única entidade nacional certificada segundo a norma NP EN ISSO 9001:2000, nas áreas da Prospeção, Concepção e Gestão de Projectos de Renovação Urbana e de Requalificação Ambiental;

I. A PARQUE EXPO é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, sendo o Estado, através da Direcção-Geral do Tesouro, titular de 99,43% do capital social e a Câmara Municipal de Lisboa de 0,57%, existindo um controlo efectivo do Estado sobre a sociedade;

J. A PARQUE EXPO é a entidade do sector empresarial do Estado especialmente vocacionada para promover o desenvolvimento urbano e regional sustentável, com experiência demonstrada em processos de transformação e valorização do território, nomeadamente articulando a Administração Central e Local, o sector público e privado;

(...)

P. Atenta a necessidade de integrar devidamente a mencionada deslocação dos serviços do Ministério da Cultura com o projecto específico do eixo Ajuda-Belém, inserido no projecto global para a frente ribeirinha de Lisboa, o Governo Português, através do Ministério da Cultura, solicitou à PARQUE EXPO que se ocupe da



Tribunal de Contas

organização, gestão, coordenação, contratação e execução da mudança dos bens e serviços afectos àquele Ministério para a antiga Fábrica Nacional de Cordoaria e da adaptação específica deste edifício para o efeito (cfr. Anexo I);

Q. A PARQUE EXPO submeteu ao Ministério da Cultura a sua proposta de prestação de serviços (cfr. Anexo II);

R. O Ministério da Cultura está especialmente empenhado nesta operação, por forma à sua realização no mais curto espaço de tempo, mas de forma a salvaguardar o funcionamento dos respectivos serviços em condições de normalidade e em cumprimento da lei;

S. O IGESPAR aprovou o respectivo caderno de encargos e condições técnicas inerentes à contratação e execução da mudança dos bens e serviços afectos àquele Ministério para a antiga Fábrica Nacional de Cordoaria e da adaptação específica deste edifício para o efeito (cfr. Anexo III);

T. A PARQUE EXPO é uma entidade adjudicante para efeitos do disposto no número 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos (“CCP”), encontrando-se a presente contratação expressamente excluída das regras relativas à formação de contratos públicos, nos termos do disposto no número 2 do artigo 5.º do CCP (contratação in-house), uma vez que esta entidade cumpre, perante o Estado Português, os respectivos critérios de controlo e actividade prescritos naquele normativo e na jurisprudência comunitária (cfr. considerando I supra e Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia: Teckal, de 18 de Novembro de 1999, Parking Brixen, de 13 de Outubro de 2005, Carbotermo SpA, de 11 de Maio de 2006 e Tragsa, de 19 de Abril de 2007);

É celebrado o presente Contrato de prestação de serviços, que se rege pelos Considerandos antecedentes, pelas cláusulas seguintes e respectivos Anexos, que dele fazem parte integrante”

- o)** A sociedade “Parque Expo 98, S.A.” foi criada pelo Decreto-Lei nº 88/93, de 23 de Março⁹, sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, com capital social integralmente subscrito e realizado pelo Estado;¹⁰
- p)** Actualmente, o capital social da sociedade é detido, em 99,43%, pelo Estado, através da Direcção-Geral do Tesouro, e em 0,57%, pelo Município de Lisboa;¹¹
- q)** A versão actual dos seus Estatutos foi aprovada em Assembleia-Geral de 26 de Junho de 2007¹²;

⁹ Alterado pelos Decretos-Lei nºs 36/96 de 6 de Maio e 49/2000 de 24 de Março

¹⁰ Vd. artigos 1º, nº1 e 3º, nº1, do Decreto-Lei nº 88/93 de 23 de Março.

¹¹ Vd. Considerando I do contrato e Acórdão n.º 106/09- 11.MAI-1.ªS/SS.

¹² Vd. <http://www.parqueexpo.pt/SiteCollectionDocuments/Estatutos%20Parque%20Expo.pdf>



Tribunal de Contas

- r) Nos termos do artigo 4º, nº1, desses Estatutos, o objecto social principal da Parque EXPO 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”*.
- s) De harmonia com o nº2 do mesmo artigo *“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 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.”*
- t) De acordo com o artigo 4.º, n.º 3, dos Estatutos, a Parque EXPO, 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”*;
- u) Na Resolução n.º 68/98, de 9 de Junho, o Conselho de Ministros resolveu:
- “1 - Definir como objectivos estratégicos para a fase pós-EXPO:*
- a) *Assegurar, na zona de intervenção, uma qualidade urbana e ambiental de excelência;*
 - b) *Assegurar o desenvolvimento rápido de actividades urbanas na zona, minimizando o período de transição;*



c) 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.

2 - Tendo em conta os estudos já efectuados pela Parque Expo, deve desde já definir-se, de modo a ser executado a partir de 1 de Outubro, o plano detalhado de concretização dos objectivos estratégicos, que deverá abordar necessariamente os seguintes pontos:

- a) Desmontagem da Exposição, segundo critérios de rapidez, afectação de espaços, infra-estruturas e equipamentos e numa óptica de rigor;*
- b) Recuperação de créditos resultantes das intervenções efectuadas por conta de terceiras entidades, públicas ou privadas;*
- c) Quadro legal da gestão urbana, em articulação com as Câmaras Municipais de Lisboa e Loures;*
- d) Animação da zona de intervenção, potenciando os equipamentos existentes;*
- e) Promoção imobiliária;*
- f) Gestão económico-financeira da Parque Expo e empresas participadas e estratégia de alienação das participações e de alienação, concessão ou parceria de outros activos.*

3 - Dar início à reestruturação do grupo EXPO de acordo com o modelo organizativo e estatutário ajustado às estritas necessidades da prossecução dos objectivos estratégicos.(...)”

v) Num “Memorando Relativo à Contratação da Parque Expo pelo Estado Português”, junto aos autos pelo Gabinete do Ministro da Cultura em 20 de Agosto de 2009, datado de 28 de Julho de 2009, e constante a fls. 22 e seguintes do processo, refere-se:

“(...)O Estado Português atribui 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) (...)

Através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/98, de 9 de Junho, o Governo definiu como objectivos estratégicos da Parque EXPO, na fase pós-EXPO’98 (...)

De acordo com tais determinações, o accionista Estado definiu como objecto actual da Parque EXPO a prossecução do projecto de reordenação urbana da Zona de Intervenção da EXPO’98, bem como, sem qualquer limitação geográfica, o desenvolvimento de actividades de gestão urbana integrada, a intervenção em projectos de ordenamento do território e urbanísticos (designadamente de reabilitação urbana, recuperação de patrimónios arquitectónicos e requalificação ambiental) e a prestação de serviços naquelas áreas.

Em 21 de Março de 2006, a Comissão Executiva da Parque EXPO aprovou e implementou o ‘Documento de Estratégia’ da sociedade, de conteúdo programático, através do qual procedeu à redefinição pública da sua Missão e dos seus domínios de actuação.



(...) A missão da Parque EXPO consiste, presentemente, na promoção da qualidade de 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.

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

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.”

“Tais produtos finais estão intrinsecamente ligados ao Estado e à execução das suas políticas em matéria de Ambiente e de Ordenamento Urbano, de acordo com as respectivas estratégias de intervenção fundamentais superiormente definidas – operações de reabilitação e revitalização urbanas; operações de valorização, qualificação e refuncionalização de património; operações de requalificação ambiental e renaturalização; operações de desenvolvimento urbano – cuja execução directa ou a respectiva gestão e coordenação (consoante o caso) são legalmente confiadas à Parque EXPO pelo Estado.

Aquele conjunto de intervenções implicou, desde logo e como assumido no “Documento de Estratégia”, a total redefinição do universo de clientes da Parque EXPO.

Deste modo, são presentemente clientes potenciais da Parque EXPO: o Estado, as Autarquias Locais.

Residualmente, a Parque EXPO, quando o interesse público o justifique, poderá colaborar também com entidades privadas cuja propriedade e tipo de intervenção se enquadrem na missão pública da Parque EXPO, tal como definida supra.”

w) Mais se refere no mesmo Memorando:

“(…) 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 do Parque das Nações, S.A., entidade a quem cabe actualmente a prestação do conjunto de serviços urbanos essenciais anteriormente prosseguidos pela Parque EXPO.”



Tribunal de Contas

- x) Nos termos do artigo 9.º dos Estatutos são órgãos da sociedade: a Assembleia-Geral, o Conselho de Administração, o Conselho Fiscal e o Revisor Oficial de Contas;
- y) A Assembleia-Geral é formada pelos accionistas com, pelo menos, 100 acções, competindo a essa Assembleia, em conformidade com o disposto no artigo 11º dos Estatutos:
- “ a. *Deliberar sobre o relatório de gestão e as contas do exercício;*
b. *Deliberar sobre a proposta de aplicação de resultados;*
c. *Proceder à apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade;*
d. *Eleger os titulares dos demais órgãos sociais;*
e. *Deliberar sobre alterações dos estatutos;*
f. *Deliberar sobre qualquer outro assunto para que tenha sido convocada.*”
- z) O Conselho de Administração é composto por um Presidente e dois a quatro vogais, eleitos pela Assembleia-Geral por um mandato de três anos¹³;
- aa) Estabelece-se, no artigo 15.º, n.º 1, dos Estatutos, quanto à competência do Conselho de Administração:
- “*Compete ao Conselho de Administração assegurar a gestão dos negócios da sociedade, sendo-lhe atribuídos os **mais amplos poderes***¹⁴ e cabendo-lhe, designadamente:
- a) *Aprovar o plano de actividades, anual e plurianual;*
b) *Aprovar o orçamento e acompanhar a sua execução;*
c) *Gerir os negócios sociais e praticar todos os actos relativos ao objecto social que não caibam na competência de outro órgão da sociedade;*
d) *Adquirir, alienar ou onerar participações no capital de outras sociedades, bem como obrigações e outros títulos semelhantes;*
e) *Representar a sociedade, em juízo e fora dele, activa e passivamente, propor e acompanhar acções, confessar, desistir, transigir e aceitar compromissos arbitrais;*
g) *Adquirir, alienar ou onerar bens imóveis;*
h) *Deliberar sobre a emissão de empréstimos obrigacionistas e contrair outros empréstimos no mercado financeiro, ressalvados os limites legais;*
i) *Estabelecer a organização técnico-administrativa da sociedade;*
j) *Decidir sobre a admissão de pessoal e sua remuneração;*
l) *Constituir procuradores e mandatários da sociedade, nos termos que julgue convenientes;*
m) *Exercer as demais competências que lhe caibam por lei, independentemente, e sem prejuízo, das que lhe sejam delegadas pela assembleia geral.*”

¹³ Cfr. artigo 14.º dos Estatutos.

¹⁴ Sublinhado nosso.



- bb)** A fiscalização da actividade social da Parque EXPO compete a um conselho fiscal, cujos membros são eleitos pela Assembleia-Geral, que igualmente designa o revisor oficial de contas¹⁵;
- cc)** A Resolução do Conselho de Ministros nº 70/2008, publicada no *Diário da República*, I série, de 22 de Abril de 2008, aprovou as orientações estratégicas do Estado destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado;
- dd)** O Estado, enquanto accionista da Parque EXPO, fez aprovar, em Assembleia-Geral de 27 de Maio de 2008, as orientações estratégicas específicas dirigidas ao Conselho de Administração, para o triénio 2008-2010¹⁶;
- ee)** Solicitada aos serviços a remessa de cópia dessas orientações estratégicas, foi remetido o documento a fls. 124 e 125 dos autos, donde consta:

“III. ORIENTAÇÕES ESTRATÉGICAS ESPECÍFICAS

MISSÃO E VISÃO

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. Assume um olhar sobre o território na óptica do interesse público, tem um domínio multidisciplinar do conhecimento e uma particular vocação e competência na articulação de interesses e agilização de processos com os vários níveis da administração e com entidades privadas.

Esta capacidade de articulação, a capacidade de concretizar as operações desde a fase da concepção até à fase de execução e a capacidade de integrar todo este conjunto de domínios do conhecimento nas diversas fases do trabalho, garantem a concretização e o êxito dos planos e operações concebidas pela Parque EXPO.

ORIENTAÇÕES ESPECÍFICAS

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

¹⁵ Cfr. artigos 18.º a 21.º dos Estatutos.

¹⁶ Cfr. fls. 21, 26, 124 e 125 dos autos.



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.”

ff) No Relatório e Contas de 2008 da Parque EXPO¹⁷ consta uma mensagem do seu Presidente, na qual se refere o seguinte:

*“... 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)**.¹⁸*

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

¹⁷Vd.

[http://www.parqueexpo.pt/SiteCollectionDocuments/Empresa/Relatorio%20e%20Contas Consolidado%202008.pdf](http://www.parqueexpo.pt/SiteCollectionDocuments/Empresa/Relatorio%20e%20Contas%20Consolidado%202008.pdf)

¹⁸ Sublinhado nosso.



Tribunal de Contas

constitui em grande medida a singularidade e mais-valia da prestação da Parque Expo.

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

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

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

gg) A fls. 126 e 136, constam os seguintes dados relativos à actividade da Parque EXPO, que traduzem o volume de negócios gerado por actividades determinadas pelos seus accionistas e por actividades desenvolvidas por sua decisão¹⁹:

	Notas	2006	%	2007	%	2008	%	(*)2009	%
Actividades determinadas pelos accionistas		52.913	93	36.863	97	24.923	92	5.436	83
Projecto Parque das Nações:									
Alienação de terrenos		30.766	54	22.088	58	9.334	35	0	0
Gestão de activos		8.855	16	5.179	14	3.856	14	1.906	29
Gestão Urbana CM de Lisboa	(1)	5.528	10	5.386	14	3.713	14	0	0
Gestão Urbana CM de Loures	(1)	1.424	3	1.703	4	1.391	5	0	0
Gestão Urbana Receitas da PE		1.239	2	1.507	4	888	3	9	0
Conexas com alienação		264	0	231	1	280	1	116	2
Geral		126	0	21	0	24	0	13	0
Programa Polis Cidades	(2)	4.710	8	748	2	3.963	15	1.742	27
Programa Polis Litoral		0	0	0	0	762	3	1.289	20
Representação Portuguesa em Eventos Internacionais		0	0	0	0	712	3	361	6
Actividades desenvolvidas por decisão da sociedade	(3 e 4)	3.945	7	1.081	3	2.031	8	1.088	17
Volume de negócios		49.905		30.885		21.851		6.524	
Volume de negócios+ressarcir de custos suportados por conta das Autarquias		56.858	100	37.944	100	26.955	100	6.524	100

(*) 1.º Semestre

(1) Trata-se de repassagem de despesas suportadas por conta das Autarquias de Lisboa e de Loures contabilizadas em contas de terceiros. Se fossem apurados resultados estes valores eram contabilizados em proveitos na conta 72

(2) Inclui o Programa Polis, a Frente Tejo e o Turismo de Portugal

(3) Enquadradas na estratégia definida pelo accionista

(4) O valor do exercício de 2006 inclui cerca de 3,1 M€ de serviços prestados à ESTAMO que entraram em encontro de contas com o valor a devolver ao Estado no âmbito da aquisição do Pavilhão de Portugal

hh) A fls. 135, constam os seguintes dados relativos à actividade da Parque EXPO, que traduzem o volume de negócios da sociedade, relativamente às entidades a quem são prestados e que os remuneram:

ii)

Volume de negócios prestado a ...	2006	2007	2008	(*)2009
Entidades participantes no capital social da Parque EXPO	0	0	712	361
Entidades não participantes no capital social da Parque EXPO	49.905	30.855	21.138	6.163
Volume de negócios	49.905	30.855	21.851	6.524

¹⁹ Neste e nos outros mapas os valores estão em milhares de euros e as percentagens estão arredondadas.



jj) A fls. 127 constam os seguintes dados, distribuindo os proveitos entre vendas e prestação de serviços:

	2006	%	2007	%	2008	%	(*)2009	%
Vendas	30.766	62	22.088	72	9.334	43	0	0
Prestações de serviços	19.139	38	8.767	28	12.517	57	6.524	100
Volume de negócios	49.905	100	30.855	100	21.851	100	6.524	100

kk) Dos documentos juntos a fls. 129 a 134 retira-se o seguinte:

- Na *Gestão de Activos* incluem-se receitas provenientes do Oceanário, do Pavilhão Atlântico e da FIL e, ainda, de um vasto conjunto de empresas privadas de restauração, hotelaria e diversos tipos de serviços;
- Na *Requalificação Urbana* as receitas provêm de sociedades anónimas constituídas para o desenvolvimento dos programas POLIS, da Frente Tejo S.A., de autarquias locais e associações de autarquias, de empresas municipais, de sociedades imobiliárias, de empresas de projectos e de Estados e entidades estrangeiras. Em 2009 referenciam-se pequenos valores provenientes do Turismo de Portugal, I.P. e da Direcção Regional de Cultura do Algarve.

ll) No que respeita a actividades de intervenção de requalificação e reabilitação urbanas, a Parque EXPO intervém também no mercado internacional, salientando-se do Relatório e Contas de 2008, que, durante esse ano, a Parque EXPO 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 projectos²⁰;

mm) No “*Memorando Relativo à Contratação da Parque Expo pelo Estado Português*”, a fls. 22 e seguintes do processo, e já acima referido, refere-se:

“(…) O projecto global EXPO’98 desenvolvido pela Parque EXPO, por conta e em nome do Estado Português na sequência da execução da operação de recuperação urbanística da ZI, reverteu em grande parte para o próprio Estado, permitindo, inclusivamente, gerar receitas na ordem dos 3.715 milhões de euros

²⁰ A elaboração de proposta de plano estratégico e modelo de implementação de uma intervenção urbana numa cidade da Tunísia e o *Masterplan* para o Parque da Ciência e Tecnologia de Maluana, Moçambique, na sequência de um concurso lançado pelo Banco Africano de Desenvolvimento.



(numa perspectiva conservadora) directamente para o Sector Público Administrativo (...).

Não obstante, no caso da Parque EXPO, a reconhecida actividade imobiliária assistiu a uma gradual mas acentuada redução, sobretudo desde 2006, sendo desde 2008, em concreto, extremamente reduzida e com tendência a ficar concluída em definitivo a muito curto prazo.

(...) as especificidades inerentes à actividade da Parque EXPO (...) encontram-se balizadas, por um lado, pelas determinações do Governo quanto à gestão dos activos – terrenos - que aquele integrou no património da sociedade para enquadramento financeiro da EXPO'98 e subsequente amortização do passivo e, por outro, as orientações expressas quanto à Missão e Visão da Empresa enquanto instrumento empresarial do Estado dotado da vocação e das competências necessárias à execução das políticas públicas em matéria de ambiente, ordenamento do território e desenvolvimento urbano, desenvolvendo a sua actividade mais recente maioritariamente ao serviço do próprio Estado.

(...) Para além da conclusão da maioria das 10 intervenções Polis que lhe foram confiadas, a Parque EXPO desenvolveu ainda, ao longo de 2008, uma intensa actividade na concepção de intervenções de requalificação urbana, tendo concluído estudos de enquadramento estratégico para diversas zonas do país e iniciado a prestação de vários serviços por determinação do Estado, com destaque para os seguintes (título meramente exemplificativo):

- No âmbito do programa Polis Litoral, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2008, de 3 de Junho, a Parque EXPO elaborou propostas de planos estratégicos das três áreas consideradas prioritárias: Litoral Norte, Ria de Aveiro e Ria Formosa, que abrangem no conjunto 151 Km de frente costeira e 220 Km de frentes lagunares e estuarinas.*
- Na sequência daqueles serviços prestados ao Estado, determinou este, no Decreto-Lei n.º 92/2008, de 3 de Junho, no Decreto-Lei n.º 231/2008, e no Decreto-Lei n.º 11/2009, de 12 de Janeiro, atribuir à Parque EXPO a responsabilidade pela direcção e coordenação geral das operações integradas de requalificação e valorização da Ria Formosa, do Litoral Norte e da Ria de Aveiro, nos termos definidos nos respectivos planos estratégicos.*
- Através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 78/2008, de 15 de Maio, o Governo determinou que a Parque EXPO seria responsável por assegurar à empresa pública a constituir referida no n.º 2 daquela RCM (a sociedade “Frente Tejo, S.A., entretanto constituída nos termos do Decreto-Lei n.º 117/2008, de 9 de Julho), serviços de coordenação técnica e de gestão integrada das operações de requalificação e reabilitação urbana da frente ribeirinha de Lisboa, em conformidade com os objectivos e principais linhas de orientação constantes do documento estratégico de requalificação e reabilitação urbana aprovado pela mesma RCM.*



Tribunal de Contas

- *Na sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 99/2006, de 26 de Outubro, assumiu a dimensão executiva e operacional da Participação Portuguesa na Expo Saragoça 2008 (...).*
- *Em cumprimento da Resolução do Conselho de Ministros n.º 137/2008, de 12 de Setembro, a Parque EXPO prestou também apoio técnico à elaboração do plano estratégico do projecto do Arco Ribeirinho Sul, visando a requalificação urbanística de mais de 880 hectares de património público na margem sul do estuário do Tejo, abrangendo os concelhos de Almada, Barreiro e Seixal.*
- *Nos termos do 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), retirando partido da experiência e dos conteúdos resultantes da participação portuguesa na Expo 2008 de Saragoça, serviços que prestou efectivamente ao Estado e pelos quais aguarda o respectivo ressarcimento.*
- *A Parque EXPO foi igualmente responsável pela elaboração dos seguintes estudos destinados a outros entes públicos (Municípios e Empresas Municipais):*

Projecto	Âmbito	Cliente
SRU Viseu	Estudo de Enquadramento Estratégico	Viseu Novo, SRU
Portalegre	Estudo de Enquadramento Estratégico	Município de Portalegre
Interface Laborim	Estudo de Enquadramento Estratégico	GAIURB,EM
Litoral Norte e Vale do Lima	Plano de Intervenção e Planos de Acção	Vale-e-Mar Comunidade Urbana
Dão-Lafões	Estudo de Enquadramento Estratégico	Associação de Municípios de Dão-Lafões
Évora SRU	Estudo de Enquadramento Estratégico	Município de Évora
Vale do Minho	Plano de Intervenção	Comunidade Intermunicipal de Vale do Minho
Fátima 2017	Plano Operacional	SRU da Cova da Iria, EM
Mafra	Estudo de Enquadramento Estratégico	Município de Mafra
Montijo	Plano Operacional	Município de Montijo
Alcácer do Sal	Estudo de Enquadramento Estratégico	Município de Alcácer do Sal
Frente Ribeirinha de Faro	Estudo de Enquadramento Estratégico	Município de Faro
Oliveira de Azeméis	Estudo de Enquadramento Estratégico	Município de Oliveira de Azeméis
Vale da Telha	Estudo de Enquadramento Estratégico	Município de Aljezur
Sintra	Estudo de Enquadramento Estratégico	Município de Sintra

Durante 2009 e mediante atribuição legal das respectivas responsabilidades pelo Estado, a Parque EXPO tem já perspectivadas, nomeadamente, as seguintes intervenções:

- *Manter os serviços prestados junto das sociedades executoras das operações de requalificação antes indicadas (de horizonte temporal dilatado);*
- *Reforçar os serviços já em curso de apoio ao Ministério da Cultura- Direcção Regional de Cultura do Algarve, no âmbito da operação integrada de requalificação e valorização do património histórico e cultural do Promontório de Sagres, em articulação com o Ministério da Economia/Turismo de Portugal, I.P.;*
- *Executar em benefício do Estado – Ministério da Cultura, os serviços de gestão e de coordenação da empreitada de remodelação parcial do interior do edifício da antiga Fábrica Nacional de Cordoaria, para realocação dos*



serviços do Ministério da Cultura actualmente instalados nas antigas Oficinas Gerais de Material do Exército, na Av. Da Índia em Lisboa;

- *Reforçar a sua actividade com a coordenação e gestão das operações previstas no âmbito do projecto do Arco Ribeirinho Sul: por iniciativa do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, o Conselho de Ministros aprovou em 23 de Julho uma resolução que aprova o Plano Estratégico e as respectivas propostas de intervenção elaborados pelo grupo de trabalho do Projecto do Arco Ribeirinho Sul, nos termos da Resolução do Conselho de Ministros n.º137/2008, de 12 de Setembro. Na mesma ocasião, foi também aprovado pelo Conselho de Ministros o Decreto-Lei que constitui a sociedade Arco Ribeirinho Sul, S.A., sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, que tem por objecto a coordenação global do Projecto do Arco Ribeirinho Sul e a execução do investimento a realizar naquele âmbito, nas áreas e nos termos definidos no respectivo Plano Estratégico. Nos termos de ambos os documentos, a Parque EXPO será responsável por toda a coordenação técnica global e gestão integrada do Projecto do Arco Ribeirinho Sul, nos termos definidos no respectivo Plano Estratégico;*
- *Iniciar e desenvolver a concepção e execução operacional da participação portuguesa na Expo 2010-Xangai;*
- *Reforçar a sua actividade com a coordenação e gestão das operações previstas no âmbito do programa Polis Litoral, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2008, de 3 de Junho: por iniciativa do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, o Conselho de Ministros deverá aprovar o decreto-lei que constitui a sociedade Polis Litoral Sudoeste- Sociedade para a Requalificação e Valorização do Litoral Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina, S.A., designando igualmente a Parque EXPO para a direcção e a coordenação geral da operação;*
- *Prestar, em benefício do Estado - Ministério da Educação, serviços de coordenação e gestão das operações de requalificação da Escola Luís António Verney e de construção das novas Escolas Básicas Integradas (EBI) de Telheiras e da zona sul do Parque das Nações, enquadradas no âmbito do “Programa de Modernização do Parque Escolar destinado ao Ensino Secundário”.*

Julga-se, deste modo, confirmada a focalização do essencial da actividade actual da Parque EXPO junto do e para o Estado Português, particularmente em actividades de gestão e coordenação de intervenções de reabilitação e de requalificação urbana da sua iniciativa, ou participadas pelo Estado e por Municípios, surgindo a actuação da Parque EXPO como contributo do Estado naquelas operações.”

nn) A Parque EXPO detém as seguintes participações noutras sociedades²¹:

²¹ Cfr. Acórdão n.º 106/09- 11.MAI-1.ªS/SS



- 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 - EXPOB11 - Promoção e Desenvolvimento Imobiliário, SA (30%);
- 7 - EXPOB12 - 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%).

3. DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS ENTRE O ESTADO E AS EMPRESAS PÚBLICAS

Como decorre das alíneas o) e p) do ponto anterior, e é reconhecido pelo serviço, designadamente a fls. 41, a Parque EXPO é uma *empresa pública*, nos termos e para os efeitos do regime jurídico do Sector Empresarial do Estado, definido pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, tal como republicado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto²².

Ora, do disposto nos artigos 8.º e 9.º daquele diploma resulta claramente que:

- As empresas públicas estão sujeitas às regras gerais de concorrência, nacionais e comunitárias;
- Das relações entre empresas públicas e o Estado ou outros entes públicos não poderão resultar situações que, *sob qualquer forma*, sejam susceptíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do território nacional;
- Admitem-se regimes derogatórios especiais daquelas regras apenas quando, de forma *devidamente justificada*, a aplicação das normas gerais de concorrência seja susceptível de *frustrar*, de direito ou de facto, *as missões* confiadas às empresas públicas incumbidas da gestão de serviços

²² Diploma doravante designado como RJSEE.



de interesse económico geral ou que apoiem a gestão do património do Estado.

Estas regras devem ser compreendidas no quadro vinculativo dos princípios e normas do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, o qual estabeleceu:

- No artigo 49, n.º 1, a proibição de restrições à livre prestação de serviços na Comunidade²³;
- No artigo 81.º, a proibição de todas as práticas que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em repartir os mercados;
- No artigo 82.º, a proibição de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste;
- No artigo 86.º, n.º 1, a obrigatoriedade de os Estados não tomarem, relativamente às suas empresas públicas, quaisquer medidas contrárias ao disposto naquelas regras;
- No artigo 86.º, n.º 2, o princípio de que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ficam submetidas aos princípios do Tratado e às regras de concorrência, na medida em que a aplicação dessas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.

Não há dúvidas de que, no caso concreto, estamos perante uma prestação de serviços, na acepção do artigo 50.º do Tratado.

Por outro lado, o RJSEE, em concretização daqueles imperativos comunitários, assume o pressuposto de uma divisão fundamental entre empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, previstas nos seus artigos 19.º e seguintes, e empresas públicas concorrenciais, as quais actuam em sectores totalmente sujeitos à concorrência e em completa paridade com as empresas privadas²⁴.

²³ Considerando-se como “serviços”, nos termos do artigo 50.º, as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas.

²⁴ Cfr., designadamente, Luís D. S. Morais, em *As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas na sequência da aprovação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro*, in Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado, Almedina, 2000, e Alexandra Leitão, em *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 65, Setembro/Octubre 2007.



Ora, tanto os serviços correntemente desenvolvidos pela Parque Expo como os serviços concretamente em causa não são, nem foram invocados como sendo, de interesse económico geral, não tendo também sido suscitada a questão de se frustrar qualquer missão desse tipo.

Trata-se de serviços que poderiam ser prestados por quaisquer outras entidades que operam no mercado, incluindo as sedeadas noutros Estados-Membros da União Europeia.

Assim, tratando-se de uma empresa pública concorrencial e de serviços abrangidos pela liberdade de prestação de serviços consagrada no Tratado, está, por princípio, o Estado português proibido de favorecer a empresa pública através da adjudicação directa desses serviços, uma vez que isso viola o disposto no artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, do RJSEE bem como as regras comunitárias de livre prestação de serviços e de livre concorrência.

E deve ter-se presente que, por força destas regras e da aplicação directa das normas constantes do Tratado, e tal como referiu Christine Stix-Hackl, nas conclusões por si apresentadas, em 14 de Setembro de 2006, na qualidade de Advogada-Geral no processo do Tribunal de Justiça europeu n.º C-532/03, a obrigação de abertura à concorrência dos contratos de serviços deve ser cumprida tanto no contexto de adjudicações abrangidas pelas directivas comunitárias de contratação pública como relativamente a adjudicações que não sejam reguladas por quaisquer directivas nessa matéria.

4. DA CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E A “PARQUE EXPO 98, S.A.” COMO UMA EVENTUAL RELAÇÃO *IN HOUSE*.

Tendo como pano de fundo esta obrigatoriedade de realização de concorrência para a aquisição dos serviços, analisemos a excepção invocada no processo.

a) Das relações *in house*.

Como acima referimos na alínea n) do ponto 2, foi invocado que o contrato em apreciação se encontra expressamente excluído das regras relativas à formação de contratos públicos, por força do disposto no artigo 5.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (contratação *in house*).



Este preceito legal veio consagrar no ordenamento jurídico português a denominada doutrina da contratação *in house*, criada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

O Acórdão *Teckal*, proferido no processo daquele Tribunal n.º C-107/98, marcou o início da referida construção jurisprudencial como justificação para a não aplicação das regras de contratação pública. Esta teoria foi desenvolvida, posteriormente, e sobretudo, nos Acórdãos proferidos nos processos n.ºs C-26/03 (*Stadt Halle*), C-231/03 (*Coname*), C-458/03 (*Parking Brixen*), C-29/04 (*Comissão v. Áustria*), C-340/04 (*Carbotermo and Consorcio Alisei*), C-410/04 (*ANAV*), C-295/05 (*Asemfo/Tragsa*), C-337/05 (*Comissão v. Itália*) e C-324/07 (*Coditel*).

Nos referidos casos, o Tribunal de Justiça europeu afirmou a ideia de que, em determinadas circunstâncias, a relação contratual entre pessoas jurídicas distintas pode, ainda assim, reconduzir-se a uma relação *interna* entre elas, para a qual não se justifica impor o recurso ao mercado.

Assim, uma entidade adjudicante estará dispensada de cumprir as regras da concorrência quando escolhe realizar ela mesma as operações económicas de que necessita, embora, no âmbito da sua autonomia organizativa, através de uma outra entidade que funciona como um seu *prolongamento administrativo*. Será, então, essa especial relação de prolongamento que, integrando, no plano substantivo, uma relação de dependência entre os entes em causa, elimina a autonomia de vontade de um deles e permite considerar que o contrato não é celebrado com um *terceiro*.

A tese defendida nos referidos acórdãos do Tribunal de Justiça, embora não tendo sido explicitamente vertida no texto das directivas de 2004²⁵, foi, à semelhança do que sucedeu noutros Estados-Membros, expressamente incorporada no Código dos Contratos Públicos português. Consta, hoje, do citado artigo 5.º, n.º 2.

Há, no entanto, que ter em atenção que a possibilidade de realização de ajuste directo, para além do afastamento das regras de contratação pública, constantes das Directivas na matéria e do Código dos Contratos Públicos, implica também o afastamento dos princípios atrás referidos no ponto 3, v.g. o da proibição de relações preferenciais entre o Estado e as suas empresas públicas concorrenciais.

²⁵ Por falta de acordo quanto à redacção da norma.



Ora, isso significa que a excepção às regras concorrenciais só deve operar quando a situação se possa qualificar, *sem quaisquer dúvidas*, como uma forma de *auto-organização* da Administração Pública²⁶, ou seja, como uma situação em que a empresa pública actua em nome e para o Estado, de tal modo que, por se tratar de uma acção do próprio Estado, não deve ser considerada como empresa para os efeitos do artigo 86.º do Tratado.

b) Requisitos da relação *in house* como fundamento de desaplicação da Parte II do Código dos Contratos Públicos

Dispõe, então, o artigo 5º, n.º 2, do Código, na linha, aliás, da jurisprudência comunitária a que aludimos:

*“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 - (...)”*

A verificação cumulativa dos dois pressupostos referidos permite excepcionar os contratos do princípio geral da concorrência que enforma o regime de formação dos contratos públicos.

O Código não densifica o conteúdo daqueles requisitos, pelo que 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.

²⁶ Cfr. Alexandra Leitão, em *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”*, já acima citado.



Deve, pois, atender-se à orientação do Tribunal de Justiça no sentido de a interpretação da excepção dever ser “*estrita*”, ou seja, dever garantir a salvaguarda máxima do princípio da concorrência²⁷.

c) Controlo exercido pela entidade adjudicante

Analiseemos, então, a primeira das condições exigidas.

Vejamos se a entidade adjudicante exerce sobre a actividade da entidade com quem contrata, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*, tendo sempre presente que o objectivo é determinar se a entidade, neste caso a Parque EXPO, deve ser considerada como um mero *alter ego* do próprio Estado.

Em que deve consistir exactamente esse *controlo análogo*?

Como se referiu no Acórdão n.º 106/09-11.MAI-1.ªS/SS, citando Bernardo Azevedo²⁸: “*Na expressão de R. PERIN / D. CASALINI, 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 caiba um “penetrante poder de indirizzo” ou, segundo RICCARDO URSI, 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.*”

Continua Bernardo de Azevedo no texto em causa: “*Só assim se torna legítimo sustentar que a entidade controlada se assume como um meio próprio ou como uma estrutura interna da entidade adjudicante, nada mais existindo, afinal, que uma simples relação de «delegação inter-orgânica» (S. COLOMBARI) associada à neutralização ou diluição da personalidade jurídica própria da entidade dominada, que só subsiste em termos puramente nominais.*”

Como também afirma Alexandra Leitão²⁹, este controlo deve traduzir-se num absoluto domínio sobre a autodeterminação da vontade do prestador do bem ou serviço.

²⁷ Como acentua BERNARDO AZEVEDO, em *Estudos de Contratação Pública – I*, 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.

²⁸ No texto citado.

²⁹ Em *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Setembro/Outubro 2007.



Ou seja, a entidade adjudicatária deve comportar-se como um simples instrumento de concretização da vontade da adjudicante, não tendo autonomia real nem vontade negocial própria.

J.J. Pernas Garcia³⁰ definiu a situação desta forma: *“só há uma vontade decisória que ordena a realização de uma determinada actividade a um apêndice próprio, mediante a adopção de um acto administrativo. O ente que recebe o mandato deve realizar o encargo sem que possa negar-se. A sua vontade não importa. O seu consentimento não é necessário”*³¹.

Nesse sentido deverá poder concluir-se que a entidade dominada não goza *“de uma margem de autonomia decisória sobre aspectos relevantes da sua vida, relacionados, por exemplo, com a estratégia comercial a seguir, as actividades a desenvolver, os endividamentos a contrair, etc.”* e que a entidade adjudicante está *“em condições de fixar a orientação geral da empresa, atribuindo-lhe o capital de dotação, assegurando a cobertura de eventuais custos sociais, verificando o resultado da gestão e exercendo supervisão estratégica”*³².

Como se referenciou nas alíneas o) e p) do probatório, a Parque EXPO é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, maioritariamente detida pelo Estado.

Ora, referiu-se no ponto 37 do Acórdão *Carbotermo* que *“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”*³³, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços”.

Por seu turno, no ponto 57 do Acórdão *Tragsa* afirma-se: *“no que respeita à primeira condição, relativa ao controlo da autoridade pública, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a circunstância de a adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outras autoridades públicas, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária constitui, em princípio”*³⁴, um indício de que essa entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços”.

³⁰ Cfr. Juan José Pernas Garcia, *Operaciones in house y el derecho comunitário de contratos públicos*.

³¹ Sublinhado nosso.

³² Cfr. Pedro Gonçalves, in *Regime Jurídico das Empresas Municipais*.

³³ Sublinhado nosso.

³⁴ Sublinhado nosso.



Tribunal de Contas

O facto de a Parque EXPO ser detida pelo Estado em 99,43% constitui, assim, uma presunção de que este exerce sobre a sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

Mas bastará isso para que se dê o requisito em causa por verificado? Entendemos que não.

É importante apontar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça salvaguarda que esse indício *não é decisivo*³⁵ e que a existência de um *controlo análogo* exige que a entidade adjudicante exerça uma influência *determinante* (e não apenas dominante) quer sobre os objectivos estratégicos, quer sobre as decisões importantes do adjudicatário³⁶.

Neste sentido, o referido Tribunal tem considerado que não se pode dar por verificado o requisito de *controlo análogo* quando o controlo exercido pela entidade detentora do capital se resume, no essencial, à latitude que o direito das sociedades reconhece à maioria dos accionistas, e não estejam consagrados nos estatutos poderes especiais capazes de restringir a liberdade de acção reconhecida a conselhos de administração a quem são conferidos amplos poderes de gestão ordinária e extraordinária³⁷.

Ora, Alexandra Leitão³⁸ e Cláudia Viana³⁹ consideram que este requisito não se verifica no caso das empresas públicas, em especial quando elas actuem em sectores sujeitos à concorrência. Isto porque os poderes conferidos ao Estado relativamente a elas não são comparáveis à tutela ou superintendência, não implicam uma dependência administrativa, organizativa e financeira e aproximam-se muito mais dos poderes dos accionistas nas sociedades comerciais do que de qualquer forma de tutela administrativa⁴⁰.

Como aponta Bernardo Azevedo, no texto já atrás citado, citando várias jurisprudências e doutrina, “*a progressão generalizada do management a que se*

³⁵ A fls. 29, no *Memorando relativo à contratação da Parque EXPO pelo Estado Português*, o serviço reconhece também que, para efeitos da jurisprudência comunitária, o controlo maioritário da entidade adjudicante é apenas *presunção* de controlo.

³⁶ Cfr. Acórdãos *Parking Brixen*, no processo C-458/03 e *Carbotermo*, no processo C-340/04.

³⁷ Cfr. os mesmos Acórdãos.

³⁸ Em *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Setembro/Outubro 2007

³⁹ Em *Contratos públicos “in house” – em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais*, in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 00, Outubro-Dezembro 2007.

⁴⁰ Situação que poderá ser diferente nas entidades públicas empresariais.



tem assistido (entre outros factores), torna particularmente delicada (ao menos na perspectiva do TJCE) a afirmação do controlo análogo no caso de sociedades ou acções – independentemente, por conseguinte, do respectivo capital social ser de composição mista (pública/privada) ou integralmente detido por entes públicos – e isto em razão das seguintes circunstâncias:

- *por vocação eminentemente comercial das sociedades por acções;*
- *amplitude do objecto social e relevante extensão territorial da sua actividade;*
- *abertura obrigatória do respectivo capital social a novos sócios;*
- *autonomia de gestão do conselho de administração, prescindindo do controlo dos accionistas maioritários.*

Importa, pois, a fim de implementar um controlo estrutural sobre a actividade desenvolvida pela organização in house de raiz societária, que a entidade adjudicante disponha de instrumentos (direitos de veto, pactos parassociais, poderes de designação de membros do conselho de administração) capazes de lhe assegurar um poder de ingerência incisivo sobre a sua gestão ordinária (decisões individuais de gestão) e não apenas extraordinária (decisões estratégicas de mercado), de forma a poder dizer-se que aquela (entidade controlada) se apresenta como uma «sociedade inteiramente cativa» desta última (entidade adjudicante).”

No caso, a Assembleia-Geral da Parque EXPO, órgão em que têm assento os accionistas, tem poderes para deliberar sobre alterações aos estatutos, eleger os titulares dos demais órgãos sociais, designadamente os membros do Conselho de Administração, proceder à apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade, deliberar sobre o relatório de gestão e as contas do exercício e deliberar sobre a proposta de aplicação de resultados⁴¹.

Por sua vez, ao Conselho de Administração são atribuídos ***os mais amplos poderes*** para assegurar a gestão dos negócios da sociedade, em que se incluem, designadamente, os poderes para aprovar o plano de actividades anual e plurianual, para aprovar e executar o orçamento, para gerir os negócios sociais e praticar todos os actos relativos ao objecto social que não caibam na competência de outro órgão da sociedade, para adquirir, alienar ou onerar participações no capital de outras sociedades, bem como obrigações e outros títulos semelhantes, para representar a sociedade, em juízo e fora dele, activa e passivamente, para adquirir, alienar ou onerar bens imóveis, para deliberar sobre a emissão de empréstimos obrigacionistas e contrair outros empréstimos no mercado financeiro⁴².

Constatamos, assim, que o Conselho de Administração da Parque EXPO tem estatutariamente uma ampla autonomia decisória, tanto em matéria

⁴¹ Cfr. alínea v) do probatório.

⁴² Cfr. alínea x) do probatório.



de gestão ordinária como de gestão extraordinária, cabendo-lhe, não apenas assegurar toda a gestão corrente da empresa, mas também definir a sua estratégia negocial.

É certo que o artigo 11º do RJSEE estabelece, para o Estado, o poder de definir *orientações de gestão* para as empresas públicas⁴³.

Nos termos do referido artigo 11.º, o Estado:

- Emite *orientações estratégicas* para a gestão da globalidade das empresas públicas, através de Resolução do Conselho de Ministros;
- Pode emitir *orientações gerais* para um conjunto de empresas públicas do mesmo sector de actividade, através de despacho conjunto do Ministro das Finanças e do ministro responsável pelo sector;
- Pode emitir *orientações específicas* para uma específica empresa pública societária, através de deliberação accionista.

Essas orientações reflectem-se nas deliberações a tomar em assembleia-geral pelos representantes públicos, podem envolver metas quantificadas e contemplar a celebração de contratos entre o Estado e as empresas públicas, são acompanhadas pelo Ministro das Finanças e pelo ministro responsável pelo sector, os quais podem emitir recomendações para a sua prossecução, sendo a verificação do seu cumprimento tida em conta na avaliação do desempenho dos gestores públicos.

Alexandra Leitão⁴⁴ e Luís Morais⁴⁵ alertam, no entanto, para que este poder de orientação não contém um alto grau de concretização, não pode equiparar-se a um poder de superintendência e não pode interferir com a esfera de gestão corrente.

Em concreto, e no que concerne às orientações estratégicas constantes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008⁴⁶, as mesmas reconhecem a *independência* das empresas públicas do sector empresarial do Estado *em matéria de gestão*, determinando-lhes, no essencial, que, sem prejuízo dessa independência, desenvolvam a sua

⁴³ Rui Medeiros, em *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Maio/Junho 2008, chama a atenção para que esta legislação reforça os poderes de orientação e de controlo do Governo.

⁴⁴ No texto já indicado.

⁴⁵ Em *As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas na Sequência da Aprovação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro*, in *Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, obra colectiva coordenada por Eduardo Paz Ferreira, Coimbra, 2000.

⁴⁶ Cfr. alínea cc) do ponto 2.



actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo, num quadro de racionalidade empresarial, optimização permanente dos seus níveis de eficiência, qualidade do serviço prestado, respeito por elevados padrões de qualidade e segurança.

A mesma Resolução fixa orientações genéricas para a definição de indicadores financeiros, para a contratualização da prestação de serviço público, para a adopção de metodologias de qualidade de serviço, para a observância de princípios na política de recursos humanos e promoção da igualdade, para a gestão dos encargos com pensões, para a adopção de políticas de inovação e sustentabilidade, para os sistemas de informação e controlo de riscos e para a adopção de princípios ecológicos no domínio das compras.

Por outro lado, nos termos do RJSEE e do Estatuto do Gestor Público⁴⁷, o Estado português, enquanto accionista principal e maioritário da Parque EXPO, fez aprovar em Assembleia-Geral 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.

Como se constata pela leitura dessa orientações, transcritas na alínea bb) do probatório, elas apontam para que a Parque EXPO deve sobretudo operar nas áreas da qualificação urbana e territorial, através da 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*”⁴⁸, sem prejuízo de continuar a intervir, no âmbito da sua vocação original, em eventos nacionais de grande envergadura, face às oportunidades concretas que forem surgindo.

Caracterizando a Parque EXPO como um valioso braço *empresarial* das políticas públicas, dada a grande experiência e prestígio que acumulou, reafirma-se que isso exige “*que a empresa aprofunde um nível competitivo compatível com um mercado em concorrência*”.

Confirma-se, assim, que nem as orientações estratégicas nem as orientações específicas dadas pelo accionista Estado interferiram, de forma concretizada, com a esfera de gestão do Conselho de

⁴⁷ Aprovado pelo DL n.º 71/2007 de 27 de Março.

⁴⁸ Referem-se em concreto intervenções de qualificação dos espaços urbanos e intervenções no litoral português.



Administração da Parque EXPO, respeitando a sua ampla autonomia decisória, estatutariamente definida, e oferecendo-lhe tão só um quadro de amplas orientações de estratégia negocial.

Por outro lado, essas orientações são claras no sentido de que a intervenção da empresa se deve fazer em projectos públicos e privados, nacionais e estrangeiros, e actuando num ambiente de mercado concorrencial, para o qual a empresa deve aprofundar as suas vantagens competitivas.

Parece, pois, claro que estamos longe de uma situação em que a empresa se limita a substituir o Estado no exercício de alguma das suas missões.

Por um lado, é manifesto que se pretende que a Parque EXPO actue no mercado, de forma concorrencial, a par de outros operadores privados, mesmo quando se dedique a projectos de requalificação urbana ou territorial.

É também clara a intenção de que a empresa se candidate a quaisquer projectos nessas áreas, mesmo quando de iniciativa não estadual, privada ou estrangeira.

Por outro lado, a empresa pública em causa tem, legal e estatutariamente, uma significativa autonomia decisória e de gestão, não podendo ser considerada como um mero apêndice, “*cujo consentimento não é necessário*” para a realização da vontade estadual.

Aliás, no caso, a concreta formação do contrato em apreço obedeceu a uma lógica contratual e não unilateral⁴⁹.

No sentido de demonstrar a total dependência da Parque EXPO relativamente ao Estado, são invocadas as actividades que, alegadamente, “*lhe foram impostas*” pelo Estado, “*sem exigência do seu consentimento, e independentemente da entidade pagadora*”⁵⁰- cfr. alíneas v) e ll) do ponto 2.

Constata-se, efectivamente, que parte das actividades desenvolvidas pela Parque EXPO foram assumidas na sequência de actos legislativos, regulamentares ou administrativos do Governo: normas de Decretos-Lei, determinações de Resoluções do Conselho de Ministros ou Despachos de membros do Governo.

⁴⁹ Cfr. alíneas a), b), d) e m) do probatório.

⁵⁰ Cfr. fls. 44 dos autos.



É o caso, por exemplo, do n.º 8 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 78/2008, transcrito na alínea 1) do probatório, pelo qual o Conselho de Ministros determina que a Parque EXPO assegure à empresa pública a constituir nos termos do n.º 2 da mesma Resolução os serviços de coordenação técnica e de gestão integrada das operações inseridas no projecto relativo à Frente Ribeirinha de Lisboa.

Quanto a este aspecto importa, em primeiro lugar, referir que as determinações em causa são de legalidade duvidosa.

Por um lado, porque não se inserem, nem formal nem substancialmente, nos poderes de orientação previstos no artigo 11.º do RJSEE, que contemplam orientações e recomendações, mas não ordens nem decisões de gestão.

Por outro lado, porque, enquanto actos de adjudicação, parecem consubstanciar, além do mais, violação do disposto nos artigos 8.º do RJSEE e 49.º, 81.º, 82.º e 86.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, nos termos que acima referimos.

Ora, a interpretação das normas de direito europeu derivado e de direito nacional, bem como a interpretação e a aplicação da jurisprudência do TJCE, não podem deixar de ser feitas em conformidade com o direito europeu originário, não se podendo admitir uma invocação perversa da jurisprudência do TJCE e das normas nacionais que a acolhem, para, através dela, se legitimar a postergação de princípios e liberdades fundamentais, pois assim se prejudicaria o seu efeito útil⁵¹.

Não deve, assim, atender-se à situação fáctica de condicionamento da vontade da empresa, mas sim ao regime legal e estatutariamente aplicável, que, como, já vimos, é de considerável autonomia decisória.

Mas, em segundo lugar, importa também referir que, independentemente da actividade concretamente desenvolvida por determinação estadual ou aceite como tal, a Parque EXPO é estatutariamente livre de procurar e aceitar no mercado negócios que se contenham no seu objecto social e nas orientações do accionista. E, de acordo com estas orientações, deve mesmo fazê-lo.

⁵¹ A doutrina do efeito útil e da plena eficácia da norma comunitária é crucial na jurisprudência comunitária: vd., designadamente, José Luís Caramelo Gomes, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário*, Almedina, 2006, e Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins, *Contencioso da União Europeia*, Almedina, 2007.



Como se conclui da alínea gg) do n.º 2, as actividades que a sociedade considera como desenvolvidas por decisão sua representaram, no 1.º semestre de 2009, 17% da facturação da empresa, e encontram-se em crescimento quando comparadas com anos anteriores.

Nada impede, do ponto de vista legal, estatutário e de vontade do accionista, que estas actividades aumentem. Quando muito, existem limites relacionados com as oportunidades efectivamente existentes e com a capacidade de resposta da empresa, que não importam à caracterização da sua autonomia decisória.

Concluimos, assim, que a Parque EXPO tem uma significativa autonomia empresarial para destinar livremente ao mercado os seus próprios produtos, podendo exercer uma parte importante da sua actividade económica junto de outros operadores, que não os seus accionistas⁵².

Ora, na perspectiva de vária doutrina⁵³, nestas circunstâncias, em que se verifica uma significativa *liberdade de acção* para a entidade realizar uma parte da sua actividade para terceiros, não é possível dar por verificada a falta de autonomia decisória e a existência do necessário controlo pela entidade adjudicante⁵⁴, não podendo qualificar-se a organização como um ente meramente instrumental nem a relação como *in house*.

O próprio Tribunal de Justiça europeu o afirmou no Acórdão *Carbotermo*: “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.”

d) Beneficiários da actividade da empresa

O segundo dos requisitos enunciados para a verificação de uma relação *in house* determina que, para que a excepção à aplicação das regras de contratação pública se verifique, é necessário que a entidade

⁵² Cfr. conclusões do Advogado-Geral no processo C-94/99 (*Arge*), do Tribunal de Justiça: a entidade só “*deve ser considerada como totalmente vinculada à sua autoridade de tutela quando a relação orgânica que a une a ela se reveste de uma quase exclusividade, em benefício desta última, dos serviços que presta*”.

⁵³ Cfr., designadamente, autores citados e sufragados por Bernardo de Azevedo, no texto referenciado, e Alexandra Leitão, no artigo também já citado.

⁵⁴ Assim se inter-relacionando os dois requisitos referidos no n.º 2 do artigo 5.º do Código.



adjudicatária desenvolva o *essencial* da sua actividade em benefício da entidade adjudicante que sobre ela exerce o controlo.

De acordo com este requisito, e admitindo que o Estado exercesse sobre a Parque EXPO um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços (o que não demos por verificado), ainda assim era necessário que esta empresa desenvolvesse, em concreto, o *essencial* da sua actividade em benefício do Estado, ou do Estado em conjunto com o Município de Lisboa (segundo accionista da Parque EXPO).

A este respeito, importa ter presente a *ratio* desta norma, que, há que repetir, reproduz o critério estabelecido pela jurisprudência comunitária que a criou.

A este respeito atente-se no seguinte trecho do Acórdão *Carbotermo*:

*“(...) 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 (...)**”.*

O requisito em causa deve, pois, interpretar-se e aplicar-se nas seguintes perspectivas:

- Como refere Bernardo de Azevedo⁵⁵, e os autores por ele citados, a entidade adjudicatária deve estar numa situação de dependência economico-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 respectiva missão, porquanto *“a razão institutiva ou a causa jurídica da organização in house é o*

⁵⁵ 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



exercício em comum de uma actividade 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 produtos⁵⁶;
- A fim de que as regras de livre concorrência não sejam ofendidas, a situação deve excluir a caracterização do ente dependente como uma empresa activa no mercado, beneficiando de uma posição favorecida relativamente a potenciais concorrentes. A destinação do essencial da actividade em favor da entidade adjudicante deve permitir afirmar que o ente não é verdadeiramente uma empresa, mas sim a própria Administração, a actuar, e, por isso, não ganha com o facto vantagens competitivas no mercado que possam desfavorecer empresas que operem no mesmo sector⁵⁷.

Analisemos, então, a actividade da Parque EXPO à luz destas considerações.

Como decorre das alíneas n), r), s), t), u), v), w), ee), ff), gg), hh), kk), ll) e mm) do ponto 2 deste Acórdão, verifica-se uma evolução significativa na natureza e tipologia das actividades desenvolvidas por esta empresa.

Aquelas que foram as razões de ser da criação da sociedade Parque EXPO e da sua manutenção para além da realização da exposição de 1998, e que ainda se encontram expressa nos Estatutos da mesma como objecto social principal, estão, no dizer da própria empresa, praticamente esgotadas: *“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”*.

No âmbito da gestão dos activos, é também referido que a actividade imobiliária está em vias de conclusão (cfr. alínea ll) do ponto 2),

⁵⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷ Cfr. Acórdão *Carbotermo*.



restando assim a gestão e rentabilização das infra-estruturas definitivas, como é o caso do Oceanário e do Pavilhão Atlântico.

Como é exaustivamente apontado, o “*core business*” actual da Parque EXPO é a *prestação de serviços de concepção e gestão de projectos* de intervenção no território, nas áreas da qualificação urbana e valorização ambiental (cfr., designadamente, a alínea ff) do ponto 2).

A análise da evolução dos proveitos (cfr. alíneas gg), ii) e jj) do ponto 2) confirma isso mesmo.

Ignorando outras actividades e as verbas relativas à gestão urbana por conta dos Municípios de Lisboa e Loures, os proveitos provenientes do projecto “*Parque das Nações*” representaram 72% do volume de negócios da empresa em 2006, 77% em 2007, 53% em 2008 e 31% no 1.º semestre de 2009, enquanto os proveitos resultantes das actividades de prestação de serviços no âmbito dos programas *POLIS* evoluíram de 8% em 2006, 2% em 2007, 18% em 2008 para 47% no 1.º semestre de 2009.

Por outro lado, as receitas provenientes das actividades de prestação de serviços representaram 38 % em 2006, 28% em 2007, 57,2% em 2008 e 100% no 1.º semestre de 2009.

A entidade adjudicante, requerente do presente pedido de visto, veio invocar que “*a existência de uma relação in house, para efeitos de aferição do cumprimento do critério da actividade, deve levar em linha de conta, exclusivamente, a situação da entidade fornecedora (no caso presente, adjudicatária dos serviços do Estado) no momento da celebração do respectivo contrato – sem retroactividade que releve qualquer eventual situação anterior da entidade – desde que seja admissível considerar-se que tal situação, existente à data da celebração do contrato, se manterá durante o respectivo período de execução*”⁵⁸.

Entende, por isso, que deve ser desconsiderada a actividade imobiliária a favor da actividade de prestação de serviços, correspondente ao essencial da actividade hoje desenvolvida, o que se confirmaria pela actual afectação dos recursos humanos da Parque EXPO “*com assinalável preponderância para a ‘DPC-Direcção de Prospeção e Concepção’ e para a ‘DGP- Direcção de Gestão de Projectos’ (no total, 110 colaboradores do quadro de pessoal) enquanto serviços*

⁵⁸ Cfr. fls. 30 e 35 dos autos.



directamente responsáveis pela concepção, gestão e coordenação dos projectos ao serviço do Estado, contra uma evidente minoração dos quadros afectos à área do imobiliário – ‘DGA - Departamento de Gestão de Activos’ (Património), com apenas 5 colaboradores.’⁵⁹

Admitindo, então, que nos devamos concentrar na actividade de 2009, como expressão da actividade presente e futura da Parque EXPO, e que o essencial dessa actividade seja a prestação de serviços nas áreas da requalificação urbana e territorial, analisemos as suas características e destinatários.

Importa, desde logo, referir que esta actividade de *prestação de serviços* não corresponde linearmente ao desenvolvimento de uma missão pública estadual, existindo operadores no mercado que também a desenvolvem e que o têm feito, mesmo no âmbito de projectos de iniciativa pública.

De resto, o próprio Estado, ao dar orientações à empresa sobre o desenvolvimento desta actividade, ordenou-lhe que a prestasse *actuando no mercado*. Refere-se textualmente nas orientações estratégicas específicas dirigidas pelo Estado à Parque EXPO⁶⁰:

“(...) 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(...)

(...) 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 (...)”

Por outro lado, nesta área, a actividade da empresa tem-se dirigido a uma multiplicidade de clientes, a maioria deles públicos (cfr. alíneas

⁵⁹ Cfr. fls. 36 do processo.

⁶⁰ Cfr. alínea ee) do probatório.



ff), hh), jj), kk) e ll) do ponto 2). Invoca-se no processo que são presentemente clientes potenciais da Parque EXPO o Estado e as Autarquias Locais e, *residualmente*, entidades privadas (cfr. alínea v) do ponto 2).

Pretende o requerente que o essencial dos serviços prestados pela empresa é prestado “*para o Estado*”, uma vez que a intervenção em projectos públicos em matéria de ambiente, ordenamento do território e desenvolvimento urbano, se faz apoiando o Governo na concepção de programas de implementação das suas políticas e actuando como veículo da sua operacionalização⁶¹.

Alicerça este entendimento essencialmente na circunstância de uma boa parte dos projectos lhe terem sido atribuídos por decisão governamental e no facto de a Parque EXPO ter sido qualificada pelo accionista Estado, nas suas orientações específicas para a empresa, como um “*instrumento das políticas públicas de ambiente, ordenamento do território e desenvolvimento regional*”.

Ora, constata-se que as prestações de serviços determinadas à Parque EXPO por Decreto-Lei, Resolução do Conselho de Ministros ou Despacho Ministerial foram basicamente remuneradas pelas sociedades *POLIS*, pelos municípios e por empresas municipais.

Há, portanto, uma diferenciação entre a entidade que determina a realização dos serviços e a entidade ou entidades que os remuneram.

Esta questão é abordada em parecer da Sociedade de Advogados Sérvulo & Associados, junto a este processo pelo requerente, embora tenha sido produzido no âmbito do recurso do Acórdão n.º 106/09-11.MAI-1.ªS/SS, cuja decisão ainda se encontra pendente.

Neste parecer invoca-se⁶² que a análise do volume de negócios como critério para aferir da dependência económica da entidade dominada relativamente à entidade dominante, critério “*ensaiado*” pelo Tribunal de Justiça, apenas se compreende em situações em que existe um *vínculo económico sinalagmático* entre a entidade dominante e a entidade dominada. Só então se justifica averiguar o peso que o volume de negócios realizado com a tutela assume.

⁶¹ Vd., designadamente, fls. 44 e 45 do processo.

⁶² Respaldando-se no Acórdão *Carbotermo*, em conclusões dos Advogados-Gerais do TJCE e em várias doutrina estrangeira.



Diz-se⁶³:

“Mas (...) a relação in house pode não pressupor esse vínculo sinalagmático, já que a entidade tutelada pode ser utilizada como instrumento de prossecução de necessidades colectivas que previamente cabiam à “Administração-mãe”. Nesses casos, o essencial da actividade (...) ainda beneficia a Entidade Adjudicante – porque se destina à prossecução das suas próprias tarefas públicas – mas é prestado a particulares que constituem os utilizadores dos serviços ou prestações públicas.(...)”

Ao intérprete é pois exigido que recuse uma perspectiva exclusivamente quantitativa, centrada na averiguação de quem é o co-contratante da “entidade-filha” e de quem remunera as suas prestações, para, em vez disso, confirmar quais os casos em que “as prestações realizadas para terceiros também se encontram abrangidas” pela relação in house. Para esse efeito, “deve sobretudo ser tido em conta o tipo de relação entre o terceiro e a entidade dominante” sendo manifesto que o essencial da actividade da entidade controlada é realizado em benefício da sua criadora quando tais prestações podem ser indirectamente imputadas a esta última em razão de permitirem cumprir o seu dever de satisfação de necessidades colectivas.

(...) é somente neste sentido que se terá confirmado que o Tribunal “tomou em consideração todas as circunstâncias do caso em apreço, tanto qualitativas como quantitativas”, a saber, quando o juiz tenha verificado com precisão qual a relevância das actividades prestadas pela entidade dominada:

i)Em benefício directo da entidade dominante, nos casos em que esta figura como contraparte num contrato e, eventualmente, suporta directamente a remuneração da actividade da sua “filha”;

ii)Em benefício directo de terceiros que constituem os destinatários imediatos de prestações que, contudo, são directamente ordenadas pela entidade dominante, para efeitos de satisfação de necessidades colectivas que originariamente lhe estavam confiadas (...)”

Importa, então, determinar “(...)’no que respeita aos aspectos qualitativos, como e para quem a entidade controlada em questão realiza as suas actividades’, e verificando, em especial, se a prestação é realizada por ordem e benefício da Administração-mãe por ter o propósito de utilizar a sua criação como instrumento de cumprimento do dever de satisfação das necessidades colectivas que lhe estão postas a cargo.

(...) também no exercício das tarefas de requalificação urbana e valorização ambiental, a Parque Expo constitui um verdadeiro instrumento do Estado para a concretização das suas políticas públicas.

Mesmo quando a concretização dessas políticas inclui a realização de prestações que têm terceiros como destinatários imediatos (tais como os

⁶³ Vd, páginas 13 e seguintes do parecer, junto a fls. 47 e seguintes dos autos.



Municípios, empresas municipais ou Sociedades Polis), e são estes que figuram como seus co-contratantes e remuneram as suas actividades, é patente que existe uma “relação de submissão ou dependência administrativa que impede o concurso de vontades próprio de uma relação contratual.

(...)Na medida em que o Estado, enquanto “criador”, ordena à sua “criação” que desempenhe tarefas ou desenvolva actividades que, à partida, lhe estariam constitucionalmente confiadas, não pode pois deixar de concluir-se que a ‘Administração-mãe’ constitui a verdadeira beneficiária última dessas prestações.

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

Sendo certo que os serviços de que falamos não são, em regra, remunerados pelos accionistas da Parque EXPO (veja-se o quadro constante da alínea hh) do ponto 2, donde se conclui que os proveitos da empresa provêm, essencialmente, de entidades não participantes no seu capital social), o que importa é determinar “*para quem*” a empresa realiza as suas actividades de prestação de serviços.

Ora, dificilmente se concebe que quando a Parque EXPO desenvolve projectos e serviços a favor de Municípios ou empresas municipais, e é por eles remunerada, esteja a produzir serviços em benefício do Estado⁶⁴.

É certo que é vontade do accionista que a Parque EXPO intervenha em projectos de qualificação urbana e ambiental e que ele mesmo a qualifica como um seu instrumento no âmbito das políticas que desenvolve nesta matéria, mas os Municípios são pessoas colectivas de âmbito territorial dotadas de independência constitucionalmente reconhecida e, como tal, titulares de interesses e atribuições próprias.

Os serviços a eles prestados e por eles remunerados não podem, pois, ser considerados como prestados ao ou para o Estado, nem fornecidos às autarquias enquanto destinatárias da satisfação de uma necessidade colectiva de que o Estado é titular e lhes deve prestar.

As autarquias locais, elas sim, são titulares das atribuições de satisfação de necessidades colectivas, que visam satisfazer através dos serviços comprados à Parque EXPO.

⁶⁴ No texto transcrito na alínea v) do probatório, o próprio requerente afirma que a Parque EXPO presta serviços ao Estado e a *outros entes públicos*.



São pois elas os verdadeiros destinatários dos serviços prestados pela empresa.

A circunstância de o fornecimento desses serviços se enquadrar nas orientações dadas pelo accionista quanto à estratégia negocial da empresa ou de o sentido dos projectos realizados se conjugar com as políticas de ordenamento do território adoptadas pelo Estado não altera esse facto.

Aliás, existem mecanismos para garantir que os projectos realizados, mesmo quando o sejam por privados, se enquadram nessas políticas, e isso não transforma o Estado em destinatário de todos os projectos elaborados que visem a intervenção no território.

De resto, do quadro constante da alínea gg) do ponto 2 percebe-se que os serviços prestados às autarquias foram incluídos nas actividades desenvolvidas por decisão da sociedade e, portanto, não estão abrangidos pela argumentação do parecer acima referido.

Na alínea v) do probatório refere-se como as autarquias locais são, hoje, consideradas uma das actuais categorias de *clientes-alvo* da presente actividade da Parque EXPO e na alínea ll) identificam-se vários Municípios destinatários dos serviços prestados pela sociedade, a que acrescem alguns outros constantes dos elementos relativos à facturação por clientes, juntos a fls. 126 e seguintes.

Dos elementos a fls. 126 e seguintes, remetidos a este Tribunal por ofício de 20 de Agosto último, pode ainda concluir-se que os proveitos provenientes dos Municípios ou de empresas municipais ascenderam, pelo menos, a 2.229 mil€ desde 2006, o que representa cerca de 10% dos proveitos alheios ao Projecto Parque das Nações (os tais que se consideram hoje o *core business* da empresa).

Vejamos agora o caso dos serviços prestados às sociedades *POLIS*.

Estas sociedades foram as destinatárias da transferência de missões públicas relacionadas com os respectivos projectos de requalificação territorial.

As sociedades *POLIS* (Cidades) foram constituídas como parcerias entre o Estado e as autarquias locais, sendo o seu capital social



composto, em regra, por 60% de participação estadual e 40% de participação autárquica⁶⁵.

Assim, pelo menos 40% dos interesses públicos a satisfazer com os serviços prestados nesse âmbito são de titularidade autárquica, o que não permite considerar que o Estado seja o destinatário exclusivo dos correspondentes serviços.

Quanto à “*POLIS Litoral*”, entre 37% e 47% do capital das respectivas sociedades pertence a autarquias locais ou suas associações⁶⁶.

É certo que os Decretos-Lei que instituíram essas sociedades contêm determinações estaduais para que certos serviços sejam prestados pela Parque EXPO, mas, para além das dúvidas de legalidade que já suscitámos relativamente a essas determinações, não é o facto de as ordens terem provindo do Estado que pode afastar a circunstância de os interesses que se visam satisfazer serem parcialmente de titularidade autárquica.

Em consequência, a actividade prestada a essas entidades não se pode considerar como beneficiando exclusivamente o Estado.

Em suma, nem a actividade económica da Parque EXPO depende exclusivamente do Estado e das suas decisões, nem a actividade por ela prestada beneficia exclusivamente o Estado.

Resta, agora, voltar a analisar quantitativamente o volume de negócios da Parque EXPO para, expurgando, pelo menos, o valor relacionado com as autarquias, aferir se a sua dependência económica⁶⁷ relativamente ao Estado e o benefício que este retira das suas actividades representam, ou não, uma parcela significativa?

Entendemos não ser necessário.

Como bem se refere no parecer junto aos autos, o juiz comunitário e o legislador nacional entenderam não dever fixar um limiar quantitativo para esse efeito, devendo ter-se em consideração factores qualitativos.

Por outro lado, ambos utilizaram o critério da “*essencialidade*”.

⁶⁵ Vd. Decretos-Lei n.ºs 227/2000, 305/2000, 308/2000, 36/2001, 43/2001, 70/2001, 94/2001 e 229/2001, relativos à constituição das sociedades POLIS identificadas nas listagens de clientes da Parque EXPO, a fls. 126 e seguintes dos autos.

⁶⁶ Vd. Decretos-Lei n.ºs 92/2008, 231/2008 e 11/2009.

⁶⁷ Em termos de decisão, porque já vimos que não se verifica em termos de remuneração.



Ora, a jurisprudência europeia, a doutrina e o próprio requerente convergem no sentido de que esse conceito de “*essencialidade*”, e o requisito que lhe está associado, exigem que as actividades não dedicadas à entidade dominante tenham uma expressão puramente marginal, subsidiária e complementar relativamente às actividades a ela dedicadas e de que basta que a entidade controlada possa exercer uma parte importante da sua actividade económica junto de outros operadores⁶⁸ para que o requisito se dê por não verificado.

Isto porque uma empresa que também actue no mercado não pode ser considerada como um mero prolongamento administrativo da entidade que a domina, pelo menos nesses segmentos.

Sucedo que, como já vimos, a Parque EXPO tem liberdade decisória para destinar os seus produtos a outros operadores que não os seus accionistas. Sucedo que a importância relativa das actividades que desenvolve por decisão própria tem vindo a crescer⁶⁹. Sucedo que o accionista lhe deu instruções para diversificar os clientes e que a empresa adoptou uma estratégia nesse sentido, tendo inclusivamente decidido intensificar a sua internacionalização⁷⁰. Sucedo que, também nesse contexto, as autarquias locais são vistas como destinatárias privilegiadas da sua actuação e são beneficiárias relevantes das suas actividades. E nada obsta a que cresça mais a representatividade desses mercados nos negócios da empresa.

Revisite-se o teor das orientações do accionista:

“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 (...)”

Não pode, pois, considerar-se que essas actividades tenham um carácter meramente marginal nas actividades da Parque EXPO, tendo, nomeadamente, em conta, as estratégias para o seu aprofundamento.

Por outro lado, a Parque EXPO pode, no exercício da sua actividade social, constituir outras sociedades e adquirir ou alienar participações

⁶⁸ Vd. Acórdão *Carbotermo*.

⁶⁹ Cfr. quadro constante da alínea gg) do probatório.

⁷⁰ Cfr. alíneas ee) e kk) do ponto 2.



sociais no capital de outras sociedades, mesmo que com objecto social diferente do seu, o que, na prática, sucede, como decorre da alínea mm) do probatório. Algumas dessas sociedades têm uma actividade marcadamente mercantil.

A Parque EXPO desenvolve, pois, directa ou indirectamente, actividades em diversos mercados, nos quais dispõe de liberdade de acção, concorrendo com as demais empresas que actuam nos mesmos.

Tanto basta para que não possa dar-se como verificado o requisito imposto pela alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos.

e) Conclusão

O preenchimento dos requisitos para a verificação de uma relação *in house*, a saber, o controlo pela entidade adjudicante e a destinação do essencial da actividade da entidade controlada em favor da entidade adjudicante, deveria permitir afirmar que o ente não é verdadeiramente uma empresa, mas sim a própria Administração, a actuar, e, por isso, não ganha com o facto vantagens competitivas no mercado que possam desfavorecer empresas que operem no mesmo sector.

Por tudo o que atrás referimos, é mais do que manifesto que a Parque EXPO actua como uma empresa num mercado de consultoria em que tem competidores. Se não bastassem as palavras do accionista já transcritas, poderia apontar-se que há projectos de qualificação urbana e territorial em que a Parque EXPO não intervém e que são entregues a projectistas privados (como, por exemplo, nalgumas das *POLIS* Cidades em que não interveio).

Ora, se a empresa está activa no mercado e pode entrar em concorrência com outras empresas, essa concorrência é efectivamente desvirtuada pela relação privilegiada de que dispõe com o Estado, produzindo os ajustes directos a seu favor um efeito contrário à regra da livre prestação de serviços. Esse efeito produz-se pelo privilégio do concreto ajuste directo e pelo privilégio da experiência adquirida, produzindo uma real repartição do mercado a seu favor.

Mais uma vez, retenham-se as palavras do accionista Estado nas orientações dadas à empresa:



“(…) 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.”

Como se refere nos Acórdãos do Tribunal de Justiça *Stadt Halle e Carbotermo*, e é invocado na página 63 do parecer junto aos autos, as condições impostas para a verificação de uma relação *in house* assumem precisamente a finalidade de evitar que o jogo da concorrência seja falseado pela actuação no mercado de uma empresa favorecida pela especial relação com a sua “tutela”.

Só poderia, pois, considerar-se a presente relação como *in house* se a Parque EXPO fosse caracterizável como um braço administrativo, um *alter ego*, do Estado e não como uma empresa concorrencial.

O que está suficientemente demonstrado não acontecer.

Uma vez que se não mostram preenchidos os pressupostos de uma relação *in house* por não estarem verificados os dois requisitos previstos no n.º 2 do artigo 5.º 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.

5. DA ILEGALIDADE VERIFICADA E DA RESPECTIVA RELEVÂNCIA

Concluimos que não é possível deixar de aplicar ao contrato os procedimentos e os princípios relativos à contratação pública.

No caso *sub judice*, o contrato foi antecedido de um procedimento por *ajuste directo*.

Atento o seu valor, e de acordo com o estipulado no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do mesmo Código, o contrato deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no *Jornal Oficial da União Europeia*.



Não tendo sido realizado nenhum destes procedimentos, resulta desta norma legal que o contrato não podia ter sido celebrado.

A ausência do concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, como tem sido entendimento deste Tribunal.

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

6. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 22 de Setembro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

Helena Abreu Lopes (Relatora)

João Figueiredo



Tribunal de Contas

Helena Ferreira Lopes

O Procurador-Geral Adjunto
(Jorge Leal)