



**Revogado pelo Acórdão n°
05/2018 - PL, de 10/04/2018,
proferido no Recurso n° 8/2018
– 1ªS**

ACÓRDÃO N.º 8/2018-29.JAN-1.ª S/SS

Processos n.ºs 3861 a 3867/2017

Relator: Conselheiro Mário Mendes Serrano

*

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I – RELATÓRIO:

1. A «CP – Comboios de Portugal, E.P.E.» (doravante CP) submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas sete contratos, celebrados, em 30/11/2017, entre essa entidade e «EMEF – Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, S.A.» (doravante EMEF), todos subordinados à designação de «Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção», e dirigidos à extensão de anteriores contratos de prestação de serviços de manutenção de diferentes séries de material ferroviário circulante, pelos quais se procedeu à aquisição direta desses serviços à empresa adjudicatária, sem recurso a qualquer procedimento concursal, por alegadamente (segundo a entidade adjudicante) se tratar de *contratação excluída* da aplicação do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1.



Tribunal de Contas

2. Os sete contratos em causa apresentam a seguinte caracterização, por referência aos respetivos processos:

– 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção da série UTE 2240, com o valor de € 873.116,51 e para vigorar entre 1/1/2018 e 31/3/2018 (Processo n.º 3861/2017);

– 7.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção da série UDD 450, com o valor de € 306.334,22 e para vigorar entre 1/1/2018 e 31/3/2018 (Processo n.º 3862/2017);

– 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção das séries UME 3150/3250, com o valor de € 559.354,61 e para vigorar entre 1/1/2018 e 31/3/2018 (Processo n.º 3863/2017);

– 5.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção da série UME 3400, com o valor de € 594.318,68 e para vigorar entre 1/1/2018 e 31/3/2018 (Processo n.º 3864/2017);

– 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção das CIC das séries 10-97 00, 19-97 000, 20-97 000, 21-97 000, 85-97 000 e 85-97 100, com o valor de € 388.598,61 e para vigorar entre 1/1/2018 e 31/3/2018 (Processo n.º 3865/2017);

– 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção das séries UQE 2300/2400, com o valor de € 949.483,66 e para vigorar entre 1/1/2018 e 31/3/2018 (Processo n.º 3866/2017);

– 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção da série CPA 4000, com o valor de € 862.857,54 e para vigorar entre 1/1/2018 e 31/3/2018 (Processo n.º 3867/2017).

3. Por em relação a todos esses contratos se suscitarem questões idênticas, entende-se prolatar decisão única e comum a todos os respetivos processos supra identificados.



*

II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:

4. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes dos processos:

- a) A CP é uma entidade pública empresarial, detida a 100% pelo Estado;
- b) A EMEF é atualmente uma empresa detida a 100% pela CP;
- c) Os contratos em apreço (cujos teores se dão por integralmente reproduzidos), bem assim como os contratos iniciais a que estes se referem e suas anteriores prorrogações, foram diretamente adjudicados pela CP à EMEF, por a entidade adjudicante os entender enquadrados numa alegada relação “in house” existente entre essas duas entidades, que permitiria tal contratação direta, sem submissão à concorrência;
- d) Sobre a possibilidade dessa contratação direta, no confronto com anterior jurisprudência deste Tribunal sobre contratos de idêntica natureza, em que se considerou inexistir relação “in house” entre CP e EMEF (concretamente, o Acórdão n.º 14/2016, de 14/7, da 1ª Secção, em Plenário), pronunciou-se a entidade fiscalizada nos seguintes termos:

«O regime de contratação da CP e a EMEF tinha subjacente uma relação in house que era reconhecida existir entre as duas empresas, e foi neste âmbito que foi celebrado o Contrato Quadro acima referido,



entendimento que só foi posto em crise pelo Acórdão n.º 14/2016 do Tribunal de Contas.

Sublinhamos que se trata da manutenção corrente dos veículos ferroviários que é feita em permanência nas oficinas que existem junto às linhas de circulação da rede ferroviária e que são exploradas pela EMEF, S.A., não havendo outra capacidade oficial instalada.

Por outro lado, notamos que com o pedido de visto prévio remetemos um Memorando do Conselho de Administração resumindo as medidas de reestruturação que estão em curso, que assume realizar, e que garantirá uma relação in house entre a CP e a EMEF, S.A., empresa por si totalmente detida, bem como um Parecer Jurídico no qual se fundamenta a celebração dos contratos em causa.

Como se afirma nesse Parecer, na interpretação conjugada dos artigos 5.º-A, n.º 6, e 13.º, n.º 5, do CCP, e 12º, n.º 5, e 28.º, n.º 5, da Diretiva n.º 2014/24/EU e da Diretiva n.º 2014/25/EU, o volume de negócios dos últimos três anos realizado pela EMEF deve ser desconsiderado, uma vez que no quadro da relação comercial entre a CP e a EMEF este já não é relevante em consequência da projetada reorganização da carteira de clientes da EMEF, de acordo com a projeção de atividades realizada.

Nos termos do Memorando junto constam também os cálculos do volume de receitas estimadas por cliente pós-reestruturação.

Estes cálculos consideram a passagem da atividade, em princípio, para ACE's (Agrupamentos Complementares de Empresas), nos timings projetados (início dos 3.º e 4.º trimestre de 2018).

Como é possível verificar os valores apresentados naquele Memorando para a contratação "in house" após 2018 estão dentro dos limites para a manutenção de uma relação de empresa instrumental entre a EMEF e a CP, pois o cliente CP representará entre 86% e 90% do valor de faturação da EMEF reestruturada. Apenas no primeiro ano (2018), em



Tribunal de Contas

que se está a realizar a reestruturação, o valor apresentado não cumpre o rácio, embora se verifique uma boa melhoria (em torno dos 72%).»;

- e) No memorando enviado pela entidade fiscalizada declara-se que a reestruturação pretendida (e, alegadamente, em vias de concretização) visa, designadamente, «a manutenção da EMEF como empresa instrumental da CP, através do cumprimento do rácio de contratação dos serviços *in house* (rácio dos 80%-20%)»;
- f) E apresentam-se dois quadros de projeções dos respetivos volumes de negócios da EMEF, o primeiro para a hipótese de se manter inalterada a estrutura dessa entidade e o segundo para a hipótese de se consumar a reestruturação – que se argumenta estar próxima de se concretizar –, como segue:

Cliente	Un.: Euros					Un.: em %				
	2020P	2019P	2018P	2017E	2016R	2020P%	2019P	2018P	2017E	2016R
CP	39 137 733	52 532 393	56 054 213	42 502 604	38 907 474	63%	65%	65%	63%	62%
MEDWAY	10 102 898	9 583 778	10 058 733	7 570 549	13 144 619	16%	12%	12%	11%	21%
METRO DO PORTO/PROMETRO	7 712 964	13 794 410	14 059 456	12 011 352	5 707 780	12%	17%	16%	18%	9%
SIMEF	3 452 823	3 452 143	3 451 512	3 155 330	3 192 511	6%	4%	4%	5%	5%
IP	363 957	363 957	363 957	543 037	500 444	1%	0%	0%	1%	1%
RENFE	1 026 083	1 007 940	1 212 526	1 329 733	1 187 354	2%	1%	1%	2%	2%
OUTROS	50 776	50 198	399 386	697 112	404 617	0%	0%	0%	1%	1%
Total	61 847 233	80 784 819	85 600 184	67 809 717	63 044 800	100%	100%	100%	100%	100%

Cliente	Un.: Euros			Un.: em %		
	2020P	2019P	2018P ⁴	2020P%	2019P	2018P
CP	39 137 733	52 532 393	56 054 213	86%	90%	72%
MEDWAY	1 481 770	962 651	5 748 170	3%	2%	7%
METRO DO PORTO/PROMETRO			10 544 592	0%	0%	14%
SIMEF	3 452 823	3 452 143	3 451 512	8%	6%	4%
IP	363 957	363 957	363 957	1%	1%	0%
RENFE	1 026 083	1 007 940	1 212 926	2%	2%	2%
OUTROS	50 776	50 198	399 386	0%	0%	1%
Total	45 513 142	58 369 282	77 774 756	100%	100%	100%

Q3 de 2018
Q4 de 2018

– DE DIREITO:

5. Os contratos em apreço, salvo o correspondente ao Processo n.º 3862/2017 (com o valor de € 306.334,22), excedem, pelo seu valor, o limiar de sujeição a visto,



Tribunal de Contas

legalmente fixado em 350.000,00 €, nos termos combinados dos artigos 46.º, n.º 1, alínea *b*), e 48.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26/8, e, neste caso, do artigo 130.º, n.º 1, da Lei n.º 42/2016, de 28/12 (Orçamento do Estado para 2017). Porém, em relação ao contrato do Processo n.º 3862/2017, é de entender que este tem uma evidente correlação com os demais, pela afinidade dos respetivos objetos – o que convoca o n.º 2 desse artigo 48.º da LOPTC, segundo o qual «[p]ara efeitos da dispensa prevista no número anterior, considera-se o valor global dos atos e contratos que estejam ou aparentem estar relacionados entre si» –, sendo de concluir que aquele integra o conjunto de todos esses contratos, para efeitos de sujeição a visto.

6. Estando assentes os elementos de facto supra descritos, cumpre, com base neles, apreciar as questões que os contratos em presença suscitam – e que se reconduzem, essencialmente, à verificação das condições que permitam inserir esses contratos no domínio da *contratação excluída* do CCP, designadamente ao abrigo do artigo 5.º, n.º 2, ou do artigo 13.º, n.ºs 1 e 3, desse Código. A este propósito, adiante-se que este Tribunal de Contas já apreciou oportunamente a pretensa relação *in house* invocada pela entidade adjudicante, concluindo em sentido negativo – concretamente, o Acórdão n.º 9/2015, de 30/6, desta 1.ª Secção, em Subsecção, depois confirmado, em sede de recurso, pelo já aludido Acórdão n.º 14/2016, de 14/7, da 1ª Secção, em Plenário (ambos acessíveis in www.tcontas.pt). Importará, por isso, recuperar essa discussão, a ser reponderada à luz da anunciada reestruturação da EMEF e respetiva incidência na relação existente entre as aqui cocontratantes.

A) Da verificação dos pressupostos de aplicação do artigo 5.º, n.º 2, do CCP:

7. Numa primeira aproximação à matéria da *contratação excluída* do CCP, é de considerar indiscutível que a CP integra o âmbito subjetivo das normas sobre



contratação pública e constitui-se como *entidade adjudicante*, para efeitos da qualificação inscrita no artigo 2.º do CCP, por preencher as condições estabelecidas na alínea *a*) do n.º 2 dessa disposição legal. Conforme ficou dito no mencionado Acórdão n.º 14/2016, a CP é, indubitavelmente, «uma pessoa coletiva pública criada para satisfazer necessidades de interesse geral, cuja atividade económica não se submete à lógica do mercado e da livre concorrência e que está sujeita ao controlo de gestão do Estado e tem órgãos de administração por ele designados».

8. Assente essa qualidade, cabe conferir as condições objetivas para a exclusão de contratos da aplicação do CCP, celebrados por *entidade adjudicante* integrada, como tal, no artigo 2.º desse Código. Dispõe sobre essa matéria o n.º 2 do artigo 5.º do CCP, nos seguintes termos:

«Artigo 5.º

Contratação excluída

1 – (...).

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

- a*) A entidade adjudicante exerça sobre a atividade 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 atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.

(...))»



Tribunal de Contas

9. Este normativo consagra a figura da contratação *in house*, que constitui um produto da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) desenvolvida a propósito da aplicação das Diretivas sobre contratação pública, e que estão na base da edição do Decreto-Lei n.º 18/2008, enquanto diploma aprovador da versão originária do CCP. Discorrendo amplamente sobre essa matéria, assinalou o citado Acórdão n.º 9/2015 que a contratação *in house* constitui «uma exceção à aplicação dos procedimentos concorrenciais de formação de contratos, porque se trataria verdadeiramente de “contratação interna” ou, em rigor, de “não contratação”, estando-se pois no domínio de meras disposições internas das entidades adjudicantes relativas à sua organização produtiva de bens ou serviços». E, nessa base, considera-se de sustentar uma aplicação “estrita” dessa figura, de modo a salvaguardar ao máximo o *princípio da concorrência*.

10. É particularmente esclarecedora a recensão formulada nesse Acórdão n.º 9/2015 sobre a referida jurisprudência comunitária, no sentido da clarificação das condicionantes dessa “contratação interna” excepcionada da lógica concorrencial – e que aqui importa retomar, para melhor aferir da aceitabilidade (ou não) da adjudicação direta subjacente aos contratos em apreço. Destaquem-se, pois, os §§ 36 e 37 desse Acórdão n.º 9/2015, que acompanhamos na íntegra:

«(...)

36. Como se disse, foi com base nas diretivas que a jurisprudência comunitária veio a formular progressivamente a doutrina da contratação *in house*. Recordem-se designadamente os acórdãos proferidos nos processos C-107/98 (*Teckal*) de Novembro de 1999, C-26/03 (*Stadt Halle*) em Janeiro de 2005, C84/03 (*Comissão v. Espanha*) também de Janeiro de 2005, C-231/03 (*Coname*), de Julho de 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), de Outubro de 2005, C-29/04 (*Comissão v. Áustria*), de Novembro de 2005, C-340/04 (*Carbotermo e Consorcio Alisei*), de Maio de 2006, C-410/04 (*ANAV*), C-295/05 (*Asemfo/Tragsa*), de Abril de 2007, C-337/05 (*Comissão v. Itália*), de Abril de 2008, C-573/07 (*Sea Srl contra Comune di Ponte*



Nossa), de Setembro de 2008, C-324/07 (*Coditel*), de Novembro de 2008 e C-480/06 (*Comissão vs República Federal da Alemanha*), de Junho de 2009. Atender a alguns aspetos desta produção jurisprudencial é importante neste processo, pois, como se sabe, a solução consagrada no CCP em matéria de contratação interna (*in house*) seguiu a que foi enunciada a partir do acima referido acórdão *Teckal*.

37. Dessa jurisprudência destaquem-se os seguintes aspetos, mais relevantes para a apreciação destes processos:

a) Dado que o objetivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos é a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros, a não aplicação das regras comunitárias à luz da doutrina da *contratação in house* só pode ser considerada como resultado de uma interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se (vide nomeadamente os acórdãos *Stadt Halle e Brixten*);

b) Nessa interpretação e consequente aplicação estritas, deve ter-se em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes (vide nomeadamente os acórdãos *Brixten* e *Coditel*);

c) A verificação de condições que permitam admitir a derrogação das regras comunitárias à luz da doutrina da *contratação in house*, deve ser, em regra, aferida ao momento da celebração do contrato. Contudo, circunstâncias pertinentes posteriores podem ser tidas em conta, quando tais circunstâncias lançarem luz sobre as condições que efetivamente existiam no momento da celebração do contrato (vide nomeadamente o acórdão *Comissão v. Áustria*);

d) De entre as circunstâncias pertinentes a ter em conta cumpre considerar, designadamente, em primeiro lugar, a detenção do capital da entidade adjudicatária, em segundo lugar, a composição dos órgãos de decisão desta e, em terceiro lugar, a extensão dos poderes reconhecidos ao seu conselho de administração (vide nomeadamente o acórdão *Coditel*);

e) O controlo exercido pela entidade adjudicante, ou pelo conjunto das entidades públicas/adjudicantes, sobre a entidade adjudicatária deve ser análogo ao que exerce ou exercem sobre os seus próprios serviços, mas “*não tem de ser idêntico em todos os pontos*”. Deve revelar que a adjudicatária pode ser considerada uma



Tribunal de Contas

“*estrutura de gestão interna*”, sobre a qual se exerce uma influência determinante, tanto sobre os objetivos estratégicos, como sobre as decisões importantes desta entidade (vide nomeadamente o acórdão *Coditel*);

f) A participação, ainda que minoritária, de capitais privados na entidade adjudicatária do contrato exclui de qualquer forma que a entidade adjudicante possa exercer sobre aquela um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. Deve ter-se em conta que nenhuma empresa privada deve ser colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes (vide nomeadamente os acórdãos *Stadt Halle*, *Coditel*, *Comissão v. República Federal da Alemanha*, e *Comissão v. Itália*).

(...).»

11. Munidos destes parâmetros de análise, cumprirá ponderar se são sustentáveis as afirmações de que a CP exerce sobre a EMEF «um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços» e de que a EMEF desenvolve «o essencial da sua atividade em benefício» da CP – tal como se impõe no n.º 2 do artigo 5.º do CCP, a fim de se poder caracterizar a contratação entre essas entidades como “contratação *in house*”. Para essa ponderação é ainda relevante a informação que se colhe dos quadros insertos na alínea f) da factualidade supra descrita, quanto à dimensão da *atividade dedicada* da EMEF em relação à CP: no ano de 2017, o respetivo volume de negócios correspondeu a 63% (sem diferença significativa em relação ao volume do ano de 2016, situado em 62%); no ano de 2018, é previsível que esse volume equivalha a 65%, caso não ocorra a invocada reestruturação, ou a 72%, caso esta tenha lugar; para os anos subsequentes, a previsão mantém-se estável sem a reestruturação (65% em 2019 e 63% em 2020) e reforça-se com a reestruturação (90% em 2019 e 86% em 2020).

12. Quanto ao requisito do *controlo análogo*, foi entendido, nos anteriores arestos que se pronunciaram sobre a relação CP-EMEF (os já citados Acórdãos n.ºs 9/2015, da Subsecção, e 14/2016, do Plenário), estar o mesmo verificado, com base



na circunstância de a CP deter integralmente o capital da EMEF, com o poder de designar o seu conselho de administração. Concede-se que tal requisito possa ter-se por preenchido apenas com esse fundamento, ainda que se considere exigir aquele a demonstração, nalguma medida, de uma *relação de domínio* de uma empresa sobre a outra em termos análogos à que a entidade adjudicante tem sobre os seus próprios serviços – a qual se mostra escassamente evidenciada. Em todo o caso, e como também se entendeu nessa anterior jurisprudência, a exigência desse *domínio* ressurge, sob outra dimensão, como elemento complementar da caracterização do segundo requisito. Vejamos como este é densificado pelo citado Acórdão n.º 14/2016.

13. O requisito da *essencialidade da atividade beneficiária da entidade adjudicante* convoca, segundo esse aresto, os seguintes parâmetros: «a entidade adjudicatária deve estar numa situação de dependência económico-jurídica relativamente à entidade adjudicante, funcionando como um “operador dedicado”, concentrado, exclusivamente, ou quase, em alimentar (por via da prestação de serviços ou do fornecimento de bens) o seu ente-matriz»; «o ente dependente oper[a] 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»; e «a destinação do essencial da atividade em favor da entidade adjudicante deve permitir afirmar que o ente não é verdadeiramente uma empresa, mas sim a própria Administração a atuar, e, por isso, não ganha com o facto vantagens competitivas no mercado que possam desfavorecer empresas que operem no mesmo sector». Esta perspetiva das coisas permite concluir, como se faz nesse aresto, que «[n]o fundo o que interessa é que as atividades que forem exploradas fora do âmbito da relação *in house* sejam meramente acessórias, sob pena de o requisito da “*essencialidade*” não se verificar» – ou seja, no que é outro modo de afirmar o mesmo, «[t]odas as atividades não dedicadas devem, assim, ter uma expressão puramente “*marginal*”».



14. Neste plano, pode-se questionar se haverá ainda um parâmetro quantitativo que contribua para a aferição dessa *essencialidade*. Na vigência da versão originária do CCP, e como se assinala também no acórdão em referência, era sugerido por alguma doutrina o recurso, por analogia, ao n.º 3 do artigo 13.º desse diploma: aí, no contexto de um regime especial de contratação excluída de base setorial (que, em segunda linha, se equacionará infra para o caso presente), estabelece-se um critério quantitativo para a delimitação do que seja uma “empresa associada”, o qual impõe um mínimo de «80% da média do volume de negócios da empresa associada nos últimos três anos». Ainda que essa aplicação analógica tenha sido afastada no aludido Acórdão *Carbotermo* do TJUE (conforme se explica no Acórdão n.º 14/2016 que vimos acompanhando), cremos que não poderia deixar de se atribuir, pelo menos, um valor indiciário a esse elemento quantitativo, enquanto óbvio *lugar paralelo* normativo. Neste ponto, recorde-se que nesse Acórdão n.º 14/2016 estava em causa a apreciação de um volume médio de negócios, da EMEF em relação à CP, que se situava, nessa ocasião, em 71% – e já então se concluiu que tal percentagem não corresponderia ao *essencial da atividade* de uma entidade, para efeitos de se considerar verificada uma efetiva relação *in house*, com a consequência de não funcionar a respetiva exceção à contratação sujeita ao *princípio da concorrência*.

15. De todo o modo, e ainda que, no caso em apreço, se esteja no âmbito da vigência da versão do CCP anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/8, conforme decorre do disposto no artigo 12.º, n.º 1, deste diploma – pelo que, aparentemente, não relevaria aqui a introdução de parâmetro quantitativo operada na alínea *b*) do n.º 1 do novo artigo 5.º-A (e que consagra a exigibilidade de uma percentagem de 80% de atividade dedicada para contratação enquadrável no anterior artigo 5.º, n.º 2, do CCP) –, o certo é que esse parâmetro é oriundo da Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/2 (cfr. artigo 12.º), cuja aplicabilidade direta, já operante à data da celebração dos



Tribunal de Contas

contratos em apreço, sempre importaria que tal percentagem tivesse de ser considerada para a aferição da ocorrência do requisito da *essencialidade da atividade beneficiária da entidade adjudicante*. Ora, no caso *sub judicio*, é evidente estar-se significativamente aquém dessa percentagem, correspondendo o volume da *atividade dedicada*, da EMEF em relação à CP, no ano transato (e em linha com a situação anterior), a 63% – e sem que, no presente ano, se perspetive a ultrapassagem desse mínimo de 80% (quer sem reestruturação, quer com ela, já que as previsões apontam, num e noutro caso respetivamente, para 65% e 72%). Sendo assim, e com base na ponderação dos parâmetros qualitativos e quantitativos supra mencionados, afigura-se ser de afastar a verificação do segundo requisito do artigo 5.º, n.º 2, do CCP, arredando a aplicação da exceção à regra da contratação concorrencial que essa norma contempla – como, aliás, sucedeu na situação análoga apreciada no citado Acórdão n.º 14/2016. Tal como aí, aquela ponderação assenta, fundamentalmente, na aferição da *essencialidade* dessa *atividade* no quadro da *relação de domínio* existente entre as empresas em apreço. Escreveu-se nesse aresto o seguinte: «Se a EMEF, ainda que controlada pela CP, não foi privada de liberdade de ação e pode exercer parte significativa da sua atividade económica junto de outros operadores, como se afigura ser o caso, não há lugar à existência de uma relação *in house*». Entendemos reiterar este juízo nesta nova apreciação da relação existente entre a CP e a EMEF.

16. Com efeito, a aferição da referida *essencialidade* sempre teria de atender à carência de elementos inequívocos que apontem para a *inexistência de liberdade de atuação contratual* da EMEF ou para um carácter *marginal* da *atividade não dedicada* dessa entidade, sendo certo que o volume de negócios da sua *atividade dedicada* (63% em 2017) e a razoável diversidade da carteira de clientes extrínsecos à CP (evidenciada pelos quadros transcritos no âmbito da factualidade supra descrita) não poderia deixar de induzir o contrário. E importa ter presente que o critério determinante para essa aferição, como já se deixou dito supra, é o do momento da celebração do respetivo contrato – sendo, por isso, pouco menos que irrelevante



qualquer projeção de situação futura, de carácter ainda conjetural. Na verdade, e por muito avançada que esteja a preparação do processo de reestruturação da EMEF, anunciada pela entidade adjudicante como projeto previsto para o ano de 2018, certo é que ainda se está perante uma intenção não concretizada, com toda a contingência que sempre encerra – e sem que este Tribunal possa atribuir significado relevante a uma solução condicional de resultado hipotético. Ora, no caso presente, é notório que as condições *atuais* de desenvolvimento da atividade da EMEF e o volume *atual* da *atividade dedicada* dessa entidade por reporte à CP, com referência à data da celebração dos contratos em presença (30/11/2017), não permitem considerar verificada a existência de uma efetiva relação *in house* entre aquelas duas empresas, para efeitos da aplicação da exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, do CCP.

17. Nessa medida, é de concluir que os contratos em apreço não poderiam ter sido objeto de adjudicação direta, ao menos por via do artigo 5.º, n.º 2, do CCP – impondo-se, em princípio, a adoção de um normal procedimento concursal, que desse plena aplicação aos princípios gerais da contratação pública, neles avultando o *princípio da concorrência*. Porém, será ainda de ponderar a aplicabilidade, em alternativa, do artigo 13.º, n.ºs 1 e 3, do CCP, que também vem invocado pela entidade adjudicante para justificar a adjudicação direta empreendida.

B) Da verificação dos pressupostos de aplicação do artigo 13.º, n.ºs 1 e 3, do CCP:

18. Não oferecerá dúvida que a atividade desenvolvida pela CP se enquadra no conceito de «exploração de redes de prestação de serviços de transporte público por caminho de ferro», enunciado no artigo 9.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP, para efeitos da sua caracterização como atividade integrada no setor especial dos transportes, que beneficia de um regime próprio nos artigos 7.º a 15.º desse Código. Esse regime não deixaria, aliás, de se lhe aplicar ainda por via do artigo 12.º do CCP, enquanto



Tribunal de Contas

entidade adjudicante referida no n.º 2 do artigo 2.º, exercendo atividade no setor dos transportes, e quanto aos contratos por si celebrados que «digam direta e principalmente respeito» a tal atividade. Ora, no domínio desse regime especial contempla-se também uma exclusão de aplicação das regras gerais de formação de contratos, para quando estejam em causa contratos que se enquadrem nos artigos 11.º e 12.º do CCP e preencham as condições mencionadas no artigo 13.º do mesmo Código. Entre esses contratos destaquem-se os que, dizendo «direta e principalmente respeito» a atividade desenvolvida no âmbito dos *setores especiais*, sejam celebrados entre entidade adjudicante do artigo 2.º, n.º 2, alínea *a*), do CCP e uma «empresa sua associada» (como tal caracterizável, segundo os critérios do artigo 14.º do CCP), nos termos da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 13.º desse Código. Por sua vez, essa exclusão depende da verificação adicional do seguinte requisito, instituído pelo n.º 3 daquele artigo 13.º: que a *empresa associada* tenha fornecido à entidade adjudicante obras, bens móveis ou serviços que representem «pelo menos, 80% da média do volume de negócios da empresa associada nos últimos três anos».

19. Estando já assente a verificação dos requisitos emergentes do artigo 12.º do CCP, resta então averiguar a ocorrência dos requisitos específicos do subsequente artigo 13.º do CCP: existência de *relação de associação* entre empresas adjudicante e adjudicatária (do n.º 1); e volume mínimo de negócios de 80% (do n.º 3).

20. A condição da EMEF de *empresa associada* em relação à CP não merecerá contestação (como, aliás, já reconhecido no citado Acórdão n.º 14/2016), dado o evidente preenchimento da alínea *a*) do artigo 14.º do CCP, considerando o facto da integral detenção do capital da EMEF pela CP (cfr. alínea *b*) da factualidade supra descrita): «(...) pessoa coletiva sobre a qual a entidade adjudicante possa exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em virtude, nomeadamente, de deter a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o



Tribunal de Contas

controlo de gestão ou o direito de designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, direção ou fiscalização».

21. Já quanto ao requisito relativo ao *volume de negócios da empresa associada*, cumprirá recuperar a informação, constante do citado Acórdão n.º 14/2016, no que respeita ao volume médio de negócios dos últimos três anos (da EMEF em relação à CP), por referência à data da prolação desse aresto, e que correspondia a 71% da atividade global da EMEF. Por esse valor se situar aquém do referenciado limiar mínimo de 80%, entendeu então este Tribunal que não estaria verificado o respetivo requisito, do que decorreu a conclusão de que não operaria a exceção à sujeição ao regime-regra da contratação pública, prevista no artigo 13.º, n.ºs 1 e 3, do CCP. Ora, se tivermos em conta os dados posteriores aos considerados nesse aresto, quanto à *atividade dedicada* da EMEF, e supra enunciados – 62% em 2016 e 63% em 2017 –, forçoso é concluir que, no conjunto dos últimos três anos, não se alterou a situação de carência dessa *atividade dedicada* em relação àquele limiar mínimo de 80%. E sendo certo que, por se estar perante *empresa associada* constituída há mais de três anos, cuja existência pregressa não se pode ficcionar inexistir (independentemente de se concretizar ou não a sua reestruturação), não se mostra aplicável o critério alternativo de aferição inscrito no segmento final do n.º 3 do artigo 13.º do CCP (que permitiria o recurso a *projeções* e a juízos de *credibilidade* quantitativa) – pelo que sempre se imporá a consideração do real *volume de negócios da empresa associada*, para o período temporal indicado na primeira parte do preceito e nas condições ali referidas.

22. Atenta a constatação da insuficiência da *atividade dedicada* da EMEF para cumprir o requisito emergente da primeira parte do n.º 3 daquele artigo 13.º, torna-se inelutável a reiteração da conclusão a que já se havia chegado, neste ponto, no Acórdão n.º 14/2016: «(...) porque o volume de negócios relevante entre a EMEF e a CP não atinge o volume previsto no n.º 3 do artigo 13.º do CCP, não há lugar à



invocada exceção, havendo, conseqüentemente, e por esta via, lugar à aplicação da parte II do Código e aos procedimentos concorrenciais aí previstos». Ou seja, também por esta via se alcançaria a demonstração de que os contratos em apreço não poderiam ter sido objeto de adjudicação direta, de que resultaria a exigência de adoção de um procedimento concursal de base concorrencial.

C) Das conseqüências da inverificação dos pressupostos de aplicação dos artigos 5.º, n.º 2, e 13.º, n.ºs 1 e 3, do CCP:

23. Como vimos, obteve-se, em relação aos contratos em apreço, a evidência da ocorrência de *ilegalidade* na adjudicação direta em que os mesmos assentaram, por ser devido *in casu* o cumprimento do regime regra da contratação pública, com adoção de procedimentos concursais abertos, em obediência ao *princípio da concorrência*. Mostra-se, assim, verificada uma clara ofensa a esse *princípio*, com a conseqüente violação – tal como já se entendeu nos citados Acórdãos n.ºs 9/2015, da Subsecção, e 14/2016, do Plenário – quer do artigo 1.º, n.º 4, do CCP, enquanto nele se consagra genericamente o *princípio da concorrência*, quer especificamente do disposto na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 20.º do CCP, enquanto nele aflora tal *princípio* (e na medida em que prevê a celebração de contratos de aquisição de serviços por via de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicitações internacionais).

24. A aludida ofensa ao *princípio da concorrência* projeta-se em dois planos paralelos.

a) Por um lado, há que considerar que o não cumprimento das exigências formais do procedimento pré-contratual que aqui se imporiam (procedimento concursal aberto, em vez de adjudicação direta) determina a «preterição total do procedimento legalmente exigido», prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea *l)*, do atual



Tribunal de Contas

Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1 (sucedâneo do artigo 133.º do anterior CPA, para que remete a versão originária do n.º 1 do artigo 284.º do CCP). Nesta base, cumprirá extrair a consequência da *nulidade* dos contratos em apreço, *ex vi* do artigo 284.º, n.º 2, 1.ª parte, do CCP – a qual integra o fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC.

b) Por outro lado – e como tem este Tribunal reconhecido em diversas ocasiões (v., por todos, o Acórdão n.º 16/2011, de 12/7, desta 1.ª Secção, em Plenário, acessível in www.tcontas.pt) –, tal violação do *princípio da concorrência* encerra a probabilidade de afetação do respetivo *resultado financeiro* dos contratos em apreço. Conforme se consignou naquele aresto, um procedimento concorrencial constitui, em princípio, «o melhor modo de garantir a proteção dos interesses financeiros públicos, já que é, em concorrência, que se formam as propostas mais competitivas e em que a entidade adjudicante pode escolher aquela que, técnica e financeiramente, melhor e mais eficientemente satisfaça o fim por ela pretendido» – e daí se inferiu que «a inobservância de princípios basilares da contratação pública constitui ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato». Ora, tal probabilidade de alteração do resultado financeiro do contrato já constitui, por si, fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC, sendo ainda de ter em conta a jurisprudência firmada por este Tribunal no sentido de que o preenchimento daquela disposição legal se basta com «o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do correspondente resultado financeiro do contrato» (assim, e por todos, cfr. o Acórdão n.º 23/2011, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 14/7, acessível in www.tcontas.pt).

25. Sendo assim, constituem os *ilícitos* verificados *fundamentos de recusa de visto*, nos termos das alíneas *a*) e *c*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC – pelo que deve tal *recusa* ser decretada.



*

III – DECISÃO:

Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *c)*, da LOPTC, decide-se recusar o visto aos contratos supra identificados.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 29 de janeiro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Mário Mendes Serrano - Relator)

(Paulo Dá Mesquita)

(Alziro Antunes Cardoso)

Fui presente



Tribunal de Contas

O Procurador-Geral Adjunto,
