



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

CONTRATAÇÃO *IN HOUSE*
ANÁLISE DO ATUAL REGIME JURÍDICO E AS SUAS
PERSPETIVAS DE EVOLUÇÃO

**Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do
grau de Mestre em Direito Administrativo**

Vera Rita Jesus Pereira Ribeiro

Universidade Católica Portuguesa
Escola de Direito do Porto
Porto
Dezembro de 2013



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

CONTRATAÇÃO *IN HOUSE*
ANÁLISE DO ATUAL REGIME JURÍDICO E AS SUAS
PERSPETIVAS DE EVOLUÇÃO

**Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do
grau de Mestre em Direito Administrativo**

Vera Rita Jesus Pereira Ribeiro

Sob a orientação do Prof. Doutor Mário Aroso de Almeida

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Direito do Porto

Porto

Dezembro de 2013

AGRADECIMENTOS

No decurso deste trabalho, deparámo-nos em vários momentos com algumas dificuldades que precisámos ultrapassar e que constituíram um desafio à nossa determinação.

Foi nesses momentos que tivemos sempre disponível uma voz sábia que nos ajudou a ver mais claro e a ir ao encontro do que pretendíamos.

A todos aqueles que estiveram presentes nesses momentos queremos deixar aqui a expressão da nossa gratidão:

Ao Professor Doutor Mário Aroso de Almeida, pela doura e paciente disponibilidade que tanto nos incentivou e permitiu encaminhar o nosso estudo, cumprindo os objetivos a que nos tínhamos proposto.

À Dr.^a Sofia Silva, minha distinta colega de curso, pelas palavras amigas e sábias.

Aos meus pais, pelo incentivo e pelo apoio prestado, durante os meses em que decorreu este trabalho.

À minha irmã, igualmente por ter sabido escutar-me e compreender-me.

Ao Vasco Santos, pela presença constante e amiga, assim como pelos conselhos que me foi dando, sobretudo nos momentos mais difíceis.

Não poderemos deixar de referir aqui também o douto contributo, em termos de formação académica, de todos os professores a quem queremos deixar expressa a nossa grata homenagem, porque foram eles que nos ajudaram a descobrir caminhos e a alimentar a nossa sede de conhecimento.

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
AG	Advogado Geral
Art	Artigo
Arts.	Artigos
C.	Contra
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cf.	Conferir
COM.	Comissão
CSC	Código das Sociedades Comerciais
Dir.	Diretiva
DST	Documento de Trabalho dos Serviços
EPE	Entidade Pública Empresarial
EPE's	Entidades Públicas Empresariais
IGF	Inspeção Geral das Finanças
L.	Lei
LAEL	Lei da Atividade empresarial local e das participações locais - Lei nº 50/2012, de 31 de Agosto
LC	Lei da Concorrência – Lei nº 19/2012, de 8 de Maio.
n.º	Número
P	página
PE	Parlamento Europeu
PPP	Parcerias Público Privadas
PPPI	Parcerias Público Privadas Institucionalizadas
Proc.	Processo
RJAEL	Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local – Lei nº 50/2012, de 31 de Agosto
RJSPE	Regime Jurídico do Sector Público Empresarial – Decreto-Lei nº 133/2013, de 3 de Outubro
SC	Sociedades Comerciais
SEE	Sector Empresarial do Estado
SEL	Sector Empresarial Local
Ss	Seguintes
TC	Tribunal de Contas
T. Const.	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
V.	Ver

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	1
II. A CONTRATAÇÃO <i>IN HOUSE</i>	2
1. FUNDAMENTOS DA CONTRATAÇÃO <i>IN HOUSE</i>	2
2. A POSITIVAÇÃO (OU A SUA FALTA) DA EXCEÇÃO <i>IN HOUSE</i> E A SUA CONSAGRAÇÃO NO CCP	4
III. OS REQUISITOS	6
1. NOTA PRÉVIA	6
2. CONTROLO ANÁLOGO	6
2.1 DENSIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DO CONTROLO ANÁLOGO	6
2.2 TIPOS DE CONTROLO	11
2.3 CONTROLO ANÁLOGO E ENTIDADES EMPRESARIAIS	14
2.4 DA INEXISTÊNCIA DE CAPITAL PRIVADO NA ENTIDADE CONTROLADA: AS PPP	19
3. DESTINAÇÃO DO ESSENCIAL DA ATIVIDADE	23
3.1 OS CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO	23
3.1.1 Critério Quantitativo	25
3.1.2 Critério Qualitativo	27
IV. AS PROPOSTAS DE REVISÃO DAS DIRETIVAS SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA E AS PERSPETIVAS DE EVOLUÇÃO NA DOGMÁTICA DA <i>IN HOUSE</i>	28
V. CONCLUSÃO	34
VI. ANEXOS	37
JURISPRUDÊNCIA CITADA DO TJUE	37
VII. BIBLIOGRAFIA	39

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho corresponde à dissertação de mestrado em Direito, na área de especialização de Direito Administrativo, apresentada na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa. O primeiro contacto com o tema dá-se aquando do estudo das exceções ao regime jurídico aplicável á formação dos contratos públicos, na parte curricular do predito curso, designadamente, nas aulas de Contratos Públicos. É aqui que percebemos o quão fundamental é o exame minucioso dos contornos da apelidada exceção *in house*, o que desde já nos propomos a fazer ainda que de uma forma clara e concisa.

A nossa análise tem como objetivo principal o exame do atual regime da contratação *in house*, e das suas perspetivas de evolução face à nova Proposta de Diretiva sobre contratos públicos. Numa primeira parte deste trabalho, vamos estudar os fundamentos subjacentes a esta figura e a sua consagração no ordenamento jurídico português. Na segunda parte, o nosso ensaio vai concentrar-se no exame dos requisitos da exceção *in house*, a partir da jurisprudência do TJUE, designadamente, vamos analisar a natureza, o conteúdo e a intensidade do “*controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços*”. Neste ponto, vamos também estudar o controlo análogo no âmbito da Administração Central e Local e a questão da inexistência de capital privado na entidade controlada. Posteriormente, examinaremos o segundo requisito, *a destinação do essencial da atividade* e os critérios que devem presidir à sua elaboração. Por fim, vamos dedicar a terceira e última parte do nosso trabalho ao exame do regime da contratação *in house*, na nova Proposta de Diretiva sobre contratos públicos.

II. A contratação *in house*

1. Fundamentos da contratação *in house*

Por via de regra, a Administração deve dirigir-se ao mercado sempre que esteja em causa a solicitação de bens ou serviços a terceiros (operadores económicos), estando obrigada a adotar os competentes procedimentos pré-contratuais¹.

As regras do Direito Europeu da Contratação Pública², visam desta forma, garantir que as entidades adjudicantes dos diversos EM's respeitem as exigências do princípio da igualdade, da não discriminação em razão da nacionalidade, da concorrência, da publicidade e da transparência³⁻⁴.

Contudo, a Administração não é obrigada a recorrer ao mercado. No caso de optar por recorrer aos seus próprios serviços para, em regime de auto-produção satisfazer as suas próprias necessidades⁵. Foi precisamente, neste sentido que decidiu o TJUE no Ac. *Stadt Halle* ao afirmar que as entidades adjudicantes «...têm a possibilidade de cumprir as tarefas de interesse público que lhes incumbem pelos seus próprios meios administrativos, técnicos e outros, sem estarem obrigadas a fazer apelo a entidades externas não pertencentes aos seus próprios serviços⁶».

Assim, compete às entidades adjudicantes a decisão fundamental da escolha entre a auto-produção ou o recurso ao mercado. Por sua vez, o direito europeu assume uma posição neutral⁷ relativamente a essa escolha, visto que a sua intenção de tutela da concorrência no mercado europeu apenas justifica uma intervenção reguladora se as entidades adjudicantes decidirem recorrer ao mercado para a satisfação das suas

¹Cf. Vasco Mesquita,2010:131. Para uma análise detalhada dos procedimentos pré-contratuais, cfr. ² Referimo-nos aos arts. 18º,49º, 56º e 106º do TFUE e às regras definidas nas dir. 2004/17 e 2004/18, de 31.03.2004.

³Cf. Vasco Mesquita,2010: 131. Sobre os princípios da contratação pública, v. Cláudia Viana, 2007ª:110 a 308 e Ana Neves, 2010:29 e ss.

⁴De acordo com Luca Perfetti,2004:1168, assim deve ser no sentido de se tentar assegurar a implementação de uma “dinâmica concorrencial de mercado”.

⁵Cf. Riccardo Ursi,2005:179 assinala a natureza discricionária deste poder. Elisa Scotti,2005ª:959 e ss; Bernardo Azevedo,2008:120;Vasco Mesquita,2010:132; Roberto Perin e Dario Casalini,2009:229 e ss;

⁶Cf. Ac. *Stadt Halle*. No mesmo sentido vão as conclusões da AG Kokott ao Ac. *Parking Brixen*, segunda as quais “a Administração Pública permanece, sem mais, livre de desenvolver completamente as suas funções com meios próprios, ou seja, de as satisfazer diretamente sem recorrer para o efeito às prestações de empresas (públicas ou privadas) juridicamente autónomas. E assim é porque “o escopo das diretivas relativas aos contratos públicos é o de garantir uma escolha transparente e imparcial do respetivo contraente sempre que a Administração Pública decida desenvolver as suas atribuições por via de recurso à colaboração de terceiros. Não reentra, assim, na ratio da disciplina relativa à contratação pública a realização de uma privatização furtiva, sobretudo daqueles serviços que a Administração Pública quer continuar a fornecer com meios próprios”.

⁷ Salientando a neutralidade do direito Europeu em relação ao exercício interno de uma tarefa administrativa, cf. Etienne Fatôme e Alain Ménéménis,2006:69.

necessidades⁸. Deste modo, os EM's têm plena liberdade para eleger os instrumentos mais apropriados para a prossecução do interesse público, o que inclui a liberdade de eleição dos seus próprios meios⁹.

Com efeito, nada impede que a Administração através dos seus próprios serviços proceda à produção de bens e serviços para a satisfação das suas necessidades, sem que para isso tenha de submeter o contrato à concorrência¹⁰. Nestes casos, como realça BERNARDO AZEVEDO, poderão estar em causa a “*simples criações instrumentais, que apesar de dotadas de personalidade jurídica própria, mais não constituem, em última análise, do que um prolongamento natural (longa manus) do seu ente instituidor, cujos fins visa prosseguir.*”¹¹ É precisamente aqui que se enquadram os “contratos” *in house* (ou quase *in house*), que legitimam a não sujeição a qualquer tipo de procedimento pré-contratual “*por se situarem na esfera íntima da satisfação das necessidades próprias da Administração*”.¹²

Além disso, outro argumento concorre e fundamenta a não sujeição destes “contratos” às regras da contratação pública, o qual radica na própria natureza das relações *in house*. Na verdade, e por oposição ao paradigma do Direito da Contratação Pública, que pressupõe uma relação contratual entre duas entidades adjudicantes¹³, esta condição parece não existir no domínio das relações *in house*¹⁴. De facto, para que se possa falar de um contrato exigem-se duas ou mais “*declarações de vontade, de*

⁸Cf. Tiago Macieirinha, 2009:1187. Ao invés, como nos dá conta Bernardo Azevedo, 2008:120, nos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxónica, “*as entidades administrativas são obrigadas a fundamentar a recusa de se dirigirem ao mercado para satisfazer as suas necessidades em bens e serviços, por via da demonstração das vantagens, designadamente em termos de eficácia e de eficiência, associadas ao regime de auto-produção*”.

⁹Cf. Marco Giorello, 2006:39; João Almeida e Pedro Sánchez, 2011:139 e 140, entendem que o legislador comunitário, através desta opção, “*optou por manter intata a autonomia de cada estado membro quanto à escolha do seu próprio modelo de organização, respeitando em especial a opção de modelos jusprivatistas ou empresariais para efeitos de prossecução do interesse público*”.

¹⁰Cf. Roberto Perin e Dario Casalini, 2006:51 e ss.; Vasco Mesquita, 2010:132.

¹¹Cf. Bernardo Azevedo, 2008:123; Luca Perfetti, 2004:1170; Jesus Garcia, 2007:217 e ss.; Cláudia Viana, 2009:51.

¹²Cf. Vasco Mesquita, 2010:133; Frédéric Rolin, 2005:898 e ss.

¹³Cf. Vasco Mesquita, 2010:134; Christopher Bovis, 2012:259.

¹⁴Cf. Roberto Perin e Dario Casalini, 2006:68; José Lizarraga, 2009:41; Diogo Campos, 2010:199; Gonçalo Tavares e Nuno Dente, 2008:60, entendem que nestes casos não há um verdadeiro contrato, mas sim “*uma declaração unilateral da entidade adjudicante à entidade prestadora do serviço ou bem*” referem ainda, que é precisamente por não haver contrato “*que estas operações não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação das regras da contratação pública*”. Em sentido contrário, Alexandra Leitão, 2011:118, considera que os contratos celebrados *in house* são verdadeiros contratos, aos quais se aplica inclusive a parte III do CCP.

*conteúdo oposto mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir um resultado jurídico unitário, embora com significado para cada parte*¹⁵.

Ora, no âmbito das relações *in house*, as declarações de vontade são convergentes mas não possuem conteúdo oposto, antes se confundem, uma vez que a vontade da entidade adjudicatária se subordina à vontade da entidade adjudicante¹⁶. No fundo, e apesar de nos encontrarmos perante duas pessoas ou entidades juridicamente distintas, estamos perante uma única vontade decisória¹⁷. Daí que, e como nos clarifica JUAN GARCIA, no plano material só exista uma pessoa jurídica¹⁸. Assim, é com base na natureza da relação em causa que o TJUE entende que, nestes casos, não se devam aplicar as regras da contratação pública, pela ausência de uma relação contratual em sentido próprio.

2. A positivação (ou a sua falta) da exceção *in house* e a sua consagração no CCP

Importa salientar que este conceito, forjado no Ac. *Teckal*¹⁹ e desenvolvido pela jurisprudência do TJUE, não teve, sequer, consagração legal, mesmo após a Reforma de 2004²⁰. De facto, a Dir. 2004/18/CE não consagra a figura da contratação *in house*, não a define e nem a regula²¹.

Como nos dão conta CLÁUDIA VIANA²² e JUAN GARCIA²³, a previsão da exceção *in house* ainda foi feita na proposta²⁴ que, alterada, deu origem à

¹⁵Diogo Campos, 2010:198.

¹⁶Idem Ibidem:199.

¹⁷Cf. Frédéric Rolin,2005:53;José Mallol,2004:244 a este propósito refere que as entidades instrumentais têm um “*personalidade rebajada*”.Diogo Campos,2010:200 salienta que a entidade adjudicatária, se encontra numa posição esquizofrénica, pois apesar de ter personalidade jurídica própria, não tem capacidade decisória.

¹⁸Cf. Juan Garcia,2009:235;Belén Muela,2010:160.

¹⁹Em bom rigor, anteriormente as conclusões apresentadas nos Acs. *BFI Holding* e *RLSAN.*, já continham algumas reflexões sobre o tema. Cf. Maria Mesquita,2007:880 e ss.

²⁰Neste contexto, Maria Estorninho, 2006: 81, realça: “*a grande ausente da Diretiva é a figura da prestação integrada ou in house.*”.

²¹Cf. Gonçalo Tavares e Nuno Dente, 2008:14.

²²Cf. Cláudia Viana,2007^a: 480.

²³Cf. Juan Garcia,2008:43 e ss.

²⁴Na proposta de dir. constava um art. 19^o-A com a seguinte redação: “1. A presente diretiva não se aplica aos contratos públicos celebrados por uma entidade adjudicante com uma entidade juridicamente autónoma, detida exclusivamente por essa entidade, desde que: essa entidade não usufrua de autonomia de decisão relativamente à referida entidade adjudicante, devido ao facto de esta última exercer sobre a primeira um controlo análogo àquele que exerce sobre os seus próprios serviços; e essa entidade realize a totalidade da sua atividade com a entidade adjudicante que a detém. 2. Sempre que uma tal entidade seja,

Dir. 2004/18/CE. Contudo, como destaca JUAN GARCIA, essa proposta não passou na versão final da Dir. 2004/18/CE face à falta de consenso no seio do Conselho²⁵. Assim, a Com. decidiu retirar todas as referências à exceção *in house*, designadamente, por considerar que o legislador não estava em condições de proporcionar uma segurança jurídica acrescida²⁶. Julgava-se, deste modo, preferível que a mesma não fosse expressamente regulada pela diretiva, mas regida pela Jurisprudência²⁷.

No entanto, o legislador português, à semelhança do que aconteceu em ordenamentos jurídicos vizinhos²⁸, consagrou a exceção *in house*, no art.º 5º n.º 2 do CCP, ao prescrever que, a Parte II do CCP relativa à formação dos contratos não será aplicável “*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”.

Porém, o legislador, ao consagrar a exceção *in house* no art.º 5º n.º 2 do CCP, não materializa todos os entendimentos apontados pelo TJUE e adotados pela Com., antes forja “*novas soluções ainda não testadas na jurisprudência comunitária ou dificilmente compatíveis com o estado atual*”²⁹.

ela própria, uma entidade adjudicante, deve respeitar, para responder às suas próprias necessidades, as regras em matéria de contratos públicos previstas pela presente diretiva. 3. Sempre que uma tal entidade não seja, ela própria, uma entidade adjudicante, os EM tomarão as medidas necessárias para que ela aplique, para responder às suas próprias necessidades, as regras em matéria de contratos públicos.” Cf. Com., Proposta alterada de Dir. do PE e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitadas de obras públicas, COM (2002) 236 final, de 6.05.2002

²⁵Cf. JuanGarcia,2008:43; V. Parecer da Com., sobre as alterações do PE à posição Comum do Conselho respeitante à proposta de Diretiva do PE e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, COM (2003) 503 final, de 14.08.2003.

²⁶Cf. Diogo Campos, 2010:197.

²⁷Cf. Durval Ferreira,2013:128. Maria Mesquita,2007:906, critica a existência desta exceção de origem jurisprudencial e sem base em textos legais - quer de direito derivado quer de direito originário- na medida em que poderá ser potenciadora de violações dos princípios fundamentais do Tratado decorrente de uma interpretação não uniforme.

²⁸A contratação *in house*, consagrada em Espanha no art. 24º, n.º6 da Ley de Contratos del Sector Público; em França, art. 3º, n.º 1, do Code Marchés Publics; e ainda na Itália, através do art. 13º da Lei 326/2003, de 24 de Novembro.

²⁹Rui Medeiros,2008:12.

Neste contexto, torna-se imperioso decantar os contornos da jurisprudência do TJUE sobre os critérios³⁰ que presidem à adjudicação *in house*, pois será através dela que se deverão interpretar e, se necessário, integrar a disposição do art.º 5º nº 2 do CCP³¹.

III. Os requisitos

1. Nota prévia

Em primeiro lugar, uma chamada de atenção para dois aspetos essenciais: os requisitos da relação *in house* têm de ser verificados sob uma perspetiva cumulativa e permanente³², sendo que a prova da verificação cumulativa destes requisitos – que implicam uma derrogação excecional às regras da contratação pública – incumbe às entidades beneficiárias da sua aplicação³³. Por outro lado, os mesmos requisitos, em razão da sua excecionalidade, devem ser objeto de uma interpretação estrita (ou restritiva)³⁴.

2. Controlo Análogo

2.1 Densificação do conteúdo do controlo análogo

O primeiro requisito para a aplicação da exceção *in house* é o exercício, pela entidade adjudicante sobre a entidade adjudicatária, de um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

Antes de mais é fundamental delimitarmos a natureza do controlo densificado pela jurisprudência do TJUE, que se tem afastado dos tipos de controlo característicos

³⁰Para Alexandra Leitão,2011:119“*trata-se de critérios muito fluidos, que carecem de clarificação e densificação, como acontece com todos os conceitos de construção pretoriana, que, aliás, se caracterizam por estar em permanente evolução*”.

³¹Cf. Vasco Mesquita,2010:138;Toni Kaarresalo,2008:242.

³²Sobre a natureza cumulativa e permanente, v. Rui Medeiros,2008:12;José Lizarraga,2009:48 e os Acs. *Teckal e Molding*.

³³Cf. Acs. *Stadt Halle* nº42, *Parking Brixen* nº63 e *ANAV* nº26.

³⁴ A interpretação restrita, é consistentemente reclamada na jurisprudência do TJUE, v.os Acs. *Parking Brixen* nº63 e *ANAV* nº26. E reclamada na doutrina, Pedro Gonçalves,2007:180; Belén Muela,2010:165;Joana Fernandes,2011:31.Para João Almeida e Pedro Sánchez,2011: 164, a interpretação restritiva, significa “*uma interpretação exigente e cuidadosa daquilo que, reconheça-se, constitui uma “exceção às regras gerais do direito comunitário*”.

do Direito da Concorrência³⁵ e do Direito das SC (mais concretamente da relação de domínio, prevista no art.º 486.º n.º 2 do CSC)³⁶ nomeadamente, configura-se mais exigente do que a mera *influência dominante*³⁷. De facto, caso assim não fosse, o requisito estaria cumprido, por definição, em relação às empresas públicas e locais e relativamente a quaisquer organismos de direito público³⁸. Para a AG Stix-Hackl a impossibilidade de assimilação da noção de controlo análogo à noção de influência dominante, funda-se no facto de o TJUE no Ac. *Teckal* não ter feito qualquer referência àquela noção – quando o poderia ter feito por simples remissão –, se a sua intenção fosse representar a mesma realidade jurídica.

Destarte, a jurisprudência comunitária, tem relacionado o controlo análogo a um poder de *influência determinante*. E, tal como foi reiterado no Ac. *Parking Brixen* “*para apreciar se a entidade adjudicante exerce um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços devem ter-se em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes. Deve resultar deste exame que a sociedade adjudicatária está sujeita a um controlo que permite à entidade adjudicante influenciar as decisões da referida sociedade. Deve tratar-se de uma possibilidade de influência determinante quer sobre os objetivos estratégicos quer sobre as decisões importantes desta sociedade*”³⁹. E de acordo com as conclusões da AG Stix-Hackl no Ac. *Stadt Halle*, o controlo exigido não deve limitar-se “*apenas a decisões estratégicas de mercado, mas deve também abranger as decisões individuais de gestão*”, que permitam fixar a orientação geral da empresa controlada. Assim, a entidade adjudicante deve poder exercer sobre a entidade adjudicatária um controlo funcional e estrutural⁴⁰.

Ora, segundo a jurisprudência constante do TJUE, é possível extrair-se o roteiro que deve orientar os intérpretes (*rectius*, as entidades adjudicantes e os Tribunais), que

³⁵Apesar de ter aspetos convergentes com o conceito de controlo para efeitos de cálculo do volume de negócios, nos termos dos arts. 36º e 39º da LC. Cf. para compreensão do tipo de controlo no domínio dos procedimentos de controlo de concentrações, Margarida Fonseca e Luís Ferreira, 2009:44 e ss.

³⁶De acordo com o artigo 486 n.º 2 do CSC, presume-se que uma sociedade é dependente de uma outra, se esta direta ou indiretamente: a) detém uma participação maioritária no capital; b) dispõe de mais de metade dos votos; c) tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização. Para maiores desenvolvimentos, v. José Antunes, 2002:451 e ss; Cf. Diogo Campos, 2010:310, a este propósito refere que “*embora apresente carateres muito semelhantes, a noção de relação in house não se confunde com o conceito de relação de domínio, típico do direito societário.*”; Cláudia Viana, 2007ª:474 e ss.

³⁷Prevista no art. 9º do RJSPE e no art. 19º do RJAEL e também no art. 2º n.º 2 a), i) do CCP.

³⁸Cf. Roberto Perin e Dario Casalini, 2006:75; Cláudia Viana, 2007ª:478 e ss; Bernardo Azevedo, 2008:127; Carlos Carvalho, 2011:91 Alexandra Leitão, 2011:120; Pedro Gonçalves, 2012: 101 e ss.

³⁹Este entendimento, veio a ser reiterado no Ac. *Coditel* n.º 28, no Ac. *Sea* n.º 65 e Ac. *Econard Spa* n.º 26.

⁴⁰Cf. Ac. *Comissão/Itália* n.º 26.

não devem circunscrever-se a um elemento isolado de decisão, devendo antes apurar as circunstâncias de facto e de direito que rodeiam o caso em concreto, pois só assim poderão decidir devidamente⁴¹.

Com efeito, como refere DIOGO CAMPOS, este poder de influência determinante “*exige que a entidade adjudicante possa controlar não só as decisões macro (fusões, aumentos de capital, reduções de capital, tomada de participações), mas também as decisões micro (ou seja, decisões de gestão corrente e ordinária)*”.⁴²

Porém, não basta para se poder afirmar esta ideia de *influência determinante* que a entidade adjudicante detenha a maioria do capital social da entidade controlada, por exemplo, no caso das sociedades participadas, ainda que integralmente por capitais públicos⁴³, uma vez que o exercício dos direitos de acionista, nos termos da lei comercial, pode não ser suficiente para garantir um controlo efetivo (nomeadamente, sobre as decisões estratégicas e as escolhas relevantes da entidade adjudicatária)⁴⁴, sobretudo quando, como salienta BERNARDO AZEVEDO, “...*nos modelos de gestão societária, em obediência aos modelos de corporate governance, os conselhos de administração são dotados de uma larga margem de liberdade de ação por relação às assembleias gerais, segundo a lógica de que os acionistas investem e os administradores governam.*”⁴⁵

Tendo em conta que esta forma de *governance*⁴⁶ é cada vez mais utilizada, o TJUE tem mostrado alguma desconfiança relativamente ao controlo acionista efetuado nos termos da lei comercial⁴⁷, devido à autonomia de gestão do conselho de administração que prescinde do controlo dos acionistas maioritários; à vocação eminentemente comercial das sociedades por ações; à abertura obrigatória do respetivo capital social a novos sócios e à amplitude do objeto social e relevante extensão

⁴¹Cf. João Almeida e Pedro Sánchez,2011:139.

⁴²Cf. Diogo Campos,2010:311; Bernardo Azevedo,2008:127.

⁴³Cf. Bernardo Azevedo,2008:128.Na verdade, participação exclusiva de capitais públicos, apesar de ser condição necessária, não é condição suficiente, dado que poderá não estar assegurada a existência de um *controlo análogo*. Cf. Ac. *Parking Brixen e Carbotermo* nº 37;

⁴⁴Cf. Bernardo Azevedo,2008:129; Vasco Mesquita,2009:139 e 140; Durval Ferreira,2013:147 e 148.

⁴⁵Bernardo Azevedo,2008:129.

⁴⁶Para uma análise dos modelos de *governance* no CSC, Cf. Paulo Câmara, 2008:66 e ss.

⁴⁷Como salienta Carlos Cravalho,2011:94: “*o TJUE tem considerado que não se pode dar por verificado o requisito do controlo análogo, quando o controlo exercido pela entidade detentora do capital se resume, á latitude que o direito das SC reconhece à maioria dos acionistas e não estejam consagrados nos estatutos poderes especiais capazes de restringir a liberdade de ação reconhecida aos conselhos de administração a quem são conferidos amplos poderes de gestão*”. V. Acs. *Parking Brixen e Carbotermo*.

territorial da sua atividade⁴⁸.Conseqüentemente, a DOUTRINA tem entendido que, nestes casos, a entidade adjudicante deve dispor de certos instrumentos, tais como direitos de veto, poderes para designar os membros do conselho de administração e acordos parassociais, que lhe permitam assegurar uma influência determinante sobre os objetivos estratégicos e as escolhas fundamentais de gestão da entidade controlada⁴⁹.

Quanto à intensidade deste poder, a DOUTRINA NACIONAL divide-se: se por um lado, CLÁUDIA VIANA⁵⁰, BERNARDO AZEVEDO⁵¹ e GONÇALO GUERRA e NUNO DENTE⁵², entendem que o controlo exercido pela entidade adjudicante deve ser um controlo idêntico ao que é exercido no âmbito da hierarquia administrativa⁵³, porque é esse o tipo de controlo que uma entidade exerce sobre os seus próprios serviços. Assim, de acordo com esta linha de entendimento, a entidade adjudicante deve estar munida de um poder de orientação suficientemente forte de modo a esvaziar a entidade adjudicatária da sua autonomia decisória, que por sua vez está adstrita a uma posição de sujeição ou de subordinação⁵⁴. Por outro lado, temos DIOGO CAMPOS⁵⁵ e ALEXANDRA LEITÃO⁵⁶, que entendem que o controlo análogo determinante não pressupõe que a entidade adjudicante tenha, formalmente, as mesmas possibilidades jurídicas de influência que tem sobre os seus próprios serviços, considerando que o que é determinante para a aferição deste poder é a capacidade que a entidade adjudicante tem de, a todo o momento, fazer valer integralmente os seus objetivos de interesse público na empresa em causa. Por conseguinte, entendem que o controlo análogo

⁴⁸Cf. Bernardo Azevedo,2008:129 e 130; Elisa Scotti,2005^a:929 e 952 e Roberto Perin e Dario Casalini,2006:77.

⁴⁹Cf. Bernardo Azevedo, 2008:130 e Vasco Mesquita,2010:140;Durval Ferreira,2013:148;Toni Kaarresalo,2008:247. Juan Garcia,2009:244.

⁵⁰Cláudia Viana,2007b:37.

⁵¹Cf. Bernardo Azevedo, 2008:126.

⁵²Cf. Gonçalo Tavares e Nuno Dente,2008:65.

⁵³Para Diogo Amaral,2006:808, a hierarquia administrativa define-se como “...o modelo de organização administrativa vertical, constituído por dois ou mais órgãos e agentes com atribuições comuns, ligados por um vínculo jurídico que confere ao superior o poder de direção e impõe ao subalterno o dever de obediência.”

⁵⁴Defendendo este entendimento, Riccardo Ursi,2005:203. Roberto Perin e Dario Casalini,2006:76.Neste contexto, Bernardo Azevedo,2008:127 e ss, fornece uma série de fatores sintomáticos de caráter substancial para que a Administração e por conseguinte os Tribunais, se possam socorrer para determinar a existência de um controlo análogo. Entre os fatores: “...temos a existência de um i)controlo hierárquico ou ii) de financiamento ou, ainda, iii) a atribuição de competências entre órgãos tal como se fossem objeto de simples delegação.”. Cf. Elisa Scotti,2005b: 669 e 670.

⁵⁵Cf. Diogo Campos, 2010:31.

⁵⁶Cf. Alexandra Leitão,2011:120.

consubstancia uma realidade menos exigente quando comparada com o controlo hierárquico exercido no âmbito da hierarquia administrativa⁵⁷.

Concordamos com a posição destes últimos autores, na medida em que a relação entre uma entidade pública, que é uma entidade adjudicante e os seus próprios serviços, se rege por considerações e exigências características da prossecução do interesse público, logo a sua atuação nunca pode estar desligada do fim a que se destina⁵⁸.

Deste modo, entendemos que será suficiente um controlo que permita que os objetivos de interesse público sejam alcançados, por intermédio das atividades que a entidade adjudicatária irá desenvolver, sem a interferência de outros interesses, que não sejam interesses públicos⁵⁹. Nesta senda, baseamo-nos na posição defendida pela AG Stix Hackl, a qual considera que o controlo análogo deve ser entendido como um controlo comparável àquele que é exercido sobre os seus próprios serviços, mas não idêntico⁶⁰.

Ainda na mesma linha de entendimento, a AG Kokkot, assinala que, caso se exigisse que a entidade adjudicante tivesse em relação à entidade adjudicatária as mesmas possibilidades jurídicas de influência que exerce sobre os seus próprios serviços, seria muito difícil cumprir-se o critério do controlo análogo na relação com sociedades de capitais públicos organizadas segundo o direito privado⁶¹. Considera ainda que, o que é determinante para a aferição deste requisito, é saber se a entidade adjudicante está em condições de a todo momento, fazer valer integralmente os seus objetivos de interesse público⁶².

Ainda no âmbito de determinação do conceito de controlo análogo, importa averiguar se, em concreto, se exige que o mesmo seja efetivamente exercido ou se bastará a suscetibilidade do seu exercício. Apesar do TJUE, não se ter debruçado sobre esta questão⁶³, é possível extrairmos a conclusão de que o mesmo tende a considerar que bastará a mera suscetibilidade do controlo. De facto, se por um lado, tanto no Ac.

⁵⁷Propugnando este entendimento, ainda Carlos Almeida,2009:75; Joana Fernandes,2011:31.

⁵⁸Cf. Massimo Baldinato,2006:235 e ss; Alexandra Leitão,2007:18, Juan Garcia,2008:74. Diogo Campos,2010:312 refere neste contexto, que o conceito de controlo análogo foi forjado no campo do direito público, e este “exige por definição que a sua atuação esteja impregnada de *considerações axiológicas, com vista à realização do interesse comum. É em nome desse interesse comum, que se impõem constrangimentos aos particulares, pelo que, em nossa opinião, o conceito de controlo análogo deverá ser construído tendo por base essa ideia nuclear do direito administrativo.*”

⁵⁹Cf. Carlos Almeida,2009:75;Diogo Campos,2010:312,CarlosCarvalho,2011:92;Durval Ferreira,2013:152.

⁶⁰Cf. conclusões apresentadas no Ac. *Stadt Halle*.

⁶¹Cf. Carlos Almeida,2009:75.

⁶²Cf. conclusões apresentadas no Ac. *Parking Brixen*.

⁶³ Porém, a AG Kokott, no âmbito do Ac. *Parking Brixen*, analisou esta questão, tendo considerado que o que é relevante é a suscetibilidade de exercício do poder e não o seu exercício em concreto.

Parking Brixen, como no Ac. *Cabortermo* e mais recentemente no Ac. *Econard Spa*, o TJUE entendeu que basta uma “*possibilidade de influência determinante*”⁶⁴. Por outro lado, o TJUE quando analisa um caso em concreto, privilegia a análise dos instrumentos ao dispor da entidade adjudicante mas não o seu exercício factual⁶⁵. Em consequência, parece-nos que não é necessário que a influência se exerça na prática e a todo o momento, bastando apenas que exista a possibilidade de exercício dessa influência⁶⁶.

Destarte, essa parece ser a solução que melhor se coaduna com a segurança jurídica, na medida em que seria absurdo que se tivesse de aferir, ao longo de um contrato de longa duração, se a entidade adjudicante estava a exercer ou não o controlo análogo⁶⁷. Além disso esta solução afigura-se a mais razoável, porque se se exigisse um controlo efetivo, dificilmente este estaria cumprido no momento inicial de duração do contrato *in house*⁶⁸.

2.2 Tipos de controlo

Uma das questões que tem sido colocada a propósito do alcance do controlo análogo, é o de saber se o controlo exigido pelo TJUE, pode ser exercido conjuntamente, ou seja, pelo conjunto das entidades que detêm ou participam na entidade controlada; ou se o mesmo tem de ser exercido de forma isolada pela entidade adjudicante, que é parte no contrato.

Num momento inicial, a partir da análise conjugada dos Acs. *Teckal*⁶⁹ e *Coname*⁷⁰, o TJUE embora não tivesse formulado um princípio geral sobre a questão da titularidade do controlo análogo, quando foi chamado a pronunciar-se acerca da possibilidade do controlo por uma entidade adjudicante com participação minoritária, excluiu a possibilidade de um controlo conjunto significar um controlo análogo para os efeitos da doutrina *Teckal*.⁷¹

⁶⁴V. Ac. *Carbotermo* n°28.

⁶⁵Cf. Diogo Campos,2010:313.

⁶⁶Cf. Carlos Almeida,2009:75.

⁶⁷Cf. Diogo Campos,2010:313.

⁶⁸Idem *Ibidem*:314.

⁶⁹No Ac. *Teckal*, o TJUE entendeu que uma participação de 0,9 % do município de Viano na sociedade AGAC, não era suficiente para afirmar que o município de Viano exercia sobre aquela empresa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

⁷⁰No Ac. *Coname*, o TJUE decidiu também não ser suficiente uma participação de 0,97% no capital da sociedade PADANIA, para sustentar a tese do controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços.

⁷¹Cf. Tiago Macieirinha,2009:1183.

Contudo, numa fase posterior, no caso *Carbotermo*, o TJUE expressou-se em sentido dissonante, ao considerar que a verificação do controlo análogo não era incompatível com a circunstância dessa influência ser exercida em conjunto por diversas entidades públicas. A este propósito referiu 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, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.*”⁷²

Neste contexto, no *Ac. Tragsa*, o TJUE aplicou o princípio da admissibilidade da titularidade conjunta do controlo análogo e deu por verificado o primeiro requisito *Teckal*, numa situação em que quatro Comunidades Autónomas espanholas detinham 1% do capital da empresa TRAGSA, sendo os restantes 99% detidos pelo Estado espanhol. Neste arresto, o TJUE entendeu que uma simples participação de 0,25% por parte de cada uma das Comunidades Autónomas, eram suficientes para exercer um controlo de forma análoga ao que exerciam sobre os seus próprios serviços⁷³.

Todavia deve acrescentar-se, que a fundamentação do preenchimento do requisito do controlo relativamente às Comunidades Autónomas, não se ficou pela titularidade conjunta do capital, revelando-se também fundamental a circunstância de a lei espanhola não conferir à *Tragsa* autonomia contratual na sua relação com as Comunidades Autónomas, por estar obrigada a aceitar as encomendas decididas unilateralmente pela entidade adjudicante sem capacidade para negociar os preços⁷⁴. A circunstância da decisão do TJUE ter sido fundada na falta de autonomia decisória da empresa *Tragsa* em face das Comunidades Autónomas, justificou a tese propugnada na doutrina segundo a qual da decisão enunciada no *Ac. Tragsa*, não se poderia retirar um princípio geral acerca da questão da titularidade do controlo, na medida em que foram as circunstâncias do caso concreto, que determinaram a verificação da existência de uma relação *in house*⁷⁵.

⁷²Cf. *Ac. Carbotermo* nº38.

⁷³Cf. Tiago Macieirinha,2009:1184;

⁷⁴Cf. Tiago Macieirinha, 2009:1184;Diogo Campos,2010:340.

⁷⁵Assim, Bernardo Azevedo,2008:132; Tiago Macieirinha,2009:1184;Vasco Mesquita, 2010:141, chega a apelidar esta decisão de paradoxal. Criticando esta decisão em Espanha: Juan Garcia,2007:231; 2009:263; Jesus Garcia; Belén Muela:2010:167.

A tese da admissibilidade do controlo conjunto veio a ser, sucessivamente, sufragada nos Acs. *Coditel*⁷⁶, *Sea* e, mais recentemente, no Ac. *Econard Spa*. Contudo, nos preditos acórdãos, o TJUE adiantou que não basta a mera detenção de uma participação social no capital da entidade distinta em conjunto com outras entidades públicas para se verificar o controlo conjunto⁷⁷. De facto, cada uma dessas entidades deve exercer um controlo individual, sobre a entidade adjudicatária. Daí que, no recentíssimo Ac. *Econard Spa*, o TJUE tenha entendido que este requisito só estará preenchido quando cada uma dessas autoridades participar, quer no capital, quer nos órgãos de direção da referida entidade. A este propósito são relevantes as considerações do AG Villalón, proferidas à margem do processo *Econard Spa*. Para este AG também as participações diminutas podem permitir o exercício conjunto de um controlo análogo, desde que esse exercício seja efetivo. Ou seja, no seu entender, a entidade pública adjudicante, embora com uma participação minoritária, deve poder exercer um controlo efetivo na proporção do seu peso relativo no conjunto das entidades públicas participantes⁷⁸. E tal peso relativo pode ser aferido através do montante do seu orçamento, da sua população ou das necessidades que ele vê satisfeitas com a atividade do organismo instrumental, no qual participa⁷⁹.

Concludentemente, neste campo, o que é decisivo é que cada uma das entidades adjudicantes seja titular de poderes idóneos a determinar, em maior ou menor medida, os objetivos e as decisões estratégicas da entidade adjudicatária⁸⁰.

⁷⁶Neste Ac., o TJUE, avança com uma justificação para a alteração da posição assumida em *Teckal*, referindo que a imposição de um controlo isolado *teria por consequência impor uma abertura à concorrência na maioria dos casos em que uma autoridade pública se pretendesse associar a um agrupamento composto por outras autoridades públicas, como, por exemplo, uma sociedade cooperativa intermunicipal*, o que seria incompatível com o princípio segundo o qual as entidades adjudicantes podem recorrer “aos seus próprios meios para darem execução às suas missões de serviço público (...) em colaboração com outras entidades públicas.”

⁷⁷Em concreto, no Ac. *Econard Spa*, o TJUE entende que o controlo exercido sobre a entidade adjudicante “ não pode assentar apenas no poder de controlo da autoridade pública que detém uma participação maioritária no capital da entidade em causa, sob pena de esvaziar de sentido o próprio conceito de controlo conjunto”. Declara ainda que caso, a posição de uma entidade adjudicante numa entidade adjudicatária detida em mão comum não lhe assegurar a mínima possibilidade de participação no controlo daquela entidade, tal “permitirá, com efeito, que a aplicação das regras do direito da União em matéria de contratos públicos ou de concessões de serviços seja contornada, uma vez que a participação puramente formal nessa entidade ou num órgão comum que assegure a direção da mesma dispensaria esta entidade adjudicante da obrigação de dar início a um processo de adjudicação segundo as regras da UE”.

⁷⁸Cf. Conclusões do AG n.º34.

⁷⁹Cf. Conclusões do AG n.º34.

⁸⁰Cf. Vasco Mesquita, 2010:141; Roberto Perin e Dario Casalini: 2006:80; Durval Ferreira, 2013:152.

O artigo 5º nº 2 do CCP acolhe a tese do controlo análogo conjunto, admitindo que o controlo pode ser exercido por uma ou por várias entidades adjudicantes⁸¹.

2.3 Controlo análogo e entidades empresariais

Uma questão que se tem colocado à doutrina e à jurisprudência, no domínio da contratação *in house*, é o de saber como se aplica a exigência do controlo análogo às diferentes categorias de “entidades de mão pública” que integram a atual organização administrativa portuguesa⁸².

Para a análise desta questão, parece-nos relevante analisar os principais traços do regime jurídico, quer das empresas públicas⁸³, como das empresas locais, atentas as oscilações sofridas fruto de uma dinâmica legislativa nem sempre fácil de se acompanhar.

No atual panorama jurídico português, o SEE encontra-se regulado no RJSPE⁸⁴ e integra duas espécies de empresas públicas⁸⁵: por um lado, as empresas constituídas sob a forma de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial, nas quais o Estado (ou outras entidades públicas) pode exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante⁸⁶; e, por outro lado, as entidades com natureza empresarial, designadas por EPE’s.

No que concerne às empresas públicas sob forma societária é de salientar que, por confronto com o regime anterior, o RJSPE não só veio reforçar os poderes de orientação a cargo do membro de governo responsável pela área das finanças, como também veio reforçar os poderes centrais de controlo financeiro sobre este tipo de entidades. Para além disso, o RJSPE veio estabelecer um conjunto de obrigações e responsabilidades a cargo destas entidades. Por conseguinte temos hoje um regime mais coeso e eficaz, que consagra mecanismos que permitem ao Estado orientar e influenciar

⁸¹Cf. Vasco Mesquita,2010:141.

⁸² Desenvolvendo esta questão, face ao regime pretérito do sector empresarial do Estado, quer do sector local, Vasco Mesquita,2010:144 e ss, Diogo Campos,2010:316. e ss.; Durval Ferreira,2012:232 e ss; Alexandra Leitão,2007:14 e ss, relativamente ao SEE, e Pedro Gonçalves:2012:101 e ss detalhadamente sobre o SEL.

⁸³A nossa análise não vai contemplar as empresas participadas (art. 7º do RJSEP), uma vez que estas são participadas por capitais privados e o TJUE, como iremos analisar, entende que a abertura a privados obsta ao preenchimento do controlo análogo. Cf. Durval Ferreira,2013:232.

⁸⁴Este novo regime é aplicável não só ao SEE, como ao SEL (ainda que a título subsidiário).

⁸⁵Cf. Art.º2º nº 2 do RJSPE.

⁸⁶Cf. Art.º5º nº1 e o art.º9º do RJSPE.

a atividade das empresas de modo a que as mesmas não se afastem do interesse público que justificou a sua criação⁸⁷.

Como mecanismos ao dispor do Estado salientam-se as orientações estratégicas e sectoriais (art.º24º), que vinculam os titulares dos cargos de administração das empresas públicas, a aplicação aos titulares de órgãos da administração do estatuto do gestor público (art.º21º); a possibilidade de restrição da autonomia de gestão em função dos resultados apresentados (art.º 25º nº 4); a sujeição a autorização prévia do acionista, na prestação de garantias em benefício de outra entidade; e na celebração de todo e qualquer ato ou negócio jurídico do qual resultem para a empresa responsabilidades financeiras efetivas ou contingentes que ultrapassem o orçamento anual (art.º24º nº 5)⁸⁸.

Por outro lado, como principais traços do seu regime jurídico salientamos: a aplicação do direito privado (art.º14º); a sujeição às orientações estratégicas e sectoriais definidas pelo titular da função acionista, que é o membro do Governo responsável pela área das finanças com faculdade de delegação (arts.º 24º, 37º, 38º e 39º); a sujeição às regras da concorrência (art.º15º); o controlo financeiro por parte por parte da Inspeção Geral das Finanças e do Tribunal de Contas (art.º26º); a sujeição a deveres de divulgação (que incluem a divulgação da composição da sua estrutura acionista, a identificação das participações sociais que detêm, o grau de execução dos objetivos fixados, a justificação dos desvios verificados e as medidas de correção aplicadas ou a aplicar, os planos de atividade e orçamentos, entre outros) (art.º44º nº 1); a sujeição a especiais deveres de informação e transparência (arts.º.44º nº 2 e 45º); a atuação segundo os objetivos que lhe tenham sido fixados (art.º43º); a sujeição ao cumprimento das normas relativas ao endividamento (arts.º.27ºe 28º); e a autonomia de gestão enfraquecida (art.º25º)⁸⁹.

Relativamente às EPE's, o RJSPE manteve alguns dos seus traços essenciais: elas continuam a ser pessoas coletivas de direito público, criadas pelo Estado para a prossecução dos seus fins (art.º56º), com uma administração e fiscalização semelhantes à das sociedades anónimas (art.º60º) e dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (art.º58º). Contudo, o novo diploma legal descaracterizou estas entidades,

⁸⁷De acordo com o preâmbulo do RJSPE, pretendeu-se “*estabelecer um regime jurídico mais exigente, mas também mais claro, transparente e eficaz, no que respeita ao controlo da legalidade e da boa gestão pública na alocação de recursos públicos para a prossecução de atividades em modo empresarial.*”

⁸⁸Os arts. Referidos correspondem ao RJSPE.

⁸⁹Os arts. Referidos correspondem ao RJSPE.

na medida em que elimina a aplicação dos regimes da tutela e da superintendência de direito público, para através da remissão dos arts.º60º e 56º nº 1, as submeter ao mesmo regime aplicável às demais empresas públicas, em que a influência é exercida através do exercício da função acionista.

No que respeita ao SEL, a dinâmica legislativa culminou com a publicação da Lei nº 50/2012, de 31.08, que o RJAEEL. No que concerne às empresas locais verifica-se uma simplificação dos seus modelos organizativos, na medida em que se acaba com o dualismo organizativo, consubstanciado na distinção entre empresas sobre a forma de direito privado (constituídas nos termos da lei comercial) e empresas com natureza de pessoas coletivas de direito público⁹⁰. Por conseguinte, temos agora empresas configuradas como pessoas coletivas de direito privado, de responsabilidade limitada. Com efeito, as empresas locais, são as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais as entidades públicas participantes⁹¹ podem exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em razão da verificação de um dos seguintes requisitos: a) detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) direito de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou de fiscalização; c) qualquer outra forma de controlo de gestão.

Quanto ao modelo estabelecido por esta lei, PEDRO GONÇALVES salienta que se acolheu um *“modelo misto, enxertando uma relação jurídica externa de acompanhamento e fiscalização pelas entidades públicas participantes num regime geral que pressupõe a afirmação da supremacia destas mesmas entidades no interior da empresa.”*⁹². A LAEL, para além de estabelecer e reforçar os mecanismos de acompanhamento e fiscalização da empresa pelas entidades públicas participantes⁹³, não repousa a supremacia jurídica das entidades públicas participantes na influência dominante que, na empresa, estas podem exercer, na medida em que para além disso configura *mecanismos específicos* para a afirmação da supremacia dessas entidades, dos quais se salientam a definição das orientações estratégicas, a aplicação aos gestores locais do estatuto do gestor público, os contratos de gestão com aqueles gestores e os

⁹⁰Cf. Pedro Gonçalves, 2012:23 e ss; Durval Ferreira, 2013:238.

⁹¹Definidas no art.º5º do RJAEEL.

⁹²Cf. Pedro Gonçalves, 2012:137.

⁹³Cf. art.º42º do RJAEEL.

contratos-programa com a empresa⁹⁴. Com efeito, as empresas locais não se encontram unicamente sob influência dominante das entidades públicas participantes, mas também se encontram submetidas ao poder de orientação que estas entidades têm a responsabilidade de exercer, quer através dos contratos de orientação estratégica que celebram com empresa local e com os respetivos gestores, quer através dos direitos societários⁹⁵. Como traços do seu regime jurídico salientamos: a) a atuação segundo particulares princípios de gestão (art.º31º); b) as limitações quanto ao seu objeto social (arts.º20º, 45º e 48º); c) a sujeição ao acompanhamento e à orientação das entidades públicas participantes (arts.º 20º,37º e 42º), ao controlo financeiro da IGF e ao controlo do TC (art.º29º); d) a sujeição a exigências particulares em matéria de transparência (arts.º 34º nº 2 e 43º); e) a oneração com obrigações de não discriminação na contratação com terceiros (art.º34 nº 1); f) a atuação necessariamente assente em contratos-Programa (arts.º 47º e 50º); g) a sujeição ao regime do equilíbrio de contas e de consolidação financeira (arts.º 40 e 41º)⁹⁶.

Depois desta breve incursão pelos regimes jurídicos do SEE e SEL, estamos em condições para responder à questão acima enunciada, a de saber se o conjunto dos poderes à disposição do Estado e dos Municípios são suficientes para lhes conferir, na aceção comunitária, um controlo análogo.

No que concerne às sociedades (de origem estadual e local) constituídas nos termos da lei comercial, apesar de serem pessoas coletivas de direito privado, são consideradas pela doutrina “*sociedades de regime especial*”, tendo em conta que a disciplina que as sustenta apresenta desvios em relação ao regime geral das sociedades comerciais⁹⁷. Face às particularidades a que estão sujeitas estas sociedades públicas por confronto com o regime geral do CSC, a doutrina tem vindo a anunciar a existência de “*direito societário administrativo*”⁹⁸.

Como já salientamos, o controlo análogo não é sinónimo da influência dominante, prevista no art.º9º do RJSPE e no art.º19º do RJAEL. Sendo algo mais intenso que deve traduzir um absoluto domínio sobre a autodeterminação da vontade da

⁹⁴Cf. Pedro Gonçalves,2012:138, o qual acrescenta que “*todos estes se revelam mecanismos ao serviço da orientação das empresas locais pelas entidades públicas participantes*”.

⁹⁵Idem Ibidem:138.

⁹⁶Cf. Pedro Gonçalves, 2012:95.

⁹⁷Cf. Pedro Gonçalves,2012:95;Diogo Campos,2010:321 e 322.

⁹⁸Para Pedro Gonçalves,2012:137, esta linha doutrinal pretende que a legislação das empresas do setor público preveja e atribua às entidades públicas que as detêm poderes públicos externos, de ingerência, de influência e de controlo; Diogo Campos,2010: 322.

entidade do prestador do bem ou serviço⁹⁹. Por outro lado, não podemos deixar de admitir que o poder geral de supremacia e de orientação previsto no regime das empresas públicas/locais, se revela suficiente para concluir que, por via de regra, as entidades públicas exercem sobre as empresas comerciais de capitais exclusivamente públicos um controlo análogo ao que é exercido sobre os seus próprios serviços¹⁰⁰.

No que concerne às EPE's, em face do regime pretérito, a doutrina¹⁰¹ era unânime em afirmar que os poderes de superintendência e de tutela eram suficientes para afirmar a existência o controlo análogo, não obstante a exclusão desses poderes, há que considerar que às EPE's, é aplicável subsidiariamente o regime previsto para as empresas constituídas sob a forma comercial (art.º 54º), sendo que quanto a estas como já se afirmou o RJSPE, veio reforçar e estabelecer mecanismos específicos que permitem ao Estado orientar, influenciar e controlar as atividades levadas a cabo pelas empresas. Ainda a ter em consideração facto de ser aplicável às EPE's, o regime previsto para as sociedades comerciais¹⁰², designadamente, o artigo 503º do CSC (por sua vez aplicável ex vi do art. 491º do CSC). De facto, este poder de emitir instruções vinculantes é extremamente relevante na medida em que segundo DIOGO CAMPOS permitirá, *“cumprir, por esta via, no plano micro, as exigências que o TJUE tem vindo a impor para que se possa afirmar a existência de um controlo análogo.”*¹⁰³ Com efeito, entendemos que, via de regra, as entidades adjudicantes exercem sobre as EPE's um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços. Contudo, só uma análise casuística dos estatutos (ou de qualquer outro instrumento de regulamentação da sociedade), nos poderá assegurar que os objetivos estratégicos e as decisões importantes da entidade controlada são levados a cabo pela entidade adjudicante¹⁰⁴.

⁹⁹Cf. Durval Ferreira,2013:233.

¹⁰⁰Cf. Pedro Gonçalves,2012:102, refere que: *“ terá de se admitir que o poder geral de supremacia e de orientação que a LAEL confere às entidades públicas participantes se revela suficiente para concluir que uma empresa local (...) se encontra sob um controlo análogo ao que estas exercem sobre os seus próprios serviços.”*; Diogo Campos,2010:325.

¹⁰¹Cf. Alexandra Leitão,2007:21; Rui Medeiros,2008:14; Diogo Campos,2010:31 e ss; Durval Ferreira, 2013:235.

¹⁰²Cf. art. 14º do RJSPE.

¹⁰³Diogo Campos,2010:319. Para Vasco Mesquita,2010:146 é *“curial que a entidade adjudicante, de jure, tenha competência para emitir instruções vinculantes, que podem na prática corresponder à ideia intrínseca de controlo análogo”*.

¹⁰⁴Cf. Vasco Mesquita,2010:146.

2.4 Da inexistência de capital privado na entidade controlada: as PPP

O legislador português é omissivo quanto à questão da inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária¹⁰⁵. Esta opção, segundo alguma doutrina, “denota cautelas e reservas”¹⁰⁶, sendo considerada até de “intencional e bem fundada”¹⁰⁷. Todavia, não segue o entendimento perfilhado pela jurisprudência emanada pelo TJUE.

Neste contexto, o TJUE tem entendido, num percurso aparentemente irreversível, que a mera existência de participações privadas no capital da entidade adjudicatária obstam ao preenchimento do critério do controlo análogo¹⁰⁸.

Com efeito, desde o Ac. *Stadt Halle*, o TJUE tem uniformemente considerado que «a **participação**, ainda que **minoritária**, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante em causa, exclui de qualquer forma que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços».

Este princípio geral deve ser objeto de aplicação extensiva nas hipóteses em que uma sociedade, originariamente composta por capitais integralmente públicos, se transforma – posteriormente à adjudicação do contrato público – numa sociedade de capitais mistos¹⁰⁹. Por outro lado, tal princípio também deve cobrir as situações em que os estatutos da entidade adjudicatária prevêm a intenção de abrir, no futuro, o capital a uma sociedade do sector privado¹¹⁰. Pelo contrário, de acordo com o firmado no Ac. *Sea*

¹⁰⁵No direito comparado, verificamos que em Espanha, o art. 24º nº 6, § 1 Contratos del Sector Publico prevê *expressis verbis* que “*si trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá de ser titularidad pública*”; de igual modo a legislação Italiana determina que o controlo é exercido entre uma “*società a capitale interamente pubblico*”; já em França o art. 3º do Code des Marches Publics não menciona esta limitação; nem a legislação finlandesa, na Section 10 do Procurement Act.

¹⁰⁶Cf. Vasco Mesquita,2010:147.

¹⁰⁷Cf. Rui Medeiros,2008:14.

¹⁰⁸Cf. Rui Medeiros,2008:14, perspectiva a inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária, como requisito autónomo, destacando-o do requisito do controlo análogo. Diogo Campos,2010:326, considera que a existência de participação privada, para o TJUE, constitui uma presunção inilidível da inexistência de controlo análogo.

¹⁰⁹Assim foi decidido no Ac. *Molding*, no qual o Conselho Comunal da cidade de *Modling*, por deliberação da respetiva Assembleia, celebrou com a sociedade *Abfall*, cujo capital era integralmente detido por si, um contrato de gestão de resíduos, com caráter exclusivo e por tempo indeterminado. Porém, cerca de duas semanas após a celebração do contrato, a Assembleia Comunal decidiu ceder 49% do capital da *Abfall* a uma sociedade de direito privado, a *Saubermacher*. Embora perante, este caso o TJUE admita que “*por razões de segurança jurídica deve, em geral, averiguar-se se a entidade adjudicante estava obrigada a proceder a um anúncio de concurso público, à luz das condições que prevaleciam na data de atribuição do contrato*”, entende todavia que, as “*circunstâncias do caso requerem a consideração dos acontecimentos sobrevindos posteriormente*”.

¹¹⁰Cf. Ac. *ANAV*, nºs 30 e ss. Em concreto o TJUE entende que: “*se no período de duração do contrato em causa no processo principal o capital da AMTAB serviu for aberto a acionistas privados o efeito de*

Srl., a simples possibilidade teórica de uma entidade privada poder participar no capital da entidade adjudicatária, não põe em causa a existência da relação *in house* com a entidade adjudicante.¹¹¹

Por conseguinte, apesar do regime consagrado no CCP não exigir que a totalidade do capital deva ser detido exclusivamente por entidades públicas, é forçoso considerar que este entendimento comunitário tem de ser acolhido na ordem jurídica portuguesa¹¹².

A razão para tão drástico entendimento, estriba-se nas seguintes ordens de razão: em primeiro lugar, e como salienta o TJUE, «*a relação entre uma autoridade pública, que seja uma entidade adjudicante e os seus próprios serviços se rege por considerações e exigências específicas da prossecução do interesse público. Ao invés, o capital privado numa empresa obedece a considerações inerentes a interesses privados e prossegue objetivos de natureza diferente*»¹¹³. Em segundo lugar, porque a adjudicação direta de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objetivo da concorrência livre e não falseada e o princípio da igualdade de tratamento dos interessados, «*na medida em que (...) esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes*»¹¹⁴.

Assim, sempre que uma entidade adjudicante pretenda celebrar um contrato oneroso com uma sociedade, em cujo capital participam privados, devem “*ser aplicados os procedimentos de adjudicação de contratos públicos*”¹¹⁵.

Ora nesta sede, entendemos que a posição perfilhada pela jurisprudência é excessivamente abrangente por desconsiderar casos em que a existência de capitais

uma tal situação será o de adjudicar uma concessão de serviços públicos a uma empresa de economia mista sem abertura de concurso, o que colide com os objetivos prosseguidos pelo direito comunitário.”

¹¹¹Cf. Christopher Bovis,2012:257.

¹¹²Cf. Vasco Mesquita,2010:148.

¹¹³Bernardo Azevedo,2008:135, refere que em síntese o TJUE entende “*que a lógica egoísta do lucro subjacente ao interesse privado seria absolutamente inconciliável com a lógica altruísta da satisfação de necessidades coletivas subjacente ao interesse público, contaminando irreversivelmente a relação entre a entidade adjudicante e a sua entidade adjudicatária e não lhe permitindo, por isso, furtar-se ao confronto concorrencial.*”. Para Diogo Campos,2010:331 neste argumento, reside uma “*conceção ultrapassada sobre o capital privado e as formas de cooperação entre o sector público e privado e até sobre o desempenho de funções públicas por entidades privadas. A realidade de todos os dias demonstra que entidades privadas desempenham funções públicas, estando adstritas ao cumprimento de funções de interesse geral.*”.

¹¹⁴Cf. Ac. Stadt Halle nº50.

¹¹⁵Cf. Ac. Stadt Halle nº50.

públicos e privados numa mesma entidade deve ser considerado irrelevante para efeitos da verificação de uma relação *in house*¹¹⁶.

Assim, como refere alguma Doutrina, não podemos ignorar que podem sobrevir situações no quadro empresarial, emergentes da insignificância da participação privada¹¹⁷ ou da supremacia do interesse público da entidade adjudicante sobre a adjudicatária¹¹⁸, que levam a que as participações privadas não tenham a menor influência nos destinos da entidade adjudicatária, sujeita ao controlo da entidade adjudicante¹¹⁹.

Com efeito, uma leitura conforme ao CSC, demonstra que uma posição dos acionistas menor que 10 %, limita, claramente, o seu poder de influência sobre os destinos da sociedade controlada¹²⁰. Na verdade, mesmo em relação a participações privadas superiores a 10%, o que importa é que a entidade adjudicante exerça uma influência potencialmente determinante sobre as decisões importantes e os objetivos estratégicos da sociedade adjudicatária. Ora, na senda do propugnado pelo AG Léger, mesmo quando os privados detenham uma participação de 49 %, na entidade adjudicatária, o que importa é que a entidade adjudicante exerça um controlo efetivo sobre a gestão da entidade distinta, que lhe permita determinar, sem minorias de bloqueio, o âmbito e a forma da prossecução da sua atividade¹²¹.

Também a AG Stix-Hackl, propugna um entendimento mais flexível, considerando que o que interessa para a aferição do requisito do controlo análogo, «...*não é contexto legal nacional, mas a configuração concreta da situação, então, o volume da participação da entidade adjudicante ou, pelo contrário, do sócio minoritário privado também não podem ser por si só decisivos*»¹²².

Compreendemos a preocupação do TJUE de que a atribuição direta de um qualquer contrato público a uma empresa de economia mista, sem a prévia abertura de um procedimento pré-contratual, poria em causa o princípio da igualdade entre os

¹¹⁶Cf. Carlos Almeida,2009:78.

¹¹⁷Cf. Rui Medeiros,2008:15. O autor, neste contexto dá o exemplo do Ac. do Tribunal Constitucional (nº 24/98), o qual considerou que o facto de existir uma minoria (cerca de 2%) de capital detido por particulares na BRISA, não era impeditivo de a qualificar como uma empresa de capitais integralmente públicos.

¹¹⁸A este propósito, Pedro Gonçalves,2012:138, refere que o RJAEL configura “*mecanismos específicos para a afirmação da supremacia dessas entidades, ainda que através do interior da empresa.*”

¹¹⁹Cf. Vasco Mesquita,2009:150.

¹²⁰Cf. Rui de Medeiros,2008:15;Diogo Campos,2010:210.

¹²¹Cf. Conclusões apresentadas no Ac.*ARGE*.

¹²²Cf. Conclusões apresentadas no Ac. *Stadt Halle*.

operadores económicos privados.¹²³ No entanto, importa salientar que a Administração pode formar uma empresa de capitais públicos, associando-se a privados e, simultaneamente, atribuir a essa empresa um contrato público sem que a empresa privada auferia de qualquer vantagem, se a aquisição da participação privada tiver sido precedida de um procedimento pré-contratual¹²⁴. Neste caso, o princípio da concorrência é respeitado na altura da realização do concurso para a celebração do contrato de sociedade¹²⁵.

De facto, embora o contrato de sociedade não seja um dos contratos abrangidos no âmbito das diretivas, o CCP foi mais longe e contemplou-o entre aqueles cujas prestações estão submetidas à concorrência de mercado (art. 16º nº 2 f)), excepcionando-o nos casos em que o capital se destine a ser exclusivamente detido pelas entidades adjudicantes previstas no art. 2º nº 1 (art. 5º nº 4 d))¹²⁶.

Assim, os dois concursos não apresentam individualidade suficiente, pois como refere VASCO MESQUITA “*seria contraditório com os elementares princípios da lógica, razoabilidade e economia da atuação da Administração pública, os poderes públicos constituírem uma sociedade onde tivessem a maioria do capital e depois abrirem um concurso em que iriam apresentar-se na qualidade de concorrentes*”¹²⁷.

Neste contexto, de forma a evitar o recurso a um duplo procedimento, a Com. consagrou a possibilidade de o parceiro privado ser selecionado “*no âmbito de um procedimento transparente e concorrencial, cujo objeto será, por um lado, o contrato público ou a concessão a adjudicar à entidade de capital misto e, por outro, a contribuição operacional do parceiro privado para a execução dessas tarefas e/ou a sua contribuição administrativa para a gestão da entidade de capital misto*”¹²⁸.

No essencial, como refere BERNARDO AZEVEDO, «*tudo se resumiria, à equiparação substancial entre o concurso para a adjudicação do contrato e o concurso para a seleção do parceiro privado*»¹²⁹. Assim, embora a entidade adjudicante não exerça um controlo análogo, ela não precisa de submeter o contrato público a um

¹²³Cf. Bernardo Azevedo,2008:135.

¹²⁴Cf. Vasco Mesquita,2010:152.

¹²⁵ Idem Ibidem.

¹²⁶Cf. Rui Medeiros,2008:16; Vasco Mesquita:2010:152.

¹²⁷Vasco Mesquita,2009:152.

¹²⁸Cf. *Livro Verde da Com. sobre as PPP e Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões*, de 30.4.2004. E *Comunicação Interpretativa da Com. sobre a aplicação do direito comunitário às PPPI*, Comunicação nº 2008/C 91/02, de 12.4.2008.

¹²⁹Bernardo Azevedo,2008:137.

procedimento pré-contratual, uma vez que este já está “consumido” aquando da realização do procedimento para a celebração do contrato de sociedade¹³⁰.

3. Destinação do essencial da atividade

3.1 Os critérios de delimitação

A acrescer ao requisito do *controlo análogo*, a jurisprudência comunitária impõe que a entidade adjudicatária desenvolva o essencial da sua atividade em benefício direto ou por conta da entidade adjudicante. Este critério, definido no art.º5º n.º 2, b) do CCP, afigura-se essencial no processo de identificação de uma relação *in house* e o seu desiderato principal prende-se com a defesa da concorrência¹³¹, com a defesa dos operadores económicos aos quais não foram adjudicados diretamente contratos públicos. Este requisito é de verificação obrigatória, pois que “*uma empresa não fica necessariamente privada da respetiva liberdade de ação 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 atividade económica com outros operadores*”¹³². Na verdade, através dele pretende-se avaliar se existe uma *dependência económica-jurídica* em relação à entidade adjudicante, paralelamente à *dependência decisória* associada ao controlo análogo¹³³. Essencialmente, a entidade adjudicatária deve funcionar como um “*operador dedicado*” e empenhado (quase) exclusivamente a fornecer bens ou serviços à entidade que sobre ela exerce um controlo análogo¹³⁴. Deste modo, a entidade adjudicatária deve comportar-se como uma empresa

¹³⁰Cf. Vasco Mesquita,2010:154; Bernardo Azevedo,2008:138, salienta que tal solução “*viabiliza a respetiva preservação entre as formas jurídicas de direito privado de que se pode servir a Administração no cumprimento da sua missão de serviço público*”; Pedro Gonçalves,2007:187, acrescenta que para as sociedades de economia serem compatíveis com os pressupostos que enformam a dogmática *in house* “*impõe-se um esforço de conceção de modelos de colaboração público-privada em que: i) o parceiro privado seja selecionado no quadro de um procedimento concursal, com garantias adequadas de publicidade e imparcialidade; ii) o objeto contratual se ache rigorosamente determinado e a duração do contrato pré-estabelecida; iii) o parceiro público disponha de efetivos poderes de conformação da orientação estratégica e da gestão operacional da empresa; iv) a sua atividade se dirija fundamentalmente ao abastecimento da entidade pública adjudicante; v) a renovação do contrato seja aberta ao confronto concorrencial.*”

¹³¹Cf. Massimo Baldinato,2006:230; e Carlos Carvalho,2011:98.

¹³²Cf. Ac. *Carbotermo* n.º 61. Na prática a doutrina vem reconhecendo, que os dois requisitos *Teckal*, acabam por ser não só cumulativos, mas também (e sobretudo) correlativos, cf. Juan Garcia,2008:155;

¹³³Cf. Roberto Perin e Dario Casalini,2006:82.

¹³⁴Para a expressão assinala no texto, cf. E. Fátome e A. Ménéménis,2006:71 e 72.

incompleta, pois torna-se incapaz de definir, autonomamente, o que, o quanto e para quem produzir¹³⁵.

Não obstante estas diretrizes, a aplicação prática deste requisito não é isenta de dificuldades, porquanto o TJUE não exige a totalidade da atividade prestada e não determina o que deve entender-se por “o essencial da atividade”¹³⁶. Aliás, o TJUE para concretizar este critério, tem feito apelo a conceitos indeterminados, usando expressões como «quase exclusividade», «todas as prestações de serviços», «em grande parte», «substancialmente», «a maior parte», o que acaba por trazer alguma dose de incerteza e de insegurança jurídica na aplicação deste critério. A acrescer, o facto de o TJUE ter adotado uma interpretação tão exigente para o cumprimento do primeiro requisito, o que o impede de apreciar casuisticamente o segundo requisito¹³⁷. De facto, na prática decisória do TJUE, verifica-se que este segundo requisito tem assumido um relevo meramente secundário e complementar, pois só é apreciado quando tenha sido dado como provado o requisito do controlo análogo¹³⁸.

Além do mais, deve ter-se em conta que a correta interpretação deste requisito pressupõe que a entidade adjudicatária realize o essencial da sua atividade com a entidade adjudicante, não bastando que não realize o essencial da sua atividade com terceiros¹³⁹.

Só no Ac. *Carbotermo*, é que o TJUE se pronunciou, mais detalhadamente, sobre o requisito do “essencial da atividade”, afirmando que o mesmo estaria cumprido quando “*a atividade desta empresa é consagrada **principalmente** a esta autarquia, revestindo qualquer outra atividade apenas **carácter marginal**”*. De acordo com a jurisprudência firmada neste Ac., a entidade adjudicatária não está inibida de, a título subsidiário ou complementar, exercer outras atividades. Contudo, o essencial da sua atividade deve sempre focar-se (a título principal) na satisfação das necessidades da entidade adjudicante¹⁴⁰. De referir ainda que o carácter marginal¹⁴¹ de “outras

¹³⁵Cf. Bernardo Azevedo,2008:141 e 142, o qual entende que, a entidade adjudicatária na medida em que opere exclusivamente com vista a satisfazer o interesse económico da entidade adjudicante, se pode considerar como “*empresário não comprometido com qualquer mercado de bens e serviços*”.

¹³⁶Cf. Cláudia Viana,2007b:37.

¹³⁷Realçando estas dificuldades, João Almeida e Pedro Sánchez,2011:144.

¹³⁸Cf. Durval Ferreira,2013:186.

¹³⁹V. neste sentido, Diogo Campos,2010:344 e ss.

¹⁴⁰Nesta linha de entendimento, Bernardo Azevedo,2008:141.

¹⁴¹Alexandra Leitão,2007:12, a este propósito refere que “*a empresa pode realizar prestações para terceiros, mas isso tem de ter uma importância mínima no contexto geral da sua atividade e do seu volume de negócios*”.

atividades”, deve ser percebido num duplo sentido: “*marginal em relação às atividades dedicadas à entidade adjudicante e marginal no próprio mercado, ou seja sem capacidade de o distorcer pela sua diminuta relevância ou quota de mercado*”¹⁴². Por último a jurisprudência *Carbotermo* revelou-se ainda inovadora, ao afirmar que este critério, deve ser apreciado não só através de uma fórmula quantitativa, mas, que deve ser também conjugado com uma análise qualitativa¹⁴³.

Ainda antes de avançar, importa sublinhar que a jurisprudência comunitária tem entendido que a verificação deste requisito incide apenas sobre as atividades que a entidade realiza de forma efetiva¹⁴⁴. Este requisito não inclui as atividades que a mesma possa exercer em virtude de norma legal ou estatutária¹⁴⁵. Aliás, como sublinharam as AG’s Kokott e Stix-Hackl¹⁴⁶, caso se atendesse às atividades que nos, termos estatutários, a entidade adjudicatária pudesse levar a cabo, isso dificultaria o cumprimento e apreciação deste requisito, uma vez que as cláusulas estatutárias relativas ao objeto social são, cláusulas bastante amplas, onde se incluem as mais variadas e extensas possibilidades¹⁴⁷.

3.1.1 Critério Quantitativo

Em primeiro lugar, devemos salientar que o critério quantitativo se afere pelo volume de negócios da entidade adjudicatária, o qual deve refletir que todas as atividades não dedicadas à entidade adjudicante têm um carácter (puramente) marginal no respetivo exercício¹⁴⁸. Contudo, segundo a jurisprudência do TJUE não há uma expressão quantitativa exata, indicativa da medida da essencialidade, ao contrário do que tem sido propugnado por alguns autores¹⁴⁹, que ao fazerem uma aplicação analógica do art.º 23º nº 3, da Diretiva 2004/17/CE (correspondente ao art. 13º nº 3, do CCP), consideram estar verificado este requisito se a entidade adjudicatária exceder cerca de 80% da sua atividade em benefício da entidade adjudicante que a controla¹⁵⁰.

¹⁴²Cf. Diogo Campos, 2010:335.

¹⁴³Defendendo também a necessidade de ter uma visão quantitativa e qualitativa: Juan Garcia,2008:166; Roberto Perin e Dario Casalini,2010:12 Christopher H. Bovis,2012:258.

¹⁴⁴Cf. Carlos Carvalho,2011:99;Durval Ferreira,2013:190.

¹⁴⁵Assim Gonçalo Tavares e Nuno Dente, 2008:69.

¹⁴⁶Nas conclusões apresentadas aos Acs. *Parkin Brixen* e *Carbotermo*, respetivamente.

¹⁴⁷Assim, Juan Garcia,2008:160 e Gonçalo Tavares e Nuno Dente,2008:69.

¹⁴⁸Neste sentido, Jesús Garcia, 2007:232.

¹⁴⁹Por exemplo por Gonçalo Tavares e Nuno Dente,2008:70. Para Mário Oliveira e Rodrigo Oliveira,2011:152, este requisito está cumprido quando 90% do volume de negócios for realizado para a entidade adjudicante.

¹⁵⁰Nestes termos Rui Medeiros,2008:14.

Neste contexto, o TJUE, subscrevendo as conclusões da AG Stix-Hackl no âmbito do Ac. *Carbotermo*¹⁵¹, entende que a “*aplicação do limite quantitativo previsto na Diretiva 2004/17/CE consta de uma disposição excecional de uma diretiva apenas aplicável a determinados sectores e que portanto a valoração nela estabelecida destina-se somente àquela diretiva*”, e mais adiante refere que, embora na prática tal disposição possa ser aplicável fora dos sectores em causa, a mesma não consta da diretiva aplicável ao caso concreto¹⁵². Assim, o TJUE afirma a insusceptibilidade de aplicação analógica de uma norma sectorial, cujo âmbito de aplicação não pode ser transposto para o regime geral da contratação pública¹⁵³.

Outro ponto que foi sendo alvo de discussão na doutrina consubstancia-se em saber se, no caso da entidade adjudicatária ser detida conjuntamente por mais do que um ente adjudicante, o essencial da atividade tenha de ser realizado para a entidade adjudicante que exerce –*in casu*– o controlo análogo ou conjuntamente para todas aquelas¹⁵⁴. O TJUE, nos Acs. *Carbotermo* e *Tragsa*, esclareceu esta questão e determinou que quando são várias as entidades adjudicantes que controlam a entidade adjudicatária, o requisito do “essencial da atividade” estava verificado em relação a todas as entidades adjudicantes no seu conjunto¹⁵⁵. Ou seja, o TJUE, tem considerado que a atividade a ter em conta no caso de uma empresa controlada por várias entidades adjudicantes é a que a empresa realiza ao serviço do conjunto dessas entidades¹⁵⁶.

Em Portugal, o legislador acolheu esta posição do TJUE no art. 5º nº 2 b) do CCP. Pelo que quando são vários os entes adjudicantes que controlam a entidade adjudicatária, devemos computar o volume de negócios da atividade prestada em relação a todos eles¹⁵⁷. No fundo, a verificação do essencial da atividade, deve ser objeto de uma apreciação casuística, sendo difícil atribuir um *quantum* objetivo. Assim,

¹⁵¹Cf. nº89.

¹⁵²Cf. Ac. *Carbotermo*, nº 54 e 55.

¹⁵³Cf. João e Almeida e Pedro Sánchez,2011:147.

¹⁵⁴Cf. Vasco Mesquita, 2009:156; Durval Ferreira, 2013:200.

¹⁵⁵Cf. Vasco Mesquita,2010:156. No Ac.*Tragsa* o TJUE constatando que a entidade adjudicatária (Tragsa) realizava em média mais de 55% da sua atividade em prol das Comunidades Autónomas e cerca de 35 % a favor do Estado, considerou estar cumprido o segundo requisito *Teckal*, isto é, que aquela entidade desenvolvia o essencial da atividade para o conjunto das entidades que a detinham.

¹⁵⁶Cf. Durval Ferreira,2013:200. No Ac. *Coditel*, o TJUE, considera que a admissibilidade do controlo conjunto é coerente com a circunstância de o critério do essencial da atividade poder levar em consideração as atividades que a entidade realiza, para além da entidade adjudicante, com outras autoridades que nela participam.

¹⁵⁷Cf. Vasco Mesquita,2010:156 e Gonçalo Tavares e Nuno Dente,2008:71, os quais entendem que a posição firmada pelo TJUE, tem como resultado a ampliação do âmbito de aplicação da exceção *in house*.

o cumprimento deste critério deverá assegurar que a entidade adjudicatária desenvolve, de forma inegavelmente maioritária, a sua atividade para a entidade adjudicatária¹⁵⁸.

3.1.2 Critério Qualitativo

À dimensão quantitativa o TJUE acrescenta uma dimensão qualitativa.

Esta valoração qualitativa pretende dar resposta à questão de saber se a parte essencial da atividade da entidade adjudicatária abrange todos os sectores de atividade que são desenvolvidos pela entidade adjudicatária, ou só o segmento ou segmentos de atividade relevantes, que estão em causa no quadro das relações desenvolvidas com o ente adjudicante¹⁵⁹.

Nesta sede, tem-se entendido, que a entidade adjudicatária deve-se dedicar à entidade adjudicante em todos os sectores de atividade em que atue e independentemente de desenvolver ou não toda a sua atividade para com ela¹⁶⁰. Por conseguinte, esta dimensão qualitativa implica uma análise atividade a atividade e tem como escopo a defesa do efeito útil da exceção *in house*, ao impedir que uma determinada entidade adjudicatária possa desenvolver certos segmentos de atividade no mercado e, paralelamente, ser adjudicatária direta de contratos noutras atividades¹⁶¹.

De referir, ainda que a entidade adjudicatária deve realizar o essencial da sua atividade dentro do raio de ação geográfico em que a entidade adjudicante exerça as suas competências, assegurando que a parcela mais importante da atividade produzida pela entidade adjudicatária esteja assegurada em todos os mercados em que a entidade possa atuar¹⁶².

Com o intuito de densificar este critério, o AG Geelhoed no Ac. *Tragsa*¹⁶³, adiantou um sub-critério, através do qual se pretendia evitar o financiamento cruzado de atividades, e se imporia, por imperativo das regras e princípios decorrentes do TFUE,

¹⁵⁸Cf. Luca Perfetti, 2006:442.

¹⁵⁹Nestes termos, Vasco Xavier Mesquita, 2010: 157.

¹⁶⁰ Neste contexto, Diogo Campos, 2010:345, dá o seguinte exemplo, “*se o contrato a adjudicar se referir à captação de águas, não basta que neste sector de atividade a entidade distinta exerça o essencial da sua atividade com a entidade que a detém; impor-se-á, também que em todas as outras atividades (recolha de resíduos) a entidade distinta exerça o essencial da sua atividade com aquela entidade adjudicante.*”

¹⁶¹Cf. Diogo Campos, 2010:346.

¹⁶²Nestes termos, Vasco Xavier Mesquita, 2010:157.

¹⁶³Cf. Nomeadamente os n.ºs 66 a 70, 111 e 116, das conclusões.

que a entidade adjudicatária discriminasse contabilística e financeiramente as operações realizadas em mercado aberto e mercado fechado¹⁶⁴.

Pela nossa parte, entendemos que este sub-critério, deveria ser exigido a todas as entidades adjudicatárias que se encontrem numa relação *in house*, atento o princípio da transparência e a defesa da concorrência¹⁶⁵.

IV. As propostas de revisão das Diretivas sobre contratação pública e as perspectivas de evolução na dogmática da *in house*

As propostas de revisão das diretivas do PE e do Conselho¹⁶⁶, dadas a conhecer em Dezembro de 2011, realçam o papel fundamental da contratação pública para a concretização de uma ambiciosa estratégia económica para a UE (a denominada “*Estratégia Europa 2020*”). Esta estratégia tem como objetivo o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo; e também serve de base da Comunicação da Comissão de 13 de Abril de 2011 sobre o “*Ato para o mercado único: 12 alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança dos cidadãos*”¹⁶⁷.

A contratação *in house* surge no âmbito da proposta de diretiva relativa aos contratos públicos, nomeadamente, no art.º11º sob a epígrafe “*relações entre autoridades adjudicantes*”.¹⁶⁸

Em primeiro lugar, de referir que a matéria da cooperação no interior do sector público (dentro da qual se inclui a contratação *in house*) surge, em grande destaque, no âmbito do processo de revisão da diretiva. De acordo com a Com., ainda existem muitas dúvidas em que medida a cooperação entre autoridades públicas deve estar sujeita às

¹⁶⁴Cf. Diogo Campos,2010:346.

¹⁶⁵Cf. Vasco Mesquita,2010:158.

¹⁶⁶Tratam-se das propostas COM (2011) 895 e COM (2011) 896. De ora em diante, apenas nos referiremos à segunda proposta de dir.. Importa sublinhar que se tratam ainda de propostas, pelo que as soluções nelas contidas podem vir a ser alteradas ainda no âmbito do procedimento legislativo europeu. Além disso, estarão sujeitas à margem de concretização concedida ao legislador nacional no âmbito da transposição para o direito interno (o objetivo é que a transposição pelos EM seja feita até 30 de Junho de 2014).

¹⁶⁷Cf. Pedro Pereira e João Franco, 2012:145 e 146.

¹⁶⁸Contudo, o PE, no seu *Relatório sobre a proposta de dir. do PE e do Conselho relativa aos contratos públicos*, COM (2011) 0896/2012-2011/0438(COD), de 11/01/2013, propõe que a epígrafe seja “cooperação entre autoridades públicas”.

regras de adjudicação de contratos públicos¹⁶⁹. Daí que, e a pretexto da revisão das diretivas, tenha surgido a oportunidade ideal para consolidar e concretizar a jurisprudência do TJUE numa matéria de importância capital.

Para o efeito, a Com. publicou, um documento sobre a aplicação do direito da contratação pública nas relações entre autoridades adjudicantes¹⁷⁰. Neste documento, este órgão esclarece que as formas de cooperação entre entidades adjudicantes podem estar fora do âmbito de aplicação das regras da contratação pública¹⁷¹. Por outro lado, a contratação *in house* surge como uma estrutura de cooperação vertical, na medida envolve a criação de uma nova entidade encarregada da execução de uma tarefa pública¹⁷².

A proposta de diretiva relativa aos contratos públicos concretiza em dois números a contratação *in house* individual e a coletiva, opção que se aplaude na medida em que se opta por clarificar as condições a que fica sujeita o controlo análogo coletivo.

Relativamente ao requisito do controlo análogo, este é definido e densificado nos mesmos moldes que a jurisprudência do TJUE já vinha definindo. Já quanto ao segundo requisito, o seu conteúdo vai em sentido dissonante ao da jurisprudência comunitária, pois fixa um limite quantitativo a partir do qual se considera cumprido este requisito, nas suas palavras este requisito está por verificado quando pelo menos 90%

¹⁶⁹A necessidade de clarificar esta matéria, foi salientada no relatório do PE, sobre os *Novos desenvolvimentos na adjudicação de contratos públicos*, de 18.5.2010, e ainda no *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa* (COM (2011) 15 final, 27.1.2011, onde no ponto 2.3 se refere que “a evolução da jurisprudência do TJUE deu origem a um retrato complexo das exceções possíveis no caso de cooperação público-público, e a experiência mostrou que as entidades adjudicantes nem sempre têm uma visão clara quanto à questão de saber se, e em que condições, as suas relações são abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da EU em matéria de contratos públicos.”

¹⁷⁰Falamos do DTS da Com. SEC (2011) 1169 final, de 4.10.2011, relativo à *aplicação da regulamentação da EU em matéria de contratos públicos às relações entre entidades adjudicantes*. A Com. começa por frisar neste documento, a regra de que os contratos públicos entre entidades adjudicantes continuam sujeitos aos procedimentos pré-contratuais, todavia reconhece a possibilidade de se estabelecerem estruturas de cooperação mútua entre entidades adjudicantes.

¹⁷¹Neste documento, a Com. veio esclarecer que há outra forma de cooperação que pode não ser abrangida pelo âmbito de aplicação das regras da UE em matéria de contratos públicos, a cooperação horizontal institucionalizada, que se caracteriza pelo facto de não existir uma terceira entidade sobre a qual as entidades adjudicantes exercem controlo conjunto, mas sim uma execução conjunta de uma tarefa que é comum às entidades adjudicantes, visando unicamente a prossecução de um interesse público. Esta forma de cooperação, foi admitida pela primeira vez no Ac. *Hamburg*, em que o TJUE sublinhou que a legislação da UE, não exige às entidades adjudicantes que recorram a uma forma jurídica especial para assegurar conjuntamente as suas tarefas de serviço público. Este Ac. foi comentado entre nós por Alexandra Leitão, 2011:111 e ss.

¹⁷²Cf. DTS da Com., p.6. As características essenciais destas formas de cooperação são, de acordo com a Com., a) a utilização de recursos próprios das entidades adjudicantes, b) participação exclusiva de entidades adjudicantes, c) ausência de uma “atividade de mercado” das entidades adjudicantes.

das atividades da pessoa coletiva em causa são realizadas para a autoridade adjudicante que a controla ou para as pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante¹⁷³. Há autores¹⁷⁴ que entendem que esta opção traz segurança jurídica, na medida em que faz depender a avaliação deste requisito de um critério objetivo e quantitativo, contudo não concordamos com esta opção pois ainda que entendamos que a certeza deste limite torna mais fácil a apreciação de um caso concreto. No entanto, esta opção pode levar o intérprete a desconsiderar um sem número de elementos quantitativos que poderiam indiciar uma efetiva dependência económica. Ou seja, poderíamos ter um volume de negócios inferior a 90%, mas existir na realidade, um controlo análogo exercido pela entidade adjudicante sobre a entidade adjudicatária, que a reduz a um mero prolongamento administrativo.¹⁷⁵ Com efeito, pensamos que este critério não deve depender de um critério quantitativo, mas antes deve ser complementado com um critério qualitativo. Aliás, esta tem sido a posição consistentemente sufragada pelo TJUE.

No que concerne à participação de privados no capital da entidade adjudicatária, a Com. na esteira do que tem vindo a ser defendido pelo TJUE, exige como terceiro requisito para que se possa verificar uma relação *in house*, a inexistência de capital privado na pessoa coletiva controlada. Contudo, esperemos que esta opção não seja a definitiva, atenta a posição em primeira leitura do PE¹⁷⁶, na medida em que apesar de estabelecer que não deve existir nenhuma participação privada na pessoa coletiva controlada, acrescenta “*com exceção das formas de participação privada sem controlo ou impostas por lei, nos termos do Tratado, e que não exercem qualquer influência sobre as decisões das autoridades adjudicantes*”.

Assim, se a Com. alterar o conteúdo da proposta de dir. neste sentido, assiste-se a uma grande evolução, contudo contraria-se a posição irreversível e constantemente afirmada pelo TJUE, daí que só nos resta esperar que o TJUE também inverta a sua posição, tendo em conta como já oportunamente nos referimos, que podem surgir situações no quadro empresarial que levam a considerar que as participações privadas

¹⁷³O PE, no relatório sobre a proposta de dir. da Com., propõe também, que este requisito dependa unicamente de um critério quantitativo, o qual fixa em 80% do volume de negócios total médio

¹⁷⁴ Entre nós Gonçalo Tavares e Nuno Dente, na doutrina estrangeira e já face á proposta de nova dir., Janice Wigen, 2012:3.

¹⁷⁵Cf. Durval Ferreira, 2013: 197 e 206.

¹⁷⁶Cf. *Relatório sobre a proposta de dir. do PE e do Conselho relativa aos contratos públicos*, COM(2011)0896/2012-2011/0438(COD), de 11.01.2013, propõe que a epígrafe seja “cooperação entre autoridades públicas”

não tenham a menor relevância nos destinos da entidade adjudicatária. Por conseguinte, se a entidade adjudicante conseguir exercer um controlo análogo sobre a gestão da entidade distinta (ainda que participada por entes privados), que lhe permita determinar o âmbito e a forma da prossecução da sua atividade, não se vê nenhuma razão para que se obste à participação de privados no capital da entidade adjudicatária.

O nº 2 do art. 11º, consagra inovatoriamente, a contratação *in house* invertida, contratação já defendida entre nós por MÁRIO OLIVEIRA e RODRIGO OLIVEIRA¹⁷⁷ e mais recentemente por DURVAL FERREIRA¹⁷⁸. Neste tipo de contratação há uma inversão de papéis, na medida que a entidade adjudicatária será a entidade dominante e a entidade adjudicante será a entidade dominada¹⁷⁹.

Apesar de o TJUE, ainda não se ter debruçado sobre este tipo de contratação, consideramos que, e apesar do pressuposto do controlo análogo não estar preenchido, este tipo de contratação é compatível com o princípio da concorrência se a relação que se vier a estabelecer “*se mantiver dentro do âmbito da própria Administração, não extravasando os seus contornos económicos e operacionais*”¹⁸⁰. Neste caso, a “*relação em causa não passará de uma simples projeção ou redistribuição de incumbências públicas, desprovida de qualquer impacto relevante ao nível das exigências de concurso-para todos os efeitos não houve alienação material, mas apenas operacional*”¹⁸¹. Além disso, como realça a Com. no DTS, na adjudicação da «base para o topo», a lógica da contratação *in house* deve estar presente, ou seja, a coincidência de interesses entre as duas entidades deve ser um elemento fundamental a ter em consideração¹⁸². Importa ainda garantir neste tipo de contratação que o essencial da

¹⁷⁷Cf. Mário Oliveira e Rodrigo Oliveira, 2011:148 e 149.

¹⁷⁸Cf. Durval Ferreira, 2013: 227 e 228.

¹⁷⁹Cf. Durval Ferreira, 2013: 227 e 228. Na redação da proposta de diretiva, existe a contratação *in house* invertida quando, “*uma entidade controlada que é uma entidade adjudicante, adjudica um contrato à entidade que a controla, desde que não haja participação privada na pessoa coletiva à qual o contrato é adjudicado*”.

¹⁸⁰Mário Oliveira e Rodrigo Oliveira, 2011:148.

¹⁸¹Mário Oliveira e Rodrigo Oliveira, 2011:148. Estes autores concretizam ainda que se deve atender “*à verdadeira natureza material das relações analisadas, sendo uma e a mesma coisa então que a equação entidade/adquirente/entidade prestadora corresponda à equação entidade dominante/entidade dominada ou seja a sua inversa, pois em ambos os casos estamos perante uma relação marcada pelos mesmos fundamentos e finalidades- a saber, a liberdade de auto-organização dos poderes públicos, em conformidade com a prossecução dos seus fins*”.

¹⁸²Cf. DTS da Com., p. 14.

atividade da entidade dominante se desenvolva em benefício da entidade dominada que, nesta hipótese, funcionará como entidade adjudicante adquirente¹⁸³.

No nº 2 do art.º 11º está patente ainda outra inovação, os contratos entre irmãs, (contratos entre duas entidades controladas pela empresa mãe). Nestas hipóteses, nenhuma das entidades controla a outra, mas ambas são controladas pela mesma entidade adjudicante (a sociedade-mãe). Relativamente a este tipo de contratos a jurisprudência não parece isentar os contratos públicos normais entre essas entidades do âmbito de aplicação das regras da contratação pública, porque nenhuma delas controla a outra. Contudo, segundo a Com. poderia respeitar-se a jurisprudência sobre a contratação *in house*, se, por hipótese, “*uma autoridade adjudicante proprietária de duas entidades internas sobre as quais exerce o controlo encomendar determinados bens provenientes de uma das suas empresas internas, encaminhando a entrega para a outra*”. Relativamente a este tipo de contratação, pensamos que esta será admissível se a entidade adjudicante (mãe) exercer um controlo efetivo sobre ambas e se a produção/atividade das entidades dominadas (filhas) se desenvolver essencialmente em benefício da entidade dominante.

No nº 3 do art.º 11º, a Com. concretiza a jurisprudência sobre a contratação *in house* conjunta, consolidando os aspetos mais recentes da jurisprudência nesta matéria. Assim, considera-se que as autoridades adjudicantes controlam conjuntamente uma pessoa coletiva quando, cumulativamente, **(a)** os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes; **(b)** essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influencia decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada; **(c)** a pessoa coletiva controlada não persegue quaisquer interesses distintos dos interesses das autoridades públicas que lhe estão associadas; **(d)** a pessoa coletiva controlada não obtém quaisquer ganhos para além do reembolso dos custos efetivos dos contratos públicos celebrados com as autoridades adjudicantes.

O regime da contratação *in house*, até aqui definido através de dois conceitos jurídicos indeterminados, caminha para um regime mais fixo e determinado que compila a jurisprudência do TJUE sobre esta matéria. Com efeito, este novo regime vem trazer ao intérprete a segurança jurídica pretendida numa matéria não regulada nos

¹⁸³Cf. Durval Ferreira, 2013:228.

textos legais. Todavia com esta opção o legislador comunitário reduz a flexibilidade na interpretação dos critérios.

V. CONCLUSÃO

Depois desta breve incursão pela análise da dogmática *in house*, estamos em condições de formular, as seguintes conclusões:

1. O Direito Comunitário, não impede que a Administração através dos seus próprios serviços proceda à produção de bens e serviços de que necessita, sem que para o efeito tenha de submeter um contrato à concorrência.
2. Apesar de não constar da dir. de transposição, a exceção *in house* foi consagrada no art.º 5º nº 2 do CCP, estabelecendo que a parte II do CCP, não é aplicável desde que a entidade adjudicante exerça sobre a atividade da entidade adjudicatária um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços* e que esta última *desenvolva o essencial da sua atividade* em benefício da ou das entidades adjudicantes que sobre ela exercem o controlo análogo.
3. Ao longo dos últimos anos a jurisprudência do TJUE tem vindo a densificar os requisitos *in house*, que devem ser avaliados sob uma perspetiva cumulativa e permanente.
4. O primeiro requisito, é mais exigente que um controlo tipicamente societário, no entanto menos intenso que um controlo hierárquico. Para o TJUE, essencial é que a entidade adjudicante exerça uma influência determinante sobre os objetivos estratégicos e as decisões importantes da entidade controlada.
5. Seguindo a jurisprudência do TJUE, o CCP admite que o controlo análogo pode ser exercido individualmente (por uma entidade adjudicante) ou em conjunto (por várias entidades adjudicantes).
6. Face ao RJSPE e ao RJAEL, podemos afirmar que as entidades adjudicantes, por via de regra, exercem quer sobre as EPE's, quer sobre as sociedades públicas constituídas sob a forma comercial, um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços.
7. Para além de sociedades de regime especial, a análise do seu regime jurídico evidencia um conjunto de poderes atribuídos às entidades adjudicantes, que extravasam a normal função acionista. Ou seja, Em Portugal, há um *direito societário administrativo*, o qual confere às entidades públicas, um poder de influência determinante sobre as sociedades por si constituídas.

8. O TJUE tem entendido, num percurso irreversível, que a mera existência de participações privadas no capital da entidade adjudicatária obstam ao preenchimento do critério do controlo análogo. O legislador português não consagra este entendimento, contudo deve ser feita uma interpretação conforme desta norma com o Direito Comunitário fixado na jurisprudência do TJUE.
9. No CCP, esta questão assume escassa relevância, na medida em que a abertura do capital a uma entidade privada terá de ser precedida de procedimento pré-contratual. Pois o CCP, integrou o contrato de sociedade entre aqueles cujas prestações estão submetidas à concorrência do mercado (art. 16º nº 2 f)). Desta forma evita-se o duplo procedimento, não tendo a entidade adjudicante de acionar um novo procedimento pré-contratual.
10. O segundo requisito, deve ser apreciado não só através de um critério quantitativo mas também qualitativo. O critério quantitativo afere-se pelo volume de negócios da entidade adjudicatária, o qual deve traduzir que todas as atividades não dedicadas à entidade adjudicante têm um caráter (puramente) marginal no respetivo exercício, não havendo contudo uma expressão quantitativa exata.
11. Por outro lado, o critério qualitativo deve refletir que a entidade adjudicatária se dedica à entidade adjudicante em todos os setores de atividade em que esta atue e independente de desenvolver ou não toda a sua atividade para com ela.
12. A contratação *in house*, surge na Proposta de Dir. do PE e do Conselho relativa aos contratos públicos, definida em termos mais precisos e fixos, o que traz a segurança jurídica pretendida numa matéria em constante evolução, todavia reduz-se a flexibilidade na interpretação dos critérios.
13. Não obstante, deveremos dizer que se trata de uma proposta, pelo que as soluções nela contida podem vir a ser alteradas ainda no âmbito do procedimento legislativo europeu.
14. No que concerne ao primeiro requisito, o legislador comunitário, reitera o entendimento do TJUE, ao considerar expressamente que existe controlo análogo quando a entidade adjudicante exercer uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada.
15. Relativamente ao segundo requisito, o legislador comunitário, em sentido dissonante ao da jurisprudência do TJUE, fixa um limite quantitativo a partir do

- qual se considera preenchido este requisito. Não concordamos com a rigidez desta solução na medida em que se poderão desconsiderar aspetos qualitativos que indiciam uma efetiva dependência económica.
16. Paralelamente exige-se como terceiro requisito, a inexistência de participações privadas na pessoa coletiva controlada, na senda do que tem vindo a ser defendido pelo TJUE. Contudo, atenta a posição do PE em primeira leitura, certas formas de participação privada podem ser admitidas, nomeadamente aquelas que não exerçam qualquer influência sobre as decisões das entidades adjudicantes.
 17. A contratação *in house* conjunta, mereceu consagração autónoma por parte do legislador comunitário, o qual estabeleceu uma série de requisitos cumulativos para a aferição do controlo análogo conjunto.
 18. A proposta de dir. consagra ainda inovatoriamente contratação *in house* invertida, ao admitir que uma entidade controlada, que seja uma autoridade adjudicante, pode adjudicar um contrato à entidade que a controla, desde que não haja participação privada na pessoa coletiva à qual o contrato é adjudicado.
 19. Por outro lado, admite-se também a contratação *in house* entre irmãs, nestes casos nenhuma das entidades controla a outra, mas ambas devem ser controladas pela sociedade-mãe.
 20. Atenta a redação da contratação *in house* na referida Proposta, resta saber qual o caminho que encetarão quer a letra da dir. (definitiva), quer o TJUE.

VI. ANEXOS

Jurisprudência citada do TJUE ¹⁸⁴

- Ac. Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (**ANAV**) c. Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA de 6.04.2006 (Proc. C-410/04);
- Ac. **ARGE** Gewdsserschutz c. Bundesministerium fur Land- und Forstwirtschaft, de 7.12.2000 (Proc.C-410/04);
- Ac. Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (**Tragsa**) e Administración del Estado, de 19.04.2007 (Proc.C-295/05);
- Ac. Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden e **BFI Holding** BV, 10.11.1998 (Proc. C-360/96);
- Ac. **Coditel Brabant** c. Commune d' Uccle e Région de BruxellesCapitale, de 13.11.2008 (Proc.C-324/07);
- Ac. **Comissão** das Comunidades Europeias c. **República Italiana**, de 17.07.2008 (Proc. C-371/05);
- Ac. Comissão das Comunidades Europeias c. República Federal da Alemanha (**Hamburgo**), de 9.06.2009 (Proc.C-480/06);
- Ac. Comissão c. República da Áustria (**Molding**), de 10.11.2005 (Proc. C-29/04);
- Ac. Coname Consorzio Aziende Metano (**Coname**) c. Comune di Cingia de' Botti, de 21.07.2005 (Proc. C-231/03);
- Ac. **Carbotermo** SpA, Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA, de 11.05.2000 (Proc. C-340/04);
- Ac. **Econard Spa** c. Comune di Cagno (Proc. C-182/11) e c. Comune di Solbiate (Proc. C-183/11), de 29.11.2012;
- Ac. **Parking Brixen** GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadwerk Brixen AG, de 13.10.2005 (Proc. C-458/03);
- Ac. **RLSAN**. Srl c. Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA e Ischia Ambiente SpA, de 9.09.1999 (Proc.C-108/98);
- Ac. **Sea Srl** c. Comune di Ponte Nossa, de 10.09.2009 (Proc. C-573/07);

¹⁸⁴Todos os acórdãos (e conclusões) citados podem ser consultados em www.curia.europa.eu.

- Ac. **Stadt Halle**, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, de 11.01.2005 (Proc. C-26/03);
- Ac. **Teckal Srl**, Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, de 18.11.1999 (Proc. C-107/98);

VII. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3ª edição, Coimbra, 2006.

ALMEIDA, Carlos Vaz de, *Das relações in-house no Âmbito do regime da Contratação Pública*, in Actualidade Jurídica Uría Menéndez, nº 23, 2009.

ALMEIDA, João Amaral e, e Pedro Fernandez Sánchez, *Contratação in house: o critério para a determinação da parte essencial da atividade de uma entidade sujeita a um controlo análogo*, Temas de Contratação Pública, Coimbra Editora, Julho, 2011.

ANTUNES, José A. Engrácia, *Os grupos de sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª Edição, Almedina, 2002.

BALDINATO, Massimo, *Notta alla sentenza Parking Brixen: La corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2006.

BOVIS, Christopher, *Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions*, Common Market Law Review, nº49, 2012.

CABRAL, Margarida Olazaval, *Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 64, 2007.

CÂMARA, Paulo, *O governo das Sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Código das Sociedades Comerciais e governo de Sociedades, 2008.

CAMPOS, Diogo Duarte de, *A escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público Privadas, A adjudicação em Particular*, Coimbra Editora, 2010.

CARVALHO, Carlos Luís Medeiros de, *Breves Notas a Propósito das Relações In House no âmbito do Regime da Contratação Pública*, Revista de Contratos Públicos, nº 1, Janeiro/Abril, 2011.

ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um Olhar Português*, Almedina, 2006.

FATÔME, Etienne e Alain Ménéménis, *Concurrence et liberte d'organisation dès personnes publiques: éléments d'analyse*, Actualité Juridique Droit Administratif, 2006.

FERNANDES, Joana Catarina Ferreira, *A relação contratual in house: o caso particular da relação entre os municípios e as empresas municipais*, Direito Regional e Local, nº 13, Janeiro/Março, 2011.

FERREIRA, Durval Tiago, *A contratação in house – análise e sistematização do regime jurídico à luz da jurisprudência europeia e nacional*, Almedina, 2013.

FONSECA, Margarida Rosado e Luís do Nascimento Ferreira, *O procedimento de controlo das concentrações de empresas em Portugal*, Coleção MLGTS, Almedina, 2009.

GARCIA, Jesus Gonzáles, *Medios próprios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento de la normativa comunitária de contratación (comentário a la sentencia del Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007: cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto Asemfo c. Tragsa y Administración General del Estado*, Revista de Administración Pública, 2007.

GARCIA, Juan José Pernas, *Las Operaciones in housey el Derecho Comunitário de Contratos Públicos*, Iustel, 2008.

GARCIA, Juan José Pernas, La exigência de control analogo en las encomiendas a médios propios, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 311, Setembro/Dezembro, 2009.

GIORELLO, Marco, *Gestion in house, entreprises publiques et marchés interieur et des services d'intérêt économique general*, Revue du Droit de L' Union Européene, nº 1, 2006.

GONÇALVES, Pedro, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina 2007.

GONÇALVES, Pedro, *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Almedina, 2012.

KAARRESALO, Toni, *Procuring the impacto f the EC Procurement Regime*, Public Procurement Law Review, nº 17, 2008.

LEITÃO, Alexandra, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações in house*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 65, Setembro/Outubro, 2007.

LEITÃO, Alexandra, *Contratos entre Entidades Adjudicantes*, Revista de Contratos Públicos, nº 2, Maio/Agosto, 2011.

LIZARRAGA, José António Razquin, *Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos en Navarra: contraste com el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal*, Revista Jurídica de Navarra, nº 47, Janeiro/Junho, 2009.

MACIEIRINHA, Tiago, *De Teckal a Coditel Brabant: Evolução da Jurisprudência Comunitária Sobre o Conceito de Controlo Análogo*, Revista O Direito, Ano 141º, 2009.

MEDEIROS, Rui, *O Âmbito do Novo Regime da Contratação pública à luz do princípio da Concorrência*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 69, Maio/Junho, 2008.

MALLOL, José Ortiz, *La Relación de dependência de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas*, Revista de Administración Pública, nº 163, Janeiro/Abril, 2004.

MESQUITA, Maria José Rangel, *In House – Desenvolvimentos recentes da Jurisprudência do TJC*, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos, Almedina, 2007.

MESQUITA, Vasco Xavier da Gama Lobo Ribeiro de, *Para a compreensão dos critérios delimitadores das relações in house no novo Código dos Contratos Públicos: contributo da jurisprudência do TJUE e a assunção das relações in house no sector das águas em Portugal*, Revista de Direito Público, nº 4, Almedina, Julho/Dezembro, 2010.

MUELA, Belén Noguera de la, *Los encargos in house en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitária*, Revista de Administración Pública, nº 182, Maio/Agosto, 2010.

NEVES, Ana Fernanda, *Os princípios da Contratação Pública*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Mário e Rodrigo Esteves, *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Maio, 2011.

ROLIN, Frédéric, *Les étrangères dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, Actualité Juridique Droit Administratif, 2005.

PEREIRA, Pedro Matias e João Soares Franco, *A Adjudicação de Contratos Públicos em Contexto de Crise*, Revista de Contratos Públicos, nº 5, Maio/Agosto, 2012.

PERFFETI, Luca R., *L’Affidamento Diretto di Servizi Pubblici Locali a Società Partecipate dai Comune tra Amministrazione Indirecta e Privilegi extra legem*, Il Foro Amministrativo, 2004.

PERIN, Roberto e Dario Casalini, *L’in house providing: un’impresa dimezzata*, Diritto Amministrativo, I, 2006.

PERIN, Roberto e Dario Casalini, *Control over in-house providing organisations*, Public Procurement Law Review, nº 5, 2009.

PERIN, Roberto e Dario Casalini, *Organization V Maerket in Purchasing Arrangements Among Public entities: The European Perspective*, disponível em <http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/10LegalIssue%20inPublicProcurement/Paper10-6.pdf>.

SCOTTI, Elisa, *Organizzazioni Pubblica e Mercato. Società Miste, In house Providing e Partenariato Pubblico Privato*, Diritto Amministrativo, nº4, 2005.^a

SCOTTI, Elisa, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazione a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, Foro Amministrativo, 2005.b

TAVARES, Gonçalo Guerra, e Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos, Âmbito da sua aplicação*, Almedina, 2008.

VIANA, Cláudia, *Os princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007.^a

VIANA, Cláudia, *Contratos Públicos in House, em especial as relações contratuais entre Municípios e Empresas Municipais e Inter-Municipais*, Revista de Direito Regional e Local, nº 0, Outubro/Dezembro, 2007.b

VIANA, Cláudia, *A participação de entes públicos (e equiparados) como concorrentes em procedimentos de contratação pública*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 75, Maio/Junho, 2009.

URSI, Riccardo, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza económica tra outsourcing e in house providing*, Diritto Amministrativo, 2005.

WIGGEN, Janice, *Public procurement law and public-public co-operation: reduced flexibility but legal certainty ahead? The Commissions’s Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive*, Public Procurement Law Review, nº 5, 2012.

