

**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\***

*Vasco Xavier da Gama Lobo Ribeiro de Mesquita\*\**

**Introdução**

Em termos redutores, a doutrina das relações *in house* determina a admissibilidade da adjudicação *directa* de um *contrato* por parte da Administração, sem que o mesmo tenha de estar necessariamente submetido a qualquer tipo de procedimento pré-contratual, sempre que uma ou mais entidades adjudicantes exerçam sobre a entidade adjudicatária um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*, e esta última desenvolva o *essencial da sua actividade* em benefício da entidade ou entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo.

Este mecanismo, de natureza excepcional, matizado através do forte impulso concedido pela jurisprudência do TJUE, é fruto da redefinição do paradigma da organização da Administração *directa* e *indirecta*, que recorre cada vez mais a instrumentos típicos de direito privado para a satisfação das respectivas necessidades públicas.

---

\* Texto realizado em Junho de 2009, no âmbito do Mestrado em Direito Público e Internacional, com actualizações até Dezembro de 2009. O Autor agradece reconhecidamente os preciosos conselhos e comentários do Senhor Professor Doutor Mário Aroso de Almeida, dos Drs. Carlos Botelho Moniz, Joaquim Vieira Peres, Bernardo Azevedo, Diogo Duarte de Campos e Luís do Nascimento Ferreira.

\*\* Mestre em Direito Público e Internacional pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa e Advogado na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, RL. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade do Autor e não vinculam, de forma alguma, a Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, RL.

A consagração específica no Direito pátrio da doutrina *in house* no novo CCP vem acrescentar uma inegável segurança jurídica ao intérprete. Esse exercício, porém, não estará seguramente isento de dúvidas e incertezas, visto que avultam múltiplos instrumentos de auto-organização a que a Administração recorre para a prossecução das suas tarefas internas.

Neste contexto, à luz das legislações nacionais relativas ao SEE e ao SEL, não é linear saber até que ponto os órgãos do Estado e dos municípios podem desenvolver as suas actividades através de outras entidades como se dos seus próprios serviços se trate, sem recorrerem a qualquer tipo de expediente pré-contratual. A dependência de uma entidade face à Administração medir-se-á pela *influência determinante* que esta exerça sobre os objectivos estratégicos e sobre as decisões importantes da entidade controlada. Na prática, poderá ser difícil aferir de que modo esse controlo deva ser exercido, principalmente através de meios de controlo tipicamente societários, sabendo-se apenas que o *controlo* tenha que ser *análogo* ao controlo hierárquico que uma qualquer entidade pública exerce sobre os seus próprios serviços.

A celeuma prossegue na questão de saber se esse *controlo análogo* poderá alguma vez ser exercido através de parcerias público-privadas para satisfação de interesses públicos da Administração. A jurisprudência comunitária nega rotundamente que esta excepção possa ser aplicada perante a existência de qualquer participação privada, ainda que indirecta e minoritária. A questão pode perder a sua relevância a partir do momento em que o mesmo *partner* privado tiver sido escolhido no âmbito de um procedimento pré-contratual para a celebração do contrato de sociedade. Mas não ignoramos a hipótese de a participação minoritária do privado poder prosseguir fins de interesse público e a entidade adjudicante nem por isso deixar de exercer sobre a entidade adjudicatária um penetrante poder de *indirizzo*.

Já relativamente ao segundo requisito da doutrina *in house*, não é líquida a aferição da medida do *essencial da actividade*, que se destina, em substância, a saber se, mais do que dependente, o co-contratante também é um *operador dedicado* em relação à entidade adjudicante. Além de uma necessária avaliação objectiva do seu preenchimento (designadamente através de dados quantitativos) o vocábulo *essencial* deixa entrever que a sua determinação pode ser completada através de uma componente qualitativa que traduza que a parcela mais importante da sua actividade é realizada em benefício daquela ou daquelas entidades que exercem o *controlo análogo*.

Com outros contornos, a doutrina *in house* assume ainda uma relevância particular na contratação pública nos Sectores com Regime Especial, com regulamentação específica também no novo CCP. Com a progressiva liberalização de alguns mercados em “mão pública” e com a prossecução de certas tarefas públicas por entidades privadas, assiste-se à assunção de um novo modelo regulatório nestes sectores, em particular nos Sectores de Abastecimento de Águas e de Saneamento de Águas Residuais, em que o Estado e os municípios exercem directa ou indirectamente um controlo de tipo *in house* sobre as empresas gestoras dos sistemas multimunicipais e municipais integrados.

No presente texto intentaremos trazer a lume a problemática da doutrina *in house* a partir do baú de experiências do Direito Comunitário na última década, agora consagrada no CCP, e a sua compatibilização com os modos de actuação da Administração nas suas variadas vertentes, dentro do mercado, identificando as principais questões que esta matéria pode suscitar.

## 1. Fundamentos das relações *in house*

No desenvolvimento de actividades dotadas de relevância económica no contexto de um mercado concorrencial, a Administração deve, por via de regra, dirigir-se ao mercado sempre que esteja em causa a solicitação de bens ou de serviços a terceiros, estando obrigada a promover procedimentos pré-contratuais<sup>1</sup>.

As regras do Direito Europeu da contratação pública, em particular as directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004, apenas visam assegurar que as entidades adjudicantes dos diferentes Estados membros respeitam as exigências do princípio da igualdade e da não discriminação em razão da nacionalidade, da concorrência, publicidade e transparência (arts. 18.º, 49.º, 56.º e 106.º do TFUE), mesmo em relação aos contratos de valor inferior ao dos limiares de aplicação daquelas directivas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Para uma análise essencial dos procedimentos pré-contratuais, cf. M. CABRAL, *Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos*, CJA, n.º 64, 2007, pp. 15 ss.

<sup>2</sup> A primeira directiva é relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e a segunda regula a coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos

Todavia, este princípio geral não subsiste nas hipóteses em que a Administração opte por recorrer *discricionariamente* aos seus próprios serviços, em regime de auto-produção<sup>3</sup>. No exercício da liberdade de autónoma conformação da sua organização interna, o Direito Comunitário da contratação pública não obsta a que Administração proceda através dos seus próprios serviços à produção dos bens ou dos serviços para a satisfação das respectivas necessidades (e, por inerência, das necessidades dos cidadãos que “serve”), sem que para tanto se tenha de submeter um *contrato* à concorrência<sup>4</sup>. Com efeito, nestes casos poderão estar em causa simples criações instrumentais da Administração que, apesar de dotadas de personalidade jurídica própria,

---

contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Sem embargo, apesar de outros contratos não estarem abrangidos pelo âmbito de incidência das directivas, como são exemplo os contratos de concessão de serviços públicos, o TJUE a partir do Ac. *Têlaustria* (C-324/98) veio clarificar que os Estados membros deviam assegurar um procedimento pré-contratual que respeitasse os princípios gerais de direito comunitário originário, em particular o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, de forma a «garantir a favor de todos os potenciais concorrentes um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade nos processos de adjudicação» (n.º 62). Cf., entre outros, B. AYALA, *O método de escolha do co-contratante da administração nas concessões de serviços públicos*, CJA, n.º 26, 2001, pp. 3 ss. (pp. 16 ss.); B. AZEVEDO, *Contratação in-house; entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, 2008, pp. 115 ss. (pp. 116 ss.); M. ESTORNINHO, *Concessão de serviços públicos – que futuro?*, VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, DJ, UCE, 2005, pp. 21 ss. (pp. 29 ss.); P. GONÇALVES e L. MARTINS, *Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador*, Estudos de Regulação Pública, I, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2004, pp. 173 ss. (pp. 258 ss.); E. CADETE, *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, Principia, 2005, pp. 44 ss.; R. MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, in *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, 2004, pp. 155 ss. (pp. 164 ss.).

<sup>3</sup> Cf. B. AZEVEDO, *Contratação...*, cit., p. 120; R. PERIN e D. CASALINI, *Control over in-house providing organisations*, PPLR, n.º 5/2009, pp. 227 ss (pp. 229 ss.); R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, DA, 2005, pp. 179 ss. (pp. 208 ss.); E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, DA, IV, 2005, pp. 915 ss. (pp. 959 ss.).

<sup>4</sup> Cf. D. MCGOWAN, *A contract or not? A note on Asociación Profesional de Empresas de Reporte y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado (Case C-220/06)*, PPLR, n.º 5/2008, pp. NA204 ss.; R. PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, DA, I, 2006, pp. 51 ss. (p. 61).

no fundo não representam mais do que um prolongamento administrativo (*longa manus*) do ente público<sup>5</sup>.

Esta exceção das relações *in house* não deverá ser entendida como uma derrogação excepcional ao regime geral da contratação pública<sup>6</sup>, antes significa a não sujeição, *ipso facto*, a qualquer tipo de procedimento pré-contratual precisamente por se situar na esfera íntima da satisfação das necessidades próprias da Administração<sup>7</sup>.

Na realidade, o paradigma do Direito da contratação pública pressupõe uma relação contratual entre entidades juridicamente distintas e uma vontade autónoma de cada um dos contraentes, pelo que o caso da entrega de tarefas por uma entidade pública aos seus próprios *serviços internos* vem alterar esse quadro<sup>8</sup>. Precisamente, o fundamento legitimador da doutrina *in house* parece

---

<sup>5</sup> Cf. B. AZEVEDO, *Contratação...*, cit., p. 123; L. PERFETTI, *L' affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, DA, 2004, pp. 1161 ss. (p. 1170); F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, DA, n.º 3, 2008, pp. 578 ss. (p. 580); J. GONZÁLEZ GARCIA, *Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento de la normativa comunitaria de contratación (comentario 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*, RAE, 2007, pp. 217 ss. (pp. 219 ss.); C. VIANA, *A participação de entes públicos (e equiparados) como concorrentes em procedimentos de contratação pública*, CJA, n.º 75, 2009, pp. 35 ss. (p. 51).

<sup>6</sup> Não significa, por exemplo, uma adjudicação excepcional do contrato por ajuste directo, como sucede com o regime excepcional de contratação pública que foi introduzido pelo DL n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, que, entre outras coisas, veio, em derrogação ao regime geral, elevar por referência aos montantes previstos nas directivas comunitárias os limiares abaixo dos quais é admitida a adjudicação por ajuste directo de contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, aquisição ou locação de bens móveis e aquisição de serviços nos domínios da modernização do parque escolar e da melhoria da eficiência energética de edifícios públicos. Para uma análise crítica deste regime, cf. M. ALMEIDA, *Contratação Pública por ajuste directo: a solução para a crise?*, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 52, 2009, pp. 41 ss..

<sup>7</sup> F. ROJIN, *Les étrangères dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, Actualité Juridique Droit Administratif, 2005, pp. 898 ss. (pp. 900 ss.).

<sup>8</sup> Há quem considere até que as relações *in house* com empresas públicas deveriam ser tituladas por protocolos e não por contratos – Cf. C. PORRAS, *apud* A. LEITÃO, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações "in-house"*, CJA, n.º 65, 2007, pp. 12 ss. (pp. 14 ss.). Esta A., bem como a grande maioria da doutrina, pelo contrário, defende que os acordos entre a Administração e as empresas públicas assumem, por via de regra, natureza contratual.

residir, em grande medida, na inexistência de qualquer *dualidade subjectiva* naquelas situações, típica da configuração de qualquer *contrato*<sup>9</sup>. Apesar de, no plano jurídico formal, estarmos perante duas pessoas jurídicas distintas, existe um *levantamento* da personalidade jurídica da entidade adjudicatária, na medida em que prevalece uma única «*vontade própria e autónoma*»<sup>10</sup>, um «*acto administrativo unilateral*»<sup>11</sup>, «*uma prestação, ou pelo menos, uma série de prestações com idêntico conteúdo*»<sup>12</sup>, ou «*uma declaração unilateral da entidade adjudicante à entidade prestadora do serviço ou do bem, para esses efeitos*»<sup>13</sup>. Na realidade, a entidade adjudicatária configura-se, em substância, como um simples ente instrumental da entidade adjudicante, cuja dependência funcional o faz submeter-se inexoravelmente à vontade desta última<sup>14</sup>.

## 2. A contratação excluída e a excepção in house

O âmbito objectivo de aplicação da Parte II do CCP abarca os con-tratos cujo objecto abranja prestações que possam estar submetidas à concorrência de mercado<sup>15</sup> e sejam celebrados por quaisquer entidades adjudicantes previstas no CCP<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Cf. R. PERIN e D. CASALINI, *L'in house ...*, cit., p. 68; L. VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, DUE, 2005, pp. 739 ss. (p. 752); F. ROLIN, *Les étrangères...*, cit., pp. 898 ss.; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazione a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, FA, 2005, pp. 666 ss. (p. 669); C. BOVIS, *EC Public procurement: case law and regulation*, Oxford, 2006, p. 374.

<sup>10</sup> Cf. F. ROLIN, *Les étrangères...*, cit., p. 900; P. GONÇALVES, *Regime Jurídico das empresas municipais*, Almedina, 2007, pp. 53 ss.; P. GONÇALVES e L. MARTINS, *Os serviços...*, cit., p. 252.

<sup>11</sup> D. MCGOWAN, *A contract...*, cit., p. NA208.

<sup>12</sup> F. GOISIS, *Nuovi...*, cit., pp. 580 ss.; J. SILVA, *Código dos Contratos Públicos comentado e anotado*, Almedina, 2ª Edição, 2009, p. 71.

<sup>13</sup> G. TAVARES e N. DENTE, *Código dos Contratos Públicos – Âmbito da sua aplicação*, Almedina, 2008, pp. 60 ss..

<sup>14</sup> Cf. L. VALENTINO, *Gli affidamenti...*, cit., pp. 751 ss..

<sup>15</sup> Cf. arts. 5.º n.º 1 *a contrario*, 16.º n.º 1 do CCP. Note-se que a susceptibilidade de submissão à concorrência do mercado é abstracta e não concreta, como se depreende da lógica inerente ao art. 24.º n.º 1 al. e) do CCP. Cf. M. SOUSA e A. MATOS, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, p. 79.

<sup>16</sup> Cf. arts. 2.º, 3.º, 7.º, 8.º do CCP. O Código não diz o que é uma entidade adjudicante (art. 2.º do CCP), mas quais são, à semelhança do art. 1.º n.º 9 da Directiva 18/2004. O regime aí estabelecido corresponde à noção material de organismo de direito público

Porém, a subtracção de um contrato à concorrência pode decorrer, *prima facie*, «da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou no contexto da sua própria formação» (art. 5.º, n.º 1, do CCP). Estão submetidos à concorrência, a partir da cláusula geral do art. 16.º, n.º 1, do CCP, os contratos em que a Administração «figure como credora de uma prestação que possa ser efectuada por uma pluralidade de entidades, ou como devedora de uma prestação para a qual possa existir uma pluralidade de interessados», como é o caso das prestações típicas dos contratos exemplificativamente elencados no art. 16.º, n.º 2, do CCP<sup>17</sup>.

Já nos casos em que seja celebrado um contrato entre as entidades adjudicantes taxativamente referidas no art. 2.º n.º 1, do CCP, então a Parte II do CCP relativa à formação de contratos só será aplicável se o seu objecto abranger as prestações típicas dos contratos previstos no art. 6.º n.º 1, do CCP. Em conformidade, o regime da contratação pública também se aplica a certos contratos interadministrativos, visto que a restrição estabelecida no art. 6.º n.º 1 assume que as entidades adjudicantes não se podem subtrair à

---

fornecida pelo direito comunitário, «através do qual se abre o CCP a contratos celebrados por entidades privadas para satisfazer necessidades de interesse geral e, por isso dotadas de poderes públicos» – cf. J. SILVA, *Código...*, cit., p. 57. Também este conceito emergiu da prática decisória do TJUE, em particular no seguimento do Ac. *Mannesmann* (C-44/96). Sobre o conceito de organismo de direito público, cf., entre outros, C. VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 420 ss.; M. ESTORNINHO (*Direito Europeu dos Contratos Públicos – um olhar português*, Almedina, 2006, p. 73), refere que «o que importa, da perspectiva comunitária, é que estes entes, como as restantes entidades adjudicantes, não actuem no mercado do mesmo modo que a generalidade dos operadores económicos»; J. ALMEIDA, *Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, I, FDUL, 2006, pp. 633 ss.; R. MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, CJA, n.º 69, 2008, pp. 3 ss. (pp. 20 ss.); J. CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, CJA, n.º 64, 2007, pp. 9 ss.; J. FELIU, *El nuevo ámbito subjectivo de aplicación de la ley de contratos del sector publico*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 176, 2008, pp. 10 ss.; D. MARRAMA, *Contributo sull' interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»*, DA, III, 2000, pp. 585 ss.; F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità della società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, *Diritto Processuale Amministrativo*, 2000, pp. 255 ss.; B. AZEVEDO (*Contratação Pública e fundos comunitários*, *Revista de Direito Público e Regulação*, CEDIPRE, n.º 1, pp. 5 ss., 2009, pp. 5 ss.) pondera a equiparação a organismos de direito público das entidades (não adjudicantes) que contratam obras, bens ou serviços no quadro do desenvolvimento de acções objecto de co-financiamento comunitário.

<sup>17</sup> M. SOUSA e A. MATOS, *Contratos...*, cit., p. 78.

concorrência com fundamento no facto de o co-contratante escolhido pertencer igualmente à Administração Pública<sup>18</sup>.

Por outro lado, nos casos em que se trate de um contrato celebrado entre as entidades adjudicantes previstas no art. 2.º, n.º 1, do CCP e aquelas previstas no art. 2.º, n.º 2, do CCP (designadamente as empresas públicas e as empresas municipais), ou entre estas últimas entre si, então a Parte II do Código será à partida aplicável, a não ser que o objecto do contrato abranja prestações que não sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (art. 5.º, n.º 1, CCP) ou que a relação contratual possa ser configurada como de tipo *in house* (art. 5.º, n.º 2, CCP)<sup>19</sup>.

Assim, neste último caso, a Parte II do CCP relativa à formação dos contratos não será aplicável «*independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade*», desde que, de forma cumulativa e permanente:

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

Este preceito é reflexo do intenso labor da jurisprudência do TJUE, iniciado pelo Ac. *Téckal*<sup>20</sup>, e desenvolvido e consolidado pela inúmera jurisprudência que se lhe seguiu<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Embora as disposições da Parte III do CCP não sejam directamente aplicáveis «aos contraentes públicos que contratem entre si num plano de igualdade jurídica, segundo uma óptica de harmonização do desempenho das respectivas atribuições» (art. 338.º, n.º 1, CCP). Cf. R. MEDEIROS, *Âmbito...*, cit., p. 11; M. SOUSA e A. MATOS, *Contratos...*, cit., p. 116; C. BOVIS, *EC Public...*, cit., pp. 361 ss.

<sup>19</sup> Cf. A. LEITÃO, *Os contratos interadministrativos*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, 2008, pp. 733 ss. (pp. 763 ss.).

<sup>20</sup> Em bom rigor, anteriormente as conclusões apresentadas nos Acs. *BF Holding* (C-360/96) e *RI.SAN* (C-108/98) já continham algumas considerações sobre o tema. Cf. M. MESQUITA, *In-house: desenvolvimentos recentes na jurisprudência do T.J.C.*, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 anos, Almedina, 2007, pp. 875 ss. (pp. 880 ss.).

<sup>21</sup> Na evolução e consolidação mais significativa do Ac. *Téckal* (C-107/98) contam-se à data os seguintes arestos do TJUE: *Arge* (C-94/99); *Stadt Halle* (C-26/03); *Comissão c. Espa-*

Recentemente, a Comissão Europeia veio também pontificar a sua posição na *Comunicação Interpretativa* no que concerne à aplicação das disposições comunitárias relativas aos contratos e às concessões, particularmente nos casos de cooperação entre uma entidade privada e uma entidade pública numa empresa de capital misto<sup>22</sup>.

O art. 5.º, n.º 2, do CCP, porém, não cristaliza alguns entendimentos propostos pelo TJUE e assumidos pela Comissão, mas forja «novas soluções ainda não testadas na jurisprudência comunitária ou dificilmente compatíveis com o seu estado actual»<sup>23</sup>.

Assim, a consagração legal da excepção da contratação *in house* no CCP, sem prejuízo da segurança jurídica que vem trazer, não suprirá de qualquer forma as dúvidas e interrogações que se colocarão aos operadores jurídicos na interpretação deste tipo de conceitos jurídicos indeterminados

---

*nha* (C-84/03); *Coname* (C-231/03); *Parking Brixen* (C-458/03); *Mödling* (C-29/04); *ANAV* (C-410/04); *Carbotermo* (C-340/04); *Jean Auroux* (C-220/05); *Asemfo c. Tragsa* (C-295/05); *Asociación Profesional* (C-220/06); *Comissão c. Itália* (C-371/05); *Coditel Brabant* (C-324/07); *Comissão c. Alemanha* (C-480/06); *Sea Srl* (C-573/07); *Acoset* (C-196/08). Doravante, por economia de exposição, faremos somente menção aos que possam ter relevância para a abordagem particular de cada tema. Significativas são igualmente algumas conclusões dos AG a que, conforme se justifique, faremos alusão. Recentemente, na maioria dos Acs. o TJUE tem-se limitado a «interpretar o seu próprio precedente», como nota G. FERRARI *Parking Brixen: Teckal da totem a tabu?*, DPCE, I, 2006, pp. 271 ss. (p. 276)); B. GILBERTI (*In house providing: questione vecchia e nuove*, FA, 2006, pp. 44 ss. (p. 55)) lembra que o carácter casuístico da jurisprudência não pode conduzir à tentação de se tecerem concepções dogmáticas sobre os princípios firmados na jurisprudência, devendo-se antes privilegiar a «essenza dell'insegnamento». Para uma análise cabal e lapidar da evolução jurisprudencial comunitária neste domínio, cf. D. CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas – a adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, I Coimbra Editora, 2010, pp. 189 ss.

<sup>22</sup> V. «Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às PPPI», publicada no JOUE (2008/C 91/02), que reproduz e cristaliza a experiência comunitária sobre a matéria. Para um olhar crítico sobre a Comunicação Interpretativa, cf. C. TVARNO, *A critique of the Commission's interpretative communication on institutionalised public-private partnerships*, PPLR, n.º 18, 2009, pp. 11 ss. (p. 20); F. MAÇÃS, *A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, 2008, pp. 371 ss. (p. 403). Embora no domínio da *soft law*, cf. sobre o valor jurídico das comunicações interpretativas da Comissão, A. MARTINS, *A emergência de um novo Direito Comunitário da concorrência: a concessão de serviços públicos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLII, n.º 1, 2001, pp. 94 ss.

<sup>23</sup> Neste sentido, cf. R. MEDEIROS, *Âmbito...*, cit., p. 12.

e na sua aplicação ao caso concreto<sup>24</sup>, pelo que as mais das vezes poderá (e deverá) haver lugar a uma interpretação desta disposição conforme o Direito Comunitário<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Neste domínio, cf. J. CORREIA, *Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional*, CJA, n.º 70, 2008, pp. 38 ss.

<sup>25</sup> Cf. T. KAARRESALO, *Procuring in-house: The impact of the EC Procurement Regime*, PPLR, n.º 17, 2008, pp. 242 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, DA, IV, 2005, pp. 915 ss. (p. 936). Tendo sido os requisitos da contratação *in house* objecto de construção pretoriana resta saber quais os efeitos materiais da jurisprudência do TJUE, tendo em conta que a grande maioria dos seus arestos foram proferidos no âmbito de questões prejudiciais suscitadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais quanto à interpretação do direito comunitário a propósito de disposições internas (art. 267.º TFUE). Na verdade, embora o TJUE não seja competente ao abrigo do mecanismo do reenvio prejudicial para decidir sobre a compatibilidade de uma medida nacional com o direito comunitário, na prática pode “extrair” a sua conformidade a partir da redacção das questões formuladas pelo órgão jurisdicional nacional, «tendo em conta os dados por este expostos, os elementos que se prendem com a interpretação do direito comunitário, a fim de permitir a este último resolver o problema jurídico que lhe é submetido» – cf. Ac. ASM Brescia (C-347/06), n.º 25 ss. Sinteticamente, até porque seria questão de monta para outro trabalho, não se nega que a “autoridade” de um acórdão interpretativo do TJUE possa ultrapassar o quadro do caso concreto, constituindo um “precedente de facto”, designadamente por a jurisdição nacional entender que se acha na presença de um caso análogo a outro ou outros anteriormente apreciados pelo TJUE, limitando-se por isso a fazer uma aplicação da norma comunitária como ela foi interpretada pelo Tribunal comunitário – cf., entre muitos outros, F. QUADROS e A. MARTINS, *Contencioso Comunitário*, Almedina, 2002, pp. 85 ss. Porém, no Ac. Kühne & Heitz (C-453/00) o TJUE veio afirmar que quando uma regra de direito comunitário seja interpretada de uma determinada forma pelo TJUE no âmbito de um processo de reenvio prejudicial, os órgãos administrativos (dos Estados membros) devem, no âmbito das suas competências, ter em conta a interpretação da disposição pertinente entretanto feita pelo TJUE mesmo «as relações jurídicas nascidas e constituídas antes de proferido o acórdão do Tribunal de Justiça que decidiu o pedido de interpretação» (n.º 22). Para esse efeito, «o princípio da cooperação que decorre do art. 10.º TFUE impõe que um órgão administrativo, ao qual foi apresentado um pedido nesse sentido» reexamine uma decisão adoptada, para ter em conta a interpretação da disposição pertinente entretanto formulada num Ac. do TJCE, quando disponha, segundo o seu próprio direito nacional, do poder de revogação de uma decisão que foi fundamentada pelo órgão competente segundo uma interpretação errada do direito comunitário (aplicada sem que ao TJUE tivesse sido submetida uma questão prejudicial nas condições previstas no art. 267.º § 3 TCE), e que a interprete em conformidade a partir do momento em que o interessado o solicite após ter tido conhecimento da correcta interpretação formulada pela jurisprudência do TJUE; cf. A. ARDITO, *Autotutela, affidamento e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, DA, n.º 3, 2008, pp. 631 ss. (pp. 667 ss.).

### 3. Primeiro requisito: controlo análogo ao que é exercido sobre os seus próprios serviços

#### 3.1. Densificação do conteúdo do *controlo análogo*

A natureza do controlo definido na jurisprudência do TJUE tem-se afastado de sobremaneira dos tipos de controlo característicos no Direito das sociedades comerciais, ou mesmo do tipo de controlo específico do Direito da concorrência<sup>26</sup>.

É certo que o *controlo análogo* configura uma condição substancialmente mais exigente do que o da *influência dominante*<sup>27</sup>, pois, se assim não fosse, o requisito do *controlo análogo* estaria cumprido por definição em relação aos organismos de direito público e a quaisquer entidades públicas empresariais<sup>28</sup>.

Com efeito, a jurisprudência comunitária tem associado o controlo análogo a um poder de *influência determinante*<sup>29</sup>. Em particular, no *Ac. Parking Brixen* (n.º 65), foi mencionado que «*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*

---

<sup>26</sup> Embora tenha aspectos convergentes com o conceito de sociedade dependente, nos termos do artigo 486.º do CSC, ou do conceito de controlo para efeitos de cálculo de volume de negócios, nos termos dos arts. 8.º e 10.º da Lei 18/2003 de 11 de Junho (Lei da Concorrência); cf., para a compreensão do tipo de controlo no domínio dos procedimentos de controlo de concentrações, M. FONSECA e L. FERREIRA, *O procedimento de controlo das concentrações de empresas em Portugal*, Coleção MLGTS, I, Almedina, 2009, pp. 44 ss.

<sup>27</sup> Veja-se a formulação da presunção de domínio adoptada no art. 486.º n.º 2 do CSC, que corresponde, *mutatis mutandis*, à do art. 3.º n.º 1 do RJSEE e do RJSEL, com a diferença que nestes casos a «influência dominante» se basta com a mera «possibilidade» de exercício por parte da entidade pública empresarial em causa de uma das condições: «(...) *possam exercer, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou destituir a maioria dos órgãos de administração ou de fiscalização*».

<sup>28</sup> Neste sentido cf. R. PERIN e D. CASALINI, *L'in house...*, cit., p. 75; C. VIANA, *Os princípios...*, cit., pp. 478 ss.; P. GONÇALVES, *Regime...*, cit., p. 181.

<sup>29</sup> A este propósito, D. CAMPOS, (*A escolha ...*, cit., p. 311), refere que a noção do controlo análogo abrange não só as decisões *macro* (fusões, aumentos de capital, reduções de capital, aquisição de participações), mas também as decisões *micro* (decisões de gestão corrente e ordinária).

*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 objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes desta sociedade»* (ênfases nossas).

Na realidade, a participação exclusiva de capitais públicos, apesar de condição necessária, como veremos, não é condição suficiente para que se garanta um efectivo controlo por parte da entidade adjudicante, que tem de ser aferido por variados factores, designadamente através de um modelo de *governance*<sup>30</sup> que revele uma influência determinante da entidade adjudicante sobre os principais objectivos estratégicos e as escolhas/decisões fundamentais de gestão da co-contratante através de instrumentos de controlo e de *indirizzo* bastante penetrantes, incisivos e limitadores da autonomia empresarial<sup>31</sup>.

Para o cumprimento destes requisitos deverá ser analisada, em primeiro lugar, a regulamentação nacional aplicável; em segunda linha, os estatutos, o contrato de sociedade ou eventuais acordos parassociais, que

<sup>30</sup> Para uma análise dos modelos de *governance* no CSC, cf. P. CÂMARA, *O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Código das Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades, 2008, pp. 9 ss. (pp. 66 ss.).

<sup>31</sup> No Ac. *Parking Brixen* o TJUE definiu que o tipo de controlo seria precário num modelo em que os poderes de gestão da entidade adjudicatária fossem essencialmente assumidos pelo Conselho de Administração (n.ºs 67 ss.); cf. ainda o Ac. *Sea Srl* (n.ºs 65 ss.); B. AZEVEDO, *Contratação...*, cit., p. 130; E. SCOTTI, *Organizzazione...*, cit., pp. 929 ss.; L. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, DA, n.º 2, 2006, pp. 387 ss. (p. 403); G. FERRARI, *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, DPCE, III, , 2006, pp. 1367 ss. (p. 1369); F. GOISIS, *Nuovi...*, cit., p. 585. Este A. cita o Regulamento CE n.º 1370/2007 de 23 de Outubro de 2007, publicado no JOUE de 3 de Dezembro de 2008, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, que veio "codificar" pela primeira vez a relação *in house* através da introdução da definição de "operador interno" no art. 2.º al. j); mais adiante, no art. 5.º n.º 2 al. a) são explicitadas as condições do controlo análogo: «*devem ser considerados factores como o nível de presença nos órgãos de administração, direcção ou supervisão, as respectivas disposições estatutárias, a propriedade, a influência e o controlo efectivos sobre as decisões estratégicas e as decisões individuais de gestão. De acordo com o direito comunitário, a titularidade de 100% do capital pela autoridade pública competente, designadamente no caso das parcerias público-privadas, não é um requisito obrigatório para determinar a existência de controlo na acepção do presente número, desde que se verifique uma influência pública dominante e o controlo possa ser determinado com base em outros critérios*».

confiem a um determinado sócio determinados direitos, tais como o direito de veto<sup>32</sup>.

### 3.2. Tipos de controlo

Na formulação acolhida pelo art. 5.º, n.º 2, do CCP, estabelece-se que o controlo análogo pode pertencer a uma (controlo exclusivo) ou a várias (controlo conjunto) entidades adjudicantes, o que terá de ser aferido em concreto, como assinalámos, pela análise de «*todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes*».

Neste campo o que é decisivo é que a entidade adjudicante seja titular de poderes idóneos a determinar as decisões estratégicas do co-contratante, sendo pois irrelevante se o *controlo análogo* é exercido da mesma forma por uma ou várias entidades, por via directa ou indirecta<sup>33</sup>.

A este respeito, a prática do TJUE tem vindo a trazer subsídios importantes, mas por vezes paradoxais. Com efeito, no importante Ac. *Asemfo*, o TJUE constatou que tanto o Estado Espanhol – que detinha na empresa agrária *Tragsa* directa e indirectamente participações sociais correspondentes a 99% do capital social – como as quatro Comunidades Autónomas, que detinham apenas o remanescente 1% das participações sociais, exerciam de forma conjunta sobre aquela sociedade um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços<sup>34</sup>.

De facto, parece surpreendente que, neste aresto, o TJUE tenha concluído que com a simples titularidade simbólica de uma participação de 0,25% (correspondente a uma acção) por parte de cada uma das Comunidades Autónomas, estas teriam capacidade suficiente para exercer um controlo

---

<sup>32</sup> Cf. R. PERIN e D. CASALINI, *L'in house...*, cit., pp. 74 ss.; T. KAARRESALO, *Procuring...*, cit., p. 247.

<sup>33</sup> Apesar de o art. 5.º, n.º 2, não o admitir, é curial que o controlo análogo possa ser exercido de forma indirecta através da interposição de uma outra entidade. Cf. M. MESQUITA, *In-house...*, cit., p. 902; R. PERIN e D. CASALINI, *L'in house...*, cit., p. 80.

<sup>34</sup> Em subsídio da sua tese, o TJUE citou vários artigos da regulamentação nacional aplicáveis à *Tragsa*, segundo a qual esta teria o «*dever de realizar as tarefas que lhe são confiadas pelas autoridades públicas, incluindo as comunidades autónomas*» (n.º 60). Cf. J. GONZÁLEZ GARCIA, *Medios...*, cit., p. 231.

de forma análoga à que exerciam sobre os seus próprios serviços<sup>35 36</sup>. Mais recentemente, o TJUE veio confirmar esta jurisprudência no Ac. *Coditel Brabant* ao afirmar que o controlo análogo pode ser exercido de forma conjunta através de diversas autoridades públicas «(...) através de deliberações, se for caso disso aprovadas por maioria» (n.º 54).

No essencial, o TJUE justifica esta interpretação mais ampla dos requisitos de controlo tendo em atenção que uma leitura mais estrita desta condição conduziria à inaplicabilidade da excepção na maioria dos casos que envolvessem uma cooperação entre entidades públicas, pelo que, neste contexto, a adopção por várias entidades públicas de decisões por maioria simples pode não descaracterizar o estabelecimento de um controlo conjunto<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cf. S. ARROWSMITH, *The past and future evolution of EC procurement law: from framework to common code?*, PCLJ, n.º 35, III, p. 375; G. FERRARI, *Parkeing...*, cit., p. 273. V. Ac. *Stadt Halle* (n.º 46) e *Parking Brixen* (n.º 63). Acresce ainda que parece que este mesmo juízo não foi aplicado no Ac. *Coname*, no qual o TJUE considerou que uma participação de 0,97%, por parte da entidade adjudicante, não seria suficiente para justificar colocar a situação à margem das regras de contratação pública, embora o TJUE não se tenha pronunciado sobre a questão de saber se tal controlo podia ser exercido de forma conjunta – cf. Ac. *Coditel Brabant* (n.º 52); além disso, parece que no Ac. *Coname* o TJUE relevou tratar-se de uma sociedade aberta a capitais privados, cf. P. GONÇALVES, *Regime...*, cit., p. 188; R. PERIN e D. CASALINI, *Control...*, cit., p. 234.

<sup>36</sup> Além do mais, o TJUE parece diminuir, senão mesmo contrariar, os indícios de controlo que foram expressos no Ac. *Carbotermo* – «a circunstância de a entidade adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária tende a indicar, sem ser decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços (...)» (n.º 37) (ênfase nossa). Cf. T. KOTSONIS, *Application of the Teckal Exemption to a Services Concession Contract: Coditel Brabant SA v Commune d' Uccle, Région de Bruxelles-Capitale (C-324/07)*, PPLR, n.º 3, 2009, pp. NA73 ss. (p. NA75); J. GONZÁLEZ GARCIA, *Medios...*, cit., p. 231.

<sup>37</sup> Cf. T. KOTSONIS, *Co-operative Arrangements between Public Authorities in the pursuit of a Public Interest Task: Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (C- 480/06)*, PPLR, n.º 6/2009, NA 212 ss (p. NA214) e *id.*, *Application ...*, cit., pp. NA77 ss.; R. PERIN e D. CASALINI, *Control...*, cit., pp. 233 ss.; N. DUNLEAVY, *Application of the Teckal Exemption in the United Kingdom: the Court of Appeal Decision in Brent LBC v Risk Management Partners Ltd*, PPLR, n.º 6/2009, pp. NA237 ss.

### 3.3. Controlo análogo e entidades empresariais

Tratando-se de entidades empresariais, quer do sector empresarial do Estado quer do sector empresarial local, serão entidades adjudicantes se, «independentemente da sua natureza pública ou privada», reunirem os requisitos definidos para a qualificação como organismo de direito público na acepção do art. 2.º, n.º 2, al. a), do CCP. À partida, pois, não é de excluir que qualquer entidade adjudicante possa exercer um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços através de participações sociais em qualquer tipo de estruturas empresariais<sup>38</sup>. Aliás, parece que a tendência do Estado tem sido a do abandono dos modelos de empresas públicas e a sua substituição por sociedades comerciais (*maxime* sociedades anónimas), próximas da realidade sócio-económico privada e susceptíveis de lhe permitir uma maior flexibilização da gestão empresarial<sup>39</sup>.

Ora, o art. 5.º, n.º 2, do CCP menciona que o co-contratante deve ser uma «outra entidade», não exigindo a sua qualificação como entidade adjudicante, a mesma não deixe de ser um prolongamento do poder adjudicador<sup>40</sup>. Nessa medida, o *contrato* que celebra com a entidade adjudicante, de que depende, pode ser qualificado como um *contrato in house*, mas é-lhe exigível, tal como acontece com aquela, a observância das regras da contratação pública, sempre que celebrar contratos com terceiros<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Como parece aliás ter ficado subjacente no *Ac. Parking Brixen*, desde que as sociedades previssessem uma cláusula estatutária que as vinculem a exercer a sua actividade unicamente para a entidade adjudicante; e um plano de negócios coerente com o contrato que serve de base à execução da relação *in house*; cf. também o *Ac. Comissão c. Alemanha* (n.º 47); L. PERFETTI, *Miti...*, cit., pp. 403 ss.; B. GILBERTI, *In house...*, cit., p. 55.

<sup>39</sup> Cf. N. RODRIGUES, “Golden Shares”, *As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*, Coimbra Editora, 2004, pp. 12 e 95 ss.; J. DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de interesse económico geral*, Almedina, 2008, p. 49. Veja-se que a função accionista do Estado pode ser exercida por sociedades gestoras de participações sociais, como acontece com a Parpública – Participações Públicas, SGPS, S.A., que congrega importantes participações do Estado em diversas entidades de estrutura jurídico-privada, e que é equiparada, para efeitos do disposto no art. 545.º do CSC, ao Estado, o que permite estender àquelas sociedades todos os privilégios inerentes à detenção de participações sociais do Estado.

<sup>40</sup> Cf. C. BOVIS, *EC Public...*, cit., pp. 354 e 368.

<sup>41</sup> Cf. P. FLAMME, M. FLAMME, C. DARDENNE, *apud* C. VIANA, *Contratos públicos in-house – em especial, as relações entre municípios e empresas municipais e multimunicipais*, DRL, 2007, pp. 34 ss. (p. 41).

Um dos desafios que se coloca é, assim, o de saber como se aplica a exigência do controlo análogo às diferentes categorias de entidades de “mão pública” que integram a organização administrativa portuguesa. De uma primeira análise do enquadramento legal do RJSEE e do RJSEL, designadamente nos respectivos arts. 3.º, n.º 1, constata-se que podem coexistir empresas públicas ou empresas municipais de capitais exclusivamente públicos, de capitais maioritariamente públicos<sup>42</sup>, ou até de capitais maioritariamente privados<sup>43</sup>.

É igualmente possível retirar, com firmeza, que independentemente do género (público ou privado) das participações sociais, o âmbito de *influência dominante* previsto no RJSEE e do RJSEL não é por si só susceptível de conferir qualquer tipo de controlo análogo. Na realidade, o conjunto de poderes cometidos ao Estado e aos municípios<sup>44</sup> no contexto do RJSEE<sup>45</sup> e do RJSEL<sup>46</sup>, não lhes conferem um *controlo análogo* que implique uma dependência administrativa, organizativa e financeira das entidades públicas empresariais que permita *a priori* afastar as regras da contratação pública<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> J. ABREU (*Curso de Direito Comercial, das sociedades*, Volume II, 3.ª Edição, 2009, pp. 19 ss.) afirma que nos casos de participação pública maioritária, «em princípio nestas entidades, dada a sua natureza societária e (sobretudo) a existência de sócios privados (que, enquanto tais, não praticam o mecenato...), o fim lucrativo (não equivalente à maximização do lucro) não poderá ser anulado pelos interesses públicos de que são portadores os (dominantes) sócios públicos. É verdade que algumas destas sociedades podem ter que exercer actividades deficitárias (v. RSEE, arts. 19.º ss., RSEL, arts. 20.º, 3, 23.º, 2). Porém, em casos tais, as “indemnizações compensatórias” ou outras participações públicas não devem repor ou prever simplesmente o equilíbrio custos-receitas, há que retribuir o capital investido».

<sup>43</sup> Esta conclusão pode ser inferida para os casos em que, por instrumento de regulamentação da sociedade, a maioria dos direitos de voto ou a competência para designar ou destituir a maioria dos órgãos de administração ou de fiscalização caiba à entidade pública.

<sup>44</sup> Refira-se que quem tem competência (indelegável) para nomear e exonerar o Conselho de Administração das empresas municipais é a Câmara Municipal (arts. 64.º, n.º 1, al. i) e 65.º, n.º 1, da LAL); já nos termos do art. 53.º, n.º 2, al. m), da LAL, compete à Assembleia Municipal «autorizar o município (...) a criar ou participar em empresas privadas de âmbito municipal».

<sup>45</sup> Sendo apenas aflorado no art. 29.º, n.º 1, *in fine* e no art. 31.º, n.º 2, deixando-se, desta forma a porta aberta à sua concretização pelo Ministro das Finanças e pelo Ministro responsável pelo sector de actividade de cada empresa. Cf. N. RODRIGUES, “Golden...”, cit., p. 89.

<sup>46</sup> Com a única excepção dos poderes de tutela ínsitos no art. 39.º

<sup>47</sup> Cf. A. LEITÃO, *Os contratos...*, cit., p. 22.

Pelo que, excepto se os instrumentos de regulamentação das empresas concretizarem outros poderes para lá dos que decorrem dos poderes de tutela conferidos por lei, estes últimos serão manifestamente insuficientes para atribuir à entidade adjudicante um *controlo análogo* ao exercido sobre os seus próprios serviços. Parece difícil sustentar qualquer tipo de conclusão que implique que as relações de uma entidade adjudicante com uma qualquer entidade pública empresarial, de cujas participações sociais seja exclusivamente titular, se qualifiquem de *per se* como relação *in house*<sup>48</sup>.

Ainda assim, terá de se ter em conta que as entidades públicas exercem poderes de superintendência que, aliados aos seus poderes de tutela, lhes permitirão sempre impor «às entidades empresariais que criem, o interesse público que venham a definir, pelo que [se] encontram em condições de sobre estas exercer um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços»<sup>49</sup>.

Sem prejuízo, por remissão do art. 7.º, n.º 1, do RJSEE e do art. 6.º, n.º 1, do RJSEL, são aplicáveis às empresas públicas e às empresas municipais as normas reguladoras das sociedades comerciais<sup>50</sup>, salientando-se,

---

<sup>48</sup> Em particular, dos arts. 25.º n.º 1 e 29.º n.º 2 do RJSEE e dos arts. 34.º n.º 1 e 39.º do RSEL. Neste sentido, cf. D. CAMPOS (*A escolha...*, cit., p. 317), onde defende que o regime de tutela presente em cada uma das legislações mencionadas se refere simplesmente a poderes de influência *macro* e não *micro*, da gestão propriamente dita.

<sup>49</sup> D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 320 ss.; pela ordem natural de competências, e por via de regra, este controlo é «unidireccional» (v.g. Estado – empresas públicas/municípios – empresas municipais), e não cruzado, e é exercido pelo órgão (ou órgãos) de tutela que, em concreto, exerça(m) os poderes de superintendência e tutela. Embora, obviamente, o controlo estrutural tenha de ser exercido *in house* pela concreta entidade adjudicante em causa e não pela «grande casa de toda a administração pública» – cf. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza económica tra outsourcing e in house providing*, DA, 2005, pp. 179 ss. (pp. 197 ss.); A. LEITÃO, *Contratos ...*, cit., p. 25; P. GONÇALVES, *Regime...*, cit., pp. 189 ss.; T. KOTSONIS, *Co-operative...*, cit., p. NA215; N. DUNLEAVY, *Application...*, cit., p. NA242.

<sup>50</sup> A questão da aplicabilidade das normas sobre sociedades coligadas às participações do Estado ou de outras entidades públicas empresariais (e, consequentemente, aos grupos públicos daí resultantes) recebeu durante muito tempo uma resposta negativa na doutrina, que entendia que tais participações, por prosseguirem objectivos genericamente associados ao interesse público, não estariam sujeitas às disposições privatísticas comuns. Hoje em dia, porém, pode afirmar-se que a doutrina e jurisprudência no plano comparado apontam inequivocamente para a solução oposta, devendo as sociedades comerciais controladas ou participadas por capitais públicos estar subordinadas ao mesmo regime jurídico previsto no direito societário. Na realidade, apesar do inevitável conflito institucionalizado entre o interesse social e o interesse público, a «função protectora da lei [em particular do regime das sociedades

neste contexto, o art. 503.º do CSC<sup>51</sup> (por sua vez aplicável *ex vi* do art. 491.º do CSC).

Posto isto, 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*<sup>52</sup>. Para tanto, os estatutos ou qualquer outro instrumento de regulamentação da sociedade são, as mais das vezes, elementos imprescindíveis para sustentar se os objectivos estratégicos e as decisões importantes ou relevantes da entidade controlada são levados a cabo pela entidade adjudicante<sup>53</sup>. Ao invés, se os estatutos demonstram uma relação de cooperação, colaboração ou estabelecem uma repartição de competências, ou simplesmente não reflectem o carácter vinculativo das instruções da entidade-mãe, então poderá estar frustrada a verificação de existência de um *controlo análogo*. Porém, podemos dizê-lo, se a entidade adjudicante demonstrar exercer uma *influência determinante* sobre as decisões importantes e os objectivos estratégicos da entidade empresarial, é efectiva a existência de um *controlo análogo*, desde logo, se o capital social da entidade adjudicatária for exclusivamente público.

---

coligadas] só poderá ser cabalmente cumprida caso esta se aplique indistintamente em ambos os casos». Cf., por todos, J. ANTUNES *Os grupos de sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª Edição, Almedina, 2002, p. 301.

<sup>51</sup> Nos termos do art. 503.º, n.º 1, as instruções emanadas pela sociedade-mãe vinculam a sociedade-filha, existindo um dever de execução das mesmas por parte dos administradores destas empresas. Contando que o instrumento de regulamentação das empresas públicas/municipais não disponha diferentemente, a sociedade-mãe tem legitimidade em dar instruções desvantajosas à sociedade-filha (art. 503.º n.º 2), desde que tais instruções tragam vantagens para aquela sociedade ou para outra sociedade do grupo, enfim, que sirvam um denominado interesse do grupo (art. 504.º). Cabe ao órgão de administração da sociedade emitente avaliar se a instrução serve os interesses referidos, devendo adoptar, na formulação do juízo correspondente, a diligência exigida por lei quanto à administração da sua própria sociedade (arts. 504.º n.º 1, 64.º e 72.º ss. CSC). Para mais desenvolvimentos, cf. a anotação a este artigo de A. OLIVEIRA, in *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coordenação de A. Menezes Cordeiro, Almedina, 2009, pp. 1212 ss.

<sup>52</sup> Já em relação a *grupos de facto* assentes em relações de domínio, no entanto, a sociedade-mãe não detém, *de jure*, um poder de direcção relativamente às sociedades controladas; cf. P. MARCELO, *A blindagem da empresa plurissocietária*, Almedina, 2002, p. 103.

<sup>53</sup> B. GILBERTI, *In house...*, cit., p. 50; R. URSI, *Le società...*, cit., p. 206.

### 3.4. O caso de empresas de capital misto – as PPP

O legislador português não menciona se a participação de uma empresa privada no capital social de uma empresa em que também participa a entidade adjudicante impede a qualificação de uma relação como sendo *in house*<sup>54</sup>. Antes, a opção do legislador português denota cautelas e reservas a este respeito, *quicá* na expectativa de uma interpretação “evolutiva” do Direito Comunitário que se adapte a uma regra mais flexível, referindo somente que o exercício do controlo deve ser exercido «*isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes*»<sup>55</sup>.

A liberdade de auto-organização empresarial da Administração não é, porém, ilimitada<sup>56</sup>. Neste contexto, a teleologia do preceito não pode ignorar o *acquis* comunitário que tem sido fornecido pela jurisprudência e pelas orientações provenientes das mais altas instâncias comunitárias<sup>57</sup>. Assim, o

---

<sup>54</sup> No direito comparado, entre outros ordenamentos jurídicos, verificamos que em Espanha, o art. 23.º n.º 6, § 1 da Ley de Contratos del Sector Publico prevê *expressis verbis* que «si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá de ser de titularidad pública»; igualmente, a legislação Italiana determina que o controlo é exercido entre uma «*società a capitale interamente pubblico*»; por outro lado, em França o art. 3.º do *Code des Marches Publics* não menciona expressamente esta limitação; nem a legislação finlandesa, na *Section 10* do *Procurement Act*, como nota T. KAARRESALO, *Procuring ...*, cit., p. 245.

<sup>55</sup> Para uma análise sintética do regime das PPP, cf. P. VIEIRA, *O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, 2008 pp. 481 ss.; J. DA SILVA, *Mercado...*, cit., pp. 51 ss.; M. ALMEIDA, *Parcerias público-privadas: a experiência portuguesa*, VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, DJ, UCE, 2005 pp. 175 ss..

<sup>56</sup> Cf. J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, pp. 43 ss..

<sup>57</sup> Em 2000, a Comissão Europeia desencadeou um processo por incumprimento contra a Itália sustentando que a sua legislação relativa à gestão dos serviços públicos locais era contrária ao direito comunitário, por prever a adjudicação directa de contratos a empresas mistas sem recurso a procedimentos pré-contratuais. O próprio *Consiglio di Stato* chegou a admitir como suficiente que se operasse a adjudicação directa desde que a entidade adjudicante detivesse uma posição dominante e pelo menos 51% do capital da entidade adjudicatária. Em conformidade, no seguimento desse processo, a legislação Italiana foi alterada. Cf. C. MELLONE, *Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?*, FA, 2004, pp. 1172 ss.; R. URSI, *Una svolta...*, cit., p. 137 e *id.*, *Le società...*, cit., pp. 181 ss.; L. VALENTINO, *Gli affidamenti...*, cit., pp. 755 ss.; E. SCOTTI, *Le società...*, cit., p. 670; C. VIANA, *A participação...*, cit., p. 52.

TJUE veio afirmar no Ac. *Stadt Halle* «que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital social de uma empresa em que também participa uma entidade adjudicante exclui, em qualquer caso, a possibilidade de uma relação interna (in-house)»<sup>58</sup>. Porém, no Ac. *ANAV* o TJUE foi mais longe ao determinar que, ainda que (ao tempo) inexistisse qualquer participação privada, no caso de os estatutos da entidade adjudicatária preverem a intenção de abrir, no futuro, o capital a uma filial do sector privado, isso frustraria a possibilidade de uma relação interna (n.ºs 30 e ss.). Ao invés, a simples possibilidade teórica de uma entidade privada poder participar no capital da entidade adjudicatária não põe em causa a sua relação *in house* com a entidade adjudicante<sup>59</sup>.

Neste sentido, afigura-se que, apesar de nos termos do regime consagrado no CCP não ser exigido que a totalidade do capital deva ser detido exclusivamente por entidades públicas, é inevitável o confronto com o entendimento comunitário, que, sem abrir qualquer “brecha”, tem entendido que a participação ínfima (directa ou indirecta) de um *partner* privado “contamina” uma relação *in house*.

Na realidade, o TJUE tem vindo a considerar, num percurso que parece quase irreversível, que a inexistência de quaisquer capitais privados constitui um pressuposto de uma relação *in house*, por a prossecução do interesse público não se compadecer com investimentos de capitais privados, que prosseguem ontologicamente fins egoísticos de utilidade económica<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Cf. Ac. *Stadt Halle* (n.º 51); *Comunicação Interpretativa ...*, cit., p. 5; C. TVARNO, *A critique...*, cit., pp. 20 ss.; B. HEUNINCKX, *A note on case Commission v Italy (Case C-337/05) (Augusta Helicopters case)*, PPLR, n.º 5/2008, pp. NA187 ss. (p. NA189).

<sup>59</sup> Cf. *Comunicação Interpretativa ...*, cit., p. 5, n. 14; Ac. *Sea Srl* (n.º 51).

<sup>60</sup> Com a chamada *fuga para o direito privado* das tarefas tradicionalmente levadas a cabo pela Administração, esbatem-se os compartimentos estanques que apartavam o *interesse público* e o *interesse privado*. Em última análise, é razoável afirmar que a prossecução do interesse público é absolutamente indissociável de qualquer actividade administrativa, seja ela levada a cabo através de formas jurídico públicas ou privadas (cf. art. 266.º n.º 1 da CRP e art. 4.º do CPA) – cf. M. ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 363 ss.. Na mesma linha orientadora, P. OTERO (*Vinculação e liberdade de conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998, pp. 197 ss.), refere que a CRP (art. 81.º al. a)) consagrou a «prevalência lógica decorrente do interesse público sobre a pura lógica empresarial privada» (p. 213). Noutra lógica, P. GONÇALVES, (*Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina 2008, pp. 140 ss.), defende uma superação da estruturação dicotómica ou dualista entre *tarefas*

Em segunda linha, a adjudicação directa de um contrato público a uma sociedade mista sem fazer apelo à concorrência prejudica o objectivo de uma concorrência livre e não falseada e o princípio da paridade de tratamento, na medida em que confere uma vantagem à empresa privada em detrimento dos seus concorrentes<sup>61</sup>.

---

*públicas e tarefas privadas*, sugerindo que os actores privados podem levar a cabo *tarefas privadas de interesse público*, em que o particular se dispõe a satisfazer um interesse que a ordem jurídica reconhece como de interesse público. Na realidade, o «*interesse público não constitui um monopólio do Estado ou da Administração Pública, não podendo sequer excluir-se a possibilidade de os interesses privados aparecerem entrelaçados e misturados com interesses públicos ou até valerem e serem assumidos como interesses dessa natureza*» (pp. 144 ss.).

<sup>61</sup> Defendendo ser difícil compaginar esta posição com o princípio da indiferença do regime da propriedade/neutralidade do direito comunitário insito no art. 345.º do TFUE, cf. E. SCOTTI, *Organizzazione...*, cit., p. 958; D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 240. Referindo que a neutralidade do direito comunitário em relação à organização dos entes públicos é «*mais aparente que real*», cf. E. FATÔME e A. MÉNÉMÉNIS, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse*, Actualité Juridique Droit Administratif, 2006, pp. 67 ss.. Já N. RODRIGUES (“*Golden...*”, cit., p. 308), defende que desde sempre foi dada uma interpretação restritiva a este art., no confronto com outros princípios fundamentais do tratado. M. MADURO (*The Chameleon State – EU Law and the blurring of the private/ public distinction in the market*, Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, I, 2008 pp. 529 ss.), alerta que a ambiguidade crescente entre as formas de intervenção públicas e privadas do Estado, potencia o risco de os Estados membros subverterem o cumprimento das regras fundamentais do TFUE. Numa perspectiva “formalista”, F. GOISIS (*Nuovi...*, cit., pp. 585 ss.), entende ser difícil de compatibilizar a jurisprudência relativa à proibição das *golden shares* com os arestos relativos à admissão das relações *in house*. Na realidade, a interpretação do art. 63.º do TFUE (relativa à livre circulação de capitais), poderia conduzir à conclusão unívoca de que a *ratio* de «*um privilégio público de acordo com o qual o ente público intervém para definir a autonomia empresarial da empresa, tornando menos apetecível o investimento de privados*» tanto se verifica no caso das *golden shares* como nas relações *in house*, quando o regime do direito societário é “derrogado” a favor do ente público (p. 587). No entanto, o A. deixa em aberto esta questão ao definir que a compatibilidade com o regime comunitário estará sempre dependente do carácter próprio do direito societário nacional (p. 588). Já J. DA SILVA (*Mercado...*, cit., pp. 84 ss.), também, no plano dos princípios, alerta que as *golden shares*, evidenciando a tensão mais geral entre o mercado possível e os interesses públicos, por a Administração Pública deter poderes exorbitantes, característicos do Direito Administrativo, no âmbito de figuras societárias, enquadradas no Direito Privado, «*tem subjacente a intrincada problemática da diluição da tradicional summa divisio do Direito em Direito Público e Direito Privado*». Compreende contudo que o Estado não pode abdicar de «*válvulas respiratórias de interesse geral: a opção pelo mercado como melhor forma de desenvolvimento da sociedade não pode implicar a renúncia de todos os instrumentos de intervenção sob pena do Estado se demitir*».

Para o TJUE, a simples presença de um *partner* privado, ainda que insignificante, num *veículo* societário de uma entidade pública, desemboca inelutavelmente na “estrada do mercado”: aquele privado pode beneficiar de um bem ou de um serviço, actual ou potencialmente, por referência aos seus concorrentes, em violação do princípio da concorrência<sup>62</sup>.

Não ignoramos, porém, que podem surgir situações no quadro empresarial, emergentes da insignificância da participação privada<sup>63</sup>, da supremacia do interesse público da entidade adjudicante sobre o co-contratante<sup>64</sup>, ou da própria conformação da estrutura plurisocietária do co-contratante<sup>65</sup>, que conduzam a que as participações privadas não tenham a menor relevância nos destinos da entidade adjudicatária, única e exclusivamente sujeita ao controlo da entidade adjudicante<sup>66</sup>. Neste contexto, uma leitura conforme

---

*da indeclinável missão de serviço público*». O AG DÂMASO RUIZ-JARABO COLOMER, nas conclusões que formulou a propósito dos Acs. *Comissão c. Portugal* (C-367/98), *Comissão c. França* (C-483/99) e *Comissão c. Bélgica* (C-503/99), de resto, não acolhidas pelo TJUE, defendeu, com um argumento por maioria de razão, que se o art. 345.º do TFUE nada obsta, em princípio, a que as entidades públicas detenham empresas constituídas por capitais exclusivamente públicos, do mesmo modo é razoável que o Estado possa deter formas limitadas de controlo através de certos direitos especiais (*golden shares*) em empresas privatizadas.

<sup>62</sup> R. OLIVEIRA (*Os princípios gerais da contratação pública*, in *Estudos da Contratação Pública*, I, CEDIPRE, 2008, pp. 51 ss. (p. 67)) considera que os princípios gerais da contratação pública são uma «*fonte fundamental no sistema da contratação pública*», em particular, o princípio da concorrência, a «*verdadeira trave-mestra da contratação pública*»; C. VIANA, *Contratos...*, cit., pp. 105 ss.; L. PERFETTI, *Miti...*, cit., p. 419 ss.

<sup>63</sup> Neste sentido, cf. R. MEDEIROS, *Âmbito...*, cit., p. 15. O A. refere neste contexto um Ac. do Tribunal Constitucional (n.º 24/98), referente à eliminação das portagens do oeste, em que, confrontando-se com a detenção de uma participação privada no capital da BRISA na ordem dos 0,2%, tal não impediu aquele Tribunal de qualificar a empresa em causa como uma «*empresa de capitais integralmente públicos (ou praticamente de capitais inteiramente públicos)*».

<sup>64</sup> Cf. arts. 23.º n.º 1 RJSEE e 34.º n.º 1 do RJSEL. A este propósito, P. GONÇALVES (*Regime...*, cit., p. 192), refere que o RJSEL estabelece «*mecanismos específicos para a afirmação da supremacia municipal ad intra, através do interior da empresa: neste aspecto, ocupam um lugar de destaque as orientações estratégicas, a aplicação aos gestores locais do estatuto do gestor público, o contrato de gestão com aqueles gestores e os contratos com a empresa: todos estes se revelam mecanismos ao serviço da orientação municipal da empresa*».

<sup>65</sup> Quanto aos diversos tipos de blindagem da empresa plurissocietária, cf. P. MARCELO, *A blindagem...*, cit., pp. 29 ss.

<sup>66</sup> Numa perspectiva constitucional, a imposição de um interesse público nas relações público-privadas poderia colidir com o direito fundamental da livre iniciativa económica privada (das participações privadas minoritárias). No domínio das participações exclusivamente

ao CSC demonstra que uma posição simbólica de um accionista inferior a 10% (*sleeping partner*)<sup>67</sup> limita significativamente o seu poder de influência sobre os destinos da participada<sup>68</sup>. Além disso, como já foi assinalado, se materialmente for exercida uma *influência determinante*, quer sobre os objetivos estratégicos, quer sobre as decisões importantes da adjudicatária, poderá não fazer sentido que a participação simbólica de um *partner* privado possa automaticamente excluir a subsistência de uma relação *in house*<sup>69</sup>.

Não é linear, contudo, que o *partner* privado venha a auferir, em substância, de qualquer vantagem em relação aos seus concorrentes, ao con-

---

privadas, cf. a análise de J. ANTUNES (*O artigo 480.º do CSC e a lei fundamental – “propriedade corporativa”, propriedade privada, igualdade de tratamento*, Estudos em comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2001, pp. 147 ss.) sobre a compatibilidade do art. 490.º CSC (aquisição de participações tendentes ao domínio total) com a CRP. Por outro lado, os poderes de superintendência e de tutela do Governo no exercício da sua competência administrativa sobre a Administração autónoma não são extensíveis relativamente às entidades privadas que colaborem no exercício da função administrativa (art. 199.º, n.º 1, al. d) da CRP) – cf. J. MIRANDA e R. MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 735; R. MEDEIROS (*Âmbito...*, 2008, p. 13), refere ser duvidoso que a «relação *in-house* pressuponha, necessariamente, uma ruptura radical com o modo como a Constituição, designadamente a Administração do Estado, contrapõe a administração directa à administração indirecta». Porém, como refere P. OTERO (*Vinculação...*, cit., pp. 306 ss.) no âmbito da administração indirecta privada do Estado, a unidade da Administração pode ser antes alcançada no exercício da função accionista, e não já por via dos poderes de superintendência e tutela *stricto sensu*.

<sup>67</sup> Expressão de N. RODRIGUES (*Golden...*, cit., p. 253), utilizada quanto à prossecução do interesse público através da participação social pública como estímulo à actividade empresarial privada.

<sup>68</sup> Como referiu no Ac. *Arge* o AG LÉGER, independentemente da participação dos privados na entidade adjudicatária, o que importa é garantir que a entidade adjudicante continua a exercer um controlo efectivo sobre a gestão da entidade participada, que lhe permite determinar, por si só, sem minorias de bloqueio, o âmbito e a forma da prossecução da sua actividade (n.º 63). Cf. R. MEDEIROS, *Âmbito...*, cit., p. 16; D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., pp. 210 ss.

<sup>69</sup> E, acrescente-se, mesmo quando o ente criado seja uma sociedade mista, na qual o sócio privado é escolhido mediante um procedimento pré-contratual, aquilo que teremos será uma situação onde os critérios de escolha do sócio privado poderão não ser, em princípio, «critérios de mérito técnico ou de capacidade de prestar um serviço que constituirá o objecto social da empresa: a escolha de um investidor privilegiará aspectos de natureza económica e financeira e de estabilidade institucional, mais do que razões de adequação à prestação do serviço – nas situações onde o ente público permanece accionista maioritário da empresa o sócio privado serve pouco mais do que para fornecer capital de risco»; cf. M. RAIMUNDO, *As empresas públicas nos Tribunais administrativos*, Almedina, 2007, p. 185.

trário do que o TJUE faz crer no Ac. *Stadt Halle* (n.º 51). Na realidade, a Administração pode constituir uma empresa de capitais maioritariamente públicos, associando-se a entes privados e, simultaneamente, atribuir a essa empresa um contrato ou uma concessão sem que a empresa privada aufera de qualquer vantagem relativamente aos seus concorrentes, se a aquisição daquela participação privada tiver sido precedida de um procedimento pré-contratual, e se a realização de uma determinada tarefa se incluir no âmbito das suas atribuições<sup>70</sup>. Assiste-se aqui à concorrência *pelo mercado* na altura da realização do concurso para a celebração do contrato de sociedade.

Além disso, embora no âmbito das directivas o contrato de sociedade não seja um dos contratos abrangidos, o CCP foi mais além e integrou o contrato de sociedade entre aqueles cujas prestações estão submetidas à concorrência do mercado (art. 16.º, n.º 2, al. f)), exceptuando-o nos casos em que o capital social se destine a ser exclusivamente detido pelas entidades adjudicantes referidas no art. 2.º, n.º 1 (art. 5.º, n.º 4, al. d))<sup>71</sup>.

Posto isto, os dois concursos não apresentam individualidade suficiente neste caso específico, pois seria contraditório com os elementares princípios da lógica, razoabilidade e economia da actuação da Administração, os poderes públicos constituírem uma sociedade onde tivessem a maioria do capital social e depois abrirem um concurso para a adjudicação de um contrato ou concessão em que iriam apresentar-se na qualidade de concorrentes<sup>72</sup>.

Têm sido elencadas duas condições que precisam a desnecessidade de observar o *duplo procedimento*: a identificação clara e precisa do objecto da empresa no contrato de sociedade e a restrição do objecto da empresa ao anunciado no procedimento de selecção<sup>73</sup>. Caso a entidade pública preten-

<sup>70</sup> Cf. N. RODRIGUES, "Golden...", cit., p. 177.

<sup>71</sup> Embora, desde logo por força expansiva da jurisprudência do Ac. *Telaustria*, a escolha do parceiro privado estaria em princípio sujeita à obrigação de transparência, publicidade adequada, e imparcialidade no procedimento de adjudicação. Cf. R. MEDEIROS, *Âmbito...*, cit., p. 16.

<sup>72</sup> Esta solução é igualmente consagrada na Alemanha, em que os contratos de sociedade e de venda de participações públicas a entidades privadas estão sujeitos ao âmbito de aplicação objectiva do *Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Cf., para mais desenvolvimentos, W. JAEGER, *apud* D. PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, DPCE, II, 2006 pp. 803 ss. (pp. 812 ss.).

<sup>73</sup> Na realidade, o TJUE tem defendido que qualquer modificação substancial que abranja o objecto do contrato ou da concessão deve ser equiparada à celebração de um novo

desse “delegar” novas funções, tal extravasaria o contratualizado pelo que teria de se dirigir ao mercado para seleccionar um parceiro com imparcialidade e neutralidade, sendo que a empresa mista se poderia apresentar a concurso e “tentar a sua sorte”<sup>74</sup>.

Por forma a evitar os problemas decorrentes de um *duplo procedimento*, a *Comunicação interpretativa da Comissão* veio aventar a possibilidade de o parceiro privado ser seleccionado «no âmbito de um procedimento transparente e concorrencial, cujo objecto 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»<sup>75</sup>.

Recentemente, o TJUE no Acórdão *Acoset* veio reconhecer que se os critérios que presidiram à selecção do *partner* privado (num procedimento pré-contratual que tenha respeitado os princípios do Direito Comunitário) não se basearem apenas nos «capitais injectados mas também na capacidade técnica desse sócio e nas características da sua proposta tendo em conta as prestações específicas a fornecer, e que a esse sócio seja confiada (...) a actividade operacional do serviço em questão e, portanto, a gestão deste», então a promoção de um segundo procedimento não se justifica (n.º 60)<sup>76</sup>.

---

contrato, designadamente a prorrogação do prazo de vigência de um contrato anterior, implicando a abertura de um novo procedimento concursal para permitir que outros operadores económicos tenham a possibilidade de apresentar propostas para a prestação do mesmo serviço – cf. Ac. *ASM Brescia* (C-347/06). Embora o TJUE no Ac. *pressetext* (C-454/06) tenha admitido que certas alterações contratuais, mesmo sendo substanciais, face às especialíssimas circunstâncias do caso, não consubstanciariam uma *nova adjudicação* do contrato na acepção da Directiva n.º 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992 – cf. a anotação deste Ac. de P. GONÇALVES, *Acórdão pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*, CJA, n.º 73, 2009, pp. 11 ss. (pp. 16 ss.).

<sup>74</sup> Cf., no sentido da equiparação substancial do concurso para a adjudicação dos dois contratos, J. AMORIM, *As empresas públicas no direito português – em especial as empresas municipais*, Almedina, 2000, p. 21; P. GONÇALVES, *Regime...*, cit., p. 187; M. RAIMUNDO, *As empresas...*, cit., pp. 183 ss.; E. SCOTTI, *Le società...*, cit., p. 672; R. PERIN e D. CASALINI, *L'in house...*, cit., p. 88.

<sup>75</sup> Cf. *Comunicação interpretativa...*, cit., pp. 6 ss.

<sup>76</sup> Com se referiu no Ac. *Acoset*, «o recurso a um duplo procedimento de selecção do parceiro privado da sociedade de capital misto, primeiro, e de atribuição da concessão à referida sociedade, seguidamente, seria de molde a dissuadir as entidades privadas e as autoridades públicas de constituírem parcerias público-privadas institucionalizadas, como a que está em causa no processo principal, devido à duração inerente à execução de tais procedimentos e à incerteza jurídica no que respeita à atribuição da concessão ao parceiro privado previamente seleccionado» (n.º 61).

Neste sentido, poderemos falar de uma “equiparação substancial” de procedimentos, pelo que, embora a entidade adjudicante, como vimos, não exerça um controlo de tipo *in house*, não necessita de submeter o contrato a um procedimento pré-contratual precisamente por este já estar “consumido” aquando da realização do procedimento para a celebração do contrato de sociedade<sup>77</sup>.

#### **4. Segundo requisito: realiza o essencial da sua actividade em benefício da entidade adjudicante**

##### **4.1. Critérios de delimitação do *essencial da actividade***

O art. 5.º, n.º, 2, al. b) do CCP limita-se a reafirmar, novamente na esteira da jurisprudência comunitária, a exigência de que o co-contratante desenvolva o essencial da sua actividade em benefício da entidade adjudicante, deixando em aberto a questão do significado da medida da *essencialidade*.

Na perspectiva comunitária, a análise da actividade do co-contratante destina-se a aferir se a entidade em causa actua como as outras empresas no mercado ou se está fortemente ligada ao poder público, comportando-se como um *operador dedicado*, no sentido em que a actividade que realiza ou os contratos que celebra com a entidade adjudicante podem ser equiparados a operações internas, o que justifica uma excepção à sujeição às regras da contratação pública<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> No Ac. *Acoset* o TJUE veio salientar que o «recurso a um duplo procedimento de concurso seria dificilmente compatível com a economia processual que inspira as parcerias público-privadas institucionalizadas (...) cuja criação reúne numa só diligência a escolha de um parceiro económico privado e a atribuição da concessão à entidade de capital misto a criar exclusivamente para esse fim» (n.º 58); Cf. D. SIMON, *Marchés de services et concessions de services publics*, Europe, n.º 12/2009, p. 24; S. ARROWSMITH, *apud* T. KAARRESALO, *Application...*, cit., p. 247;

<sup>78</sup> Cf. E. FÂTOME e A. MÉNÉMÉNIS, *Concurrence...*, cit., pp. 71 ss.

A coerência da jurisprudência exige ainda que se diga que se uma entidade submetida a um *controlo análogo* pode prestar os seus serviços à “entidade-mãe” sem sujeição à concorrência, «*não pode, sob pena de duplicidade, gozar das mesmas regras da contratação dos sujeitos privados quando contrata, ela própria, com privados*»<sup>79</sup>.

A prática decisória do TJUE tem demonstrado que este segundo requisito tem assumido por vezes um relevo meramente secundário e complementar, só sendo accionado caso tenha sido dado como provado que o requisito insito no art. 5.º n.º 2 al. a) se encontra preenchido<sup>80</sup>. Além do mais, a correcta interpretação deste requisito pressupõe ainda o seu preenchimento positivo, no sentido em que a entidade adjudicatária terá de realizar o essencial da sua actividade com a entidade adjudicante, não sendo suficiente que não realize o essencial da sua actividade com terceiros<sup>81</sup>.

Na realidade, o co-contratante, na medida em que tem o seu volume de negócios “assegurado” pela entidade adjudicante, sem ter de competir com outras entidades para conquistar uma “quota de mercado”, não pode beneficiar da mesma margem de autonomia no exercício da sua actividade para privados<sup>82</sup>. Agora, se é certo que o TJUE não exige de todo o modo que seja prestada a totalidade da actividade, também não identifica, em substância, o que se deve entender por *essencial da actividade*<sup>83</sup>.

Desde logo, julgamos que este segundo critério deva ser apreciado não só através de uma fórmula quantitativa mas, antes também conjugado com uma análise qualitativa<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Cf. M. RAIMUNDO, *As empresas...*, cit., p. 192.

<sup>80</sup> Embora esta asserção não seja necessariamente líquida, pois, o TJUE só se pronuncia sobre o objecto do pedido prejudicial suscitado pelo órgão jurisdicional nacional, que pode incidir somente sobre a interpretação de um dos requisitos das relações *in house* (v. Ac. *Coditel Brabant*).

<sup>81</sup> Neste sentido, D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 344.

<sup>82</sup> Pode acontecer também que o próprio legislador declare expressamente a «*técnica da personificação do ente instrumental*» e posicione o co-contratante como exclusivo ou preferencial da Administração pública (que o criou) de forma a assegurar a sua sustentabilidade económica e financeira, M. RAIMUNDO, *As empresas...*, cit., pp. 192 ss.

<sup>83</sup> Neste sentido, cf., C. VIANA, *A participação...*, cit., p. 50 e *id.*, *Contratos...*, cit., p. 37.

<sup>84</sup> Cf. Ac. *Carbotermo* (n.º 64); C. VIANA, *Os princípios...*, cit., p. 480; D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 245.

#### 4.2. Critério quantitativo

Neste contexto, tem sido defendido, por alguns autores, um critério objectivo que define que a entidade adjudicatária deve prestar mais de 80% da sua actividade à entidade adjudicante, na média dos últimos três anos, por aplicação analógica do art. 23.º, n.º 3, da Directiva n.º 2004/17/CE (que corresponde ao art. 13.º, n.º 3, do CCP). Por razões de segurança jurídica, há quem considere que se a entidade adjudicatária exceder cerca de 80% da sua actividade em prol da entidade adjudicante poder-se-á considerar verificado o requisito<sup>85</sup>.

Outro ponto, que foi sendo alvo de controvérsia na doutrina, assentou na questão de saber se, no caso de a entidade adjudicatária ser controlada conjuntamente por várias entidades adjudicantes, o *essencial da actividade* tenha de ser realizado para a entidade adjudicante que exerce *in casu* o controlo *in house* ou conjuntamente para todas aquelas. O TJUE, nos Acs. *Carbotermo e Asemfo*, veio determinar que o requisito do «essencial da actividade» estava verificado em relação a todas as entidades adjudicantes no seu conjunto. Neste último Acórdão, constatou-se que a entidade adjudicatária realizava em média mais de 55% da actividade em prol das Comunidades Autónomas e cerca de 35% a favor do Estado, pelo que se julgou que aquela entidade desenvolvia o *essencial da actividade* para o conjunto das entidades que a detinham<sup>86</sup>.

A redacção da al. b) vem acolher esta posição firmada pelo TJUE, pelo que, no caso de várias entidades adjudicantes deterem o controlo conjunto, se deve computar o volume de negócios da actividade prestada em relação a todas elas. No fundo, a aferição do *essencial da actividade* terá de ser objecto de uma apreciação casuística, sendo muito difícil atribuir um *quantum* objectivo<sup>87</sup>. Assim, *de jure*, o cumprimento deste critério deverá traduzir-se no facto de a entidade adjudicatária desenvolver fundamentalmente e de forma

<sup>85</sup> Cf. G. TAVARES e N. DENTE, *Código...*, cit., p. 70; C. TESSAROLO, *apud* M. RAIMUNDO, *As empresas...*, cit., p. 180; contra a aplicação analógica do artigo 23.º, n.º 3 da Directiva, v. T. KAARRESALO, *Procuring...*, cit., p. 253.

<sup>86</sup> Cf. D. SIMON, *Contrats «in house»*, Europe, n.º 10/2008, 2008. p. 26; D. MCGOWAN, *A contract...*, cit., p. NA206.

<sup>87</sup> Embora, em última análise, esse *quantum* deva representar sempre mais de 50% do seu volume de negócios na média dos últimos três anos – cf. R. PERIN e D. CASALINI, *L'in house...*, cit., pp. 83 ss.

inegavelmente maioritária a sua actividade para a entidade adjudicante<sup>88</sup>, admitindo-se que aquela exerça uma actividade com carácter marginal com outros operadores diferentes dos organismos que as detêm<sup>89</sup>.

#### 4.3. Critério qualitativo

A adição de uma dimensão qualitativa coloca a questão de saber se a parcela significativa e mais importante da actividade da entidade adjudicatária contempla todos os segmentos de actividade que são desenvolvidos pela entidade adjudicatária, ou só o segmento ou segmentos de actividade relevantes que estão em causa no tipo de relações que são desenvolvidas com a entidade adjudicante.

É curial que a entidade adjudicatária tenha de ser *dedicada* à entidade adjudicante em todos os segmentos de actividade em que actue, independentemente de desenvolver ou não toda a sua actividade para com ela<sup>90</sup>.

Por identidade de razão, a entidade adjudicatária deve realizar o essencial da sua actividade no raio de acção geográfico em que a entidade pública exerça as suas competências, isto é, o *essencial* (em termos qualitativos e quantitativos) *da actividade* realizada pela entidade adjudicatária deve estar assegurado em todos os mercados em que a entidade adjudicante possa actuar<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Cf. L. PERFETTI (*Miti...*, cit., p. 422), que exemplifica o caso de uma previsão estatutária (só modificável com uma maioria que não exceda os direitos de voto da entidade adjudicante) por força da qual a empresa em causa só possa prestar serviços à entidade adjudicante e não possa cumprir qualquer outra prestação nem outro compromisso sem autorização daquela.

<sup>89</sup> Cf. Acs. *Carbotermo* (n.º 63) e *Sea Srl* (n.º 80).

<sup>90</sup> Por exemplo, se o contrato a adjudicar se referir à captação de águas, não basta que neste sector de actividade a entidade adjudicatária exerça o essencial da sua actividade para com a entidade adjudicante, mas urge também que em relação a qualquer outro sector de actividade em que a entidade adjudicatária actue (por exemplo o sector dos resíduos) esta realize o essencial da sua actividade em benefício daquela entidade adjudicante. Cf. D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., pp. 345 e 346.

<sup>91</sup> Por exemplo, no caso das empresas municipais ou intermunicipais, o essencial da sua actividade deve ser naturalmente realizado na área de incidência dos municípios que a detêm; do mesmo modo, no caso das empresas públicas, o essencial da sua actividade deverá ser realizado, por via de regra, em todo o território nacional. Porém, como referiu a AG J. KOKOTT nas conclusões formuladas a propósito do Ac. *Parking Brixen*, «a simples circunstância de

No fundo, esta segunda condição estará satisfeita se se verificar que a parte mais importante dos recursos humanos, técnicos, económicos e financeiros da entidade adjudicatária está ao serviço da entidade adjudicante, que é indubitavelmente o principal garante da sua subsistência comercial ou o seu principal “cliente”.

A juntar a este critério, foi aventado um outro sub-critério pelo AG GEELHOED nas conclusões que formulou a propósito do Ac. *Asemfo* (n.ºs 66 a 70, 111, 116), em que defendeu que a realização do essencial da actividade para com a entidade adjudicante não seria *de per se* suficiente para proteger a concorrência. Assim, de forma a evitar o financiamento cruzado de actividades, impor-se-ia, em abono das regras decorrentes do TFUE (art. 106.º, n.º 1) e nomeadamente do princípio da transparência, discriminar contabilística e financeiramente as operações que fossem realizadas em mercado aberto e em mercado fechado<sup>92</sup>.

Da nossa perspectiva, outra visão não se coaduna com a defesa do princípio da concorrência, pelo que nesta sede não se deve ter por segmentado qualquer mercado do produto independentemente do sector que seja objecto da relação *in house*, embora se devam ter por compartimentadas as operações que sejam realizadas em mercado aberto e em mercado fechado.

## 5. Carácter de permanência

Os dois requisitos acabados de referir têm ainda de ser verificados com carácter de permanência. O TJUE no Ac. *Mödling* afirmou que as entidades adjudicantes não podem «*recorrer a manobras destinadas a dissimular a adjudicação de contratos públicos de serviços a empresas de economia mista*» (n.º 42). O mesmo é dizer que se por alguma circunstância superveniente sobrevier algum factor que descaracterize a relação *in house*, esta não subsistirá, pelo

---

o objecto estatutário de uma sociedade anónima (...) ser amplo do ponto de vista material e, do ponto de vista geográfico, também permitir o exercício da actividade além das fronteiras do município não exclui, em todo o caso, que a sociedade anónima realize o essencial da sua actividade para o município que a detém» (n.º 85).

<sup>92</sup> Cf. D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 346.

que deve submeter-se o contrato ou a concessão em causa ao competente procedimento pré-contratual<sup>93</sup>.

Para esse efeito, a entidade adjudicante tem de provar e alegar, *prima facie*, os factos constitutivos que consubstanciam a existência de uma relação *in house* com outra entidade<sup>94</sup>. Porém, admitimos que a entidade adjudicante pode beneficiar de uma presunção, apadrinhada pela legislação em causa e pelo teor dos estatutos, do regulamento, ou do acordo parassocial da outra entidade, enfim, *de jure*, de que a situação cumpre os requisitos da relação *in house*<sup>95</sup>. O *onus probandi* em relação à falta do cumprimento do requisito *in house* no âmbito da adjudicação de uma série de contratos ou concessões, *a posteriori*, poderá consubstanciar facto impeditivo ou modificativo do direito invocado, pelo que não cabe à entidade adjudicante fazer prova negativa<sup>96</sup>.

Ilustrativo desta ponderação, no Ac. *Comissão c. Itália*, o TJUE debruçou-se sobre uma acção por incumprimento proposta pela Comissão com fundamento na violação do Direito Comunitário por um município italiano, dado que este mantinha alegadamente uma relação *in house* com uma empresa municipal que seria também participada por duas empresas com interesses privados. A final, o TJUE veio absolver a Itália com fundamento no facto de a Comissão não ter conseguido provar que as participações daquelas duas empresas prosseguiriam interesses privados (n.º 30)<sup>97</sup>.

## 6. Algumas especificidades das relações *in house* nos sectores especiais

### 6.1. A restrição do âmbito de aplicação da Parte II do CCP nos sectores especiais

A contratação pública nos sectores especiais está abrangida pela Directiva 2004/17/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de

<sup>93</sup> Cf. E. FATÔME e A. MÉNÉMÉNIS, *Concurrence...*, cit., p. 72.

<sup>94</sup> Cf. Acs. *Stadt Halle* (n.º 42), *Parking Brixen* (n.º 63) e *ANAV* (n.º 26); D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 156.

<sup>95</sup> Neste sentido, cf. C. TVARNO, *A critique...*, cit., p. 20.

<sup>96</sup> Respigando a terminologia utilizada no art. 342.º do CC.

<sup>97</sup> Cf. A. BROWN, *The ECJ upholds an Italian Municipality's Reliance on the Tèckal exemption for in-house contracts: a note on Commission v Italy (C-371/05)*, PPLR, n.º 18, 2009, pp. NA6 ss. (p. NA7).

contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais<sup>98</sup>. Em conformidade, o CCP veio proceder à transposição *qua tale* daquela directiva (cf. Título II da Parte I) prevendo no art. 7.<sup>o</sup><sup>99</sup>, uma outra categoria de entidades adjudicantes para lá das mencionadas no art. 2.<sup>o</sup> e que ficam igualmente submetidas à Parte II do Código, embora com um regime mais flexível<sup>100</sup>.

De uma leitura desgarrada dos arts. 13.<sup>o</sup> e 14.<sup>o</sup> do CCP (que correspondem, *mutatis mutandis*, ao art. 23.<sup>o</sup> da Directiva), parece-nos que no âmbito da contratação dos serviços em regime especial se adoptou uma formulação *sui generis* das relações *in house*, isto é, estabeleceu-se uma excepção à obrigatoriedade de submissão às regras da contratação pública dos contratos referidos nos arts. 11.<sup>o</sup> e 12.<sup>o</sup> que sejam celebrados com empresas que se encontram numa relação “especial” com a entidade adjudicante<sup>101</sup>. Estes dois preceitos

---

<sup>98</sup> Que são, por tradição, os sectores que desempenham um papel fundamental na satisfação de necessidades essenciais das populações. Por essa razão estes serviços são de interesse económico geral e, como tal, a sua prestação deve ser assegurada, de forma directa ou indirecta, pelo Estado e obedecer a um conjunto de obrigações de serviço público, tais como a universalidade, a continuidade, a qualidade, a acessibilidade de preço e a protecção do utilizador e do consumidor – Cf. Livro Verde sobre os SIEG, COM/2003/027, final § 49; para uma análise das obrigações de serviço público, cf. P. GONÇALVES e L. MARTINS, *Os serviços...*, cit., pp. 207 ss.; M. ESTORNINHO, *Direito...*, cit., 2006, pp. 79 ss.; J. DA SILVA (*Mercado...*, cit., pp. 217 ss.), que refere que os SIEG visam assegurar a articulação entre os valores do mercado e dos interesses gerais, pelo que o cumprimento das regras da concorrência não pode implicar que se satisfaçam todos os interesses gerais, sendo por isso necessário “impor” limitações à concorrência por motivos de interesse público (art. 106.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 2 TCE).

<sup>99</sup> O art. 7.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 1 al. a) do CCP veio essencialmente abranger quaisquer empresas (estatais ou municipais) que, nos termos do art. 2.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 2 do CCP, operem nos sectores especiais e que, não sendo qualificáveis como organismos de direito público, actuam numa situação de concorrência com os restantes operadores económicos; na al. b) do mesmo art. pretendeu-se abarcar as empresas privadas que operam nos sectores especiais, que reservam para elas as actividades exercidas e que afectam de forma substancial a capacidade de outras empresas exercerem essas mesmas actividades; por último, na al. c) do referido art. vieram incluir-se quaisquer pessoas colectivas constituídas exclusivamente pelas entidades públicas previstas em a) e b) ou que sejam por elas maioritariamente financiadas, sujeitas ao respectivo controlo de gestão ou quando tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, por elas designado. Cf. G. TAVARES e N. DENTE, *Código...*, cit., pp. 75 ss.

<sup>100</sup> Cf. Art. 33.<sup>o</sup> do CCP, em correspondência com o disposto no art. 40.<sup>o</sup> da Directiva.

<sup>101</sup> Cf. R. MEDEIROS, *Âmbito...*, cit., pp. 16 ss.

vêm prever dois requisitos de verificação cumulativa, sendo que o primeiro se basta com a verificação de uma de duas condições, a saber, se as contas anuais da co-contratante estiverem inseridas no perímetro de consolidação das contas anuais da entidade adjudicante<sup>102</sup> ou (caso a entidade adjudicante não esteja abrangida pela 7.ª directiva) se esta última exercer uma influência dominante sobre aquela (nas hipóteses vertidas nas als. a) a c) do art. 14.º do CCP), então a co-contratante poderá ser considerada como uma empresa associada para efeitos de aplicação do art. 13.º n.º 1 als. c) a f) do CCP. Essa consideração revela que a Parte II do CCP não será aplicável precisamente por a empresa associada não ser mais do que um *veículo* societário ao serviço da entidade adjudicante (nos termos do art. 7.º) mas que, em substância, sobre ela exerce uma *influência dominante* (e não *determinante*) sobre os objectivos estratégicos e as decisões importantes da sociedade dominada.

Além disso, para o preenchimento do segundo requisito, pelo menos 80% da média do volume de negócios da empresa associada nos últimos três anos terá de ser realizado «*em matéria de obras, de bens móveis ou de serviços, consoante o caso, [seja proveniente] da realização dessas obras, do fornecimento desses bens ou da prestação desses serviços à entidade à qual se encontra associada ou, caso a empresa associada esteja constituída há menos de três anos, desde que esta demonstre, nomeadamente por recurso a projecções da sua actividade, que o volume de negócios é credível*» (art. 13.º, n.º 3, do CCP).

Quer isto dizer que – e embora o Código não recorra à terminologia geral das relações *in house*, exclusiva para as entidades públicas – a não aplicação da Parte II do CCP às entidades adjudicantes que operem nos sectores em regime especial deve-se ao facto de a empresa associada estar submetida a um tipo de controlo societário *reforçado* (relação de grupo) e por desenvolver o essencial da sua actividade em benefício da sociedade-mãe, ali entidade adjudicante.

Neste contexto, o legislador estipulou, compreensivelmente, condições determinadas e objectivas que dispensam uma entidade adjudicante (que opta por, na lógica da sua organização empresarial, recorrer a uma mera filial

---

<sup>102</sup> Cf. arts. 508.º-A ss. do CSC. O art. 508.º-A n.º 1 remete para a “lei” a determinação das sociedades obrigadas à consolidação de contas, cuja matéria consta do DL n.º 238/91, de 2 de Julho (tal como alterado pela legislação que se lhe seguiu), que procedeu à transposição da 7.ª Directiva n.º 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho. Cf. as anotações de A. MENEZES CORDEIRO *in Código das Sociedades...*, cit., pp. 1235 ss.

ou pura criação instrumental para a satisfação das suas necessidades) de submeter a celebração de um contrato com uma empresa associada a qualquer tipo de procedimento pré-contratual<sup>103</sup>.

## 6.2. A assunção das relações *in house* no sector das águas em particular

O processo de liberalização do SAASAR começou verdadeiramente a ser levado a cabo com a entrada em vigor do DL n.º 379/93, de 5 de Novembro<sup>104</sup>, que veio possibilitar a abertura, ainda que em termos bastante limitados, à participação de empresas de capitais privados através de concessões<sup>105</sup>. Para o efeito, aquele DL veio estabelecer um regime dualista de gestão e exploração do SAASAR, seguindo uma distinção inovatória entre sistemas municipais (sistemas “em baixa”) e sistemas multimunicipais (sistemas “em alta”)<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Refira-se que a qualificação de uma empresa associada poderá estar dependente do controlo individualizado da Comissão Europeia, ao abrigo do art. 15.º, n.º 1, do CCP. O conceito de empresa associada é também utilizado pela Comissão Europeia noutros contextos, por exemplo, na Recomendação da Comissão de 6 de Maio de 2003 relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (art. 3.º, n.º 3), publicada no JOUE (L 124/36), no dia 20 de Maio de 2003.

<sup>104</sup> Alterado posteriormente pelo DL n.º 103/2003, de 23 de Maio.

<sup>105</sup> Embora a “porta” tenha sido aberta por via das alterações à lei de delimitação de sectores introduzidas pelo DL n.º 372/93, de 29 de Outubro; posteriormente, a Lei n.º 88-A/97, de 24 de Julho, veio regular o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, salvo quando concessionadas, entre elas à «*captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso dos sistemas multimunicipais e municipais*» (art. 1.º, n.º 1, al. a)).

<sup>106</sup> O art. 1.º do DL fornece a definição destes dois sistemas: «2. São sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional (...); 3. São sistemas municipais todos os demais não abrangidos pelo número anterior, bem como os sistemas abrangidos através de associações de municípios.» Tendencialmente, os sistemas multimunicipais correspondem a situações em que se pretende resolver questões estratégicas relativas ao saneamento básico de vários municípios e os sistemas municipais respeitam à parte dita “retalhista”, relativa à rede de distribuição domiciliária de água ou à rede de recolha de águas residuais e de resíduos urbanos. Esta dualidade de sistemas teve como finalidade assegurar a implementação de soluções integradas envolvendo

No que concerne à gestão dos sistemas municipais veio prever-se que esta poderia ser efectuada directamente pelos respectivos municípios ou associações de municípios ou através de concessões de serviço público, mediante concurso público, a uma entidade pública ou privada de natureza empresarial, bem como a associações de utilizadores (art. 6.º do DL n.º 379/93)<sup>107</sup>.

Por outro lado, relativamente a gestão e exploração dos sistemas multimunicipais poderia ser «efectuado pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidade pública de natureza empresarial ou a empresa que resulte da associação de entidades públicas, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social, com entidades privadas» (art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 379/93)<sup>108</sup>. Relativamente a este último ponto, a questão que se colocou desde logo foi a de saber em que medida é que este tipo de exigências que determinava a previsão de concessões (*ope legis*) não precedidas de concurso seria compatível com o direito comunitário<sup>109</sup>. De facto, as concessões no âmbito dos sistemas multimuni-

---

vários municípios, obviando as dificuldades sentidas de ordem técnica e financeira, visando a geração de economias de escala no investimento e na exploração. Para uma caracterização deste regime jurídico, Cf. Recomendação da AdC n.º 2/2006 relativa ao funcionamento dos SAASAR, disponível em [www.concorrencia.pt](http://www.concorrencia.pt); F. MAÇÃS, *Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos*, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Almedina, 2009, pp. 507 ss. (pp. 512 ss.); V. MOREIRA e F. OLIVEIRA, *Concessão de sistemas multimunicipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos*, Estudos de Regulação Pública, I, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2004, pp. 9 ss.; R. GOUVEIA, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Direito Público e Regulação, CEDIPRE, II, Coimbra Editora, 2001, pp. 96 ss.; R. CARVALHO, *As concessionárias dos sistemas multimunicipais (nova figura no domínio das águas)*, DJ, II, 1997, pp. 221 ss.; G. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico privati*, DPCE, IV, 2004, pp. 1871 ss. (p. 1916).

<sup>107</sup> Normalmente as concessões seriam através da modalidade de *affermage* (arrendamento de serviço público) nas situações em que a entidade privada recebe dos utentes a tarifa devida pelos serviços prestados, mas paga à entidade pública uma renda pelo uso dos bens que lhe são confiados – cf. F. MAÇÃS, *A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, 2008, pp. 371 ss. (pp. 380 ss.).

<sup>108</sup> Apesar de estar prevista a possibilidade do Estado gerir e explorar directamente os sistemas municipais, não consta que exista qualquer exemplo desse caso, antes tem sido adoptada a figura da concessão, delegando essa missão em empresas de capitais maioritariamente públicos, sendo concedente o MCOTA. Na generalidade dos casos, na fase da constituição das sociedades, a participação no capital social corresponde a 51% por parte da AdP e a 49% no caso dos municípios integrantes dos sistemas, cf. F. MAÇÃS, *Serviços...*, cit., p. 541; P. GONÇALVES, *Entidades...*, cit. p. 921.

<sup>109</sup> Cf. R. MEDEIROS, *A contratação...*, cit., pp. 157 ss.

cipais apresentam como traço característico o facto de os seus utilizadores serem por via de regra os municípios e não os cidadãos<sup>110</sup>. Nessa medida o Estado Português alegou que não precisaria de recorrer a qualquer expediente pré-contratual porque detinha um controlo de tipo *in house* sobre as entidades gestoras dos sistemas multimunicipais<sup>111</sup>.

Porém, reconhecendo que os poderes de direcção consagrados naquele DL poderiam ser insuficientes para obter o conforto da Comissão Europeia relativamente à não sujeição dos contratos de prestação de serviços do Estado com as concessionárias dos sistemas multimunicipais<sup>112</sup>, o Governo (através do MCOTA) veio fazer interpretação autêntica do regime do DL n.º 379/93, através do DL n.º 103/2003, de 23 de Maio, no sentido de acentuar, designadamente, os poderes do Estado, através do MCOTA, sobre as entidades gestoras. Entre outros aspectos, vieram especificar-se as missões de interesse público cometidas às sociedades concessionárias multimunicipais, enunciando-se de forma detalhada os poderes que o MCOTA exerce em relação às mesmas, como os poderes de fiscalização, autorização, suspensão e aprovação dos seus actos (cf. art. 4.º-A, n.º 10), transformando as entidades gestoras concessionárias em meros entes instrumentais do Estado, integradas na sua administração indirecta, descaracterizando, em definitivo, as concessões<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Sobre a questão de saber se as empresas gestoras de sistemas multimunicipais de água e de resíduos no seu relacionamento com os utilizadores do sistema em "alta" são *uten-tes* de serviços públicos essenciais, e por isso estão sujeitos ao âmbito de aplicação da Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro, cf. F. MAÇÃS (*São os municípios utentes de serviços públicos essenciais?*, DRL, n.º 4, 2008, pp. 4 ss.), que acaba por concluir pela negativa.

<sup>111</sup> Cf. F. MAÇÃS, *Serviços...*, cit., p. 542.

<sup>112</sup> Na realidade, a Comissão Europeia reagiu em 2001 contra o Estado Português, alegando que o regime português de adjudicação dos sistemas multimunicipais era incompatível com o direito comunitário por considerar que os contratos celebrados entre o Estado Português e as sociedades concessionárias de sistemas multimunicipais configuravam verdadeiros "contratos públicos de prestação de serviços", pelo que estariam sujeitos ao regime jurídico da contratação pública. Cf. F. MAÇÃS, *Serviços...*, cit., p. 542.

<sup>113</sup> Precisamente, o processo só veio a ser arquivado após esta alteração legislativa, não bastando para a Comissão que estas disposições estivessem nos contratos. Cf. F. MAÇÃS, *Serviços...*, cit., p. 543; R. MEDEIROS, *Âmbito...*, cit., pp. 13 ss..

É neste contexto que é aprovado o PEAASAR II<sup>114</sup> que vem assumir que o Estado detém um controlo de tipo *in house* sobre as empresas encarregadas da gestão das baixas integradas nos sistemas multimunicipais, tendencialmente exercido de forma conjunta pelo Estado (através da AdP ou das concessionárias dos sistemas multimunicipais) e pelos municípios participantes naquelas empresas<sup>115</sup>.

Com o PEAASAR II vem-se introduzir um modelo de organização do sector baseado na integração da “baixa” nos sistemas multimunicipais correspondentes (sem prejuízo da criação de novos sistemas municipais integrados com a participação do Estado, seja através da AdP, seja através das empresas concessionárias dos sistemas multimunicipais). Neste modelo, o Estado, através da AdP ou das empresas concessionárias dos sistemas multimunicipais, associa-se às autarquias com vista à criação de sistemas para a baixa em forma empresarial, integrando os respectivos activos municipais e assumindo o financiamento do investimento e a gestão das baixas, garantindo que em ambos os sistemas o Estado detém um controlo de tipo *in house* sobre as entidades dos sistemas em alta e de baixa integrados<sup>116</sup>.

Já no quadro da implementação do PEASAAR II, bem como do PERSU II<sup>117</sup>, entrou recentemente em vigor o DL n.º 90/2009, de 9 de Abril, que veio habilitar novas formas de relacionamento com os municípios, no respeito pela sua autonomia e competências próprias, tendo simul-

---

<sup>114</sup> O PEASAAR II – Aprovação do Plano Estratégico de Abastecimento de Água e Saneamento de Águas Residuais para o período de 2007-2013 – publicado no DR de 14 de Fevereiro de 2007, 2ª série, n.º 32, pp. 3922 ss., através do Despacho n.º 2339/2007. Visto actualmente como a última oportunidade de Portugal obter financiamento comunitário para o sector, prevendo a realização de avultados investimentos na vertente em “alta” (sistemas de titularidade estatal) e na vertente em “baixa” (sistemas de titularidade municipal); Cf. F. MAÇÃS, *Serviços...*, cit., p. 509.

<sup>115</sup> E, como refere P. GONÇALVES (*Entidades...*, cit., pp. 921 ss.), apesar de as sociedades concessionárias pertencerem ao sector público e de gerirem um serviço estadual, podem não ser empresas do SEE *stricto sensu*, uma vez que a lei não exige a *influência dominante* do Estado, podendo os municípios deter uma participação maioritária – «as concessionárias consubstanciam, pois entidades privadas da Administração, de natureza mista, estadual e municipal, que, nos termos do art. 6.º da LSEE, tanto podem integrar o sector empresarial do Estado como o sector empresarial municipal».

<sup>116</sup> Cf. PEASAAR II..., cit., p. 3962 ss.

<sup>117</sup> Plano Estratégico de Resíduos Sólidos Urbanos II, aprovado pela Portaria n.º 187/2007, publicada na 2.ª Série do DR de 12 de Fevereiro.

taneamente presente a exigência de segurança jurídica e de compatibilidade do novo modelo com os princípios e regras do direito comunitário, estabelecendo «o regime das parcerias entre o Estado e as autarquias locais para a exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos» (art. 1.º, do DL).

Para tal, este DL vem estabelecer que o Estado, os municípios, ou ambos, podem exercer um controlo de tipo *in house* sobre a entidade gestora, nos termos no disposto no contrato de parceria, detendo os «poderes de fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos da entidade gestora» (cf. art. 6.º, n.º 3, do DL)<sup>118</sup>.

Além disso, a entidade gestora exerce a sua actividade em regime de exclusivo<sup>119</sup>, sem prejuízo da possibilidade de exercício de actividades consideradas acessórias ou complementares, devidamente autorizadas pelo Estado e pelos municípios, e «desde que a exploração e gestão do sistema atribuído pela parceria se mantenha como a sua actividade essencial e com contabilidade própria e autónoma»<sup>120</sup> (art. 6.º, n.º 1, do DL).

Neste domínio, o legislador, em linha com as exigências impostas pela Comissão Europeia, veio estipular de forma estrita os critérios delimitadores das relações *in house*. Assim, o controlo do Estado, dos municípios, ou de ambos, sobre a entidade gestora terá de ser de tal forma incisivo que implique um controlo permanente nos seus actos de gestão, na lógica do mais exigente controlo análogo ao controlo de tipo hierárquico. Além disso, pressupõe-se que o desenvolvimento da actividade da entidade gestora seja exercido em regime de exclusivo, só podendo esta exercer qualquer outra actividade desde que autorizada pelas entidades públicas que a detêm, e desde que a actividade principal se mantenha (*de minimis*) como a sua actividade essencial.

De referir também que a decisão de constituição da parceria deverá ser antecedida de «estudos técnicos de viabilidade económica e financeira que a funda-

<sup>118</sup> Porém, nos casos em que a gestão do sistema municipal se encontre concessionada a entidade privada (art. 2.º n.º 2 do DL), o Estado e/ ou os municípios não poderão, de todo o modo, exercer um controlo de tipo *in house*.

<sup>119</sup> Cf. PEASAR II..., cit., p. 3963.

<sup>120</sup> Tal disposição já resultava, *mutatis mutandis*, do art. 4.º-A do DL 379/93, de 5 de Novembro, aditado pelo DL 103/2003, de 23 de Maio. Consagra-se, neste particular, o subcritério aventado pela AG GEELHOED nas conclusões que formulou a propósito do Ac. *Asemfo*, e de que demos conta acima.

mentam a elaborar pelo Estado e pelas autarquias locais que evidenciem as vantagens decorrentes da integração dos sistemas para o interesse nacional e para o interesse local» (art. 4.º, n.º 1, do DL) e a definição do seu âmbito deve orientar-se no «sentido da obtenção das soluções mais racionais e que apresentem maior capacidade de potenciar as vantagens da integração face a soluções que já vigorem» (art. 4.º, n.º 2, do DL).

Assim, anteriormente à constituição de uma parceria, impõe-se que o Estado e/ou os municípios justifiquem fundamentadamente a decisão de integrar os sistemas (municipais e multimunicipais), demonstrando sobretudo que a solução pode ser mais eficiente relativamente a soluções que já estejam em vigor.

Não deixa de ser elucidativo, neste caso, que a influência do Direito Comunitário venha em sentido contrário à evolução do Direito Administrativo nacional dos Estados membros (designadamente na gestão dos serviços públicos locais através de instrumentos típicos de direito privado), ao concretizar de forma demasiado rígida os critérios delimitadores das relações *in house*.

Por outro lado, é de aplaudir a consagração (aparente) de um sistema de “livre opção” (ou livre organização)<sup>121</sup>, no qual as entidades adjudicantes devem fundamentar *ex-ante* a decisão de constituição de uma parceria (art. 2.º, do DL), com base em estudos e na ponderação de interesses que demonstrem as vantagens do recurso a solução *in house*, face a soluções que já vigorem, em vez da preferência pelo *outsourcing* (art. 4.º, n.ºs 1 e 2, do DL).

## Conclusões

Aqui chegados, estamos habilitados a formular umas conclusões que pretendem sintetizar o que se foi dizendo ao longo destas páginas:

1. O Direito Comunitário não obsta a que, no âmbito do princípio da liberdade de auto-organização, a Administração opte por recorrer discricionariamente aos seus próprios serviços para a satisfação das suas necessidades, sem ter de recorrer para o efeito a qualquer tipo de procedimento concursal.

---

<sup>121</sup> De matriz anglo-saxónico, denominado *compulsive competitive tendering*. Cf. D. CAMPOS, *A escolha...*, cit., p. 348; B. AZEVEDO, *Contratação...*, cit., n. 5, p. 121.

2. Ao longo da última década a jurisprudência do TJUE tem vindo a afirmar, em contornos cada vez mais precisos, a “doutrina *in house*”, que se basta com o preenchimento de duas condições de verificação cumulativa e permanente, e que consubstancia uma excepção à aplicação das normas sobre a contratação pública relativamente à formação dos contratos.
3. Apesar de tal não constar nas directivas de transposição, o CCP veio acolher a doutrina *in house* no art. 5.º, n.º 2, determinando que a Parte II do CCP não é aplicável à celebração dos contratos em que a entidade adjudicante exerça sobre a actividade da entidade adjudicatária um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que esta última desenvolva *o essencial da sua actividade* em benefício da ou das entidades adjudicantes que sobre ela exerçam o *controlo análogo*.
4. A existência do *controlo análogo* não significa que exista necessariamente um controlo de tipo hierárquico, nem um controlo tipicamente societário, sendo decisivo que a entidade adjudicante exerça uma *influência determinante* quer sobre os objectivos estratégicos, quer sobre as decisões importantes da outra entidade.
5. O TJUE tem vindo a afirmar que a participação de um *partner* privado, ainda que de forma minoritária, frustra uma relação *in house*; o CCP nada nos diz a este respeito, embora o intérprete esteja inelutavelmente sujeito a estabelecer uma interpretação conforme desta norma com o Direito Comunitário firmado na jurisprudência do TJUE. A participação de entidades públicas é uma premissa, e não um indicador, de um controlo de tipo *in house*.
6. No novo CCP esta questão pode colocar-se com menor acuidade, visto que a abertura do capital social a uma participação de um *partner* privado terá de ser precedida por um procedimento pré-contratual. Desta forma evita-se o duplo procedimento, não tendo a entidade adjudicante de promover um novo procedimento pré-contratual relativamente à execução de tarefas já contempladas no âmbito material e temporal no contrato de sociedade.
7. Por outra banda, o CCP veio admitir *expressis verbis* que o controlo análogo pode ser exercido isoladamente ou em conjunto por uma ou mais entidades adjudicantes.
8. À luz do RJSEE e do RJSEL, o requisito da influência dominante é manifestamente insuficiente para o exercício de um controlo de

tipo *in house*. Porém, a aplicação remissiva das normas sobre sociedades coligadas às participações das entidades públicas (*maxime* as relativas ao contrato de subordinação) tende a indicar que, por definição, as entidades públicas empresariais poderão estar sujeitas a uma influência determinante por parte das entidades públicas que as detêm. Para tal, o contrato de sociedade, os estatutos, o regulamento interno ou eventuais acordos parassociais são instrumentos de regulamentação societária decisivos, susceptíveis de potenciar a existência de um *controlo análogo*.

9. Já relativamente à aferição da medida do *essencial da actividade*, a jurisprudência do TJUE indica que o seu preenchimento não só contempla uma variante quantitativa, isto é, a verificação de dados objectivos que comprovem que a empresa nos últimos anos realizou a maioria percentual relativa ao volume de negócios da sua actividade em benefício da entidade ou entidades adjudicantes que a controlam; contempla ainda uma variante qualitativa, que determina que não só a parcela da actividade que está em causa, como todas as actividades desenvolvidas pela outra entidade se dirigem essencialmente em benefício da ou das entidades adjudicantes, sem prejuízo da faculdade de poder acessoriamente desenvolver, a título meramente residual, qualquer outra actividade em benefício de terceiros.
10. Um outro sub-critério que permite complementar este segundo critério centra-se na necessidade de se proceder à discriminação contabilística e financeira das operações que sejam realizadas em mercado aberto e em mercado fechado, de forma a que só o volume de negócios realizado nas operações em mercado aberto sejam levadas em linha de conta nas actividades da entidade adjudicatária.
11. A doutrina *in house* assume especificidades no âmbito da contratação nos sectores com regime especial, precisamente por neste contexto estarem em causa outras entidades adjudicantes (art. 7.º CCP) para lá das mencionadas no art. 2.º Estas entidades adjudicantes, por serem pessoas colectivas que podem ser alvo de participações de entidades privadas, não podem tecnicamente promover relações *in house* e exercer um controlo análogo aos seus próprios serviços tal como sucede na “casa” da Administração Pública.
12. Porém, a restrição da aplicação da Parte II do CCP aos sectores com regime especial revela que uma entidade adjudicante não necessita

de submeter a formação de um contrato a um procedimento pré-contratual caso a co-contratante seja uma empresa associada, quer porque esta se encontra inserida no perímetro de consolidação das contas anuais da entidade adjudicante, quer porque esta última exerce uma *influência dominante* sobre a co-contratante (arts. 13.º e 14.º do CCP).

13. Além disso, a empresa associada terá de ser *dedicada* à sua empresa-mãe, realizando, em seu benefício, 80% do essencial da sua actividade, calculado da média do seu volume de negócios nos últimos três anos.
14. Neste contexto, para os sectores com regime especial reproduzem-se *mutatis mutandis* os critérios da relação *in house*, embora, como se assinalou, o legislador tenha feito uso de conceitos determinados que restringem a aplicação da Parte II do CCP às entidades adjudicantes que contratem com empresas associadas que desenvolvem o essencial da sua actividade em benefício daquelas.
15. No SAASAR em Portugal, a legislação mais recente vem resolver o crónico problema da possibilidade de o Estado adjudicar directamente contratos ou concessões às entidades gestoras dos sistemas multimunicipais.
16. O PEAASAR II veio preconizar uma integração dos sistemas municipais nos sistemas multimunicipais, determinando que o Estado e os municípios participantes detêm um controlo de tipo *in-house* sobre as empresas encarregadas da gestão das baixas integradas nos sistemas multimunicipais.
17. Na realidade, os poderes do Ministério de tutela definidos por via legislativa (Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de Abril) são bastante incisivos, respeitando designadamente aos poderes *de fiscalização, direcção, autorização, aprovação e suspensão de actos da entidade gestora* (art. 6.º, n.º 3, do DL).
18. Para o cumprimento do segundo requisito da doutrina *in house*, precisa-se que a entidade gestora deverá realizar a sua actividade em *regime de exclusivo*, com contabilidade própria e autónoma, embora possa desenvolver outras actividades a título meramente residual, e desde que autorizadas pelo Estado e pelos municípios participantes e desde que a exploração e gestão do sistema atribuído pela parceria se mantenha como a «*actividade essencial*» (art. 6.º, n.º 1, do DL).

19. Neste contexto, o legislador veio precisar os conceitos indeterminados que abordámos ao longo deste trabalho e que tiveram consagração específica no novo CCP. Agora, enquanto a “cláusula geral” da excepção *in house* no CCP permite acomodar a sua concretização às especificidades do caso concreto, protegendo o escopo da norma, a previsão dos requisitos da doutrina *in house* no DL n.º 90/2009, de 9 de Abril, veio, ao fim e ao cabo, fazer uma aplicação prática “conservadora” dos critérios delimitadores das relações *in house*, a partir do confronto da jurisprudência do TJUE.
20. Releva-se ainda que na decisão de constituição da parceria, se institui (aparentemente) um regime de “livre opção”, em que as entidades adjudicantes devem fundamentar a decisão de constituição de uma parceria com base em estudos e na ponderação de interesses que demonstrem as vantagens do recurso a uma solução *in house*, face a soluções que já vigorem, em vez da solicitação de bens ou serviços ao mercado (art. 4.º, n.ºs 1 e 2, do DL).

#### Jurisprudência citada do TJUE\*

- Ac. *Acoset SpA c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, de 15.10.2009 (Proc. C-196/08);
- Ac. *ASM Brescia c. Comune de Rodengo Saiano* de 17.07.2008 (Proc. C-347/06);
- Ac. *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA* de 6.04.2006 (Proc. C-410/04);
- Ac. *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, de 7.12.2000 (Proc. C-94/99);
- 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. *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado*, de 18.12.2007 (Proc. C-220/06);
- Ac. *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden e BFI Holding BV*, de 10.11.1998 (Proc. C-360/96);

---

\* Nota: todos os acórdãos (e conclusões) citados podem ser consultados em [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

- Ac. **Coditel Brabant** c. *Commune d'Uccle e Région de Bruxelles Capitale*, de 13.11.2008 (Proc. C-324/07);
- Ac. **Comissão das Comunidades Europeias** c. **Reino de Espanha**, de 13.01.2005 (Proc. C-84/03);
- 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**, de 9.06.2009 (Proc. C-480/06);
- Ac. **Comissão** c. **República da Áustria (Mödling)**, 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. **Jean Auroux e o.**, c. *Commune de Roanne*, de 18.01.2007 (Proc. C-220/05);
- Ac. **Kühne & Heitz NV e Productschap voor Pluimvee en Eieren**, de 13.01.2004 (C-453/00);
- Ac. **Mannesmann Anlagenbau Austria AG e o. e Strohal Rotationsdruck**, de 15.01.1998 (Proc. C-44/96);
- Ac. **Parking Brixen GmbH** c. *Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, de 13.10.2005 (Proc. C-458/03);
- Ac. **pressetext Nachrichtenagentur GmbH** c. *Republik Österreich (Bund), APA-OTS OriginaltextService GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, de 19.06.2008 (Proc. C-454/06);
- Ac. **RI.SAN. Srl** *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);
- 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);
- Ac. **Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH e Telekom Austria AG**, de 7.12.2000 (Proc. C-324/98).

## Siglas e Abreviaturas

A.	– Autor(a)
Ac(s).	– Acórdão(s)
AdC	– Autoridade da Concorrência
AdP	– Águas de Portugal, SGPS, S.A.
AG	– Advogado geral
Al(s).	– Alínea(s)
Art(s).	– Artigo(s)
C.	– Contra
CC	– Código Civil
CCP	– Código dos Contratos Públicos
CEDIPRE	– Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
Cf.	– Confronte
Cit.	– Citado
CJA	– Cadernos de Justiça Administrativa
CPA	– Código de Procedimento Administrativo
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CSC	– Código das Sociedades Comerciais
Dir.	– Directiva
DJ	– Direito e Justiça
DL	– Decreto-Lei
DPCE	– Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
DR	– Diário da República
DRL	– Direito Regional Local
DUE	– Il Diritto d'ella Unione Europea
FA	– Foro Amministrativo
JOUE	– Jornal Oficial da União Europeia
LAL	– Lei das Autarquias Locais – Lei Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro
MCOTA	– Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente
n.	– Nota
n.º	– Número
P(p).	– Página(s)
PCLJ	– Public Contract Law Journal
PPLR	– Public Procurement Law Review
PPP	– Parcerias público-privadas
PPPI	– Parcerias público-privadas institucionalizadas
Proc.	– Processo

- RAP – *Revista de Administración Pública*  
REDA – *Revista española de Derecho Administrativo*  
RJSEE – *Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado – Decreto-Lei n.º 558/99 de 17 de Dezembro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 300/2007 de 23 de Agosto*  
RJSEL – *Regime Jurídico do Sector Empresarial Local – Lei n.º 53-F/2006 de 29 de Dezembro*  
S(s). – *Seguintes*  
SEE – *Sector Empresarial do Estado*  
SEL – *Sector Empresarial Local*  
SIEG – *Serviços de Interesse Económico Geral*  
SAASAR – *Sectores de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais*  
TFUE – *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*  
TJUE – *Tribunal de Justiça da União Europeia*  
UCE – *Universidade Católica Editora*  
V. – *Ver*

## Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, das sociedades*, Volume II, 3.ª Edição, 2009.
- ALMEIDA, João Amaral e, *Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, I, FDUL, pp. 633 ss., 2006.
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Contratação Pública por ajuste directo: a solução para a crise?*, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 52, pp. 41 ss., 2009.
- , *Parcerias público-privadas: a experiência portuguesa*, VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, DJ, UCE, pp. 175 ss., 2005.
- AMORIM, João Pacheco de, *As empresas públicas no direito português – em especial as empresas municipais*, Almedina, 2000.
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Os grupos de sociedades, estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª Edição, Almedina, 2002.
- , *O artigo 480.º do CSC e a lei fundamental – “propriedade corporativa”, propriedade privada, igualdade de tratamento*, Estudos em comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, pp. 147 ss., 2001.
- ARDITO, Alessia, *Autotutela, affidamento e concorrenza nella giurisprudenza comunitária*, DA, n.º 3, pp. 631 ss., 2008.

- ARROWSMITH, Sue, *The past and future evolution of EC procurement law: from framework to common code?*, PCLJ, n.º 35, III, 2006.
- AYALA, Bernardo Diniz de, *O método de escolha do co-contratante da administração nas concessões de serviços públicos*, CJA, n.º 26, pp. 3 ss., 2001.
- AZEVEDO, Bernardo, *Contratação Pública e fundos comunitários*, Revista de Direito Público e Regulação, CEDIPRE, n.º 1, pp. 5 ss., 2009.
- , *Contratação in-house; entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, pp. 115 ss., 2008.
- BOVIS, Christopher, *EC Public procurement: case law and regulation*, Oxford, 2006.
- BROWN, Adrian, *The ECJ upholds an Italian Municipality's Reliance on the Teckal exemption for in-house contracts: a note on Commission v Italy (C-371/05)*, PPLR, n.º 18, pp. NA6 ss., 2009.
- CABRAL, Margarida Olazabal, *Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos*, CJA, n.º 64, pp. 15 ss., 2007.
- CADETE, Eduardo Maia, *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, Principia, 2005.
- CÂMARA, Paulo, *O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Código das Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades, pp. 9 ss., 2008.
- CAMPOS, Diogo Silva Pardiló Duarte de, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas – a adjudicação in-house em particular*, Coleção PLMJ, I, Coimbra Editora, 2010.
- CARVALHO, Raquel, *As concessionárias dos sistemas multimunicipais (nova figura no domínio das águas)*, DJ, II, pp. 221 ss., 1997.
- CASALINI, Dário – V. PERIN, Roberto.
- CAUPERS, João, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*, CJA, n.º 64, pp. 9 ss., 2007.
- CORDEIRO, António Menezes (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Almedina, 2009.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional*, CJA, n.º 70, pp. 38 ss., 2008.
- DENTE, Nuno Monteiro – V. TAVARES, Gonçalo Guerra.
- DUNLEAVY, Nathy, *Application of the Teckal Exemption in the United Kingdom: the Court of Appeal Decision in Brent LBC v Risk Management Partners Ltd*, PPLR, pp. NA237 ss., n.º 6/2009.
- ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – um olhar português*, Almedina, 2006.
- , *A fuga para o direito privado*, Almedina, Coimbra, 1996.

- , *Concessão de serviços públicos – que futuro?*, VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, DJ, UCE, pp. 21 ss., 2005.
- FATÔME, Etienne e MÉNÉMÉNIS, Alain, *Concurrence et liberte d'organization des personnes publiques: éléments d'analyse*, Actualité Juridique Droit Administratif, pp. 67 ss., 2006.
- FELIU, José Maria, *El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público*, in Revista de Administración Pública, n.º 176, pp. 10 ss., 2008.
- FERRARI, Giuseppe Franco, *Ancora sui requisiti Tèckal: la coperta è sempre più corta*, DPCE, III, pp. 1367 ss., 2006.
- , *Parking Brixen: Tèckal da totem a tabu?*, DPCE, I, pp. 271 ss., 2006.
- , *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico privati*, DPCE, IV, pp. 1871 ss., 2004.
- FERREIRA, Luís do Nascimento – V. FONSECA, Margarida Rosado da.
- FONSECA, Margarida Rosado da e FERREIRA, Luis do Nascimento, *O procedimento de controlo das concentrações de empresas em Portugal*, Coleção MLGTS, I, Almedina, 2009.
- GAFFURI, Federico, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità della società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, Diritto Processuale Administrativo, pp. 255 ss., 2000.
- GILBERTI, Biagio, *In house providing: questione vecchie e nuove*, FA, pp. 44 ss., 2006.
- GOISIS, Francesco, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, DA, n.º 3, pp. 578 ss., 2008.
- GONÇALVES, Pedro, *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*, CJA, n.º 73, pp. 11 ss., 2009
- , *Entidades privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, reimpressão, 2008.
- , *Regime Jurídico das empresas municipais*, Almedina, 2007.
- GONÇALVES, Pedro e MARTINS, Licínio Lopes, *Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador*, Estudos de Regulação Pública, I, CEDIPRE, pp. 173 ss., Coimbra Editora, 2004.
- GONZÁLEZ GARCIA, Jesus, *Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento de la normativa comunitaria de contratación (comentario 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*, RAP, pp. 217 ss., 2007.
- GOUVEIA, Rodrigo, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Direito Público e Regulação, CEDIPRE, II, Coimbra Editora, 2001.

- HEUNINCKX, Baudouin, *A note on case Commission v Italy (Case C-337/05) (Augusta Helicopters case)*, PPLR, pp. NA187 ss., n.º 5/2008.
- KAARRESALO, Toni, *Procuring in-house: The impact of the EC Procurement Regime*, PPLR, n.º 17, pp. 242 ss., 2008.
- KOTSONIS, Totis, *Application of the Teckal Exemption to a Services Concession Contract: Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale (C-324/07)*, PPLR, pp. NA73 ss., n.º 3/2009.
- , *Regulation of a contracting entity pursuing activities falling in part within the field of application of Directive 2004/18 Ing. Aigner (Case 393/06)*, PPLR, NA 197 ss., n.º 5/2008.
- , *Co-operative Arrangements between Public Authorities in the pursuit of a Public Interest Task: Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany (C- 480/06)*, PPLR, NA 212 ss., n.º 6/2009.
- LEITÃO, Alexandra, *Os contratos interadministrativos*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, pp. 733 ss., 2008.
- , *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações "in-house"*, CJA, n.º 65, pp. 12 ss., 2007.
- MAÇÃS, Fernanda, *Serviços públicos de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos*, Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?, Almedina, pp. 507 ss., 2009.
- , *A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, pp. 371 ss., 2008.
- , *São os municípios utentes de serviços públicos essenciais?*, DRL, n.º 4, pp. 4 ss., 2008.
- MADURO, Miguel Poiars, *The Chameleon State – EU Law and the blurring of the private/ public distinction in the market*, Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, I, pp. 529 ss., 2008.
- MARCELO, Paulo, *A blindagem da empresa plurissocietária*, Almedina, 2002.
- MARRAMA, Daniele, *Contributo sull' interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»*, DA, III, pp. 585 ss., 2000.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *A emergência de um novo Direito Comunitário da concorrência: a concessão de serviços públicos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLII, n.º 1, pp. 94 ss., 2001.
- V. QUADROS, Fausto.
- MARTINS, Licínio Lopes – V. GONÇALVES, Pedro.
- MATOS, André Salgado de – V. SOUSA, Marcelo Rebelo de.
- MCGOWAN, David, *A contract or not? A note on Asociación Profesional de Empresas de Reporte y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado (Case C-220/06)*, PPLR, NA204 ss., n.º 5/2008.

- MEDEIROS, Rui, Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência, CJA, n.º 69, pp. 3 ss., 2008.
- , *A contratação pública nos sectores com regime especial*, La contratación publica en el horizonte de la integración europea, pp. 164 ss, 2004.
- MEDEIROS, Rui – V. MIRANDA, Jorge.
- MELLONE, Celestina, *Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?*, FA, pp. 1172 ss., 2004.
- MÉNÉMÉNIS, Alain – V. FATÔME, Etienne.
- MESQUITA, Maria José Rangel de, *In-house: desenvolvimentos recentes na jurisprudência do T.J.C*, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 anos, Almedina, pp. 875 ss., 2007.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006.
- MOREIRA, Vital e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Concessão de sistemas multimunicipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos*, Estudos de Regulação Pública, I, CEDIPRE, pp. 9 ss., Coimbra Editora, 2004.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula – V. MOREIRA, Vital.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, *Os princípios gerais da contratação pública*, in Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, pp. 51 ss., 2008.
- OTERO, Paulo, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998.
- PERIN, Roberto e CASALINI, Dario, *Control over in-house providing organisations*, PPLR, n.º 5/2009, pp. 227 ss.
- , *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, DA, I, pp. 51 ss., 2006.
- PERFETTI, Luca R., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, DA, n.º 2, pp. 387 ss., 2006.
- , *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, DA, pp. 1161 ss., 2004.
- PRETIS, Daria de, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, DPCE, II, pp. 803 ss., 2006.
- QUADROS, Fausto de e MARTINS, Ana Maria Guerra, *Contencioso Comunitário*, Almedina, 2002.
- RAIMUNDO, Miguel Assis, *As empresas públicas nos Tribunais administrativos*, Almedina, 2007.
- RODRIGUES, Nuno Cunha, *"Golden Shares", As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*, Coimbra Editora, 2004.
- ROLIN, Frédéric, *Les étrangères dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, Actualité Juridique Droit Administratif, pp. 898 ss., 2005.

- SCOTTI, Elisa, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, DA, IV, pp. 915 ss., 2005.
- , *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazione a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, FA, pp. 666 ss., 2005.
- SILVA, José Andrade, *Código dos Contratos Públicos comentado e anotado*, Almedina, 2ª Edição, 2009.
- SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado – Serviços de interesse económico geral*, Almedina, 2008.
- SIMON, Denys, *Contrats «in house»*, Europe, p. 26, n.º 10/2008.
- , *Marchés de services et concessions de services publics*, Europe, pp. 23 ss., n.º 12/2009.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008.
- TAVARES, Gonçalo Guerra e DENTE, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos – Âmbito da sua aplicação*, Almedina, 2008.
- TVARNO, Christina, *A critique of the Commission's interpretative communication on institutionalised public-private partnerships*, PPLR, n.º 18, pp. 11 ss., 2009.
- URSI, Riccardo, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza económica tra outsourcing e in house providing*, DA, pp. 179 ss., 2005.
- , *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, Il Foro Italiano, n.º 3, pp. 134 ss., 2005.
- VALENTINO, Luigi, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, DUE, pp. 739 ss., 2005.
- VIANA, Cláudia, *A participação de entes públicos (e equiparados) como concorrentes em procedimentos de contratação pública*, CJA, n.º 75, pp. 35 ss., 2009.
- , *Contratos públicos in-house – em especial, as relações entre municípios e empresas municipais e multimunicipais*, DRL, pp. 34 ss., 2007.
- , *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007.
- , *Contratação Pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário*, CJA, n.º 52, pp. 8 ss., 2005.
- VIEIRA, Pedro Siza, *O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas*, Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, pp. 481 ss., 2008.

