

CONTRATAÇÃO *IN HOUSE*: ENTRE A LIBERDADE DE AUTO-ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E A LIBERDADE DE MERCADO

BERNARDO AZEVEDO

A "DOCTRINA" *IN HOUSE* NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA

A questão das relações *in house*, sob o notável impulso das instâncias comunitárias (com particular saliência, neste campo específico, para o papel desempenhado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia), tem vindo a transformar-se num tópico recorrente dos mais recentes estudos (nacionais ou estrangeiros) da nossa disciplina.

O interesse assim despertado deve-se, sobretudo (conforme se intentará melhor esclarecer adiante), ao seu efeito sensível sobre o poder reservado aos entes públicos de proverem à autónoma conformação da respectiva organização interna e, igualmente, ao seu forte impacto sobre os termos a que deve obedecer o relacionamento entre esses mesmos sujeitos públicos e o mercado.

De facto, de uma leitura mais ou menos intransigente dos pressupostos aplicativos da doutrina das relações *in house* vai acabar por depender o reconhecimento de uma maior latitude à Administração na definição das fórmulas mais adequadas em ordem à disciplina da sua organização interna ou, alternativamente, uma sua mais acentuada sujeição ao confronto concorrencial e, nessa medida, uma abertura, tendencialmente

geral, de toda a sua actividade de aquisição de bens e serviços a operadores económicos exteriores (em regra, privados).

É, pois, esta tensão latente entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado, conatural às relações *in house*, que justifica em larga medida a sua relevância prática, sendo que o nosso esforço se concentrará essencialmente em dar conta do compromisso entre estas duas linhas de tendência a que conduziu a jurisprudência do TJCE, sem, contudo, deixar de proceder, de igual modo, à sua análise crítica ⁽¹⁾.

Regra geral, sempre que esteja em causa a solicitação de produtos ou de serviços a terceiros operadores económicos por parte da Administração, esta última deve dirigir-se ao mercado em ordem à respectiva aquisição, seja por imperativo das normas de direito comunitário primário (normas do Tratado CE — arts. 12.º, 43.º, 49.º e 86.º), seja por força das disposições

(1) Para uma reflexão aprofundada sobre a evolução que tem sofrido a construção desta solução de compromisso entre o poder administrativo de auto-organização e a tutela comunitária da concorrência, cfr. ELISA SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, *Diritto Amministrativo (DA)*, 4, 2005, p. 915 a 922 e, ainda, p. 955 a 962, em que justamente acentua que o que começou por se afirmar como uma reserva tendencialmente absoluta dos Estados-Membros (o poder de autónoma determinação da sua estrutura organizatória interna) tem vindo, progressivamente, a conhecer uma sensível compressão em ordem à respectiva compatibilização com as exigências decorrentes de uma «economia aberta de livre mercado».

V., igualmente, em conformidade com esta linha de entendimento, E. FATÔME/A. MÉNÉMÉNIS, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse*, *Actualité Juridique — Droit Administratif (AJDA)*, 2, 2006, p. 68 a 73, que se refere a uma desconfiança, por parte das instâncias comunitárias (TJCE em particular), dos poderes públicos, pelo que se prende com a organização da sua actividade de relevância económica, atento o lugar central que no direito comunitário está destinado ao princípio da livre concorrência. Tal conduziria, inevitavelmente, a que fosse seriamente posto em causa o princípio da *neutralidade* do direito comunitário em matéria de estruturação pela Administração da sua organização interna com vista à actuação da sua missão de serviço público.

de direito comunitário derivado (directivas n.º 2004/17/CE, de 31.03.04, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e n.º 2004/18/CE, de 31.03.04, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços) (2).

(2) É este o motivo que justifica que a adjudicação de contratos de concessão de serviços públicos, não estando embora coberta pelo âmbito de incidência das directivas relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, esteja sujeita, por força da aplicação directa e imediata do Tratado, a regras mínimas de publicidade e de transparência, por forma a assegurar o respeito pelas princípios da igualdade, não discriminação em razão da nacionalidade, mútuo reconhecimento, paridade de tratamento e imparcialidade, enquanto sustentáculos de um mercado aberto e concorrencial.

Desta forma, o que adiante se dirá sobre as relações *in house* vale, por identidade de razão, para os procedimentos adjudicatórios de concessões, conforme já expressamente decidido (em vários dos seus ares-tos) pelo TJCE.

Neste sentido, de que a celebração de contratos de concessão de serviços públicos, isenta embora da aplicação das regras detalhadas constantes das directivas comunitárias relativas aos mercados públicos, fica ainda assim obrigada «a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular», v. TJCE, acórdão *Telaustria* (Processo n.º C-324/98).

O TJCE faz, contudo, questão de clarificar, no mesmo acórdão, que do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade resulta «uma obrigação de transparência que permite à entidade adjudicante assegurar-se de que o referido princípio é respeitado», sendo que esta «obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor dos potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para assegurar a abertura do mercado dos contratos de serviços à concorrência, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.»

De harmonia com esta concepção jurisprudencial, cfr., igualmente, a posição assumida pela Comissão no *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, COM (2004), de 30.04.04, com especial realce para as considerações constantes dos seus § 29 a 31 e, bem assim, na *Comunicação interpretativa da*

Trata-se, afinal, de assegurar as condições mínimas indispensáveis para a efectiva implementação de uma «dinâmica

Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI) (2008/C 91/02), de 12.04.08, em particular no seu ponto 2.1.

Pelo que se refere à extensão da aplicabilidade da dogmática das relações *in house* à adjudicação de concessões de serviço público, v. os acórdãos *Parking Brixen* (Processo n.º C-458/03) e *ANAV* (Processo n.º C-410/04) em que o TJCE sustenta justamente que «os arts. 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE, bem como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade e da transparência, não se opõem a uma regulamentação nacional que permite a um organismo de direito público adjudicar um serviço público directamente a uma sociedade cujo capital detém integralmente, desde que o organismo público exerça sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que a sociedade desenvolva o essencial da sua actividade com o organismo que a detém».

Em ordem à determinação do critério que marca a linha divisória entre o contrato público de prestação de serviços (subordinado ao regime jurídico específico definido pelas directivas relativas aos contratos públicos) e a concessão de serviços públicos (sujeita ao regime menos rigoroso decorrente da aplicabilidade directa dos princípios gerais do Tratado), cfr. o acórdão *Parking Brixen*, em que o TJCE defende que enquanto «o contrato público de serviços (...) comporta uma contrapartida que é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador de serviços», a concessão de serviços públicos importa que «a remuneração do prestador de serviços provém não da autoridade pública, mas de montantes pagos por terceiros pela utilização» do serviço prestado, daí decorrendo inelutavelmente que é ao prestador de serviços que cabe a assunção do risco pela exploração dos serviços em questão.

No mesmo sentido, cfr., ainda, BIAGIO GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, *Foro Amministrativo — Consiglio di Stato (FA)*, 2006, p. 45 e 46, que sublinha que é na transferência do «risco empresarial» para o concessionário que descansa afinal o signo distintivo da figura da concessão de serviços públicos por relação à do contrato público de prestação de serviços.

De referir, ainda, que também no caso de contratos públicos situados abaixo dos limiares comunitários fixados pelas directivas como condição necessária para a respectiva aplicabilidade (ou apenas parcialmente abrangidos pelas mesmas), há lugar para a necessária observância

concorrencial de mercado» (LUCA R. PERFETTI) ⁽³⁾, o que passa forçosamente pela concretização da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços e, bem assim, pelo respeito dos princípios, que lhes vão subjacentes, da igualdade ou paridade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

Obviamente que esta sujeição às exigências postas pela necessária construção de um mercado concorrencial, a exigir da Administração a abertura de procedimentos pré-contratuais de natureza concursal, que assegurem a igualdade de oportunidades a todos os operadores económicos potencialmente interessados em fornecer-lhe os bens ou em prestar-lhe os serviços de que a mesma carece, só subsiste nas hipóteses em que

de procedimentos mínimos de publicidade (*obrigação de transparência*), por forma a garantir a abertura do mercado à concorrência de todos os potenciais interessados, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

Este imperativo, afirmado recorrentemente pela jurisprudência do TJCE (v., a título puramente exemplificativo, o acórdão *Ben Moustén Vestergaard* — Processo n.º C-59/00), encontra-se hoje formalmente condensado na *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos* (2006/C 179/02), de 01.08.2006.

Sobre tudo isto, v., na doutrina, SUE ARROWSMITH, *The past and the future evolution of EC procurement law: from framework to common code?*, *Public Contract Law Journal (PCLJ)*, n.º 35, vol. III, 2006, p. 365 a 367; LUCA R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, *DA*, 2, 2006, p. 398 a 402 e 404 a 406 e, especificamente pelo que toca aos contratos públicos situados abaixo dos limiares definidos pelas directivas comunitárias, cfr., sinteticamente, FRÉDÉRIC ROLIN, *Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, *AJDA*, 2005, p. 901.

⁽³⁾ Por relação à expressão assinalada em texto, cfr. LUCA R. PERFETTI, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem (FA)*, 2004, p. 1168.

aquela não opte, *discricionariamente*, pelo recurso aos seus próprios serviços para, em regime de auto-produção, satisfazer, por si própria, as respectivas necessidades (4).

Na verdade, e ao invés do que sucede nos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxónica, em que as entidades administrativas são obrigadas a fundamentar a recusa de se dirigirem ao mercado para satisfazer as suas necessidades em bens e serviços, por via da demonstração das vantagens, designadamente em termos de eficácia e de eficiência, associadas ao regime de auto-produção, temos que é o próprio TJCE a reconhecer explicitamente que aquelas, enquanto poderes adjudicantes, «têm a possibilidade de cumprir as tarefas de interesse público que lhes incumbem pelos seus próprios meios, administrativos, técnicos e outros, sem estarem obrigadas a fazer apelo a entidades externas não pertencentes aos seus próprios serviços» (5) (6).

(4) V., afirmando a natureza discricionária deste poder da Administração de prover pelos seus próprios meios à satisfação das suas necessidades em bens ou serviços, RICCARDO URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, DA, 1, 2005, p. 193, 208 e 209, e ainda, em idêntico sentido, ELISA SCOTTI (n. 1), p. 926 e 959 a 962, que junta ser este um poder cujo exercício apenas conhece os limites de direito interno imediatamente decorrentes dos princípios, designadamente da *razoabilidade e da proporcionalidade*, que regulam as escolhas discricionárias de qualquer administração pública.

(5) Em ordem a uma sintética análise do sistema britânico, em que a opção pela alternativa interna ou pela externalização importa sempre uma avaliação prévia dos custos relativos associados à selecção de qualquer uma destas modalidades possíveis de exploração dos serviços públicos, cfr. GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE)*, IV, 2004, p. 1912 e 1913; DARIA DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, *DPCE*, II, 2006, p. 811, e, por fim, na doutrina francesa, E. FATÔME/A. MÉNÉMÉNIS (n. 1), p. 68.

É notória, contudo, a passagem de uma perspectiva originária de declarada preferência pelo *outsourcing* para uma outra, mais mitigada, de balanceamento entre as vantagens e desvantagens associadas, respecti-

Assim, e desde que a Administração, no contexto do exercício da sua liberdade de autónoma conformação da respectiva organização interna — «núcleo imprescindível de qualquer autonomia pública» (R. PERIN/D. CASALINI) (7) — decida

vamente, a uma gestão dos serviços públicos através de estruturas internas à Administração ou por meio de entidades que lhe sejam exteriores.

Com efeito, se, num primeiro momento, a adjudicação de um serviço a uma unidade funcional privativa da Administração implicava necessariamente a obrigação para esta última de «activar previamente um *compulsory competitive tendering*, ou seja, um procedimento no qual participavam em regime de concorrência recíproca unidades organizativas internas e operadores de mercado» (DARIA DE PRETIS), o certo é que actualmente este procedimento é precedido de uma prévia avaliação, destinada a ponderar se a redução de encargos económico-financeiros proporcionada, em regra, pela adopção de um modelo de tipo concorrencial não traz custos marginais excessivos na óptica da qualidade do serviço prestado, tendo especialmente em atenção a satisfação das expectativas e necessidades dos correspondentes utentes (*best value system*).

Só uma resposta negativa a esta questão permitirá avançar para o confronto concorrencial (*compulsory competitive tendering*), com o concomitante abandono do modelo de *direct service organisation*.

(6) Nestes precisos termos, v. a posição expressamente assumida pelo TJCE no acórdão *Stadt Halle e RPL Lochau* (Processo n.º C-26/03) e, no mesmo sentido, as considerações avançadas pelo advogado-geral J. KOKOTT à margem do acórdão *Parking Brixen* (Processo n.º C-458/03), segundo as quais «a Administração Pública permanece, sem mais, livre de desenvolver completamente as suas funções com *meios próprios*, ou seja, de as satisfazer directamente sem recorrer para o efeito às prestações de empresas — públicas ou privadas — juridicamente autónomas. Em tal caso não se encontra sequer sujeita às vinculações fixadas pelas directivas relativas aos contratos públicos ou pelo art. 86.º do Tratado CE». E isto porque «o escopo das directivas relativas aos contratos públicos é o de garantir uma escolha transparente e imparcial do respectivo contraente sempre que a Administração Pública decida desenvolver as suas atribuições por via do recurso à colaboração de terceiros. Não reentra, assim, na *ratio* da disciplina relativa à contratação pública a realização de uma privatização “furtiva”, sobretudo daqueles serviços públicos que a Administração Pública quer continuar a fornecer com meios próprios.»

(7) V., rigorosamente assim, R. PERIN/D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, DA, 1, 2006, p. 61.

proceder, através de serviços integrados na sua administração directa, à produção dos bens e serviços de que precisa, não se levantam quaisquer problemas relevantes de tutela da concorrência no quadro de uma «economia aberta de livre mercado» (ELISA SCOTTI) (8).

Situamo-nos, claramente, no âmbito de relações puramente internas, no interior de um único sujeito de direito, e por isso mesmo subtraídas, por definição, ao mercado da contratação pública, uma vez que se encontram aí ausentes as notas de *alteridade* e de *heteronomia* indispensáveis à afirmação de uma relação contratual, a qual pressupõe, em qualquer caso, um acordo de vontades entre duas entidades juridicamente distintas (*dualidade subjectiva*) (9).

As dificuldades avolumam-se, porém, quando se trata de equacionar as relações que a Administração estabelece com os seus entes instrumentais, isto é, com pessoas colectivas, públicas ou privadas, por si criadas com o objectivo de agilizar a sua actuação em ordem à satisfação das necessidades colectivas.

(8) Cfr., nestes termos, ELISA SCOTTI (n. 1), p. 916.

(9) Reforçando a ideia de que «a criação de um mercado comum e a aplicação das regras de tutela da concorrência para garantir a sua manutenção encontram o seu limite no poder de organização da Administração Pública reconhecido aos Estados-Membros pelas instituições comunitárias», devendo, todavia, perfilhar-se o entendimento de que «tal limite não representa uma derrogação à disciplina europeia da liberdade económica tutelada no mercado comum, mas antes a definição do que não é mercado», v. R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 59 a 61, que sublinham, ainda, que «a disciplina da concorrência para a adjudicação de contratos públicos e de concessões pressupõe uma relação com o mercado, mas a livre decisão administrativa de devolver-se ao mesmo não pode ser coarctada para realizar a abertura ao mercado de sectores em que a Administração Pública pretende, ao invés, recorrer à auto-produção». O *in house providing* deveria, assim, ser interpretado enquanto «expressão de síntese vocacionada para a tutela da escolha administrativa de auto-produzir as prestações de que necessita».

Cfr., ainda, para a defesa de idêntica posição, ELISA SCOTTI (n. 1), p. 932 e 933.

Referimo-nos, claro está, aos organismos de que se compõe a administração indirecta (institutos públicos e empresas públicas), ainda que a nossa preocupação se centre sobretudo nas empresas públicas (societárias ou não), dada a sua vocação, por excelência, para o desenvolvimento de actividades expostas à concorrência de mercado ⁽¹⁰⁾.

Nestes casos, com efeito, achar-nos-emos, ao menos potencialmente, em presença de centros autónomos de imputação de direitos e deveres, não deixando, contudo, de ser igualmente certo que em causa poderão estar simples criações instrumentais, que, apesar de dotadas de personalidade jurídica própria, mais não constituem, em última análise, do que um prolongamento natural (*longa manus*) do seu ente instituidor, cujos fins visam prosseguir.

A existência de personalidade jurídica oferece-se assim como o limiar crítico a partir do qual faz sentido aferir se o ente em questão actua (ou não) como um sujeito terceiro em relação à administração pública adjudicante. A montante, isto é,

⁽¹⁰⁾ O problema da afirmação da subsistência de uma relação *in house*, em bom rigor, só se coloca com acuidade quando nos confrontamos com o desenvolvimento, por parte dos entes públicos, de actividades dotadas de relevância económica no contexto de um mercado concorrencial. Só aí, com efeito, se torna imperativo recorrer a este instituto de matriz jurisprudencial enquanto forma de preservar o espaço de auto-organização da Administração e de garantir a sua correlativa subtracção à aplicação das regras de mercado, designadamente das relativas à contratação pública.

Quando não há este contacto com o mercado, como é o caso de algumas actividades de expressão essencialmente social, a questão não chega sequer a levantar-se, encontrando-se a Administração em condições de escolher livremente os seus co-contratantes.

Cfr., assim, ELISA SCOTTI (n. 1), p. 922 e 923 (em nota), e, sobretudo, E. FATÔME/A. MÉNÉMÉNIS (n. 1), p. 69 a 70, que empreendem uma tentativa de delimitação das áreas de actividade por natureza não económicas em que a Administração se encontraria habilitada a externalizar a sua actuação independentemente dos constrangimentos impostos pelo livre jogo das forças do mercado.

perante a ausência de personalidade jurídica, o que temos são simples unidades funcionais que devem ser assimiladas a partes integrantes da estrutura interna da organização pública. Em consequência, faltando qualquer relação contratual em sentido próprio, deve ter-se por excluída a sujeição destas relações dos entes públicos com as suas «articulações organizativas internas» (CONSIGLIO STATO) ⁽¹¹⁾ às regras de que se compõe a disciplina europeia da concorrência ⁽¹²⁾.

O *in house providing* — definido pelo TJCE, ao menos nas suas linhas vertebradoras, através do acórdão *Teckal* (Processo n.º C-107/98) — emerge assim, precisamente, como um expediente destinado a resolver os problemas suscitados pelas relações que intercedem entre a Administração matriz e os seus entes instrumentais, sempre que estes sejam obviamente dotados do atributo da personalidade jurídica.

De acordo com o TJCE teremos uma relação *in house*, que dispensa a entidade adjudicante de seguir um procedimento pré-contratual de natureza concursal em ordem à celebração de um contrato oneroso de empreitada de obras públicas, de prestação de serviços, de fornecimento de bens ou de concessão de serviços públicos, sempre que a entidade adjudicatária, embora daquela distinta sob o plano formal, não seja da mesma autónoma sob o plano decisório ⁽¹³⁾.

A afirmação da falta de autonomia substancial da entidade adjudicatária, imprescindível à assunção da natureza *in*

⁽¹¹⁾ Pelo que se prende com a expressão assinalada em texto, v. CONSIGLIO STATO, *FA*, I, 2000, p. 1329, *apud* RICCARDO URSI (n. 4), p. 190 e 191.

⁽¹²⁾ Sensivelmente nestes moldes, cfr. R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 68 e 69, que não deixam, porém, de evidenciar a tendência, claramente artificial, para operar a distinção entre as modalidades de contratos *in house lato sensu* e contratos *in house stricto sensu* ou entre adjudicações quase *in house* e *in house*, consoante o ente instrumental seja ou não dotado de personalidade jurídica.

⁽¹³⁾ É esta a fórmula que está na origem da dogmática das relações *in house*, lançada, definitivamente, ainda que em bases algo incipientes, pelo TJCE no seu acórdão *Teckal* (Processo n.º C-107/98).

house da relação estabelecida, impõe, ainda segundo o TJCE, enquanto requisitos de natureza *cumulativa* e *permanente* (i) que o poder adjudicante actue sobre aquela um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços e, além disso (ii) que a entidade adjudicatária realize o *essencial da sua actividade* para a ou as entidades (adjudicantes) que a controlam (cfr., no mesmo sentido, o art. 5.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*), do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro) (14).

A prova da verificação, cumulativa, destes requisitos, que implicam uma derrogação excepcional às regras da contratação pública, incumbe à(s) entidade(s) beneficiária(s) da sua aplicação, devendo os mesmos, justamente em razão da sua excepcionalidade, ser objecto de uma interpretação estrita (ou restritiva) (15).

(14) Em ordem a uma primeira análise destes requisitos, v., sucintamente, LUIGI VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitária*, *Il Diritto dell'Unione Europea (DUE)*, 4, 2005, p. 750 a 758, e, entre nós, de forma bem mais desenvolvida, PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, 2007, p. 49 a 54 e 178 a 189.

No que diz respeito, especificamente, à natureza *permanente* e *cumulativa* dos pressupostos aplicativos do *in house providing*, cfr. RUI DE MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 69, p. 12, bem como os acórdãos *Teckal* (Processo n.º C-107/98) e *Comissão c. República da Áustria* (Processo n.º C-29/04) do TJCE, respectivamente pelo que toca ao carácter *cumulativo* e *permanente* dos aludidos requisitos.

Por fim, para as disposições homólogas à do nosso Código dos Contratos Públicos, v., respectivamente, para os ordenamentos jurídicos francês e espanhol, o art. 3.º, n.º 1, do *Code des Marchés Publics* e o art. 24.º da *Ley n.º 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público*.

(15) A interpretação estrita ou restritiva (conforme preferimos) destes requisitos é reclamada consistentemente pela jurisprudência do TJCE (v., neste sentido, os acórdãos *Stadt Halle e RPL Lochau* — Processo n.º C-26/03 — e *Parking Brixen* — Processo n.º C-458/03), em razão do seu carácter excepcional e derogatório dos princípios gerais do tratado em matéria de concorrência (com particular saliência para as regras que valem em

1. OS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA DOCTRINA *IN HOUSE*

2.1. Controlo análogo

O primeiro dos requisitos que concorre para assimilar ou equiparar o tratamento dispensado às relações entre a Administração e os seus entes instrumentais àquele que vale para as relações que a mesma desenvolve com os serviços integrados na sua administração directa, é, conforme referido, o da existência de uma posição de sujeição ou de subordinação da entidade adjudicatária por relação à entidade adjudicante, em termos capazes de esvaziar a primeira da sua autonomia decisória por via da respectiva submissão ao poder de orientação da segunda — *controlo análogo*.

No entanto, para que se possa concluir por uma relação de controlo análogo entre a Administração adjudicante e uma qualquer entidade dela distinta sob o plano formal, é mister que à primeira caiba um «penetrante poder de *indirizzo*» (R. PERIN/D. CASALINI) ⁽¹⁶⁾ ou um «adstringente poder de direcção» (R. URSI) ⁽¹⁷⁾ sobre a actividade da entidade sujeita ao

sede de contratação pública), e seguida, igualmente, pela doutrina, cfr. SUE ARROWSMITH (n. 2), p. 375; BIAGIO GILBERTI (n. 2), p. 50; e, ainda, PEDRO GONÇALVES (n. 14), p. 180.

⁽¹⁶⁾ V., assim, R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 76, que perspectivam o controlo análogo enquanto «expressão que individualiza o poder de influência ou ingerência de que necessita a Administração adjudicante para prosseguir os objectivos de interesse público que são causa da constituição da relação de *in house providing*».

⁽¹⁷⁾ Cfr., nestes precisos moldes, RICCARDO URSI (n. 4), p. 203, que sustenta dever ser este poder, exercido no «confronto com a sociedade *in house*, idóneo a instaurar um controlo de carácter estrutural que, dirigindo o desenvolvimento da actividade, seja igualmente capaz de determinar uma efectiva dependência formal, económica e administrativa da sociedade» que sofre a correspondente incidência.

seu poder de controlo («organização *in house*»), um poder que lhe permita exercer uma *influência determinante* (e não apenas dominante) sobre os objectivos estratégicos e as decisões vitais a tomar pela organização *in house* (18).

Só assim se torna legítimo sustentar que a entidade controlada se assume como um *meio próprio* ou como uma *estrutura interna* da entidade adjudicante, nada mais existindo, afinal, que uma simples relação de «delegação inter-orgânica» (S. COLOMBARI) (19) associada à neutralização ou diluição da personalidade jurídica própria da entidade dominada, que só subsiste em termos puramente nominais.

Na tarefa de avaliar se e em que medida se está na presença de um «absoluto poder de direcção, coordenação e supervisão» (COMISSÃO) (20), capaz de traduzir a efectiva submis-

(18) É importante deixar claro que esta *influência determinante* não se assemelha à *influência dominante* que é pressuposto da qualificação de uma determinada entidade, pública ou privada, como *organismo de direito público* — art. 2.º, n.ºs 2 e 3, do *Código dos Contratos Públicos* — e que se basta simplesmente com o (i) financiamento maioritário; (ii) controlo de gestão; (iii) ou designação, directa ou indirecta, da maioria dos titulares de um dos seus órgãos de administração, gestão ou fiscalização por parte de uma das entidades adjudicantes integradas no sector público administrativo tradicional.

V., de acordo com esta linha de entendimento, R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 75, e, ainda, PEDRO GONÇALVES (n. 14), p. 180 e 181, bem como, agora sobre a noção de organismo de direito público, VINCENZO CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, *DA*, 1, 2000, p. 13 a 39; FEDERICO GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismo di diritto pubblico*, *Diritto Processuale Amministrativo (DPA)*, 1, 2000, p. 255 a 294; e, a finalizar, DANIELE MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, *DA*, 3-4, 2000, p. 585 a 615.

(19) Cfr., assim, S. COLOMBARI, «Delegazione interorganica» ovvero «*in house providing*» nei servizi pubblici locali, *FA*, 2004, p. 1136.

(20) V., por relação a esta formulação, usada pela Comissão no processo de infracção movido contra a Itália, CELESTINA MELLONE, *Legitimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?*, *FA*, 2004, p. 1183, e também BIAGIO GILBERTI (n. 2), p. 50 (em nota).

são do adjudicatário à entidade adjudicante, a Administração (sob escrutínio dos tribunais) pode socorrer-se de uma «multiplicidade de *factores sintomáticos*, todos de carácter *substancial*» (ELISA SCOTTI), cuja conjugação (ou actuação isolada) é demonstrativa, sem mais, de que, em última análise, mais não temos do que «uma única e mesma pessoa» (21).

Entre estes factores, temos a existência de um (i) controlo hierárquico ou (ii) de financiamento ou, ainda, (iii) a atribuição de competências entre órgãos tal como se fossem objecto de simples delegação (22).

Estes factores acabam, deste modo, por funcionar como *índices semióticos* da efectiva ocorrência de um controlo análogo, bastante — desde que acompanhado, claro está, da destinação do essencial da actividade da entidade adjudicatária ao abastecimento da Administração — para furtar estas relações ao confronto concorrencial e dispensando, por esta forma, as autoridades administrativas da abertura de um procedimento pré-contratual, regra geral de matriz concursal, em ordem a permitir a apresentação por qualquer operador económico nisso potencialmente interessado de uma proposta dirigida à adjudicação do contrato em causa.

Todavia, não basta (ou poderá não bastar), para poder afirmar esta ideia de dependência decisória da organização *in house* por relação à entidade adjudicante, que esta última, no caso de sociedades participadas, ainda que integralmente, por capitais públicos, detenha a maioria do capital social, uma vez que o exercício, em sede de assembleia-geral, dos direitos de accionista (ainda que maioritário), nos termos da lei comercial, pode não se afigurar suficiente para garantir um controlo

(21) Cfr., assim, ELISA SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, FA, 2005, p. 669 e 670.

(22) Sobre estes factores, da responsabilidade dos advogados-gerais COSMAS (acórdão *Teckal* — Processo n.º C-107/98), ALBER (acórdão *RI. SAN.* — Processo n.º C-108/98) e LÉGER (acórdão *Aber Gewässerschutz* — Processo n.º C-94/99), v. ELISA SCOTTI (n. 21), p. 669.

efectivo sobre as escolhas mais relevantes da entidade controlada (23). Sobretudo, quando, como sucede cada vez mais nos módulos de gestão societária, em obediência aos modelos de *corporate governance*, os conselhos de administração são dotados de uma larga margem de liberdade de acção por relação às assembleias-gerais, segundo a lógica de que os accionistas investem e os administradores governam (24).

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

- *por vocação eminentemente comercial das sociedades por acções;*
- *amplitude do objecto social e relevante extensão territorial da sua actividade;*
- *abertura obrigatória do respectivo capital social a novos sócios;*

(23) Acentuando esta eventual insuficiência do simples exercício, designadamente em sede de assembleia-geral, dos direitos de accionista, ainda que maioritário, para consumir o controlo análogo requisitado pelo *in house providing*, cfr. LUCA PERFETTI (n. 2), p. 403; ELISA SCOTTI (n. 1), p. 936 e 937, dando conta da posição assumida pela Comissão no processo de infracção movido contra o Estado Italiano, e RICCARDO URSI (n. 4), p. 200, concluindo que nem sempre é fácil através dos instrumentos previstos pelo direito das sociedades garantir o controlo estrutural e adstringente sobre o «veículo societário» que é condição para que se possa falar com propriedade em controlo análogo.

(24) Pelo que toca a esta evolução tendencial dos modelos de *corporate governance*, em direcção a uma autonomia crescente dos conselhos de administração ao nível da gestão estratégica e operacional das entidades de carácter societário, v. RICCARDO URSI (n. 4), p. 201 e 202, bem como, no mesmo sentido, LUCA PERFETTI (n. 2), p. 421 a 424.

— *autonomia de gestão do conselho de administração, prescindindo do controlo dos accionistas maioritários* (25).

Importa, pois, a fim de implementar um controlo estrutural sobre a actividade desenvolvida pela organização *in house* de raiz societária, que a entidade adjudicante disponha de instrumentos (direitos de veto, pactos parassociais, poderes de designação de membros do conselho de administração) capazes de lhe assegurar um poder de ingerência incisivo sobre a sua gestão ordinária (decisões individuais de gestão) e não apenas extraordinária (decisões estratégicas de mercado), de forma a poder dizer-se que aquela (entidade controlada) se apresenta como uma «sociedade inteiramente cativa» (LUCA R. PERFETTI) (26) desta última (entidade adjudicante). Trata-se, no fundo, de instituir um equilíbrio de *governance* apto a «garantir *estavelmente* a efectiva influência do ente público sobre as opções de gestão da sociedade» (ELISA SCOTTI) (27).

(25) Cfr., para uma enunciação esquemática destes atributos próprios das sociedades, em que afinal se estriba a desconfiança ou cepticismo do TJCE (acórdão *Parking Brixen* — Processo n.º C-458/03) pelo que se refere à sua idoneidade para se constituírem em suportes de uma governação dos serviços públicos estruturalmente dependente da Administração adjudicante, conforme exigido pela dogmática das relações *in house*, BIAGIO GILBERTI (n. 2), p. 51, ELISA SCOTTI (n. 1), p. 929 e 952, e, ainda, R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 77. V., no entanto, num sentido algo diferente, que parece bastar-se com a condição de accionista maioritário para a afirmação do controlo análogo, desde que tal estatuto assegure uma influência determinante sobre os objectivos estratégicos e as decisões importantes da sociedade, o acórdão do TJCE - Comissão República Italiana — Processo n.º C-371/05.

(26) Ainda que não inteiramente com esta conotação, v. LUCA PERFETTI (n. 3), p. 423.

(27) Assim, cfr. ELISA SCOTTI (n. 1), p. 937.

Cumpram ainda acrescentar, pelo que se prende, imediatamente, com esta imprescindibilidade de mobilizar instrumentos adequados a garantir um controlo efectivo sobre a direcção estratégica e a gestão operacional da sociedade *in house* [v. RICCARDO URSI (n. 4), p. 204 a 206], que, tanto quanto possível, este controlo estrutural deve ser operacionalizado por via estatutária, através da aquisição de participações sociais da socie-

Além disso, convém ainda assinalar que, pelo menos em linha de princípio, o controlo análogo deve ser exercido, no caso de sociedades de capitais integralmente públicos pluriparticipadas (a questão, como é óbvio, não chega sequer a colocar-se para as sociedades públicas unipessoais), não pelas várias entidades titulares de participações sociais no seu conjunto, mas, antes, pela entidade adjudicante concretamente em causa, e isto porque a casa de que se trata deve ser entendida não como a grande casa de todas as administrações públicas, mas sim como a casa de cada uma das administrações singularmente consideradas (MAZZAMUTO) (28).

Dito de outra maneira, mesmo perante sociedades de capitais exclusivamente públicos, em que se deve presumir o controlo análogo (acórdão *Carbotermo* — Processo n.º C-340/04), é necessário, desde que nos confrontemos com sociedades pluriparticipadas, que este pertença à entidade que concretamente adjudica a empreitada, a prestação de serviços ou o fornecimento do bem, o que significa que o mesmo se deve ter por excluído sempre que aquela detenha uma ínfima participação no capital social da entidade adjudicatária (seja pela excessiva dispersão das participações sociais, seja pela sua distribuição em termos desequilibrados) (29).

dade ou por força da participação na redacção dos documentos de programação da empresa e não recorrendo, para o efeito, à celebração de contratos adicionais entre a sociedade e a administração adjudicante, que introduzem uma indesmentível nota de «alteridade intersubjectiva» completamente ao arpejo da lógica que preside ao *in house providing*. Cfr., para esta advertência, R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 96.

(28) V., nestes precisos termos, M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitária e «in house providing»*, *DUE*, 2001, p. 547, *apud* RICCARDO URSI, *Brevi osservazione sui presupposti dell'approvvigionamento «in house» di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5.º coma, lett. c), del testo único sugli enti locali*, *Il Furo Italiano (FI)*, III-6, 2004, pág. 198.

(29) Cfr., neste sentido, o acórdão do TJCE *Consorzio Azienda Metano (Coname)* (Processo n.º C-231/03), em que esta instância jurisdicional comunitária, por virtude da exígua participação pública (0.97%) de uma autarquia local numa sociedade de capitais mistos, veio a negar, inde-

Nestas hipóteses, a *presunção de controlo análogo*, decorrente do facto da totalidade do capital social ser detido por entidades públicas, esbate-se, não podendo, com rigor, continuar a sustentar-se a persistência de uma relação *in house* (ainda que porventura seja adequado considerar-se que nos defrontamos com relações fora do mercado e, nessa medida, dispensadas da obrigatoriedade de serem precedidas de procedimentos de carácter concursal — PEDRO GONÇALVES) ⁽³⁰⁾.

pendentemente mesmo da consideração da circunstância de se confrontar com uma entidade de capitais públicos e privados, a verificação, *in casu*, do controlo análogo indispensável para efeitos de *in house providing*.

V., porém, dando conta de que nem sempre a excessiva fragmentação do capital é impeditiva da qualificação da relação como *in house*, conquanto o ente público adjudicante se encontre munido dos poderes indispensáveis a condicionar as escolhas do adjudicatário, R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 80.

Quanto à consideração alternativa destas relações enquanto relações «alheias ao mercado», cfr. o que adiante dizemos em texto, reportando-nos à proposta avançada por PEDRO GONÇALVES (n. 14), p. 189.

⁽³⁰⁾ Sobre a *presunção* de que a titularidade de 100% do capital social por uma única entidade pública implica forçosamente o preenchimento do requisito de controlo análogo, cfr., circunstanciadamente, as considerações avançada pelo advogado-geral J. KOKOTT, à margem do acórdão *Parking Brixen* — Processo n.º C-458/03 [apud R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 74], que sustenta serem nessas hipóteses «substancialmente coincidentes» os interesses da administração adjudicante com os da sociedade controlada. Com efeito, mesmo perante a ausência de um «poder de direcção em sentido técnico», certo é que cabe à administração o poder exclusivo de nomear os titulares dos órgãos sociais da sociedade. Estes últimos, até pela estreita ligação pessoal que os une ao ente público matriz (para já não falar do temor pela revogação ou ao menos não renovação do respectivo mandato), dificilmente se afastarão das directivas que lhes são heteronomamente impostas, tendo em mente a realização dos «objectivos estabelecidos no interesse geral.».

Pensar noutros termos, impondo à Administração o respeito pela disciplina em matéria de contratos públicos de serviços, com vista a obter a melhor oferta por parte de terceiros privados, sempre que entendesse estipular um contrato público dessa natureza com uma das sociedades por si controladas a 100%, significaria, no limite, remetê-la para uma *privatização coactiva* de tais serviços. Dito de outra forma, tratar-se-ia de cercar à Administração a utilização destas «formas jurídicas de direito privado

Não obstante o que antecede, certo é que, numa inversão da sua jurisprudência antecedente e claramente em contraciclo, o TJCE veio afirmar, no acórdão *TRAGSA* (Processo n.º C-295-05), que, apesar de uma participação irrisória no capital social da entidade adjudicatária (4 Comunidades Autónomas detinham 1% do capital social, encontrando-se os restantes 99% na titularidade do Estado) era, ainda assim, adequado dar-se por verificado o requisito do controlo análogo. Desde logo, porque a entidade controlada em questão era obrigada a aceitar as encomendas unilateralmente decididas pelas referidas Comunidades Autónomas (apesar da sua posição social minoritária) e, além disso, porque às mesmas assistia igualmente o poder de proceder à fixação autoritativa dos respectivos preços (no mesmo sentido, aliás, ainda que não forçosamente, parece mover-se o CCP, que prevê, na alínea *a*) do n.º 2 do seu art. 5.º, que o controlo análogo pode ser exercido pela entidade adjudicante isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes) ⁽³¹⁾.

para fins de mera *reorganização interna*» (itálico nosso). V. J. KOKOTT, ainda a propósito do acórdão *Parking Brixen* — Processo n.º C-458/03, *apud* R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 60.

⁽³¹⁾ Para uma detida análise desta jurisprudência, que não deixa de ser surpreendente e de levantar significativas perplexidades, v. JESÚS V. GONZÁLEZ GARCIA, *Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a 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*, *Revista de Administración Pública (RAP)*, 173, 2007, p. 217 a 237, e, para uma crítica contundente deste *indirizzo* jurisprudencial, MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY, *Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house*, Comentario de urgencia a la STJCE de 19 de Abril de 2007 (AS. C-295/05, ASEMFO/TRAGSA), *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, 137, 2008, p. 115 a 138.

A este propósito, cabe referir a posição perfilhada pelo legislador espanhol, que, porventura impressionado com esta jurisprudência e assumindo uma clara opção de risco, veio a verter para o articulado da Ley

Por fim, ao menos numa primeira aproximação, parece de igual forma ser de excluir a subsistência do controlo análogo no caso de sociedades de economia mista (ou, assemelha-se pelo menos ser esta a perspectiva do TJCE, de sociedades públicas abertas à participação de privados) e isto ainda que a participação do capital público nessas sociedades se sobreponha significativamente à do capital privado ⁽³²⁾.

No acórdão *Stadt Halle* (Processo n.º C-26-03), o TJCE veio, com efeito, considerar que, na hipótese de uma entidade adjudicante pretender celebrar um contrato a título oneroso para a prestação de serviços cobertos pelo âmbito de aplicação da directiva sobre contratos públicos com uma sociedade dela juridicamente distinta, em cujo capital detém uma participação com uma ou várias empresas privadas, devem ser sempre aplicados os procedimentos de adjudicação de contratos públicos previstos nessa mesma directiva.

Este princípio, contudo, deve igualmente ser objecto de aplicação (*extensiva*) às situações em que essa possibilidade de participação de terceiros operadores económicos privados no capital social de sociedades de capitais públicos é puramente virtual, resultando de mera previsão estatutária nesse sentido (acórdão *Parking Brixen* — Processo n.º C-458/03) e, além disso, deve ainda cobrir as hipóteses em que uma sociedade, na sua génese de capitais integralmente públicos, se transforma, sub-

de *Contractos del Sector Público* (art. 24) uma solução inteiramente decalcada do teor do acórdão *TRAGSA* do TJCE (Processo n.º C-295/05).

Creemos, por fim, que embora o TJCE, por norma, não se deixe impressionar pela qualificação formal das *facti-specie* submetidas ao seu juízo crítico, é bem capaz de ter pesado decisivamente na sua decisão a expressa qualificação legal da *TRAGSA* enquanto *meio próprio* do Estado e das Comunidades Autónomas obrigado a satisfazer, ao preço por estes unilateralmente determinado, as respectivas encomendas.

⁽³²⁾ Autores há que perspectivam mesmo a «*inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária*» enquanto requisito autónomo da dogmática das relações *in house*, destacando-o, desta forma, do pressuposto do controlo análogo. Neste sentido, cfr. RUI DE MEDEIROS (n. 14), p. 14 e 15.

sequentemente, numa sociedade de capitais mistos (acórdão *Comissão/Áustria* — Processo n.º C-29/04) ⁽³³⁾.

A razão para tão drástica decisão prende-se, do ponto de vista que por ora mais nos interessa, com o facto da «relação entre uma autoridade pública, que seja uma entidade adjudicante, com os seus próprios serviços se reger por considerações e exigências específicas de interesse público, enquanto que o capital privado numa empresa obedece a considerações inerentes a interesses privados e prossegue objectivos de natureza diferente» (TJCE).

Em síntese, teríamos que a lógica egoísta do lucro subjacente ao interesse privado seria absolutamente inconciliável com a lógica altruísta da satisfação de necessidades colectivas subjacente ao interesse público, contaminando irreversivelmente a relação entre entidade adjudicante e sua entidade adjudicatária e não lhe permitindo, por isso, furtar-se ao confronto concorrencial.

Acresce que, ainda de harmonia com a posição sustentada pelo TJCE no acórdão *Stadt Halle* (Processo n.º C-26-03), «a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objectivo de concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade de tratamento dos interessados (...) na medida em que (...) esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes.».

No fundo, teríamos que a atribuição directa de um qualquer contrato público (ou de uma concessão de serviços públicos), sem prévia abertura de um procedimento pré-contratual de carácter concursal, poria definitivamente em causa o princípio da *par conditio* entre todos os operadores económicos privados (pela vantagem assim consignada ao operador económico privado parte da sociedade de economia mista) característico de todo e qualquer mercado de índole concorrencial.

Tal inviabilizaria, pelo menos ao abrigo da doutrina das relações *in house*, a adjudicação directa de contratos públicos e de concessões de serviços públicos por parte de entidades adjudicantes.

⁽³³⁾ Criticamente, cfr. E. FATÔME/A. MÉNÉMÉNIS (n. 1), p. 71 e 72.

cantes a sociedades de economia mista (ainda que aí detivessem uma posição maioritária) ⁽³⁴⁾.

Em face do que antecede, teríamos que única via alternativa, no contexto do direito comunitário, que se abriria à dispensa do confronto concorrencial para a atribuição de contratos desta natureza seria o Livro Verde da Comissão sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões [agora substancialmente reforçado pela Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI) (2008/C 91/02)], conquanto tivesse que haver lugar, entre outras exigências, à abertura de um procedimento concursal com vista à selecção do *partner* privado da Administração.

⁽³⁴⁾ É esta a posição defendida energeticamente por RICCARDO URSI (n. 4), p. 193, em que afirma que o TJCE teria posto, de facto, fim à palavra sociedade mista enquanto modalidade de gestão dos serviços locais e isto porque a presença do interesse privado, que caracteriza esta instituição mista, a teria feito sair da órbita pública. V., ainda de RICCARDO URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, *Il Foro Italiano (FI)*, IV, 2005, p. 138, em que defende que o acórdão *Stadt Halle* (Processo n.º C-26-03) teria vindo determinar a ilegitimidade de qualquer adjudicação directa de um contrato público a uma sociedade de capitais mistos, tornando assim, se não ilegítimas, ao menos inaplicáveis as disposições de direito interno (italiano) contrárias a esta imposição.

Cfr., igualmente, na doutrina francesa, E. FATÔME/A. MÉNÉMÉNIS (n. 1), p. 71 e 72, que, contudo, parecem discordar em absoluto desta jurisprudência do TJCE, preferindo equiparar o concurso para a adjudicação do contrato ao concurso para a individualização do sócio privado. V., também, embora positivamente de acordo com a solução, FRÉDÉRIC ROLIN (n. 2), p. 900 e 901, que aplaude esta expulsão das sociedades de economia mista do perímetro do *in house*, que ficaria assim guardado para situações «quase patológicas» (sociedades fictícias).

Cfr., por fim, entre nós, no mesmo sentido, ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações in house*, *CJA*, 65, p. 18, e CLÁUDIA VIANA, *Contratos públicos in house — em especial, as relações entre municípios e empresas municipais e intermunicipais*, *Direito Regional e Local (DRL)*, 00, 2007, p. 38 e 39.

Tudo se resumiria, assim, à *equiparação substancial entre o concurso para a adjudicação do contrato e o concurso para a selecção do parceiro privado da Administração*, o que, importa sublinhá-lo, parece ajustar-se ao desígnio da Comissão, expresso na sua recente Comunicação interpretativa, de concentrar num só procedimento a individualização do parceiro privado e a adjudicação do contrato público ou de concessão (*exclusão do princípio do duplo procedimento*) ⁽³⁵⁾.

Obviamente que tal só seria possível caso fossem observadas determinadas condições irrenunciáveis na selecção do sócio privado, cumprindo, designadamente, guardar respeito aos seguintes pressupostos essenciais:

- *Fixação das normas aplicáveis à selecção do partner privado;*
- *Publicidade adequada relativamente à intenção de adjudicação do contrato e às normas que regulamentam a selecção do co-contratante, a fim de permitir um controlo da imparcialidade no curso do procedimento;*
- *Garantias de efectiva concorrência entre os operadores económicos potencialmente interessados na adjudicação do con-*

⁽³⁵⁾ V., neste sentido, ELISA SCOTTI (n. 1), p. 950 e 951, que, contudo, não esquece os motivos que terão levado a este endurecimento progressivo da posição do TJCE e que repousariam na perpetuação do *partner* privado, ainda que seleccionado mediante concurso, na sociedade; na indeterminação do objecto do contrato (o que potenciava o seu alargamento ulterior) e nas sucessivas renovações do primitivo contrato sem sujeição a concurso.

Parece ser este, igualmente, o entendimento sufragado por PEDRO GONÇALVES (n. 14), p. 186 e 187, quando aponta, ainda que precedendo a observância de determinadas condições, para a *intercambialidade* ou *equiparação* entre o concurso para a adjudicação do contrato e o concurso para a selecção do parceiro privado da Administração.

Curiosamente, foi esta também a posição que, embora sem sucesso, adoptaram os advogados-gerais J. KOKOTT e CHRISTINE STIX-HACKL. Para a sua análise, cfr., respectivamente, BIAGIO GILBERTI (n. 2), p. 51 e 52, e RICCARDO URSI (n. 34), p. 137.

V., por último, LUCA PERFETTI (n. 2), que, com uma argumentação que se nos afigura bastante forçada, rejeita, sequer, que a questão se chegue verdadeiramente a colocar, p. 423 e ss.

- trato que se encontrem em condições para desenvolver as competências do mesmo decorrentes;*
- *Respeito pelo princípio da paridade de tratamento entre todos os participantes no contexto do procedimento;*
 - *Adjudicação com base em critérios objectivos e não discriminatórios* ⁽³⁶⁾.

A questão da compatibilidade das sociedades de economia mista com os pressupostos que enformam a dogmática das relações *in house* encontra-se, no momento actual, claramente em aberto. Parece-nos, por isso, de todo precipitado anunciar sem mais, conforme sucede com a doutrina maioritária, o definitivo *de profundis* pelas sociedades de economia mista.

Com efeito, ao menos em nossa opinião, desde que observadas determinadas condições, subsistem boas razões que concorrem para sustentar que as sociedades de capitais mistos se podem conformar com os requisitos constitutivos do *in house providing*, o que, nessa justa medida, viabiliza igualmente a respectiva preservação entre as formas jurídicas de direito privado de que se pode servir a Administração no cumprimento da sua missão de serviço público.

Para tanto impõe-se um esforço de concepção de modelos de colaboração público-privada em que (i) o parceiro privado seja seleccionado no quadro de um procedimento concursal, com garantias adequadas de publicidade e imparcialidade; (ii) o objecto contratual se ache rigorosamente determinado e a duração do contrato pré-estabelecida; (iii) o parceiro público disponha de efectivos poderes de conformação da orientação estratégica e da gestão operacional da empresa; (iv) a sua actividade se dirija fundamentalmente ao abastecimento da entidade pública adjudicante; (v) a renovação do contrato seja aberta ao confronto concorrencial ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ V., para a enunciação destas condições, *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, COM (2004), de 30.04.2004.

⁽³⁷⁾ Substancialmente assim, cfr. PEDRO GONÇALVES (n. 14), p. 187.

Respeitados estes limites, defrontamo-nos com uma sociedade mista substancialmente cativa do seu ente público matriz e, por conseguinte, subtraída ao contacto com o mercado, o que só por si justifica que lhe sejam inaplicáveis as regras constantes das directivas comunitárias relativas à contratação pública e os princípios gerais do Tratado destinados à tutela da concorrência.

2.2. Destinação essencial da actividade

A acrescer à exigência de que a entidade adjudicante exerça sobre o adjudicatário um controlo análogo ao que actua sobre os seus próprios serviços, é ainda requerido que este último, na condição de organização *in house*, desenvolva o essencial da sua actividade em benefício directo ou por conta daquela (entidade adjudicante) — (acórdão *Teckal* — Processo n.º C-107/98).

No fundo, enquanto a exigência de controlo análogo traduz a necessária *dependência decisória* da entidade controlada por relação à entidade (ou entidades) dominante(s), já a obrigatoriedade do essencial da actividade da entidade adjudicatária se destinar a abastecer a(s) entidade(s) adjudicante(s) exprime a sua *dependência económico-jurídica* por referência a esta(s) última(s) ⁽³⁸⁾.

A entidade dependente deve, pois, funcionar como um «operador dedicado» (E. FATÔME/A. MÉNÉMÉNIS), concentrado, exclusivamente, ou quase, em alimentar (por via da prestação de serviços ou do fornecimento de bens) o seu ente-matriz no desenvolvimento da respectiva missão ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Sobre esta distinção, v. R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 82, que, em ordem a exprimir a mesma ideia, usam também a contraposição entre controlo estrutural (decisório) e controlo causal (económico), porquanto «a razão institutiva ou a causa jurídica da organização *in house* é o exercício em comum de uma actividade principal de produção por conta ou a favor do ente público responsável pelo seu controlo».

⁽³⁹⁾ Para a expressão assinalada em texto, cfr. E. FATÔME/A. MÉNÉMÉNIS (n. 1), p. 71 e 72.

A observância deste regime de (quase) “dedicação exclusiva”, afere-se pelo volume de negócios da organização *in house*, o qual deve reflectir que todas as actividades não dedicadas têm uma expressão puramente marginal no respectivo exercício (destinando-se, quando muito, à realização de sinergias produtivas) (acórdão *Carbotermo* — Processo n.º C-340/04) ⁽⁴⁰⁾.

Não há, contudo, uma expressão quantitativa exacta para estimar esta dependência económica ou causal da organização *in house* por relação à entidade adjudicante, sendo que a tentativa de fixar um limiar mínimo de 80% do volume de negócios do «operador dedicado» (à semelhança do que sucede no art. 23.º da directiva n.º 2004/17/CE) faliu completamente ⁽⁴¹⁾.

O TJCE refugia-se, deste modo, em conceitos indeterminados («quase-exclusividade»; «todas as prestações de serviços»; «em grande parte»; «substancialmente»; «a maior parte»), o que acaba por trazer uma inevitável dose de insegurança à aplicação concreta deste critério complementar (mas de todo irrenunciável), das relações *in house* ⁽⁴²⁾.

Apesar do essencial da sua actividade se destinar a abastecer a entidade adjudicante, a entidade controlada não está, ainda assim, inibida de, a título puramente subsidiário ou complementar, exercer outras actividades (até por razões de economia de escala e de rentabilização dos seus activos), mas o

⁽⁴⁰⁾ V., em consonância com esta perspectiva, JESÚS V. GONZÁLEZ GARCIA (n. 31), p. 232, e, no mesmo sentido, R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 83.

⁽⁴¹⁾ Cfr., nestes termos, RUI DE MEDEIROS (n. 14), p. 14, e R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 83 e 84, sendo que estes últimos Autores apontam que, «na ausência de uma percentagem mínima *ex lege* de actividade que integre a destinação principal», o «natural é um volume de actividade que supere os 50%».

⁽⁴²⁾ Para as fórmulas indicadas em texto, v. R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 84 em nota (65), e, para uma assunção crítica desta indeterminação subjacente ao critério, cfr. JESUS V. GONZÁLEZ GARCIA (n. 31), p. 233, que sustenta que o mesmo padece de um «excessivo grau de indeterminação para que seja totalmente aplicável».

essencial da actuação do seu objecto social tem sempre de se focar principalmente na satisfação das necessidades (directas ou indirectas) da entidade adjudicante (acórdão TRAGSA — Processo n.º C-295-05) ⁽⁴³⁾.

Neste sentido, deve ser olhada com alguma circunspecção a excessiva pulverização do objecto social da organização *in house* e, bem assim, a expansão da sua actividade para territórios que não aquele a que pertence a sua entidade de referência, sendo ao invés absolutamente indiferente, na economia do critério proceder à determinação da entidade responsável pelo financiamento da aquisição dos bens ou serviços em cada caso necessários (acórdão *Carbotermo* — Processo n.º C-340/04) ⁽⁴⁴⁾.

Não obstante as críticas que lhe são movidas por alguns sectores da doutrina, que lhe apontam o pecado original do seu grau de excessiva indeterminação e, ainda, a intrusão abusiva na liberdade de produção do «organismo dedicado», é este um *critério complementar essencial* do controlo análogo ⁽⁴⁵⁾.

Só deste modo, com efeito, se pode olhar a organização *in house* como uma «empresa incompleta» (*impresa dimezzata*), incapaz de definir autonomamente o que, quanto e para quem produzir, negando-lhe por essa via «autonomia empresarial, isto é (...) capacidade para destinar livremente ao mercado os seus próprios produtos» (R. PERIN/D. CASALINI) ⁽⁴⁶⁾.

Assim, e na medida em que a mesma opera exclusivamente com vista a satisfazer o interesse económico da enti-

⁽⁴³⁾ Cfr., para a afirmação desta linha de entendimento, JESÚS V. GONZÁLEZ GARCIA (n. 31), p. 232, e R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 83 e 84.

⁽⁴⁴⁾ V., nesta linha, JESÚS V. GONZÁLEZ GARCIA (n. 31), p. 233 e 234, que rejeita, pela sua desnecessidade, a impossibilidade, resultante da aplicação deste pressuposto do *in house providing*, para a organização dedicada de alargar, sem quaisquer limites, a sua actividade a terceiros, atento o seu efeito profundamente anti-económico.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., assim, JESÚS V. GONZÁLEZ GARCIA (n. 31), p. 233.

⁽⁴⁶⁾ Sustentando esta concepção da organização *in house*, v. R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 83.

dade adjudicante, podemos considerá-la, com razoável margem de segurança, enquanto empresário não comprometido com qualquer mercado de bens e serviços ⁽⁴⁷⁾.

CONCLUSÃO

O trajecto percorrido permite afirmar com segurança que a evolução da jurisprudência do TJCE denota, sobretudo, uma preocupação prioritária com a salvaguarda da liberdade de mercado e com a tutela da concorrência com evidente prejuízo para a liberdade de auto-organização administrativa.

Partindo da premissa de que «a constituição de relações *in house providing* é expressão do poder de organização da Administração Pública» (R. PERIN/D. CASALINI), impõe-se concluir que este é hoje um poder significativamente debilitado, em face das mais recentes decisões do TJCE neste domínio específico (acórdãos *Stadt Halle* — Processo n.º C-26-03; *Parking Brixen* — Processo n.º C-458/03; e *Comissão/Áustria* — Processo n.º C-29/04) ⁽⁴⁸⁾.

A tendência vai objectivamente no sentido de uma interpretação cada vez mais restritiva dos pressupostos aplicativos da doutrina das relações *in house*, com consequências importantes no contexto da auto-organização pela Administração dos seus serviços.

A ideia, que continua todavia a ser insistentemente afirmada, de que caberia à Administração optar entre externalizar ou auto-produzir os bens e serviços de que carece para actuar a sua missão de serviço público, valendo neste domínio um

⁽⁴⁷⁾ Cfr., para a defesa desta posição, R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 81 e 83.

⁽⁴⁸⁾ Sobre expressão assinalada em texto, v. R. PERIN/D. CASALINI (n. 7), p. 65.

Por sua vez, circunstanciadamente sobre o endurecimento progressivo da jurisprudência do TJCE no contexto da interpretação dos critérios conformadores do *in house providing*, cfr. ELISA SCOTTI (n. 1), p. 925 a 930.

princípio da neutralidade do direito comunitário, está hoje seriamente comprometida.

Basta atentar, para o efeito, na forma como têm sido tratadas, pelo TJCE, na perspectiva do *in house providing*, não só as sociedades de economia mista, mas, também, as próprias sociedades de capitais integralmente públicos.

Na verdade, ao princípio de tendencial proibição das sociedades de capitais mistos (que teriam de se expor, não só para a sua constituição, mas igualmente para a adjudicação dos contratos sucessivos, aos princípios do tratado em matéria de concorrência e à disciplina das directivas relativas aos contratos públicos — *regra do confronto concorrencial*), junta-se, ainda, a desconfiança por relação às sociedades totalmente participadas por entes públicos ⁽⁴⁹⁾.

Assim, o que está verdadeiramente em causa, ainda que por diferentes razões (as sociedades de economia mista porque afrontariam directamente a concorrência e as sociedades de capitais públicos porque se consubstanciariam na subtracção de importantes segmentos da actividade económica ao mercado), é o «princípio de razão prática da economicidade e da eficiência» (F. BENVENUTI) que leva a Administração a adoptar a forma societária enquanto instrumento preferencial de organização da sua actividade de relevância económica ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ A desconfiança sobre as sociedades participadas pela Administração Pública em geral atinge tais proporções que Autores há que chegam mesmo a pôr em causa as próprias sociedades de capitais integralmente públicos à luz da dogmática das relações *in house*, como é o caso designadamente de RICCARDO URSI, que vai mesmo ao ponto de sustentar que o «juiz comunitário, ao excluir a subsistência do controlo análogo em razão do elevado grau de autonomia que o modelo da sociedade por acções reconhece aos administradores relativamente aos accionistas, teria decretado o necessário abandono do modelo da sociedade por acções enquanto instrumento de organização interna e de prestação de serviços públicos». V., nestes precisos termos, BIAGIO GILBERTI (n. 2), p. 55.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., assim, F. BENVENUTI, *Disegno dell' amministrazione italiana*, 1996, p. 173 e 174, *apud* LUCA PERFETTI (n. 2), p. 1171.

A alternativa que parece restar aos Estados-Membros oscila entre uma privatização forçada (*outsourcing*) ou uma exploração claramente anti-económica destas actividades através dos serviços da sua administração directa ou indirecta (desde que não revistam, em caso algum, natureza societária).

BIBLIOGRAFIA

- ARROWSMITH, Sue, The past and the future evolution of EC procurement law: from framework to common code?, *Public Contract Law Journal (PCLJ)*, n.º 35, vol. III, 2006.
- BENVENUTI, F., Disegno dell'amministrazione italiana, 1996.
- BLAY, Miguel Ángel Bernal, Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*, Comentario de urgencia a la STJCE de 19 de Abril de 2007 (AS. C-295/05, ASEMFO/TRAGSA), *Revista española de Derecho Administrativo (REDA)*, 2008.
- COLOMBARI, S., «Delegazione interorganica» ovvero «*in house providing*» nei servizi pubblici locali, *Foro Amministrativo — Consiglio Stato (FA)*, 2004.
- FATÔME, E. / MÉNÉMÉNIS, A., Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse, *Actualité Juridique — Droit Administratif (AJDA)*, 2006.
- FERRARI, Giuseppe Franco, Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE)*, 2004.
- GAFFURI, Federico, Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismo di diritto pubblico, *Diritto Processuale Amministrativo (DPA)*, 2000.
- GARCIA, Jesús V. González, Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a 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*, *Revista de Administración Pública (RAP)*, 2007.
- GILBERTI, Biagio, *In house providing*: questioni vecchie e nuove, *Foro Amministrativo*, 2006.
- GONÇALVES, Pedro, *Regime jurídico das empresas municipais*, 2007.
- JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi, L'organismo di diritto pubblico, *Diritto Amministrativo (DA)*, 2000.

- LEITÃO, Alexandra, Contrato de Prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relação *in house*, *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 65, 2007.
- MARRAMA, Daniele, Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico, *Diritto Amministrativo*, 2000.
- MAZZAMUTO, M., Brevi note su normativa comunitária e «*in house providing*», *Il Diritto dell'Unione Europea (DUE)*, 2001.
- MEDEIROS, Rui de, Âmbito do novo regime de contratação pública à luz do princípio da concorrência, *Caderno de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 69, 2008.
- MELLONE, Celestina, Legitimi gli affidamenti *in house* anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?, *Foro Amministrativo*, 2004.
- PERFETTI, Luca R., Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali, *Diritto Amministrativo*, 2006.
- , L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni tra amministrazione indiretta e privilegi *extra legem*, *Diritto Amministrativo*, 2004.
- PERIN, R./CASALINI, D., L'*in house providing*: un'impresa dimezzata, *Diritto Amministrativo*, 2006.
- PRETIS, Daria de, Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2006.
- ROLIN, Frédéric, Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house*, *Actualité Juridique — Droit Administratif*, 2005.
- SCOTTI, Elisa, Organizzazione pubblica e mercato: società miste, *in house providing* e partenariato pubblico privato, *Diritto Amministrativo*, 2005.
- , Le società miste tra *in house providing* e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia, *Foro Amministrativo*, 2005.
- URSI, Riccardo, Brevi osservazione sui presupposti dell'approvvigionamento "*in house*" di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5.º coma, lett. c), del testo unico sugli enti locali, *Il Foro Italiano*, III-6, 2004.
- , Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra *outsourcing* e *in house providing*, *Diritto Amministrativo*, 2005.
- , Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto, *Il Foro Italiano*, 2005.
- VALENTINO, Luigi, Gli affidamenti *in house* tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitária, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005.
- VIANA, Cláudia, Contratos públicos *in house* — em especial, as relações entre municípios e empresas municipais e intermunicipais, *Direito Regional e Local*, 2007.