

O REGIME DA CONTRATAÇÃO *IN HOUSE* À LUZ DAS NOVAS DIRECTIVAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O triunfo dos Estados sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça

Pelo Dr. Durval Tiago Ferreira()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** A cooperação vertical ou contratação *in house*; 2.1. O exercício individual do controlo análogo; 2.2. O exercício em conjunto do controlo análogo; 2.3. O requisito do destino do essencial da actividade; 2.4. A possibilidade de participações privadas na entidade instrumental; 2.5. Conclusões. **3.** A cooperação horizontal; 3.1. Conclusões; **4.** Conclusões finais.

Partindo do princípio da liberdade de auto-organização do Estado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça — e agora também o texto das novas directivas de contratação pública — prevêm dois tipos de contratos celebrados por entidades públicas que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da União Europeia.

(*) Advogado, Mestre e Doutorando em direito da contratação pública. Docente do Ensino Superior, Investigador do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) Universidade do Minho, Membro da Rede de Direito Ibero-americana de Contratação Pública (REDICOP), da *Procurement Law Academic Net Work*, (PLAN) e do *Observatório de Contratación Pública*.

Num primeiro tipo, referimo-nos às relações *in house*, também denominadas como cooperação vertical ou institucionalizada. Num segundo tipo, referimo-nos à cooperação horizontal ou não institucionalizada. Trataremos, no presente artigo, de uns e outros e dos respectivos regimes.

Palavras-chave: contratos públicos, contratação *in house*, cooperação vertical, cooperação horizontal, Estados-Membros.

1. Introdução

Regra geral, sempre que a Administração solicite produtos ou serviços a terceiros operadores económicos, vê-se obrigada a recorrer ao mercado, cumprindo todo o normativo legal relativo à contratação pública⁽¹⁾.

Pretende-se a concretização da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços e o respeito dos princípios que lhe estão subjacentes, da igualdade ou paridade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. No fundo, procura-se que exista uma “dinâmica concorrencial de mercado”⁽²⁾.

Contudo, esta sujeição da Administração às regras de mercado pode, em certos casos, não fazer qualquer sentido. É o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia a reconhecer que as entidades administrativas têm a possibilidade de cumprir as tarefas de interesse público pelos seus próprios meios, sem necessi-

(¹) Para percebermos o alcance prático destas matérias, refira-se que na maioria dos Estados-Membros da União Europeia, cerca de 25 a 30% da despesa pública deriva dos contratos públicos e, ao nível global da UE, a contratação pública representa na economia cerca de 17% do PIB; num valor que ultrapassa os 1.500 biliões de euros.

(²) Expressão de LUCA R. PERFETI, in *L’Affidamento Diretto di Servizi Pubblici Locali a Società Partecipate dai Comuni tra Amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, FA, 2004.

dade de recorrer a entidades externas aos seus próprios serviços, ou a cumprir as ditas tarefas em cooperação com outras entidades públicas⁽³⁾.

Detendo os entes públicos do poder de se organizarem sob diferentes formas, importa determinar qual o tipo de relacionamento que existirá entre esses mesmos sujeitos públicos, entre si, e destes com o mercado⁽⁴⁾.

Partindo deste princípio de liberdade auto-organização do Estado, é mister definir quais os critérios que nos permitem considerar que a Administração está a actuar através dos seus *próprios meios*, ou em coordenação com outras entidades igualmente públicas, factos que podem justificar a exclusão das normas de contratação pública⁽⁵⁾.

Resulta assim da jurisprudência europeia — e agora também do texto das directivas — que há dois tipos de contratos celebrados por entidades públicas que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da União Europeia em matéria de contratos públicos.

(3) MARC VILALTA REIXACH e BEGOÑA PÉREZ BERNABÉU, em “Los llamados contratos de auto-provisación (o contratos *in house providing*)”, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, coord. por JOSÉ MANUEL ALMUDÍ CID, MIGUEL ANGEL MARTÍNEZ LAGO; MARIANO YZQUIERDO TOL-SADA, 2013, pp. 941-992, explicam que, decorrente da liberdade de auto-organização do Estado, quando este recorre aos operadores privados para suprir as suas necessidades, esta possibilidade significa mais uma ferramenta para o cumprimento do interesse público. No mesmo sentido, HUERGO LORA, em “La libertad de emprea y colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 154, *enero-abril* 2001, pp. 161 e ss e M. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio próprio”, *Revista de Administración Pública* n.º 161, *mayo-agosto* de 2003, pp. 379-380.

(4) FRANCISCO SOSA WAGNER adianta que: “se ha generalizado de manera incontenida una tendencia a la creación de nuevas personificaciones públicas. Se conciben y procrean muchos organismos, entes, agencias, asociaciones, sociedades y fundaciones públicas, que se presentan en sociedad con su propia personalidad y denominación.” In “Pueden los contratos quedar en casa?”, *Diário La Ley* n.º 6715, Ano XXVIII de 17/05/07.

(5) Como refere JANICKE WIGGEN, em “Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector”, *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2014: o facto de estarmos perante relações contratuais estabelecidas entre entidades adjudicantes não significa, por si só, que se excluam os regimes de contratação pública. Contudo, há que atender ao princípio de liberdade de organização de que goza o Estado e às suas implicações.

Neste artigo, referimo-nos, em primeiro lugar, aos contratos celebrados por uma entidade pública com uma pessoa juridicamente distinta desta, quando, em simultâneo, essa entidade exerça sobre a segunda um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e esta realize o essencial da actividade com a, ou as entidades, que a detêm. Estes são os denominados contratos *in house*, também designados por “cooperação vertical” (ou institucionalizada).

Em segundo lugar, referimo-nos aos contratos que são celebrados entre entidades públicas, com o objectivo de assegurarem a realização de uma missão de serviço público que lhes é comum. É a denominada cooperação horizontal (ou não institucionalizada)⁽⁶⁾.

Enquanto no primeiro grupo, a excepção da aplicação das regras da contratação pública se funda na relação de estreita depen-

(6) Estas matérias foram sendo densificadas em sucessivas decisões do Tribunal de Justiça: A excepção *in house* foi estabelecida primeiramente em *Teckal Srl v Comune di Viano* (“*Teckal*”) (C-107/98), sendo depois confirmada e desenvolvida nos Acórdãos *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft* (C-94/99); *Commission v Spain* (C-349/97) (“*Tragsa*”); *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (C-26/03); *Commission v Spain* (C-84/03); *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de Botti* (C-231/03); *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen* (“*Parking Brixen*”) (C-458/03); *Commission v Austria* (“*Mödling*”) (C-29/04); *Associazione Nazionale Autotransporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari* (C-410/04); *Carbotermo SpA v Comune di Busto Arsizio* (“*Carbotermo*”) (C-340/04); *Auroux v Commune de Roanne* (C-220/05); *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) v Transformacion Agraria SA (TRAGSA)* (“*Tragsa*”) (C-295/05); *Commission v Italy* (“*Augusta Bell Helicopters*”) (C-337/05); *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado* (“*Correos*”) (C-220/06); *Termoraggi SpA v Comune di Monza* (C-323/07); *Commission v Italy* (“*Mantova*”) (C-371/05); *Coditel Brabant SA v Commune d’Uccle* (“*Coditel Brabant*”) (C-324/07); *Commission v Germany* (“*Hamburg*”) (C-480/06); *Sea Srl v Comune di Ponte Nossa* (“*Sea*”) (C-573/07); *Acoset Spa v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov Reg ATO Idrico Ragusa* (C-196/08); *Mehiläinen Oy and Terveystalo Healthcare v Oulun kaupunki (Mehiläinen)* (C-215/09); *Econord SpA v Comune di Cagno and Comune di Varese and Econord SpA v Comune di Solbiate and commune di Varese* (“*Econord*”) (processos C-182 e 183/11); *Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, (“*Azienda*”) (C-159/11); *Piepenbrock* (C-386/11) e *Technische Universität Hamburg — Harburg*, (C- 15/13) e, finalmente, Acórdão *Centro Hospitalar de Setúbal, EPE Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*. (C-574/12).

dência entre os contraentes, que anula praticamente a autonomia jurídica e económica do adjudicatário, no segundo grupo estamos perante entidades que partilham a satisfação de interesses públicos em regime de cooperação. Ou seja, na primeira situação, reconhece-se à Administração a faculdade de se auto-organizar e de prosseguir as suas finalidades pelos seus próprios meios. Na segunda, reconhece-se à Administração a faculdade de se organizar com outras entidades públicas, com vista à prossecução de finalidades que partilham entre si⁽⁷⁾.

Sem prejuízo do trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, ao fixar os dois requisitos *Teckal* que deram origem à construção e densificação da doutrina *in house*, na verdade, verifica-se uma considerável insegurança jurídica na sua interpretação e aplicação, quer ao nível dos Estados-Membros, quer dentro dos próprios Estados, ao nível dos poderes adjudicantes⁽⁸⁾.

Daí que se reclamava uma maior nitidez e clarividência em torno desta matéria, reconhecida nas directivas relativas aos contratos públicos, publicadas em inícios de 2014, que vêm reproduzir e densificar uma série de critérios que foram sendo adiantados quer pela doutrina, quer, no essencial, pelo Tribunal de Justiça em sucessivos acórdãos sobre o tema. Destarte, a Directiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, no art. 12.º, sob a denominação “Contratos públicos entre entidades do sector público”, prevê a citada “cooperação vertical” ou *in house* nos seus n.ºs 1, 2 e 3 e a “cooperação horizontal” nos seus n.ºs 4 e 5⁽⁹⁾.

(7) Cf. DURVAL TIAGO FERREIRA, in “Las excepciones contractuales en la contratación pública”, *Tendencias Actuales en Contratación Pública*, Coord. ELOY ESPINOSA — SALDAÑA BARRERA, Gaceta Jurídica, Perú, 2014.

(8) Cf. “L’affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell’istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale”, Setembro de 2014, CARMINE VOLPE, e “L’evoluzione giurisprudenziale dell’istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa”, GIUSEPPE URBANO, *Amnitraxioni in Camino*, Outubro de 2014.

(9) Este diploma, a par da Directiva 2014/25/EU, relativa aos denominados “sectores especiais” e da Directiva 2014/23/EU, relativa à adjudicação de contratos de concessões (todas de 26 de Fevereiro) constituem um novo “pacote” legislativo que vem revogar o anterior, que datava já de 2004. E, no caso das concessões, trata-se de um regime completamente novo, uma vez que não havia qualquer diploma específico sobre este tipo de contratos.

O Considerando 31 da citada Directiva adianta: “É necessário clarificar em que casos os contratos celebrados dentro do sector público não estão sujeitos à aplicação das regras de contratação pública (...) E essa clarificação deve fazer-se de acordo com os princípios definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça”⁽¹⁰⁾.

2. A cooperação vertical ou contratação *in house*

A contratação “doméstica” é uma matéria de origem jurisprudencial, definida pelo TJUE através do Acórdão *Teckal*, que aparece assim como uma primeira solução, assumindo-se este processo como o verdadeiro *leading case* e que estipula o seguinte regime: só não se aplicarão as regras da contratação pública se, em primeiro lugar, a entidade adjudicante exercer sobre a adjudicatária um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e, em segundo lugar, se esta última entidade dedicar à primeira o essencial de sua actividade⁽¹¹⁾.

Para o Tribunal, preenchidos os dois requisitos, não se justifica impor aquele contrato às normas europeias sobre contratação pública, visto que o adjudicatário, ainda que dotado de personalidade jurídica, é visto, neste contexto, como um simples prolonga-

⁽¹⁰⁾ O papel do TJUE foi decisivo, na medida em que os Estados-Membros não conseguiram obter um consenso para regular este assunto, circunstância que explica a sua não consagração tanto ao nível dos Tratados, como na Reforma de 2004. Foi assim cada um dos países a prever nas respectivas legislações internas a contratação *in house*, a partir das decisões do Tribunal de Justiça.

⁽¹¹⁾ (Processo C-107/98). A primeira referência expressa à ideia de «auto-provisão» vem expressa na *Comunicação A Contratação Pública na União Europeia*, da Comissão Europeia, COM (98), 143, de 11 de Março, na qual se afirmava que a Comissão devia clarificar o conceito de contratos *in house*, ou seja, os que se adjudicam no seio da Administração Pública, por exemplo, entre a Administração Central e Local, ou entre a Administração e uma sociedade que lhe pertença em exclusivo. Posteriormente, referem-se também de forma expressa ao conceito *in house*, o Advogado-Geral SIEGBERT ALBER, nas Conclusões apresentadas a 18 de Março de 1999, no Processo C-108/98 e o Advogado-Geral GEORGE COSMAS no citado Acórdão *Teckal*. Já a expressão *in house providing* foi pela primeira vez utilizada não em *Teckal*, mas com a sentença de 8 de Maio de 2003, que opôs a *Comissão Europeia à Espanha*, (Processo C-349/97).

mento — uma *longa manus* — da entidade adjudicante, no âmbito da autonomia organizativa de que esta dispõe⁽¹²⁾.

O tribunal adopta um conceito funcional de contrato público, prescindindo de critérios meramente formais, tomando em conta a relação de dependência ou de vinculação existente entre os sujeitos que intervêm naquele determinado negócio jurídico. Desta feita, o factor decisivo no que respeita aos requisitos substantivos da proposta contratual é o facto de os contratos poderem ser contratos internos celebrados com entes instrumentais (“*in house*”) e, portanto, ficam excluídos do âmbito de aplicação da lei, não pela natureza do contrato, nem pelo tipo de entidades que se relacionam, mas sim pelo tipo de relação que se estabelece entre a entidade adjudicante que efectua o contrato e a entidade com quem o celebra, devendo estabelecer-se uma relação de dependência, para que os sujeitos da relação, embora entidades formalmente distintas, materialmente sejam consideradas uma única entidade⁽¹³⁾.

2.1. O exercício individual do controlo análogo

O primeiro requisito definido em 1998 pelo Tribunal de Justiça, relativo ao controlo análogo, foi sendo densificado na sucessiva jurisprudência sobre a matéria, nem sempre em sentido linear ou, se quisermos, coerente. O que até se pode compreender, uma

(12) É mister referir que estes requisitos devem ser objecto de uma interpretação restritiva, cabendo a prova da sua verificação a quem pretenda invocar o regime excepional da inaplicabilidade das regras de contratação pública. Isto em ordem à defesa do princípio da livre concorrência e a fim de se evitarem vulnerabilidades para o direito comunitário de contratação pública. Em defesa desta posição, MEILÁN GIL, in *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008. Sobre as questões da concorrência nas relações entre entidades públicas, consulte-se o interessante *Informe* da Comissão de Concorrência espanhol, “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, Julho de 2013, <<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=620665>>.

(13) Cf. CARLOS AMOEDO SOUTO, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas”, *RAP* n.º 170, mayo-agosto de 2006.

vez que foi variando não só o tipo organizativo das entidades controladas, mas também outras circunstâncias concretas que envolveram os sucessivos casos apreciados pelo tribunal. Certo é que o seu entendimento foi caminhando num sentido mais flexível e elástico, até que se passou a admitir o exercício de um controlo colectivo⁽¹⁴⁾.

Na verdade, o Tribunal de Justiça começou por considerar que as participações diminutas das entidades adjudicantes nas entidades controladas afastavam a possibilidade do exercício de um controlo análogo ao que exerciam sobre os seus próprios serviços (Acórdãos *Teckal* e *Coname*).

No Acórdão *Parking Brixen*, os juízes comunitários precisaram que a sociedade *Parking* revestia uma verdadeira vocação de mercado, atento o seu amplo leque de negócios, que se estendia por toda a Itália e por isso não era controlada efectivamente pelo Município *Brixen*. Os poderes que este podia exercer mais não eram dos que os que estavam previstos na lei societária para a maioria dos accionistas. E por isso afastou a existência de um controlo análogo, logo, de uma relação *in house*⁽¹⁵⁾.

No que concerne ao processo *Carbotermo*, embora o Tribunal pareça aceitar a possibilidade do exercício de um controlo conjunto por várias entidades, não prescinde que estas, em conjunto, participem na totalidade do capital social e, por via disso, influenciem decisivamente a adjudicatária⁽¹⁶⁾.

Já nos Acórdãos *Tragsa*, os juízes comunitários admitiram o exercício do controlo análogo numa situação em que a participação das entidades públicas era meramente simbólica e residual, escusando-se na determinação da lei espanhola que tornava as relações da *Tragsa* com as Comunidades Autónomas não contratuais, mas meramente instrumentais.

Parece que o nível de exigência até então assumido pelo tribunal sofreu um duro revés, na medida em que só a muito custo é sus-

(14) Vide F. SOSA WAGNER, “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, en libro de homenaje ao professor S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2013, pp. 1309-1341.

(15) Processo C-458/03.

(16) Processo C-340/04.

tentável que o exercício de uma influência determinante se possa concretizar através de uma participação diminuta ou residual; o que deixou uma boa parte da doutrina com os cabelos em pé⁽¹⁷⁾!

No processo *Coditel*, a *Brutélé* (entidade-filha) era uma cooperativa municipal e o tribunal adiantou diversos indícios relevantes, como a composição dos órgãos de decisão, os mecanismos de controlo e a capacidade de fixação das tarifas e preços para a verificação do requisito do controlo análogo. Mas não deixou de referir que a influência exercida pela entidade adjudicante devia ser determinante, tanto sobre os objectivos estratégicos como sobre as decisões importantes da entidade controlada.

Já no Acórdão *Sea*, estando em causa uma entidade de natureza societária, os juízes comunitários valoraram a existência de mecanismos de controlo, considerando estarmos face a um controlo reforçado, comparado a uma relação hierárquica debilitada, um meio caminho entre a hierarquia pura que se manifesta nos órgãos administrativos e a autonomia própria da natureza das sociedades anónimas. Neste aresto, entendeu-se como relevante a participação de representantes das entidades públicas nos órgãos de gestão, com uma ampla faculdade de controlo e de decisão sobre os restantes órgãos de gestão e sobre as decisões da sociedade⁽¹⁸⁾.

Por sua vez, no Acórdão *Econord Spa*, os Municípios celebraram um acordo parassocial com a adjudicatária, (ASPEM SA) uma sociedade anónima, que lhes garantia o direito a serem consultados, a nomearem um membro do conselho fiscal e a designarem um membro do conselho de administração. Mas como é evidenciado pelo TJUE, o controlo análogo pressupõe não só uma participação no capital social, mas que as entidades públicas desempenhem um papel relevante na gestão da entidade instrumental: *plays a role in its managing bodies*⁽¹⁹⁾.

Tendo em vista pôr fim a algumas indefinições e a clarificar o conceito da intensidade do controlo que é exercido, a Direc-

(17) Cf. *Contratação in House*, DURVAL TIAGO FERREIRA, pp. 156 e ss. *Almedina*, 2013.

(18) Processo C-573/07.

(19) Processos C-182/11 e 183/11.

tiva 24/2014, na senda destas decisões do Tribunal de Justiça, veio adiantar o seguinte texto no n.º 1 do art. 12.º, conjugado com a alínea a): O exercício de um controlo análogo verifica-se quando a autoridade adjudicante exerce uma influência decisiva sobre os objectivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa colectiva controlada (expressões utilizadas pelo TJUE em *Coditel*).

Na última versão da proposta da Directiva adiantou-se a seguinte frase: “Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa colectiva que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante”. Esta proposição, de certa forma enigmática, parece suscitar duas interpretações possíveis. Primeiro, considerar que uma entidade que não depende directamente da entidade-mãe, mas que é controlada por esta, pode exercer um controlo análogo sobre uma terceira entidade. Estamos perante uma situação em que a mesma, ou as mesmas entidades adjudicantes, exercem um controlo análogo sobre dois operadores económicos distintos, dos quais um adjudica ao outro um contrato. É o caso apreciado no Acórdão *Universidade de Hamburgo*, no qual a cidade de Hamburgo participa, em simultâneo, na Universidade — adjudicante — e na sociedade HIS — adjudicatária, (sociedade de responsabilidade limitada, de direito privado, detida em 1/3 pelo Estado Central alemão e nos restantes 2/3 por 16 *länders* alemães, entre os quais Hamburgo com 4,16%)(²⁰).

Uma segunda interpretação, permite-nos afirmar que o controlo pode ser exercido através de uma entidade instrumental sobre uma terceira entidade. Seria uma relação entidade-mãe, filha e neta, tal como foi consagrado no Acórdão *Tragsa* (e também no Acórdão *Carbotermo* quanto à entidade instrumental *AGESP*) no qual, quem verdadeiramente exercia a influência decisiva não eram as Comunidades Autónomas, mas a Administração Central. (Esta possibilidade foi rejeitada nas Conclusões do Advogado-Geral no Processo *SUCH*).

(²⁰) Processo C-15/13. Cf. o comentário a este Acórdão na *Revista de Contratación Administrativa*, n.º 133, septiembre-octubre de 2014, pp. 105, 106 e 107.

2.2. O exercício em conjunto do controlo análogo

A admissibilidade do controlo conjunto como requisito para a verificação de uma relação *in house* foi consagrada timidamente nos Acórdãos *Carbotermo* e *Tragsa* e é depois desenvolvida no Acórdão *Coditel*: “É coerente afirmar que o requisito do controlo que exercem as autoridades públicas pode cumprir-se também tendo em conta o controlo exercido conjuntamente pelas autoridades públicas sobre as entidades concessionárias. O essencial é que esse controlo conjunto seja efectivo, não sendo indispensável que seja exercido a título individual”.

Na sentença *Econord Spa* aduziu-se que a participação meramente formal não é suficiente para a verificação do controlo análogo. Exige-se que essa participação confira a possibilidade de um exercício efectivo⁽²¹⁾.

O controlo análogo não equivale a que todas as Administrações devam realizar um controlo individual e independente sobre o ente instrumental, mas também não significa que a entidade que detém uma participação maioritária exerça forçosamente um controlo análogo, (cf. Pontos 45 e 50 do Acórdão *Coditel* e Ponto 50 do Acórdão *Sea*).

Por outro lado, esse controlo não se limita à existência de participações dos representantes de todas as entidades nos órgãos sociais da adjudicatária. Existem outras modalidades consideradas adequadas pelo Tribunal de Justiça. No Acórdão *Coditel* considerou-se que a criação de unidades produtivas independentes dentro da entidade controlada, com órgãos de decisão cujas deliberações vinculam o órgão plenário, supõe um controlo mais estrito e efectivo do que a participação de todas as entidades nos órgãos sociais. O tribunal entendeu que estas estruturas são um instrumento adequado para garantir um controlo, quando a finalidade desses comités passar por estabelecer mecanismos reforçados de controlo sobre o órgão da administração do ente instrumental.

(21) Sobre esta matéria, JOSÉ MARIA GIMENO FELIÚ, *El Nuevo Paquete Legislativo Comunitário sobre Contratación Pública. De la burocracia a la estrategia*, Universidad de Zaragoza, Aranzadi, 2014.

Outrossim, e atento o texto do citado art. 12.º da Directiva 24/2014, só haverá lugar ao controlo conjunto verificando-se três requisitos: *i*) os órgãos de decisão da pessoa colectiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes; *ii*) essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objectivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa colectiva controlada; *iii*) a pessoa colectiva controlada não persegue quaisquer interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.

No texto constante da Proposta da Directiva de 13 de Julho de 2013, enviada ao Parlamento Europeu, suprimiu-se o requisito de que a entidade controlada não pode receber valores que ultrapassem os custos com as prestações encomendadas. Este requisito tinha origem no entendimento sufragado pela jurisprudência comunitária, no sentido em que este seria mais um indício para a verificação do controlo análogo, uma vez que a entidade-filha, ao não auferir mais do que o valor de custo, não só reforçava a possibilidade do exercício do controlo, como esvaziava esse contrato de qualquer interesse concorrencial. Este aspecto é também mencionado no Acórdão *Tragsa*, ao referir-se que a retribuição dos trabalhos se deve realizar de acordo com as tarifas aprovadas pela entidade pública.

Com o abandono desta proposição, fica aberta a possibilidade de transferência de verbas ou abonos para as entidades instrumentais e não parecem existir dúvidas que esses encargos podem traduzir-se nos preços de mercado, não se reduzindo assim apenas aos custos com a execução do contrato⁽²²⁾.

2.3. O requisito do destino do essencial da actividade

No processo *Teckal* definiu-se que, para além da verificação do controlo análogo, exige-se que a entidade controlada destine o essencial da actividade em benefício da entidade adjudicante. Ou

(22) Cf. art. 24.º-6. Texto Refundido da Ley dos Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo n.º 3/11, de 14/11.

seja, se o contrato *in house* não é mais do que uma forma de auto-provisão por parte da entidade adjudicante, então essa extensão perderia todo o sentido se a entidade instrumental dedicasse a sua actividade em prole de outros operadores, públicos ou privados, como qualquer outro agente de mercado. Dito de outra forma, essa actuação indiciaria que essa entidade se revelava como um meio próprio, com personalidade diferenciada, pelo que deveria sujeitar-se às directivas comunitárias.

Contudo, o Tribunal não avançou com qualquer fasquia para a actividade que deveria ter como único destinatário a entidade-mãe.

Assim, e em sentido dissonante daquele que foi a linha de orientação da jurisprudência comunitária, a Comissão optou pela fixação de um limite a partir do qual se pode dar por verificado este requisito. Embora numa primeira versão, esse número se cifrasse nos 90%, o art. 12.º da Directiva 24/2014 vem estabelecer que um contrato só fica excluído do âmbito das directivas se, (para além do citado exercício do controlo análogo) “mais de 80% das actividades da pessoa colectiva controlada forem realizadas no desempenho de funções confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas colectivas controladas pela referida autoridade adjudicante”⁽²³⁾.

A individualização deste requisito encontrou-se sempre envolta numa cortina de incerteza. Isto porque em *Teckal* os juízes limitaram-se a enunciá-lo, sem avançarem com a delimitação da sua aplicação ou com a especificação do seu conteúdo.

Enquanto, no que concerne ao critério do controlo análogo, o Tribunal foi pródigo em clarificar os seus elementos essenciais, o mesmo já não aconteceu com o requisito da *prevalenza*⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ O valor de 90% havia sido referido no âmbito do Acórdão *Tragsa*.

⁽²⁴⁾ PASCUAL GARCIA entende que este critério mereceu grande atenção por parte dos tribunais comunitários nem da justiça administrativa espanhola, porque se trata de uma questão de facto, mais do que de uma questão de direito, talvez porque se pode considerar implícita na atribuição de funções ou na descrição do objecto social. E cita, a este propósito, o *Informe* de 5 de Junho de 2006; in *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletim Oficial do Estado, 2010. Outros podiam ser referidos: *Informes* 2/2001, 7/2004 e 1/2006 da *Junta Consultiva de Contratación Administrativa da Cataluña*; o *Informe* 8/2003 da *Junta da Comunidad Valenciana* e o *Informe* 1/2007 da *Junta de Aragón*.

Como afirma CLÁUDIA VIANA, a aplicação prática deste requisito não estava isenta de dificuldades, já que o Tribunal não exigia a totalidade da actividade prestada, mas também não precisa o significado de «o essencial da actividade»⁽²⁵⁾.

A partir de agora, se é verdade que a certeza deste limite torna mais fácil a apreciação do caso concreto, por outro lado, pode levar a ignorar-se um conjunto de elementos qualitativos que melhor descortinam a verificação de uma efectiva dependência económica⁽²⁶⁾.

Em rigor, podemos ter uma entidade que preste 81% da sua actividade em prole da entidade adjudicante e que revela uma maior autonomia do que outra cuja percentagem seja menor; mas que, por outras circunstâncias, revele uma autonomia decisória e económica muito mais frágil do que a primeira⁽²⁷⁾.

Por exemplo, o Advogado-Geral PAOLO MENGOSZI, nas Conclusões apresentadas em 27 de Fevereiro de 2014, no decurso do Processo C-574/12, considera que uma actividade que representa um quinto da actividade total não pode ser definida, mesmo do ponto de vista quantitativo, como uma actividade marginal.

Esta solução agora preconizada pelas directivas é de eficácia discutível e surge da pressão dos Estados-Membros, por forma a sustentarem as entidades por si criadas através das actividades que estas possam prestar a terceiros operadores económicos, sem que percam o seu carácter “interno”. Assim, conseguem que a prestação de actividades numa fasquia até 20% não as faz perder a qualidade de entidade instrumental., mas permitem que estas aufram algum tipo de rendimento.

⁽²⁵⁾ CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007.

⁽²⁶⁾ No Acórdão *Carbotermo* referiu-se que a análise ao critério do destino do essencial da actividade devia ser feita com recurso a critérios quantitativos e qualitativos.

⁽²⁷⁾ As primeiras versões do texto da directiva apontavam para uma fasquia na ordem dos 90%. Este critério quantitativo vem previsto no art. 12.º, n.º 1, alínea *b*) da directiva relativa aos “sectores gerais”, no art. 17.º, n.º 1, alínea *b*) da directiva relativa às concessões e no art. 28, n.º 1, alínea *b*) da directiva relativa aos “sectores especiais”.

2.4. A possibilidade de participações privadas na entidade instrumental

Praticamente desde o início da construção jurisprudencial da contratação *in house* que, assente em dois argumentos distintos, é afastada a possibilidade da participação de privados: por um lado, essa participação coloca-os numa vantagem concorrencial indevida; por outro, faz com que os interesses que estes prosseguem colidam com um eventual interesse público subjacente à finalidade da autoridade adjudicante⁽²⁸⁾.

Foi este aliás o entendimento recente do Tribunal de Justiça, no Acórdão *SUCH*, de 19 de Junho de 2014, ao reafirmar que a participação de privados na entidade adjudicatária, mesmo que pertencentes ao sector social, afasta a possibilidade de recurso à excepção *in house*⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Cf. DURVAL TIAGO FERREIRA: “Mesmo que a prossecução do interesse público seja juridicamente possível com a participação de privados, pode, na prática, a entidade pública não conseguir impô-los à sociedade, que está também condicionada pelos interesses económicos e estratégicos subjacentes a essa participação privada. Pelo contrário, sendo os capitais integralmente públicos, mesmo que a sociedade assuma uma organização de forma privada, é mais fácil subsistir uma coincidência entre os fins pretendidos pela entidade matriz e os fins a prosseguir pela entidade instrumental, não havendo qualquer interferência de interesses alheios ao interesse público”, *Contratação In House*, Almedina, 2013. No mesmo sentido, os Acórdãos *Stadt Halle*, de 11 de Janeiro de 2005, *Comissão/República Italiana*, de 8 de Abril de 2008 (pontos 38, 39, 40 e 41) e *Sea*, de 10 de Setembro de 2009.

⁽²⁹⁾ Processo C-574/12. Sobre este Acórdão, JOSÉ ANTÓNIO MORENO MOLINA, in *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 134, noviembre-diciembre de 2014. O Advogado-Geral, PAOLO MENGOTZI, perfilha do entendimento que veio a ser sufragado pelo Tribunal, de afastar qualquer relação doméstica quando na presença de participações privadas, embora ressalve que a mera possibilidade estatutária dessa participação não deve ser motivo para essa exclusão. E quanto ao facto desses privados, no caso em apreço, pertencerem ao sector social e não prosseguirem um escopo lucrativo, o Advogado-Geral entende que, embora o direito da contratação pública não seja indiferente a este aspecto, nomeadamente através do disposto no art. 2.º do TUE e 26.º da Directiva 2004/18, tal não é por si só suficiente para justificar a aplicação da excepção *in house*. (Conclusões apresentadas em 27 de Fevereiro de 2014). Já a decisão a que chegou o tribunal no Processo C-568/13, *Cruz Vermelha italiana*, não é de todo coincidente com o Acórdão *SUCH*. No Acórdão *Cruz Vermelha*, o tribunal admitiu a adjudicação directa de contratos de serviços de transportes urgentes a determinadas entidades, como a Cruz Vermelha, com o argumento que se trata de contratos que envolvem aspectos particulares, como a urgência, a componente social ou a eficácia.

Numa primeira versão do texto da directiva impedia-se de forma taxativa a participação de privados, através de uma alínea *c*) do parágrafo 1⁽³⁰⁾.

No documento de consenso de 13 de Julho de 2013, e no texto final, abre-se a possibilidade da participação de privados, cumpridos os seguintes critérios: desde que seja imposta pela legislação dos Estados-Membros, que seja conforme aos Tratados e que essa participação não lhes confira poderes de controlo ou de bloqueio nas sociedades em causa.

No Considerando 32 da directiva refere-se que só está em causa a participação directa na entidade controlada. Assim, a existência de participação de privados nas autoridades adjudicantes que efectuem o controlo, não impede a adjudicação de contratos públicos à pessoa colectiva controlada sem aplicar os procedimentos previstos na directiva, visto que tais participações não afectam de forma negativa a concorrência entre operadores privados.

Este novo regime confere uma maior flexibilidade às autoridades adjudicantes, quanto às suas formas de organização, nomeadamente com a possibilidade de recurso a parceiros privados.

Este regime, inovador, consubstancia alguns riscos de concorrência, quer nos casos de participações directas ou indirectas, na medida em que esses operadores poderão beneficiar com a celebração de contratos que vão passar à margem dos procedimentos legais de contratação⁽³¹⁾.

2.5. Conclusões

A técnica da cooperação vertical, mediante o recurso a contratos celebrados com entidades meramente instrumentais, por força do exercício de um controlo efectivo e pela limitação da actividade prestada por tais entidades, deve ser interpretada restritivamente,

⁽³⁰⁾ Proposta de Directiva COM/2011/0896 final — 2011/0438 (COD) art. 11.º, parágrafo *c*.

⁽³¹⁾ Ao que acresce, neste aspecto, a alteração introduzida no critério do destino do essencial da actividade.

em ordem a não causar perturbações nas regras de concorrência. Ou seja, não devem os Estados servir-se dela como instrumento de ajudas de Estado, por exemplo para favorecer estratégias de internacionalização empresarial ou captação de contratos noutros mercados, atento o limite imposto pelo art. 107.º do TFUE.

Assim, quando se tratar de uma relação jurídica entre duas ou mais entidades entre as quais não exista qualquer subordinação jurídica e económica, então, por força das disposições comunitárias e nacionais, exige-se o recurso aos procedimentos legais de contratação, em cumprimento dos princípios gerais da transparência e da concorrência.

3. A cooperação horizontal

A regulação das relações contratuais entre entidades públicas foi dos temas mais controvertidos durante a tramitação legislativa das novas directivas⁽³²⁾.

O Parlamento Europeu instou a Comissão a estabelecer um regime clarificador quanto às condições em que são celebrados os acordos/contratos dentro da denominada Administração Pública, ou, na expressão das novas directivas, entre autoridades adjudicantes. E que o fizesse a partir da jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Esta matéria foi abordada logo em 2006, pelo Parlamento Europeu, na sua *Resolução sobre a colaboração público-privada e o Direito comunitário em matéria de contratação pública e concessões* (2006/2043/INI), a propósito da cooperação intermunicipal, enunciando alguns critérios que deveriam estar na base desta cooperação, nomeadamente quanto às entidades, que tinham de ser municipais, existir uma supervisão sobre as prestações contratuais idêntica à que exercem sobre os seus próprios serviços e, finalmente, essas actividades são prestadas quase em exclusivo para as contratantes.

⁽³³⁾ Na *Resolução sobre Novos aspectos da política de contratação pública*, de 18 de Maio de 2010, 2009/2175, o Parlamento Europeu reiterou a sua posição de que a cooperação entre municípios pode passar ao lado das regras de contratação pública, cumprindo-se determinados requisitos: se se tratar da prestação de um serviço público de incumbência das entidades locais contratantes; se não houver participações de privados e se esses serviços são prestados essencialmente em benefício das entidades participantes no negócio.

Em paralelo, foi notável a pressão dos Estados-Membros com vista a alcançar uma cobertura jurídica para as relações entre entidades públicas nas quais não se verifica um controlo análogo, mas em que há necessidade de uma cooperação com vista ao desenvolvimento comum de tarefas de serviço público.

Esta figura da cooperação horizontal, ainda que deva ser interpretada de forma restrictiva, põe em evidência a linha ténue que delimita a sujeição às directivas dos contratos entre entidades públicas ou a exclusão dessas relações do conceito de contrato público, o que gera tensão com as normas do direito da concorrência⁽³⁴⁾.

Este tipo de colaboração, sendo uma modalidade da doutrina *in house*, tem em comum o facto de decorrer da liberdade de organização administrativa, mas difere quanto aos princípios básicos que a configuram, bem como quanto os requisitos que devem concorrer para a sua apreciação⁽³⁵⁾.

Na cooperação horizontal não se está na presença de relações de subordinação, típicas da contratação doméstica, mas de uma cooperação, em plano de igualdade entre as entidades ou administrações públicas, para a prossecução em comum de tarefas de interesse público⁽³⁶⁾.

Na sentença *Coditel* reconhece-se que uma autoridade pública, para além de poder realizar as suas actividades de interesse público, pode também fazê-lo “em colaboração com outras autoridades públicas”. A partir desta decisão, o Tribunal considera que o direito comunitário não impõe de modo algum às autoridades públicas o uso de uma determinada forma jurídica para garantir as suas missões de serviço público em conjunto, entendendo-se que

(34) Cf. MIGUEL A. BERNAL BLAY “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

(35) Cf. Processos C-84/03, de 13 de Janeiro de 2005, *Comissão/Espanha* e C-220/05, de 18 de Janeiro de 2007, *Comune de Roanne*.

(36) Vide ISABEL CORCOLLES, in “Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 135, enero-febrero 2015.

essas relações não afectam os princípios da igualdade, ou de liberdade de circulação de serviços, não implicando uma concorrência falseada (Pontos 48 e 49).

No Acórdão *Comissão/Alemanha*, várias circunscrições celebraram com a cidade alemã de Hamburgo um contrato relativo à eliminação dos seus resíduos numa nova instalação de valorização térmica, sem qualquer procedimento pré-contratual, o que levou a Comissão Europeia a intentar a respectiva acção de incumprimento⁽³⁷⁾.

Em sua defesa, a Alemanha sustentou que o contrato em causa resultava de uma operação interna da administração e que, por conseguinte, se encontrava fora do âmbito de aplicação das normas relativas à contratação pública⁽³⁸⁾.

O Tribunal, pese embora tenha concluído, expressa e inequivocamente, que as circunscrições em causa “não exercem controlo algum que possa ser qualificado de análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços”, considerou, a final, não existir incumprimento por parte da Alemanha. Com efeito, sustentou: (i) “o contrato controvertido cria uma cooperação entre autarquias locais, que tem por objectivo assegurar a realização de uma missão de serviço público comum”; (ii) é “o culminar de um processo de cooperação intermunicipal (...) que implica exigências idóneas para assegurar a eliminação dos resíduos; (iii) foi apenas celebrado entre entidades públicas, sem a participação de privados; (iv) “uma autoridade pública pode desempenhar as missões de interesse público que lhe incumbem através dos seus próprios meios, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços, e em colaboração com outras autoridades públicas”. E entendeu que, não obstante não existir qualquer organismo de cooperação intermunicipal, o direito comunitário também não impõe às autoridades públicas, para assegurar conjuntamente as

⁽³⁷⁾ Processo C-480/06, de 9 de Junho de 2009.

⁽³⁸⁾ E argumentou que a cidade de Hamburgo não devia considerar-se como um prestador de serviços, mas sim um organismo de direito público responsável pela eliminação dos resíduos, prestando uma assistência administrativa a autarquias limítrofes contra o reembolso dos seus custos de funcionamento.

suas missões de serviço público, que recorram a uma forma jurídica especial. Além disso, o TJUE refere que a colaboração entre as autoridades públicas não pode por em causa o objectivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos, isto é, a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros, desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objectivos de interesse e que o princípio da igualdade de tratamento dos interessados consagrados na Directiva 92/50 seja garantido, de modo que nenhuma empresa privada seja colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes.

Foram diversas as críticas que surgiram face ao teor desta decisão judicial; desde logo pelo facto do tribunal aparentemente ter prescindido dos critérios por si criados em *Teckal*, optando por uma decisão casuística que colocava em causa a segurança jurídica da questão e criando uma nova isenção das regras comunitárias sobre contratos públicos não baseada em qualquer norma das Directivas. “Ao ter ignorado a existência de um mercado público, o tribunal ignorou também a possibilidade de, por exemplo, uma outra cidade poder competir no negócio em causa”⁽³⁹⁾.

O TJUE, porém, afasta este entendimento e vem admitir formas de colaboração puramente contratuais ou convencionais (não institucionalizadas) às quais não se aplicam as regras da contratação pública; limitando-se a fazer uma análise do ponto de vista funcional se o acordo de cooperação interadministrativo põe em causa os princípios fundamentais do direito comunitário. Ou seja, a inaplicabilidade da directiva não se fundamenta na questão da relação entre as entidades, mas no conteúdo do contrato que se dirige à prossecução de um interesse público comum.

Na decisão seguinte, no Acórdão *Lecce*, o Tribunal apreciou a legalidade da adjudicação directa de um contrato entre a Agência Sanitária de *Lecce* e Universidade de Salento, para a elaboração de um estudo de avaliação da vulnerabilidade sísmica das estruturas

(39) Acórdão que opôs a *Comissão à Alemanha*, Processo C-480/06.

hospitalares da Província de *Lecce*. Apesar de serem ambas entidades públicas, o tribunal afastou a possibilidade de uma colaboração horizontal, porque entendeu não estarmos face a um desempenho de uma missão de serviço público comum. E mais, ao permitir-se que a Universidade se socorresse de parceiros privados na execução deste contrato, estar-se-ia a beneficiar indevidamente essas empresas privadas, ao não sujeitar este contrato às regras de concorrência⁽⁴⁰⁾.

No caso *Piepenbrock* não estava em causa o exercício de uma actividade em comum, mas um contrato de transferência de competências entre entidades locais. A Associação de Municípios *Kreis Duren* transfere para o Município *Stadt Düren* os serviços de limpeza dos edificios propriedade da associação e que se encontrem no Município. O *Stadt* pode recorrer a terceiras entidades para a execução deste serviço e a remuneração equivale, tão só, a uma indemnização pelos custos suportados com as prestações contratuais (Processo C-386/11).

O Tribunal de Justiça afasta desde logo a verificação do primeiro dos requisitos *Teckal*, na medida em que não há qualquer controlo exercido entre os contratantes.

Os juízes excluíram também a existência de uma cooperação entre as entidades, e, por isso, o órgão jurisdicional que apresentou a questão prejudicial pôs em causa se o facto de se recorrer a um contrato “de delegação” pode significar uma “montagem destinada a escapar ao regime normativo de contratação pública”⁽⁴¹⁾.

Em suma, o Tribunal concluiu que as meras transferências de funções ou competências não traduzem uma colaboração entre entidades públicas para o desempenho de missões de serviço público comum. Não sendo contratos que, pela sua natureza, não têm por objectivo uma colaboração real e efectiva, não constituem fórmulas que encaixem com os requisitos exigidos pela jurispru-

⁽⁴⁰⁾ Processo C-159/11, de 19 de Agosto de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*.

⁽⁴¹⁾ Esta delegação de competências, permitida pelas leis alemãs, não exclui que essa relação, não se tratando de uma colaboração horizontal, constitua um contrato público de serviços, no sentido do art. 1.º, ponto 2, letra d) da Directiva 2004/18/CE.

dência para considerar que estamos face a uma cooperação horizontal. Por outro lado, ao permitir-se que um terceiro executasse as referidas limpezas, coloca-se este terceiro numa situação de vantagem indevida face aos seus concorrentes⁽⁴²⁾.

Por último, e no âmbito do Acórdão *Hamburgo-Harburg*, de 8 de Maio de 2014, o Tribunal analisou um contrato celebrado entre uma universidade alemã e uma sociedade de capitais públicos para a aquisição de um sistema de gestão informática, de assessoria aos institutos públicos. A Universidade de Hamburgo comprou directamente à empresa HIS um programa informático, no valor de € 840.000,00; com a especificidade da cidade de Hamburgo participar, quer na Universidade, quer na empresa adjudicatária. No processo principal, foi pacífico que não existia nenhuma relação de controlo entre a Universidade, enquanto adjudicante, e a HIS, enquanto adjudicatária. Com efeito, a Universidade não detém nenhuma participação no capital social, nem tem qualquer seu representante legal nos órgãos de direcção da empresa. Por sua vez, a cidade de Hamburgo também não está em condições de exercer um qualquer controlo sobre a Universidade, cuja autonomia não é posta em causa.

Os juízes entenderam que a cooperação estabelecida por este contrato não está destinada à realização de uma missão de serviço público comum, no sentido do que tem sido seguido pela jurisprudência e destaca que não só a Universidade e a empresa não são autoridades públicas, como a empresa não visa o desempenho de uma missão de serviço público⁽⁴³⁾.

Fruto das conclusões a que foram chegando os juízes comunitários nestes arestos, a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 relativa aos contra-

(42) *Piepenbrock* (Processo C-386/11), de 13 de Junho de 2013. A lei alemã de organização administrativa distingue os contratos de mandato, nos quais não há transferência de competências, executam-se tarefas por conta de outrem e só se revestem um carácter oneroso é que estão sujeitos ao regime de contratação pública; dos contratos de delegação, em que se opera uma transmissão de competências e que estão sempre sujeitos ao normativo legal dos contratos públicos.

(43) Acórdão *Technische Universität Hamburg — Harburg*, de 8 de Maio de 2014, Processo C-15/13.

tos públicos, no seu art. 12.º, n.º 4, descreve os requisitos da denominada “cooperação horizontal”: *a)* a celebração do contrato entre duas ou mais entidades adjudicantes; *b)* que se estabeleça uma cooperação entre estas entidades a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabem assegurar se enquadrem nos objectivos que têm em comum; *c)* esta cooperação deve ser regida unicamente por considerações de interesse público; *d)* as actividades abrangidas pelo contrato devem ser marginais, não ultrapassando os 20% da totalidade das actividades dessas entidades; e cuja contabilização é feita pelos critérios enunciados no n.º 5 desse art. 12.º.

Daqui se depreende que a cooperação pode abarcar todo o tipo de actividades relacionadas com a execução de tarefas e responsabilidades de serviço público de um leque variado de entidades, como aqueles pertencentes às autoridades locais, regionais, organismos de direito público ou entidades públicas empresariais.

No Considerando 33 da Directiva indica-se que as tarefas dos diferentes poderes adjudicadores não têm de ser necessariamente idênticas, podendo ser complementares e executadas em cooperação. A colaboração institucional não implica necessariamente que os poderes adjudicadores comunguem do mesmo tipo de funções, bem como não se exige que todas as entidades assumam a execução das principais obrigações contratuais; o que de certa forma equivale ao controlo conjunto na medida em que nem todos têm de assumir um controlo individual efectivo sobre a entidade instrumental.

Por outro lado, a cooperação deve fundar-se em considerações assentes exclusivamente no interesse público, excluindo-se assim qualquer tipo de outro interesse, por limitado que seja.

Por último, e quanto ao carácter marginal das actividades a prosseguir, o novo texto da Directiva vem flexibilizar o critério do cálculo da percentagem de negócios, considerando que se considera a média do volume total de negócios do poder adjudicador verificado nos últimos três anos, ou, em alternativa, e por exemplo, os custos suportados quanto a serviços, fornecimentos ou obras, no mesmo período de tempo. Se esta avaliação não for possível, porque a entidade é recente, ou foi reorganizada, então “basta mostrar que a medição é credível, nomeadamente através de projecções de actividades”.

No texto de consenso de 13 de Julho de 2013 incluíam-se dois requisitos adicionais que acabaram por cair: a impossibilidade de participação de privados e a retribuição deveria resumir-se ao pagamento dos custos reais.

Efectivamente, só existirá uma verdadeira cooperação, guiada por razões de interesses exclusivamente públicos e respeitando-se o princípio de igualdade, se as entidades não tiverem qualquer participação de um parceiro privado, que gozaria de uma vantagem concorrencial indevida. Daí que, mesmo sem consagração no texto da Lei, a inexistência de privados é uma condição essencial para a verificação de uma cooperação horizontal. E inclusive a previsão estatutária da possibilidade de participação futura de privados seria um motivo que afastava a verificação de uma cooperação horizontal, uma vez que estaríamos perante a possibilidade de uma adjudicação directa a uma sociedade de capitais mistos⁽⁴⁴⁾.

Quanto à supressão do requisito de que a retribuição unicamente pode corresponder ao reembolso dos custos reais, parece levar ao entendimento de que será possível a prática de preços de mercado, e que assim se pode obter um benefício pelo desenvolvimento dessas actividades. Contudo, não havia sido este o entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Comissão-Alemanha*, ao exigir que a retribuição só podia abarcar o reembolso dos custos reais⁽⁴⁵⁾.

Na nossa perspectiva, o texto da Directiva devia manter o entendimento jurisprudencial, pelo qual a contrapartida pela execução do contrato se resumia apenas aos custos, não se admitindo que daí resultassem lucros, porque este era um ponto fundamental que esvaziava um potencial interesse comercial do negócio.

(44) Solução a que chegou o TJUE no Acórdão *Mödling*, ao adiantarem-se os conceitos de “construção artificial de várias fases distintas” e do “cumprimento permanente dos critérios *Teckal*”, que expressam a preocupação dos juízes numa abordagem às sucessivas fases de formação e execução do contrato, com o objectivo de evitar que a abordagem apenas ao momento da celebração não fosse suficiente para evitar um eventual atropelo das regras da transparência e da concorrência.

(45) Este aspecto foi também apreciado no Acórdão *Lecce*, (Processo C-159/11).

3.1. Conclusões

Tanto a opinião do Parlamento Europeu, como a doutrina do Tribunal de Justiça parecem caminhar na mesma direcção: a necessidade de distinguir, para o efeito de aplicar ou não o regime normativo dos contratos públicos, entre as formas modernas de organização e execução conjunta de tarefas públicas comuns, por parte das autoridades públicas, que se conduzem exclusivamente por considerações de interesse público; da simples compra e venda comercial de bens e serviços no mercado, sujeita às regras de contratação pública.

Não sendo uma decorrência da doutrina *in house*, a cooperação horizontal apresenta-se como outra forma de excepção ao regime de contratação pública, dando resposta aos anseios dos Estados em encontrarem formas de prosseguir o interesse público, através de cooperação entre diferentes órgãos, principalmente ao nível local e em matérias que justificam essa conjugação de esforços, como por exemplo, na área ambiental, cujos custos dificilmente seriam suportáveis de forma individual e sem essa cooperação.

4. Conclusões finais

Se na reforma de 2004, os Estados-Membros não conseguiram sequer chegar a um consenso que tornasse possível a consagração legislativa das relações *in house*, a reforma de 2014 espelha a vitória dos Estados sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça. É certo que os textos das directivas partem das premissas que foram sendo desenvolvidas nos últimos 15 anos pelos juízes comunitários. Mas, em todos os casos em que puderam ir mais longe, as directivas foram-no.

Na fixação de um limite, concreto e abaixo dos valores até então referenciados, para a consideração do requisito do destino do essencial da actividade, fazendo cair as virtudes de uma interpretação qualitativa e permitindo que as entidades instrumentais passem a desenvolver um quinto da sua actividade a terceiros, mantendo

assim uma actividade mínima que lhe confira alguma autonomia, pelo menos financeira.

Na possibilidade da participação de privados, quer na coope-
ração vertical ou horizontal, ainda que a título excepional e contra
a corrente da jurisprudência que, como se viu no Acórdão *SUCH*,
nem as entidades pertencentes ao sector social e sem ânimo lucra-
tivo o tribunal deixava passar.

Finalmente, ao deixar cair a exigência que o preço a cobrar
pela entidade instrumental não pode ultrapassar o custo — abando-
nando o entendimento sufragado nos arestos mais recentes — os
Estados conseguem que se apliquem as excepções da contratação a
negócios com valores de mercado e que geram lucros para os adju-
dicatários.

Se esta é uma matéria que evidencia uma tensão latente entre o
princípio da liberdade de auto-organização dos Estados e o princí-
pio da concorrência, então, desta vez, o primeiro levou vantagem!