

Curso Pós-Graduado em Direito dos Contratos Públicos

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

A relação contratual “*in house*”

Março de 2008

André Gaspar Martins

INTRODUÇÃO

Pretende-se com este (necessariamente) sucinto texto abordar uma questão que foi, mesmo que lateralmente, referida no Curso Pós-Graduado em Direito dos Contratos Públicos, designadamente na sessão ministrada pelo Sr. Prof. Doutor Pedro Gonçalves – os contratos públicos fruto de uma relação contratual *in house*. Trata-se, com efeito, de uma temática extremamente relevante no âmbito da contratação pública porquanto, cada vez mais, os entes públicos contratam directamente com outras entidades públicas o fornecimento de bens e de prestações de serviços¹.

Arriscaríamos dizer que, na maior parte destas situações, i.e., no caso de a entidade adjudicante contratar o fornecimento do bem ou a prestação do serviço a determinada entidade, ela própria um ente jurídico-público típico, ou um organismo de direito público, o mecanismo regra será a atribuição directa, não se lançando mão de qualquer procedimento pré-contratual, violando, desta forma, as mais básicas regras da contratação pública, bem como os princípios basilares dos contratos públicos, constantes do ordenamento jurídico nacional, bem como do Direito Comunitário primário (desde logo, o próprio Tratado CE) e derivado (DIRECTIVA 2004/18/CE²), designadamente na interpretação que lhes tem sido emprestada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [doravante referido por TJCE]. E não se pense que tais adjudicações assumem um carácter meramente residual, bem pelo contrário. Com efeito, assistimos, cada vez com maior regularidade, à celebração de contratos por parte de entidades adjudicantes com entes públicos, designadamente no que concerne à Administração Central do Estado, bem como à Administração Local ou, de qualquer modo, com operadores que, mesmo revestindo natureza privada, se inserem no respectivo sector empresarial. Estamos a pensar, designadamente, nas entidades públicas empresariais e nas empresas públicas, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, e nas entidades que se inserem no denominado Sector Empresarial Local, na disciplina da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro.

Trata-se, no fundo, de uma externalização das atribuições do ente público, mas mediante a contratação de operadores que, muitas das vezes, não actuam no mercado em condições de

¹ Bem como procedimentos com objectos mais complexos, com sejam as concessões de obras públicas e de serviços públicos, figuras que, por economia de espaço, não poderemos abordar no presente texto.

² DIRECTIVA 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

igualdade com os restantes operadores económicos privados, por exemplo em virtude de uma especial relação de dependência com um ou vários entes públicos.

É, assim, neste âmbito que surge a dogmática das relações *in house*. No fundo, saber em que situações se devem aplicar as normas procedimentais de formação dos contratos públicos, quando a entidade adjudicante contrata um ente que com ela se relaciona de forma “especial”, seja ou não o adjudicatário uma entidade adjudicante. É que sempre teremos que admitir a opção pela auto-organização do Estado, criando entes jurídicos, mesmo que submetidos ao regime do direito privado, para a satisfação das suas necessidades próprias, ainda que sem olvidar a relação especial que assim se estabelece entre as partes envolvidas. Ou seja, estes entes criados seriam como que uma continuação do Estado, uma *longa manus* da actuação deste. De uma perspectiva oposta, sempre terá que se dizer que o ente de natureza privada que o Estado cria actua no mercado, em concorrência com outros operadores privados, e trata-se, ao menos juridicamente, de uma entidade distinta do Estado, pelo que terá que se sujeitar às mesmíssimas regras que são aplicadas aos restantes operadores³.

Aqui chegados, questiona-se: o Estado (*rectius*, o ente público que cria a entidade que vem a assumir as vestes de adjudicatária) pode contratar directamente serviços, fornecimento de bens, ou empreitadas à entidade dele juridicamente distinta? A resposta mais assertiva será, em nosso entender, um nada concreto *depende*. É que a resposta encontramos-la, devidamente fundamentada, nos vários Acórdãos proferidos pelo TJCE, designadamente desde o dia 19 de Novembro de 1999, sem que contudo se esqueça que o Código dos Contratos Públicos, não obstante a ausência de norma expressa na DIRECTIVA 2004/18/CE, acolhe já a não aplicação das regras procedimentais da contratação pública quando estiverem reunidos os pressupostos da relação *in house*. Trata-se, assim, de matéria que foi primeiramente abordada pelo TJCE, sendo que, desde esse momento, houve já Estados-Membros que procederam a alterações legislativas no sentido de consagrar a figura da contratação *in house*, dos quais são exemplo a Espanha e a França⁴, sucedendo o mesmo, aliás, com Portugal, como supra se aludiu.

³ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *in* *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, p.14-16.

⁴ Cfr. CLÁUDIA VIANA, *in* *Os princípios comunitários da Contratação Pública*, Coimbra Editora, pág. 484.

I. O CONCEITO DA RELAÇÃO *IN HOUSE* COMO FRUTO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Como já supra se referiu, o conceito de contratação *in house* é, antes do mais, o fruto da elaboração jurisprudencial do TJCE. Apesar de objecto de tratamento em vários acórdãos do TJCE, certo é que o dia 19 de Novembro de 1999 assume considerável relevância, porquanto marca a definição pelo Tribunal de Justiça, com relativa clareza e segurança, dos pressupostos que permitem a qualificação como *in house* de uma dada relação contratual: tal data corresponde à publicação do Acórdão do TJCE denominado *Teckal*, proferido no âmbito do Processo n.º C – 107/98. Um tribunal italiano – *Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna* – coloca ao Tribunal de Justiça a questão de saber se uma autarquia pode atribuir directamente um contrato de fornecimento a um agrupamento de municípios. *In casu*, o conselho Municipal de *Viano* confiou, directamente, à AGAC, a gestão do serviço de aquecimento de certos edifícios comunais. A adjudicatária, refira-se, é um agrupamento de vários municípios, dotado de personalidade jurídica própria e de autonomia de gestão⁵.

Ora, o TJCE começa por afirmar a irrelevância de a adjudicatária ser, ela própria, uma entidade adjudicante, confirmando, assim, que os entes públicos podem ser concorrentes num procedimento de formação de contratos públicos⁶. Por outro lado, para o Tribunal, relevante é averiguar se estamos perante um contrato público de fornecimento, ou não. É que, se efectivamente o for, então serão aplicáveis os pertinentes preceitos comunitários, designadamente a Directiva 93/36, salvo se ocorrer qualquer das excepções vertidas no seu texto. Pela sua importância, transcrevemos, em seguida, os pontos 50. e 51. do referido Acórdão:

*“50. A este respeito, de acordo com o artigo 1., alínea a), da Directiva 93/36, basta, em princípio, que o contrato tenha sido celebrado entre, por um lado, uma autarquia local ou regional e, por outro, uma pessoa dela juridicamente distinta. **Só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a compõem.***

51. Deve, por consequência, responder-se à questão prejudicial que a Directiva 93/36 é aplicável quando uma entidade adjudicante, como uma autarquia local ou regional, pretende

⁵ V. Acórdão *Teckal*, pontos 11. a 16., onde é caracterizada exaustivamente a entidade em causa.

⁶ Questão actualmente pacífica, face ao vertido no artigo 1.º, número 8, da DIRECTIVA 2004/18/CE.

celebrar por escrito, com uma entidade dela distinta no plano formal e dela autónoma no plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha por objecto o fornecimento de produtos, quer esta entidade seja ela própria uma entidade adjudicante quer não."

[o *negrito* é nosso]

Assim, e para o Tribunal, estaremos perante um contrato de fornecimento se se tratar, desde logo, de um contrato oneroso, e celebrado por duas pessoas juridicamente distintas. É ainda «*necessário que seja celebrado um contrato e por escrito*»⁷ (Advogado-Geral COSMAS). Partindo deste juízo, conclui então o TJCE que será de aplicar a Directiva em questão, não bastando, para o seu afastamento, que a adjudicatária seja, ela própria, uma entidade adjudicante. Mas, o Acórdão expressamente individualiza as hipóteses a que não serão de aplicar os procedimentos de formação dos contratos públicos. Tal sucederá se:

- i) «*simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exercer sobre os seus próprios serviços*»; e
- ii) «*essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a compõem*».

São, assim, estes os dois requisitos, de verificação cumulativa, que têm que estar preenchidos, para podermos qualificar uma relação contratual como *in house*. Trata-se, destarte, de situações em que a entidade adjudicante, no fundo, se *abastece dentro de casa*, consubstanciando verdadeiras operações internas, sendo de afastar, por isso, a aplicação das normas de contratação pública. Mais uma vez, acentua-se a relevância do elemento funcional no *iter* interpretativo seguido por parte do TJCE⁸, porquanto, perante um contrato entre dois sujeitos juridicamente distintos, não serão aplicáveis as normas dos contratos públicos caso se verifique, no plano substantivo, uma relação de estreita dependência entre eles, que elimina, no fundo, a autonomia da vontade da entidade adjudicatária. No fundo confrontamo-nos com casos em que o co-contratante mais não é do que uma *longa manus* da entidade adjudicante, estando sujeito à incidência de especiais poderes por parte da entidade adjudicante e perdendo, por isso, a sua autonomia decisória.

⁷ Cfr. Conclusões do Advogado-Geral COSMAS, no processo *Teckal*, apresentadas em 1 de Julho de 1999, e citado por CLÁUDIA VIANA, in *Direito Regional e Local*, n.º 0, pág. 36.

⁸ Conforme sucede, aliás, com a interpretação do conceito de *organismo de direito público* – Cfr., por todos, o Acórdão *Mannesmann*, de 15 de Janeiro de 1998, proferido no Processo n.º C-44/96.

No entanto, os requisitos elencados pelo TJCE não se afiguram de fácil interpretação: como definir a existência de um controlo análogo ao que a entidade adjudicante exerce sobre os seus próprios serviços?; Como qualificar, quantitativa e/ou qualitativamente, a circunstância de o essencial da actividade da entidade ser realizada para a entidade adjudicante? A clarificação e a densificação do conceito de relação *in house*, designadamente da verificação dos seus pressupostos, tem sido efectuada, como não poderia deixar de suceder, pelo próprio Tribunal de Justiça.

II. CLARIFICAÇÃO E DENSIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RELAÇÃO *IN HOUSE* – O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Se o estabelecimento dos requisitos para a qualificação de uma relação contratual como *in house* foi primeira e devidamente assente no Acórdão *Teckal*, o labor jurisprudencial do Tribunal veio clarificar o modo como, para esta instância jurisdicional, se devem ter os mesmos por preenchidos. Neste âmbito, assumirá particular relevância o Acórdão *Stadt Halle*, de 11 de Janeiro de 2005, proferido no Processo n.º C-26/03, conforme se intentará demonstrar adiante.

O TJCE teve já várias oportunidades de clarificar o conceito de *controlo análogo*. Assim, a primeira nota a considerar prende-se com a não identidade entre os conceitos de *influência dominante* e *controlo análogo*. Com efeito, este exige algo mais, em relação à existência de uma *influência dominante*⁹, conceito utilizado, entre nós, para definição de empresa pública. Com efeito, diz-nos o TJCE que o controlo deve revelar-se como análogo ao que uma entidade exerce sobre os seus próprios serviços internos, envolvendo, em consequência, um poder de *influência determinante*¹⁰, consubstanciado na capacidade efectiva para regular, *rectius* determinar, vários aspectos da actividade da entidade controlada. Neste sentido, no já citado Acórdão *Carbotermo*, e para apuramento da existência deste controlo, ele ter-se-à por verificado se «a sociedade adjudicatária estiver sujeita a um controlo que permita à entidade adjudicante influenciar as decisões da referida sociedade. Deve tratar-se de uma possibilidade de influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes da sociedade». A existência de tal controlo análogo terá como consequência a falta de autonomia decisória por parte da entidade *controlada*, e

⁹ Cfr. Neste ponto, o Acórdão *Carbotermo*, de 11 de Maio de 2006, proferido no Processo n.º C-340/04, bem como PEDRO GONÇALVES, *in Regime Jurídico das Empresas Municipais*.

¹⁰ A expressão é de PEDRO GONÇALVES, Nota (9).

deverá considerar-se verificado não apenas quando à entidade adjudicante seja reconhecido o poder de dar instruções relativamente a cada caso concreto, mas simplesmente quando esta esteja em condições de, em qualquer momento e sobre as matérias mais relevantes para a vida da entidade controlada, impor a decisão a adoptar¹¹. PEDRO GONÇALVES [v. Nota (9)], adianta ainda, socorrendo-se novamente da jurisprudência comunitária¹², e passamos a transcrever, que «se entende que existe controlo análogo na relação entre um município e uma empresa desde que o primeiro esteja em condições de fixar a orientação geral da empresa, atribuindo-lhe o capital de dotação, assegurando a cobertura de eventuais custos sociais, verificando os resultados da gestão e exercendo supervisão estratégica».

Quanto ao preenchimento do segundo requisito, importa começar por referir que ao utilizar a expressão «essencial da actividade para a(s) entidade(s) adjudicante(s)» significa, desde logo, que o TJCE não impõe a existência de uma exclusividade da actividade, admitindo, conseqüentemente, que a entidade co-contratante exerça outras actividades que não a que se destina à entidade adjudicante. Mas, como o Tribunal teve já ocasião de precisar, e passamos a transcrever: «a empresa em causa realiza o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla, na acepção do acórdão Teckal, já referido, quando a actividade desta empresa é consagrada principalmente a esta autarquia, revestindo qualquer outra actividade apenas carácter marginal»¹³. Perante esta situação, poderemos, então, concluir, que estaremos perante uma relação *in house*, desde que o co-contratante, não obstante ser um ente juridicamente distinto da entidade adjudicante, se comporte como uma sua *longa manus*, não actuando no mercado como se de um simples operador económico privado se tratasse. O propósito essencial da sua actividade é, no fundamental, dirigido à entidade adjudicante, sendo que esta como que se auto-abastece ou provê à satisfação das respectivas necessidades *dentro de casa*, não carecendo por isso de se dirigir ao mercado e ficando, concomitantemente, dispensada de lançar mão dos mecanismos de formação dos contratos públicos. No mesmo sentido, ALEXANDRA LEITÃO¹⁴ concluí que só poderemos falar na existência de prestações *in house* relativamente «aquelas que sejam uma forma de “auto-prestação”, ou seja, um modo de organização ou gestão em que as entidades adjudicantes utilizam meios próprios». Mas a qualificação deste requisito poderá ser efectuada, também, recorrendo a um critério quantitativo¹⁵, designadamente ao volume de negócios do fornecedor do bem ou prestador do serviço. Assim e quando pelo menos 90% do total das actividades do co-contratante

¹¹ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, Nota (3).

¹² Acórdão *Parking Brixen*, de 13 de Outubro de 2005, proferido no Processo n.º C-458/03.

¹³ Cfr. Acórdão *Cabortermo*, já referido na Nota (9).

¹⁴ V. ALEXANDRA LEITÃO, Nota (3), citando ALEJANDRO HUERGO LORA.

¹⁵ V. PEDRO GONÇALVES, Nota (9).

for realizado em benefício da entidade adjudicante, pode-se afirmar, com segurança, que realiza o essencial da sua actividade para a entidade adjudicante.¹⁶

Impõe-se, por último, no que concerne ao exame da jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça tendo por objecto de referência as relações *in house*, uma alusão a um outro Acórdão, que introduziu um dado inovador e que certamente influenciará de forma determinante o espectro de aplicação da figura. Estamos a referir-nos em concreto ao Acórdão *Stadt Halle*, de 11 de Janeiro de 2005, proferido no âmbito do Processo C-26/03. No caso que foi apresentado, um município – *Halle* – adjudicou directamente à entidade *RPL Lochau* uma prestação de serviços de tratamento de resíduos. Refira-se que o capital social desta empresa era detida maioritariamente pelo município de *Halle*, e uma parte minoritária por uma sociedade privada. O TJCE reafirmou a sua doutrina constante de decisões anteriores, *maxime* do Acórdão *Teckal*, lembrando que, neste processo, «a entidade distinta era inteiramente detida por autoridades públicas», algo que não sucedia no caso então em análise. Nesses moldes, veio o Tribunal a concluir que, e pela sua relevância permitimo-nos transcrever:

“a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante em causa exclui de qualquer forma que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.”

Entendeu, desta forma, o TJCE que a mera presença de um sócio privado na configuração do capital social da entidade adjudicatária é, só por si, fundamento bastante para que a relação contratual não possa ser qualificada como *in house*, devendo, em sintonia, a entidade adjudicante observar os procedimentos de matriz pré-contratual aplicáveis à formação da espécie contratual concretamente em apreço. E, em nossa opinião, a fundamentação expressa por esta instância jurisdicional não oferece grandes críticas. Com efeito, «a relação entre uma autoridade pública, e os seus próprios serviços, rege-se por considerações e exigências específicas da prossecução de objectivos de interesse público», enquanto que «o capital privado numa empresa obedece a considerações inerentes a interesses privados e prossegue objectivos de natureza diferente». Perante tal quadro, e adoptando, como é seu timbre, uma posição restritiva quanto à isenção do cumprimento dos procedimentos de formação dos contratos públicos, o TJCE defende não estarmos perante uma relação *in house*. Poder-se-à criticar esta posição unicamente pela sua

¹⁶ Cfr. o recentíssimo Acórdão *Asemfo/Tragsa*, de 19 de Abril de 2007, proferido no Processo C-295/05.

rigidez: ao decidir-se nos moldes em que o fez, torna-se para este Tribunal absolutamente indiferente se a participação privada no capital é de 49% ou de 0,5%. Acresce que o TJCE conseguiu ainda ir mais longe, endurecendo a respectiva posição, em Acórdão datado de 10 de Novembro de 2005¹⁷. Em tal litígio, a entrada de capital privado na adjudicatária deu-se em momento posterior ao do acto adjudicatório [embora em momento anterior à execução da prestação, refira-se], mas, mesmo nessa situação, o Tribunal pronunciou-se no sentido de que o contrato em apreço deveria ter sido atribuído na sequência de um dos procedimentos previstos nas Directivas Comunitárias em matéria de contratação pública. Registe-se que, no ponto 42. deste Acórdão, o TJCE afirma, e em nosso entendimento bem, que «A realização do objectivo prosseguido por esta [DIRECTIVA 92/50], consistente na livre circulação dos serviços e na abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros, estaria comprometido se fosse permitido às entidades adjudicantes recorrer a manobras destinadas a dissimular a atribuição de contratos públicos de serviços a empresas de economia mista». Em jeito de conclusão, é perfeitamente claro que, para o Tribunal de Justiça, a mera presença, por mais insignificante que seja [em termos quantitativos], de uma entidade privada no capital social do co-contratante afasta a qualificação da relação jurídica como parte integrante do universo das relações *in house*.

E esta posição do Tribunal de Justiça assume contornos realmente decisivos, atento o seu impacto na economia das relações desenvolvidas pelas entidades adjudicantes no contexto da celebração de contratos de solicitação de produtos e de serviços ao mercado. Como sabemos, os entes públicos recorrem, cada vez com maior frequência, à criação de novos entes, não raras vezes em colaboração efectiva com entidades de direito privado, dando origem a sociedades de capitais mistos, em regra com predominância do capital público. Consequentemente, e como bem lembra PEDRO GONÇALVES, a propósito da Administração Local, mas que cremos ser de aplicar também ao estabelecimento de parcerias público-privadas por parte do Estado, a participação de entidades privadas, mesmo que minoritária (ou até residual), na criação de parcerias público-privadas institucionalizadas¹⁸, afasta, por completo, face ao entendimento do TJCE, a existência de um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços, por parte da entidade adjudicante em causa e, consequentemente, a invocação da existência de uma relação *in house*.

¹⁷ Acórdão *Comissão vs. Áustria*, de 10 de Novembro de 2005, proferido no Processo n.º C-29/04.

¹⁸ Ou seja, parcerias que se consubstanciam na criação *ex novo* de uma entidade distinta, detida conjuntamente pelo parceiro público e pelo parceiro privado – v., a propósito desta questão, o LIVRO VERDE SOBRE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O DIREITO COMUNITÁRIO EM MATÉRIA DE CONTRATOS PÚBLICOS E CONCESSÕES, COM(2004) 327, de 30 de Abril de 2004, elaborado pela Comissão Europeia.

III. POSITIVAÇÃO DO CONCEITO NA DIRECTIVA 2004/18/CE e NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

É com alguma estupefacção que constatamos, lendo o articulado da DIRECTIVA 2004/18/CE, que a teoria da relação jurídica *in house* não foi acolhida no texto deste diploma normativo comunitário. Esperar-se-ia, com efeito, do próprio “legislador” comunitário que tivesse acolhido aquilo que é o entendimento perfilhado pelo TJCE quanto a esta matéria, assim conduzindo os Estados-Membros a incorporarem nos respectivos ordenamentos jurídicos internos tal conceito, por força da necessária transposição da DIRECTIVA em questão. Note-se que não se tratou de um qualquer esquecimento por parte das várias instâncias comunitárias. Conforme nos dá disso notícia CLÁUDIA VIANA¹⁹, a razão que levou ao não acolhimento, na DIRECTIVA 2004/18/CE, da doutrina da relação contratual *in house* prende-se exclusivamente com a não obtenção de acordo, quanto ao texto da disposição normativa, por parte dos intervenientes no processo legislativo – Comissão Europeia, Conselho Europeu e o Parlamento Europeu. Se, não raras vezes, vemos as instâncias comunitárias, *maxime* o Tribunal de Justiça, condenar os Estados-Membros por não transposição, ou transposição deficiente, de normativos comunitários, ou pela emissão de normas divergentes das normas comunitárias, seria interessante observarmos o TJCE a censurar as próprias instâncias comunitárias, por omissão legislativa, relativamente às relações *in house*, dogmática que surgiu primordialmente da jurisprudência daquele Tribunal.

Mas não foi esta omissão comunitária que impediu, conforme já se teve ocasião de referir, que alguns Estados-Membros tenham revisto o seu quadro legal que regula os procedimentos de formação dos contratos públicos, com vista a acolher a figura da relação *in house*. Assim sucedeu, por exemplo, em França, no *Code des Marchés Publics*, aprovado pelo *Décret* n.º 2006-975, de 1 de Agosto de 2006 – sob o título *contrats-maison* – bem como em Espanha, alterando-se o artigo 3.1.1), da *Ley de Contratos de la Administración Pública*, e ainda em Itália, na redacção do *Decreto-Legge* n.º 269/2003, de 29 de Setembro²⁰.

Também o legislador português se fez eco de igual tendência. Assim, encontramos no recentemente publicado Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro – diploma que aprova o Código

¹⁹ CLAUDIA VIANA, Nota (4), págs. 480 e 481, bem como, da mesma Autora, Nota (7), pág.39.

²⁰ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, nota (3), pág. 20.

dos Contratos Públicos – uma norma especificamente dedicada às relações jurídicas *in house*²¹. Referimo-nos, em concreto, ao artigo 5.º, número 2, do Código, que sob a epígrafe «*Contratação excluída*», acolhe *in totum* a jurisprudência reiterada do TJCE.

Como breves notas a esta disposição legal, permitimo-nos destacar os seguintes aspectos:

- i. O legislador optou por não delimitar a aplicação do conceito da relação *in house* em razão da natureza do contrato a celebrar, abrangendo-se assim todos os contratos públicos cujo objecto se enquadre no âmbito de aplicação objectivo do Código;
- ii. Contrariamente à redacção constante do artigo 10.º, n.º 3, alínea g), da primeira versão publicitada do novo Código dos Contratos Públicos, a versão final, e recentemente publicada no Diário da República, não restringe a aplicação da teoria da relação *in house* apenas a contratos celebrados entre entidades adjudicantes, permitindo, assim, que o adjudicatário seja uma qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, mesmo que não seja ela própria uma entidade adjudicante²²;
- iii. Como bem refere ALEXANDRA LEITÃO²³, o artigo 5.º, número 2, do CCP isenta a entidade adjudicante do cumprimento da parte II do Código, ou seja, da fase de formação do contrato, mas não da aplicação das disposições relativas à fase de execução;
- iv. Ainda, e também em sentido divergente do texto publicitado inicialmente, o artigo 5.º, número 2, do novo Código, contempla a possibilidade de, aliás em consonância com a jurisprudência do TJCE, o controlo sobre o adjudicatário ser exercido por uma ou várias entidades adjudicantes.^{24 25}

²¹ Note-se que, o próprio preâmbulo do diploma legal contém uma referência expressa à celebração de contratos *in house*.

²² V. neste sentido, CLÁUDIA VIANA, Nota (7), págs. 39 a 42.

²³ V. ALEXANDRA LEITÃO nota (3).

²⁴ V. neste sentido, CLÁUDIA VIANA, Nota (7).

²⁵ Mesmo que se situe para além da relação *in house*, não resistimos a deixar uma última observação. Em face das dificuldades e obstáculos que têm sido criados, nomeadamente por parte do TJCE, tem a doutrina administrativista, designadamente italiana, tentado abrir vias alternativas que, não recorrendo à figura da relação *in house*, possibilitem a adjudicação directa de contratos públicos a entes com participação pública e privada, quando não estejam reunidos os requisitos da contratação *in house*. Uma dessas figuras relaciona-se com o lançamento de uma PPP institucionalizada, i.e., criação de um novo ente jurídico, dotado de personalidade jurídica e autonomia próprias, ao qual adjudique um contrato público. Ora, ao invés de se aplicarem as normas de contratação pública aquando da adjudicação do serviço (ou mesmo da concessão), recorre-se a um procedimento concursal numa fase anterior, nomeadamente no momento em que se

pretender criar o novo ente. Assim, tal procedimento concursal destinar-se-á a escolher o parceiro privado, e não a escolher o adjudicatário do contrato de serviços ou de concessão (i.e., do que virá a constituir o objecto social do ente a constituir). Os defensores deste entendimento socorrem-se do que tem sido o entendimento da Comissão Europeia, vertido no já aludido Livro Verde [v. Nota (18)]. Aliás, em Comunicação Interpretativa da Comissão recentemente publicada «*Commission Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP)*», de 05.02.2008, C(2007)6661, é a própria Comissão Europeia que afirma que não considera razoável (ou imprescindível) o lançamento de dois procedimentos concursais: um para escolha do parceiro privado, e outro para adjudicação do contrato público ou da concessão. A Comissão adianta o seu entendimento, afirmando outrossim que o lançamento de um único procedimento se afigura conforme às regras do Tratado CE, consubstanciando-se numa adjudicação “*dois em um*”, ou seja, lançamento de um único procedimento concursal, cujo objecto compreende o contrato público a adjudicar, ou a concessão (no fundo, o objecto da PPP), bem como os termos precisos da participação do parceiro privado [as suas competências, contribuição operacional, ou participação na gestão da PPP], e ainda a definição do prazo da adjudicação, que deverá estar delimitado. Neste modelo, ocorrerão no mesmo momento i) a escolha do parceiro privado, ii) a fundação da PPP, e iii) a adjudicação do contrato público ou da concessão. Pelo contrário, é nosso entendimento que a adjudicação do contrato poderá, de facto, ocorrer em momento ulterior, desde que os aspectos mais relevantes da PPP estejam estabelecidos, *ab initio*, aquando do lançamento do procedimento para escolha do parceiro privado. *In fine*, resta-nos afirmar que o Tribunal de Justiça ainda não foi instado a se pronunciar sobre um procedimento concreto, efectuado nos moldes *supra*. Só quando tal suceder poderemos afirmar, sem margem para dúvidas, que o *modus procedendi* aqui exposto é acolhido, até, pelo TJCE. Arriscamos afirmar, no entanto, que, face ao entendimento muito restrito que tem sido manifestado pelo Tribunal, não nos espantaria que este rejeitasse esta “manobra de diversão”, argumentando, se nos é permitida a expressão, que “*não se pode aceitar que entre pela janela, aquilo cuja entrada foi vedada pela porta*”. Mas, cá estaremos para analisar o seu veredicto.