



**Confirmado pelo Acórdão n.º  
14/2016 – PL, de 14/07/2016,  
proferido recurso n.º 9/2015**

## **Acórdão n.º 09/2015-30.JUN-1.ª S/SS**

Processos n.ºs 1085 a 1094/2015 e 1185/2015

Relator: Conselheiro João Figueiredo

**Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:**

### **I – RELATÓRIO**

1. A CP – Comboios de Portugal, EPE (doravante designada por CP), remeteu a este Tribunal para efeitos de fiscalização prévia dez contratos de prestação de serviços de manutenção e reparação de material circulante, celebrados em 29 de maio de 2014, com a empresa EMEF – Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, SA (doravante designada por EMEF).
2. Os dez contratos – respeitando cada um a uma série de material circulante – são os seguintes:
  - a) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 50 UQE série 2300/2400 da CP, com o valor de € 64.584.452,00, vigorando até 31.12.2025 (Processo n.º 1085/2015);
  - b) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 30 UME série 3150/3250 da CP, com o valor de € 31.948.781,00 e para vigorar de 1.01.2016 a 31.12.2022 (Processo n.º 1086/2015);
  - c) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 10 UQE série 3500 da CP, com o



- valor de € 21.635.025,00, e para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1087/2015);
- d) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 101 carruagens inox climatizadas da CP, com o valor de € 32.753.003,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1088/2015);
- e) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 34 UME série 3400 da CP, com o valor de € 36.446.216,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1089/2015);
- f) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 7 UDD série 9630 da CP, com o valor de € 4.497.892,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1090/2015);
- g) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 55 UTE série 2240 da CP, com o valor de € 48.900.862,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1091/2015);
- h) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 19 UDD série 450 da CP, com o valor de € 26.031.698,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1092/2015);
- i) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 10 CPA série 400 da CP, pelo valor de € 66.702.020,00, para vigorar até 31.12.2025 (Processo nº 1093/2015);
- j) Contrato para prestação de serviços de manutenção base, grandes reparações e serviços adicionais, em 06 LD série 1400 da CP com o valor de € 3.360.059,00, para vigorar de 01.01.2016 a 31.12.2025 (Processo nº 1094/2015).



3. Aqueles contratos regulam a prestação de serviços de manutenção integral do material da respetiva série, abrangendo a manutenção preventiva, preventiva condicional e preventiva planeada das unidades e das peças do parque afetas à série.
4. Aqueles contratos foram submetidos a fiscalização prévia em 1 de junho de 2015, em 15 de junho foram devolvidos à CP, solicitando-se esclarecimentos e documentos para melhor instrução dos processos, tendo-se obtido resposta em 23 de junho.
5. A CP remeteu igualmente, em 16 de junho de 2015, a este Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato para prestação de serviços de reparação R1 a realizar nas 10 unidades CPA 4000 da CP, celebrado em 15.06.2015, com a EMEF, com o valor de €17.304.635,90 (Processo n° 1185/2015). Este contrato tem como objeto a prestação de serviços de “Intervenção Meio de Vida (R 1) nos comboios do serviço ferroviário Alfa Pendular (CPA)”. Também a instrução deste processo foi objeto de aperfeiçoamento.
6. Dado que em todos os processos se suscitam as mesmas questões essenciais, quer de facto, quer de direito, decidiu-se que sobre todos incide a mesma decisão.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO**

### **Factos**

7. Para além do referido nos n°s 1 a 3 e 5, são dados como assentes e relevantes para a decisão os factos e alegações constantes dos processos e referidos nos números seguintes.



8. A CP é uma entidade pública empresarial, detida a 100% pelo Estado, que, nos termos do nº 5 do artigo 2º da Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada pela Lei nº 91/2001, de 20 de agosto, assumiu a natureza de entidade pública reclassificada a partir de 1 de janeiro de 2015.
9. A EMEF é atualmente uma empresa detida a 100% pela CP, competindo a esta designar o seu Conselho de Administração<sup>1</sup>.
10. Segundo informação transmitida pela CP, a análise do volume de negócios da EMEF, nos últimos três anos, evidencia que os serviços prestados por esta às empresas CP e CP Carga representam, em média 83%, do seu volume total de negócios. Diz-se no processo que <sup>2</sup>:
  - a) No ano de 2012, da totalidade do volume de negócios da EMEF, 72% desse volume resultou de serviços prestados à CP e 12% resultou de serviços prestados à CP Carga (sendo que apenas 16% do volume global de negócios resultou de serviços prestados a empresas fora do grupo), totalizando uma percentagem de 84% do volume de negócios da empresa;
  - b) No ano de 2013, 71% do volume de negócios da EMEF resultou de serviços prestados à CP e 10% resultou de serviços prestados à CP Carga (sendo que apenas 19% do volume global de negócios resultou de serviços prestados a empresas fora do grupo), totalizando uma percentagem de 81% do volume de negócios da empresa;
  - c) No ano de 2014, 70% do volume de negócios da EMEF resultou de serviços prestados à CP e 14% resultou de serviços prestados à CP Carga (sendo que apenas 17% do volume global de negócios resultou de serviços prestados a empresas fora do grupo), totalizando uma percentagem de 84% do volume de negócios da empresa.

---

<sup>1</sup> Artigo 18º dos Estatutos da EMEF a fls. 196 v. do processo nº 1085/2015.

<sup>2</sup> Vide fls. 49 e 50 do processo nº 1085/2015.



# Tribunal de Contas

---

11. A CP Carga é uma sociedade anónima detida a 100% pela CP <sup>3</sup>.
12. Os contratos foram diretamente adjudicados pela CP à EMEF, invocando-se o disposto no nº 2 do artigo 5º e no artigo 13º do CCP.
13. Como resulta do que acima se expôs, os contratos indicados no nº 2 têm uma duração prevista de 10 anos, com início a 1 de janeiro de 2016 e termo a 31 de dezembro de 2025, com a exceção de um que, tendo prevista a mesma data de início, terminará a 31 de dezembro de 2022 (Processo nº 1086/2015), e dois que entrarão em vigor no mês seguinte ao visto do Tribunal (Processos nºs 1085/2015 e 1093/2015) até 31 de dezembro de 2025. O contrato indicado no nº 5 não tem um tempo total de execução previsto, apenas o tempo de execução por unidade, que ronda os 64 dias úteis, tratando-se de 10 unidades. A respetiva portaria de extensão de encargos prevê neste caso valores para os anos de 2015 a 2019.
14. A celebração dos dez contratos inicialmente referidos foi autorizada por despacho conjunto dos Secretários de Estado do Tesouro e das Infraestruturas, Transportes e Comunicações, datado de 28.05.2015, tendo sido aprovadas as declarações de suficiência orçamental e cativação de verbas pela CP, no montante máximo de € 336.860.008,00, a que acresce o respetivo IVA à taxa legal em vigor, repartidos pelos exercícios de 2015 a 2026 e determinado que os encargos serão inscritos nos orçamentos da CP, de 2016 a 2026<sup>4</sup>. No caso do contrato acima referido no nº 5, o despacho correspondente foi de 29.05.2015.
15. Os encargos plurianuais foram autorizados através de 11 portarias conjuntas dos Secretários de Estado Adjunto e do Orçamento, e das Infraestruturas

---

<sup>3</sup> Vide fl. 103 do processo nº 1085/2015.

<sup>4</sup> Vide fl. 9 do processo nº 1085/2015.



Transportes e Comunicações, datadas de 8 de junho de 2015, e publicadas no DR nº 112, de 11 de junho de 2015, uma referente a cada contrato, com os nºs 441-A/2015 a 441-K/2015.

16. Em 7 de maio de 2015 entrou em vigor o Decreto-Lei nº 70/2015, de 6 de maio, que aprovou o processo de privatização da EMEF.

17. Solicitada a informar sobre a fase em que se encontra atualmente este processo, veio a CP informar:

*“O processo de reprivatização encontra-se atualmente na fase de realização de diligências por parte dos potenciais investidores, os quais deverão apresentar as suas propostas vinculativas de aquisição até ao próximo dia 30 de Junho. Subsequentemente, decorrerá durante o mês de Julho a análise das propostas e a decisão quanto à seleção do proponente ou determinação de realização de uma fase de negociações.”*

18. Instada a explicar por que razões a formação dos presentes contratos não foi sujeita à concorrência, a CP invocou o regime da *contratação in house* e acrescentou<sup>5</sup>:

*“O facto de a EMEF, SA, estar em fase de reprivatização não nos parece que suscite problemas de concorrência, pois os contratos em causa são um dos Ativos da empresa a reprivatizar e a reprivatização é realizada através de processo que assegura a participação de vários interessados. (...) Sendo o processo de reprivatização concorrencial, assegurando a participação de várias empresas interessadas, não se poderá questionar que os contratos celebrados nesta especial conjuntura não salvaguardem a concorrência”.*

19. Tendo-se questionado a CP quanto aos períodos de vigência previstos para os contratos, estando a decorrer o processo de reprivatização da EMEF, respondeu aquela empresa, remetendo para documento já constante do processo<sup>6</sup>:

*“[A]s especificidades técnicas e económicas dos contratos em apreço, mormente a natureza das prestações em causa e as condições da sua execução, que tornam imperativo adequar a duração do contrato às*

---

<sup>5</sup> Vide fl. 102 e ss. do processo nº 1085/2015.

<sup>6</sup> Vide fl. 36 e ss. e 102 do processo nº 1085/2015.



*exigências feitas ao prestador do serviço, como é a prática adotada noutras redes ferroviárias”.*

20. E no caso do contrato acima referido no nº 5, informou ainda a CP:

*“A previsão de execução física dos trabalhos é inferior a 5 anos, estando contratualizada (cf. Cláusula 3ª do Contrato) a entrada do primeiro CPA 5 meses após a entrada em vigor do contrato, que terá uma duração dos trabalhos de 85 dias úteis e os restantes 9 CPA entrarem com a cadência de um, após a receção da unidade anterior, com a duração de 64 dias úteis, excetuando 15 dias do mês agosto em que os trabalhos são suspensos por motivo de férias.*

*Como a programação das intervenções está dependente da entrada em vigor do contrato e esta condicionada ao visto do Tribunal de Contas, a sua calendarização só terá lugar até 5 dias após a data de entrada em vigor do contrato (cf. pt. 5 da Clª 3ª).*

*A realização do RI aos CPA terá que ter o menor impacto possível na exploração normal do serviço Alfa Pendular, razão pela qual apenas só pode ser intervencionada uma composição CPA de cada vez.*

*A duração de cada intervenção está diretamente relacionada com a profundidade e complexidade dos trabalhos a realizar, tendo em conta que cada CPA é composto de 6 veículos.”*

21. Nos anos transatos – entre 2009 e 2015 - foram celebrados entre a CP e a EMEF contratos com idêntico objeto com períodos de vigência que variaram entre 12 meses e 15 meses <sup>7</sup>.

22. Sobre a verificação dos pressupostos de aplicação do disposto no nº 2 do artigo 5º do CCP diz-se em informação da Direção-Geral do Tesouro e Finanças <sup>8</sup>:

*“Não questionamos que, no momento da celebração dos contratos, estes dois requisitos (da contratação in house) se encontrem formalmente preenchidos. Assim, como afirma a CP, no seu email, e conforme parece ser do domínio factual, no momento da celebração do contrato: (i) a CP detém 100% da EMEF; (ii) a CP tem o poder de nomear membros do Conselho da Administração da EMEF; e (iii) a EMEF destina mais de 80% da sua atividade ao Grupo CP.*

*Porém, (...) poderá eventualmente estar em causa o risco de tais requisitos poderem vir a ser considerados materialmente não verificados, tendo em conta que, no momento da celebração dos contratos, se encontra em curso o processo de privatização da EMEF”.*

---

<sup>7</sup> Vide fl. 112 e ss. do processo nº 1085/2015.

<sup>8</sup> Vide informação da DGTF GACSEE43\RC\CMP de 27 de abril de 2015, a fls. 7 do processo nº 1085/2015.



## Enquadramento jurídico

23. Duas questões se devem suscitar na apreciação destes processos:

- a) Os contratos podiam ter sido diretamente adjudicados pela CP à EMEF, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 5.º e do artigo 13.º do CCP?
- b) O período de vigência consagrado nos contratos é conforme ao regime legal aplicável?

Vejam os separadamente cada uma destas questões, pese embora elas, nestes processos, estejam estreitamente relacionadas entre si, como se verá.

24. Numa primeira análise dos dados relevantes para esclarecer este assunto, quanto à CP e à EMEF, podiam não restar dúvidas de que no momento presente – sublinhe-se este aspeto: no momento presente – se verificam os pressupostos consagrados no n.º 2 do artigo 5.º do CCP e que permitiriam que os presentes contratos pudessem ser formados e celebrados ao seu abrigo.

25. O n.º 2 do artigo 5.º do CCP consagra, como se sabe, uma exceção à aplicação da parte II do Código, com o fundamento de se estar no âmbito da “contratação interna”<sup>9</sup> ou de “relações internas” (ou “in house providing”, na linguagem corrente comunitária) entre a entidade adjudicante e a adjudicatária.

26. Relembre-se o que a referida disposição legal estabelece:

*“A parte II do presente código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objeto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:*

*a) A entidade adjudicante exerça sobre a atividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e*

---

<sup>9</sup> Expressão fortemente ambígua, para não dizer incorreta, pois se é “contratação” não pode ser “interna” e se é “interna” não pode haver “contratação”.





*b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.”*

27. Ora, é indubitável que a CP:

- a) É, à luz do CCP, uma entidade adjudicante, por ser integralmente detida pelo Estado, e estar submetida à sua influência dominante: seja por força da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º - se se entender que por exercer em regime de exclusividade a sua atividade, ela não teria por isso carácter industrial ou comercial, por não estar sujeita à lógica do mercado e da livre concorrência – seja por força da alínea a) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 7.º, se se adotar o entendimento de que a sua atividade tem aquele carácter. E desta qualificação resulta que a formação dos contratos por ela celebrados, em regra, deve obedecer ao disposto na Parte II do CCP. Contudo, face aos casos concretos em análise, deve atender-se que
- b) Exerce sobre a EMEF um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, nomeadamente por deter integralmente o seu capital e por designar o seu conselho de administração; e
- c) Beneficia do essencial da atividade desenvolvida pela EMEF, na medida em que mais de 80% dela se destina à satisfação de necessidades da CP e da CP Cargo.

28. Aqui chegados confirma-se pois aquela perceção de que os presentes contratos poderiam ser formados e celebrados ao abrigo do n.º 2 do artigo 5.º do CCP. Contudo, as circunstâncias em que os contratos são celebrados exigem uma visitação ao regime constante naquela disposição legal, para apurar se aquela conclusão está ou não correta.

29. A tese da contratação “*in house*”, surgida no âmbito da aplicação das diretivas



comunitárias sobre contratação pública, assenta na ideia de que uma entidade adjudicante está dispensada de cumprir as regras de concorrência quando escolhe realizar ela mesma as operações económicas de que necessita, no âmbito da sua autonomia organizativa, através de uma outra entidade que funciona como um seu prolongamento organizacional. Será, então, essa especial relação de prolongamento que, integrando, no plano substantivo, uma relação de dependência entre os entes em causa, elimina a autonomia de vontade de um deles e permite considerar que o contrato não é celebrado com um *terceiro*. Assim, enquanto o regime da contratação pública pressupõe a necessidade de recurso a contratantes externos, no caso da “*contratação in house*” há recurso a meios organizativos que substancialmente são internos, pese embora constituam uma entidade jurídica diferente, que pode assumir as mais diversas formas.

30. Relembre-se ainda um aspeto essencial: a questão da contratação *in house* insere-se na questão da contratação inter-administrativa. Na Diretiva 92/50/CEE (relativa à prestação de serviços) abordou-se a possibilidade de celebração de contratos públicos entre entidades adjudicantes a ela sujeitas. Referia-se na alínea c) do seu artigo 1º que “*os prestadores de serviços são qualquer pessoa singular ou coletiva, incluindo organismos de direito público, que ofereçam serviços*”. E no artigo 6º estabelecia-se que a diretiva não era aplicável à celebração de contratos de serviços “*atribuídos a uma entidade que seja ela própria uma entidade adjudicante na aceção da alínea b) do artigo 1º, com base num direito exclusivo estabelecido por disposições legislativas, regulamentares, ou administrativas publicadas*”. Esta disposição suscitou diversas interpretações, admitindo alguma doutrina que os contratos celebrados entre entidades adjudicantes estavam excluídos da aplicação daquela diretiva.

31. É no contexto dessa polémica que a jurisprudência comunitária se pronunciou



várias vezes, concluindo que as diretivas comunitárias eram aplicáveis aos contratos celebrados entre entidades adjudicantes. Efetivamente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a afirmar claramente que o regime de contratação pública se aplica, em princípio, aos casos em que uma entidade adjudicante celebra por escrito, com uma entidade dela distinta no plano formal e dela autónoma no plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha um objeto abrangido por essas diretivas, quer esta segunda entidade seja ela própria uma entidade adjudicante quer não.

32. As diretivas de 2004, na senda da jurisprudência do Tribunal de Justiça, vieram clarificar que a participação de entidades públicas como concorrentes em procedimentos pré-contratuais não pode pôr em causa a livre concorrência. Relembre-se a propósito o 4.º considerando da Diretiva 2004/18/CE em que se afirma que *“os Estados-membros devem velar por que a participação de um proponente que seja um organismo de direito público, num processo de adjudicação de contratos públicos, não cause distorções da concorrência relativamente a proponentes privados”*.
33. Assim, é hoje bem claro, no plano do direito europeu dos contratos públicos, que a celebração de contratos públicos economicamente relevantes deve estar sujeita às normas de contratação pública, mesmo quando seja feita entre entidades públicas.
34. Por isso também, a aplicação das exceções, previstas na lei, à sujeição aos regimes de contratação pública, como a constante no nº 2 do artigo 5º e noutras disposições do CCP, deve ser feita com rigor e mediante interpretação estrita.
35. É pois neste contexto de submissão da contratação entre entidades públicas aos princípios e regimes de contratação pública que é formulada a doutrina da contratação *in house*: precisamente como uma exceção à aplicação dos



procedimentos concorrenciais de formação de contratos, porque se trataria verdadeiramente de “*contratação interna*” ou, em rigor, de “*não contratação*”, estando-se pois no domínio de meras disposições internas das entidades adjudicantes relativas à sua organização produtiva de bens ou serviços. “*Contratação interna*” que, dada a sua especial configuração, não suscitava questões de concorrência. Se a Administração tem o poder de se organizar, se no exercício desse poder decide ela própria adotar soluções de satisfação das suas necessidades em bens e serviços, se tais soluções configurarem a criação de entes com essa capacidade produtiva, então no estabelecimento de contratos com esses entes e com essa finalidade, a Administração não estará sujeita a observar procedimentos concorrenciais.

36. Como se disse, foi com base nas diretivas que a jurisprudência comunitária veio a formular progressivamente a doutrina da *contratação in house*. Recordem-se designadamente os acórdãos proferidos nos processos C-107/98 (*Teckal*) de Novembro de 1999, C-26/03 (*Stadt Halle*) em Janeiro de 2005, C-84/03 (*Comissão v. Espanha*) também de Janeiro de 2005, C-231/03 (*Coname*), de Julho de 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), de Outubro de 2005, C-29/04 (*Comissão v. Áustria*), de Novembro de 2005, C-340/04 (*Carbotermo e Consorcio Alisei*), de Maio de 2006, C-410/04 (*ANAV*), C-295/05 (*Asemfo/Tragsa*), de Abril de 2007, C-337/05 (*Comissão v. Itália*), de Abril de 2008, C-573/07 (*Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa*), de Setembro de 2008, C-324/07 (*Coditel*), de Novembro de 2008 e C-480/06 (*Comissão vs República Federal da Alemanha*), de Junho de 2009. Atender a alguns aspetos desta produção jurisprudencial é importante neste processo, pois, como se sabe, a solução consagrada no CCP em matéria de contratação interna (*in house*) seguiu a que foi enunciada a partir do acima referido acórdão *Teckal*.

37. Dessa jurisprudência destaquem-se os seguintes aspetos, mais relevantes para a apreciação destes processos:



- a) Dado que o objetivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos é a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros, a não aplicação das regras comunitárias à luz da doutrina da *contratação in house* só pode ser considerada como resultado de uma interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se (vide nomeadamente os acórdãos *Stadt Halle e Brixten*);
- b) Nessa interpretação e consequente aplicação estritas, deve ter-se em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes (vide nomeadamente os acórdãos *Brixten e Coditel*);
- c) A verificação de condições que permitam admitir a derrogação das regras comunitárias à luz da doutrina da *contratação in house*, deve ser, em regra, aferida ao momento da celebração do contrato. Contudo, circunstâncias pertinentes posteriores podem ser tidas em conta, quando tais circunstâncias lançarem luz sobre as condições que efetivamente existiam no momento da celebração do contrato (vide nomeadamente o acórdão *Comissão v. Áustria*);
- d) De entre as circunstâncias pertinentes a ter em conta cumpre considerar, designadamente, em primeiro lugar, a detenção do capital da entidade adjudicatária, em segundo lugar, a composição dos órgãos de decisão desta e, em terceiro lugar, a extensão dos poderes reconhecidos ao seu conselho de administração (vide nomeadamente o acórdão *Coditel*);
- e) O controlo exercido pela entidade adjudicante, ou pelo conjunto das entidades públicas/adjudicantes, sobre a entidade adjudicatária deve ser análogo ao que exerce ou exercem sobre os seus próprios serviços, mas “*não tem de ser idêntico em todos os pontos*”. Deve revelar que a adjudicatária pode ser considerada uma “*estrutura de gestão interna*”, sobre a qual se exerce uma influência determinante, tanto sobre os



objetivos estratégicos, como sobre as decisões importantes desta entidade (vide nomeadamente o acórdão *Coditel*);

- f) A participação, ainda que minoritária, de capitais privados na entidade adjudicatária do contrato exclui de qualquer forma que a entidade adjudicante possa exercer sobre aquela um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. Deve ter-se em conta que nenhuma empresa privada deve ser colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes (vide nomeadamente os acórdãos *Stadt Halle*, *Coditel*, *Comissão v. República Federal da Alemanha*, e *Comissão v. Itália*).<sup>10</sup>

38. Da síntese agora feita à luz do que pode ser relevante nestes processos resulta: a não aplicação das regras comunitárias à luz da doutrina da *contratação in house* só pode ser considerada como resultado de uma interpretação estrita, tal interpretação deve ter em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes no momento da celebração do contrato, mas também circunstâncias pertinentes posteriores podem ser tidas em conta, quando tais circunstâncias lançarem luz sobre as condições que efetivamente existiam no momento da celebração do contrato.

39. Muito relevante para a dilucidação das questões suscitadas nestes processos é o acórdão *Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa*, de Setembro de 2008, no processo C-573/07. Repetindo muita da matéria de anteriores acórdãos traz, contudo, alguns elementos que importa realçar. Assim, recordando que a existência efetiva de uma participação privada no capital da sociedade adjudicatária afasta a verificação da condição do “*controlo análogo*” e que tal existência deve, em regra, ser aferida no momento da celebração do contrato, afirma que “*não se pode excluir a possibilidade de ações de uma sociedade*

---

<sup>10</sup> Este particular aspeto do regime da *contratação in house* foi contudo objeto de alterações na nova Diretiva 2014/24UE (vide o seu artigo 12º).



*serem vendidas a terceiros em qualquer momento. No entanto, admitir que esta mera possibilidade possa manter em suspenso indefinidamente a apreciação sobre o carácter público ou não do capital de uma sociedade adjudicatária de um contrato público não seria conforme com o princípio da segurança jurídica”. Assim, “a abertura do capital da sociedade a investidores privados só pode ser tomada em consideração se existir”, no momento da adjudicação, “uma perspectiva concreta e a curto prazo dessa abertura”. Assim, numa situação em que o capital da sociedade adjudicatária é inteiramente público e em que não há nenhum indício concreto da abertura iminente do capital a acionistas privados, “a mera possibilidade de particulares participarem no capital da referida sociedade não basta para se concluir que a condição relativa ao controlo da autoridade pública não foi preenchida”.*

40. A jurisprudência citada não pode deixar de ser seguida e aplicada e, por isso, nos presentes processos terá de se concluir em sentido contrário: a efetiva possibilidade de a entidade adjudicatária vir a ser detida por capitais privados – que resulta de o processo de privatização da EMEF estar a decorrer – exige que se considere que o pressuposto de controlo análogo estabelecido pelo nº 2 do artigo 5º do CCP deixou de existir. Ou, retomando palavras daquele acórdão: *“a abertura do capital da sociedade a investidores privados [deve] ser tomada em consideração se existir”, no momento da adjudicação, “uma perspectiva concreta e a curto prazo dessa abertura”.*

41. Relembre-se que a admissibilidade de celebração de contratos mediante adjudicação direta ao abrigo da doutrina – e disposições legais correspondentes – da *contratação in house*, justifica-se porque não está em causa a observância do princípio da concorrência. Ora, nos casos em juízo, trata-se de adjudicações de contratos cuja execução se prolongará por 10, 7 e, num caso, 5 anos, e em que a não observância do princípio da concorrência



não é admissível; está em causa um longo período temporal para execução dos contratos, em que a EMEF já não pode ser equiparada a uma estrutura de gestão interna da CP ou um seu prolongamento organizacional. Durante 5, 7 e 10 anos a EMEF, já detida por capitais privados, teria assegurada uma vantagem, sobre potenciais concorrentes, prestando serviços à partida contratualmente assegurados e seguindo preços que em nada resultaram da dinâmica do mercado e do jogo da concorrência. E a CP, durante o mesmo alargado período temporal, ficaria vinculada a tais compromissos contratuais. Note-se que o valor envolvido nestes contratos é, sem o IVA aplicável, muito elevado: € 354.164.643,90. Em contrapartida, não é evidente que os interesses da CP e do Estado, sobretudo atendendo aos alargados prazos de execução que aqui estão em causa, tenham sido devidamente salvaguardados.

42. Perante tais ponderações as justificações apresentadas pela CP não colhem: admite-se que o processo de reprivatização seja concorrencial. Admite-se que estes contratos sejam um ativo da EMEF em processo de reprivatização. Agora, estes concretos elementos – os contratos agora em causa - que serão certamente considerados na reprivatização não foram eles próprios objeto de qualquer formação concorrencial.
43. Aqui chegados, conclui-se, pois, que os contratos não poderiam ser objeto de adjudicação direta ao abrigo do nº 2 do artigo 5º do CCP.
44. Mas, no processo, foi também invocado o artigo 13º do CCP como fundamento para a solução adotada.
45. Dadas as atividades desenvolvidas pela CP (vide a propósito a alínea c) do nº 1 do artigo 9º), e considerando-se que é entidade adjudicante à luz do nº 1 do artigo 7º, está sujeita às regras previstas no CCP para o setor especial dos transportes, sendo-lhe aplicável o disposto nos artigos 7º a 15º. Mas à mesma conclusão se chegaria, nos casos presentes, por força do disposto no artigo 12º.





46. Ora, para o que agora importa, dispõe a subalínea v) da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º:

*“A parte II do presente Código só é aplicável à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º desde que (...) [o] objecto desses contratos abranja prestações típicas dos (...) contratos (...) [de aquisição] de serviços cujo valor seja igual ou superior ao referido na alínea a) do artigo 16.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março”.*

47. Resulta desta disposição que, em regra, os contratos celebrados pela CP estão sujeitos à observância da Parte II do CCP. Contudo dispõem as alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 13.º:

*“A parte II do presente Código não é aplicável à formação dos seguintes contratos referidos nos artigos 11.º e 12.º: (...)*

*c) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pelas alíneas a) ou b) do n.º 2 do artigo 2.º e uma empresa sua associada ou uma entidade abrangida pela alínea d) do mesmo número da qual aquela entidade adjudicante faça parte;(...)*

*f) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pela alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º e uma entidade abrangida pelas alíneas a) ou b) do mesmo número ou uma empresa associada a esta última”.*

48. Resulta pois desta disposição que tais contratos não estão sujeitos à observância da Parte II do CPC, na sua formação. Mas numa condição: tem de haver uma relação de associação entre a empresa adjudicante e a empresa adjudicatária.

49. É indubitável que tal relação existe entre a CP e a EMEF. Contudo existe agora mas está prestes a deixar de existir, com a conclusão do processo de reprivatização.

50. Pese embora o regime aqui consagrado não seja em rigor o mesmo do relativo à contratação *in house*, as razões justificativas que lhe estão subjacentes repetem-se aqui, embora se manifestem de forma diferente com apelo ao



conceito de empresa associada, densificado no artigo 14º. Trata-se de situações em que pode não haver uma observância estrita do princípio da concorrência. Contudo, para que se adotem estas soluções, é preciso que aquele pressuposto - o de empresa associada - se verifique e, previsivelmente, continue a verificar-se. E também aqui colhe toda a argumentação acima produzida de não ser admissível a inobservância do princípio da concorrência, tendo em conta que o processo de privatização está em curso, a relação de associação entre a CP e a EMEF está prestes a terminar, e o alargadíssimo prazo de vigência dos contratos.

51. Em conclusão, relembra-se o que se diz em informação da DGTF constante dos processos (vide acima o nº 22):

*“Não questionamos que, no momento da celebração dos contratos, estes dois requisitos (da contratação in house) se encontrem formalmente preenchidos. Assim, como afirma a CP, no seu email, e conforme parece ser do domínio factual, no momento da celebração do contrato: (i) a CP detém 100% da EMEF; (ii) a CP tem o poder de nomear membros do Conselho da Administração da EMEF; e (iii) a EMEF destina mais de 80% da sua atividade ao Grupo CP.*

*Porém, (...) poderá eventualmente estar em causa o risco de tais requisitos poderem vir a ser considerados materialmente não verificados, tendo em conta que, no momento da celebração dos contratos, se encontra em curso o processo de privatização da EMEF”.*

52. Como se viu os contratos consagram prazos de vigência de 7 e 10 anos, e num caso, de 5 anos. A favor da consagração de tais prazos militou-se com argumentos de especificidade técnica e com casos de outros sistemas ferroviários. Ora também se viu que nos anos recentes contratos idênticos foram celebrados entre a CP e a EMEF com duração de 12 ou poucos mais meses.

53. Dispõe o artigo 440º do CCP que “[o] prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objecto,



*salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objeto do contrato ou das condições da sua execução”.*

54. A regra é, pois, de 3 anos, para a duração dos contratos. A flexibilidade permitida pela lei relaciona-se com a natureza das prestações ou condições de execução. E nas justificações apresentadas não se vêem razões para uma vinculação tão alargada. Compreende-se que a situação entre o passado recente e o futuro seja diferente: uma coisa é a EMEF ser como que uma extensão organizativa da CP, justificando como se viu o regime da *contratação in house*, outra é a situação da EMEF ser uma entidade detida por terceiros. Mas deverá reconhecer-se que a diferença dos prazos é abissal. Num contexto de reprivatização, a composição de todos os valores por que se deve nortear a contratação pública aconselharia a que se adotasse solução mais cautelosa para os interesses públicos, sem haver uma vinculação a uma prestação tão prolongada e mediante preços não formados em concorrência.
55. Concluindo: os contratos não podiam, neste concreto contexto de reprivatização, ser objeto de adjudicação direta, ao abrigo das disposições invocadas. A sua formação deveria ter sido objeto de concurso ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicitações internacionais. Ocorreu pois violação do disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 20º do CCP e violação do princípio da concorrência, consagrado no nº 4 do artigo 1º do mesmo código. Ocorreu igualmente violação do disposto no artigo 433º do CCP.
56. A ausência de procedimento concursal, a violação do princípio da concorrência, e a fixação de um prazo com violação de lei, podem subsumir-se no fundamento para recusa do visto previsto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC. Isto é: a realização daquele tipo de procedimento, acima indicado, a observância do princípio da concorrência e a fixação de prazo consonante com o regime legal, poderiam ter conduzido a diferentes resultados



financeiros. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respetivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar ou ter resultado uma alteração do resultado financeiro do procedimento. E tal alteração não tem de ser factualmente antecipada ou concretamente comprovada, sob pena de se atraiçoar a finalidade prosseguida pelo legislador.

57. E as normas que obrigam à realização de procedimentos de natureza concorrencial têm também como objetivo a proteção de interesses financeiros públicos assumindo a natureza de normas financeiras. E a violação de normas financeiras constitui igualmente fundamento de recusa de visto, previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

### III – DECISÃO

**Pelos fundamentos indicados, nos termos do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto aos contratos acima identificados.**

**São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas <sup>11</sup>.**

Lisboa, 30 de junho de 2015

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

---

<sup>11</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril.



# Tribunal de Contas

---

(Alberto Fernandes Brás)

(José Mouraz Lopes)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(José Gomes de Almeida)