



COMISSÃO EUROPEIA

Tradução não oficial do documento SEC
(2011) 1169 final, de 4.10.2011, da DG
Mercado Interno e Serviços.

DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO

**relativo à aplicação da regulamentação da UE em matéria de contratos públicos
às relações entre entidades adjudicantes
(cooperação no interior do sector público)**

ÍNDICE

1.	Introdução.....	3
2.	Princípio geral: A legislação da UE em matéria de contratos públicos é aplicável aos contratos entre autoridades adjudicantes	4
3.	Tarefas de serviço público realizadas com recursos próprios - Cooperação público-público que pode não ser abrangida pelo âmbito de aplicação das regras da UE em matéria de contratos públicos.....	5
3.1.	Panorâmica dos diferentes conceitos estabelecidos pela jurisprudência.....	5
3.2.	Cooperação através de entidades juridicamente distintas («cooperação vertical/institucionalizada», «jurisprudência sobre entidades internas»).....	6
3.2.1.	Participação no capital de uma entidade interna	9
3.2.2.	Primeiro critério Teckal: controlo necessário da entidade interna (dependência organizacional).....	10
3.2.3.	Segundo critério Teckal: o essencial das actividades da entidade interna tem de ser confinado às tarefas atribuídas pela entidade/entidades de controlo (dependência económica).....	13
3.2.4.	Outras questões em aberto relativas aos diferentes cenários de entidade interna	14
3.3.	Cooperação não institucionalizada/horizontal para desempenhar conjuntamente tarefas públicas	15
3.3.1.	Características substanciais de uma cooperação horizontal entre autoridades adjudicantes que não se enquadra nas regras da UE em matéria de contratos públicos	15
3.3.2.	Distinção entre «cooperação» genuína e um contrato público normal	16
3.3.3.	Possíveis restrições relativas a actividades desenvolvidas no mercado comercial	16
3.4.	Síntese	17
4.	Tarefas de serviço público realizadas com recursos externos - Outras relações público-público.....	21
4.1.	Redistribuição de competências entre autoridades públicas	21
4.2.	Atribuição de tarefas extracontratuais.....	23
4.3.	Relação entre as regras em matéria de contratos públicos e certos direitos exclusivos	24
4.4.	Relações entre autoridades adjudicantes no âmbito dos contratos de compra colectivos ou de centrais de compras	25

1. INTRODUÇÃO

Em 2009, foram objecto de publicidade em conformidade com as directivas da UE na matéria contratos públicos num valor de cerca de 420 mil milhões de euros. Estas regras visam garantir que as aquisições públicas pertinentes são abertas à concorrência de fornecedores de todo o mercado interno¹. Concomitantemente, a legislação da UE não limita a liberdade de uma autoridade adjudicante desempenhar as tarefas de interesse público que lhe são conferidas utilizando os seus próprios recursos administrativos, técnicos e outros, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não façam parte da sua própria estrutura.

Tem havido um debate continuado quanto a saber se as directivas da UE em matéria de contratos públicos também são aplicáveis aos vários tipos de situações em que as autoridades adjudicantes procuram assegurar em conjunto a realização das suas tarefas de serviço público. O Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir designado «o Tribunal») confirmou que não se pode presumir automaticamente que os contratos entre autoridades adjudicantes estão fora do âmbito de aplicação da legislação da UE em matéria de contratos públicos. No entanto, a jurisprudência do Tribunal mostra igualmente que certas formas de cooperação entre autoridades adjudicantes não podem ser consideradas como contratos públicos

Por conseguinte, tem de ser feita uma distinção entre, por um lado, as actividades de adjudicação de contratos que devem beneficiar de uma concorrência aberta entre os operadores económicos, tal como garantido pelas regras da UE em matéria de contratos públicos, e, por outro lado, outros acordos a que as entidades adjudicantes possam recorrer para assegurar a execução das suas tarefas de serviço público e que não estejam abrangidos pelo âmbito de aplicação das directivas da UE em matéria de contratos públicos.

Actualmente, as autoridades adjudicantes que desejem cooperar entre si têm muitas vezes dificuldades em saber se as directivas da UE em matéria de contratos públicos se aplicam ou não.

A necessidade de clarificar este aspecto foi salientada no relatório do Parlamento Europeu, que exortou «a Comissão e os Estados-Membros a divulgarem largamente as

¹ A totalidade do mercado dos contratos públicos na UE representa cerca de 17 % do PIB da UE. As directivas da UE em matéria de contratos públicos regulam apenas a adjudicação dos contratos que ultrapassem um determinado limiar. Em 2009, o valor desses contratos atingiu 3,6 % do PIB da UE. Para a parte restante do mercado dos contratos públicos, os Estados-Membros têm de respeitar os princípios consagrados na legislação da UE relativos à não discriminação e igualdade de tratamento dos concorrentes, por exemplo, na medida em que o contrato a adjudicar tenha interesse para as empresas estabelecidas num Estado-Membro diferente.

informações sobre as consequências legais destes acórdãos [para a cooperação público-público]»².

O presente documento pretende responder a este repto e procura apresentar uma análise global da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Consolida e sintetiza essa jurisprudência e tira algumas conclusões a da mesma, na medida em que a apreciação do Tribunal o permite. Por conseguinte, não cria novos requisitos ou regras. Visa, pelo contrário, contribuir para uma melhor compreensão e aplicação do actual enquadramento jurídico. Pretende ser útil a todas as partes interessadas no domínio dos contratos públicos, em especial às entidades públicas a todos os níveis da administração pública³. As orientações contidas no presente documento limitam-se à temática dos contratos públicos e não prejudicam as regras aplicáveis na UE em matéria de concorrência e de auxílios estatais.

Começando por recordar que os contratos de direito público entre autoridades adjudicantes são abrangidos pelas directivas da UE em matéria de contratos públicos (secção 2), o documento analisa depois diferentes formas de cooperação entre autoridades adjudicantes que poderão ficar isentas da aplicação dessas regras (secção 3) e examina ainda outros tipos de relacionamento à luz da legislação da UE em matéria de contratos públicos (secção 4).

O presente documento de trabalho é publicado pelos serviços da Comissão a título indicativo, não vinculando de modo algum a instituição. Importa observar que, de qualquer modo, a interpretação do direito da UE cabe, em última instância, ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

2. PRINCÍPIO GERAL: A LEGISLAÇÃO DA UE EM MATÉRIA DE CONTRATOS PÚBLICOS É APLICÁVEL AOS CONTRATOS ENTRE AUTORIDADES ADJUDICANTES

As directivas da UE em matéria de contratos públicos aplicam-se quando as autoridades e entidades adjudicantes celebram contratos a título oneroso com uma entidade jurídica diferente. Se for celebrado um contrato deste tipo, não faz diferença se o parceiro contratual é uma entidade pública ou privada. Esta conclusão resulta claramente das disposições pertinentes das directivas, bem como da jurisprudência do Tribunal.

O artigo 1.º, n.º 8, da Directiva 2004/18/CE⁴ («Directiva Sector Público») prevê o seguinte:

² Relatório de iniciativa da deputada Heide Rühle, «Novos desenvolvimentos na adjudicação de contratos públicos» (Resolução do Parlamento Europeu, de 18 de Maio de 2010, sobre novos desenvolvimentos na adjudicação de contratos públicos (2009/2175 (INI)).

³ Foi lançada uma consulta pública através do «Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE - Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa», (COM(2011) 15 final, Bruxelas, 27.1.2011), que tem por objectivo estabelecer o modo como o sector dos contratos públicos deve ser revisto para aplicação futura. Enquanto se aguarda pela adopção e aplicação de qualquer nova legislação, o presente documento de trabalho visa esclarecer a situação legal vigente.

⁴ Directiva 2004/18/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos

«Os termos «empreiteiro», «fornecedor» e «prestador de serviços» designam qualquer pessoa singular ou colectiva, **entidade pública** ou agrupamento de tais pessoas e/ou organismos que, respectivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado.» (negrito nosso)

O artigo 1.º, n.º 7, da Directiva 2004/17/CE⁵ («Directiva Sectores Especiais») estabelece que:

«Um «empreiteiro», «fornecedor» ou «prestador de serviços» pode ser uma pessoa singular ou colectiva, ou uma **entidade adjudicante** na acepção das alíneas a) ou b) do n.º 2 do artigo 2.º, ou um agrupamento de tais pessoas e/ou entidades que, respectivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado.» (negrito nosso)

Consequentemente, o Tribunal considerou que «a circunstância de o prestador de serviços ser uma entidade pública diferente do beneficiário dos serviços não obsta à aplicação [da Directiva]»⁶. Para a aplicação das regras da UE em matéria de contratos públicos, «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»⁷. Por conseguinte, excluir do âmbito de aplicação da legislação nacional em matéria de contratos públicos «as relações estabelecidas entre as Administrações Públicas, os seus organismos públicos e, de um modo geral, as entidades de direito público não comerciais, qualquer que seja a natureza destas relações»⁸ constitui uma transposição incorrecta das directivas da UE em matéria de contratos públicos.

3. TAREFAS DE SERVIÇO PÚBLICO REALIZADAS COM RECURSOS PRÓPRIOS - COOPERAÇÃO PÚBLICO-PÚBLICO QUE PODE NÃO SER ABRANGIDA PELO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DA UE EM MATÉRIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

3.1. Panorâmica dos diferentes conceitos estabelecidos pela jurisprudência

A jurisprudência do Tribunal mostrou que, no domínio dos contratos públicos, a legislação da UE não limita a liberdade de uma autoridade adjudicante⁹ desempenhar as

contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134 de 30.4.2004, pp. 114-240).

⁵ Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134 de 30.4.2004, pp. 1-113).

⁶ Processo C-480/06, Comissão contra Alemanha, Col. 2009, p. I-04747, n.º 33.

⁷ Processo C-107/98, *Teckal Srl* contra *Commune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Col. 1999, I-08121, n.º 50.

⁸ Processo C-84/03, Comissão contra Espanha, Col. 2005, p. I-00139, n.º 40;

⁹ Dado o tema (cooperação público-público), a presente nota refere-se apenas ao comportamento das «autoridades adjudicantes» nos termos da Directiva 2004/18/CE, e não às «empresas públicas», na acepção da Directiva Sectores Especiais, ou às empresas privadas que operam com base em direitos especiais ou exclusivos, na acepção da Directiva 2004/17/CE. No que respeita às «autoridades adjudicantes» que se enquadram na definição de «entidades adjudicantes» na acepção da Directiva Sectores Especiais, note-se que a sua situação particular em relação à cooperação público-público nunca foi explicitamente analisada pelo Tribunal. As conclusões

tarefas de interesse público que lhe são conferidas utilizando os seus próprios recursos administrativos, técnicos e outros, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não façam parte da sua própria estrutura¹⁰.

Se uma autoridade adjudicante desempenhar uma tarefa de serviço público com os seus próprios recursos, de forma a que nenhum contrato a título oneroso seja celebrado porque a situação é interna a uma e mesma pessoa jurídica, isto é, todos os recursos necessários para o desempenho dessa tarefa estão à disposição da autoridade adjudicante, na sua própria organização, não se aplica a legislação da UE em matéria de contratos públicos. Exemplo: uma câmara municipal assegura os serviços de transporte no seu território através do seu departamento interno de transportes.

Além disso, a possibilidade de desempenhar tarefas de serviço público utilizando recursos próprios também pode ser exercida em colaboração com outras autoridades adjudicantes. Várias autoridades adjudicantes podem prestar-se assistência mútua. Se tal assistência não implicar qualquer remuneração ou troca de direitos e obrigações recíprocos, não há prestação de serviços públicos na acepção da legislação da UE em matéria de contratos públicos. Nestas circunstâncias, a legislação da UE em matéria de contratos públicos não é aplicável. Exemplo: um consenso geral entre municípios vizinhos para que as respectivas bandas de música toquem em comemorações dos outros municípios.

Se as autoridades adjudicantes celebrarem entre si contratos a título oneroso (isto é, que envolvam direitos e obrigações recíprocos), coloca-se a questão de saber se estes podem ser excluídos do âmbito de aplicação das directivas da UE em matéria de contratos públicos, não obstante a regra geral aplicável aos contratos entre diferentes pessoas colectivas. De acordo com a jurisprudência do Tribunal, em determinadas circunstâncias tal é, de facto, possível. Se as autoridades adjudicantes cooperarem entre si com vista a, conjuntamente, garantirem a execução de tarefas de interesse público, tal poderá implicar a celebração de contratos sem desencadear a obrigação de aplicar a legislação da UE em matéria de contratos públicos. Essa cooperação pode assumir a forma de controlo conjunto de uma terceira entidade encarregada da execução da tarefa («cooperação vertical/institucionalizada»). Em alternativa, a cooperação pode realizar-se sem a criação de uma nova entidade ou de uma entidade especialmente nomeada («cooperação horizontal/não institucionalizada»).

3.2. Cooperação através de entidades juridicamente distintas («cooperação vertical/institucionalizada», «jurisprudência sobre entidades internas»)

É um facto que as directivas da UE em matéria de contratos públicos se aplicam se as autoridades adjudicantes celebrarem contratos de direito público, ou seja, contratos a

tiradas em relação às «autoridades adjudicantes» em geral devem, *mutatis mutandis*, ser igualmente válidas quando estas agem na sua capacidade de «entidades adjudicantes», excepto nos casos em que possam existir diferenças significativas nas regras aplicáveis. É igualmente de observar que a Directiva Sectores Especiais contém disposições para certos tipos de cooperação público-público, no artigo 23.º (possibilidade mesmo de situações triangulares).

¹⁰ Processo C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH* contra *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Col. 2005, p. I-1, n.º 48.

título oneroso celebrados por escrito com terceiros que tenham por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços, na acepção das directivas. Aplicam-se igualmente no caso de as autoridades adjudicantes celebrarem concessões de obras públicas no âmbito da Directiva Sector Público.

No processo *Teckal*¹¹, o Tribunal interpretou esta regra de modo funcional. Definiu dois critérios cumulativos para a isenção das regras da UE em matéria de contratos públicos de uma relação entre uma autoridade adjudicante e outra pessoa colectiva. De acordo com o Tribunal, essa relação não é abrangida pelo âmbito de aplicação da legislação da UE em matéria de contratos públicos, se:

- (1) a autoridade adjudicante exercer sobre a pessoa colectiva em causa um **controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços** e,
- (2) ao mesmo tempo, essa pessoa colectiva **realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a controlam**¹².

Assim, em sintonia com as **competências de organização própria das autoridades adjudicantes**, o Tribunal decidiu que a legislação da UE em matéria de contratos públicos (ou seja, não só as directivas, mas também os princípios do Tratado) não se aplicam se uma autoridade adjudicante celebrar um contrato com um terceiro que seja apenas **formalmente, mas não em substância, independente dessa entidade adjudicante**. Esta jurisprudência abrange situações em que a parte terceira não **envolve capital privado e depende quer em termos organizativos quer económicos** da autoridade adjudicante. Exemplo: uma câmara municipal assegura os serviços de transporte no seu território, através da empresa de transportes que detém e controla totalmente.

Em acórdãos posteriores¹³, o Tribunal esclareceu que o conceito de cooperação interna também pode ser aplicado no contexto público-público, determinando que os dois critérios *Teckal* podem ser satisfeitos em conjunto por várias autoridades adjudicantes. Exemplo: duas câmaras municipais que asseguram os serviços de transporte no seu território através de uma empresa de transportes que detém e controlam conjuntamente.

Para efeitos do presente documento, esta cooperação é qualificada como «institucionalizada» ou «vertical», porque envolve autoridades adjudicantes que contratam a execução de uma tarefa a uma entidade diferente, detida e controlada conjuntamente por uma entidade que actua como prestador do serviço.

¹¹ Processo C-107/98, *Teckal*, n.º 50. «No que se refere à existência de um contrato, o juiz nacional deve verificar se houve uma convenção entre duas distintas pessoas. A este respeito, [...] 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 controlam».

¹² No segmento do acórdão do Tribunal, o Conselho de Estado italiano chegou à conclusão que a AGAC era uma empresa interna de Viano (*Consiglio di Stato, Sezione Quinta*, acórdão n.º 2605 de 9 de Maio de 2001).

¹³ Processos C-324/07, *Coditel Brabant SA* contra *Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, Col. 2008, p. I-08457, e C-573/07, *Sea Srl* contra *Comune di Ponte Nossua*, Col. 2009, p. I-08127.

Esta excepção para a cooperação interna foi reconhecida pelo Tribunal tanto em relação aos contratos públicos de fornecimentos e de obras abrangidos pelas directivas da UE em matéria de contratos públicos como aos contratos de serviços abrangidos pelos princípios do Tratado.

Neste contexto, deve observar-se que, embora a relação entre, por um lado, a autoridade ou autoridades adjudicantes que exercem o controlo e, por outro, a entidade controlada possa estar isenta da aplicação da legislação da UE em matéria de contratos públicos devido à situação de cooperação interna, um organismo que se qualifica como entidade interna deve normalmente também ser considerado um «organismo de direito público», com a obrigação de respeitar a legislação da UE em matéria de contratos públicos, no que respeita aos seus próprios contratos públicos.

Os pontos seguintes descrevem em pormenor as condições pertinentes da jurisprudência do Tribunal sobre as entidades internas, que devem ser avaliadas para determinar se a legislação da UE em matéria de contratos públicos se aplica ou não.

3.2.1. *Participação no capital de uma entidade interna*

Segundo a jurisprudência, uma autoridade adjudicante não pode exercer controlo interno sobre uma entidade se uma ou mais empresas privadas também participarem no capital dessa entidade¹⁴. É o que acontece mesmo que a autoridade adjudicante possa tomar de forma independente todas as decisões sobre essa entidade, apesar da participação privada. O Tribunal considerou que a relação entre uma autoridade adjudicante e os seus próprios departamentos se rege por considerações e exigências específicas característicos da prossecução de objectivos de interesse público. Ao invés, qualquer investimento de capital privado numa empresa obedece a considerações características de interesses privados e prossegue objectivos de natureza distinta¹⁵. O mesmo se aplica em caso de «injecções puras de capital» por uma empresa privada na entidade interna (significa isto, por exemplo, a aquisição de acções, mas não a concessão de empréstimos normais¹⁶), ainda que tal não implique qualquer contribuição operacional.

- Pertinência de uma eventual participação futura de capitais privados

Regra geral, a determinação da existência de uma participação privada no capital da sociedade com quem é celebrado o contrato público em causa deve fazer-se **no momento da adjudicação**¹⁷¹⁸. A futura abertura do capital da empresa apenas é tida em conta se

¹⁴ «Ao invés, a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a autoridade adjudicante em causa exclui de qualquer forma que esta autoridade adjudicante possa exercer sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços» (Processo C-26/03, *Stadt Halle*, n.º 49).

¹⁵ Processo C-26/03, *Stadt Halle*, n.º 50.

¹⁶ O crédito não seria considerado «normal» se, por exemplo, pudesse ser transformado em acções da entidade interna, para efeitos de reembolso.

¹⁷ Processos C-26/03, *Stadt Halle*, n.ºs 15 e 52, e C-573/07, *Sea*, n.º 47.

¹⁸ Excepcionalmente, circunstâncias particulares podem exigir que sejam tidos em consideração factos ocorridos após a data da celebração do contrato em causa. É este o caso, em particular, quando acções da sociedade adjudicatária, anteriormente detidas inteiramente pela autoridade

houver uma perspectiva real dessa abertura a curto prazo, no momento da celebração de um contrato com a empresa¹⁹.

A mera possibilidade teórica de participação de uma entidade privada no capital de uma entidade interna, por si só, não compromete a relação interna entre a autoridade adjudicante e a empresa que controla²⁰.

Contudo, se um contrato for adjudicado à empresa sem ser posto a concurso com base na exceção para a cooperação interna, a subseqüente aquisição de uma participação na empresa por investidores privados, em qualquer altura durante o período de validade do contrato, constituiria **alteração de uma condição fundamental** da celebração do contrato. Nestas circunstâncias, o contrato tem de ser colocado por concurso²¹.

- Participação a 100 % do sector público no capital da entidade interna

Pelo contrário, a propriedade exclusiva pelas autoridades adjudicantes deve ser considerada como uma indicação da existência do controlo requerido para a exceção para a cooperação interna, mas não como um factor que seja, em si, decisivo²².

Esta indicação é refutada se as autoridades adjudicantes estabelecerem uma empresa com fins lucrativos que seja totalmente independente dessas mesmas entidades. Esta situação é igualmente ilustrada pelo processo *Parking Brixen*, no qual a entidade era, no momento da adjudicação, detida por uma autoridade adjudicante, mas desfrutava de um grau de independência²³ (ver ponto seguinte) que levou o Tribunal a negar o estatuto de entidade interna.

3.2.2. *Primeiro critério Teckal: controlo necessário da entidade interna (dependência organizacional)*

A autoridade adjudicante deve exercer sobre a entidade interna «um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços»²⁴. O modo como o controlo é exercido é irrelevante, ou seja, pode fazer-se **por meio de competências no domínio do direito privado ou do direito público**. A avaliação do requisito de «controlo análogo» «*deve ter*

adjudicante, são transmitidas a uma empresa privada pouco depois de o contrato em causa ter sido celebrado com essa sociedade no quadro de um artifício destinado a contornar as normas da UE na matéria (ver, neste sentido, processo C-29/04, Comissão contra Áustria, Col. 2005, p. I9705, n.ºs 38 a 41).

¹⁹ *Sea*, n.º 50.

²⁰ Ver Comunicação PPPI, nota de rodapé 14. Esta posição foi, entretanto, confirmada pelo Tribunal no processo C-371/05, Comissão contra Itália, Col. 2008, p. I-00110, n.º 29.

²¹ *Sea*, n.º 53.

²² Processo C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei* contra *Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA*, Col. 2006, p. I-04137, n.º 37: «A circunstância de a autoridade adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária tende a indicar, sem ser decisiva, que esta autoridade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços».

²³ Processo C-458/03, *Parking Brixen GmbH* contra *Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, Col. 2005, p. I-08585, n.º 70.

²⁴ Processo C-107/98, *Teckal*, n.º 50.

em conta todas as *disposições legislativas e circunstâncias pertinentes* [...] Deve tratar-se de uma *possibilidade de influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes*»²⁵.

A este respeito, devem considerar-se os seguintes elementos.

- Controlo conjunto de uma entidade interna por várias autoridades adjudicantes

O Tribunal estabeleceu novos elementos relativos ao primeiro critério *Teckal* no seu acórdão *Coditel*. O Tribunal esclareceu que, embora o controlo exercido sobre uma entidade interna tenha de ser efectivo, não é indispensável que seja individual. Consequentemente, confirmou o princípio de que **o controlo, na acepção do primeiro critério *Teckal*, pode ser exercido de forma conjunta**.

O Tribunal justificou a interpretação mais lata com base, essencialmente, no facto de uma leitura mais rigorosa deste critério tornar a isenção *Teckal* inaplicável na maioria dos casos que envolvam cooperação entre autoridades adjudicantes. No mesmo espírito, determinou que o **processo utilizado pelas autoridades de controlo para a tomada de decisão num órgão colegial é irrelevante**. Por exemplo, a utilização do voto por maioria não nega a constituição de um controlo (conjunto) por todas as autoridades adjudicantes participantes²⁶. Daqui decorre que, «*se uma autoridade pública se tornar accionista minoritária de uma sociedade anónima de capitais inteiramente públicos a fim de lhe adjudicar a gestão de um serviço público, o controlo que as autoridades públicas accionistas dessa sociedade exercem sobre ela pode ser qualificado de análogo ao controlo que exercem sobre os seus próprios serviços quando for exercido de forma conjunta por essas autoridades*»^{27,28}.

- Alcance das competências necessárias sobre a entidade interna

Para cumprir o primeiro critério *Teckal*, a autoridade adjudicante deve manter um nível de controlo suficiente que lhe permita restringir a liberdade de acção da entidade em questão.

No processo *Coditel*, o facto de **os órgãos decisórios** do concessionário serem **compostos** apenas de representantes das autoridades adjudicantes que participam na cooperação foi considerado um forte indício da existência de controlo interno.

²⁵ Processo C-458/03, *Parking Brixen*, n.º 65; Processo C-371/05, n.º 24.

²⁶ C-324/07, *Coditel*, n.º 51.

²⁷ C-573/07, *Sea*, n.º 63.

²⁸ No processo C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname) contra Comune di Cingia de' Botti*, Col. 2005, p. I-07287, o Tribunal considerou que um interesse minoritário de 0,97 % era tão reduzido que não seria susceptível de permitir que um município exercesse controlo interno sobre o concessionário. Contudo, em decisões posteriores o Tribunal aceitou a possibilidade de controlo conjunto, relativamente à entidade interna, por várias autoridades adjudicantes que individualmente poderiam dispor apenas de uma pequena minoria de acções.

O **estatuto jurídico** da entidade interna, como tal, não é decisivo, mas pode servir de indicação. No processo *Coditel*, por exemplo, o Tribunal sublinhou que a entidade interna não tinha tomado, a nível interno, a forma de uma sociedade anónima «*susceptível de prosseguir objectivos independentemente dos seus accionistas, mas sob a forma de uma sociedade cooperativa intermunicipal*». Nos termos da legislação nacional aplicável, este tipo de sociedade não pode ter um carácter comercial²⁹.

Em contrapartida, no processo *Carbotermo*³⁰, o Tribunal considerou que o controlo exercido por uma autoridade adjudicante sobre outra entidade que consista somente na **latitude que o direito das sociedades reconhece** à maioria dos accionistas, poderá não ser suficiente para constituir um controlo na acepção do primeiro critério *Teckal*. Nesse caso, existem limites consideráveis quanto aos poderes da autoridade adjudicante para influenciar as decisões da entidade em questão³¹. De forma semelhante, se a autoridade adjudicante tiver influência sobre as decisões da entidade apenas através de uma **holding**, tal poderá enfraquecer o controlo eventualmente exercido pela autoridade adjudicante. Por conseguinte, o primeiro critério *Teckal* poderá não estar cumprido³².

No processo *Sea*³³, a entidade interna era uma sociedade em comandita por acções. Embora esta forma de sociedade não excluísse a possibilidade de controlo interno, o Tribunal examinou pormenorizadamente os poderes específicos de que gozam as autoridades adjudicantes – nomeadamente os que lhes permitiriam controlar os órgãos de gestão da entidade interna e que ultrapassam as regras normais aplicáveis a esse tipo de controlo numa sociedade em comandita por acções.

- A potencial independência/orientação de mercado da entidade interna

Nos processos *Coditel* e *Sea*, o Tribunal considerou que, se a entidade controlada passasse a orientar-se para o mercado e beneficiasse de uma margem de autonomia susceptível de tornar precário o controlo exercido pelas autoridades adjudicantes, o primeiro critério *Teckal* deixaria de estar satisfeito. A este respeito importa examinar, por exemplo, o **âmbito geográfico e material** das actividades da entidade controlada, assim como a **possibilidade de esta estabelecer relações com empresas do sector privado**³⁴. A falta de orientação de mercado da entidade controlada pode ser inferida sempre que o **âmbito geográfico** das suas actividades se limitar ao território das autoridades adjudicantes que a detêm e que o **âmbito das suas actividades** (ou seja, os objectivos por ela prosseguidos)³⁵ se limitar ao desempenho de tarefas por conta dessas autoridades adjudicantes. Esta análise levou a concluir que existia controlo interno nos casos da *Coditel* e da *Sea*, contrariamente ao que se verificou no caso do *Parking Brixen*.

²⁹ *Coditel*, n.º 37.

³⁰ Ver nota de rodapé 22.

³¹ *Carbotermo*, n.º 38, *Parking Brixen*, n.º 70.

³² *Carbotermo*, n.ºs 38 e 39.

³³ Ver nota de rodapé 27.

³⁴ C-324/07, *Coditel*, n.º 36; C-573/07, *Sea*, n.º 73.

³⁵ *Coditel*, n.º 38; *Sea*, n.ºs 74-76.

A entidade controlada pode **estabelecer relações com empresas do sector privado**, desde que estas sejam meramente acessórias à sua actividade principal, ou seja, a gestão de serviços públicos³⁶. Uma proibição total das relações com empresas do sector privado tornaria inútil o segundo critério *Teckal*.

Exemplo: se a actividade principal da entidade interna for a recolha de resíduos por conta das autoridades adjudicantes que a controlam, assim como a triagem selectiva dos resíduos, tal poderá exigir, como actividade acessória, a revenda de certas categorias de matérias recuperadas a entidades especializadas do sector privado, a fim de realizarem a sua reciclagem³⁷.

3.2.3. *Segundo critério Teckal: o essencial das actividades da entidade interna tem de ser confinado às tarefas atribuídas pela entidade/entidades de controlo (dependência económica)*

Para beneficiar da excepção para a cooperação interna, a entidade controlada deve realizar **o essencial das suas actividades** com a autoridade ou autoridades adjudicantes que a controlam. Este critério tem por finalidade garantir que o direito da UE em matéria de contratos públicos continua a ser aplicável no caso de uma entidade controlada por uma ou mais autoridades adjudicantes operar no mercado e poder, por conseguinte, estar em situação de concorrência com outras empresas³⁸.

No processo *Carbotermo*, o Tribunal considerou que o limiar de 80 % previsto na Directiva Sectores Especiais, acima do qual os contratos adjudicados a empresas associadas podem não ser abrangidos pelo âmbito de aplicação da referida directiva, não pode ser utilizado como referência para efeitos da Directiva Sector Público³⁹.

Todavia, no mesmo acórdão, o Tribunal apresentou esclarecimentos importantes relativos à expressão «essencial da actividade»⁴⁰, tendo considerado que este critério só é satisfeito se as actividades da entidade interna forem consagradas **principalmente** à autoridade adjudicante, revestindo qualquer outra actividade apenas **carácter marginal**.

Para esta avaliação são pertinentes **todas as actividades que a entidade interna realizar no âmbito de um contrato adjudicado pela autoridade adjudicante. Esta consideração é importante**, independentemente da identidade do beneficiário (quer se trate da própria autoridade adjudicante, quer do utente dos serviços), da entidade que

³⁶ C-573/07, *Sea*, n.ºs 79-80.

³⁷ C-573/07, *Sea*, n.º 78.

³⁸ *Carbotermo*, n.º 60.

³⁹ *Carbotermo*, n.º 55. Este acórdão referia-se à «antiga» Directiva Sectores Especiais (93/38). Todavia, o artigo 23.º da «nova» Directiva Sectores Especiais (2004/17/CE) determina, do mesmo modo, um limiar de 80 % do volume de negócios, acima do qual os contratos adjudicados às chamadas empresas associadas podem não ser abrangidos pelo âmbito de aplicação da mesma directiva.

⁴⁰ *Carbotermo*, n.ºs 63-68.

paga ao adjudicatário (quer seja a autoridade que detém o controlo, quer terceiros utentes dos serviços) ou do território em que estes serviços são prestados.

Se a entidade interna for controlada conjuntamente por várias autoridades adjudicantes, a condição relativa ao «essencial da sua actividade» pode ser satisfeita se a entidade interna desenvolver essa actividade, não necessariamente com uma das autoridades adjudicantes, mas com todas no seu conjunto. Por conseguinte, **a actividade a tomar em conta no caso de uma entidade interna controlada por várias autoridades adjudicantes é aquela que essa entidade realiza com o conjunto das autoridades**⁴¹.

3.2.4. *Outras questões em aberto relativas aos diferentes cenários de entidade interna*

As seguintes questões ainda não foram directamente tratadas pela jurisprudência do Tribunal, mas poderão colocar-se na prática.

- É possível haver capital privado na entidade que detém o controlo?

A questão da existência potencial de capital privado na entidade que detém o controlo pode colocar-se no caso de organismos de direito público, não podendo excluir-se que esses organismos continuem estejam em condições de exercer um controlo interno sobre outra entidade.

- É possível a adjudicação de um «contrato da base para o topo» (em que a entidade controlada adjudicaria um contrato à empresa-mãe)?

No caso da adjudicação de um «contrato da base para o topo», pode observar-se que a lógica da cooperação interna, ou seja, a inexistência de duas entidades com objectivos independentes, continuaria a ser pertinente.

- São possíveis os contratos entre entidades internas «irmãs» (contratos entre duas entidades controladas pela mesma empresa-mãe)?

No caso de contratos entre entidades internas «irmãs», nenhuma das entidades controla a outra, mas são ambas controladas pela mesma empresa-mãe. A jurisprudência sobre «entidades internas» não parece isentar os contratos públicos normais entre essas entidades (as entidades internas «irmãs») do âmbito de aplicação das regras em matéria de contratos públicos, uma vez que nenhuma delas controla a outra. Todavia, poderia respeitar-se formalmente a jurisprudência sobre entidades internas se, por exemplo, uma autoridade adjudicante proprietária de duas entidades internas sobre as quais exerce o controlo encomendar determinados bens provenientes de uma das suas empresas internas, encaminhando a entrega para a outra.

⁴¹ Carbotermo, n.ºs 70-71.

3.3. Cooperação não institucionalizada/horizontal para desempenhar conjuntamente tarefas públicas⁴²

3.3.1. Características substanciais de uma cooperação horizontal entre autoridades adjudicantes que não se enquadra nas regras da UE em matéria de contratos públicos

No seu acórdão *Hamburg*⁴³, o Tribunal aceitou igualmente a cooperação público-público não coberta pelo conceito de utilização de entidades internas cujo controlo é exercido conjuntamente. O Tribunal sublinhou que a legislação da UE não impõe às autoridades adjudicantes que recorram a uma forma jurídica especial para assegurar conjuntamente as suas tarefas de serviço público⁴⁴. Para efeitos do presente documento, este tipo de cooperação é qualificada como «não institucionalizada» ou «horizontal», com a participação de várias autoridades adjudicantes.

Até agora, trata-se do único acórdão do Tribunal sobre uma cooperação público-público que não implica entidades internas cujo controlo é exercido conjuntamente. O Tribunal parece ter invocado muitas circunstâncias específicas pertinentes neste caso particular para chegar à sua conclusão.

No entanto, considerando os aspectos do acórdão que poderão assumir uma relevância geral, afigura-se razoável concluir que as autoridades adjudicantes podem estabelecer uma cooperação horizontal entre si (sem criar uma entidade «interna» sobre a qual exerçam o controlo conjunto) que implique a celebração de contratos não abrangidos pela legislação da UE em matéria de contratos públicos, caso estejam preenchidas, no mínimo, as seguintes condições:

- o acordo envolve apenas autoridades adjudicantes, sem participação de capital privado⁴⁵;
- o carácter do acordo é o de uma verdadeira cooperação que visa a execução conjunta de uma tarefa comum, contrariamente a um contrato público normal; e
- a sua cooperação é regida apenas por considerações de interesse público.

⁴² O Tribunal não define especificamente este termo quando lhe faz referência no seu acórdão, pelo que fica em aberto se se refere às tarefas i) efectivamente executadas pela autoridade adjudicante, ii) que esta pode legalmente executar ou iii) que tem uma obrigação jurídica de executar. No entender dos serviços da Comissão, é possível interpretar este conceito num sentido lato.

⁴³ Ver nota de rodapé 6.

⁴⁴ *Idem*, n.º 47.

⁴⁵ No acórdão *Hamburg*, o Tribunal remeteu para as noção de «entidades públicas», mas, na opinião dos serviços da Comissão, esta cooperação horizontal pode ser aberta a todas as categorias de autoridades adjudicantes, ou seja, também aos organismos de direito público. Por outro lado, a consequência lógica do critério de que não deve haver participação de capital privado nessa cooperação horizontal é que esta cooperação não é possível no caso de organismos de direito público nos quais haja participação de capital privado.

3.3.2. *Distinção entre «cooperação» genuína e um contrato público normal*

Com base no acórdão *Hamburg*, a cooperação visa a **execução conjunta de uma tarefa de serviço público que todos os parceiros da cooperação têm de realizar**. Essa execução conjunta é caracterizada pela participação e por obrigações recíprocas dos parceiros contratuais, o que dá origem a efeitos de sinergia mútuos. Isso não implica necessariamente que cada um dos parceiros na cooperação participe igualmente na realização efectiva dessa tarefa - a cooperação poderá ter por base uma divisão de tarefas ou uma certa especialização. Não obstante, o contrato deve prosseguir um **objectivo comum** de realização conjunta da mesma tarefa.

Exemplo: se os parceiros na cooperação tiverem o objectivo comum do tratamento de resíduos, podem dividir as tarefas pertinentes, de modo a que um assegure a recolha e o outro a incineração dos resíduos.

Uma leitura geral da jurisprudência sugere igualmente que o carácter do acordo tem de ser de cooperação real, contrariamente a um contrato público normal, em que uma das partes realiza uma determinada tarefa contra remuneração⁴⁶. Essa atribuição unilateral de uma tarefa por uma autoridade adjudicante a outra não pode ser considerada como cooperação.

Exemplo: o fornecimento de electricidade aos edifícios administrativos de uma localidade pelos serviços públicos de outra localidade, sem processo de concurso prévio.

A cooperação é regida por considerações que visam a prossecução de objectivos de interesse público. Assim, embora possa envolver direitos e obrigações mútuos, não pode implicar **transferências financeiras** entre os parceiros públicos na cooperação, excepto as que correspondam ao reembolso dos custos **efectivos** das obras, serviços ou fornecimentos: a prestação de serviços mediante remuneração é uma característica dos contratos públicos sujeitos às regras da UE em matéria de contratos públicos.

3.3.3. *Possíveis restrições relativas a actividades desenvolvidas no mercado comercial*

O Tribunal declarou que a cooperação deveria ser regida apenas por considerações de interesse público. Assim, não estaria isenta se fosse movida, ou seja, fundamentalmente determinada, por outras considerações, designadamente comerciais. Logo, as partes na cooperação não deverão, em princípio, desenvolver actividades no mercado no quadro dessa mesma cooperação. Por outras palavras, o acordo de cooperação não deve abranger actividades a adjudicar em mercado aberto⁴⁷.

⁴⁶ Processo C-275/08, Comissão contra Alemanha, Col. 2009, p. I-00168.

⁴⁷ Nos casos em que, por razões práticas, uma exclusão total desse tipo seria contrária ao interesse público geral subjacente à cooperação (ou seja, a utilização economicamente razoável dos recursos), poderá ser aceitável que uma actividade estritamente auxiliar e marginal seja executada por entidades que não participam na cooperação (ou seja, que se utilizem de forma razoável capacidades ocasionalmente disponíveis).

Exemplo: se os parceiros na cooperação no caso do processo *Hamburg* tivessem construído uma instalação de incineração de resíduos com uma capacidade que excedesse as suas necessidades, com o objectivo de vender a capacidade não utilizada com lucro no mercado aberto, a sua cooperação não seria regulada apenas por considerações e exigências de interesse público.

3.4. Síntese

À luz do que precede, é possível concluir que os contratos públicos normais entre as autoridades adjudicantes continuam a estar sujeitos às obrigações aplicáveis aos contratos públicos (por exemplo, a aquisição de certos serviços a outra autoridade adjudicante). Contudo, as autoridades adjudicantes podem estabelecer estruturas de cooperação mútua, quer estejam ou não institucionalizadas⁴⁸.

Na perspectiva dos serviços da Comissão, os dois tipos de cooperação vertical e horizontal público-público são dois meios a que as autoridades adjudicantes podem recorrer para organizar o desempenho das suas tarefas públicas fora do âmbito de aplicação da legislação da UE em matéria de contratos públicos. O Tribunal confirmou claramente que a legislação da UE não impõe às autoridades adjudicantes que recorram a uma forma jurídica especial para assegurar conjuntamente as suas tarefas de serviço público. Embora existam estruturalmente dois tipos diferentes de cooperação público-público fora do direito da UE em matéria de contratos públicos, partilham algumas características comuns.

- Utilização de recursos próprios em cooperação com outros

Uma autoridade adjudicante pode desempenhar as tarefas de interesse público com os seus próprios recursos, sem recorrer a entidades externas aos seus próprios serviços, e fazê-lo em colaboração com outras autoridades adjudicantes⁴⁹, em cooperação institucionalizada através de uma entidade interna conjuntamente controlada ou sem estabelecer essa forma institucionalizada.

⁴⁸ Foi argumentado que a entrada em vigor do Tratado de Lisboa dá a esta jurisprudência do Tribunal uma interpretação diferente. É certo que o Tratado de Lisboa implica alterações importantes que afectam o sistema jurídico da UE no seu todo e que devem igualmente ser tidas em conta na interpretação do direito derivado da UE. Uma das alterações importantes introduzidas pelo Tratado de Lisboa é o reconhecimento da autonomia local e regional (artigo 4.º, n.º 2, do TUE). Além disso, o artigo 1.º do Protocolo (n.º 26) relativo aos serviços de interesse geral reconhece o papel essencial e a ampla margem de manobra das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse económico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores. Estas disposições confirmam o direito das autoridades a decidirem o modo de executar os serviços que são obrigadas a prestar à população. Por outro lado, embora a existência deste direito não tenha sido contestada mesmo no passado, é evidente que deve ser exercido de acordo com as outras disposições do direito da União Europeia. Assim, algumas opções tomadas pelas autoridades adjudicantes podem implicar a necessidade de respeitar a legislação da UE em matéria de contratos públicos. O direito da UE não obriga as autoridades adjudicantes a externalizar, mas sim a garantir que, se as autoridades adjudicantes decidirem envolver uma entidade diferente — pública ou privada — numa base comercial, o façam de forma transparente e não-discriminatória.

⁴⁹ *Coditel*, n.ºs 48 e 49; *Hamburg*, n.º 45.

- Participação exclusivamente de autoridades adjudicantes, sem envolvimento de capitais privados

Em segundo lugar, resulta claramente da jurisprudência do Tribunal⁵⁰ que, para ser dispensada da aplicação da regulamentação da UE em matéria de contratos públicos, a cooperação público-público deve ser puramente pública. A participação de capitais privados numa das entidades envolvidas na cooperação impede, por conseguinte, que a cooperação seja isenta da regulamentação aplicável aos contratos públicos⁵¹.

- Ausência de orientação para o mercado

Se as entidades envolvidas na cooperação estiverem orientadas para o mercado, entrarão em concorrência directa com operadores privados com objectivos e instrumentos comerciais iguais ou semelhantes. A cooperação que está isenta das regras em matéria de contratos públicos e que visa o cumprimento de uma tarefa de serviço público só deve envolver entidades cuja actividade principal não seja uma actividade de mercado com um objectivo comercial. Isso deve-se, principalmente, ao facto de os parceiros envolvidos na cooperação deverem ser autoridades adjudicantes. O estatuto das autoridades públicas implica limites às suas actividades, ao passo que os organismos de direito público têm de ser «criados para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial».

Além disso, numa cooperação vertical, a entidade interna tem de realizar o essencial da sua actividade por conta das autoridades adjudicantes que a controlam. Qualquer actividade desempenhada no mercado tem de permanecer acessória em relação a essas actividades principais, porque uma eventual orientação de mercado torna difícil o controlo conjunto necessário numa cooperação vertical.

No que respeita à cooperação horizontal, o Tribunal indicou que, nos casos em que a cooperação entre autoridades públicas é regida exclusivamente por considerações e exigências relativas à prossecução de objectivos de interesse público, não compromete o objectivo principal das regras da UE em matéria de contratos públicos, ou seja, a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros⁵². É o que acontece quando a cooperação não envolve quaisquer considerações comerciais.

- Tipo de relação entre os parceiros na cooperação

No acórdão *Hamburg*, o Tribunal sublinhou que a legislação da UE não impõe às autoridades adjudicantes que recorram a uma forma jurídica especial para assegurar conjuntamente as suas missões de serviço público. Embora essa exigência não exista, ao analisar as duas formas de cooperação público-público, vertical e horizontal, importa notar que o tipo de relação entre as entidades que cooperam é diferente nos dois casos e deve ser analisado.

⁵⁰ Processo C-26/03, *Stadt Halle*.

⁵¹ *Stadt Halle; Hamburg*, n.ºs 44 e 47.

⁵² *Hamburg*, n.º 47.

No caso da cooperação institucionalizada, é a existência de um controlo interno (conjunto) que poderá permitir isentar do âmbito de aplicação do regime aplicável aos contratos públicos um acordo, mesmo quando normalmente seria abrangido. Por outras palavras, a excepção para a cooperação interna respeita a contratos públicos para o desempenho de uma tarefa contra remuneração que normalmente seriam abrangidos pelas regras.

Em contraste, para estabelecer a distinção entre uma cooperação não institucionalizada e um contrato público normal, afigura-se importante que o carácter da primeira seja o de uma cooperação que envolve direitos e obrigações mútuos, que vão para além «do desempenho de uma tarefa contra remuneração», e que o objectivo principal da cooperação não assuma natureza comercial.

Quadro recapitulativo

I. Contrato público entre autoridades adjudicantes independentes → aplicação das regras em matéria de contratos públicos

II. Tarefa de serviço público executada conjuntamente pelas autoridades adjudicantes utilizando recursos próprios

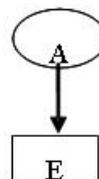
a) Controlo interno (uma autoridade adjudicante adjudica um contrato com uma entidade interna)

3 condições comuns:

- não existe capital privado na entidade interna;
- a(s) autoridade(s) (ou autoridades conjuntamente) adjudicante(s) exerce(m) sobre a entidade interna um controlo semelhante ao que uma autoridade adjudicante teria sobre os seus próprios serviços;
- a entidade interna realiza o essencial das suas actividades por conta da autoridade ou autoridades de controlo adjudicantes.

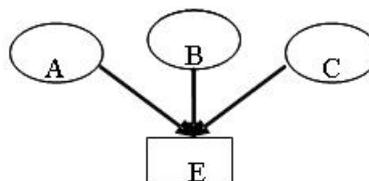
Uma só autoridade adjudicante controla a sua própria entidade interna

A é uma autoridade adjudicante e E é uma entidade jurídica diferente dependente, em termos organizacionais e económicos, de A



Várias autoridades adjudicantes exercem o controlo conjunto de uma entidade interna

A, B e C são autoridades adjudicantes e E é uma entidade jurídica diferente que depende, em termos organizacionais e económicos, das três autoridades adjudicantes



b) Cooperação entre autoridades adjudicantes sem criar uma estrutura específica

3 condições:

- o acordo envolve apenas autoridades adjudicantes, não há participação de capital privado;
- o carácter do acordo é o de uma verdadeira cooperação que visa a execução conjunta de uma tarefa comum, contrariamente a um contrato público normal; e
- a cooperação é regida apenas por considerações de interesse público.

4. TAREFAS DE SERVIÇO PÚBLICO REALIZADAS COM RECURSOS EXTERNOS - OUTRAS RELAÇÕES PÚBLICO-PÚBLICO

Este ponto refere-se a situações em que a tarefa de interesse geral conferida a uma autoridade adjudicante é, em última análise, efectuada por recursos externos à autoridade adjudicante. Poderá ser esse o caso quando a **competência** para uma determinada tarefa de serviço público é transferida como tal para outra autoridade pública. A **realização** de uma dada tarefa pode igualmente ser confiada a outra entidade. Isso poderá fazer-se i) sem estabelecimento de vínculos contratuais, ii) recorrendo a outra autoridade adjudicante que goze de um direito exclusivo ou iii) por adjudicação conjunta com outras autoridades adjudicantes ou através de centrais de compras.

4.1. Redistribuição de competências entre autoridades públicas

A competência jurídica para uma tarefa de serviço público poderia ser entendida como a obrigação e o direito exclusivos de desempenhar essa tarefa com meios administrativos, técnicos e outros meios próprios, ou através de entidades externas. Os termos «competência para uma determinada tarefa de serviço público» incluem a autoridade pública necessária para estabelecer o quadro regulamentar para o cumprimento da tarefa a nível da autoridade em causa.

A organização da administração nacional, em si, não se enquadra no âmbito das competências da UE. Consequentemente, cabe a cada Estado-Membro (re)organizar a sua administração e – no âmbito dessa reorganização – permitir a transferência de competências para determinadas tarefas de serviço público de uma autoridade pública para outra. (Pela sua natureza, os processos aqui descritos não envolvem quaisquer entidades privadas ou de capital misto.)

O objectivo das regras em matéria de contratos públicos é a regulação de situações em que uma autoridade adjudicante procede à aquisição de bens, serviços ou obras, ou seja, adquire a produção de certas actividades económicas a fim de satisfazer as suas próprias necessidades ou as dos cidadãos. Uma autoridade adjudicante que transfere todas as competências para realizar uma determinada tarefa de serviço público não adquire quaisquer serviços para os seus próprios fins. Em vez disso, transmite a responsabilidade de uma determinada tarefa para outra entidade.

A transferência de competências para realizar uma determinada tarefa de serviço público de uma autoridade adjudicante para outra não é regida pelas regras dos contratos públicos que se baseiam, em parte, no artigo 56.º do TFUE (ex-artigo 49.º do TCE), ou seja, a liberdade de prestação de serviços.

A transferência de competências para realizar uma determinada tarefa de serviço público de um organismo público para outro implica a transferência da autoridade oficial e de todas as actividades económicas conexas. Por exemplo, no domínio da gestão de resíduos, a transferência de todas as competências significa transferir o direito de fixar taxas, de fixar regras para a recolha, triagem, armazenagem e tratamento dos resíduos, bem como o direito de gerir e, por último, de realizar a tarefa de acordo com essas regras. Todos esses direitos constituem autoridade pública. Deles faz parte o direito de

determinar o modo como devem ser realizadas as actividades económicas concretas que necessitam de ser efectuadas para executar a tarefa de serviço público (por exemplo, a recolha, o transporte, a armazenagem, a eliminação e a reciclagem de resíduos), pelo próprio organismo público ou por um terceiro mandatado por este.

Embora ocorram situações nos Estados-Membros em que a competência é transferida, nem a legislação da UE nem a jurisprudência do Tribunal reconhecem explicitamente essa possibilidade.

O Tribunal fez referência, num processo⁵³, à transferência de autoridade pública quando um Estado-Membro tiver invocado a transferência de competências de um organismo público para terceiros. De acordo com esta jurisprudência, **não houve** transferência de competências se:

- a entidade pública originalmente competente continuar a ser a principal responsável por um projecto, por ter a obrigação jurídica de não abdicar do desempenho da sua tarefa;
- a nova entidade só puder realizar acções com pertinência jurídica com a aprovação da entidade pública originalmente competente; e
- a nova entidade for financiada pela entidade pública originalmente competente para cumprir as suas tarefas, não dispondo, por isso, de espaço de manobra.

Nesta base, o elemento distintivo da transferência de competências de uma entidade pública para outra no âmbito da reorganização da administração pública é a abrangência da transferência. O organismo que transfere as competências não mantém qualquer responsabilidade. O beneficiário da transferência tem de exercer as competências de forma independente e sob a sua própria responsabilidade.

Em especial, o organismo que transfere as competências não conserva o direito de determinar o desempenho das actividades económicas realizadas no âmbito da respectiva tarefa de serviço público. Essas tarefas económicas são realizadas sob a autoridade do beneficiário da transferência.

Contudo, isso não exclui que o órgão que faz a transferência possa ter alguma influência na organização concreta da realização da tarefa de serviço público em questão. Na realidade, os funcionários do organismo público que faz a transferência podem ser membros dos órgãos executivos ou de gestão da autoridade que recebeu a competência para realizar a tarefa de serviço público em causa. A autoridade que faz a transferência pode igualmente conservar o direito de receber determinadas informações.

Nesta base, pode concluir-se que se, por exemplo, várias autoridades públicas tiverem decidido criar uma nova entidade para a qual transferem completamente uma

⁵³ Processo C-264/03 Comissão contra França Col. 2005, p. I-08831, n.º 54. Ver ainda o parecer do advogado-geral Póiares Maduro, de 24 de Novembro de 2004, n.º 39-41.

determinada competência, ou se uma autoridade pública tiver decidido transferir a sua competência para uma entidade já existente, e a tarefa de serviço público tiver sido realizada pelo cessionário com total independência e sob a sua própria responsabilidade, sem que as autoridades públicas que fazem a transferência mantenham qualquer tipo de controlo sobre o serviço, a legislação da UE em matéria de contratos públicos não será aplicável.

4.2. Atribuição de tarefas extracontratuais

As directivas da UE em matéria de contratos públicos pressupõem a existência de um contrato, o que exige, no mínimo, duas entidades juridicamente distintas independentes entre si no que diz respeito à tomada de decisões⁵⁴. Um contrato é essencialmente um encontro de vontades, que implica que as partes no mesmo são capazes de decidir se desejam iniciar ou terminar o vínculo contratual⁵⁵. Outras indicações quanto à existência de um contrato são a capacidade das partes para negociar o teor efectivo dos serviços a prestar e as respectivas taxas⁵⁶. Um contrato implica uma relação sinalagmática. Se não existir um contrato, as directivas da UE em matéria de contratos públicos não se aplicam. A jurisprudência do Tribunal considera que, se uma entidade exercer uma actividade nos termos das suas obrigações decorrentes da legislação nacional, e não numa base contratual, não está abrangida pelas directivas da UE em matéria de contratos públicos.

Mais especificamente, no processo *Tragsa*⁵⁷, o Tribunal constatou que, com base na legislação nacional aplicável, a Tragsa, uma empresa pública, não dispunha de escolha quanto à aceitação de uma prestação ou à taxa aplicável aos seus serviços, mas era obrigada por lei a executar as exigências da autoridade adjudicante, na medida em que a empresa constituía um instrumento e um serviço técnico dessa autoridade. O Tribunal considerou que as relações da Tragsa com as autoridades adjudicantes que utilizavam os seus serviços não eram de natureza contratual, mas, para todos os efeitos, de natureza interna, dependente e subordinada⁵⁸. Por conseguinte, as directivas da UE em matéria de contratos públicos não se aplicavam a esta relação.

No entanto, importa salientar que a aplicação do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia não depende da existência de um contrato. O Tratado aplica-se sempre que uma autoridade adjudicante «*confia a prestação das actividades económicas a um terceiro*»⁵⁹. Em contrapartida, o Tribunal reconhece igualmente a possibilidade de excepção para a cooperação interna no contexto do Tratado.

⁵⁴ *Teckal*, n.º 51.

⁵⁵ Processo C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contra Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado*, Col. 2007, p. I-02999, n.º 54; processo C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contra Administración General del Estado*, Col. 2007, p. I-12175, n.º 55.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Processo C-295/05, *Tragsa*.

⁵⁸ Processo C-295/05, *Tragsa*, n.º 51.

⁵⁹ *Parking Brixen*, n.º 61.

4.3. Relação entre as regras em matéria de contratos públicos e certos direitos exclusivos

Se uma autoridade adjudicante beneficiar de um direito exclusivo nos termos do artigo 18.º da Directiva 2004/18/CE, outras autoridades adjudicantes só podem celebrar os respectivos contratos de serviços com essa entidade. O principal motivo para introduzir esta disposição foi evitar procedimentos de adjudicação concorrenciais nos casos em que – devido à existência de um direito exclusivo – o contrato em causa só poderia, em última instância, ser adjudicado a uma determinada entidade.

No quadro da discussão global, a expressão «direitos exclusivos» pode abranger fenómenos muito diferentes, que vão da reserva de todo um sector económico para as autoridades públicas à atribuição exclusiva de uma tarefa específica a uma determinada empresa. No entanto, nem todos os direitos exclusivos justificam a isenção da adjudicação de um contrato de serviços públicos. O artigo 18.º estipula que o respectivo direito exclusivo deve ser concedido mediante uma disposição legislativa, regulamentar ou administrativa que esteja publicada e seja compatível com o Tratado. Por outro lado, **o artigo 18.º apenas diz respeito aos direitos concedidos a determinados organismos do sector público para fornecerem determinados serviços, em regime de exclusividade, ao sector público.** A limitação desta excepção aos contratos celebrados com entidades que sejam elas próprias autoridades adjudicantes garante concursos concorrenciais nos mercados a jusante, uma vez que a entidade adjudicante que usufrui do direito exclusivo tem de seguir as directivas da UE em matéria de contratos públicos nas suas próprias aquisições.

- Compatibilidade com o Tratado

As disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas devem ser compatíveis com as regras relevantes do Tratado, nomeadamente com os artigos 49.º (ex-artigo 43.º do TCE) e 56.º (ex-artigo 49.º do TCE) do TFUE e com as regras e os princípios que decorrem desses artigos. Entre estas regras e princípios incluem-se a não-discriminação, a transparência, a proporcionalidade, o reconhecimento mútuo e a salvaguarda dos direitos dos indivíduos.

Um direito exclusivo, que, por definição, restringe a liberdade de prestação de serviços por outras entidades, apenas se justifica em determinadas condições⁶⁰.

Assim, o direito exclusivo deve justificar-se por uma derrogação expressamente prevista no Tratado (exercício da autoridade pública (artigo 51.º do TFUE (ex-artigo 45.º do TCE)), motivos de ordem pública, segurança pública ou saúde pública (artigo 52.º do TFUE (ex-artigo 46.º do TCE)) ou, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal, por razões imperativas de interesse geral, ser adequado para garantir a realização do

⁶⁰ Processo 203/08, *Sporting Exchange Ltd*, que age sob a denominação de «Betfair», contra *Minister van Justitie*, 2010, ainda não publicado, n.ºs 23-25; Processo C-124/97, *Markku Juhani Lääri, Cotswold Microsystems Ltd e Oy Transatlantic Software Ltd* contra *Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä)* e *Suomen valtio (Estado finlandês)*, Col. 1999, p. I-6067, n.ºs 29-31. Processo C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International Ltd* contra *Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Col. 2009, p. I-07633, n.ºs 52-55.

objectivo que prossegue e não ultrapassar o que é necessário para atingir esse objectivo, devendo, de qualquer forma, ser aplicado sem discriminação⁶¹⁶².

- O requisito de não-discriminação exige a concessão do direito exclusivo numa base concorrencial?

Como indicado, o artigo 18.º diz respeito aos direitos concedidos a determinados organismos do sector público para fornecerem determinados serviços, em regime de exclusividade, ao sector público. Se a justificação da restrição da liberdade de prestação de serviços for uma razão imperativa de interesse geral, uma das condições a satisfazer é que a medida em questão não seja discriminatória. Isto implica que, em geral, nenhuma entidade privada deve ser colocada numa situação de vantagem relativamente aos seus concorrentes. Consequentemente, se um direito exclusivo estiver para ser concedido a uma autoridade adjudicante e envolver capitais privados (o que pode ocorrer no caso de um organismo de direito público), é difícil prever como se poderá dar cumprimento a este princípio sem um processo transparente que garanta a igualdade de tratamento⁶³. Por outro lado, tendo em conta o historial e a finalidade do artigo 18.º, bem como a jurisprudência recente em situações comparáveis, tal poderá não ser necessário se o beneficiário do direito exclusivo for um organismo estatal, por exemplo uma autoridade adjudicante sem capital privado⁶⁴.

4.4. Relações entre autoridades adjudicantes no âmbito dos contratos de compra colectivos ou de centrais de compras

A adjudicação conjunta pode assumir diversas formas, que vão da organização de um convite à apresentação de propostas comum e específico até ao recurso sistemático à especialização (por exemplo, uma autoridade adjudicante que seja responsável por determinados tipos de contratos públicos a utilizar por todas as entidades interessadas, outra pela realização de outro tipo diferente de contratos públicos, etc.) ou à criação de uma estrutura específica (órgão) para a adjudicação conjunta. As relações entre os próprios participantes podem ou não estar sujeitas às regras da UE em matéria de contratos públicos, consoante o método escolhido.

No caso de simples cooperação administrativa na elaboração de especificações comuns que não necessitam de contratos relativos a interesses pecuniários entre as partes, ou seja,

⁶¹ Processo C-243/01, *Gambelli*, Col. 2003, p. I-13031.n.º 65; Processo C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* e outros contra *Commissariaat voor de Media*, Col. 1991, p. I-04007.

⁶² Por outro lado, as decisões de atribuição de direitos exclusivos a empresas podem constituir uma violação do Tratado quando as obrigações de serviço público a cumprir pelo prestador de serviços não são correctamente especificadas (Processo C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, Col. 1989, p. I-803), quando o prestador de serviços se revela manifestamente incapaz de satisfazer a procura (Processo C-41/90, *Höfner*, Col. 1991, p. I-1979) ou ainda quando existem formas alternativas de cumprir as obrigações com efeitos menos prejudiciais em termos de concorrência (Processo T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, Col. 1999, p. II-2329). Além disso, a condição de compatibilidade da concessão do direito exclusivo com o Tratado não é cumprida se a medida que o concede for incompatível com o direito derivado da UE (Processo C-220/06, *Correos*, n.ºs 64-66).

⁶³ Ver, por analogia, o Processo C-203/08, *Sporting Exchange Ltd.*, n.ºs 47 e 50.

⁶⁴ *Idem*, n.ºs 59-60.

se os poderes públicos se limitarem a organizar um convite à apresentação de propostas comum, aplicam as regras em matéria de contratos públicos em conjunto, mas a sua cooperação não fica sujeita a essas regras. O artigo 1.º, n.º 9, da Directiva 2004/18/CE define como autoridades adjudicantes, designadamente, as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público. Esta disposição poderá ter interesse no contexto de uma cooperação público-público.

Por outro lado, foram desenvolvidas nos Estados-Membros determinadas técnicas de centralização de compras. As centrais de compras são autoridades adjudicantes incumbidas de efectuar aquisições ou de celebrar contratos públicos/acordos-quadro para outras autoridades adjudicantes. O artigo 11.º da Directiva 2004/18/CE prevê expressamente a possibilidade de as autoridades adjudicantes contratarem empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras. As centrais de compras podem funcionar como grossistas (fazem aquisições para que outras entidades adquiram **junto delas**) ou como intermediários que tratam dos processos de adjudicação e da gestão de contratos, para que outras autoridades possam adquirir **através delas**. Em ambos os casos, o processo de adjudicação tem de ser organizado no que se refere à relação entre a central de compras e as autoridades que a ela recorrem, desde que a própria central de compras tenha celebrado os seus contratos em conformidade com a directiva da UE em matéria de contratos públicos que for aplicável.

ANEXO I

Lista de processos

Processo C-480/06, Comissão contra Alemanha, Col. 2009, p. I-04747.

Processo C-107/98, *Teckal Srl* contra *Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Col. 1999, p. I-08121.

Processo C-84/03, Comissão contra Espanha, Col. 2005, p. I-00139.

Processo C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH* contra *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Col. 2005, p. I-00001.

Processo C-324/07, *Coditel Brabant SA* contra *Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, Col. 2008, p. I-08457.

Processo C-573/07, *Sea Srl* contra *Comune di Ponte Nossa*, Col. 2009, p. I-08127.

Processo C-29/04, Comissão contra Áustria, Col. 2005, p. I-9705.

Processo C-340/04, *Carbotermo SpA e Consorzio Alisei SpA* contra *Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA.*, Col. 2006, p. I-04137.

Processo C-458/03, *Parking Brixen GmbH* contra *Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, Col. 2005, p. I-08585.

Processo C-371/05, Comissão contra Itália, Col. 2008, p. I-00110.

Processo C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname)* contra *Comune di Cingia de' Botti*, Col. 2005, p. I-7287.

Processo C-275/08, Comissão contra Alemanha, Col. 2009, p. I-00168.

Processo C-264/03, Comissão contra França, Col. 2005, p. I-08831.

Processo C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* contra *Transformación Agraria SA (Tragsa) e Administración del Estado*, Col. 2007, p. I-2999.

Processo 203/08, *Sporting Exchange Ltd*, que age sob a denominação de «*Betfair*» contra *Minister van Justitie*, 2010, ainda não publicado.

Processo C-124/97, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd e Oy Transatlantic Software Ltd* contra *Kihlakunnansyöttäjä (Jyväskylä) e Suomen valtio (Estado finlandês)*, Col. 1999, p. I-6067.

Processo C-42/2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional e Bwin International Ltd* contra *Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Col. 2009, p. I-07633.

Processo C-243/01, *Gambelli*, Colectânea 2003, p. I-13031.

Processo C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e outros contra Commissariaat voor de Media*, Col. 1991, p. I-04007.

Processo C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, Col. 1989, p. I-803.

Processo C-41/90, *Höfner*, Colectânea 1991, p. I-1979.

Processo T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, Col. 1999, p. II-2329.

Processo C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contra Administración General del Estado*, Col. 2007, p. I-12175.