CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

SEMINÁRIO SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

(1 E 8 DE FEVEREIRO DE 2013)

O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA:

ORGANISMOS DE DIREITO PÚBLICO E ENTIDADES PRIVADAS

(ARTIGO 2.º, N.º 2, AL. A) DO CCP)

Pedro Fernández Sánchez

*(Elementos de apoio jurisprudenciais do Tribunal de Justiça da União Europeia
para densificação do artigo 2.º, n.º 2, al. a), do CCP)*

A) CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS:

1. Fonte comunitária do conceito de “entidade adjudicante” acolhido pelo Código dos Contratos Públicos português: conceito de “organismo de direito público” constante do artigo 1.º, n.º 9, da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

2. *Interpretação funcional* do conceito de “entidade adjudicante”; *irrelevância da forma jurídica* da pessoa colectiva que adjudica o contrato.

3. *Motivo* dessa interpretação funcional: o objectivo do Direito da Contratação Pública consiste no controlo da fuga para o direito privado, em cujos termos se verifica um expediente pelo qual uma pessoa colectiva (apenas) formalmente privada, mas verdadeiramente utilizada como veículo de prossecução do interesse público pela Administração Pública, escolhe o seu co-contratante por considerações não puramente económicas, adoptando critérios discriminatórios que subvertem o funcionamento do mercado interno comunitário.

4. *Solução*: a interpretação funcional recorre a um *método indiciário*, que aprecia conjugadamente todos os elementos de facto e de direito relevantes para o caso, raramente existindo um elemento que, só por si, confirme ou desminta a qualificação de uma pessoa colectiva como “entidade adjudicante”.

5. *Exemplos de base jurisprudencial*:

- Acórdão de 1 de Fevereiro de 2001 (Proc. C-237/99 – *Comissão vs. França*, n.ºs 41-42)
- Acórdão de 13 de Dezembro de 2007 (Proc. C-337/06 – *Bayerischer Rundfunk*, n.ºs 36-40)
- Acórdão de 10 de Abril de 2008 (Proc. C-393/06 – *Ing. Aigner*, n.ºs 36-37)

B) NATUREZA CUMULATIVA DOS TRÊS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO ENUNCIADOS NA AL. A) DO N.º 2 DO ARTIGO 2.º DO CCP

6. A qualificação de uma pessoa colectiva como “entidade adjudicante” nos termos dessa disposição depende da *verificação cumulativa* dos três requisitos.

Base jurisprudencial (entre tantos outros exemplos):

- Acórdão de 15 de Janeiro de 1998 (Proc. C-44/96 – *Mannesmann*, n.º 21)
- Acórdão de 10 de Maio de 2001 (Procs. C-223/99 e C-260/99, apensos – *Agorà*, n.º 26)
- Acórdão de 22 de Maio de 2003 (Proc. C-18/01 – *Korhonen*, n.º 32)
- Acórdão de 16 de Outubro de 2003 (Proc. C-283/00 – *Comissão vs. Espanha*, n.º 69)
- Acórdão de 10 de Abril de 2008 (Proc. C-393/06 – *Ing. Aigner*, n.º 36)
- Acórdão de 11 de Junho de 2009 (Proc. C-300/07 – *Hans & Christophorus Oymanns*, n.º 48).

C) REQUISITO DO «CONTROLO PÚBLICO» (ARTIGO 2.º, N.º 2, ALÍNEA A), SUBALÍNEA II), DO CCP)

7. Nota introdutória: ao contrário dos três requisitos para a qualificação de uma pessoa colectiva como “entidade adjudicante”, que são *cumulativos*, os elementos de facto descritos nesta subalínea são *alternativos* – basta um deles estar verificado para se considerar cumprido o requisito do controlo público

Exemplos de base jurisprudencial:

- Acórdão de 3 de Outubro de 2000 (Proc. C-380/98 – *University of Cambridge*, n.º 20)
- Acórdão de 1 de Fevereiro de 2001 (Proc. C-237/99 – *Comissão vs. França*, n.º 44)

C1) Controlo público através do financiamento maioritário

8. Motivo da utilização deste elemento de facto como meio demonstrativo da verificação de uma dependência de uma pessoa colectiva em face dos poderes públicos: ainda que a Administração Pública não disponha da capacidade *directa ou imediata* de controlar a actividade de uma pessoa colectiva privada através da formação de uma maioria de votos para a aprovação de deliberações na Assembleia Geral ou, em especial, para a nomeação dos titulares dos seus órgãos sociais, pode admitir-se que tal pessoa colectiva privada continua ainda na *efectiva dependência* do poder público se é deste que provém o seu financiamento maioritário e se, por isso, tal financiamento pode ser utilizado como instrumento de pressão para a aprovação de certas deliberações, para a implementação de uma certa estratégia de gestão – ou, sobretudo no que diz respeito ao regime de contratação pública, para a escolha de determinados co-contratantes em detrimento de outros. Em suma: o objectivo da apreciação a realizar pelo intérprete deve consistir na identificação de “pagamentos efectuados por uma entidade adjudicante que têm como efeito a criação ou o aprofundamento de umnexo específico de subordinação ou de dependência” (cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, Proc- C-380/98 – *University of Cambridge*, n.º 21).

9. Elementos de densificação do conceito de “financiamento maioritariamente público” (o Proc. *University of Cambridge* serve de base fundamental do qual o Tribunal de Justiça nunca se afastou até hoje):

- a) Determinação do *limiar quantitativo* a partir do qual se entende que os financiamentos públicos são maioritários nas receitas de uma entidade privada: solução mais simples, ou literal, segundo a qual “deve interpretar-se no sentido de que se trata de *mais de metade*” (cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, n.ºs 27-33).
- b) Determinação de *quais as receitas relevantes* em face das quais o financiamento deve ser apurado: para o apuramento do peso relativo do financiamento obtido no contexto das receitas da pessoa colectiva, devem ser contabilizadas *todas as suas receitas* (“para se chegar a uma apreciação correcta da percentagem de financiamento público de um dado organismo, deverá ter-se em conta o conjunto das receitas de que beneficia, incluindo as resultantes de actividade comercial” – cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, n.º 36).
- c) Determinação de qual o *lapso temporal* relevante para a contabilização das receitas da entidade adjudicante: devem ser contabilizadas as *receitas previstas para o exercício orçamental em curso*, ainda que, obviamente, por se tratar de um exercício não concluído, se apoie parcialmente em meras *estimativas* (por “imperativos de segurança jurídica”, que permitam assegurar algum “grau de previsibilidade”,

levando em conta o facto de que “o financiamento de uma entidade [pode] variar de ano para ano”, “o cálculo do seu modo de financiamento deve efectuar-se com base em números disponíveis no início do exercício orçamental, ainda que a título de previsão” – cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, n.ºs 38-41).

10. Questão-chave adicional: o que se entende por um verdadeiro “financiamento público”?

- a) Necessidade de distinguir “financiamento público” e simples “receita (de proveniência) pública”: qualquer contrato oneroso celebrado com uma entidade pública deve implicar, obviamente, que o pagamento do preço corresponda a uma receita de origem pública. Mas é evidente que esse preço não pode ser qualificado como “financiamento”: trata-se simplesmente do *pagamento de uma contrapartida específica pela realização de uma prestação contratual no âmbito de uma relação sinalagmática livremente negociada entre as partes*. Ora, apenas as *prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contraprestação específica (desprovidas de um sinalagma contratual), podem ser qualificadas como “financiamento público”* (cfr., desenvolvidamente, JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Os Pressupostos de Qualificação de uma Entidade Privada como «Entidade Adjudicante»: Em Especial, o Financiamento Maioritariamente Público”, in *Temas de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 104-107).
- b) Assim, se o intérprete puder identificar uma relação que se “assemelhe à existente nas relações comerciais normais nos contratos de natureza sinalagmática livremente negociados entre as partes”, deve descartar a existência de um financiamento (cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, n.º 25); o financiamento deve ficar reservado para os casos em que se observa “a criação ou o aprofundamento de umnexo específico de subordinação ou de dependência. Apenas as prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contra-prestação específica, das actividades da entidade em causa poderão qualificar-se como «financiamento público»” (*ibidem*, n.º 21).

11. Exemplos da aplicação desta doutrina do Processo *University of Cambridge* na jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça:

- Acórdão de 13 de Abril de 2010 (Proc. C-91/08 – *Wall AG*, n.ºs 54-55): apesar de boa parte das receitas de uma entidade privada provirem da Administração Pública, “mais de metade do volume de negócios [da empresa] provém de *contratos sinalagmáticos* relativos à eliminação de resíduos e à limpeza das vias públicas”.
- Acórdão de 13 de Dezembro de 2007 (Proc. C-337/06 – *Bayerischer Rundfunk*, n.ºs 44-50): exemplo contrário, em que é reconhecida a existência de um verdadeiro

“financiamento público”, mas isto, sublinhe-se, sem que a proveniência da receita seja sequer pública. Nesse caso, a receita de origem privada é considerada como um financiamento público porque a entidade de radiodifusão em causa *i*) recebe taxas dos consumidores em virtude de uma determinação pública (n.º 44), *ii*) tais taxas não podem ser consideradas como preço, não existindo pois sinalagma, uma vez que os consumidores “são obrigados a pagar a taxa pela simples detenção de um aparelho receptor, independentemente da utilização do serviço proposto por estes organismos. Consequentemente, os consumidores devem pagar a taxa, mesmo que nunca recorram aos serviços dos referidos organismos” (n.º 45); *iii*) e o Estado atribui prerrogativas de poder público ao beneficiário do financiamento para a sua obtenção, por colocar ao seu dispor processos de execução coactiva relativamente aos consumidores faltosos (n.º 44).

- Acórdão de 11 de Junho de 2009 (Proc. C-300/07 – *Hans & Christophorus Oymanns*, n.ºs 16-22 e 52-59): exemplo semelhante, com receitas de proveniência privada a serem qualificadas como “financiamento público”, visto que *i*) a entidade privada em causa, uma caixa prestadora de serviços de seguro de saúde, recebe o seu financiamento por meio de contribuições obrigatórias definidas por um acto jurídico-público (n.ºs 53 e 55); *ii*) não se observa qualquer sinalagma que justifique o montante dos pagamentos (“a estes pagamentos não está ligada nenhuma contrapartida contratual concreta, na medida em que nem a obrigação de contribuição nem o seu montante constituem o resultado de um acordo entre as caixas públicas de seguro de doença e os seus inscritos, estando estes obrigados por força da lei ao pagamento da contribuição pelo simples facto da sua inscrição, a qual também é legalmente imposta” – n.º 53); *iii*) a entidade em causa beneficia de medidas jurídico-públicas que garantem o financiamento, já que “a cobrança das contribuições se efectua sem qualquer possibilidade de intervenção dos beneficiários”, sendo “efectuada de forma compulsória, com base em disposições de direito público”, “na prática garantida pelos poderes públicos” (n.ºs 56 e 57).

12. Conclusão:

Com base na jurisprudência recente, o Advogado-Geral PAOLO MENGOZZI, nas recentíssimas Conclusões que apresentou a este respeito (cfr. Conclusões de 30 de Janeiro de 2013, no Proc. C-526/2011, n.ºs 57-58), pôde afirmar, em suma, que estes casos demonstram que o Tribunal de Justiça recorre a um método indiciário, recusando uma fórmula puramente matemática de cálculo do financiamento que resolva, só por si, a questão da subsunção ao regime de contratação pública, levando em conta, conjugadamente, “em primeiro lugar, a origem pública e vinculativa do recurso em questão, em seguida, o carácter autoritário da sua cobrança às pessoas que a ele estão sujeitas e as suas modalidades de fixação bem como, se for o caso, o alcance e

a intensidade do controlo efetuado sobre estes últimos pelas autoridades públicas de supervisão e, por último, as prerrogativas de poder público atribuídas aos organismos em causa para garantir a cobrança deste recurso”. Nenhum indício, só por si, resolve a questão – nem mesmo o indício enumerado “em primeiro lugar”, isto é, “a origem pública e vinculativa do recurso em questão”.

C2) Controlo público através do controlo de gestão

13. Questão a apreciar: se existe uma dependência que permita à Administração Pública “influenciar” as decisões fundamentais da pessoa colectiva em causa e determinar os actos centrais da sua gestão (v.g., aprovação do orçamento, relatório e contas e plano de actividades). Cfr., por exemplo, Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003 (Proc. C-373/00 – *Adolf Truley*, n.ºs 69 e 74).

14. Método a utilizar: embora a titularidade da maioria do capital social, na generalidade dos casos, confirme que se detém a maioria dos votos e se controla a formação das decisões cruciais para a pessoa colectiva, é necessário confirmar se esse facto efectivamente garante a uma ou mais entidades adjudicantes o controlo sobre a gestão da entidade privada.

15. Exemplo: Acórdão de 13 de Abril de 2010 (Proc. C-91/08 – *Wall AG*, n.º 50), em que, apesar de uma entidade adjudicante deter 51% do capital social de uma certa empresa, se verificou que a aprovação de decisões dependia da formação de uma maioria de três quartos dos votos em assembleia geral, pelo que a detenção da maioria do capital social não implicava a presença de um controlo de gestão.

C3) Controlo público através da designação de titulares dos órgãos sociais

16. Questão a apreciar: se pelo menos *um órgão* de administração, direcção ou fiscalização da pessoa colectiva – basta um destes – tem a *maioria dos seus titulares* designados, directa ou indirectamente, por entidades adjudicantes.

17. Novamente, a detenção da maioria do capital social é o critério suficiente para confirmar o controlo da maioria dos votos e, logo, a designação de administradores ou directores. Mas deve levar-se em conta: a possível existência de direitos especiais de designação de titulares de órgãos; a formação de maiorias qualificadas que sejam eventualmente exigidas nos estatutos para a nomeação dos titulares (cfr., de novo, o

Acórdão cit. de 13 de Abril de 2010, referente ao caso em que cada decisão só podia ser aprovada com três quartos dos votos emitidos em assembleia geral); ou, ainda, a existência de regras especiais, legislativas ou regulamentares, que determinem que pelo menos o órgão de fiscalização (v.g., fiscal único) é nomeado por uma entidade adjudicante (v., por exemplo, as instituições de ensino superior sob forma de fundação de direito privado previstas na Lei n.º 62/2007).

D) REQUISITO DA PROSECUÇÃO DE “NECESSIDADES DE INTERESSE GERAL” (ARTIGO 2.º, N.º 2, ALÍNEA A), SUBALÍNEA I), 1.ª PARTE, DO CCP)

18. Definição inicial do conceito: no processo que contém os elementos que continuam a servir de base fundamental para a definição do conceito de “entidade adjudicante” (Proc. C-44/96 – *Mannesmann*, cujas Conclusões foram apresentadas pelo Advogado-Geral PHILIPPE LÉGER em 16 de Setembro de 1997 e cuja decisão constou do Acórdão de 15 de Janeiro de 1998), sugeriu-se que as “necessidades de interesse geral” fossem definidas como aquelas cuja prossecução “beneficia directamente a colectividade, por oposição aos interesses individuais ou de grupo” (n.º 65 das Conclusões de LÉGER).

19. Mas a jurisprudência comunitária rapidamente ultrapassou essa definição por meio de um entendimento extremamente expansivo e ambicioso que vai muito além daquilo que “beneficia directamente a comunidade”.

20. Uma possível explicação para esta interpretação expansiva foi sugerida por SUE ARROWSMITH: a ideia de limitar o Direito Administrativo da Contratação Pública à prossecução de necessidades “de interesse geral” pode parecer razoável e intuitiva; mas ela é de bondade muito discutível se se recordar que o regime de contratação pública tem o propósito de assegurar as liberdades comunitárias inerentes à realização de um mercado interno e, desde logo, evitar os obstáculos que para esse efeito são criados pela adopção de critérios discriminatórios na selecção dos co-contratantes da Administração Pública. Ora, tendo isso em vista, será difícil compreender por que se deve admitir que os poderes públicos sejam dispensados da aplicação do regime de contratação pública – e, portanto, *estejam legitimados para discriminar os nacionais de outros Estados-membros* – só porque estão *envolvidos na prossecução de necessidades que não são de interesse geral*. De facto, se uma entidade pública entende empreender uma actividade que não pode ser identificada com uma “dimensão colectiva ou pública”, não se vê por que razão o legislador comunitário entende admitir que a escolha dos seus co-contratantes pode atentar contra as liberdades fundamentais protegidas pela

ordem jurídica comunitária (cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2.^a ed., Sweet & Maxweel, London, 2005, p. 266).

21. Consequência deste entendimento: se, obviamente, o Tribunal de Justiça não pode ficcionar que o legislador comunitário não colocou este requisito como aspecto a ser apreciado pelo intérprete que pretende qualificar uma pessoa colectiva como “entidade adjudicante”, a solução consiste em levar tão longe quanto possível o conceito de “necessidades de interesse geral” e, em suma, identificá-las logo ali onde seja possível encontrar um interesse da colectividade que seja directa ou indirectamente prosseguido pela pessoa colectiva e seja autonomizável do interesse próprio dos respectivos sócios, accionistas ou grupos de pessoas cujos interesses privados lhe cumpre defender.

22. Exemplos de necessidades qualificadas como sendo de “interesse geral” em virtude da aplicação desta tese jurisprudencial expansiva:

- Fabricação de impressos oficiais como passaportes, cartas de condução ou bilhetes de identidade (Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Proc. C-44/96 – *Mannesmann*)
- Manutenção das florestas nacionais (Acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Proc. C-353/96 – *Comissão vs. Irlanda*)
- Planificação e construção de locais destinados à locação a empresas privadas (Acórdão de 22 de Maio de 2003, Proc. C-18/01 – *Korhonen*: exemplo que esclarece bem o alcance expansivo da interpretação do Tribunal de Justiça, visto que, nesse aresto, a solução foi justificada pelo facto de, “ao adquirir serviços de planificação e de construção no âmbito de um projecto imobiliário relativo, nomeadamente, à construção de imóveis para escritórios, a demandada no processo principal não age apenas no interesse particular das empresas directamente interessadas no referido projecto, mas também no interesse da cidade de Varkaus”; estas “podem, com efeito, ser consideradas actividades que respondem a necessidades de interesse geral na medida em que são susceptíveis de incentivar as trocas, bem como o desenvolvimento económico e social da autarquia local em causa, pois a implantação de empresas no território de uma autarquia tem, frequentemente, efeitos positivos para essa autarquia em termos de criação de emprego, de aumento das receitas fiscais, bem como de favorecimento da oferta e da procura de bens e serviços” – cfr. n.ºs 44 e 45).
- Organização de iniciativas, eventos, feiras, exposições e congressos (Acórdão de 10 de Maio de 2001, Procs. apensos C-223/99 e 260/99 – *Agorá*: outro exemplo bem sugestivo, visto que, para o Tribunal, a organização desse tipo de manifestações satisfaz necessidades de interesse geral, porquanto o organizador dessas manifestações, ao reunir num mesmo local geográfico fabricantes e comerciantes, não

actua apenas no interesse específico destes últimos, que beneficiam assim de um espaço de promoção para os seus produtos e mercadorias, mas também oferece aos consumidores que frequentam essas manifestações uma informação que lhes permite efectuar as suas opções em condições óptimas. A impulsão a nível do comércio que daí decorre pode ser considerada de interesse geral – cfr. n.ºs 33 e 34).

- Aquecimento de residências pela utilização de energia proveniente de combustão de resíduos (Acórdão de 10 de Abril de 2008, Proc. C-393/06 – *Aigner*: exemplo igualmente esclarecedor porque o Tribunal sustenta que “assegurar o aquecimento de uma aglomeração urbana através de um procedimento que respeite o ambiente constitui um objectivo de indubitável interesse geral. Não pode, portanto, ser contestado que a Fernwärme Wien foi constituída especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral. A este respeito, é indiferente que essas necessidades também sejam ou possam ser satisfeitas por empresas privadas. Importa que se trate de necessidades que, por razões ligadas ao interesse geral, o próprio Estado ou uma colectividade territorial entendam satisfazer, em geral, ou em relação às quais pretendam manter uma influência determinante” – cfr. n.ºs 39 e 40).

23. Elementos adicionais que o Tribunal de Justiça utiliza para levar ainda mais longe o alcance do conceito de “necessidades de interesse geral”

- a) Apesar de o legislador reduzir a aplicação do regime de contratação pública a entidades que tenham sido “**criadas** especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral” (cfr. al. a) do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva n.º 2004/18/CE; subal. i) da al. a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP), o Tribunal de Justiça simplesmente desconsidera este elemento e impõe uma solução *contra legem*: “uma entidade ***que não foi criada*** para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, mas que posteriormente veio a assumir essas necessidades, cuja satisfação assegura efectivamente desde então, satisfaz a condição [...] para poder ser qualificada de organismo de direito público” (cfr. Acórdão de 12 de Dezembro de 2002, Proc. C-470/99 – *Universale-Bau*, n.º 63).
- b) Apesar de, no mesmo segmento normativo, o legislador determinar que só é entidade adjudicante aquela pessoa colectiva que satisfaz “*especificamente*” necessidades de interesse geral, o Tribunal de Justiça, logo desde o Proc. *Mannesmann*, concluiu que é possível qualificá-la como “entidade adjudicante” mesmo quando *não esteja* “unicamente encarregada de satisfazer essas necessidades”; “é indiferente que, para além dessa missão, [...] tenha a liberdade de exercer outras actividades” (cfr. Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, n.ºs 25-26).
- c) Se, em si mesmo, esta última interpretação é justificável porque a exigência constante do referido normativo (que se prossiga “*especificamente*” necessidades de interesse geral) não implica – como o Tribunal de Justiça correctamente concluiu –

que sejam prosseguidas “unicamente” essas necessidades, já é, porém razoável que se conclua que o termo “especificamente” usado pelo legislador comunitário signifique que, no mínimo, as necessidades de interesse geral assumam uma importância relevante na sua actividade. Mas tão-pouco essa interpretação moderada foi admitida pelo Tribunal de Justiça: “A circunstância [...] de a satisfação das necessidades de interesse geral *constituir apenas uma parte relativamente pequena* das actividades efectivamente exercidas também não tem relevância, uma vez que a referida entidade continua a encarregar-se das necessidades que é especificamente obrigada a satisfazer” (cfr. Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, n.º 25); “A qualidade de organismo de direito público não depende da *importância relativa* da satisfação de necessidades de interesse geral na actividade do organismo em questão” (cfr. Acórdão de 10 de Novembro de 1998, Proc. C-360/96 –*BFI Holding*, n.º 56). Basta, pois, que **uma das necessidades** prosseguidas, **mesmo que a nível residual**, seja de interesse geral para **contaminar** todas as outras que são prosseguidas a título principal.

- d) Finalmente, poderia questionar-se se, pelo menos, o Tribunal de Justiça estaria disposto a suavizar este entendimento quando se confirmasse objectivamente que a pessoa colectiva em causa respeita um *regime de separação contabilística*, podendo libertar-se da obrigação de respeitar o regime de contratação pública nos casos em que prossegue actividades que não são de interesse geral. Também essa possibilidade foi negada: “Todos os contratos celebrados por um organismo que tem a qualidade de entidade adjudicante, seja qual for a sua natureza, devem estar sujeitos às regras dessa directiva. [...] Esta conclusão *também se impõe às entidades que aplicam uma contabilidade que tem em vista uma clara separação interna entre as actividades que exercem para desempenhar a sua missão de satisfazer necessidades de interesse geral e as actividades que exercem em condições de concorrência*. Com efeito, como sublinha o advogado-geral nos n.ºs 64 e 65 das suas conclusões, pode seriamente pôr-se em dúvida que seja efectivamente possível estabelecer essa separação entre as diferentes actividades de uma entidade que constitui uma única pessoa jurídica, que tem um regime patrimonial e de propriedade único e cujas decisões em matéria de direcção e gestão são tomadas por unanimidade, isto apesar de não ter em conta muitos outros obstáculos de ordem prática quanto ao controlo, *ex ante et ex post*, da separação absoluta entre os diferentes domínios de actividade da entidade em questão e da inclusão da actividade em causa num ou noutro domínio. Assim, por razões de segurança jurídica, de transparência e de previsibilidade, que regulam a execução dos procedimentos de todos os contratos públicos, há que ter em consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça exposta” anteriormente (cfr. Acórdão de 10 de Abril de 2008, Proc. C-393/06 – *Ing. Aigner*, n.ºs 50-54).

24. Em suma, prossegue “necessidades de interesse geral” qualquer entidade que promove (*também, isto é, mesmo que não exclusivamente*) a defesa de interesses da colectividade que possam ser autonomizados dos interesses privados dos seus associados ou dos grupos de pessoas que lhe incumba defender, e ainda que o faça apenas *residualmente* (cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Aplicação do Regime de Contratação Pública aos «Organismos de Direito Público»”, in *Temas...*, cit., pp. 66-70).

D) REQUISITO DO “CARÁCTER [NÃO] INDUSTRIAL OU COMERCIAL” DAS NECESSIDADES PROSEGUIDAS PELA ENTIDADE ADJUDICANTE (ARTIGO 2.º, N.º 2, ALÍNEA A), SUBALÍNEA I), 2.ª PARTE, DO CCP)

25. A base fundamental do entendimento jurisprudencial seguido uniformemente nos últimos 15 anos continua a ser o Proc. *Mannesmann*, cit., graças sobretudo aos elementos densificados pelo Advogado-Geral PHILIPPE LÉGER nas Conclusões apresentadas em 16 de Setembro de 1997.

26. Esclarecimento inicial: o “carácter industrial ou comercial” é uma expressão particularmente infeliz para sintetizar a intenção legislativa; pois, como esclareceu LÉGER, o critério-chave consiste em saber se a pessoa colectiva em causa tem uma “*actividade que escape, total ou parcialmente, à lógica do mercado*”; é que, “se o legislador traçou a fronteira que separa os organismos cuja actividade está sujeita à regulamentação sobre os contratos públicos dos demais organismos por intermédio do critério resultante das «necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial», tal ocorreu porque *estes últimos estão sujeitos a uma concorrência por parte de outros operadores económicos que os dissuade de escolher os seus co-contratantes com base em critérios discriminatórios*” (cfr. n.º 69 das Conclusões).

27. Como entender e densificar a ideia de *submissão ou subtracção à lógica do mercado e da livre concorrência*?

Esclarecimentos prestados pelo Tribunal de Justiça:

a) Tal ideia *não pode* ser confundida com a mera verificação de que, num dado momento, um “organismo de direito público” *suporta concorrência* de outros operadores económicos e que, portanto, *não actua num mercado monopolista*: a circunstância de uma entidade actuar num mercado concorrencial constitui apenas um indício da natureza industrial ou comercial da sua actividade – mas não

permite, só por si, afastar o regime de contratação pública (cfr. Acórdão de 10 de Novembro de 1998, Proc. C-360/96 – *BFI Holding*, n.º 43; Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Proc. C-373/00 – *Adolf Truley*, n.º 61; Acórdão de 22 de Maio de 2003, Proc. C 18/01 – *Korhonen*, n.º 50).

- b) O que cabe confirmar é se a concorrência que eventualmente exista é uma concorrência livre ou pura – isto é, não desvirtuada através de uma especial relação que um dos concorrentes mantém com outros poderes públicos. Isto é, ainda quando uma pessoa colectiva actua num mercado concorrencial, *é necessário confirmar se o faz nas mesmas condições a que todos os seus concorrentes se sujeitam ou se, por força de privilégios que ostenta na sua relação com a Administração Pública orgânica, dispõe de condições mais favoráveis para o desenvolvimento de uma actividade económica – o que equivale a admitir que dispõe da flexibilidade necessária para actuar de acordo com critérios não totalmente económicos (discriminatórios), sendo a perda de eficiência económica daí resultante suportada ou compensada por outras entidades públicas* (cfr., para desenvolvimento, JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Aplicação do Regime...”, cit., pp. 77-81).
- c) O indício mais decisivo neste sentido consiste na *verificação de quem suporta o risco económico-financeiro da actividade dos operadores que actuam nesse mercado*: um dos principais marcos identificadores da actividade industrial ou comercial cifra-se na circunstância de cada empresário suportar o risco económico-financeiro da sua actividade; é isso que pressiona o decisor a pautar as suas escolhas por critérios puramente económicos e de eficiência, visto que as consequências negativas de eventuais decisões assentes em critérios discriminatórios serão suportadas pela própria empresa, pelo que, à partida, a sua actividade não pode assentar senão em critérios de rendimento e rentabilidade – o que implica que o decisor já está pressionado pelo próprio mercado a escolher os co-contratantes que apresentem condições contratuais mais vantajosas, tornando desnecessário e supérfluo o recurso a um procedimento burocrático de contratação pública. Se, pelo contrário, mesmo no âmbito de um mercado concorrencial, um dos competidores é beneficiado com compensações financeiras por entidades públicas – ou se, pelo menos, existe a possibilidade, legal ou estatutariamente prevista, de receber tais compensações no caso de vir a suportar dificuldades económicas –, não pode afirmar-se que tal competidor é pressionado pelo risco económico-financeiro da sua actividade no sentido de escolher os seus co-contratantes de acordo com critérios puramente económicos.
- d) É certo que o facto de uma entidade privada prosseguir necessidades de interesse geral pode tornar perfeitamente legítima a atribuição de compensações públicas destinadas a suportar os prejuízos resultantes da sua actividade; o problema não reside, pois, numa alegada *ilegalidade* dessas compensações. Antes, o problema

reside no facto de serem justamente essas compensações que podem conduzir o decisor a seleccionar os seus co-contratantes em razão de critérios não estritamente económicos: uma vez que o risco resultante da escolha de condições contratuais menos vantajosas é suportado (pelo menos parcialmente) por uma pessoa colectiva pública, a entidade beneficiária das compensações não é plenamente dissuadida de adoptar critérios discriminatórios na formação dos seus contratos. É por isso que a existência de privilégios resultantes de uma especial conexão com o sector público desvirtua a concorrência: porque quem adopta critérios discriminatórios sabe que a perda de eficiência daí resultante pode perfeitamente ser compensada por compensações públicas. Tais privilégios constituem, assim, um incentivo a uma gestão que se alheia dos critérios de racionalidade económica.

28. Exemplos da aplicação desta jurisprudência que contêm esta ideia-chave:

- Acórdão de 22 de Maio de 2003 (Proc. C-18/01 – *Korhonen*, n.º 51): “se o organismo opera em condições normais de mercado, prossegue um fim lucrativo e *suporta as perdas associadas ao exercício da sua actividade, é pouco provável que as necessidades que visa satisfazer não sejam de natureza industrial ou comercial*. Nesse caso, não é, de resto, exigida a aplicação das directivas comunitárias relativas à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, já que um organismo que prossegue um fim lucrativo e *que suporta, por si próprio, os riscos associados à sua actividade não se envolverá, em princípio, num procedimento de adjudicação de contratos em condições que não sejam economicamente justificadas*”.
- Acórdão de 10 de Novembro de 1998 (Proc. C-360/96 – *BFI Holding*, n.º 43): em contraste, já a mera perspectiva de apoio por parte dos poderes públicos poderia fazer com que uma entidade privada “fosse levada a suportar prejuízos financeiros a fim de prosseguir uma determinada política de compra da entidade de que depende estreitamente” e, portanto, estar livre da pressão de mercado para realizar escolhas economicamente racionais, adoptando critérios discriminatórios.

29. Obviamente, este critério casuístico obriga o intérprete a um difícil esforço de compilação de todos os elementos de facto e de direito que sejam relevantes para discernir se existe *pelo menos a potencialidade* de a pessoa colectiva em causa ser aliviada do risco económico-financeiro da sua actividade – obtendo, assim, um apoio de que os seus concorrentes não dispõem.

30. Exemplos deste esforço casuístico exigido pelo Tribunal de Justiça e das inferências acerca da *potencialidade* de existência de apoios públicos:

- Acórdão de 16 de Outubro de 2003 (Proc. C-283/00 – *Comissão vs. Espanha*, relativo à actividade de uma pessoa colectiva sob forma privada – “SIEPSA” – gestora de estabelecimentos penitenciários do Estado espanhol): Atenta-se no “facto, referido pela Comissão sem ser contrariada pelo Governo espanhol, de a SIEPSA *ter registado prejuízos financeiros consideráveis* nos exercícios de 1997 e 1998. A este respeito, há que acrescentar que, independentemente da questão de saber se existe um mecanismo oficial de compensação dos eventuais prejuízos da SIEPSA, *afigura-se pouco provável que esta tenha de suportar ela própria os riscos económicos ligados à sua actividade*. Efectivamente, tendo em conta o facto de o cumprimento da missão desta sociedade constituir um elemento fundamental da política penitenciária do Estado espanhol, *afigura-se verosímil que, na sua qualidade de único accionista, o referido Estado adopte todas as medidas necessárias para evitar a eventual falência da SIEPSA*. Nestas condições, existe a possibilidade de que, num processo de adjudicação de um contrato público, a SIEPSA se deixe levar por considerações não meramente económicas. Ora, é precisamente a fim de evitar essa eventualidade que se impõe a aplicação das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos” (cfr. n.os 90-92).
- Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Yves Bot em 27 de Outubro de 2009 (Proc. C-91/08 – *Wall AG*): Mesmo quando a empresa “apresenta, no plano jurídico, poucas diferenças com uma sociedade anónima detida por operadores privados” e, formalmente, pareceria que “suporta os riscos económicos associados à sua actividade e pode igualmente ser declarada falida, *resulta do despacho de reenvio que a Stadt Frankfurt am Main não permitiria que tal se verificasse*” (cfr. n.os 100-101).

31. Em suma: ao determinar que a “submissão à lógica do mercado e da livre concorrência” constitui o critério fundamental de aferição do “carácter industrial ou comercial”, o Tribunal de Justiça, também neste ponto, obriga o intérprete a recorrer a um método indiciário segundo o qual tem de apreciar o leque de todos os elementos de facto e de direito relevantes para confirmar se a pessoa colectiva se encontra ou não nas mesmas condições de mercado dos demais concorrentes ou se, pelo contrário, recebe privilégios, apoios, compensações financeiras ou prerrogativas públicas que afastam o risco económico-financeiro resultante das suas decisões e lhe garantem uma margem de escolha dos seus co-contratantes por motivos alheios a critérios de eficiência e de pura racionalidade económica na respectiva gestão (para exemplos de aplicação deste critério quanto à actividade de empresas sob forma privada, cfr. os casos reais apreciados *in* JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Aplicação do Regime...”, cit., pp. 74-93).

32. Nota final: também quanto a este critério o Tribunal de Justiça continua a considerar indiferente a questão de saber se a subtracção à lógica concorrencial só se

verifica quanto a *algumas* das actividades da pessoa colectiva: cfr. Acórdão de 15 de Janeiro de 1998 (Proc. C-44/96 – *Mannesmann*, n.º 31); Acórdão de 10 de Novembro de 1998 (Proc. C-360/96 – *BFI Holding*, n.ºs 55 e 56); Acórdão de 10 de Abril de 2008, (Proc. C-393/06 – *Ing. Aigner*, n.º 47).