

A PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES PRIVADAS COMO FACTOR EXCLUDENTE DE UMA RELAÇÃO *IN HOUSE* – A EVOLUÇÃO NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL.

O CASO PARTICULAR DO SUCH

DURVAL TIAGO FERREIRA

Investigador do CEDU (U.Minho)
Advogado

1. Introdução

Desde os inícios do século XX que, por força da jurisprudência do *Conseil d'État* francês, se consagrou o princípio geral de admissibilidade de contratualização do exercício de tarefas públicas.

A partir desta altura, mais concretamente do final da década 30 do século passado, a Administração Pública alarga significativamente o leque de possibilidades de escolha da melhor forma de prossecução do interesse público: através do exercício conjunto com outras entidades públicas; do exercício simultâneo dessas tarefas por entidades públicas e privadas ou, por último, através da delegação de competências para co-contratantes privados da Administração Pública ¹.

Com o surgimento da Comunidade Económica Europeia e com o objectivo da criação de um mercado comum, assente na livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços e ao respeito dos princípios que lhe estão subjacentes, levantam-se problemas de regulação desses contratos; por forma a não provocarem distorções num mercado que se quer comum, livre e concorrencial.

Assim, institui-se a seguinte regra: sempre que a Administração solicite produtos ou serviços a terceiros operadores económicos, vê-se obrigada a recorrer ao mercado, cumprindo todo o normativo legal relativo à contratação pública ².

¹ Na nova LCSP espanhola merecem referência os seguintes artigos: Artículo 31. *Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal*. Artículo 32. *Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados* y Artículo 33. *Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados*.

² Sobre o tema, assinalamos os artigos mais recentes de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Uma Primeira Análise das Novas Directivas (Parte II), in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 10, 2014; ISABEL GALLEGÓ

No essencial, procura-se que exista uma “dinâmica concorrencial de mercado”³.

Todavia, como qualquer regra tem exceções, quer o Tribunal de Justiça, quer o texto das Directivas e dos textos nacionais resultantes da respectiva transposição,⁴ todos acabam por reconhecer que esta sujeição da Administração às regras de mercado pode, em certos casos, não fazer qualquer sentido.

Na verdade, o Direito da União Europeia não tem tomado partido quanto às formas escolhidas pelos Estados como modelos de organização da sua própria Administração Pública, aceitando sem reservas modelos societários ou jusprivativistas de organização na prossecução do interesse público⁵.

No fundo, detendo os entes públicos do mencionado poder de se organizarem sob diferentes formas e de cumprirem as tarefas públicas através de distintas soluções, importa determinar qual o tipo de relacionamento que existirá entre esses mesmos sujeitos públicos, entre si, e destes com o mercado⁶.

CÓRCOLES, “Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, n.º135, 2015; JAIME PINTOS SANTIAGO, “Tragsa y las Entidades Locales. Encomiendas, Convenios y Contratos Públicos”, *Gabilex* n.º 6, Junho de 2016; PEDRO SANTOS AZEVEDO, “A contratação pública entre entidades do sector público”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 11, 2016; PEDRO FERNANDES SANCHES, “A contratação *in house* e interadministrativa após a revisão do CCP”, *Comentários à Revisão do CCP*; Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa Editora, 2017; MARK KIRKBY, “Contratos de Cooperação Horizontal entre Entidades Públicas na Revisão do Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos Sérvulo de Contratos Públicos*, 2017, n.º 1, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2017 e ainda SÉRVULO CORREIA, “A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, *Revista EPublica*, Volume 4, n.º 2, Novembro de 2017.

³ Expressão de LUCA R. PERFETTI, in *L’Affidamento Diretto di Servizi Pubblici Locali a Società Partecipate dai Comuni tra Amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, FA, 2004.

⁴ Em Portugal, a transposição das Directivas de 2014 ocorreu por intermédio do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 de 31 de Agosto (Cfr. *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa Editora, 2017. Em Espanha, através da Ley n.º 9/2017, de 8 de Novembro (Cfr. *Las claves de la nueva LCSP*, JOSE MARIA GIMENO FELIU e MARTIN MARIA RAZQUIN LIZARRAGA, Noviembre de 2017, ARANZADI, Thomson Reuters. Em Itália, com o Decreto legislativo de 18 de Abril de 2016, (Cfr. *Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, LUCA R. PERFETTI, II Edizione, Wolters Kluwer, 2017). Em França, a transposição passou pelo Decreto n.º 2016-360 de 25 de Março de 2016 (e os decretos regulamentares de 27 de Março de 2016). Finalmente, na Bélgica, com a Lei de 30 de Junho de 2017.

⁵ Cfr. DURVAL TIAGO FERREIRA, in “Las excepciones contractuales en la contratación pública”, *Tendencias Actuales en Contratación Pública*, Coord. ELOY ESPINOSA – SALDAÑA BARRERA, Gaceta Jurídica, Perú, 2014.

⁶ Estas matérias foram sendo densificadas em sucessivas decisões do Tribunal de Justiça: A excepção *in house* foi estabelecida primeiramente em *Teckal Srl v Comune di Viano* (“Teckal”) (C-107/98), sendo depois confirmada e desenvolvida nos Acórdãos *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft* (C-94/99); *Commission v Spain* (C-349/97) (“Tragsa”); *Stadt Halle and RPL*

E no caso das relações que se estabelecem entre entidades com personalidades distintas, quer no caso da contratação *in house*; quer no caso da denominada cooperação horizontal, em que duas entidades distintas se unem para a prossecução de um interesse comum, a participação de privados sempre foi entendida como obstáculo à não aplicação das regras de contratação pública ⁷.

De tal forma que, praticamente desde o início da construção jurisprudencial do conceito *in house*, e assente em dois argumentos distintos, é afastada a possibilidade da participação de privados na entidade adjudicatária: por um lado, porque essa participação coloca os privados numa vantagem concorrencial indevida; por outro, porque faz com que os interesses que estes privados prosseguem colidam com um eventual interesse público, subjacente à finalidade da autoridade adjudicante.

Contudo, como veremos no presente artigo, e partindo de um exemplo concreto que envolveu o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, este entendimento foi evoluindo, tendo merecido uma abordagem de certa forma inovadora por parte do TJUE e depois

Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (C-26/03); *Commission v Spain* (C-84/03); *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de Botti* (C-231/03); *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen* (“*Parking Brixen*”) (C-458/03); *Commission v Austria* (“*Mödling*”) (C-29/04); *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari* (C-410/04); *Carbotermo SpA v Comune di Busto Arsizio* (“*Carbotermo*”) (C-340/04); *Auroux v Commune de Roanne* (C-220/05); *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) v Transformacion Agraria SA (TRAGSA)* (“*Tragsa*”) (C-295/05); *Commission v Italy* (“*Augusta Bell Helicopters*”) (C-337/05); *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado* (“*Correos*”) (C-220/06); *Termoraggi SpA v Comune di Monza* (C-323/07); *Commission v Italy* (“*Mantova*”) (C-371/05); *Coditel Brabant SA v Commune d’Uccle* (“*Coditel Brabant*”) (C-324/07); *Commission v Germany* (“*Hamburg*”) (C-480/06); *Sea Srl v Comune di Ponte Nossa* (“*Sea*”) (C-573/07); *Acoset Spa v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov Reg ATO Idrico Ragusa* (C-196/08); *Mehiläinen Oy and Terveystalo Healthcare v Oulun kaupunki (Mehiläinen)* (C-215/09); *Econord SpA v Comune di Cagno and Comune di Varese and Econord SpA v Comune di Solbiate and commune di Varese* (“*Econord*”) (processos C-182 e 183/11); *Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, (“*Azienda*”) (C-159/11); *Piepenbrock* (C-386/11) e *Technische Universität Hamburg – Harburg*, (C - 15/13) e *Acórdão Centro Hospitalar de Setúbal, EPE Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda.* (C-574/12). Finalmente, nos acórdãos referidos no presente artigo: *Acórdão Croce Rossa*, Processo 113/13 e *Acórdão Croce Bianca*, Processo 50/14.

⁷ Em bom rigor, deixa de fazer qualquer sentido a referência às relações *in house* como cooperação vertical, na medida em que se admite a contratação não só descendente (entre entidade mãe com a entidade filha – art.º 5, n.º 2 do CCP), como ascendente ou invertida (da entidade filha para a entidade mãe) como ainda a contratação horizontal entre duas entidades controladas pela mesma entidade. Logo, ganhando o conceito *in house* uma dimensão multi-direccional, perde sentido a distinção clássica até então usada para distinguir os casos de cooperação entre entidades adjudicantes e os casos de relações *in house*.

com consagração nas Directivas de 2014; que se veio naturalmente a repercutir nos textos legais resultantes da sua transposição para os diferentes Estados-Membros.

2. O enquadramento geral do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)

O SUCH — Serviço de Utilização Comum dos Hospitais foi criado em Portugal por Despacho Ministerial de 22 de Abril de 1966, segundo um modelo de colocação em comum dos meios que suportam as áreas instrumentais à actividade da prestação de cuidados de saúde, tendo-lhe sido reconhecida a qualidade de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa ⁸.

Trata-se de uma entidade que se coloca na posição de prestador de serviços às entidades públicas que integram o universo da saúde ⁹.

Como associação, prossegue fins próprios dos seus associados e o seu funcionamento regula-se tanto pelo direito administrativo (*Vg.* contratos públicos) como pelo direito privado (*Vg.* regime de pessoal), conforme a área de actividade prosseguida.

No que respeita à organização, regula-se pelos art.º s 157.º e ss, do Código Civil e pelos respectivos Estatutos. ¹⁰

A evolução ao longo dos anos confirmou o SUCH como um instrumento extremamente relevante de auto-satisfação das necessidades das instituições do Serviço Nacional de Saúde ¹¹.

Nos actuais Estatutos, o art.º 7.º prevê um conjunto alargado de actividades: engenharia (manutenção de instalações e equipamentos, segurança, controlo técnico,

⁸ Este serviço de utilização comum dos hospitais foi criado nos termos do Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Novembro de 1965 e retomou, com a execução do procedimento previsto no Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Janeiro, a estrutura associativa e a designação de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa (art.º 1.º, n.º 2, dos Estatutos).

⁹ O regime jurídico das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa no qual se enquadra o SUCH encontrava-se previsto nos art.º s 416º e ss do Código Administrativo de 1940 e no Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, alterado pela Lei n.º 40/2007, de 24 de Agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro.

¹⁰ Aprovados em Assembleia Geral, de 14 de Dezembro de 2012 e homologados pelo Senhor Secretário de Estado da Saúde, em 2 de Janeiro de 2013.

¹¹ Sobre a contratação pública no sector da saúde, “Regimes Especiais de Contratação Pública”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13, Agosto de 2016, LICÍNIO LOPES MARTINS.

gestão de energia e projectos de obras), gestão do ambiente hospitalar (gestão e tratamento de roupa e resíduos e reprocessamento de dispositivos médicos), gestão alimentar e serviço de transportes e parques de estacionamento.

E refere ainda esta norma: “O SUCH desenvolve ainda no âmbito das referidas áreas instrumentais as actividades de serviço ou interesse público que lhes sejam solicitadas pelo Estado ou por outra entidade pública”.

Ou seja, o SUCH abrange praticamente todas as áreas que envolvem a gestão hospitalar.

Acontece que a participação inicial de entidades privadas no capital social do SUCH foi entendida pelos tribunais como uma obrigação de submeter esses contratos a procedimentos de contratação pública.

E, por essa razão, o Tribunal de Contas, em sucessivas decisões, veio recusar o visto aos contratos celebrados directamente entre o SUCH e os Hospitais EPE; entendimento sufragado igualmente pela justiça administrativa portuguesa e pelo TJUE ¹².

Como resposta a este constrangimento imposto pela jurisprudência, em 2013 foram alterados os Estatutos do SUCH, no sentido de limitar a qualidade de associado às entidades pertencentes ao sector público que prestem cuidados de saúde ou desenvolvam outras actividades de promoção e protecção da saúde, incluindo os serviços e instituições do Ministério da Saúde ou integrados no SNS, bem como de outros Ministérios, excluindo assim qualquer participação privada.

Esta alteração teve como objectivo responder às questões levantadas pelo Tribunal de Contas, que não permitia a aplicação do art.º 5, n.º do Código dos Contratos Públicos, na medida em que essa participação privada impedia a verificação de uma verdadeira relação *in house* entre o SUCH e os Hospitais EPE e atirava estes contratos para as regras de um verdadeiro mercado concorrencial.

Em momento posterior, a publicação do Decreto-Lei n.º 209/2015, de 25 de Setembro - também como resposta às reservas suscitadas pelos Tribunais - veio alterar o quadro estatutário e as normas de funcionamento do SUCH, tendo em vista “(...) assegurar um maior controlo financeiro por parte do Estado e uma maior transparência” e definir o regime de transmissão das posições jurídicas detidas pelo SUCH nos Agrupamentos Complementares de Empresas - SOMOS – para os Serviços Partilhados do Ministério da

¹² Processo n.º C-574/12, decisão de 19 de Junho de 2014.

Saúde, E.P.E., em resultado da debilitada situação financeira do SUCH (capitais próprios negativos de 36,3 milhões de euros) ¹³.

De acordo com o art.º 8 do Anexo ao Decreto-Lei n.º 209/2015, de 25 de Setembro, os associados não estão obrigados à contratação dos serviços do SUCH, podendo adoptar procedimentos de contratação pública aberto à concorrência, nos quais o SUCH pode concorrer em regime de igualdade com os restantes concorrentes.

Em consequências destas alterações, parecem estar ultrapassadas as circunstâncias que impediam a verificação de uma verdadeira situação *in house* e a jurisprudência portuguesa passa a aceitar a contratação directa entre o SUCH e os Hospitais EPE; ressalvando, contudo, o elevado risco que pode resultar para o contribuinte e defendendo que esta contratação deve ser utilizada *somente* com carácter de excepção e nos casos em que não existam no mercado operadores económicos capazes de fornecer os mesmos serviços a um preço mais económico.

Assim, as entidades adjudicantes devem demonstrar, caso a caso, a economia, eficiência e eficácia da decisão de contratar, através de procedimentos que excepcionam a aplicação das regras da contratação pública.

Não obstante, o SUCH mantém a natureza de associação de direito privado, apesar de o mesmo contar exclusivamente com entidades públicas como associados e principais clientes, o que apenas se compreende atenta a finalidade de o colocar fora do alcance de regras de gestão pública que, de igual modo, regem a actividade dos seus associados.

Por outro lado, o SUCH também mantém a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, o que é também *sui generis* na medida em que lhe confere benefícios, designadamente isenções fiscais, que se traduzem em vantagens competitivas face a outros prestadores de serviços com os quais compete no mercado.

Contudo, a faculdade de contratar directamente, sem submissão às regras de concorrência, como realça o Tribunal de Contas, não significa, primeiro, que estes contratos fiquem isentos de controlo por parte do Tribunal. E, em segundo lugar, que aos mesmos se deixem de aplicar os princípios gerais da contratação pública e da boa administração ¹⁴.

¹³ Para uma abordagem mais pormenorizada à situação financeira do SUCH, o Relatório n.º 30/2015 do Tribunal de Contas.

¹⁴ Cfr. Acórdão n.º 40/2010, de 3 de Novembro, 1.ª Secção disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2010/1sss/ac040-2010-1sss.pdf>: “Deve atender-se ao princípio da

Desta forma, e em conclusão, apesar de não ser obrigatória a submissão destes contratos a um regime específico de contratação pública:

- a) Se o seu valor ultrapassar os 350.000,00€ carecem de visto prévio do Tribunal de Contas ¹⁵;
- b) As entidades contratantes devem assegurar-se que os preços praticados pelo SUCH são os preços correntes no mercado e não significam uma forma encapotada de financiamento ¹⁶. Pelo que, na dúvida, devem fazer uma consulta preliminar ao mercado (com previsão no art.º ... do novo CCP) ¹⁷;
- c) Estes contratos continuam sujeitos ao cumprimento do disposto na Parte III do CCP, relativa à respectiva execução.

3. A participação de privados como circunstância excludente da contratação in house para a jurisprudência portuguesa e europeia

No caso das relações entre o SUCH e os Hospitais EPE é mister referir que estamos face a duas pessoas juridicamente distintas e perante contratos com relevância para o mercado.

Os Hospitais EPE fazem parte do Sector Empresarial do Estado. Como tal, cabem dentro do âmbito subjectivo do CCP, no seu art.º 2, n.º 2, alínea b) enquadrando-se assim na noção de organismo de direito público ¹⁸.

concorrência e seus corolários que subjaz a qualquer actividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por directa decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.”

¹⁵ As unidades de saúde do SEE estão sujeitas ao controlo prévio do Tribunal de Contas, por força do disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, devendo estas entidades para os efeitos remeter todos os contratos que se enquadrem na previsão das alíneas b) ou c) do n.º 1 do artigo 46.º, conjugado com o disposto no artigo 48.º e, conseqüentemente, na respectiva lei que aprova o Orçamento de Estado.

¹⁶ Relatório 30/2015 do Tribunal de Contas, 2.ª Secção: “As aquisições de bens e serviços feitas directamente pelos associados ao SUCH a preços superiores aos de mercado, não só constituem, pelo excesso, uma forma de financiamento do SUCH através dos recursos do SNS, como representam uma penalização dos contribuintes, pela imposição de preços “administrativos” mais caros.”

¹⁷ Sobre a consulta preliminar ao mercado, cfr art.º 40 da Directiva n.º 2014/24, art.º 35-A do CCP e art.º 115.º da LCSP. E RAQUEL CARVALHO, *in Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017.

¹⁸ Cfr. Decreto-Lei n.º 133/13, de 3 de Outubro, art.º s 56 e ss e Decreto-Lei n.º 18/17, de 10/02 relativo ao Regime Jurídico e aos Estatutos das Unidades do Sistema Nacional de Saúde com natureza EPE. Sobre

Por sua vez, o SUCH, como vimos, é uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa e de direito privado. A sua finalidade principal é a prestação de determinados serviços aos seus associados, para um funcionamento mais ágil e eficiente dos serviços de saúde e em regime de cooperação e entreajuda, sem apelo a recursos exteriores.

A natureza da contratação entre os SUCH e os seus associados, quando estes se configuram como pessoas colectivas de direito público, *maxime* os hospitais do Serviço Nacional de Saúde, foi sempre muito controvertida, tendo dado origem a inúmeros pareceres, de entre os quais se salientam dois do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República: o Parecer n.º 1/95 de 9 de Março de 1995, publicado no DR, II Série, de 1 de Julho de 1995 e o Parecer n.º 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, publicado no DR, II Série, de 23 de Abril de 2003 ¹⁹.

Numa primeira análise, a qualificação do SUCH como organismo de direito público justificaria a exclusão das regras da contratação nos contratos celebrados com outras entidades públicas ²⁰.

Contudo, assistiu-se, em princípios do novo milénio, a uma evolução significativa das circunstâncias, que veio colocar em causa a actualidade dos referidos pareceres.

Assim, publicaram-se novas directivas europeias (2004) que clarificaram (limitando) a possibilidade de celebração de contratos entre entidades adjudicantes, embora sem consagração da doutrina *in house*; foi contudo proferida relevante jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu sobre a matéria, densificando as excepções à aplicação do regime comunitário de contratação pública e declarando o seu carácter excepcional e restritivo; entrou em vigor o Código dos Contratos Públicos (2008), que alargou,

o regime pré-contratual dos hospitais EPE *vide* Acórdão n.º 40/10, de 3 de Novembro, Processo n.º 1303/10. Sobre esta matéria, *vide* CLÁUDIA VIANA, “A aplicação do regime de contratação pública aos Hospitais E.P.E. – Anotação ao Acórdão do STA de 14/07/2010, Processo 381/10”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 85, Janeiro/Fevereiro 2011.

¹⁹ Ambos foram emitidos durante a vigência das Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE. No que ao direito interno se refere, o primeiro reporta-se ao regime constante do Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de Julho, anterior à integração de Portugal na então Comunidade Económica Europeia e o segundo pronunciou-se já sobre os Decretos-Lei n.ºs 55/99, de 2 de Março e 197/99, de 8 de Julho.

²⁰ Este entendimento era compatível com alguma doutrina construída sobre as directivas comunitárias então em vigor. O disposto no art.º 1.º, alínea c) da Directiva 92/50/CEE e no art.º 1.º, n.º 6, da Directiva n.º 93/38/CEE, conjugado com o artigo 6.º da Directiva 92/50/CEE e com o artigo 11.º da Directiva 93/38/CEE, levava alguns autores a admitir que os contratos celebrados entre entes públicos estavam excluídos da regulação comunitária. Nesse sentido, era relativamente ampla a possibilidade de caracterizar determinados tipos de contratação entre entes públicos como *auto-satisfação* de necessidades.

significativamente, em nome do princípio da concorrência, o âmbito dos contratos cuja formação fica submetida aos procedimentos nele regulados; o estatuto jurídico dos hospitais públicos sofreu uma importante evolução, sendo que parte deles não fazem já parte do Sector Público Administrativo, tendo um regime empresarial. Por último, em Dezembro de 2006, foram alterados os Estatutos, tendo sido, no entender do próprio SUCH, reforçada a sua natureza associativa e privada.

É neste contexto que o Tribunal de Contas é chamado a pronunciar-se sobre a legalidade das relações contratuais que foram sendo reforçadas entre o SUCH e os Hospitais EPE, em concreto, nos seguintes casos: Hospital EPE de Faro (Acórdão n.º 143/2009), Hospital EPE do Litoral Alentejano, (Acórdão n.º 167/2009); Centro Hospitalar de Setúbal EPE (Acórdão n.º 70/2011) e ainda da Administração Regional de Saúde do Centro (Acórdão n.º 4/2010) e da Administração Regional de Saúde do Norte (Acórdãos n.º s 159/2009 e 6/2010) ²¹.

Na decorrência do Acórdão relativo ao Hospital de Faro, foi intentado um processo judicial pela empresa concorrente do SUCH, a EUREST, junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada, que veio a repetir a argumentação do Tribunal de Contas e, em sede de recurso para o Tribunal Central Administrativo do Sul, a decisão manteve-se, considerando ilegal o contrato celebrado por ajuste directo ²².

No âmbito desta acção, foi ainda intentado um recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo que reenviou a questão para o TJUE, originando o Processo com o n.º 574/12 e que culminou com o Acórdão *SUCH* de 19 de Junho de 2014, a que nos referiremos.

A matéria controvertida era, no essencial, idêntica a todos os litígios e assentava, no essencial, na defesa, por parte dos contratantes, que os respectivos contratos/acordos/protocolos celebrados não tinham de submeter-se ao regime de contratação pública, na medida em que tudo se passava dentro da Administração, sendo

²¹ Os Acórdãos citados foram todos passíveis de recurso e de ulteriores decisões judiciais a que nos referiremos de seguida. Foi ainda proferido um Acórdão, com o n.º 171/2009 que, não se pronunciando sobre a questão da contratação *in house*, evidencia a natureza das participações privadas no SUCH, em ordem a impedir a criação de uma central de compras sem o necessário procedimento concursal. No mesmo sentido, o Acórdão proferido no âmbito do recurso interposto: Acórdão n.º 31/2010 de 30 de Novembro, Processo n.º 1615/2009, (Recurso Ordinário n.º 1/2010).

²² Processo n.º 08720/12, Secção CA – 2.º Juízo, TCA Sul, decisão de 26/04/12.

essas relações meramente internas ou domésticas, atenta a relação especial entre as partes, e por isso, seria de aplicar o regime excepcional previsto no art.º 5.º, n.º 2 do CCP.

Por contraponto, a jurisprudência, em uníssono, defendia que não estavam preenchidos os critérios relativos à contratação *in house*, previstos no citado normativo, atenta a participação de privados no capital social do SUCH, pelo que tais contratos eram ilegais e deviam ter sido sujeitos às regras da concorrência de mercado.

Na verdade, à época em que as citadas decisões judiciais são proferidas, o entendimento da jurisprudência afastava a possibilidade de qualquer participação privada para a verificação de uma relação *in house*. E não só os Estatutos previam essa possibilidade, como efectivamente ela se concretizava ²³!

Do rol de associados, (que, com o tempo, se foram alterando) constavam, a par de outras entidades do Sector Público Administrativo, Institutos Públicos, Entidades Públicas Empresariais, Instituições Particulares de Solidariedade Social, Pessoas Colectivas de Direito Privado e Utilidade Pública Administrativa, uma Cooperativa (CESPU) e um Hospital Privado (Hospital dos Lusíadas) ²⁴.

É verdade que o SUCH não se configura como uma sociedade comercial, mas como uma associação, e que “não se verificam os motivos da «desconfiança particular» demonstrada pela jurisprudência comunitária «em relação ao modelo empresarial em formato societário», em que se fundava a ideia da incompatibilidade entre a participação de entidades não públicas no substrato pessoal de determinado ente instrumental e a prossecução pelo mesmo – inerente à referida natureza – de fins de interesse público”.

Conforme conclui o Tribunal, sendo tais argumentos relevantes, a ponto de mitigar as preocupações reveladas pelo Tribunal de Justiça, não se apresentam os mesmos como determinantes.

Ora, conforme assinalamos, praticamente desde o início da construção jurisprudencial da contratação *in house* que, assente em dois argumentos distintos, é afastada a

²³ O art.º 6.º dos Estatutos do SUCH estabelecia: “1. Podem ser associados do SUCH as entidades, públicas ou privadas, que integrem o sistema de saúde português, bem como todas as instituições particulares de solidariedade social ou outras pessoas colectivas de utilidade pública administrativa que desenvolvam actividades de promoção e protecção da saúde. 2. Podem ser associados do SUCH serviços pertencentes ao Ministério da Saúde ou dele dependentes.”

²⁴ No Acórdão n.º 6/2010, de 25 de Fevereiro, indicam-se 138 associados e no Acórdão n.º 70/2011 faz-se referência a 88 entidades públicas e particulares, entre as quais se contam serviços da administração directa do Estado, institutos públicos, entidades públicas empresariais e instituições particulares de solidariedade social.

possibilidade da participação de privados: por um lado, essa participação coloca-os numa vantagem concorrencial indevida; por outro, faz com que os interesses que estes prosseguem colidam com um eventual interesse público subjacente à finalidade da autoridade adjudicante ²⁵.

Foi este aliás o entendimento recente do Tribunal de Justiça, no Acórdão *SUCH*, de 19 de Junho de 2014 ²⁶.

Estava em causa a celebração de um contrato (protocolo) celebrado directamente e sem recurso a qualquer procedimento pré-contratual entre o Centro Hospitalar de Setúbal, que é um hospital público, e o SUCH, em 27 de Julho de 2011, cujo objecto era o fornecimento de refeições aos pacientes e ao pessoal do Centro Hospitalar e num valor superior a 6.000.000,00€ ²⁷.

Neste aresto, o Tribunal veio a considerar que os associados privados do SUCH prosseguem interesses e finalidades que, por mais meritórias que possam ser do ponto de vista social, são de natureza diferente da dos objectivos de interesse público prosseguidos pelas entidades adjudicantes que são ao mesmo tempo associadas do SUCH.

Além disso, como observou o Advogado-Geral no nas suas Conclusões (Ponto 37), não está excluído que os associados privados do SUCH, não obstante o seu estatuto de instituições de solidariedade social que exercem actividades sem fins lucrativos, possam realizar actividades económicas em concorrência com outros operadores económicos. Por conseguinte, o ajuste directo de um contrato ao SUCH pode proporcionar aos seus associados privados uma vantagem concorrencial.

²⁵ Cfr. DURVAL TIAGO FERREIRA: “Mesmo que a prossecução do interesse público seja juridicamente possível com a participação de privados, pode, na prática, a entidade pública não conseguir impô-los à sociedade, que está também condicionada pelos interesses económicos e estratégicos subjacentes a essa participação privada. Pelo contrário, sendo os capitais integralmente públicos, mesmo que a sociedade assumia uma organização de forma privada, é mais fácil subsistir uma coincidência entre os fins pretendidos pela entidade matriz e os fins a prosseguir pela entidade instrumental, não havendo qualquer interferência de interesses alheios ao interesse público”, *Contratação In House*, Almedina, 2013. No mesmo sentido, vide os Acórdãos *Coname* (21/07/05); *Mödling* (10/11/05); *ANAV* (6/04/06); *Jean Auroux* (18/01/07), *Comissão c. Itália* (8/04/08); *Coditel* (13/11/08); *Sea* (10/09/09), *Acoset* (15/10/09) e *Mehiläinen* (22/12/10).

²⁶ Processo C-574/12. O seu montante anual ascende a 1 295 289 euros num total de 6 476 445 euros para os cinco anos de duração do contrato.

²⁷ Sobre este Acórdão, JOSÉ ANTÓNIO MORENO MOLINA, in *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 134, Noviembre-Diciembre de 2014 e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Proibição de Participação Privada numa Entidade Adjudicatária Selecionada ao abrigo de uma Relação In House” (Anotação ao Acórdão do TJUE de 19/06/14 – SUCH), in *Anuário Português de Direito Internacional – 2014-2015*, Lisboa, 2016, pp.281 e ss.

Em conclusão, o Tribunal comunitário entendeu que o requisito relativo ao «controlo análogo», estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para que a adjudicação de um contrato público possa ser considerada uma operação «in house», não está preenchido, de modo que é aplicável a Directiva 2004/18.

4. A evolução do entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade da participação de privados na entidade adjudicatária

Já o Advogado-Geral, PAOLO MENGGOZZI, no citado Acórdão *SUCH*, de Junho de 2014, perfilhava do entendimento que veio a ser sufragado pelo Tribunal, de afastar qualquer relação doméstica quando na presença de participações privadas, embora ressalve que a mera possibilidade estatutária dessa participação não deve ser motivo para essa exclusão. E quanto ao facto desses privados, no caso em apreço, pertencerem ao sector social e não prosseguirem um escopo lucrativo, entendia que, embora o direito da contratação pública não seja indiferente a este aspecto, nomeadamente através do disposto no art.º 2 do TUE e 26.º da Directiva 2004/18, tal não é por si só suficiente para justificar a aplicação da excepção *in house*²⁸.

Mas apenas 6 meses após a prolação deste aresto, o TJUE dá um passo de gigante com a decisão proferida aos dias 11 de Dezembro de 2014, no âmbito do Processo C-113/13.

Neste processo, denominado *Croce Rossa Italiana e outros*, está em causa a celebração directa de contratos de transporte urgente de doentes entre o Estado italiano (por intermédio de uma agencia local de saúde da Região da Liguria) e a Cruz Vermelha italiana.

Este Acórdão declara que os artigos 49 e 56 do TFUE devem interpretar-se no sentido que não se opõem a uma normativa nacional que prevê que el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de

²⁸ Conclusões apresentadas em 27 de Fevereiro de 2014.

solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa”. Una solución distinta, por tanto, y mucho más favorable a estas concretas entidades de voluntariado que deja en el aire el interrogante que surgirá cuando estas entidades, además, carezcan de ánimo de lucro atendiendo a la Sentencia *SUCH* ²⁹.

Resulta cuando menos sorprendente comprobar cómo, desde la línea jurisprudencial sobre contratos “in house”, el Tribunal se pronuncia en términos muy restrictivos negando la existencia de “control análogo” respecto de una entidad que cuente entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, para admitir a continuación que, sin ni siquiera tratarse de entidades con participación pública, determinados servicios sujetos puedan confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio y limitando el desembolso público al reembolso de los gastos directos, “siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa”.

65

Esta linha de argumentação utilizada pelo TJUE segue o seu caminho volvidos dois anos, no Acórdão de 28 de Janeiro de 2016, Processo C50/14.

Neste caso, o pedido de decisão prejudicial foi apresentado no âmbito de um litígio que opôs um consórcio de empresas privadas de transportes (*Conorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio* (CASTA) à Agência Sanitária Local de *Ciriè, Chivasso e Ivrea* e à Região do Piemonte a propósito da atribuição, sem concurso, do serviço de transporte de doentes para tratamentos de diálise em diferentes serviços de saúde, pelo período de Junho a Dezembro de 2013, a diversas associações de voluntariado (*Associazione Croce Bianca e outras*).

O Tribunal começou por aceitar que a contratação directa sem recurso a qualquer procedimento concorrencial implicava, inevitavelmente, a exclusão da participação de outras entidades: “A menos que se justifique por circunstâncias objectivas, essa diferença de tratamento, que, ao excluir todas as empresas estabelecidas noutra Estado-Membro,

²⁹ “Entidades sin ánimo de lucro, contratos “in house” y reserva legal de contratos”, JULIO TEJEDOR BIELSA, *Observatório de Contratación Pública*, 26/01/15.

prejudica principalmente estas últimas, constitui uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade, proibida nos termos dos artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE”; (em sentido idêntico, o Ponto n.º 52 do Acórdão *Croce Rossa*).

Contudo, adianta o Acórdão que “resulta de um conjunto de elementos, a saber, do quadro jurídico nacional, da natureza das prestações em causa, que se inscrevem no contexto do Serviço Nacional de Saúde, das constatações do órgão jurisdicional de reenvio quanto ao impacto orçamental positivo de convenções como as que estão em causa no processo principal e, por natureza, do carácter voluntário das associações signatárias de tais convenções, que o recurso a essas associações para a organização do serviço de transporte sanitário é susceptível de ser motivado pelos princípios da universalidade e da solidariedade, bem como por razões de eficácia económica e de adequação, na medida em que permite que este serviço de interesse geral seja assegurado, em condições de equilíbrio económico no plano orçamental, por organismos constituídos essencialmente tendo em vista servir o interesse geral”.

Por outro lado, o TJUE coloca como exigência que estas associações de voluntariado prossigam apenas os objectivos de solidariedade e de eficácia orçamental, que não obtenham nenhum lucro com as prestações que levam a cabo, nem tenham em vista qualquer benefício para os seus membros. Por outro lado, embora seja admitido o recurso a trabalhadores, uma vez que, a não ser assim, essas associações ficariam privadas da possibilidade efectiva de agir em muitos domínios em que o princípio da solidariedade pode naturalmente ser aplicado, a actividade das referidas associações deve respeitar estritamente as exigências estabelecidas na legislação nacional a seu respeito (Cfr. Acórdão *Croce Rossa*, Ponto n.º 61).

Finalmente, no que se refere ao reembolso das despesas, entendem os juízes do TJUE que se deve assegurar que nenhum fim lucrativo, mesmo indirecto, possa ser prosseguido a coberto de uma actividade voluntária e que o voluntário possa ser unicamente reembolsado dos custos efectivamente suportados com a actividade prestada, nos limites previamente estabelecidos pelas próprias associações (Cfr. Acórdão *Croce Rossa*, Ponto n.º 62).

5. A evolução do entendimento normativo acerca da possibilidade da participação de privados na entidade adjudicatária

A impossibilidade total da participação de privados na entidade adjudicatária mereceu inúmeros reparos e contrariava um pressuposto sustentado pelo TJUE quanto à possibilidade de uma análise casuística dos vários critérios *in house* ³⁰.

Pelo que se compreende o caminho percorrido pelo TJUE nas primeiras decisões sobre esta matéria que proibia a participação de privados para uma solução mitigada nos citados Acórdãos *Croce Rossa* e *Croce Bianca*.

Abre-se assim, pela primeira vez, e ao arrepio de tantas decisões anteriores do TJUE, a possibilidade de participação de privados nas entidades adjudicatárias, desde que não lhes sejam reconhecidos poderes de bloqueio ou de controlo ³¹.

Convém contudo esclarecer que esta participação, sendo limitada, constitui um avanço face à proposta de Comissão apresentada em 2011 e na qual se referia a impossibilidade de qualquer participação directa ou indirecta de privados; exigindo-se a demonstração de que não existe nenhuma participação privada na pessoa colectiva controlada ³².

E numa primeira versão do texto da directiva ainda se impedia de forma taxativa a participação de privados, através de uma alínea c) do parágrafo 1, no documento de consenso de 13 de Julho de 2013. Só no texto final é aberta a possibilidade da participação de privados, cumpridos os seguintes critérios: desde que seja imposta pela legislação dos Estados-Membros, que seja conforme aos Tratados e que essa participação não lhes confira poderes de controlo ou de bloqueio nas sociedades em causa ³³.

Tal como o próprio legislador fez questão de mencionar no Considerando 32 da Directiva 2014/24 (e no Considerando 46 da Directiva 2014/23), “Esta excepção somente pretende salvaguardar os casos de organismos públicos de participação obrigatória, como as organizações responsáveis pela gestão ou o exercício de determinados serviços públicos, em que essa participação privada resulta não de uma opção livre dos privados,

³⁰ RUI MEDEIROS defendia mesmo a possível contrariedade com a Constituição da República Portuguesa, in “Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008.

³¹ Sobre este tema, já reflectia DIOGO DUARTE CAMPOS, *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas, A Adjudicação em Particular*, Coimbra Editora, 2010.

³² Art.º 11, n.º 1, alínea c) da Proposta de Directiva de 20/12/11.

³³ Proposta de Directiva COM/2011/0896 final – 2011/0438 (COD) art.º 11, parágrafo c.

mas de uma iniciativa pública e que não pode interferir com a lógica de funcionamento e com a actividade da entidade adjudicatária”.

Mas, num claro avanço face à proposta da Comissão, o texto final das Directivas apenas refere a *participação directa de capital privado na pessoa colectiva controlada*. O que pressupõe que possam existir participações indirectas na cadeia de relações que se estabelece entre adjudicante e adjudicatário e com isso cairmos no risco de adjudicações não concorrenciais ³⁴.

A Directiva 2014/14/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, prevê, no seu art.º 12, sob a denominação “Contratos públicos entre entidades do sector público”, a contratação vertical ou *in house* nos seus n.º s 1,2 e 3 e a cooperação horizontal nos seus n.º s 4 e 5 ³⁵.

Relativamente às relações *in house*, o art.º 12, n.º 1, alínea c) da Directiva (Cfr. art.º 17.º, n.º 1, alínea c) da Directiva 2014/23 e art.º 28.º, n.º, alínea c) da Directiva 2014/25)) dispõe que a participação de entidades privadas no capital da adjudicatária fica agora autorizada excepcionalmente quando decorra de uma exigência de disposições legislativas nacionais, desde que em conformidade com os Tratados e ressalvada a garantia de que ela não acarrete quaisquer poderes de controlo e bloqueio ou qualquer influência decisiva na pessoa colectiva controlada ³⁶.

No que concerne à contratualização pública-pública, o art.º 12, n.º 4 (igualmente os art.º s 17.º, n.º 4 da Directiva 2014/23 e 28.º, n.º 4 da Directiva 14/2015) adianta que essa contratualização tem unicamente em vista a maximização da eficiência na prossecução das tarefas públicas comuns e não tem – mesmo acessoriamente – a obtenção de lucros ou de qualquer outra vantagem económica, ficando ainda vedada a participação de qualquer entidade privada no contexto da cooperação pública ³⁷.

³⁴ Vide JANICKE WIGGEN, “Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-Operation in the Public Sector”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2014.

³⁵ Estas matérias estão previstas no art.º 5.º - A do Código dos Contratos Públicos português, nos art.º s 32.º e 33.º da nova Ley de Contractos do Sector Público espanhola e nos art.º s 5 e 193 do Código Italiano, Decreto legislativo de 18 de Abril de 2016, n. 50.

³⁶ Esta disposição mereceu a transposição para Portugal através do art.º 5.º - A, n.º 1, alínea c) do CCP e dos art.º s 33, n.º 2, alínea b) e 33.º, n.º 2, alínea c) da LCSP espanhola.

³⁷ Numa perspectiva crítica, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, ob. cit. A transposição foi feita para Portugal através do art.º 5.º - A, n.º 5 do CCP e para Espanha através do art.º 31 da LCSP.

Em conclusão, este novo entendimento confere uma maior flexibilidade às autoridades adjudicantes, quanto às suas formas de organização, nomeadamente com a possibilidade de recurso a parceiros privados; ainda que de forma enviesada.

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