

Secção: 1.ª S/PL

Data: 10/04/2018

Recurso Ordinário: 8/2018

Processos: 3861 a 3867/2017

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

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

I – RELATÓRIO

1. A «CP – Comboios de Portugal, E.P.E.» (CP) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 8/2018 – 1.ª S/SS, de 29 de janeiro, que recusou o visto a sete contratos, celebrados em 30.11.2017, entre essa entidade e a «EMEF – Empresa de Manutenção de Equipamento Ferroviário, S.A.» (EMEF), todos sob a designação de «*Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção*», através dos quais se procede à extensão de anteriores contratos de prestação de serviços de manutenção de material ferroviário circulante. São eles:
 - I. 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção da série UTE 2240, com o valor de € 873.116,51 e para vigorar entre 01.01.2018 e 31.03.2018 (Processo n.º 3861/2017);
 - II. 7.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção da série UDD 450, com o valor de € 306.334,22 e para vigorar entre 01.01.2018 e 31.03.2018 (Processo n.º 3862/2017);
 - III. 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção das séries UME 3150/3250, com o valor de € 559.354,61 e para vigorar entre 01.01.2018 e 31.03.2018 (Processo n.º 3863/2017);
 - IV. 5.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção da série UME 3400, com o valor de € 594.318,68 e para vigorar entre 01.01.2018 e 31.03.2018 (Processo n.º 3864/2017);

- V. 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção das CIC das séries 10-97 00, 19-97 000, 20-97 000, 21-97 000, 85-97 000 e 85-97 100, com o valor de € 388.598,61 e para vigorar entre 01.01.2018 e 31.03.2018 (Processo n.º 3865/2017);
- VI. 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção das séries UQE 2300/2400, com o valor de € 949.483,66 e para vigorar entre 01.01.2018 e 31.03.2018 (Processo n.º 3866/2017);
- VII. 8.º Acordo de prorrogação relativo ao contrato de manutenção da série CPA 4000, com o valor de € 862.857,54 e para vigorar entre 01.01.2018 e 31.03.2018 (Processo n.º 3867/2017).
2. A recusa de visto aos sete contratos fundamentou-se no disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (LOPTC), em virtude de a adjudicação dos mesmos não ter sido precedida de procedimentos concorrenciais, com a inerente violação do princípio da concorrência.
3. Inconformada com o acórdão, a CP apresentou recurso do mesmo, que agora se analisa. Em defesa do pretendido apresentou as alegações constantes de fls. 1 a 18 dos autos, considerando que o acórdão recorrido deve ser revogado e substituído por outro que conceda o visto, no essencial pelas seguintes razões:

«I – O douto Acórdão recorrido, ao recusar o Visto aos contratos da ora Recorrente, relativos aos Processos de Fiscalização Prévia n.ºs 3861 a 3867/2017, não fez a exacta interpretação do regime legal aplicável à celebração de contratos de aquisição de serviços entre a CP e a sua participada a 100% EMEF, S.A.;

II – A EMEF, S.A., é uma empresa detida a 100% pela CP, e cujos membros do Conselho de Administração são igualmente membros do Conselho de Administração da CP, pelo que aquela é empresa totalmente controlada por esta última;

III – Encontrando-se em curso um processo de reorganização da entidade adjudicatária, face ao regime conjugado dos artigos 5.º-A, n.º 6, e 13.º, n.º 5, do CCP, e 12.º, n.º 5, e 28.º, n.º 5, da Diretiva n.º 2014/24/EU e da Diretiva n.º 2014/25/EU, e para efeitos da relação in house, o volume de negócios dos últimos três anos

realizado deve ser desconsiderado uma vez que no quadro da relação comercial este não é relevante em consequência da reorganização da carteira de clientes em curso, devendo antes considerar-se a projecção de actividades realizada;

IV – Face a este processo de reorganização da empresa EMEF, S.A., com o compromisso de a Recorrente (entidade adjudicante) o ter concluído no presente ano de 2018, é em função da projecção de actividades, e não do volume de negócios dos três últimos anos, que deve ser analisado o cumprimento do limiar da relação in house de 80%;

V – Tal processo de reorganização da adjudicatária corresponde a uma decisão firme da ora Recorrente e não a uma mera e eventual intenção hipotética de realização incerta;

VI – De acordo com o Estudo Económico-Financeiro junto, realizado por consultora independente, face à reorganização em curso, da EMEF, S.A., após 2018 são cumpridos os limites in house para a manutenção de uma relação de empresa instrumental entre a EMEF e a CP, pois o cliente CP representa sempre mais de 80% do valor de faturação de prestação de serviços da EMEF reestruturada;

VII – É este o regime legal que decorre claramente dos artigos 12.º, n.º 5, e 28.º, n.º 5, da Diretiva n.º 2014/24/EU e da Diretiva n.º 2014/25/EU, e dos artigos 5.º-A e 13.º do CCP, que devem ser interpretados de acordo com as normas do direito europeu;

VIII – Por outro lado, a EMEF, S.A., é a única empresa no país com capacidade técnica, instalações e equipamentos adequados para manutenção, preventiva e corretiva, do material circulante da ora Recorrente;

IX – A celebração de tais contratos visa garantir a continuidade da prestação do serviço público de transporte ferroviário de passageiros, que sem a manutenção contratada não pode ser assegurado;

X – A CP realiza diariamente cerca de 1414 comboios, entre urbanos, regionais, de longo curso e internacionais, transportando diariamente em média cerca de 360.000 passageiros, em todo o território nacional, transporte que não pode ser assegurado sem a contratação do serviço de manutenção de veículos;

XI – Com efeito, os veículos objeto dos contratos de manutenção não poderão circular sem que esteja assegurado o cumprimento escrupuloso dos ciclos de manutenção estabelecidos no Manual de Manutenção – que integram os contratos iniciais, objeto de prorrogação -, ao abrigo dos quais os mesmos se encontram certificados de modo a poder circular;

XII – Em caso de falta de manutenção que os contratos submetidos a visto visam assegurar: (i) Os comboios urbanos da área de Lisboa linha de Sintra deixam de poder circular ao fim de 35 dias; (ii) Os comboios urbanos da área do Porto/Braga/Guimarães deixam de poder circular ao fim de 13 dias; (iii) Os comboios do Serviço Alfa Pendular deixam de poder circular ao fim de 4 dias; (iv) Os comboios da Linha de Cascais deixam de poder circular ao fim de 34 dias; (v) As várias carruagens deixam de poder circular ao fim de 12 dias; (vi) Os comboios dos serviços regional e longo curso das linhas do Norte, Beira Alta Beira Baixa deixam de poder circular ao fim de 25 dias; e (vii) Os comboios do serviço regional do Oeste, Alentejo e Algarve deixam de poder circular ao fim de 5 dias;

XIII – As directivas de 2014 e, bem assim, o Código dos Contratos Públicos de 2017 vieram esclarecer, em definitivo, que a segunda condição da excepção in-house implica que “mais de 80% da actividade” da entidade adjudicatária seja realizada “no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela entidade adjudicante ou entidades adjudicantes que a controla ou por pessoas coletivas controladas por tal autoridade adjudicante”;

XIV – O apuramento, na relação comercial existente entre a CP e a EMEF, do desenvolvimento, em termos percentuais, de “mais de 80% da actividade” deve considerar:

- a. O volume médio total de negócios, ou*
- b. Numa medida alternativa adequada, baseada na atividade, por exemplo os custos suportados pela pessoa coletiva em causa ou pela autoridade contratante no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato ou,*
- c. Se qualquer das hipóteses previstas nas alíneas a) ou b) não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou se já não forem relevantes, basta*

mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades.

XV – Os artigos 5.º-A, n.º 6 e 13.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos devem ser interpretados de harmonia com os artigos 12.º, n.º 5 e 28.º, n.º 5 da Diretiva 2014/24/EU e da Diretiva 2014/25/EU, respectivamente, no sentido de que o volume de negócios dos últimos três anos realizado pela EMEF seja desconsiderado, uma vez que, no caso da relação comercial entre a CP e a EMEF, este já não é relevante, em consequência da projetada reorganização da carteira de clientes da EMEF devendo, consequentemente, a CP e a EMEF “mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades”;

XVI – A interpretação conforme ao Direito da União Europeia, constitui uma obrigação que se coloca ao órgão jurisdicional nacional – neste caso o Tribunal de Contas – que se traduz na vinculação deste em interpretar a lei nacional – independentemente de esta ter sido aprovada antes ou depois da legislação europeia – em conformidade com o Direito da União Europeia;

XVII – O legislador europeu, nas directivas sobre contratação pública, não quis deixar de representar situações em que, apesar de existir um “volume médio total de negócios” referente aos três anos anteriores, esse “já não era relevante”;

XVIII – A apreciação da irrelevância do volume médio de negócios existente entre a CP e a EMEF nos três últimos anos deve ser feita pelo Tribunal de Contas;

XIX – O estudo apresentado pela CP demonstra que a reestruturação da carteira de clientes da EMEF, em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas, respeitará a exigência segundo a qual pelo menos 80% do volume de negócios da EMEF seja realizado a favor da CP;

XX – O Tribunal de Contas deve considerar e ponderar o (grave) prejuízo para o interesse público que resulta da interpretação segundo a qual o volume de negócios existente entre a CP e a EMEF deve ser apurado com base nos três últimos anos e, por outro lado, a necessidade de assegurar a circulação e o funcionamento do transporte ferroviário em Portugal;

XXI – A Diretiva “recursos” (Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho) incorporou, em várias disposições, a noção de razões imperiosas (ou imperativas) de interesse geral não tendo ignorado a essa aplicação os contratos in-house;

XXII – Nos termos do artigo 2.º-D da Diretiva-recursos, podem existir razões imperiosas de interesse geral que exijam a manutenção dos efeitos (também financeiros) dos contratos celebrados entre a CP e a EMEF;

XXIII – A relação contratual existente entre a CP e a EMEF deve ser mantida, evitando-se, dessa forma, a ruptura, a curto prazo, dos serviços de manutenção de material circulante e os riscos que dela resultariam para a circulação ferroviária e, conseqüentemente, para a segurança das pessoas e a circulação e fluidez do tráfego ferroviário e a conseqüente cessação do transporte ferroviário;

XXIV – Estes motivos podem ser considerados como razões imperiosas de interesse geral e legitimam o recurso à “projeção de actividades” para determinação do essencial da actividade realizado pela EMEF a favor da CP uma vez que o volume de negócios realizado por aquela nos últimos três anos “já não é relevante”».

4. Posteriormente, ao abrigo do disposto no artigo 99.º, nº 1 da LOPTC, o Ministério Público emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso e de confirmação integral do acórdão recorrido, em especial com base nos seguintes fundamentos:

«A questão objeto do presente recurso é a de saber se a relação entre a entidade adjudicante e a entidade adjudicatária se integra na exclusão de aplicação do regime da contratação pública por preencher os requisitos do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, na redação então em vigor.

(...) A norma relevante do direito interno, supracitada, tem de ser interpretada à luz e de acordo com a finalidade da Diretiva, ou seja, o conceito “essencial da sua atividade” da al. b) do n.º 2 do artigo 5.º do CCP deve ser integrado com a incondicional, precisa e clara fórmula do artigo 12.º da Diretiva.

No caso, o volume de negócios dos anos anteriores é determinável e foi determinado, não havendo que convocar outros critérios.

Neste particular, apenas teria interesse a previsão, no n.º 5, in fine, do citado art. 12.º da Diretiva, da hipótese de reorganização da adjudicante. Neste caso, a solução mostra-se formulada nos seguintes termos:

“(…) contratante devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios, ou a medida alternativa adequada baseada na atividade, não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a mediação da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades.”

Ou seja, mesmo em processo de reorganização, tem de se verificar uma das condições enunciadas – indisponibilidade dos números relativos ao volume de negócios nos últimos 3 anos ou a irrelevância destes.

Diz a recorrente que o Conselho de Administração deliberou (Memorandum junto) no sentido da criação de veículos empresariais para a UMER (vagões) e PON de Guifões e que tal reorganização do Grupo CP iria produzir uma alteração no volume de negócios da EMEF a si dedicado próximo dos 80%.

A realidade é que não existe uma reorganização em curso, mas apenas a sua intenção.

(…)

Existindo dados sobre o volume de negócios nos últimos 3 anos e não estando em curso um processo de reorganização que os torne irrelevantes, a aplicação ao caso do direito pelo Acórdão recorrido é, do nosso ponto de vista, a adequada».

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

5. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto referida no Acórdão recorrido, de fls. 1 a 5, pelo que se dão por confirmados e reproduzidos, para além do mencionado em 1., os seguintes factos:
 - a) A CP é uma entidade pública empresarial, detida a 100% pelo Estado;
 - b) A EMEF é atualmente uma empresa detida a 100% pela CP;

- c) Os contratos em apreço (cujos teores se dão por integralmente reproduzidos), bem assim como os contratos iniciais a que estes se referem e suas anteriores prorrogações, foram diretamente adjudicados pela CP à EMEF, por a entidade adjudicante os entender enquadrados numa alegada relação “*in house*” existente entre essas duas entidades, que permitiria tal contratação direta, sem submissão à concorrência;
- d) Sobre a possibilidade dessa contratação direta, no confronto com anterior jurisprudência deste Tribunal sobre contratos de idêntica natureza, em que se considerou inexistir relação “*in house*” entre CP e EMEF (concretamente, o Acórdão n.º 14/2016, de 14/7, da 1ª Secção, em Plenário), pronunciou-se a entidade fiscalizada nos seguintes termos:

«O regime de contratação da CP e a EMEF tinha subjacente uma relação in house que era reconhecida existir entre as duas empresas, e foi neste âmbito que foi celebrado o Contrato Quadro acima referido, entendimento que só foi posto em crise pelo Acórdão n.º 14/2016 do Tribunal de Contas.

Sublinhamos que se trata da manutenção corrente dos veículos ferroviários que é feita em permanência nas oficinas que existem junto às linhas de circulação da rede ferroviária e que são exploradas pela EMEF, S.A., não havendo outra capacidade oficial instalada.

Por outro lado, notamos que com o pedido de visto prévio remetemos um Memorando do Conselho de Administração resumindo as medidas de reestruturação que estão em curso, que assume realizar, e que garantirá uma relação in house entre a CP e a EMEF, S.A., empresa por si totalmente detida, bem como um Parecer Jurídico no qual se fundamenta a celebração dos contratos em causa.

Como se afirma nesse Parecer, na interpretação conjugada dos artigos 5.º-A, n.º 6, e 13.º, n.º 5, do CCP, e 12.º, n.º 5, e 28.º, n.º 5, da Diretiva n.º 2014/24/EU e da Diretiva n.º 2014/25/EU, o volume de negócios dos últimos três anos realizado pela EMEF deve ser desconsiderado, uma vez que no quadro da relação comercial entre a CP e a EMEF este já não é relevante em consequência da projetada reorganização da carteira de clientes da EMEF, de acordo com a projeção de atividades realizada.

Nos termos do Memorando junto constam também os cálculos do volume de receitas estimadas por cliente pós-reestruturação.



Estes cálculos consideram a passagem da atividade, em princípio, para ACE's (Agrupamentos Complementares de Empresas), nos timings projetados (início dos 3.º e 4.º trimestre de 2018).

Como é possível verificar os valores apresentados naquele Memorando para a contratação "in house" após 2018 estão dentro dos limites para a manutenção de uma relação de empresa instrumental entre a EMEF e a CP, pois o cliente CP representará entre 86% e 90% do valor de faturação da EMEF reestruturada. Apenas no primeiro ano (2018), em que se está a realizar a reestruturação, o valor apresentado não cumpre o rácio, embora se verifique uma boa melhoria (em torno dos 72%).»;

- e) No memorando enviado pela entidade fiscalizada declara-se que a reestruturação pretendida (e, alegadamente, em vias de concretização) visa, designadamente, «a manutenção da EMEF como empresa instrumental da CP, através do cumprimento do rácio de contratação dos serviços in house (rácio dos 80%-20%)»;
- f) E apresentam-se dois quadros de projeções dos respetivos volumes de negócios da EMEF, o primeiro para a hipótese de se manter inalterada a estrutura dessa entidade e o segundo para a hipótese de se consumir a reestruturação – que se argumenta estar próxima de se concretizar –, como segue:

Cliente	Un.: Euros									
	2020P	2019P	2018P	2017E	2016R	2020P%	2019P	2018P	SOMTE	2016R
CP	39 137 733	52 532 393	56 054 213	42 302 604	38 907 474	63%	65%	65%	63%	62%
MEDWAY	10 102 090	9 503 770	10 058 733	7 570 549	13 164 619	16%	12%	12%	11%	21%
METRO DO PORTO/PROMETRO	7 712 964	13 794 410	14 069 456	12 013 352	5 707 780	17%	17%	16%	18%	9%
SIMEF	3 452 823	3 452 143	3 451 512	3 135 330	3 192 511	6%	4%	4%	5%	5%
IP	363 957	363 957	363 957	543 037	300 444	1%	0%	0%	1%	1%
RENFE	1 026 083	1 007 940	1 212 926	1 320 733	1 187 354	2%	1%	1%	2%	2%
OUTROS	50 776	50 190	399 386	697 112	404 617	0%	0%	0%	1%	1%
Total	61 847 233	68 704 810	65 600 180	67 809 717	63 044 800	100%	100%	100%	100%	100%

Cliente	Un.: Euros				Un.: em %	
	2020P	2019P	2018P	2020P%	2019P	2018P
CP	39 137 733	52 532 393	56 054 213	86%	90%	72%
MEDWAY	1 481 770	962 651	5 748 170	3%	2%	7%
METRO DO PORTO/PROMETRO			10 544 592	0%	0%	14%
SIMEF	3 452 823	3 452 143	3 451 512	8%	6%	4%
IP	363 957	363 957	363 957	1%	1%	0%
RENFE	1 026 083	1 007 940	1 212 926	2%	2%	2%
OUTROS	50 776	50 190	399 386	0%	0%	1%
Total	45 513 142	58 369 282	77 774 756	100%	100%	100%

Q3 de 2018
Q4 de 2018

6. No âmbito do recurso foi apresentado como facto superveniente, a existência de um estudo económico-financeiro do processo de reestruturação, concluído após a prolação do acórdão recorrido, que, por ser essencial à discussão em apreço, deve integrar a matéria de facto.
7. Tem aqui total aplicação o entendimento do Tribunal de Contas proferido no Acórdão n.º 14/2016-14.JUL-1ª S/PL: *«Em matéria de recursos relativos a decisões proferidas em processos de fiscalização prévia, o artigo 99.º, n.º 5, da LOPTC, determina que “[e]m qualquer altura do processo o relator poderá ordenar as diligências indispensáveis à decisão do recurso” e o artigo 100.º, n.º 2, da mesma Lei prevê que “[n]os processos de fiscalização prévia o Tribunal pode conhecer de questões relevantes para a concessão ou recusa do visto, mesmo que não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente, se suscitadas pelo Ministério Público no respetivo parecer (...)”.* Conforme se referiu no Acórdão n.º 11/2008-18.JUL.2008-1.ªS-PL, *os poderes conferidos pelos preceitos transcritos permitem que o Tribunal de Contas aborde, em recurso, questões com uma conexão fáctica e/ou de direito direta com o ato ou contrato que foi presente ao Tribunal, mesmo quando essas questões não tenham sido abordadas na decisão recorrida. Isso pode suceder, designadamente, quando essas questões sejam alegadas pelo recorrente e, entre essas questões, pode incluir-se a alteração ou ampliação da matéria de facto, desde que as matérias ou questões sejam “indispensáveis” à decisão do recurso ou “relevantes” para a concessão ou recusa do visto.»*
8. É o caso das questões supervenientes invocadas, pelo que se consideram as mesmas aditadas à matéria de facto dada como assente em 1.ª instância.

– DE DIREITO

9. Considerando-se assente a matéria de facto, cumpre, com base nela, apreciar as questões legais que os contratos em análise suscitam.
10. Tal como resulta do Acórdão recorrido, a recusa de visto aos contratos em apreciação teve por fundamento a incorreta consideração dos mesmos como

estando abrangidos pelos fundamentos da contratação excluída do CCP, nos termos dos artigos 5.º, n.º 2 e 13.º, n.ºs 1 e 3 do mesmo Código.

11. Analisemos, então, as questões controvertidas:

A. Da verificação dos pressupostos de aplicação do artigo 5.º, n.º 2, do CCP

12. O artigo 5.º do CCP (na redação aplicável ao caso concreto, ou seja, a anterior ao Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) enumera as situações que, caso se verifiquem em concreto, constituem fundamento de inaplicação, por parte das entidades adjudicantes, da parte II do mesmo Código, comumente designadas como “contratação excluída”.

13. De entre essas situações, o n.º 2 do mesmo artigo prevê uma que a doutrina e a jurisprudência designam por “contratação *in-house*”, “contratação dentro de casa”, “contratação interna” ou “cooperação administrativa vertical”:

2 - A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:

- a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e
- b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.

14. Simplificando, estaremos perante uma contratação “*in-house*”, que constitui fundamento de não aplicação da parte II do CCP, quando a entidade A decide contratar com a entidade B, verificando-se dois requisitos cumulativos:

- i) A entidade A exerce um controlo sobre a entidade B análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços;
- ii) A entidade B desenvolve o essencial da sua atividade em benefício ou para a entidade A.

15. Quanto ao primeiro requisito – o do controlo análogo – não restam dúvidas, tal como admitido no acórdão recorrido: a CP exerce um controlo sobre a EMEF

análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, pois a CP é proprietária a 100% da EMEF, detendo a totalidade do capital desta e sendo ainda responsável pela designação do seu conselho de administração. Não é, pois, este o ponto da discórdia.

16. Já quanto ao segundo requisito, há que *prima facie* densificar o conceito de “desenvolvimento do essencial da atividade em benefício de outrem”. Na ausência duma determinação objetiva no CCP (até à revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017), a jurisprudência europeia encarregou-se de delimitar esse conceito alocando-lhe a percentagem mínima de 80%. Concretizando, a entidade B desenvolverá o essencial da sua atividade em benefício da entidade A quando essa atividade, prestada a favor da entidade A, represente, pelo menos, 80% do total.
17. Foi esse o regime consagrado nas Diretivas europeias de contratação pública de 2014, como podemos verificar pela análise do artigo 12.º, n.º 1, al. b) da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, onde se concretiza esse requisito: «*Mais de 80% das atividades da pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante*».
18. Aplicando a norma ao caso concreto, verificamos – tal como demonstrado no acórdão recorrido – que a EMEF não desenvolve atualmente, pelo menos, 80% da sua atividade em benefício da CP. Na verdade, a atividade prestada pela EMEF em relação à CP, em 2017, correspondeu a cerca de 63%, sendo expectável que em 2018 atinja os 72%, considerando a reestruturação em curso.
19. Não estava assim preenchido, no entendimento do acórdão recorrido, um dos requisitos necessários para que se pudesse aplicar o artigo 5.º, n.º 2 do CCP, o que implicaria sujeitar os contratos em questão a prévios procedimentos aquisitivos ao abrigo da Parte II do CCP, o que não aconteceu.
20. A EMEF, criada em 1993, em resultado da autonomização da área industrial da CP, é, historicamente, a estrutura da empresa responsável pela manutenção do

material circulante ferroviário. Entretanto, com a sua autonomização da empresa-mãe, a EMEF, passa a estar no mercado como empresa prestadora de serviços de manutenção, quer para as empresas do Grupo CP, quer para quaisquer outras empresas ferroviárias, nacionais ou estrangeiras.

21. Esta opção gestionária coloca a EMEF no grupo de entidades que, para poderem usufruir do regime legal da contratação excluída, na vertente *in-house*, terão que cumprir os requisitos legais em análise, concretamente, a sujeição a controlo da empresa mãe, e o desenvolvimento do essencial da sua atividade a favor dessa empresa, mantendo assim a natureza de empresa instrumental da empresa que a controla. Dito de outro modo, a atividade fora do âmbito da relação *in-house* deve ser meramente acessória ou marginal.
22. Desde a publicação da Diretiva 2014/24/EU que é pública e notória a percentagem de 80% como elemento caracterizador de uma “atividade essencial”, ou seja, como o limiar mínimo necessário para que se esteja perante um caso de contratação *in-house* [cfr. Artigo 12.º, n.º 1, al. b)].
23. Sendo a CP proprietária da totalidade da EMEF e dispondo por isso de poderes totais sobre a mesma, não podemos, por isso, deixar de assinalar, criticamente, que a decisão recorrida em análise neste acórdão poderia ter sido outra, caso o grupo empresarial CP tivesse diligentemente cuidado de efetuar a gestão da atividade da EMEF no sentido de assegurar, permanentemente, a citada percentagem de 80%.
24. Inconformada com a decisão de recusa de visto, vem a recorrente apresentar as suas alegações argumentando que a interpretação em causa é restritiva e não contemplou todas as possibilidades legais compreendidas nas normas que enquadram o instituto jurídico da “contratação *in-house*”.
25. Invoca, concretamente, o facto da citada Diretiva 2014/24/EU prever, no seu artigo 12.º, n.º 5, o seguinte quadro normativo:
 5. Para determinar a percentagem de atividades referida no n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b), no n.º 3, primeiro parágrafo, alínea b), e no n.º 4, alínea c), deve ser tido em conta o volume médio total de negócios, ou uma medida alternativa adequada, baseada na atividade, por exemplo os custos suportados pela pessoa coletiva em causa ou pela autoridade

contratante no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato.

Se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou a autoridade contratante devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios, ou a medida alternativa adequada baseada na atividade, não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades.

26. Alega, por isso, a recorrente que *«Encontrando-se em curso um processo de reorganização da entidade adjudicatária, face ao regime conjugado dos artigos 5.º-A, n.º 6, e 13.º, n.º 5, do CCP, e 12.º, n.º 5, e 28.º, n.º 5, da Diretiva n.º 2014/24/EU e da Diretiva n.º 2014/25/EU, e para efeitos da relação in house, o volume de negócios dos últimos três anos realizado deve ser desconsiderado uma vez que no quadro da relação comercial este não é relevante em consequência da reorganização da carteira de clientes em curso, devendo antes considerar-se a projeção de atividades realizada; (...)*

Face a este processo de reorganização da empresa EMEF, S.A., com o compromisso de a Recorrente (entidade adjudicante) o ter concluído no presente ano de 2018, é em função da projecção de actividades, e não do volume de negócios dos três últimos anos, que deve ser analisado o cumprimento do limiar da relação in house de 80%;»

27. Na verdade, a citada Diretiva 2014/24/EU - apesar de apenas ter sido transposta para o ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2018) – é diretamente aplicável nos Estados-membros, incluindo, claro está, Portugal, desde 18 de abril de 2016, data limite estabelecida no seu artigo 90.º, n.º 1 para a conclusão atempada do processo de transposição. No mesmo sentido vai, aliás, o parecer do Ministério Público. Não restando, pois, quaisquer dúvidas sobre a sua aplicação em Portugal e, concretamente, ao caso em análise, vejamos o seu regime.

28. De acordo com o n.º 5 do artigo 12.º da Diretiva 2014/24/EU, existem três caminhos possíveis para determinar se a atividade desenvolvida pela empresa controlada, a favor da entidade que a controla, atinge o valor de 80%:

- i) O volume médio total de negócios; ou

- ii) Uma medida alternativa adequada, baseada na atividade, por exemplo os custos suportados pela entidade adjudicante no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato; ou
 - iii) Se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou a autoridade contratante devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios, ou a medida alternativa adequada baseada na atividade, não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades.
- 29.** No acórdão recorrido considerou-se que a percentagem de 80% não foi atingida, uma vez que se teve apenas em consideração a primeira das possibilidades previstas: a média do volume de negócios da EMEF para com a CP nos últimos 3 anos.
- 30.** Porém, a citada Diretiva permite, de facto, que, ao invés de se utilizarem apenas dados históricos (volume de negócios dos últimos 3 anos), se utilizem estimativas “credíveis” – designadamente, com base numa projeção de atividades – quando se verifique uma de duas situações:
- a) A empresa controlada seja uma empresa nova ou recentemente criada, pelo que ainda não existem dados históricos disponíveis sobre os últimos 3 anos; ou
 - b) A empresa controlada seja alvo de uma reorganização da sua atividade, caso em que os dados históricos existentes deixam de ser relevantes, pelo que não devem ser considerados.
- 31.** A recorrente invoca, precisamente, esta última hipótese como fundamento para afastar a consideração dos dados históricos relativos ao volume de negócios dos últimos 3 anos, ou seja, o facto de a EMEF se encontrar em processo de reorganização das suas atividades, a qual consiste concretamente em alterar a sua carteira de clientes, tendo em vista, precisamente, respeitar, no futuro e logo que possível, a referida percentagem de 80%.

32. De facto, em nosso entendimento e ao contrário do perfilhado no acórdão recorrido e no parecer do Ministério Público, a norma do artigo 12.º, n.º 5 da Diretiva não exige que a reorganização da empresa esteja concluída ou concretizada, bastando, para tal, que exista evidência de que está em curso. A expressão utilizada é “*Se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou a autoridade contratante devido à reorganização das suas atividades (...)*”, não existindo qualquer vocábulo adicional que exija a consumação dessa reorganização, para que se utilizem projeções de atividades.
33. Nas alegações de recurso a recorrente declara que a reorganização da EMEF está em curso, declaração que não pode deixar de ser relevada ainda mais tratando-se de declaração produzida nos autos por quem tem a responsabilidade de dirigir essa reorganização: o Conselho de Administração da CP, empresa detentora de 100% da EMEF.

Vão nesse sentido as seguintes alegações: «*No douto Acórdão recorrido desconsideram-se ainda os factos e a argumentação aduzidos pela Recorrente sobre o processo de reorganização em curso da empresa EMEF, S.A., que permite que a partir de 2019 seja cumprido o referido limiar de 80%, restabelecendo uma relação in house entre a CP e a sua empresa instrumental de manutenção de veículos ferroviários EMEF, S.A., por si detida a 100% (...)*» (sublinhado nosso).

E que «*(...) instruindo o pedido de visto prévio foi junto um Memorando do Conselho de Administração da ora Recorrente resumindo as medidas de reorganização em curso, que assume realizar, e que garantem uma relação in house entre a CP e a EMEF, S.A., a partir de 2019*».

«*(...) Nos termos do Memorando junto constavam também os cálculos do volume de receitas estimadas por cliente pós-reestruturação.*

Estes cálculos consideram a passagem da atividade, em princípio, para ACE, nos timings projetados (início dos 3.º e 4.º trimestre de 2018). O cliente Medway, que já deu o seu acordo à constituição do ACE (...), é servido por outras áreas da EMEF, pelo que esta faturação se manterá na empresa e por isso mantém atividade com a EMEF, para além de 2018.

Como é possível verificar os valores apresentados naquele Memorando, para contratação “in house” após 2018 estão dentro dos limites para a manutenção de uma relação de empresa instrumental entre a EMEF e a CP, pois o cliente CP representa entre 86% e 90% do valor de faturação da EMEF reestruturada. Apenas no primeiro ano, em que se está a realizar a reestruturação, o valor apresentado não cumpre o rácio, embora se verifique uma boa melhoria (em torno dos 72%)».

34. Efetivamente, o Conselho de Administração da CP aprovou, em reunião de 30.11.2017, o citado Memorando de reestruturação da EMEF, do qual consta o modelo de reorganização a seguir (constituição de dois ACE – Agrupamentos Complementares de Empresas, um para a UMER – Unidade de Mercadorias e outro para o PON de Guifões) e no qual se determinou que *«o destaque destas áreas de negócio começará a ser implementado de imediato (leia-se, 30.11.2017), de forma a concluir o processo integralmente dentro do próximo ano»* (sublinhado nosso).

Este Memorando de reorganização da EMEF foi levado ao conhecimento do Secretário de Estado das Infraestruturas (tutela da CP), por ofício do Presidente do Conselho de Administração da CP, datado de 4.12.2017.

35. Da documentação disponível neste Tribunal resultam outras evidências de que a reorganização da EMEF estará em curso, nomeadamente a correspondência trocada entre a EMEF e a MEDWAY, SA, entre 15.02.2018 e 22.03.2018, com vista à criação, até ao final do 3.º trimestre de 2018, de um ACE entre as duas empresas, acordo que mereceu a aprovação do Conselho de Administração da CP em reunião realizada em 22.02.2018.
36. Junto com as alegações, a recorrente apresentou um estudo económico-financeiro do processo de reestruturação, concluído após a prolação do acórdão recorrido, que, por ser essencial à discussão em apreço, passou a integrar a matéria de facto.
37. Da análise do referido estudo, de fls. 19 a 43 dos autos, elaborado por uma consultora independente, resulta que as receitas projetadas da EMEF, após reorganização da sua carteira de clientes (e da criação dos dois ACE) e tendo por

base o cliente CP, atingirão em 2019 os 87%, em 2020 os 82%, em 2021 os 84% e em 2022 os 84%, percentagens sempre superiores ao limiar legal de 80%.

- 38.** Ora, à reorganização em curso da carteira de clientes da EMEF não terá sido alheia a anterior jurisprudência do Tribunal de Contas sobre a relação CP – EMEF, constante dos Acórdãos n.ºs 09/2015-30.JUN-1.ª S/SS e 14/2016 – PL, de 14/07/2016. O fundamento desta reorganização da EMEF assenta as suas bases na necessidade de a empresa cumprir os rácios de volume de negócios impostos pelo regime da contratação *in-house*, razão pela qual a mesma deve ser valorizada, apesar de ainda não estar concluída.

É também por essa razão que se pode não atender, no momento presente, a dados reais de volume de negócios – que, como já vimos, não cumprem o limiar de 80% - mas sim ter em conta as projeções resultantes do processo de reorganização da empresa, e que permitirão atingir esse rácio já em 2019, conforme compromisso da CP, empresa detentora da EMEF, tendo por base o estudo económico-financeiro realizado para o efeito.

B) Da verificação dos pressupostos de aplicação do artigo 13.º, n.ºs 1 e 3, do CCP

- 39.** O artigo 13.º do CCP (na redação aplicável ao caso concreto, ou seja, a anterior ao Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto) discrimina, tal como vimos no artigo 5.º, diversas situações que, caso se verifiquem em concreto, constituem fundamento de inaplicação da parte II do mesmo Código, porém agora com um âmbito subjetivo diferente. Estas exclusões apenas se aplicam na formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes do artigo 7.º, isto é, as designadas entidades dos setores especiais (água, energia, transportes e serviços postais), quando o objeto desses contratos estejam relacionados com essas atividades.
- 40.** Ora, como se referiu no acórdão recorrido, não restam dúvidas que a CP é uma entidade adjudicante abrangida pelo regime dos setores especiais e que a respetiva atividade se enquadra no conceito de «exploração de redes de prestação de serviços de transporte público por caminhos de ferro», previsto no artigo 9.º, n.º 1, al. c) do CCP.

41. Também não restam dúvidas de que os contratos em análise cujo objeto se refere a “serviços de manutenção integral de material circulante” são contratos abrangidos pelo regime de contratação pública nos setores especiais, concretamente, no setor “transportes”.

42. Assim sendo, vejamos o regime da supracitada norma (artigo 13.º):

1 - A parte II do presente Código não é aplicável à formação dos seguintes contratos referidos nos artigos 11.º e 12.º:

(...)

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

(...)

e) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pelas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 7.º e uma empresa sua associada ou uma entidade abrangida pela alínea c) do mesmo número, da qual aquela entidade adjudicante faça parte.

43. Tal artigo permite excluir do regime geral da parte II do CCP os contratos celebrados entre entidades adjudicantes (abrangidas pelo artigo 2.º e pelo artigo 7.º, quando operem nos “setores especiais”) e “empresas suas associadas”.

44. O conceito de “empresa associada” consta do artigo 14.º do CCP, não oferecendo dúvidas de que a EMEF, pelos motivos já apresentados neste acórdão, é empresa associada da CP.

45. Tal como vimos a propósito do artigo 5.º, também aqui se exige um requisito adicional para que se possa estar no âmbito da contratação excluída. Esse requisito está previsto no artigo 13.º, n.º 3, que refere o seguinte:

O disposto nas alíneas c) a f) do n.º 1 só é aplicável desde que, pelo menos, 80% da média do volume de negócios da empresa associada nos últimos três anos, em matéria de obras, de bens móveis ou de serviços, consoante o caso, provenha da realização dessas obras, do fornecimento desses bens ou da prestação desses serviços à entidade à qual aquela se encontra associada ou, caso a empresa associada esteja constituída há menos de três anos, desde que esta demonstre, nomeadamente por recurso a projeções da sua atividade, que o respetivo volume de negócios é credível.

46. E mantendo o mesmo raciocínio feito a propósito do artigo 5.º do CCP, também aqui tem direta aplicação o disposto na Diretiva 2014/25/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE), que estabelece no seu artigo 28.º o seguinte:

Artigo 28.º

Contratos entre autoridades adjudicantes

1. Um contrato adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

- a. A autoridade adjudicante exerce sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
- b. Mais de 80 % das atividades dessa pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas por tal autoridade adjudicante;
- c. Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

(...)

47. E para determinar a forma de cálculo da percentagem de 80% referida na alínea b) do n.º 1, prevê-se no n.º 5 o seguinte:

5. Para determinar a percentagem de atividades referida no n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b), no n.º 3, primeiro parágrafo, alínea b), e no n.º 4, alínea c), é tida em conta a média do volume de negócios, ou uma adequada medida alternativa, baseada na atividade, por exemplo os custos suportados pela pessoa coletiva em causa no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato.

Se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios, ou a adequada medida alternativa baseada na atividade não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades.

48. Verifica-se, assim, um regime totalmente idêntico ao presente na Diretiva 2014/24/EU, pelo que valem a propósito do mesmo todas as considerações feitas nos precedentes §26 a §38 deste acórdão.

C) Em conclusão

49. Considerando que existem evidências de que a reorganização da EMEF está em curso e que a CP se compromete a concluí-la até ao final do corrente ano de 2018; considerando ainda que o estudo apresentado contempla uma projeção de atividades que confirma o cumprimento da meta de 80% da atividade da EMEF a favor da CP, a partir do próximo ano de 2019, entendemos estarem preenchidos os requisitos previstos no artigo 12.º, n.ºs 2 e 5 da Diretiva 2014/24/EU, e no artigo 28.º, n.ºs 1 e 5 da Diretiva 2014/25/EU, diretamente aplicáveis no caso em apreço, necessários à configuração de uma relação *in-house* entre a CP e a EMEF.
50. E dessa forma, consideramos existir fundamento para alterar a decisão recorrida, concedendo o visto aos contratos em análise, advertindo, porém, a recorrente para a imperiosa necessidade de concluir a reorganização da EMEF até ao final do corrente ano, conforme compromisso efetuado neste processo pelo Conselho de Administração da CP.
51. Mas não o podemos fazer sem deixar de sublinhar que esta decisão tem igualmente em conta o especial enquadramento de facto que a envolve, nomeadamente o relevante e inabalável interesse público associado à salvaguarda dos interesses dos milhares de cidadãos deste país (cerca de 360 mil) que se deslocam diariamente nos comboios, que a CP tem a responsabilidade de gerir e manter em boas condições técnicas e de segurança.
52. A decisão tem ainda em perspetiva que, em linha com o argumento expendido pela recorrente, a manutenção da recusa de visto não obviaria à necessidade de assegurar, em tempo, a manutenção das composições ferroviárias, sob pena das mesmas terem forçosamente que parar, causando prejuízos enormes aos cidadãos e ao país e perturbando a vida de milhares de cidadãos. Na verdade, tal decisão implicaria, pois, como consequência, o lançamento de um concurso público internacional, o qual, na prática, apenas poderia produzir os seus efeitos, muitos meses depois, não sendo, assim, solução satisfatória, ainda mais se considerarmos que a EMEF é, segundo a CP, «*a única empresa no país com capacidade técnica, instalações e equipamentos adequados para manutenção, preventiva e corretiva, do material circulante da ora Recorrente*».

53. A decisão tem ainda como pressuposto que esta questão ficará, em definitivo, concluída no ano de 2018, pelo que situações similares não se voltarão a verificar a partir de 2019.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção, em decidir o seguinte:

- a) Conceder provimento ao recurso interposto, revogando a decisão recorrida que recusou o visto aos contratos identificados no §1. deste acórdão;
- b) Conceder o visto aos contratos supra identificados em §1, deste acórdão;
- c) Advertir o Conselho de Administração da CP para a imperiosa necessidade de concluir o processo de reorganização da EMEF até 31.12.2018, conforme compromisso efetuado pelo mesmo neste processo;
- d) Determinar ao Conselho de Administração da CP que informe este Tribunal, trimestralmente, sobre as ações desenvolvidas tendo em vista dar cumprimento ao plano de reorganização da EMEF em curso.

São devidos emolumentos legais, atenta a concessão do visto, a calcular nos termos das disposições combinadas dos artigos 17.º, n.ºs 2 e 3, e 5.º, n.º 1, al. b) do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas.

Lisboa, 10 de abril de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Fernando Oliveira Silva, relator)



(António Francisco Martins)

“(vencido conforme declaração de voto anexa)”

(Maria dos Anjos Capote)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

(Teresa Almeida)

Voto vencido, essencialmente pelas seguintes razões:

Ao contrário do entendimento que fez vencimento, não creio que estejamos perante uma efetiva reorganização das atividades da autoridade contratante para se poder considerar que já não é relevante o volume total dos negócios dos últimos três anos e se possa recorrer a uma medição credível da atividade, mediante projeções, ao abrigo da parte final do n.º 5 do art.º 13.º da Diretiva 2014/24/EU ou da parte final do n.º 5 do art.º 28.º da Diretiva 2014/24/EU.

No que tange àquela reorganização estamos, ainda e tão só, como se refere no acórdão recorrido, perante “uma intenção não concretizada com toda a contingência que sempre encerra”. É que, não obstante o alegado “compromisso firme do Conselho de Administração [CA] da recorrente”, a concretização do início daquela reestruturação passa, pelo menos em parte, pela constituição de um Agrupamento Complementar de Empresa (ACE), como a própria recorrente alega. Ora, a constituição deste ACE não depende apenas do acordo do cliente Medway, nem da vontade do CA da recorrente, mas de decisão da tutela (Secretário de Estado das Infraestruturas), da qual a própria recorrente está à espera desde 04 de dezembro de 2017 (cfr. segmento final do considerando n.º 34 do acórdão supra).

Creio, em suma, que o “estudo económico-financeiro do processo de reestruturação”, junto com as alegações de recurso, apenas confirma que estamos perante um processo de reestruturação, que está a ser preparado, mas a que falta um dado essencial para se poder afirmar que está em início de execução: a autorização da tutela para o projetado ACE, como bem salienta o Ministério Público, no seu parecer.

Nesta medida o meu voto é no sentido de ser julgado improcedente o recurso, confirmando-se o acórdão recorrido.

Lisboa, 10 de abril de 2018

(António Francisco Martins)