

NEWSLETTER N.º 1/2010

Direito Público

Fevereiro 2010

### **Atribuição directa de um serviço público a uma sociedade de capitais mistos criada para o efeito e na qual a entidade adjudicante participa**

Os princípios da livre concorrência e da transparência impostos pelo Tratado são compatíveis com a adjudicação directa da gestão de serviços públicos a uma sociedade de economia mista, na qual a entidade adjudicante participe?

O problema tem sido diversas vezes enunciado, mas a principal dúvida reside na defesa de que o Direito Comunitário só permite a atribuição directa e sem concurso da realização de obras e da prestação de serviços por sociedades de capitais integralmente públicos que realizem o essencial da sua actividade com a entidade pública ou quando sobre elas seja exercido pela entidade adjudicante um controlo semelhante àquele que existe sobre os seus próprios serviços – a habitualmente designada contratação *in house*.

Ora, na presença de uma sociedade de capitais mistos, em que a entidade adjudicante participa, parece seguro que tal controlo não pode existir desde que participe na sociedade, ainda que de forma minoritária, uma empresa privada.

O que dizer, então, relativamente à possibilidade de a entidade adjudicante contratar directamente a sociedade de capitais mistos em que participa, constituída expressamente para o efeito, com um objecto social único, para execução de um determinado serviço público?

À primeira vista, parece poder defender-se que a atribuição de um contrato público a uma empresa de economia mista, com o enquadramento que acima se enunciou, falsearia os princípios da transparência e da livre concorrência, na medida em que poderia proporcionar a uma empresa privada, presente no capital da empresa, uma vantagem sobre os seus concorrentes.

Porém, tal não sucede se a empresa privada que participe na sociedade de capital misto for escolhida por concurso que cumpra os princípios citados.

Para o efeito terá, no entanto, de ser escolhida não apenas com base na capacidade de injeção de capitais, mas também com fundamento na sua capacidade técnica e nas características da proposta que apresente para execução das prestações a fornecer pela sociedade em que vai participar, mesmo que minoritariamente, pelo que deverá ser-lhe atribuída posteriormente a actividade operacional do serviço a fornecer.

Daqui resulta necessariamente que qualquer alteração substancial do contrato, designadamente alterações relevantes na empresa privada participante na sociedade de capitais mistos, exige a realização de novo procedimento pré-contratual.