

## AUXÍLIOS DE ESTADO E CONTRATOS PÚBLICOS: OS LIMITES DO CONCURSO

*Alexandra Amaro*

**ABSTRACT:** *This paper focuses on the treatment of public procurement activities under state aid rules. The award of a public contract may constitute state aid when the undertaking receives an economic advantage that it would not have obtained under normal market conditions. It has generally been accepted that procurement processes undertaken in accordance with European and national rules replicate such normal market conditions, and, hence, exclude the element of undue economic advantage. Notwithstanding, in situations other than pure procurement transactions, a competitive tender procedure does not suffice to exclude the presence of aid. These cases are not compatible with a formalistic, ticking the box, approach. On the contrary, they demand a substantial effects analysis according to the market economy investor principle. The need for such analysis will be greater if the push for more flexibility and increased scope for negotiations in the 2011 Commission's proposal for new procurement Directives gets approved.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. Auxílios de Estado. 1. Conceito. 2. Vantagem económica. II. Contratos Públicos. 1. Aquisição de bens e serviços. 2. Venda de bens. 3. Serviços de interesse económico geral. Conclusão.

### INTRODUÇÃO

No limiar da adoção de novas regras europeias sobre a adjudicação de contratos públicos e da reforma do regime dos auxílios de estado, cumpre analisar como a Comissão Europeia (Comissão) e os tribunais da União Europeia (UE) têm aferido da presença de auxílios de estado nos contratos públicos. Não se pretende discutir a natureza e limites da interação entre os dois regimes jurídicos. Parte-se do pressuposto que estamos perante regimes que se complementam e que são passíveis de uma aplicação simultânea e pacífica.

Num primeiro momento, revimos brevemente a noção de auxílio de estado e, em particular, o conceito de vantagem económica. Num segundo momento,

analisamos a prática decisória e a jurisprudência europeias sobre a aplicação destes conceitos às diferentes situações de contratação pública. Preocupamo-nos, sobretudo, com a importância que o procedimento concursal tem assumido enquanto mecanismo de controlo e instrumento saneador da presença de um auxílio de estado.

## I. AUXÍLIO DE ESTADO

Com o objetivo de assegurar a concorrência no mercado interno, evitar formas de protecionismo (que se consubstanciam em obstáculos às trocas comerciais entre Estados membros), e criar condições homogêneas para a atuação das empresas em toda a UE, são proibidos os auxílios de estado. Esta proibição não é contudo absoluta. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) reconhece que a intervenção do Estado é, por vezes, necessária para corrigir falhas do mercado, ou por razões de equidade. Para garantir uma economia eficiente e equitativa, o TFUE prevê um conjunto de situações em que o auxílio de estado é considerado compatível com o mercado interno<sup>1</sup>; e prevê ainda que em determinadas circunstâncias um auxílio de estado possa ser considerado compatível com o mercado interno<sup>2</sup>. Compete exclusivamente à Comissão determinar se um benefício constitui um auxílio de estado nos termos do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE e, caso constitua, se esse auxílio é compatível com o mercado interno<sup>3</sup>.

### 1. Conceito

No emblemático acórdão *Steenkolenmijnen*, O Tribunal de Justiça considerou que “[o] conceito de auxílio é mais lato do que o de subsídio, pois não se limita a abranger prestações positivas, como os próprios subsídios, compreendendo também

1 Artigo 107.º, n.º 2 do TFUE.

2 Artigo 107.º, n.º 3 em termos gerais; artigo 106.º, n.º 2 no que respeita aos serviços de interesse económico geral. Para aferir da compatibilidade de um auxílio de estado, a Comissão verifica, em primeiro lugar, se existe de facto um concreto objetivo de interesse comum (quer de eficiência, quer de equidade) na concessão do auxílio; e, em seguida, considera se esse auxílio é (i) adequado, (ii) necessário e (iii) proporcional na prossecução do objetivo de interesse comum identificado.

3 O artigo 108.º do TFUE estabelece um mecanismo de controlo *ex ante*, segundo o qual os Estados membros têm a obrigação de informar a Comissão de qualquer projeto de concessão ou alteração de um auxílio (notificação prévia), não podendo executar as medidas projetadas antes de a Comissão ter adotado uma decisão final (cláusula de suspensão). Qualquer auxílio concedido sem a devida aprovação da Comissão é considerado ilegal e a Comissão tem a obrigação de ordenar a sua recuperação. Existem, no entanto, duas situações nas quais os Estados membros estão isentos da obrigação de notificação prévia: quando o auxílio a instituir é *de minimis*; ou está abrangido pelo Regulamento de Geral de Isenção.



## 2. Vantagem económica

Segundo a jurisprudência constante “[p]ara apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há [...] que determinar se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado. [...] Uma apreciação desse tipo pressupõe a análise económica que tenha em conta todos os factores que uma empresa, que atue em condições de mercado, deveria ter tido em consideração ao fixar a remuneração dos serviços fornecidos”<sup>9</sup>. Por outras palavras, é necessário determinar se um agente económico, de dimensão comparável à entidade pública em apreço, e que atua em condições normais de mercado, teria adotado a mesma medida. Em caso afirmativo, considera-se que a transação realizada pelo Estado está conforme às condições normais do mercado e não confere qualquer vantagem indevida, porquanto essa transação não constitui (ou inclui) um auxílio de estado.

Os acórdãos que forjaram este teste trataram de questões relacionadas com o financiamento de empresas de capitais públicos e estabeleceram o chamado critério do investidor privado. “No caso de uma empresa cujo capital social é detido pelas autoridades públicas, convém nomeadamente apreciar se, em circunstâncias similares, um sócio privado, baseando-se nas possibilidades de rentabilidade previsíveis, abstraindo de qualquer consideração de carácter social ou de política regional ou sectorial, teria procedido a tal entrada de capital”<sup>10</sup>.

Sublinha-se que o Tribunal de Justiça expressamente afastou da análise quaisquer considerações de ordem pública. O n.º 1 do artigo 107.º não distingue as intervenções do Estado consoante as suas causas e objetivos, mas, antes, em função dos seus efeitos<sup>11</sup>. De outro modo, bastaria que um Estado invocasse a legalidade do objetivo da sua intervenção para subtraí-la, sem mais, à aplicação do regime dos auxílios de estado<sup>12</sup>.

9 Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de junho de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e outros vs. La Poste e outros*, processo C-39/94, Coletânea de Jurisprudência 1996, I-3547, n. 60 e 61.

10 Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 1986, *Bélgica vs. Comissão Europeia*, processo C-234/84, Coletânea de Jurisprudência 1986, p. 2263, n. 14.

11 Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, *Itália vs. Comissão Europeia*, processo C-173/73, Coletânea de Jurisprudência p. 359, n. 27.

12 Ver conclusões do advogado-geral A. Tizzano apresentadas em 28 de outubro de 2004 no processo que deu lugar ao acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2005, *Wolfgang Heiser vs. Finanzamt Innsbruck*, processo C-172/03, Coletânea de Jurisprudência 2005, p. I-1627, n. 45. Caso uma medida constitua um auxílio de estado, os fundamentos e objetivos que lhe são subjacentes relevam para aferir da sua compatibilidade com o mercado interno.

Não obstante, ao comparar a atuação do Estado com um investidor privado há que ter em consideração os interesses a longo prazo. A propósito da entrada de capitais numa empresa, o Tribunal de Justiça precisou que “[...] *embora o comportamento do investidor privado ao qual deve ser comparada a intervenção do investidor público [...] não seja necessariamente o de um investidor normal que coloca os seus capitais com vista à sua rentabilização a mais ou menos curto prazo, ele deve, pelo menos, ser o de uma holding privada ou de um grupo privado de empresas que prossiga uma política estrutural, global ou sectorial, orientado por perspetivas de rentabilidade a mais longo prazo*”<sup>13</sup>.

O critério do investidor privado emana do princípio da igualdade de tratamento entre os sectores público e privado. Ao assumir uma posição neutral quanto à propriedade dos meios de produção, o artigo 345.º do TFUE exige que as regras fundamentais do Tratado, incluindo as regras de concorrência, e em particular o artigo 107.º, n.º 1, sejam aplicáveis indistintamente a empresas públicas e privadas<sup>14</sup>. Assim, no que respeita aos investimentos do Estado em empresas de capitais públicos, decorre do princípio da igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas que os capitais postos, direta e indiretamente, à disposição de uma empresa pelo Estado, em circunstâncias que correspondem às condições normais de mercado, não podem ser considerados auxílios de estado<sup>15</sup>.

Para saber se uma determinada medida teria sido adotada em condições normais de mercado por um investidor privado, em posição o mais semelhante possível à do Estado, só podem ser tidos em conta os direitos e as obrigações que decorrem da sua qualidade de acionista, com a exclusão daqueles que sobre ele impendem enquanto poder público<sup>16</sup>. Porquanto, o critério do investidor privado apenas é aplicável quando o Estado conceder, na sua qualidade de acionista e não na de poder público, uma vantagem

13 Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de março de 1991, *Itália vs. Comissão Europeia (Alfa Romeo)*, processo C-305/89, Coletânea de Jurisprudência 1991, p. I-1635, n. 20.

14 Acórdão do Tribunal Geral de 6 de março de 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale vs. Comissão Europeia*, processos apensos T-228/99 e T-233/99, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. II-445, n. 266 e 267.

15 Ver, entre outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça, de 21 de março de 1991, *Itália vs. Comissão Europeia*, processo C-303/88, Coletânea de Jurisprudência 1991, p-I-1433, n. 19 e 20; o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 1991, *Itália vs. Comissão Europeia*, processo C-261/89, Coletânea de Jurisprudência 1991, p. I-4437, n. 15; e o acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 1996, *Air France vs Comissão Europeia*, processo T-358/94, Coletânea de Jurisprudência 1996, p. II-2109, n. 70.

16 Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 1994, *Espanha vs Comissão Europeia (Hytasa)*, processos apensos C-278/92 a C-280/92, Coletânea de Jurisprudência 1994, p. I4103, n. 22.

económica à empresa em que participa. As intervenções do Estado enquanto poder político, no desempenho de políticas e funções públicas, não podem ser consideradas aquando da aplicação do teste. No caso *Hytasa*, o Tribunal concluiu que enquanto acionista o Estado; respondia apenas pelas dívidas até ao valor de liquidação dos ativos das respetivas sociedades. Os custos relativos ao pagamento de subsídios de desemprego e aos auxílios à reconstituição do tecido industrial não podiam ser consideradas no cálculo dos custos de liquidação das sociedades, uma vez que decorriam de obrigações enquanto poder público. Nestes termos, a liquidação das sociedades teria sido menos onerosa para um investidor privado que, nessa situação, não teria efetuado os aumentos de capital em apreço, pelo que estes constituíam um auxílio de estado.

Ao distinguir entre as atuações do Estado enquanto acionista de uma empresa e enquanto poder político, a Comissão entendeu apenas aplicar o critério do investidor privado nos casos em que as circunstâncias nas quais o Estado age são comparáveis àquelas que correspondem às condições normais de mercado. Neste sentido, os meios utilizados pelo Estado fazem parte integrante dessas circunstâncias, tanto mais quanto a natureza e características dos meios utilizados não se encontram à disposição de um investidor privado. Por conseguinte, na opinião da Comissão, sempre que o Estado recorresse a meios provenientes das suas prerrogativas enquanto poder público para conceder um benefício, tal benefício não seria considerado na aplicação do critério do investidor privado.

Nestes termos, no recente caso *EDF*, a Comissão considerou que, na medida em que um investidor privado não podia recorrer à isenção de um imposto, como fez o governo francês em relação à EDF, o montante equivalente a esta isenção não podia ser interpretado como uma entrada de capital na empresa. Em causa estava a regularização das contas da EDF e das suas relações financeiras com o Estado francês, na perspetiva da abertura do mercado da eletricidade. Neste processo, os direitos do concedente, que representavam uma dívida da EDF para com o Estado francês, proveniente da entrega gratuita de bens no termo da concessão, foram afetados diretamente à rubrica das dotações em capital, sem transitar pelo balanço dos resultados e, assim, ficaram isentos do imposto sobre as sociedades. A EDF e o Estado Francês alegaram que esta operação contabilística consistia, no fundo, num *atalho* em relação a uma operação com efeitos equivalentes que passaria por afetar como capital um montante líquido depois de cobrado o imposto sobre as sociedades, solicitar o pagamento do imposto correspondente à variação

do ativo líquido, e proceder a uma dotação complementar de capital no montante equivalente ao imposto pago.

Tanto o Tribunal Geral como o Tribunal de Justiça não deram razão à Comissão quando esta afastou a aplicação do critério do investidor privado pelo facto de o meio utilizado pelo Estado consistir num instrumento de política fiscal. O Tribunal Geral referiu que “*o critério do investidor privado tem por objetivo verificar se, apesar de o Estado dispor de meios que um investidor privado não dispõe, este teria, nas mesmas condições, tomado uma decisão de investimento comparável. Por conseguinte, é irrelevante que um investidor privado não possa deter um crédito fiscal*”<sup>17</sup>. O Tribunal de Justiça precisou que a aplicação do critério do investidor privado visa evitar que, através de recursos do Estado, a empresa pública beneficiária disponha de uma situação financeira mais favorável que a dos seus concorrentes. [...] Ora, a situação financeira da empresa pública beneficiária não depende da forma como a vantagem é colocada à sua disposição, qualquer que seja a sua natureza, mas do montante de que ela beneficia em definitivo<sup>18</sup>. O Tribunal de Justiça concluiu que “*uma vantagem económica, ainda que concedida através de meios de natureza fiscal, deve ser apreciada, nomeadamente, à luz do critério do investidor privado, se se revelar [...], que o Estado-membro em causa, apesar da utilização de meios que decorrem das prerrogativas de poder público, concedeu contudo a referida vantagem na sua qualidade de acionista da empresa que lhe pertence*”<sup>19</sup>.

Para determinar se o Estado agiu na sua qualidade de acionista, e não na de poder público, é necessário demonstrar que o Estado adotou, prévia ou simultaneamente à concessão da vantagem, a decisão de proceder a um investimento na empresa pública. Podem ser exigidos elementos que demonstrem que esta decisão se baseia em avaliações económicas comparáveis às que um investidor privado teria efetuado para determinar a rentabilidade futura do investimento – avaliações retrospectivas da efetiva rentabilidade e justificações posteriores à adoção da medida não bastam para demonstrar que o Estado

17 Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2009, *Electricité de France (EDF) vs. Comissão Europeia*, processo T-156/04, Coletânea de Jurisprudência 2009, p. II-04503, n. 261.

18 Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2012, *Comissão Europeia vs. Electricité de France (EDF)*, processo C-124/10 P, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=pt&nat=&oq p=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&n um=C-124%252F10&td=ALL&pcs=O&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=869590>, (consultado em 14.12.2012), n. 90 e 91.

19 *Idem*, n. 92.

atuou enquanto acionista. Em caso de dúvida, cabe ao Estado demonstrar tal decisão apresentando elementos objetivos e cabe à Comissão efetuar uma apreciação global tendo em consideração não só os elementos fornecidos pelo Estado, mas também qualquer outro elemento que lhe permita fazer essa distinção, nomeadamente a natureza e o objeto da medida, o contexto em que se insere, bem como o objetivo prosseguido. Ainda que tenha reiterado que o n.º 1 do artigo 107.º não distingue as intervenções do Estado consoante o seu objetivo mas consoante os seus efeitos, o Tribunal de Justiça admitiu que o objetivo da intervenção pode ser tido em consideração para determinar se o critério do investidor privado é aplicável<sup>20</sup>.

Quanto ao argumento de que o investidor privado não podia ter procedido ao investimento naqueles termos, uma vez que este teria que pagar o imposto e não o poderia converter em capital – só o Estado enquanto entidade fiscal podia dispor dos montantes correspondentes ao pagamento do imposto; o Tribunal de Justiça precisou que o sujeito da operação tributável seria uma empresa privada na situação da EDF, e não o seu acionista privado. Porquanto, a aplicação do critério do investidor privado teria permitido determinar se um investidor privado teria fornecido, em condições semelhantes, um montante igual ao imposto devido a uma empresa que se encontrasse numa situação comparável à EDF. Mais, a eventual diferença entre o custo suportado por um investidor privado e o custo suportado pelo investidor público não impede a aplicação do critério do investidor privado. Pelo contrário, a sua aplicação permite exatamente apurar a existência dessa diferença.

No caso em apreço, a aplicação do critério do investidor privado levou à conclusão que o benefício concedido à EDF não constituía um auxílio estatal. Não obstante, ao contrário do que argumentou a Comissão, esta interpretação não permite excluir situações do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 107.º. Muito pelo contrário, esta interpretação dos Tribunais Europeus alarga o âmbito de aplicação do critério do investidor privado, sujeitando ao seu escrutínio aquelas situações em que o Estado, agindo enquanto acionista, intervém através de prerrogativas do poder político. Sublinhe-se o que o próprio Tribunal de Justiça concluiu: *“o critério do investidor privado não constitui uma exceção que só é aplicável a pedido do Estado membro, quando estão reunidos os elementos constitutivos do conceito de auxílio de Estado incompatível com o mercado comum [...] [Q]uando este critério é aplicável, o mesmo faz parte*

---

20 *Idem*, n. 84 a 87.

*dos elementos que a Comissão tem de tomar em conta para determinar a existência de um auxílio desse tipo*<sup>21</sup>.

Refira-se que já no caso *Ryanair* o Tribunal Geral tinha considerado que os encargos aeroportuários, incluindo as taxas de aterragem, deviam ser analisados como contrapartida de serviços prestados, e que o facto de estas taxas terem sido fixadas no uso de poderes regulamentares da Região da Valónia era irrelevante, na medida em que as taxas estavam estritamente ligadas à gestão do aeroporto Charleroi, atividade que devia ser qualificada como económica<sup>22</sup>. Mais, *“a circunstancia de [...] a Região da Valónia dispor de poderes de natureza regulamentar em matéria de fixação das taxas aeroportuárias não exclui que o exame de um sistema de descontos das referidas taxas deva efetuar-se à luz do princípio do investidor privado em economia de mercado, uma vez que tal sistema pode ser aplicado por um operador privado”*<sup>23</sup>.

Não obstante as dificuldades práticas em distinguir a atuação do Estado enquanto acionista e enquanto poder público, esta interpretação dos Tribunais da UE tem o mérito de permitir o escrutínio de um maior número de atuações do Estado, de forma a analisar os respetivos efeitos económicos. Convenha-se que o impacto económico da atuação do Estado francês no caso EDF é idêntico, quer se trate de um aumento de capital, quer se trate de um perdão fiscal. No entanto, esta interpretação dos Tribunais permitiu fazer o controle desta atuação do Estado nos termos do n.º 1 do artigo 107.º, o que estaria desde logo excluído segundo a posição formalista da Comissão.

Ao longo dos anos e de acordo com as medidas estatais em análise, os Tribunais da UE e a Comissão foram desenvolvendo outros critérios como o princípio do credor privado, ou o princípio do vendedor privado. Todos eles derivam da mesma proposição: saber se um agente económico, de dimensão comparável à entidade pública em apreço, e que atua em condições normais de mercado, teria adotado medida equivalente àquela adotada pelo Estado.

## II. CONTRATOS PÚBLICOS

Ao contratar bens, serviços e empreitadas o Estado pode conferir uma vantagem económica que não teria sido obtida em condições normais de mercado.

21 *Idem*, n. 103.

22 Acórdão do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 2008, *Ryanair Ltd. vs. Comissão Europeia*, processo T-196/04, Coletânea de Jurisprudência 2008, p. II-3643, n. 90 a 94.

23 *Idem*, n. 101.

Sempre que o fizer, o contrato celebrado pelo Estado consubstancia um auxílio de estado. Por outras palavras, para determinar a existência de um auxílio, a Comissão verifica se um Estado membro dispense de fundos da mesma forma que um operador privado o faria.

É geralmente aceite que, ao cumprir as regras nacionais e europeias sobre contratação pública, a entidade adjudicante age como um comprador privado e consequentemente a transação assume os contornos de uma transação comercial normal. Este entendimento atribui aos procedimentos concursais de adjudicação a função de verificar a existência de um auxílio de estado. Phedon Nicolaidis defende que um procedimento concursal reflete sempre as condições normais de mercado<sup>24</sup>, porquanto é sempre capaz de determinar o preço de mercado, não havendo lugar a um auxílio de estado. Não partilhámos esta opinião. Como veremos em seguida, o procedimento concursal não é suficiente para afastar em todas as situações a concessão de um auxílio estatal. Em determinados casos, para aferir da atribuição de uma vantagem económica, o teste do investidor privado não se pode consumir na existência de um procedimento concursal.

### 1. Aquisição de bens e serviços

A grande maioria dos contratos públicos trata de situações em que o Estado adquire bens, ou serviços, para satisfazer necessidades quer do seu próprio funcionamento, quer dos serviços que presta aos cidadãos.

Na *saga* dos casos *BAP*<sup>25</sup> e *P&O European Ferries*<sup>26</sup> sobre a compra de cupões de viagem na linha de Ferries Bilbao – Portsmouth pelo governo basco a uma empresa basca, o Tribunal Geral sublinhou que a aquisição pelo Estado de bens ou serviços tem de corresponder às necessidades do Estado, caso contrário não constitui uma transação comercial normal. “*O simples facto de um Estado membro adquirir bens ou serviços nas condições de mercado não basta para que essa operação constitua uma transação comercial normal, se se verificar que*

24 Nicolaidis, 2010: 65–78.

25 Acórdão do Tribunal Geral de 28 de janeiro de 1999, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) vs. Comissão*, processo T-14/96, Coletânea de Jurisprudência 1999, p. II-139. Ao comprar um volume elevado de *vouchers*, o governo basco criou uma procura artificial que beneficiou a empresa Ferris Golfo de Vizcaya (mais tarde denominada P&O European).

26 Acórdão do Tribunal Geral de 5 de agosto de 2003, *P&O European Ferries (Vizcaya) SA/ Comissão*, processos apensos T-116/01 e T-118/01, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. II-2957.

*o Estado não tinha uma necessidade real desses bens ou serviços*<sup>27</sup>. O Tribunal Geral sublinhou ainda que “*o simples facto de uma empresa ter fornecido uma contrapartida a um organismo estatal não demonstra por si só que este último tinha uma necessidade real nos serviços em causa*”<sup>28</sup>. Neste caso, o Tribunal Geral sugeriu ainda que um concurso público reflete o carácter normal de uma transação comercial: “[a] *necessidade que um Estado membro tem de demonstrar que uma aquisição de bens ou serviços por si efetuada constitui uma transação comercial normal impõe-se sobretudo quando, como no caso vertente, a escolha do operador não foi antecedida de um concurso público aberto que tenha sido objeto de publicidade suficiente. Com efeito, de acordo com a prática constante da Comissão, a existência de um tal concurso público prévio a uma aquisição por um Estado membro é normalmente considerada suficiente para excluir que esse Estado membro pretenda conceder uma vantagem a uma empresa determinada*”<sup>29</sup>.

No caso relativo aos contratos de aquisição de energia pelo governo polaco, a Comissão sublinhou que o princípio, segundo o qual, o procedimento de concurso é suficiente para excluir a concessão de uma vantagem económica aplica-se quando o Estado adquire bens ou serviços para uso próprio. Naquele caso, o procedimento de concurso teve por finalidade servir objetivos políticos, como a promoção do investimento estrangeiro, a proteção do ambiente e a melhoria da segurança do abastecimento; e não a aquisição de produtos e serviços requeridos pelo Estado. “*Em tais casos, o facto de se ter adotado um procedimento de concurso pode levar apenas à conclusão de que o auxílio se limita ao mínimo necessário para alcançar os objetivos políticos, o que não basta para excluir a presença de auxílio estatal*”<sup>30</sup>.

Em transações comerciais normais, a Comissão estabelece a presunção ilidível de que um procedimento aberto, transparente e não discriminatório permite determinar o valor da remuneração em condições normais de mercado, e, deste modo, evitar a atribuição de uma vantagem indevida.

Também nos casos de parcerias público-privado e em situações de concessões a Comissão aplicou esta presunção ilidível. No caso paradigmático

27 *Idem*, n. 117.

28 *Idem*, n. 120. No mesmo sentido ver o n. 71 do acórdão BAI, supra referido.

29 *Idem*, n. 118.

30 Decisão da Comissão de 25 de setembro de 2007, *Contratos de Aquisição de Energia - Polónia*, processo C-43/2005, OJ 2009 L83/1, n. 219.

*London Underground Public Private Partnership*<sup>31</sup>, a Comissão explicitou o que entende por um procedimento aberto, transparente e não discriminatório: (i) aberto – o procedimento é amplamente publicitado e concede aos interessados tempo suficiente para apresentarem as suas propostas; (ii) transparente – todos os critérios, condições e obrigações são claros e estão predeterminados; (iii) *não discriminatório* – inexistência de elementos procedimentais que permitam excluir, desde logo, potenciais interessados (por exemplo, nada deve impedir o acesso por todos os interessados à informação disponibilizada). Esta foi a primeira decisão da Comissão sobre acordos de parceria público-privada. Mais relevante, nesta decisão, a Comissão aceitou que o prestador de serviços fosse selecionado através de um procedimento de negociação e pela proposta economicamente mais vantajosa. A Comissão não levantou objeções quanto ao tipo de procedimento e critério de adjudicação escolhidos, por considerar que não houve qualquer elemento discriminatório no procedimento que pudesse ter levado à exclusão de uma melhor oferta para a mesma qualidade de serviço.

A *ratio* desta presunção ilidível assenta no conceito de “concorrência para (obter) o contrato” (*competition for the contract*) que, de facto, as diretivas sobre contratação pública pretendem promover. Ao criar-se uma pressão concorrencial entre os candidatos eliminam-se, por um lado, situações de favoritismo e discriminação e, por outro, assegura-se o melhor preço. Porquanto, a “concorrência para (obter) o contrato” permite encontrar o equilíbrio entre as obrigações impostas e as vantagens concedidas pelo contrato público, eliminando assim a atribuição de qualquer vantagem económica indevida.

Neste sentido, o procedimento de concurso assume uma dupla função. No regime da contratação pública, garante o acesso ao mercado em condições de igualdade, não discriminação, e garante o melhor preço. No regime dos auxílios de estado, permite encontrar o preço de mercado e, desta forma, garantir que não sejam concedidas vantagens indevidas<sup>32</sup>.

31 O caso refere-se ao financiamento e reestruturação do metro de Londres. De acordo com o projeto notificado, a existente empresa pública seria dividida em quatro empresas: uma empresa responsável pela prestação de serviço de transporte (que se manteria de capital público); e três empresas responsáveis, cada uma delas, pela manutenção e renovação das infraestruturas de um dos três grupos de linhas de metro. Decisão da Comissão de 2 de outubro de 2002, *London Underground Public Private Partnership-Reino Unido*, processo N 264/2002, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp\\_result&policy\\_area\\_id=3&case\\_number=N264/2002](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=3&case_number=N264/2002).

32 Neste sentido Sánchez, 2012b: 9.

Não obstante, nem sempre o recurso a um procedimento de concurso permite afastar a atribuição dum auxílio. Naquelas situações em que a intervenção do Estado tem por efeito suplementar ou completar o mercado, surgem outras vantagens económicas além de uma remuneração excessiva que não são afastadas pelo procedimento de concurso. Nestes casos, as vantagens atribuídas ao prestador do serviço podem consistir, por exemplo, na redução do risco, no aumento da capacidade, no alargamento da base de clientes, ou seja, vantagens decorrentes de ser o primeiro a atuar (*first mover advantage*). Nestas situações, não só o prestador de serviço mas também terceiros podem ser beneficiados. Os últimos podem, por exemplo, beneficiar de um novo serviço, ou beneficiar de um serviço existente em condições mais favoráveis.

A prática decisória da Comissão sobre aplicação do regime de auxílios estatais às intervenções do Estado para implementação de redes eletrónicas de banda é pródiga em situações em que o Estado “suplementa” o mercado. Veja-se, a título de exemplo, o caso *Banda larga de alta velocidade*, sobre a implementação de redes de nova geração em zonas rurais. A Comissão concluiu: “[e]mbora um processo de concurso concorrencial permita em geral reduzir o montante de apoio financeiro requerido, o auxílio permitirá também que os operadores prestem serviços extremo-a-extremo em princípio a preços mais baixos do que aqueles que cobriam se tivessem de suportar eles próprios todos os custos, atraindo assim mais clientes do que em condições normais de mercado.” A Comissão considerou também que terceiros operadores de rede seriam indiretamente beneficiados na medida que teriam acesso por grosso à nova rede. Mais, os próprios utilizadores finais profissionais (ou seja, empresas na aceção do n.º 1 do artigo 107.º) beneficiariam “em última instância da melhoria dos serviços e da cobertura de banda larga, o que não seria disponibilizado numa base exclusivamente comercial”<sup>33</sup>.

Sublinhe-se que já no caso *Welsh Public Network Scheme*<sup>34</sup>, relativo à contratação de serviços de rede em banda larga para organismos públicos, a análise da Comissão não se cingiu à verificação do procedimento de concurso. Além de ter constatado que as regras da Diretiva 2004/18/CE foram cum-

33 Decisão da Comissão de 19 de janeiro de 2010, *Banda larga de alta velocidade*, processo N 252/2010, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp\\_result&policy\\_area\\_id=3&case\\_number=N252/2010](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=3&case_number=N252/2010) (consultado em 14.12.2012).

34 Decisão da Comissão de 30 de maio de 2007, *Welsh Public Network Scheme* – Reino Unido, processo N 46/2007, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp\\_result&policy\\_area\\_id=3&case\\_number=N46/2007](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=3&case_number=N46/2007) (consultado em 14.12.2012).

pridas, a Comissão aferiu, ainda, se o contrato conferia outras vantagens. Em particular, se do contrato resultava um aumento de capacidade do provedor selecionado que pudesse ser explorado comercialmente após a sua conclusão. A Comissão verificou também se terceiros operadores podiam ser beneficiados. Como, no caso de ser necessária, a nova infraestrutura seria sempre de pequena dimensão, a sua implementação não era suscetível de alterar a capacidade do provedor selecionado, nem as condições de acesso por grosso por parte de terceiros operadores.

As situações em que o Estado contrata um serviço com o efeito de suplementar o mercado não são muito diferentes daquelas situações em que o Estado atribui um subsídio para desenvolver determinados mercados. Nestas situações, o facto de o Estado selecionar as empresas beneficiárias através de um procedimento de concurso pode limitar o montante dos subsídios a atribuir e, mais importante, garantir que esses subsídios sejam atribuídos às empresas mais eficientes; mas não permite eliminar a existência de vantagens económicas que o próprio subsídio encerra, tais como redução dos custos e aumento da capacidade. A título de exemplo, veja-se a conclusão da Comissão no caso sobre os auxílios à capacidade de reciclagem de papel para impressão e escrita concedidos pelo Reino Unido: “[o]s procedimentos de seleção abertos à concorrência podem assegurar que o montante da subvenção se limite ao mínimo, mas não suprime o carácter de auxílio da medida. A medida falseia ou ameaça falsear a concorrência, na medida em que pode cobrir uma parte significativa dos custos de investimento, permitindo assim que o beneficiário cobre um preço inferior pelo papel para impressão e escrita que produz. A medida afetarà o mercado de papel novo, mas também o mercado de resíduos de papel, que constitui uma mercadoria valiosa para a indústria do papel<sup>35</sup>.

Nestes termos, não podemos concordar com Phedon Nicolaidis quando refere que também nestes casos o procedimento de concurso pode refletir as condições normais de mercado e nessa medida excluir a atribuição de uma vantagem indevida. Nestes casos, segundo o autor, a Comissão interpretou as *condições normais de mercado* no sentido de condições de mercado em concorrência perfeita, em vez de condições concorrenciais existentes no mercado no momento imediatamente anterior à intervenção do Estado. Por esta razão, a

---

35 Decisão da Comissão de 28 de novembro de 2007, relativa ao auxílio concedido no âmbito dos programas de ação relativos aos resíduos e recursos: auxílios à capacidade de reciclagem de papel para impressão e escrita notificado pelo Reino Unido, processo C-45/05, JO L155/20de 13.6.2008.

Comissão não reconheceu que, naqueles casos, o procedimento de concurso refletia as condições concorrenciais existentes à data da intervenção estatal e não permitia que o operador selecionado obtivesse um retorno anormal. Anormal, não em relação a uma situação hipotética de concorrência perfeita, mas em relação ao que os seus concorrentes estavam dispostos a aceitar. Aliás, as propostas dos candidatos refletiam as suas considerações sobre os benefícios e riscos do “novo” mercado<sup>36</sup>.

Em nossa opinião, não se trata da forma como a Comissão e, acrescentando-se, os Tribunais da UE têm interpretado *as condições normais de mercado*. A questão é muito mais simples, prende-se com os próprios limites dos procedimentos concursais. Recorde-se que estes procedimentos estão desenhados para promover a concorrência (*strito sensu*) a nível da atribuição do contrato e, assim, garantir o melhor valor possível. Só em verdadeiros *bidding markets* estes procedimentos podem, por si só, promover a concorrência (*lato sensu*) a nível do mercado<sup>37</sup>. Ora, os contratos públicos que têm por efeito complementar o mercado não têm lugar em verdadeiros *bidding markets*<sup>38</sup>, nem constituem uma transação comercial normal que poderia ter sido realizada por um operador privado segundo uma lógica de rentabilidade.

## 2. Venda de bens

Também nas situações em que o Estado vende bens se aplica o critério do investidor em economia de mercado para determinar se a venda atribui alguma vantagem que não teria sido conseguida em condições normais de mercado. Uma vez mais, o procedimento concursal surge como um dos instrumentos para encontrar o preço de mercado e nesta medida afastar a presença de qualquer elemento de auxílio. Em relação a valores mobiliários, o outro instrumento é a venda em bolsa<sup>39</sup>.

36 Ver, neste sentido, Nicolaidis, 2010: 76-78.

37 Sánchez, 2009: 4.

38 Determinadas concessões, em particular aquelas relacionadas com a exploração de infraestruturas gerais, têm lugar em verdadeiros *bidding markets*.

39 A respeito das privatizações, num primeiro momento, a Comissão considerou que a avaliação efetuada por consultores independentes teria igual eficácia que a venda em bolsa e o concurso para determinar o preço de mercado. No entanto, mais tarde, a Comissão retifica a sua posição e relega a avaliação efetuada por consultores independentes para um segundo plano. Ver neste sentido a decisão da Comissão de 30 de janeiro 2002, OJ L 314/62, C (2002) 316, *Gothaer Fahrzeugtechnik*; e a decisão da Comissão de 8 de setembro 1999, OJ L 206/6, C (1999) 3148, *Stardust Marine*.

No que concerne à venda de bens através de um procedimento concursal, não é suficiente que este procedimento seja aberto, transparente e não discriminatório. É também necessário que o processo de concurso seja incondicional.

A propósito da privatização de empresas, a Comissão referiu já no seu XXI Relatório Anual que “[e]m termos gerais, não se está em presença de qualquer auxílio quando as participações são vendidas à proposta mais elevada em consequência de um processo de alienação público e incondicional”<sup>40</sup>. Na decisão *Hytasa*<sup>41</sup>, a Comissão explicitou que o facto de a venda ser realizada pelo preço mais elevado não é suficiente para assegurar a inexistência de qualquer elemento de auxílio estatal, quando o Estado impõe condições ao adquirente. No presente caso, o adquirente teria de realizar um programa de reestruturação para garantir a viabilidade da empresa; não podia, durante um determinado período, alienar o capital adquirido; e teria de renunciar ao crédito que a empresa detinha sobre o Estado. Esta decisão foi impugnada para o Tribunal de Justiça que, na falta de contestação das autoridades espanholas sobre as condições apostas à venda, rejeitou o argumento, invocado pelas mesmas, de que a Comissão errou ao considerar que o processo de concurso foi condicional<sup>42</sup>.

No XXIII Relatório Anual, e ainda a respeito das privatizações, a Comissão explicitou que o “concurso público [devia ser] [...] incondicional relativamente a outros atos, tais como a aquisição de outros ativos que não os objeto do concurso ou a continuação do funcionamento de determinadas atividades”<sup>43</sup>. O critério da incondicionalidade justifica-se na medida em que tais condições têm impacto negativo na rentabilidade da venda, quer por levarem a uma diminuição do valor do ativo, quer por levarem à exclusão de potenciais investidores, criando uma situação que não reflete as condições normais do mercado.

No caso *Centrale del Latte di Roma*, a Comissão considerou que apenas aquelas condições que levavam à discriminação entre potenciais adquirentes podiam afastar a presunção de que a venda tinha sido realizada pelo melhor

40 XXI Relatório sobre Política da Concorrência, 1991, ponto 248, p. 175.

41 Decisão 92/317/CE da Comissão de 25 de março de 1992, JO L117, 26.06.1992, pp. 54-64.

42 Ao citar a parte da decisão da Comissão relativa à insuficiência da adjudicação pelo melhor preço quando são impostas condições para afastar a existência de um auxílio de estado, o Tribunal indicou que partilhava do mesmo entendimento - acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 1994, *Espanha vs. Comissão Europeia (Hytasa)*, processos apensos C-278/92 e C-280/92, Coletânea de Jurisprudência 1994, p. I4103, n. 28 e 29.

43 XXIII Relatório sobre Política da Concorrência, 1993, ponto 403, p. 260.

preço<sup>44</sup>. Neste termos, a Comissão aceitou a obrigação do adquirente em manter um certo nível de emprego, de desenvolver um plano industrial, e de comprar pelo menos 80% da sua matéria-prima junto dos produtores de leite locais.

Esta interpretação da Comissão não resistiu, todavia, ao tempo e, em decisões mais recentes, a Comissão regressou ao seu antigo entendimento. Nos casos em que a venda é sujeita a condições, mesmo quando realizada pela proposta de valor mais elevado, subsiste a possibilidade de concessão de um auxílio estatal, se o preço que o investidor privado pagou foi inferior àquele que teria pago na ausência de tais condições.

A Comissão tem afastado a presunção da inexistência de um auxílio de estado quando a venda é sujeita a condições que, mesmo que não discriminem entre candidatos, contribuem para a redução do preço. A título de exemplo, veja-se o caso *Automobile Craiova*, no qual a Comissão concluiu: “*um agente económico não terá interesse em manter tais condições (nomeadamente as que consistem em manter o nível de emprego, em beneficiar a região em causa, ou em garantir certo nível de investimento), mas em vender a empresa ao candidato que apresente a proposta mais vantajosa e que será livre, a partir de então, de decidir o futuro da empresa ou dos ativos adquiridos*”<sup>45</sup>. Refira-se que as condições que são prática corrente em transações comparáveis entre operadores privados (como por exemplo: certas formas clássicas de indemnização, a prova da solvabilidade do candidato ou o respeito pela legislação laboral) não são, à partida, suscetíveis de reduzir o preço, e nessa medida são aceites.

Quanto ao critério de adjudicação, embora nas suas linhas de orientação a Comissão mostre preferência pelo critério do preço mais alto<sup>46</sup>, na sua prática tem aceite o critério da proposta mais vantajosa. No caso *Bank Burgenlander*<sup>47</sup>, a Comissão referiu que um operador económico que atua em economia de mercado pode, todavia, escolher uma proposta mais baixa, quando a

44 Decisão (2000/6287EC) da Comissão de 11 de abril 2000, JO L265/15, de 19.10.2000, n. 91

45 Decisão (2008/717/CE) da Comissão de 27 de fevereiro de 2008, JO L239, de 06.09.2008, n. 53.

46 Ainda recentemente, a Comissão referiu que, para evitar a existência de um auxílio de estado, a privatização deve ser realizada em bolsa ou através de um processo de concurso aberto, transparente, incondicional e pela melhor oferta - ver linhas de orientação da Comissão sobre o funcionamento, a reestruturação e privatização de empresas públicas, Documento de trabalho dos serviços da Comissão, 10.02.2012.

47 Decisão da Comissão de 30 de abril de 2008, *Bank Burgenland – Áustria*, processo C-56/2006, n. 119, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp\\_result](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result) (consultado em 14.12.2012).



no quadro da venda, ou se teria optado pela sua liquidação<sup>51</sup>. No cálculo dos custos da liquidação não são tidos em conta os auxílios de estado de que a empresa foi beneficiária, sob pena de não se respeitar a distinção entre obrigações do Estado enquanto poder público e enquanto agente económico<sup>52</sup>.

A respeito da venda de terrenos e imóveis públicos, a Comissão estabeleceu, uma vez mais, a presunção ilidível de que o processo de concurso aberto, transparente e incondicional afasta a existência de um elemento de auxílio<sup>53</sup>. No caso *Business Infrastructure Development*, sobre o financiamento de projetos de desenvolvimento imobiliário, a Comissão alargou o âmbito de aplicação desta presunção às situações de locação. Nesta decisão, a Comissão esclareceu ainda que a aquisição e desenvolvimento de terrenos e imóveis para venda a terceiros (não identificados) constituem, à semelhança da construção de infraestruturas, atos de natureza pública. Não há, nestes casos, a atribuição de uma vantagem, na medida em que os compradores finais adquirem os terrenos ou edifícios pelo valor de mercado<sup>54</sup>.

### 3. Serviços de Interesse Económico Geral

Ao contratar serviços de interesse económico geral (SIEG)<sup>55</sup>, o Estado também pode conceder ao prestador desses serviços uma vantagem económica. A aplicação do regime dos auxílios de estado aos SIEG prende-se com o financiamento destes serviços. Recorde-se que o financiamento dos SIEG pode ser realizado por outras formas além do pagamento de uma remuneração estabelecida por contrato, tais como, por exemplo, o pagamento de sub-

51 Ver, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de janeiro de 2003, *Alemanha vs. Comissão Europeia (Gröditzler)*, processo C-334/99, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. I1139, n. 133.

52 Vide acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 1994, *Espanha vs. Comissão Europeia (Hytasa)*, processos apensos C-278/92 e C-280/92, Coletânea de Jurisprudência 1994, p. I4103, n. 22; e o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de janeiro de 2003, *Alemanha vs. Comissão Europeia (Gröditzler)*, processo C-334/99, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. I1139, para. 134.

53 Neste sentido ver a Comunicação da Comissão (97/C 209/03) no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos.

54 Decisão da Comissão de 12 de janeiro de 2001, *Business Infrastructure Development - Reino Unido*, processo 657/1999, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp\\_result](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result) (consultado em 14.12.2012).

55 Por SIEG entendem-se aquelas atividades económicas sujeitas a obrigações específicas de serviço público. O debate e a evolução jurisprudencial sobre este conceito e os seus elementos estão fora do escopo do presente artigo.

venções anuais, um tratamento fiscal vantajoso, ou contribuições sociais mais baixas.

Ao longo dos anos, o Tribunal de Justiça oscilou entre diferentes teses sobre a aplicação do regime dos auxílios de estado ao financiamento dos SIEG.

Segundo a tese do auxílio de estado, o financiamento concedido pelo Estado a uma empresa para a prestação de um SIEG constitui um auxílio nos termos do artigo 107.º, n.º 1, que pode ser compatível com o mercado interno caso estejam reunidas todas as condições do artigo 106.º, n.º 2, em particular se respeitar o princípio da proporcionalidade.

No caso *FFSA*<sup>56</sup>, o Tribunal Geral considerou como auxílio de estado o benefício fiscal concedido à empresa *La Poste* que, paralelamente à gestão do serviço público de correio, desenvolvia outras atividades económicas sujeitas ao regime de concorrência. Neste acórdão, o Tribunal considerou irrelevante, para efeitos da qualificação como auxílio de estado, o facto de a vantagem financeira ser atribuída para compensar o custo de obrigações de serviço público; tal facto apenas relevava para aferir da compatibilidade de tal auxílio com o mercado interno.

O *rationale* desta qualificação é explicitado, mais tarde, no caso *SIC/Comissão*, quando o Tribunal Geral concluiu que “*o facto de [...] a concessão de dotações [financeiras] apenas ter por objectivo compensar o encargo suplementar resultante das missões de serviço público assumidas pela RTP não as faz escapar à qualificação de auxílios de estado na acepção do artigo [107.º] do Tratado. Com efeito, o artigo [107.º], n.º 1, não faz distinção segundo as causas ou os objectivos das intervenções estatais, mas apenas define-as em função do seus efeitos*”<sup>57</sup>. Este entendimento é mais tarde confirmado pelo Tribunal de Justiça no caso *França/Comissão*. A adoção desta tese tem a consequência prática de obrigar os Estados membros a notificar a Comissão sempre que confiam a gestão de um SIEG a uma empresa; e sujeitá-los a um dever de *non facere*.

Os tribunais da UE pareciam, assim, ter-se afastado da tese da compensação que fundamentou as suas primeiras decisões nesta matéria<sup>58</sup>. Segundo esta tese, o financiamento estatal da prestação de SIEG constitui um auxílio

56 Acórdão do Tribunal Geral de 27 de fevereiro de 1997, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) e outros vs. Comissão Europeia*, processo T-106/95, Coletânea de Jurisprudência 1997, p. II-229.

57 Acórdão do Tribunal Geral de 10 de maio 2000, *SIC vs. Comissão Europeia*, processo T-46/97, Coletânea de Jurisprudência 2000, p. II-2125, n. 82 e 83.

58 Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1985, *ABDHU*, proc. 240/83, Recueil 1985-2, p. 531, n. 16-21.

de estado, na aceção do n.º 1 do artigo 107.º, somente se, e na medida em que, a vantagem económica que confere exceder uma remuneração adequada ou os custos adicionais da prestação desses serviços.

Esta tese regressou, contudo, à jurisprudência dos Tribunais da UE no acórdão *Ferring*. Neste caso, o Tribunal concluiu que a isenção fiscal consubstanciava uma vantagem para os distribuidores-grossistas, mas tal vantagem só constituiria um auxílio de estado na medida em que excedesse os custos adicionais suportados pelos distribuidores-grossistas no cumprimento das suas obrigações de serviço público<sup>59</sup>.

Em 2003, o Tribunal de Justiça tempera o seu entendimento e acolhe também a tese *quid pro quo*. De acordo com esta tese, a compensação de SIEG não constitui um auxílio de estado quando existe uma ligação direta e manifesta entre o financiamento estatal e as obrigações de serviço público. Neste termos, o acórdão *Altmark* acolhe elementos da tese da compensação e da tese *quid pro quo*: a compensação pela prestação de um SIEG não constitui um auxílio de estado quando (i) exista uma ligação direta e manifesta entre o financiamento e as obrigações de serviço público e (ii) a compensação corresponder a uma remuneração adequada aos custos suplementares gerados por essas mesmas obrigações de serviço público<sup>60</sup>. Este acórdão estabelece o atual teste para aplicação do regime dos auxílios de estado à compensação de SIEG.

Em *Altmark*, o Tribunal de Justiça concluiu que a compensação pela prestação de obrigações de serviço público não constitui um auxílio de estado quando estão reunidas as seguintes condições: (i) a empresa beneficiária deve efetivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas; (ii) os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objetiva e transparente; (iii) a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável; (iv) a escolha do

---

59 Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de novembro de 2001, *Ferring vs. ACOSS*, processo C-53/00, Coletânea de Jurisprudência 2001, p. I-9076, n. 20-29.

60 A solução de conciliar elementos da tese da compensação com elementos da tese *quid pro quo* foi preconizada pelo Advogado-Geral Jacobs nas suas conclusões sobre o caso GEMO, proferidas um ano antes do acórdão *Altmark* (conclusões do advogado-geral de 30 de abril de 2002, GEMO, processo C-126/01, Coletânea de Jurisprudência 2002, p. I-13772).

beneficiário não pode efetuada através de um processo de concurso público, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respetivas receitas, assim como um lucro razoável<sup>61</sup>. Embora o Tribunal tenha criado este teste a propósito dos serviços de transporte, sujeitos às regras do (atual) artigo 93.º que constituiu uma lei especial face ao artigo 106.º, o Tribunal confirmou que o teste deve ser aplicado a todos os outros SIEG.

A respeito da quarta condição, sublinha-se que na parte decisória do acórdão *Altmark*, o Tribunal não se referiu a um processo de concurso público, “capaz de prestar os serviços ao menor custo para a coletividade” como o fez na sua fundamentação<sup>62</sup>. Não obstante a clara intenção de utilizar o concurso público para garantir custos competitivos, o objetivo principal deste critério não é, no nosso entender, encontrar o menor custo em termos absolutos, mas encontrar o custo competitivo menor possível, que exclua ineficiências. No acórdão *BUPA*, o Tribunal Geral referiu que “à luz da finalidade da quarta condição enunciada no acórdão *Altmark*, [...] a Comissão estava [...] obrigada a assegurar-se de que a compensação prevista [...] não implicava a possibilidade de indemnizar custos que pudessem resultar de uma falta de eficiência”<sup>63</sup>.

No entanto, este não parece ser o entendimento da Comissão, que adota uma posição mais restritiva. Na nova Comunicação sobre a aplicação do regime dos auxílios de estado à compensação de serviços de interesse económico geral, a Comissão declara “[c]om base na jurisprudência do Tribunal de Justiça, a realização de um procedimento de contrato público só exclui a existência de auxílios se permitir a seleção do concorrente com capacidade para prestar o serviço ao menor custo para a coletividade”<sup>64</sup> (aliás, a Comissão faz sempre referência à

61 Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de julho de 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg vs. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, processo C-280/00, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. I-7747.

62 *Idem*, n. 89.

63 Acórdão do Tribunal Geral de 12 de fevereiro de 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e outros vs. Comissão Europeia*, processo T-289/03, Coletânea 2008 II-81, n. 249.

64 Comunicação (2012/C 8/02) da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral, JO C8/04, de 11.1.2012, n. 65.

quarta condição do acórdão *Altmark* tal como estabelecida na fundamentação do acórdão e não na parte decisória).

A Comissão dá uma maior ênfase aos aspetos relacionados com os custos, delegando para segundo plano aspetos qualitativos da prestação destes serviços. Isto é evidente na escolha do critério de adjudicação. A Comissão afirma: “o *preço mais baixo* preenche evidentemente o quarto critério *Altmark*. A *proposta economicamente mais vantajosa* pode também ser considerada suficiente, desde que os critérios de adjudicação, incluindo os critérios ambientais, ou sociais, estejam estreitamente relacionados com o objeto do serviço prestado e permitam que a proposta economicamente mais vantajosa corresponda ao valor de mercado.” A exigência de uma estrita ligação entre os critérios de adjudicação e o objeto do serviço é conforme às regras sobre contratação pública. Não obstante, ao exigir que a proposta economicamente mais vantajosa corresponda ao valor de mercado, parece indicar que esta proposta não poderá ser aceite se outras houver de valor mais baixo. Ao adoptar-se a proposta mais vantajosa, o que se pretende é identificar a proposta que apresenta a melhor relação qualidade/preço<sup>65</sup>.

Esta posição restritiva da Comissão estende-se também à escolha do procedimento concursal. Sublinhe-se que ao utilizar a expressão “um processo de concurso público”, o Tribunal não se referiu exclusivamente ao concurso público, mas a todos os procedimentos de contratação pública<sup>66</sup>. Não obstante, a Comissão dá clara preferência ao concurso público. Em determinadas situações, aceita o concurso limitado, e só em circunstâncias excepcionais admite o procedimento por negociação com anúncio e o diálogo concorrencial. A Comissão exclui o procedimento por negociação sem anúncio, alegando que este não garante a escolha de um operador com capacidade para prestar esses serviços ao menor custo para a coletividade<sup>67</sup>.

Ao interpretar a condição quarta do teste *Altmark*, a Comissão vê o cumprimento das regras de contratação pública como uma vantagem. “*A forma mais simples de as autoridades públicas satisfazerem o quarto critério Altmark con-*

65 Neste sentido, Sánchez ,2012a: 12.

66 Na versão original alemã, o Tribunal refere-se a “*eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge*”. Na versão francesa, o Tribunal refere “*une procédure de marché publique*”. Também na versão inglesa, o Tribunal menciona “*public procurement procedures*”.

67 Comunicação (2012/C 8/02) da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral, JO C8/04, de 11.1.2012, n. 66.

siste em recorrer a um procedimento de contrato público transparente, aberto e não-discriminatório, em conformidade com a Diretiva 2004/17/CE [...] e a Diretiva 2004/18/CE [...]”. Acresce, que mesmo quando as entidades adjudicantes não estão sujeitas às regras das diretivas, não estando legalmente obrigadas a seguir qualquer dos procedimentos por elas estabelecidos, a Comissão convida-as a adotar um desses procedimentos. “*Também nos casos em que não constitui um requisito legal, um procedimento de contrato público transparente, aberto e não-discriminatório é frequentemente um método adequado para comparar as diferentes ofertas potenciais e fixar a compensação, de modo a excluir a presença de auxílios*”<sup>68</sup>.

Refira-se, que a adjudicação de um contrato público através de um procedimento concursal não permite apenas o preenchimento da quarta condição do teste *Altmark*. Permite também satisfazer a primeira e segundas condições, pois não será de difícil demonstração, quer através do próprio contrato, quer através dos documentos que suportam o procedimento concursal, a existência de uma ligação direta e manifesta entre as obrigações de serviço público e o respetivo financiamento. O processo de concurso facilita ainda o cumprimento da terceira condição, na medida em que, e segundo o próprio Tribunal, o preço que resulta do processo do concurso estabelece o mínimo necessário, excluindo, assim, excessos.

Nestes termos, e nos casos em que as prestações de SIEG são conferidas através de um contrato, o processo de adjudicação surge, uma vez mais, como um mecanismo de controlo comum ao regime da contratação pública e ao regime dos auxílios de estado. Estabelece-se a presunção ilidível de que o cumprimento das regras sobre contratação pública exclui qualquer elemento de auxílio.

Nos casos em que, não obstante o cumprimento das regras de contratação pública, se conclua que o contrato não preenche todas as condições do teste de *Altmark*, ainda assim o cumprimento das regras de contratação pública permite que o auxílio seja justificado nos termos do n.º 2 do artigo 106.º. Na sua Comunicação sobre o enquadramento dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, a Comissão declara: “[o]s auxílios só serão considerados compatíveis com o mercado interno com base no artigo 106.º, n.º 2, do Tratado quando as autoridades responsáveis, ao atribuírem a prestação do serviço à empresa em causa, tiverem cumprido ou se se tiverem comprometido a cumprir as

---

68 *Idem*, n. 64.

*regras da União aplicáveis em matéria de contratos públicos. Tal inclui quaisquer requisitos em matéria de transparência, igualdade de tratamento e não discriminação diretamente resultantes do Tratado e, quando aplicável, do direito secundário da União. Considera-se que os auxílios que não cumprem tais regras e requisitos afetam o desenvolvimento do comércio numa medida contrária aos interesses da União, na aceção do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado*<sup>69</sup>.

Ao adotar esta interpretação do teste de Altmark, a Comissão corre o risco de transformar a qualificação de uma medida como um auxílio de estado num exercício meramente formal de verificação das regras da contratação pública, em particular do tipo de procedimento e do critério de adjudicação adotados, em detrimento de uma análise substantiva dos efeitos. Sublinha-se, aliás, que o tipo de procedimento e o critério de adjudicação não garantem, por si só, um resultado competitivo. Outros elementos dos processos de concurso, como, por exemplo, especificações técnicas tendenciosas ou exigências excessivas sobre a situação financeira dos candidatos, têm um impacto negativo na competitividade do procedimento<sup>70</sup>.

Acresce, que esta interpretação da Comissão parece não ser de fácil conciliação com os objetivos de simplificação e maior flexibilidade dos procedimentos propostos pela atual reforma das diretivas sobre contratação pública. As novas propostas de diretivas alargam o escopo de aplicação dos procedimentos de negociação com anúncio e do diálogo concorrencial, e prevêm um procedimento de adjudicação específico para a área da inovação, a parceria. Refira-se, ainda, que a proposta de diretiva para concessões não estabelece procedimentos de adjudicação, nem impõe o critério do preço mais baixo. A própria Comissão reconheceu no seu Livro Verde que “[a]s eventuais vantagens da maior flexibilidade e da simplificação potencial devem ser ponderadas à luz dos riscos acrescidos de favorecimento e, de uma forma geral, de tomada de decisões demasiado subjetivas decorrente do maior poder discricionário de que as entidades adjudicantes gozarão no âmbito do procedimento por negociação. Por seu lado, este grau de subjetividade tornará mais difícil mostrar que o contrato que daí resulta não envolve auxílios estatais”<sup>71</sup>.

69 Comunicação da Comissão (2012/C 8/03) sobre o Enquadramento da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, JO C8/15, de 11.01.2012, n. 19.

70 Sánchez, 2012a: 7.

71 COM(2011) 15 final, Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, de 27.1.2011.

Ao publicar a Comunicação sobre a aplicação das regras de auxílio de estado à compensação por prestações de SIEG, a Comissão reconheceu a necessidade de alterá-la em conformidade com as novas regras de contratação pública<sup>72</sup>. Se mantiver a sua interpretação restritiva, e ainda que a contratação dos SIEG represente uma minoria das situações de contratação pública, a Comissão frustra, em parte, os objetivos de simplificação e flexibilidade propostos pela reforma das diretivas em matéria de contratos públicos, e sacrifica a convergência entre este regime e o regime dos auxílios de estado. Uma alteração mais radical da posição da Comissão parece-nos todavia improvável, pelo menos num primeiro momento, e enquanto não for possível avaliar o impacto das novas regras da contratação pública.

### CONCLUSÃO

Na aplicação simultânea do regime da contratação pública e do regime dos auxílios de estado, o procedimento concursal, em particular o concurso público, surge como um mecanismo de controle comum. Por um lado, garante o acesso ao mercado em condições de igualdade e não discriminação, permitindo identificar o melhor preço, ou a melhor relação qualidade/preço. Por outro, exclui a atribuição de uma vantagem indevida, ou, quando tal não é possível, garante que o valor dessa vantagem se limite ao mínimo, facilitando a sua justificação.

Na medida em que o procedimento concursal permite determinar o valor da prestação em condições normais de mercado, a Comissão e os Tribunais da UE estabeleceram a presunção ilidível de que a realização de um procedimento concursal aberto, transparente e não discriminatório assegura a inexistência de um auxílio de estado. O escopo desta presunção é, todavia, limitado àquelas situações em que o contrato público consubstancia uma transação comercial normal, ou seja, em que o Estado atua como um operador económico que procura o melhor preço.

Em situações em que o Estado, apesar de recorrer aos procedimentos de contratação pública, não pretende satisfazer necessidades próprias, mas sim promover objetivos das suas políticas regionais, económicas, ambientais e sociais, poderá conferir vantagens que não se limitam ao valor das prestações do contrato, porquanto o procedimento concursal não permite excluir a existência de um auxílio. Nestes casos, a análise da qualificação como auxílio

---

72 Ver nota de rodapé n.º 3 da Comunicação da Comissão (2012/C 8/02), referida supra.

de estado não se pode consumir na mera verificação do cumprimento das regras da contratação pública. É necessário, nestas situações, avaliar os efeitos da medida estatal segundo o teste do investidor em economia de mercado.

No caso da contratação de SIEG, o financiamento de tais serviços pode constituir um auxílio de estado quando não corresponda a uma remuneração adequada, ou exceder os custos suplementares relativos à prestação das obrigações de serviço público. No caso *Altmark*, o Tribunal estabeleceu as condições que devem estar reunidas para que o financiamento não seja qualificado como auxílio de estado. Uma delas pressupõe uma vez mais que o procedimento concursal reflete as condições normais de mercado. Aliás, o recurso ao contrato público e aos respetivos procedimentos de contratação pública permitem, na generalidade, cumprir todas as condições do teste de *Altmark*. Em nosso entender, a Comissão explora, em demasia, esta possibilidade, fazendo uma interpretação do teste que pode levar a uma aplicação excessivamente formal e mecânica do mesmo: a análise da existência de uma auxílio de estado consome-se nestes casos à verificação do cumprimento das regras de contratação pública. Esta posição parece incentivar o recurso ao contrato público e aos procedimentos concursais, defraudando princípios fundamentais. Os Estados membros são livres de organizar a prestação de serviços públicos. O cumprimento das regras de contratação pública não é voluntário.

**BIBLIOGRAFIA**

NICOLAIDES, Phedon

2010 “State Aid, Advantage and Competitive Selection: What is a Normal Market Transaction”, in *European State Aid Quarterly*, n.º 1, pp. 65-78.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert

2009 “Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It”, disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1458949](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1458949) (consultado em 14.12.2012).

2012a “The Commission’s Modernization Agenda for Procurement and SGEI”, disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2071655](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2071655) (consultado em 14.12.2012).

2012b “Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?”, disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2037768](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768) (consultado em 14.12.2012).

TOSICS, Nora & GAÁL, Norbert

2007 “Public Procurement and State Aid Control - The Issue of Economic Advantage”, in *EC Competition Policy Newsletter*, n.º 3, pp. 15 -18.

**Documentos oficiais**

COMISSÃO EUROPEIA

2012a *Linhas de orientação da Comissão sobre o funcionamento, a reestruturação e privatização de empresas públicas*, Documento de trabalho dos serviços da Comissão, de 10.02.2012.

2012b *Comunicação da Comissão sobre o Enquadramento da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público*, COM(2012/C 8/03), de 11.01.2012.

2012c *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral*, COM(2012/C 8/02), de 11.01.2012.

2011 *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, COM(2011) 15 final, de 27.01.2011.

- 1997 *Comunicação da Comissão no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos*, COM(97/C 209/03), de 10.07.1997.
- 1994 *XXIII Relatório da Comissão sobre Política de Concorrência*, de 1993.
- 1993 *XXII Relatório da Comissão Europeia sobre Política de Concorrência*, de 1992.