

COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA

CONTRATAÇÃO PÚBLICA - I

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

FEVEREIRO 2017



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ e elétrico n.º 28



Dentro da vastidão de matérias que constituem hoje em dia o Direito Administrativo, a matéria da Contratação Pública é das que mais questões suscita e, como tal, das que têm merecido mais atenção no âmbito dos Planos de Formação anuais do Centro de Estudos Judiciários.

De forma a procurar sistematizar o trabalho realizado, as intervenções sobre esta temática feitas nas Acções de Formação, desde 2013, são agora reunidas em dois E-books (sendo este o primeiro), no qual se incluem os textos e vídeogravações das AFCs de Fevereiro de 2013 a Março de 2015 (mesmo que já antes publicadas noutras publicações do CEJ). "Contratação Pública II" em breve terá também a sua publicação, contendo as intervenções ocorridas no decurso do Plano de Formação 2015-2016.

O resultado final obtido cumpre o objectivo de ser útil aos juízes e magistrados do MP que têm de lidar com a matéria, mas também para advogados, juristas e estudantes de Direito.

O Centro de Estudos Judiciários dá, assim, mais este contributo para que a Comunidade Jurídica tenha acesso aos conteúdos das acções de formação que organiza.

(ETL)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Ana Celeste Carvalho (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição)

Sofia David (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Cristina Flora (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Margarida Reis (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Nome:

Contratação Pública - I

Categoria: Formação Contínua

Conceção e organização:

Ana Celeste Carvalho

Sofia David

Plano de Formação 2014/2015:

– As novas Diretivas sobre Contratação Pública - 20 de março 2015 (programa)

Plano de Formação 2013/2014:

– Contratação Pública - 28 de fevereiro 2014 (programa)

Plano de Formação 2012/2013:

– Contratação Pública - 1 e 8 de fevereiro 2013 (programa)

– Temas de Direito Administrativo - 22 de março 2013 (programa)

Intervenientes:

Pedro Fernández Sánchez – Advogado

Ana Celeste Carvalho – Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul, docente do Centro de Estudos Judiciários

Luís Fábrica – Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Alexandra Leitão – Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (à data da ação de formação)

Luís Verde de Sousa – Mestre em Direito, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Advogado

Raquel Carvalho – Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola do Porto, Investigadora e membro integrado no Católica Research Centre for the Future of Law – Centro de Estudos e Investigação em Direito

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos seus Autores não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet:<URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

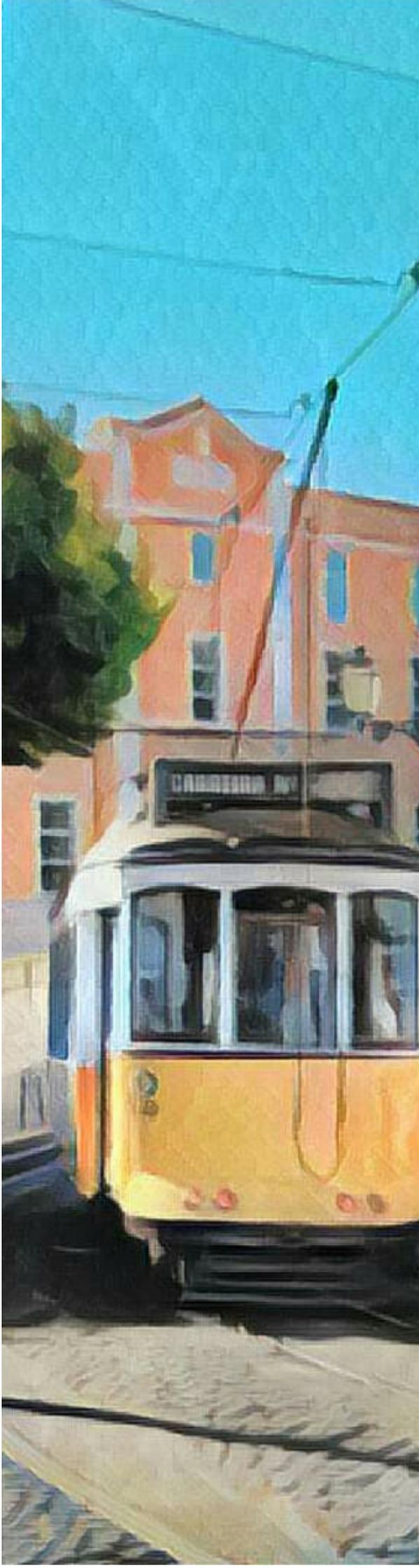
Identificação da versão	Data de actualização
1.ª edição – 10/02/2017	

CONTRATAÇÃO PÚBLICA - I

Índice

1. O âmbito de aplicação do regime de contratação pública: Organismos de Direito Público e Entidades Privadas.....	9
Pedro Fernández Sánchez	
2. A Decisão de Adjudicação e o Dever de Adjudicação	25
Ana Celeste Carvalho	
3. Contrato administrativo - Regime de invalidade	47
Luís Fábrica	
4. Contratos Interadministrativos	53
Alexandra Leitão	
5. Contratação Eletrónica	93
Luís Verde de Sousa	
6. O regime da alteração das circunstâncias no âmbito do procedimento pré-contratual	97
Pedro Fernández Sánchez	
7. Cooperação entre entidades adjudicantes	111
Raquel Carvalho	

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1.

O âmbito de
aplicação do
regime de
contratação
pública:

Organismos de
Direito Público e
Entidades
Privadas

Pedro Fernández Sánchez

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA:
ORGANISMOS DE DIREITO PÚBLICO E ENTIDADES PRIVADAS***

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

Pedro Fernández Sánchez**

- A) Considerações introdutórias;
- B) Natureza cumulativa dos três requisitos de qualificação enunciados na al. a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP;
- C) Requisito do «controlo público» (artigo 2.º, n.º 2, alínea a), subalínea ii), do CCP);
- D) Requisito da prossecução de “necessidades de interesse geral” (artigo 2.º, n.º 2, alínea a), subalínea i), 1.ª parte, do CCP).

A) Considerações introdutórias

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

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

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

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

* O presente texto, já publicado no e-book “[Temas de Direito Administrativo](#)”, de Agosto de 2014, corresponde à sessão efectuada no dia 1 de Fevereiro de 2013, no CEJ, Lisboa, no âmbito do “Seminário sobre Contratação Pública”.

** Advogado.

5. Exemplos de base jurisprudencial:

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

B) Natureza cumulativa dos três requisitos de qualificação enunciados na al. a) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP

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

Base jurisprudencial (entre tantos outros exemplos):

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

C) Requisito do «controlo público» (artigo 2.º, n.º 2, alínea a), subalínea ii), do CCP)

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

Exemplos de base jurisprudencial:

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

C1) Controlo público através do financiamento maioritário

8. Motivo da utilização deste elemento de facto como meio demonstrativo da verificação de uma dependência de uma pessoa colectiva em face dos poderes públicos: ainda que a Administração Pública não disponha da capacidade *directa ou imediata* de controlar a

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

9. Elementos de densificação do conceito de “financiamento maioritariamente público”

(o Proc. *University of Cambridge* serve de base fundamental do qual o Tribunal de Justiça nunca se afastou até hoje):

- a) Determinação do *limiar quantitativo* a partir do qual se entende que os financiamentos públicos são maioritários nas receitas de uma entidade privada: solução mais simples, ou literal, segundo a qual “deve interpretar-se no sentido de que se trata de *mais de metade*” (cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, n.ºs 27-33).
- b) Determinação de *quais as receitas relevantes* em face das quais o financiamento deve ser apurado: para o apuramento do peso relativo do financiamento obtido no contexto das receitas da pessoa colectiva, devem ser contabilizadas *todas as suas receitas* (“para se chegar a uma apreciação correcta da percentagem de financiamento público de um dado organismo, deverá ter-se em conta o conjunto das receitas de que beneficia, incluindo as resultantes de actividade comercial” – cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, n.º 36).
- c) Determinação de qual o *lapso temporal* relevante para a contabilização das receitas da entidade adjudicante: devem ser contabilizadas as *receitas previstas para o exercício orçamental em curso*, ainda que, obviamente, por se tratar de um exercício não concluído, se apoie parcialmente em meras *estimativas* (por “imperativos de segurança jurídica”, que permitam assegurar algum “grau de previsibilidade”, levando em conta o facto de que “o financiamento de uma entidade [pode] variar de ano para ano”, “o cálculo do seu modo de financiamento deve efectuar-se com base em números disponíveis no início do exercício orçamental, ainda que a título de previsão” – cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, n.ºs 38-41).

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

- a) Necessidade de distinguir “financiamento público” e simples “receita (de proveniência) pública”: qualquer contrato oneroso celebrado com uma entidade

pública deve implicar, obviamente, que o pagamento do preço corresponda a uma receita de origem pública. Mas é evidente que esse preço não pode ser qualificado como “financiamento”: trata-se simplesmente do *pagamento de uma contrapartida específica pela realização de uma prestação contratual no âmbito de uma relação sinalagmática livremente negociada entre as partes*. Ora, apenas as *prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contraprestação específica (desprovidas de um sinalagma contratual), podem ser qualificadas como “financiamento público”* (cfr., desenvolvidamente, JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Os Pressupostos de Qualificação de uma Entidade Privada como «Entidade Adjudicante»: Em Especial, o Financiamento Maioritariamente Público”, in *Temas de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 104- 107).

- b) Assim, se o intérprete puder identificar uma relação que se “assemelhe à existente nas relações comerciais normais nos contratos de natureza sinalagmática livremente negociados entre as partes”, deve descartar a existência de um financiamento (cfr. Acórdão de 3 de Outubro de 2000, n.º 25); o financiamento deve ficar reservado para os casos em que se observa “a criação ou o aprofundamento de umnexo específico de subordinação ou de dependência. Apenas as prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contra-prestação específica, das actividades da entidade em causa poderão qualificar-se como «financiamento público»” (*ibidem*, n.º 21).

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

- Acórdão de 13 de Abril de 2010 (Proc. C-91/08 – *Wall AG*, n.ºs 54-55): apesar de boa parte das receitas de uma entidade privada provirem da Administração Pública, “mais de metade do volume de negócios [da empresa] provém de *contratos sinalagmáticos* relativos à eliminação de resíduos e à limpeza das vias públicas”.
- Acórdão de 13 de Dezembro de 2007 (Proc. C-337/06 – *Bayerischer Rundfunk*, n.ºs 44-50): exemplo contrário, em que é reconhecida a existência de um verdadeiro “financiamento público”, mas isto, sublinhe-se, sem que a proveniência da receita seja sequer pública. Nesse caso, a receita de origem privada é considerada como um financiamento público porque a entidade de radiodifusão em causa *i)* recebe taxas dos consumidores em virtude de uma determinação pública (n.º 44), *ii)* tais taxas não podem ser consideradas como preço, não existindo pois sinalagma, uma vez que os consumidores “são obrigados a pagar a taxa pela simples detenção de um aparelho receptor, independentemente da utilização do serviço proposto por estes organismos. Consequentemente, os consumidores devem pagar a taxa, mesmo que nunca recorram aos serviços dos referidos organismos” (n.º 45); *iii)* e o Estado atribui prerrogativas de poder público ao beneficiário do financiamento para a sua obtenção, por colocar ao seu dispor processos de execução coactiva relativamente aos consumidores faltosos (n.º 44).
- Acórdão de 11 de Junho de 2009 (Proc. C-300/07 – *Hans & Christophorus Oymanns*, n.ºs 16-22 e 52-59): exemplo semelhante, com receitas de proveniência privada a

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

12. Conclusão:

Com base na jurisprudência recente, o Advogado-Geral PAOLO MENGOZZI, nas recentíssimas Conclusões que apresentou a este respeito (cfr. Conclusões de 30 de Janeiro de 2013, no Proc. C-526/2011, n.ºs 57-58), pôde afirmar, em suma, que estes casos demonstram que o Tribunal de Justiça recorre a um método indiciário, recusando uma fórmula puramente matemática de cálculo do financiamento que resolva, só por si, a questão da subsunção ao regime de contratação pública, levando em conta, conjugadamente, “em primeiro lugar, a origem pública e vinculativa do recurso em questão, em seguida, o carácter autoritário da sua cobrança às pessoas que a ele estão sujeitas e as suas modalidades de fixação bem como, se for o caso, o alcance e a intensidade do controlo efetuado sobre estes últimos pelas autoridades públicas de supervisão e, por último, as prerrogativas de poder público atribuídas aos organismos em causa para garantir a cobrança deste recurso”. Nenhum indício, só por si, resolve a questão – nem mesmo o indício enumerado “em primeiro lugar”, isto é, “a origem pública e vinculativa do recurso em questão”.

C2) Controlo público através do controlo de gestão

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

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

entidade privada.

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

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

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

17. Novamente, a detenção da maioria do capital social é o critério suficiente para confirmar o controlo da maioria dos votos e, logo, a designação de administradores ou directores. Mas deve levar-se em conta: a possível existência de direitos especiais de designação de titulares de órgãos; a formação de maiorias qualificadas que sejam eventualmente exigidas nos estatutos para a nomeação dos titulares (cfr., de novo, o Acórdão cit. de 13 de Abril de 2010, referente ao caso em que cada decisão só podia ser aprovada com três quartos dos votos emitidos em assembleia geral); ou, ainda, a existência de regras especiais, legislativas ou regulamentares, que determinem que pelo menos o órgão de fiscalização (v.g., fiscal único) é nomeado por uma entidade adjudicante (v., por exemplo, as instituições de ensino superior sob forma de fundação de direito privado previstas na Lei n.º 62/2007).

D) Requisito da prossecução de “necessidades de interesse geral” (artigo 2.º, n.º 2, alínea a), subalínea i), 1.ª parte, do CCP)

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

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

20. Uma possível explicação para esta interpretação expansiva foi sugerida por SUE ARROWSMITH: a ideia de limitar o Direito Administrativo da Contratação Pública à prossecução de necessidades “de interesse geral” pode parecer razoável e intuitiva; mas ela é de bondade muito discutível se se recordar que o regime de contratação pública tem o propósito de assegurar as liberdades comunitárias inerentes à realização de um mercado interno e, desde logo, evitar os obstáculos que para esse efeito são criados pela adopção de critérios discriminatórios na selecção dos co-contratantes da Administração Pública. Ora, tendo isso em vista, será difícil compreender por que se deve admitir que os poderes públicos sejam dispensados da aplicação do regime de contratação pública – e, portanto, *estejam legitimados para discriminar os nacionais de outros Estados-membros* – só porque estão *envolvidos na prossecução de necessidades que não são de interesse geral*. De facto, se uma entidade pública entende empreender uma actividade que não pode ser identificada com uma “dimensão colectiva ou pública”, não se vê por que razão o legislador comunitário entende admitir que a escolha dos seus co-contratantes pode atentar contra as liberdades fundamentais protegidas pela ordem jurídica comunitária (cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 266).

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

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

- Fabricação de impressos oficiais como passaportes, cartas de condução ou bilhetes de identidade (Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Proc. C-44/96 – *Mannesmann*)
- Manutenção das florestas nacionais (Acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Proc. C-353/96 – *Comissão vs. Irlanda*)
- Planificação e construção de locais destinados à locação a empresas privadas (Acórdão de 22 de Maio de 2003, Proc. C-18/01 – *Korhonen*: exemplo que esclarece bem o alcance expansivo da interpretação do Tribunal de Justiça, visto que, nesse aresto, a solução foi justificada pelo facto de, “ao adquirir serviços de planificação e de construção no âmbito de um projecto imobiliário relativo, nomeadamente, à construção de imóveis para escritórios, a demandada no processo principal não age apenas no interesse particular das empresas directamente interessadas no referido projecto, mas também no interesse da cidade de Varkaus”; estas “podem, com efeito, ser consideradas actividades que respondem a necessidades de interesse geral na medida em que são susceptíveis de incentivar as trocas, bem como o desenvolvimento económico e social da autarquia local em causa, pois a implantação de empresas no território de uma autarquia tem, frequentemente, efeitos positivos para

essa autarquia em termos de criação de emprego, de aumento das receitas fiscais, bem como de favorecimento da oferta e da procura de bens e serviços” – cfr. n.ºs 44 e 45).

- Organização de iniciativas, eventos, feiras, exposições e congressos (Acórdão de 10 de Maio de 2001, Procs. apensos C-223/99 e 260/99 – *Agorá*: outro exemplo bem sugestivo, visto que, para o Tribunal, a organização desse tipo de manifestações satisfaz necessidades de interesse geral, porquanto o organizador dessas manifestações, ao reunir num mesmo local geográfico fabricantes e comerciantes, não actua apenas no interesse específico destes últimos, que beneficiam assim de um espaço de promoção para os seus produtos e mercadorias, mas também oferece aos consumidores que frequentam essas manifestações uma informação que lhes permite efectuar as suas opções em condições óptimas. A impulsão a nível do comércio que daí decorre pode ser considerada de interesse geral – cfr. n.ºs 33 e 34).
- Aquecimento de residências pela utilização de energia proveniente de combustão de resíduos (Acórdão de 10 de Abril de 2008, Proc. C-393/06 – *Aigner*: exemplo igualmente esclarecedor porque o Tribunal sustenta que “assegurar o aquecimento de uma aglomeração urbana através de um procedimento que respeite o ambiente constitui um objectivo de indubitável interesse geral. Não pode, portanto, ser contestado que a *Fernwärme Wien* foi constituída especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral. A este respeito, é indiferente que essas necessidades também sejam ou possam ser satisfeitas por empresas privadas. Importa que se trate de necessidades que, por razões ligadas ao interesse geral, o próprio Estado ou uma colectividade territorial entendam satisfazer, em geral, ou em relação às quais pretendam manter uma influência determinante” – cfr. n.ºs 39 e 40).

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

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

de 15 de Janeiro de 1998, n.ºs 25-26).

- c) Se, em si mesmo, esta última interpretação é justificável porque a exigência constante do referido normativo (que se prossiga “*especificamente*” necessidades de interesse geral) não implica – como o Tribunal de Justiça correctamente concluiu – que sejam prosseguidas “*unicamente*” essas necessidades, já é, porém razoável que se conclua que o termo “*especificamente*” usado pelo legislador comunitário signifique que, no mínimo, as necessidades de interesse geral assumam uma importância relevante na sua actividade. Mas tão-pouco essa interpretação moderada foi admitida pelo Tribunal de Justiça: “A circunstância [...] de a satisfação das necessidades de interesse geral *constituir apenas uma parte relativamente pequena* das actividades efectivamente exercidas também não tem relevância, uma vez que a referida entidade continua a encarregar-se das necessidades que é especificamente obrigada a satisfazer” (cfr. Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, n.º 25); “A qualidade de organismo de direito público não depende da *importância relativa* da satisfação de necessidades de interesse geral na actividade do organismo em questão” (cfr. Acórdão de 10 de Novembro de 1998, Proc. C- 360/96 –*BFI Holding*, n.º 56). Basta, pois, que **uma das necessidades** prosseguidas, **mesmo que a nível residual**, seja de interesse geral para **contaminar** todas as outras que são prosseguidas a título principal.
- d) Finalmente, poderia questionar-se se, pelo menos, o Tribunal de Justiça estaria disposto a suavizar este entendimento quando se confirmasse objectivamente que a pessoa colectiva em causa respeita um *regime de separação contabilística*, podendo libertar-se da obrigação de respeitar o regime de contratação pública nos casos em que prossegue actividades que não são de interesse geral. Também essa possibilidade foi negada: “Todos os contratos celebrados por um organismo que tem a qualidade de entidade adjudicante, seja qual for a sua natureza, devem estar sujeitos às regras dessa directiva. [...] Esta conclusão *também se impõe às entidades que aplicam uma contabilidade que tem em vista uma clara separação interna entre as actividades que exercem para desempenhar a sua missão de satisfazer necessidades de interesse geral e as actividades que exercem em condições de concorrência*. Com efeito, como sublinha o advogado-geral nos n.ºs 64 e 65 das suas conclusões, pode seriamente pôr-se em dúvida que seja efectivamente possível estabelecer essa separação entre as diferentes actividades de uma entidade que constitui uma única pessoa jurídica, que tem um regime patrimonial e de propriedade único e cujas decisões em matéria de direcção e gestão são tomadas por unanimidade, isto apesar de não ter em conta muitos outros obstáculos de ordem prática quanto ao controlo, *ex ante et ex post*, da separação absoluta entre os diferentes domínios de actividade da entidade em questão e da inclusão da actividade em causa num ou noutro domínio. Assim, por razões de segurança jurídica, de transparência e de previsibilidade, que regulam a execução dos procedimentos de todos os contratos públicos, há que ter em consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça exposta” anteriormente (cfr. Acórdão de 10 de Abril de 2008, Proc. C-393/06 – *Ing. Aigner*, n.ºs 50-54).

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

D) Requisito do “carácter [não] industrial ou comercial” das necessidades prosseguidas pela entidade adjudicante (artigo 2.º, n.º 2, alínea a), subalínea i), 2.ª parte, do CCP)

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

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

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

Esclarecimentos prestados pelo Tribunal de Justiça:

- a) Tal ideia *não pode* ser confundida com a mera verificação de que, num dado momento, um “organismo de direito público” *suporta concorrência* de outros operadores económicos e que, portanto, *não actua num mercado monopolista*: a circunstância de uma entidade actuar num mercado concorrencial constitui apenas um indício da natureza industrial ou comercial da sua actividade – mas não permite, só por si, afastar o regime de contratação pública (cfr. Acórdão de 10 de Novembro de 1998, Proc. C-360/96 – *BFI Holding*, n.º 43; Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Proc. C-373/00 – *Adolf Truley*, n.º 61; Acórdão de 22 de Maio de 2003, Proc. C 18/01 – *Korhonen*, n.º 50).
- b) O que cabe confirmar é se a concorrência que eventualmente exista é uma concorrência livre ou pura – isto é, não desvirtuada através de uma especial relação que um dos concorrentes mantém com outros poderes públicos. Isto é, ainda quando uma pessoa colectiva actua num mercado concorrencial, *é necessário confirmar se o*

faz nas mesmas condições a que todos os seus concorrentes se sujeitam ou se, por força de privilégios que ostenta na sua relação com a Administração Pública orgânica, dispõe de condições mais favoráveis para o desenvolvimento de uma actividade económica – o que equivale a admitir que dispõe da flexibilidade necessária para actuar de acordo com critérios não totalmente económicos (discriminatórios), sendo a perda de eficiência económica daí resultante suportada ou compensada por outras entidades públicas (cfr., para desenvolvimento, JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Aplicação do Regime...”, cit., pp. 77-81).

- c) O indício mais decisivo neste sentido consiste na *verificação de quem suporta o risco económico-financeiro da actividade dos operadores que actuam nesse mercado*: um dos principais marcos identificadores da actividade industrial ou comercial cifra-se na circunstância de cada empresário suportar o risco económico-financeiro da sua actividade; é isso que pressiona o decisor a pautar as suas escolhas por critérios puramente económicos e de eficiência, visto que as consequências negativas de eventuais decisões assentes em critérios discriminatórios serão suportadas pela própria empresa, pelo que, à partida, a sua actividade não pode assentar senão em critérios de rendimento e rentabilidade – o que implica que o decisor já está pressionado pelo próprio mercado a escolher os co-contratantes que apresentem condições contratuais mais vantajosas, tornando desnecessário e supérfluo o recurso a um procedimento burocrático de contratação pública. Se, pelo contrário, mesmo no âmbito de um mercado concorrencial, um dos competidores é beneficiado com compensações financeiras por entidades públicas – ou se, pelo menos, existe a possibilidade, legal ou estatutariamente prevista, de receber tais compensações no caso de vir a suportar dificuldades económicas –, não pode afirmar-se que tal competidor é pressionado pelo risco económico-financeiro da sua actividade no sentido de escolher os seus co-contratantes de acordo com critérios puramente económicos.
- d) É certo que o facto de uma entidade privada prosseguir necessidades de interesse geral pode tornar perfeitamente legítima a atribuição de compensações públicas destinadas a suportar os prejuízos resultantes da sua actividade; o problema não reside, pois, numa alegada *ilegalidade* dessas compensações. Antes, o problema reside no facto de serem justamente essas compensações que podem conduzir o decisor a seleccionar os seus co-contratantes em razão de critérios não estritamente económicos: uma vez que o risco resultante da escolha de condições contratuais menos vantajosas é suportado (pelo menos parcialmente) por uma pessoa colectiva pública, a entidade beneficiária das compensações não é plenamente dissuadida de adoptar critérios discriminatórios na formação dos seus contratos. É por isso que a existência de privilégios resultantes de uma especial conexão com o sector público desvirtua a concorrência: porque quem adopta critérios discriminatórios sabe que a perda de eficiência daí resultante pode perfeitamente ser compensada por compensações públicas. Tais privilégios constituem, assim, um incentivo a uma gestão que se alheia dos critérios de racionalidade económica.

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

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

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

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

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

formalmente, pareceria que “suporta os riscos económicos associados à sua actividade e pode igualmente ser declarada falida, *resulta do despacho de reenvio que a Stadt Frankfurt am Main não permitiria que tal se verificasse*” (cfr. n.ºs 100-101).

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

32. Nota final: também quanto a este critério o Tribunal de Justiça continua a considerar indiferente a questão de saber se a subtracção à lógica concorrencial só se verifica quanto a *algumas* das actividades da pessoa colectiva: cfr. Acórdão de 15 de Janeiro de 1998 (Proc. C-44/96 – *Mannesmann*, n.º 31); Acórdão de 10 de Novembro de 1998 (Proc. C-360/96 – *BFI Holding*, n.ºs 55 e 56); Acórdão de 10 de Abril de 2008, (Proc. C-393/06 – *Ing. Aigner*, n.º 47).

Vídeo da apresentação

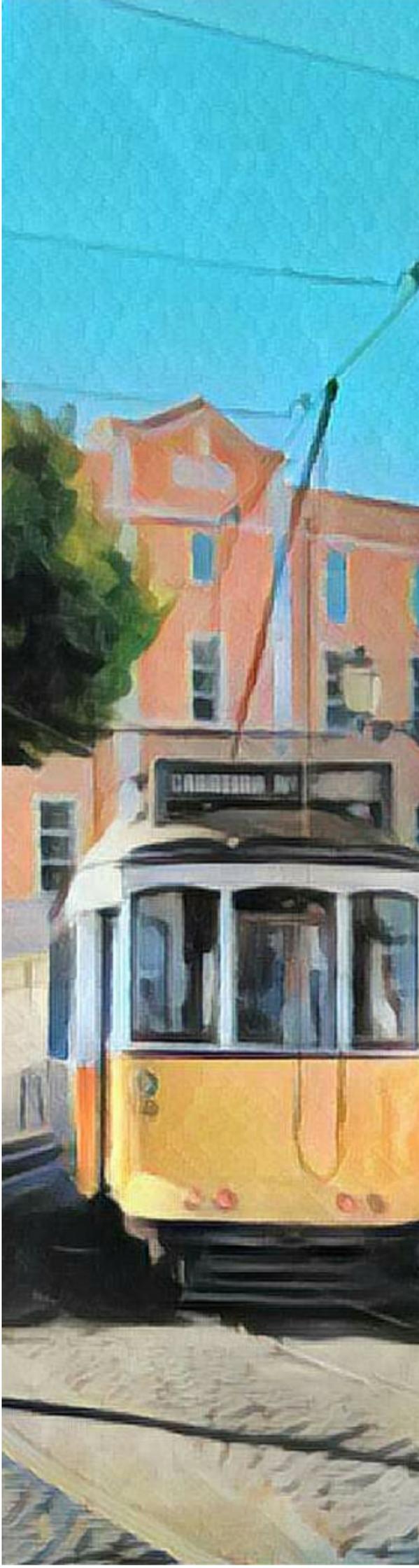


→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2o00rkfckm/flash.html>

Vídeo do debate



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2jbngnqkbh/flash.html>



2.
**A Decisão de
Adjudicação e o
Dever de
Adjudicação**

Ana Celeste Carvalho

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A DECISÃO DE ADJUDICAÇÃO E O DEVER DE ADJUDICAÇÃO*

Ana Celeste Carvalho**

1. Nota introdutória;
 2. A autonomia e relevância da *decisão* de adjudicação;
 3. A análise do binómio *decisão* de adjudicação e *dever* de adjudicação;
 4. A tutela da *decisão* de adjudicação e do *dever* de adjudicação;
 - 4.1. Tutela administrativa da *decisão* de adjudicação;
 - 4.2. Tutela judicial da *decisão* de adjudicação e do *dever* de adjudicação.
- Bibliografia

1. Nota Introdutória

O tema de que me ocuparei respeita à *decisão* de adjudicação e ao *dever* de adjudicação, sendo analisadas as principais questões que a seu propósito se suscitam, sem esgotar o tema, o qual não só é vasto, como pode ser analisado sob diferentes perspectivas.

Prevendo-se no artigo 76º do CCP o *dever de adjudicação*, importa atender aos aspectos centrais, quer desse *dever*, quer da *decisão* de adjudicação.

A *decisão* de adjudicação, é o acto definitivo que, em regra, põe termo ao procedimento pré-contratual, correspondendo à *decisão* final do procedimento, sendo de registar a novidade em que se traduz a consagração, pela primeira vez em letra de lei, do *dever* de adjudicar, com as inevitáveis consequências que o seu incumprimento acarretará para a entidade adjudicante.

2. Da autonomia e relevância da *decisão* de adjudicação

A propósito da autonomia e relevância da *decisão* de adjudicação, impõe-se a análise da natureza jurídica da *decisão* de adjudicação e a sua inserção no âmbito do procedimento pré-contratual.

A *decisão* de adjudicação tem expressa referência no artigo 73º do CCP, enquanto acto definitivo do procedimento, mediante aceitação da única proposta apresentada ou da escolha de uma das propostas de entre as várias apresentadas, que será objecto do contrato a celebrar e que, em princípio, põe termo ao procedimento pré-contratual, definindo a posição jurídica da entidade adjudicante e de todos os concorrentes.

* O presente texto, já publicado no e-book "[Temas de Direito Administrativo](#)", de Agosto de 2014, corresponde à efectuada no dia 8 de Fevereiro de 2013, no CEJ, Lisboa, no âmbito do "Seminário sobre Contratação Pública".

** Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul, docente do Centro de Estudos Judiciários.

Através da decisão de adjudicação ficam delimitados, quer a proposta, quer o respectivo adjudicatário, assim como o conteúdo do contrato a celebrar, que tem por base o teor da proposta adjudicada.

Durante algum tempo a doutrina cuidou de analisar o *quid* sobre o qual incidia a decisão de adjudicação, enquanto decisão de escolha, se a escolha de uma proposta, se a de um concorrente, questão que hoje está ultrapassada.

Antes do CCP também se questionava se se havia de qualificar a decisão de qualificação como uma declaração negocial, isto é, como uma *declaração de aceitação* de uma das propostas apresentadas.

Actualmente, pela doutrina e jurisprudência, a decisão de adjudicação tem merecido de forma unânime a qualificação de *acto administrativo*, na acepção que ainda hoje se mantém no artigo 120º do CPA, pelo que, comunga de todo o regime legal previsto, em especial e em geral, para os actos administrativos – cfr. artigo 121º, relativo à condição, termos e modo; artigo 122º, quanto à forma dos actos; artigo 123º quanto às menções obrigatórias e artigo 125º, quanto ao dever de fundamentação.

Assim, ao contrário de outras decisões tomadas pela entidade adjudicante durante o procedimento, em que se discute a sua autonomia, qualificação jurídica e respectiva relevância impugnatória, como a decisão de contratar e a decisão de abertura do procedimento e sua discussão em torno do respectivo anúncio, se meramente publicitador ou verdadeiramente o acto que procede à abertura do procedimento, é consensual para a doutrina e jurisprudência, a natureza jurídica do acto de adjudicação como acto administrativo e a sua autonomia no âmbito do procedimento pré-contratual, com repercussões quanto à sua impugnabilidade administrativa e contenciosa.

Através do acto de adjudicação firmam-se direitos e deveres para ambas as partes: o *direito* e o *dever* recíprocos a contratar, nos termos da proposta apresentada.

Na dogmática dos actos administrativos, a decisão de adjudicação é qualificada como acto constitutivo de direitos para o adjudicatário, por fazer nascer o direito a ser o co-contratante com a entidade adjudicante.

É de questionar o âmbito da tutela da posição jurídica do concorrente graduado em primeiro lugar *antes* do acto de adjudicação ser praticado, isto é, se é merecedor de alguma tutela jurídica e em que termos, o que nos remete para o *dever* de adjudicação.

3. Decisão de adjudicação e *dever* de adjudicação

Associada à decisão de adjudicação, está o *dever* de adjudicação, enquanto perspectiva diferente da mesma realidade.

Procede o artigo 76º do CCP à consagração em letra de lei do *dever* de adjudicação, no que se traduz numa clarificação de regime, em face das crescentes dúvidas, em momento anterior ao CCP, sobre a manutenção da posição de que a abertura de um procedimento pré-contratual não implicava o dever de adjudicar o contrato.

Até ao CCP a posição maioritária da doutrina seguia o entendimento de que, aberto um procedimento, não recaía sobre a entidade adjudicante o dever de adjudicar.

Para MARCELLO CAETANO cabia na discricionariedade da Administração (i) o poder de declarar sem efeito o concurso chegado à fase da adjudicação ou (ii) de recusar todas as propostas por inconveniência, sendo que o direito de não adjudicar só conhecia as restrições que a lei estabelecia para protecção da confiança dos concorrentes.

A decisão de não adjudicar podia ter dois fundamentos distintos:

(i) Baseado no juízo negativo quanto a todas as propostas apresentadas, traduzido no exercício da *discricionariedade* de escolha; ou ainda

(ii) Por razões supervenientes de interesse público, que determinassem que a Administração tinha perdido interesse na celebração do contrato.

O poder de não adjudicar resultava da posição assumida pela entidade adjudicante de não ser proponente, mas mera destinatária de propostas, em relação às quais tem toda a liberdade de aceitar ou não aceitar.

Embora tal posição tivesse sido posteriormente temperada, no sentido de, com a abertura do procedimento, a entidade adjudicante se vincular perante os concorrentes a apreciar as suas propostas com a finalidade de escolher a melhor e a tomar a decisão final de adjudicação, mantendo-se o poder de não adjudicar por razões alheias à qualidade das propostas dos concorrentes, de acordo com o princípio da legalidade, apenas com o CCP se tomou posição *assertiva*, pela mão do legislador, sobre a consagração do *dever* legal de adjudicação.

Assim, por a ordem jurídica estabelecer a imposição do dever legal de adjudicar a cargo da entidade adjudicante, não podem hoje fundar-se mais dúvidas sobre a existência do *dever* de adjudicação.

Alguma doutrina tende a tratar a *decisão* de adjudicação em paralelo com o *critério* de adjudicação, relevante em sede de avaliação das propostas, questionando se tal actividade de avaliação se traduz numa actividade discricionária ou antes vinculada, mas estão em causa questões distintas, não havendo em sede da decisão ou do dever de adjudicação de convocar a actividade de avaliação das propostas.

Nesse sentido, associado o acto de adjudicação ao “critério de adjudicação”, cfr. o Acórdão do STA, de 02 de Abril de 2009, processo nº 83/08, de onde se extrai que: “II - Embora a Administração, nos concursos públicos, goze de uma ampla margem de livre ponderação e

conformação na escolha dos critérios de avaliação das propostas e na valoração dos respectivos factores, por se tratar de aspectos não vinculados do acto de adjudicação (...) todos os factores que devam ser ponderados devem ser indicados (e quantificados) por ordem decrescente de importância”.

Em sentido idêntico estabelece o Considerando 46 da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, ao prever que “*A adjudicação de um contrato deve realizar-se com base em critérios objectivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva. ... importa admitir unicamente a aplicação de dois critérios de adjudicação: o «preço mais baixo» e a «proposta economicamente mais vantajosa»*”, assim como no artigo 53º da Directiva, sob epígrafe “*Critérios de adjudicação*”, que dá início à Secção 3, “*Adjudicação do contrato*”, do Capítulo VII, “*Evolução do processo*”.

A maior ou menor discricionariedade concedida à entidade adjudicante na avaliação das propostas tem a sua medida pautada pelo modelo de avaliação e não deve ser confundida com a decisão de adjudicação, enquanto decisão, como veremos, eminentemente vinculada.

Assim, se até à entrada em vigor do CCP alguma doutrina¹ considerava ainda existir espaço para se falar em discricionariedade entre as decisões de adjudicar e de não adjudicar, *maxime* quando se concluísse que nenhuma das propostas apresentadas se apresentasse idónea ou satisfatória para a prossecução do interesse público², o que decorria ainda da finalidade última em prosseguir o interesse público subjacente à decisão de contratar, entendemos que hoje a questão deve ser vista em termos diferentes.

Associava-se à decisão de adjudicar o poder discricionário de decidir adjudicar ou não adjudicar conforme a valia ou *performance* das propostas, mas, nos termos que resultam do CCP, é de afastar este tipo de análise, por uma dupla razão:

(i) Não só a decisão de adjudicação encerra em si um momento autónomo no âmbito do procedimento pré-contratual, traduzindo uma fase ou momento procedimental distinto da fase de avaliação das propostas; como

(ii) Decorre de forma clara do CCP uma maior preocupação conferida ao modelo de avaliação das propostas, que mais não visa limitar a margem de livre apreciação da entidade adjudicante

¹ A este respeito, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “*O Concurso ...*”, pág. 208. Em sentido contrário, com o qual concordamos, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Concursos ...*”, pág. 171, no sentido de que “*o carácter administrativo do procedimento adjudicatório, pelo menos em procedimentos concursais, projecta-se também ao nível da própria vinculação de adjudicar (ou contratar): salvo em casos excepcionais (legalmente determinados), a abertura do procedimento concursal corresponde a uma auto-vinculação da Administração a contratar com o concorrente que apresente a melhor proposta e nos termos desta*”. Mais à frente (pág. 569) lê-se que “*a abertura do procedimento concursal ... constitui a entidade adjudicante no dever legal de adjudicação*”.

² A razão de ser da Administração e da sua organização prende-se com a prossecução do interesse público, o que se manifesta e evidencia em diversas formas e modalidades de intervenção dos poderes públicos. Vide “*O Esquecimento do Interesse Público no Direito Administrativo*”, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, in “*O Direito ...*”.

na tarefa de avaliação, traduzindo-se numa forma de *auto-vinculação* administrativa e na conseqüente impossibilidade de invocar o poder discricionário para não adjudicar com base em razões relativas às propostas, com isso, conferindo maior objectividade e transparência ao procedimento pré-contratual.

A não ser assim, ocorrendo a não adjudicação por falta de mérito das propostas, seria conceder que o modelo de avaliação havia sido mal construído, não reflectindo o *objecto* da necessidade de contratar.

Porém, o CCP, no artigo 76º, nº 1, além de estabelecer o dever de adjudicação, cuidou de prever os termos em que a decisão deve ser tomada e ainda as conseqüências do seu incumprimento.

Salvo a ocorrência de circunstâncias que determinam a não adjudicação, previstas nas várias alíneas do nº 1 do artigo 79º, a entidade adjudicante tem o dever legal de adoptar a decisão final do procedimento pré-contratual num determinado prazo, a que se associa o correspondente dever de manutenção das propostas pelos concorrentes.

Pese embora o dever de adjudicação, é de questionar se existe à entidade adjudicante um *direito* de não adjudicação ou, por outras palavras, um *dever* de não adjudicar.

À luz do disposto no artigo 79º é de recusar que exista um direito genérico a não adjudicar, por se encontrarem enunciados os fundamentos para essa decisão, pelo que, apenas à luz de uma dessas situações é de enquadrar tal decisão, não se concedendo esse poder-dever de uma forma livre e incondicionada.

Apenas é de conceber um *dever* de não adjudicação no caso de verificação de um dos fundamentos legais, situação em que não só o princípio da legalidade, como o princípio da competência, previstos nos artigos 266º, nº 2 da Constituição e 3º do CPA, o impõe, como a finalidade do procedimento pré-contratual o deve ditar, isto é, numa lógica de correcta prossecução do interesse público, fora do domínio da autonomia da vontade.

Não existe um poder discricionário em torno da decisão de adjudicação, sendo de recusar que a entidade adjudicante disponha da *liberdade* de adjudicar ou de não adjudicar, antes estando em causa uma decisão *vinculada*, em que existe o dever de adjudicação, salvo a verificação de um dos eventos típicos, previstos na lei de forma expressa, que legitimam a não adjudicação.

O que dizemos releva igualmente quanto à consideração da decisão de contratar e do acto que procede à abertura do procedimento pré-contratual, no sentido de não serem decisões livremente revogáveis pela entidade adjudicante, sendo de recusar que a mesma possa, a qualquer momento, optar pela revogação do procedimento.

Com a prática da decisão de contratar a Administração vincula-se a levar o procedimento até ao fim, com a tomada de decisão que lhe ponha termo a qual, salvo alteração das circunstâncias, será a da adjudicação.

Daí que hoje defendamos a ilegalidade de cláusulas no programa do procedimento que prevejam uma reserva de revogação pela entidade adjudicante, por a possibilidade de não adjudicação estar confinada às situações legais previstas no artigo 79º, nº 1 do CCP, donde (apenas) as circunstâncias *objectivamente* “imprevistas” e “supervenientes” são de admitir.

Neste âmbito, cabe questionar se o carácter imprevisível e superveniente poderá ser *subjectivo*, decorrente de uma nova ponderação da entidade adjudicante ou se antes é exigível que essa ponderação ocorra antes da decisão de contratar.

Inequívoco em face do regime legal traçado é que exista uma livre opção entre adjudicar e não adjudicar, por em ambas as situações e de acordo com os respectivos pressupostos existir o dever *vinculado* a tomar uma dessas decisões ou, nas palavras de SÉRVULO CORREIA³, “não assiste à Administração qualquer «discricionariedade de silêncio»”.

Assim, não devem existir dúvidas quanto à previsão de um verdadeiro dever legal, isto é, de no caso da decisão de adjudicação estar em causa o exercício de um *poder vinculado* quanto ao dever de agir por parte da entidade adjudicante, por estar excluído do elenco de matérias em que predomine o exercício de poderes discricionários, quanto ao modo de agir, quanto ao sentido ou conteúdo do dever de agir e ainda quanto ao juízo de oportunidade do agir, incluindo-o na legalidade estrita.

Conforme assinalai, o dever de adjudicação apenas se encontra derogado no caso da ocorrência de qualquer das circunstâncias do artigo 79º, nº 1, do CCP, que se traduz no poder de não adjudicação, em casos em que si mesmos, salvo no caso da alínea f), respeitante ao procedimento de diálogo concorrencial, não dizem respeito à valia da proposta.

Isto porque, nos termos em que as causas de não adjudicação se encontram previstas, salvo a referida alínea f), se extrai a sua natureza *pretensamente* objectiva, sem atender às características da(s) proposta(s) apresentada(s), numa *aparente* limitação do poder de não adjudicação.

Com efeito, embora se afastem, em geral, nos motivos de não adjudicação, os fundados na falta de valia ou *performance* das propostas, não deixa de ser concedida uma ampla margem de liberdade à entidade adjudicante para poder decidir pela não adjudicação, atenta a redacção das alíneas c), d) e f), do nº 1, do artigo 79º, em que utilizando-se cláusulas abertas e conceitos indeterminados, se permite o seu preenchimento, em cada momento, pela entidade adjudicante.

Assim, é de afastar o poder de não adjudicar ou qualquer *direito* de não adjudicação quando esteja em causa a apreciação do mérito da proposta ou a sua idoneidade para realizar o interesse prosseguido com a decisão de contratar, isto é, se as propostas não forem satisfatórias, recusando-se que exista nestes casos, qualquer *dever* de não adjudicação.

³ In “O incumprimento ...”, pág. 8.

Estando em causa a previsão legal das circunstâncias em que a entidade adjudicante pode licitamente *não adjudicar*, não deixa a decisão de não adjudicação de estar sujeita ao princípio da legalidade e ao escrutínio do juiz na verificação dos respectivos pressupostos factuais e de Direito.

Reconhecendo-se ampla margem de decisão e espaço de discricionariedade administrativa no preenchimento de algumas das alíneas do nº 1, do artigo 79º (domínio em que por respeitar ao *mérito* ou *oportunidade* da decisão, em face do disposto no artigo 3º, nº 1, do CPTA, se encontra excluída a intervenção do poder judicial) não é, contudo, de afastar *in totum* o poder dos tribunais administrativos na apreciação da legalidade de tal decisão de não adjudicação.

Tal decisão, como acto administrativo que é, está sujeita ao dever de fundamentação, enquanto importante “arma” dos interessados, na dupla perspectiva de fundamentação *formal* (enquanto vício de forma) e fundamentação *substantiva* (de controle do eventual erro grosseiro do mérito da decisão de não adjudicação cometido) para além da admissibilidade, como regra, da sindicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados.

Assim, este escrutínio não deve ser muito apertado, concedendo-se margem à Administração, conquanto essa decisão se apresente suficientemente fundamentada.

Nas palavras de SÉRVULO CORREIA⁴, após a introdução, em 1989, no texto da Constituição, dos princípios da função administrativa, os tribunais passaram a dispor de um corpo de princípios gerais vocacionados a desempenhar o papel de parâmetros de controlo de exercício da margem de livre decisão administrativa e como parâmetros de sindicabilidade, compatível “*com a reserva parcial da Administração, estabelecida pelo legislador quando confere discricionariedade ou exige do órgão administrativo decisor um juízo valorativo ou de prognose baseado em parâmetros meta-normativos para apreciar se, no caso concreto, um certo pressuposto do exercício da competência, enunciado através de um conceito jurídico indeterminado, se deve considerar verificado (margem de livre apreciação). (...) a desconformidade entre a situação de facto concreta e um pressuposto tal como configurado na previsão normativa provoca um vício de violação de lei, seja ou não discricionário o poder exercido*”.

Tomando posição sobre a decisão de *anulação* do procedimento, no sentido da não verificação dos pressupostos legais, cfr. o Acórdão do STA, de 07 de Janeiro de 2009, processo nº 912/08: “*I - Nos termos do art. 58º do Dec. Lei 197/99, de 8 de Junho, a entidade competente para autorizar a despesa pode anular o procedimento quando: a) por circunstância imprevisível, seja necessário alterar os elementos fundamentais dos documentos que servem de base ao procedimento; b) outras razões supervenientes e de manifesto interesse público o justifiquem. II - É, assim, ilegal o despacho que anula o procedimento ao abrigo do referido preceito legal, sem que as circunstâncias invocadas fossem imprevisíveis ou supervenientes, na data da sua abertura*”.

⁴ In “Direito do Contencioso ...”, págs. 620-622.

Por confronto com as alíneas c) e d), do nº 1, do artigo 79º do CCP, denota-se a definição quanto ao limite temporal, por as “*circunstâncias imprevistas*” poderem ditar a alteração de aspectos fundamentais das peças do procedimento “*após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas*” e as “*circunstâncias supervenientes*”, se atenderem “*ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas*”.

Donde, associado ao *dever* de adjudicação, enquanto avanço clarificador de regime, com relevância para os concorrentes que pretendam accionar tal dever, não deixa o CCP de manter o poder-dever de não adjudicar, nas circunstâncias previstas na lei, temperando o regime em torno da decisão de adjudicação e do dever de adjudicar, num aparente equilíbrio de interesses.

4. Tutela da *decisão* de adjudicação e do *dever* de adjudicação

A contratação pública encerra em si uma panóplia de interesses e, por isso, uma diversidade de interessados, com tutelas e posições jurídicas substantivas nem sempre equivalentes, as quais, na maioria das vezes, são merecedoras de protecção.

Assim, a ordem jurídica tutela, em simultâneo, quer a decisão de adjudicação, quer o dever de adjudicação, em termos - iremos ver - não totalmente equivalentes, por em relação à *decisão* de adjudicação se encontrarem previstas, quer as garantias administrativas, quer as garantias contenciosas e em relação ao *dever* de adjudicação apenas as garantias contenciosas, não sendo de admitir as impugnações administrativas previstas no CCP.

Traduzindo-se a *decisão* de adjudicação no acto administrativo que põe termo ao procedimento pré-contratual, enquanto decisão final desse procedimento, a mesma encerra indiscutível relevância garantística.

Sobre a tutela do *dever* de adjudicação pode questionar-se se a sua previsão na ordem jurídica foi acompanhada das respectivas sanções ou meios de reacção em caso de incumprimento ou se, antes pelo contrário, se trata de um dever jurídico imperfeito, a que o legislador não associou qualquer tipo de consequências.

4.1. Tutela administrativa da *decisão* de adjudicação

Consagra o CCP, nos artigos 267º e seguintes, um capítulo dedicado às garantias administrativas, isto é, os meios de tutela junto da entidade adjudicante quanto às decisões administrativas tomadas em relação à formação dos contratos públicos, destinadas a suscitar a sua reapreciação administrativa, mediante a apresentação pelo interessado de reclamação ou de recurso administrativo.

Estando reservadas tais garantias administrativas às “*decisões relativas à formação dos contratos*” (excluindo, por isso, os demais modos de exercício do prosseguimento do

procedimento administrativo) não há dúvidas, atenta a natureza incontornável de acto administrativo, que as mesmas se aplicar à decisão de adjudicação⁵.

As impugnações administrativas⁶ das decisões relativas à formação dos contratos públicos, regem-se nos termos do CCP e, subsidiariamente, pelo disposto no CPA, pelo que, a sua disciplina tem assim a sua fonte directa no CCP, no que quanto a nós se considera ser uma revalorização das garantias administrativas no ordenamento jurídico.

No que respeita à natureza jurídica de tais impugnações, as mesmas têm natureza *facultativa*, não sendo necessárias ou não constituindo condição para o uso dos meios processuais contenciosos, à semelhança do regime disciplinado no CPTA, o qual, em geral, não exige, nem faz depender a impugnabilidade contenciosa de qualquer acto administrativo da sua anterior impugnação administrativa, por vigorar a regra da “desnecessidade da utilização de vias de impugnação administrativa para aceder à via contenciosa”⁷.

Contudo, consagra a lei de processo aplicável um importante efeito no artigo 59º, nº 4, do CPTA, no sentido de a utilização dos meios de impugnação administrativa *suspender* o prazo de impugnação contenciosa do acto administrativo, o qual só começa a correr com a notificação da decisão proferida sobre a impugnação ou com o decurso do respectivo prazo legal de decisão previsto⁸.

Quanto aos efeitos produzidos com o uso dos meios gratuitos, o CCP consagra um regime legal de suspensão mitigada, pois embora se preveja que a apresentação de quaisquer impugnações administrativas *não suspende* a realização das operações subsequentes do procedimento, podendo o mesmo prosseguir os seus termos, prevê-se, contudo, que enquanto as impugnações não forem decididas ou não tiver decorrido o respectivo prazo para decisão, o contraente público não pode proceder à decisão de qualificação, ao início da fase de negociação e à decisão de adjudicação.

Assim, não só se consagra de forma expressa que enquanto as impugnações administrativas não forem decididas ou não tiver decorrido o respectivo prazo de decisão, não pode a entidade adjudicante proceder a nenhuma das decisões previstas nas alíneas do nº 2, do artigo 272º (*maxime*, a decisão de adjudicação) como, pela primeira vez, se consagram no CCP mecanismos destinados a evitar precipitações na outorga do contrato.

⁵ Decisões administrativas impugnáveis para efeitos do CCP são todas as decisões administrativas (ou outras àquelas equiparadas) proferidas no âmbito do procedimento de formação do contrato público, isto é, as decisões que reúnam as características de acto administrativo e ainda aquelas que a lei autonomize, como actos destacáveis – os actos procedimentais susceptíveis de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos.

Nos termos do artigo 269º, nº 2, as peças do procedimento são também susceptíveis de impugnação administrativa.

⁶ Conforme PAULO OTERO, “*Impugnações ...*”, as impugnações administrativas encontram fundamento directo, em termos constitucionais, no âmbito do direito de petição *lato sensu*, merecendo o seu primeiro regime legal com a entrada em vigor do CPA.

⁷ Vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*Implicações de direito substantivo ...*”. Em sintonia, apesar da discordância de parte da doutrina, entendemos não terem sido eliminadas da ordem jurídica todas as situações em que se faz depender a possibilidade de impugnação contenciosa do uso da impugnação administrativa.

⁸ Nos termos do artigo 59º, nº 5, do CPTA, apresentada impugnação administrativa, o impugnante não fica impedido de proceder à impugnação contenciosa do acto, na pendência dessa impugnação.

Isto porque de modo a permitir o exercício do direito de pronúncia pelos eventuais contra-interessados e com vista a evitar uma decisão precipitada, a celebração do contrato deve ocorrer no prazo de 30 dias a contar da data da aceitação da minuta ou da decisão sobre a reclamação, mas nunca antes de decorridos 10 dias a contar da data da notificação da decisão de adjudicação, nos termos do artigo 104º, nº 1, a), do CCP.

Prevê-se, deste modo, que a apresentação da impugnação administrativa não tem a aptidão de paralisar todo o procedimento pré-contratual, embora com a virtualidade de evitar decisões precipitadas e factos consumados (celebração do contrato), impedindo a tomada de certas decisões enquanto não tiver decorrido o respectivo prazo de decisão, o qual, por ser reduzido, não compromete a celeridade do procedimento pré-contratual.

Atribuindo o CCP efeitos jurídicos ao silêncio, a falta de decisão administrativa dentro do prazo legal previsto equivale à rejeição da impugnação, pelo que, prevendo-se o prazo de cinco dias para o contraente público decidir, a contar da data da apresentação da impugnação ou do termo do prazo fixado para a audiência prévia, a partir de então recai sobre o interessado o ónus de impugnação judicial junto dos tribunais administrativos, mediante instauração da acção administrativa especial, dirigida à pretensão administrativa requerida, indeferida ou omitida (artigo 46º do CPTA) ou da acção administrativa de contencioso pré-contratual urgente (artigo 100º do CPTA).

Concluindo, estando as garantias administrativas vocacionadas para a *reação* contra a decisão de adjudicação, implica que tal acto administrativo tenha sido tomado, pelo que, tendem a ser usadas unicamente pelos *demais concorrentes*, que não o adjudicatário, discordantes com a decisão de adjudicação, situando-se no âmbito da tutela da *decisão* de adjudicação e fora do quadro do *dever* de adjudicar⁹.

4.2. Tutela judicial da *decisão* de adjudicação e do *dever* de adjudicação

Associando o legislador à *decisão* de adjudicação, o *dever* de adjudicação e consagrando de forma expressa e, por isso, inequívoca, o dever de adjudicação, é de extrair relevantes consequências da actuação omissiva e na mora no cumprimento desse dever legal, cuja tutela se encontra assegurada pelas garantias contenciosas.

Por estar em causa o incumprimento de um *dever legal*, decorrente do princípio da *legalidade*, é de recusar que se trate de um dever jurídico imperfeito, admitindo-se genericamente que existe fundamento para vários tipos de controlos, como seja, a responsabilidade civil, disciplinar, política e/ou financeira do titular do órgão competente, que tomou a decisão de contratar, para além da tutela judicial directa, que tenha por objecto o *dever* de adjudicação.

⁹ No sentido de a decisão de adjudicação não admitir *reclamação*, à luz do Decreto-Lei nº 197/99, de 08 de Junho, cfr. o Acórdão do STA, de 24 de Setembro de 2009, processo nº 702/09.

De entre a panóplia dos meios de tutela judicial ao dispor dos interessados, o legislador do CCP, de forma expressa no artigo 76º, nº 3, apenas se refere ao *dever de indemnizar*, previsto para a situação de não ter sido respeitado o prazo para a adjudicação e o concorrente cuja proposta foi escolhida, recusar a adjudicação.

Contudo, a par desta situação a que o legislador deu expressa guarida, importa questionar se outro tipo de tutelas são de conceder aos interessados, analisando os termos em que a decisão de adjudicação e o dever de adjudicação merecem a tutela do ordenamento jurídico.

Assim, importa apreciar as situações de (i) incumprimento do dever de adjudicação, (ii) mora na adjudicação, (iii) reacção contra a decisão de adjudicação e (iv) tutela inibitória da decisão de adjudicação.

Vejamos cada uma das hipóteses.

(i) No caso de ocorrer uma situação de omissão da decisão de adjudicação, considerando o dever de adjudicação previsto no artigo 76º, nº 1, e não tendo sido tomada a decisão de não adjudicação a que alude o artigo 79º, cumpre apreciar que tipo de tutela é concedida ao concorrente cuja proposta foi graduada em primeiro lugar e, bem ainda, analisar se alguma tutela é de conceder aos demais concorrentes.

Para o incumprimento definitivo do *dever* de adjudicação, isto é, quando não seja tomada a decisão final do procedimento até ao termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas, sem que ocorra qualquer das circunstâncias referidas no artigo 79º do CCP e constitua pretensão do concorrente cuja proposta foi graduada em primeiro lugar, forçar a entidade adjudicante a tomar a decisão final do procedimento, constitui meio próprio e adequado a acção administrativa especial de condenação à prática de acto legalmente devido, nos termos previstos no artigo 66º e seguintes do CPTA.

Isto porque em face do recorte normativo efectuado do dever de adjudicação, excluídas as situações do artigo 79º, não há dúvidas em configurá-lo como um verdadeiro *dever* legal de adjudicação, impondo-se a partir daí extrair as consequências dessa sua qualificação, no quadro legal e normativo aplicável¹⁰.

Neste âmbito é de questionar se ao interessado na adjudicação é de exigir o impulso a que se refere o artigo 67º, nº 1, a), do CPTA, enquanto pressuposto processual específico deste meio processual, isto é, se a instauração da acção de condenação à prática de acto depende da prévia apresentação de requerimento do interessado a solicitar a adjudicação, que constitua o órgão competente no dever de decidir.

Considerando que a entidade adjudicante se encontra constituída *ex lege* no *dever* de decidir e que o legislador cuidou de fixar o prazo limite durante o qual pode a decisão de adjudicação

¹⁰ Na perspectiva do *direito* à adjudicação, cfr. Acórdão do STA, de 24 de Setembro de 2008, processo nº 402/08, quanto a ser “conjunta e incidível a titularidade do direito à adjudicação” e “só em conjunto, em convergência de vontades, as duas empresas consorciadas têm, no plano substantivo, o poder de a [adjudicação] exigir”.

ser livremente tomada, até ao termo do prazo para a obrigação de manutenção das propostas, o qual por isso se encontra definido, é desnecessário suscitar ou provocar tal dever legal de decidir, nos termos em que o mesmo decorre, em geral, da aludida norma processual e do artigo 9º do CPA, conquanto alegue e comprove o atraso manifesto no cumprimento desse dever legal.

Ao contrário das situações de indeferimento ou de denegação da pretensão, em que existe uma decisão expressa, na situação configurada, de incumprimento do dever de adjudicação, existe uma *omissão*, sem que a mesma seja de reconduzir ao “antigo” acto silente.

O incumprimento pela entidade adjudicante no prazo legal do dever de decidir deve ser tratado como de uma omissão (isto é, como um mero facto constitutivo do interesse em agir para obter uma decisão judicial de condenação à prática do acto devido omitido) reconduzindo-se a tutela contenciosa directamente à *pretensão* requerida (cfr. artigo 66º do CPTA), donde traduzir-se a condenação à prática de acto devido no meio de exercício da tutela contenciosa do *dever* de adjudicação ou por outra, no accionamento judicial do dever de adjudicar.

A este respeito é de questionar a que deve corresponder tal dever de adjudicar nos termos em que se encontram balizados os poderes de pronúncia do tribunal, isto é, se o tribunal profere sentença condenatória à prática do acto devido de adjudicação *ou* se se limita a explicitar as vinculações a observar pela entidade adjudicante na emissão do acto devido, sem determinar o conteúdo do acto a determinar (artigo 71º do CPTA).

Para a resposta à questão em causa releva a dimensão da *vinculatividade* e, em contraponto, da *margem de livre decisão*, em relação à decisão a proferir.

Relevando o princípio legal, com assento constitucional, de que os tribunais não se podem intrometer no espaço próprio da Administração que corresponda ao exercício do poder discricionário, devido à separação de poderes e à interdependência de poderes, cabendo-lhes dizer e aplicar o Direito tal como resulta das normas e princípios que vinculam a Administração, em todos os domínios da sua actividade, não tendo sido tomada qualquer decisão pela entidade adjudicante (de adjudicação e de não adjudicação), configuramos a condenação em causa como condenação à prática do acto devido de adjudicação.

Excluída a situação em que tenha sido tomada a decisão de *não adjudicação*, já que nesse caso não poderá falar-se em qualquer actuação omissiva da adjudicação *lato sensu*, mantendo-se a situação de inércia ou omissão de decisão da entidade adjudicante, é de configurar o *dever de agir* como um *dever de adjudicação*, isto é, como uma vinculação não só:

- (i) Quanto à oportunidade da actuação, não tendo a entidade adjudicante outra alternativa senão agir, enquanto situação de redução da discricionariedade quanto à oportunidade da actuação, como;
- (ii) Quanto ao conteúdo da decisão, no sentido de apenas se conceber uma solução como possível, caso em que a discricionariedade é reduzida a zero.

Está em causa uma decisão legalmente obrigatória, em que o dever de decidir *sobre* a pretensão se conjuga com o dever de decidir *de acordo* com a pretensão, em que o juiz não constituindo os efeitos pretendidos pelo interessado, se limita a condenar a entidade adjudicante a exercer a sua competência constitutiva em conformidade.

RUI MACHETE¹¹, configura o caso dos actos vinculados, em que a acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido é funcionalmente similar, às obrigações de resultado.

Assim, respeitada a legalidade financeira relativa à autorização da despesa associada à decisão de contratar e escolhida a melhor proposta, mediante elaboração do relatório final, aceite pelo órgão competente para a decisão de contratar (cfr. artigo 148º, nºs 3 e 4), cumpridas as demais formalidades do procedimento pré-contratual e não tendo sido tomada qualquer decisão (existindo fundamentos que se subsumam ao artigo 79º, nº 1, a entidade adjudicante tem o poder-dever de decidir não adjudicar, por isso o decorrer dos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público, com assento constitucional no artigo 266º), nada resta à entidade adjudicante que revista a natureza de poder discricionário, pelo que, configuramos a pretensão requerida do dever de adjudicar como impondo a prática do acto devido, nos termos do nº 1 do artigo 71º do CPTA.

Nestas circunstâncias, após a sentença condenatória, mantendo-se o incumprimento da entidade adjudicante, haverá lugar a um processo de execução de sentença, onde poderá vir a ser proferida uma sentença substitutiva do acto devido, se este tiver um conteúdo estritamente vinculado (cfr. artigo 167º, nº 6, do CPTA).

Poder-se-á, questionar, contudo, se intentada acção de condenação à prática de acto devido sem que, quer a decisão de adjudicação, quer a decisão de não adjudicação, tenham sido tomadas, pode a entidade adjudicante, com vista a evitar a sua condenação judicial, vir na pendência da lide a decidir não adjudicar.

Esta situação que é de conceder, deve determinar uma modificação objectiva da instância, com vista a adaptar a acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido, fundada na omissão da decisão de adjudicação, à nova situação jurídica e material existente, decorrente da tomada da decisão de não adjudicação, mediante dedução do pedido de impugnação contra tal acto, porventura, em acumulação com a nova pretensão condenatória à prática de acto devido (artigo 70º do CPTA).

A situação suscitada não é, contudo, de molde a inverter o entendimento expendido quanto ao sentido do dever de adjudicação, já que, ou estão verificados os pressupostos para a tomada da decisão de não adjudicação (caso em que nem sequer há que falar em *dever* de adjudicação, por tal dever ser inexistente) ou, não estando verificados tais pressupostos, o dever de adjudicar constitui um dever eminentemente vinculado (impondo-se a prática do acto devido).

¹¹ In "A condenação ...", pág. 7.

Assim, discordamos do sentido dado ao “acto devido” por MARGARIDA OLAZABAL CABRAL¹², que não o toma como o acto devido não o acto de adjudicação, mas como o acto que põe termo ao concurso.

Ao nosso entendimento subjaz a consideração do acto adjudicação não simplesmente como o acto que põe termo ao procedimento mas também e, sobretudo, como o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas, vertente esta que parece ser desconsiderada na aludida doutrina.

Por outro lado, não está o concorrente cuja proposta foi graduada em primeiro lugar inibido de optar pela tutela ressarcitória, decorrente do incumprimento do dever legal de decidir, caso em que será meio processual adequado a acção administrativa comum, de responsabilidade civil pré-contratual da entidade adjudicante, destinado à obtenção de uma indemnização pelos encargos em que incorreu na elaboração e apresentação da proposta.

(ii) Na situação de mora na adjudicação, correspondente à tomada da decisão de adjudicação depois do termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas – sem prejuízo da possibilidade de fixação de um prazo superior, os concorrentes são obrigados a manter as respectivas propostas pelo prazo de 66 dias contados da data do termo do prazo fixado para a apresentação das propostas (artigo 65º do CCP) – cuidou o legislador de consagrar o *direito* de recusa da adjudicação por parte do concorrente cuja proposta foi a escolhida, concedendo-lhe o direito à indemnização pelos encargos em que comprovadamente incorreu com a elaboração da respectiva proposta (artigo 76º, nºs 2 e 3).

A situação de mora na adjudicação mereceu, por isso, por via legal expressa, a tutela ressarcitória do concorrente cuja proposta foi a escolhida, por via da responsabilidade civil pré-contratual da entidade adjudicante, aí se ressalvando as despesas relativas à preparação e elaboração da proposta.

A solução apontada pelo legislador deve ser entendida como promovendo a resolução amigável e extra-judicial da situação decorrente da mora na adjudicação, decorrente da violação do prazo legal para decidir, em que o concorrente, mediante invocação da recusa da adjudicação, pode dirigir o pedido de indemnização pelos encargos em que incorreu na elaboração da proposta, sem prejuízo de quando a entidade adjudicante extra-judicialmente não der satisfação à pretensão indemnizatória requerida poder recorrer a juízo para obter a sua condenação.

Na situação descrita, em que existiu a recusa da adjudicação pelo concorrente da proposta escolhida, em consequência da mora na adjudicação, é de questionar qual a tutela conferida ao concorrente cuja proposta foi graduada no lugar subsequente e ainda dos demais.

¹² O entendimento expendido não só já havia sido adoptado pela autora em momento anterior ao CCP, como se mantém após o novo regime, não obstante a consagração, agora expressa, do *dever* de adjudicação – a este respeito, cfr. “O concurso público nos contratos administrativos”, pág. 208, e mais recentemente, “O concurso público no Código dos Contratos Públicos”, pág. 212.

Isto é, o concorrente graduado em segundo lugar, perante a recusa da adjudicação pelo concorrente cuja proposta foi a escolhida, pode exigir a seu favor a decisão de adjudicação?

A questão suscitada exige que se compreenda a finalidade do procedimento pré-contratual, enquanto procedimento administrativo *especial* e a ponderação dos vários interesses envolvidos, desde logo, decorrentes da própria obrigação de manutenção das propostas, numa teia que o legislador tem ciente que deve ser transparente e baseada em critérios de decisão aprioristicamente definidos, em respeito do artigo 266º da Constituição, sob a lógica da prossecução do interesse público e da protecção e defesa dos direitos e interesses legítimos dos particulares.

Daí questionar-se se o concorrente da proposta subsequente tem uma posição distinta dos demais concorrentes, no sentido de ter o direito à adjudicação.

Nessa circunstância, consideramos que após a recusa da adjudicação, merece o concorrente da proposta subsequente o mesmo âmbito de tutela concedido ao concorrente graduado em primeiro lugar, reconhecendo-lhe ser titular de um direito subjectivo à adjudicação e, conseqüentemente, valer para si a tutela que vale para o concorrente graduado em primeiro lugar, beneficiando de uma situação jurídica diferenciadora dos demais concorrentes.

O legislador no CCP, nos artigos 76º e 79º, estabeleceu as condições em que se *impõe* a adjudicação e em que *não há* lugar a adjudicação e perante a consagração de um dever de adjudicação e das situações em que a mesma não haverá, não devem existir dúvidas acerca da predominância dos interesses envolvidos (isto é, o de dever efectuar-se a adjudicação a favor da proposta subsequente, de forma a dar satisfação à necessidade que determinou a abertura do procedimento em causa).

Deste modo não só se satisfará o interesse público subjacente à decisão de contratar, como se dará aproveitamento e utilidade ao procedimento pré-contratual prosseguido pela entidade adjudicante, sujeito a normas e princípios de direito público, em favor da eficiência e da eficácia da actuação da entidade adjudicante¹³, como ainda será concedida a tutela que é devida ao concorrente que, sendo graduado em segundo lugar, tem antes da recusa a legítima *expectativa* em poder ser o adjudicatário e agora, o *direito* a reclamar a adjudicação.

De resto, não é despiciendo o facto de o legislador não ter associado à recusa da adjudicação a extinção do procedimento pré-contratual.

O procedimento pré-contratual, nos termos em que se encontra regulado no CCP mas também já antes, não cuida apenas do estabelecimento de normas e de regras de actuação com vista a escolher a melhor proposta, mas em assegurar a análise e avaliação de todas as propostas

¹³ A qual tem diferentes tipos de custos administrativos associados: os custos económicos do desenrolar do procedimento administrativo, relacionados com os meios humanos, técnicos e materiais utilizados, como o próprio custo associado à *demora* na satisfação da necessidade pública.

A este propósito é de convocar o princípio do «*favor*» do *concurso e dos concorrentes*» de que falam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «*Concursos ...*», pág. 125, no sentido da primazia, em benefício até do princípio da concorrência, do *pro* concurso ou *pro* concorrente/proposta.

apresentadas que não devam ser excluídas, de modo a saber-se, do ponto de vista do interesse da entidade adjudicante, qual a proposta que melhor satisfaz a sua necessidade e respectivas propostas subsequentes.

Nestas circunstâncias é, pois, de afastar o entendimento que apenas a proposta escolhida satisfaça o interesse público, já que todas as propostas admitidas e que venham a ser avaliadas são aptas, em maior ou menor grau, a satisfazer tal necessidade pública.

Tal assim acontecerá em todas as situações em que a entidade adjudicante tiver tomado a decisão de contratar independentemente de quem seja o co-contratante, situação em que a entidade adjudicante interessa receber as prestações ou o bem e de entre os concorrentes que apresentaram proposta, escolher aquele que melhor assegure a satisfação do fim do contrato, sem que se imponha um determinado concorrente ou uma certa proposta.

Pelo que, é de conceder tutela garantística ao concorrente cuja proposta foi graduada em segundo lugar, já que o mesmo deverá ocupar o lugar do concorrente da proposta escolhida, logo que alguma anomalia ou situação impeditiva da adjudicação venha em relação ao mesmo ocorrer, isto é, sendo feita a seu favor a decisão de adjudicação.

De resto, em situações paralelas, quando após a adjudicação o adjudicatário não cumprir os requisitos da habilitação ou não prestar caução, previu o legislador que ocorra a adjudicação à proposta ordenada em lugar subsequente (cfr. artigos 86º e 87º e 91º, do CCP).

Devido à recusa da adjudicação está em causa uma situação próxima à modificação *subjectiva*, respeitante ao concorrente e à modificação *objectiva*, respeitante à proposta escolhida, sem que seja de admitir a revogação da decisão de contratar.

Daí que se deva erigir como princípio orientador do procedimento concursal que a proposta escolhida e graduada em primeiro lugar não seja a única a satisfazer as necessidades da entidade adjudicante - pois doutro modo as demais apresentadas deviam ter sido excluídas -, devendo ser tomada a decisão de adjudicar à proposta subsequente, quer nas situações previstas expressamente nos artigos 86º, 87º e 91º do CCP, mas também no caso de recusa da adjudicação a que alude o artigo 76º, nº 2.

(iii) Quando tenha sido tomada a decisão de adjudicação, aplicam-se os meios de tutela principal ou cautelar que, em geral, são previstos para a reacção contra o acto administrativo, mediante invocação pelos restantes concorrentes de fundamentos do próprio acto de adjudicação, quer em irregularidades ou ilegalidades ocorridas em fases anteriores, sem especialidades que ora se imponham assinalar.

(iv) A situação configurada como de tutela *inibitória*, respeita a saber se é de admitir a tutela de natureza antecipatória ou preventiva, accionada previamente à tomada da decisão de adjudicação e com a finalidade precisa de impedir que tal decisão seja tomada.

Nesta sede de meios de tutela contenciosa é de questionar se existe espaço para as acções inibitórias, isto é, o meio processual usado por outros concorrentes ou até por outros interessados que não hajam sequer apresentado proposta, destinados a impedir a tomada da decisão de adjudicação.

Embora seja de fazer depender a instauração da acção inibitória de um interesse em agir qualificado, por estar em causa a imposição à entidade adjudicante de uma proibição de agir, no que traduz numa medida mais agressiva e intrusiva do poder ou da função administrativa, é de conceder tal tutela contenciosa.

Para tanto, será relevante o direito ou interesse legalmente protegido invocado, aferido mediante a alegação de circunstâncias que façam alicerçar a pretensão *subjectiva* do interessado, não bastando a simples invocação da necessidade de tutela *objectiva* ou da legalidade, caso em que será de recusar tal legitimidade e interesse processual em agir, para além da alegação fundada da inadequação ou impossibilidade da tutela impugnatória.

Neste sentido mostra-se relevante a mudança de paradigma do contencioso administrativo, depois da revisão constitucional de 1997, decorrente da nova redacção dada ao nº 4 do artigo 268º da Constituição e a entrada em vigor do CPTA, transmutando o contencioso administrativo de *objectivista* ou de legalidade, em predominantemente *subjectivista*, em que relevam os direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados e o critério da lesividade dos actos administrativos, num processo que é de partes, com alargamento dos poderes de cognição e de decisão do juiz.

Uma situação de configurar, seria aquela em que a entidade adjudicante, perante a recusa do contratante cuja proposta foi a escolhida, ignorando a posição jurídica *subjectiva* (que concedemos) do concorrente que apresentou a proposta subsequente, pretender a adjudicação a favor do concorrente graduado em terceiro lugar.

Donde, com as limitações ressalvadas, ser de admitir a acção inibitória no âmbito do procedimento pré-contratual, destinada a impedir a tomada da decisão de adjudicação.

No respeitante aos outros interessados que não apresentaram proposta, em face do actual regime previsto para os esclarecimentos e rectificação das peças do procedimento (cfr. artigo 50º) e para a reclamação de erros e omissões (cfr. artigo 61º), dificilmente é de conceber que possam vir invocar qualquer situação merecedora de tutela jurídica ou que possam vir a ser lesados com o acto de adjudicação, em termos que legitime a acção inibitória.

Por último, é ainda de conceber a tutela da *decisão* de adjudicação, nas situações em que sendo praticado o acto de adjudicação, a entidade adjudicante se recuse à celebração do contrato ou proceda à revogação da adjudicação, as quais por saírem fora do núcleo central da decisão de adjudicação e do âmbito do *dever* de adjudicar, não nos debruçaremos¹⁴.

¹⁴ A este respeito, cfr. o Acórdão uniformizador de jurisprudência do Pleno do STA, datado de 22 de Outubro de 2009, processo nº 557/08, publicado no D.R., 1ª Série, nº 13, de 20 de Janeiro de 2010, segundo o qual “Se após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração do contrato, o direito

Pelo que, quer na perspectiva da decisão de adjudicação, quer na vertente do dever de adjudicação, existem várias formas de tutelar as posições jurídicas subjectivas dos vários interessados, perante os diversificados interesses contrapostos envolvidos.

*

Em suma, analisámos as questões centrais que se colocam a propósito da *decisão* de adjudicação e do *dever* de adjudicar, sem o desiderato de esgotar toda a problemática envolvente, nem de consagrar verdades irrefutáveis, que uma outra ponderação e, sobretudo, a vivência prática, se encarregarão ou não de confirmar.

Bibliografia

- AROSO DE ALMEIDA, Mário, *“Implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo”*, in CJA, nº 34, 2002,
- COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe, *“O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI”*, Almedina, 2001
- ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário/ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *“Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”*, Almedina, 2003
- LEITÃO, Alexandra, *“A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública”*, Almedina, 2002
- MACHETE, Rui Chancerelle de, *“A condenação à prática de acto devido – Algumas questões”*, in CJA, nº 50, 2005
- OLAZABAL CABRAL, Margarida,
- *“O Concurso Público nos Contratos Administrativos”*, Almedina, 1997
 - *“A anulação de um concurso público – acto recorível. Acto ilícito?”* (anotação ao Acórdão do STA (Pleno da 1ª Secção), de 17/12/1999, P. 40 313), in CJA, nº 32, 2002
 - *O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos*, in *“Estudos de Contratação Pública – I”*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008
- OTERO, Paulo, *“Impugnações administrativas”*, in CJA, nº 28, 2001
- REBELO DE SOUSA, Marcelo/SALGADO DE MATOS, André, *“Direito Administrativo Geral”*, Tomo III, 2ª edição, D. Quixote, 2009
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel,
- *“Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”*, Almedina, 1987
 - *“Direito do Contencioso Administrativo I”*, Lex, 2005
 - *“O incumprimento do dever de decidir”*, in CJA, nº 54, 2005
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *“A Justiça Administrativa (Lições)”*, 7ª edição, Almedina, 2005

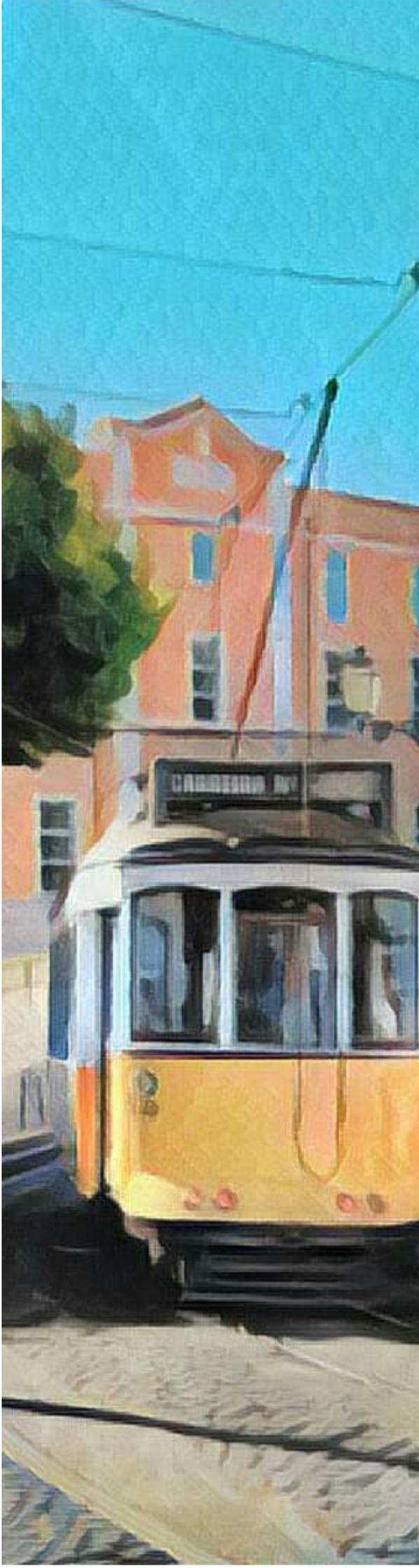
do adjudicatário a ser indemnizado pelo dano negativo (dano da confiança) abrange as despesas com a aquisição do processo de concurso e com a elaboração da proposta, as quais têm a ver com o interesse contratual negativo, uma vez que possuem uma efectiva conexão com a ilicitude específica geradora da responsabilidade pré-contratual”.

Vídeo da apresentação e do debate

The screenshot shows a video player interface. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed in black and red text. Below the logo, contact information is provided: 'Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt'. A black banner across the top of the video frame contains the following text: 'CONTRATAÇÃO PÚBLICA' on the left, 'Ana Celeste Carvalho – Juíza Desembargadora (TCA Sul): Decisão de Adjudicação e Dever de Adjudicação e DEBATE' in the center, and 'CEJ – Auditório 08.02.2013 14:32' on the right. The video frame itself shows a woman with glasses, identified as 'Desembargadora Ana Celeste Carvalho', sitting at a table with a microphone and a nameplate. The video player controls at the bottom include a play button, a progress bar showing '00:00:53', a total duration of '- 01:16:56', and various playback controls. The FCCN logo is visible in the bottom left corner, and the full name 'Fundação para a Computação Científica Nacional' and its English translation 'Foundation for National Scientific Computing' are in the bottom right corner.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/23qf47m2wp/flash.html>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**3.
Contrato
administrativo -
Regime de
invalidade**

Luís Fábrica

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONTRATO ADMINISTRATIVO - REGIME DE INVALIDADE*

Luís Fábrica**

- 1. Sumário;
- 2. Bibliografia.

1. Sumário

- 1. A distinção estruturante entre invalidez derivada e invalidez originária
 - 1.1. O relevo da pronúncia jurisdicional
 - 1.2. O paralelismo de invalidez
- 2. Invalidez derivada
 - 2.1. A nulidade consequente
 - 2.1.1. O acto antecedente
 - 2.1.2. O nexo de causalidade
 - 2.1.3. O carácter atípico da nulidade
 - 2.2. A anulabilidade consequente
 - 2.2.1. Comparação com o regime dos actos administrativos
 - 2.2.2. Invalidez e anulação prévia
 - 2.2.3. Confronto entre o regime dos actos nulos e dos actos anuláveis
 - 2.3. A pretensa especificidade do regime do n.º 3 do art. 283.º
 - 2.4. Invalidez sem efeito anulatório: o regime do n.º 4 do art. 283.º
 - 2.5. Vícios procedimentais do acto antecedente e invalidez do contrato
 - 2.5.1. Especificidades dos vícios procedimentais
 - 2.5.2. A Directiva 2007/66/CE
 - 2.5.3. O regime do novo artigo 283.º-A
- 3. Invalidez originária
 - 3.1. Forma de invalidez e regime de invalidez
 - 3.2. A determinação da forma da invalidez; a regra da anulabilidade
 - 3.3. Segue. Âmbito da remissão para o Código Civil
 - 3.4. O regime da invalidez: regime comum e regimes específicos

* Exposição efectuada no dia 22 de Março de 2013, no CEJ, Lisboa, no âmbito do “Curso de Especialização Temas de Direito Administrativo”.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

2. Bibliografia

Carvalho, Raquel – *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Coimbra, 2010

- “A invalidade derivada nos contratos administrativos: para além da aparência... (Ac. do TCA Norte de 15/4/2010, P. 1480/09.4BEBRG)”, *CJA* 84 (2010)

- O regime da invalidade derivada nos contratos administrativos. Da alteração operada pela transposição da Directiva 2007/66/CE, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3 (Setembro-Dezembro de 2011)

Estorninho, Maria João – *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012

Fonseca, Isabel – *Direito da Contratação Pública – Uma Introdução em Dez Aulas*, Coimbra, 2009

Pacheco de Amorim, João - «A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos», in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de contratação pública*, Coimbra, 2008

Silva, Jorge Pereira da - «A invalidade dos contratos administrativo», *DJ X-2* (1996)

Vieira de Andrade, José Carlos – “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de contratação pública - II*, Coimbra, 2010

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo Luís Fábica, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa: Contrato Administrativo – Regime de invalidez CEJ – Sala de Vídeo 22.03.2013 11:35

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/19q26r5j8g/flash.html>

Vídeo do debate

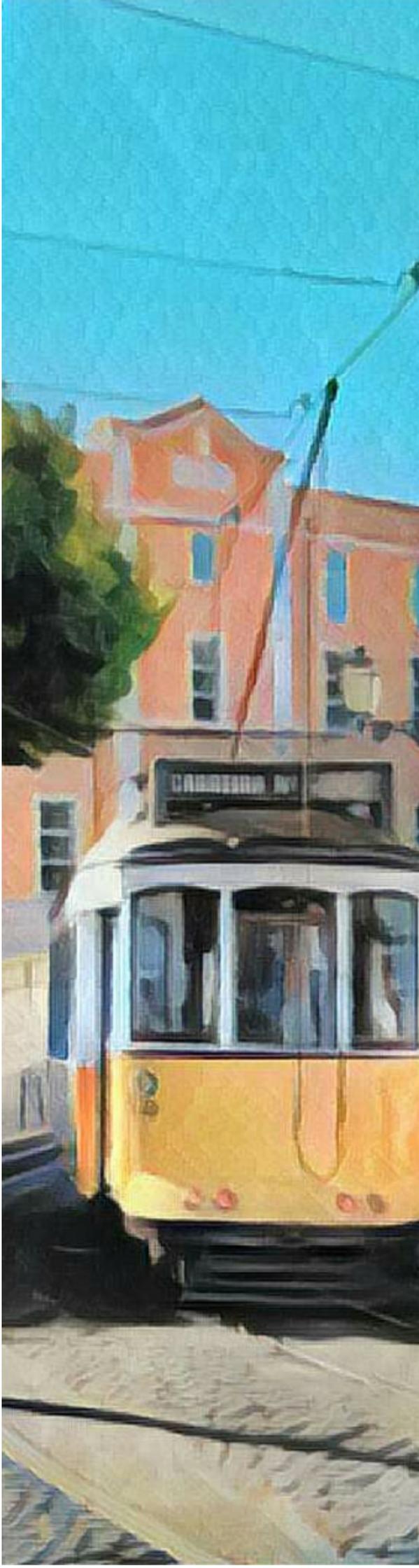
CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo Moderação: Ana Celeste Carvalho, Juíza de Direito Auxiliar no TCA Sul, Docente do CEJ: Contrato Administrativo – Regime de invalidez-DEBATE CEJ – Sala de Vídeo 22.03.2013 12:31

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/zzai5lttv/flash.html>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



4. Contratos Interadministrativos

Alexandra Leitão

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS*

Alexandra Leitão **

1. Contratos interadministrativos: conceito e fundamento;
2. Tipos de contratos interadministrativos: em especial, contratos de cooperação paritária e contratos de subordinação;
3. Regime jurídico dos contratos interadministrativos;
 - 3.1. Procedimento de formação;
 - 3.1.1. Âmbito de aplicação da Parte II do Código dos Contratos Públicos;
 - 3.1.2. Contratos interadministrativos sujeitos à concorrência de mercado e contratos excluídos;
 - 3.1.3. Relações “*in house providing*”;
 - 3.1.4. Inovações dos novos projetos de Diretivas;
 - 3.2. Execução dos contratos interadministrativos;
 - 3.2.1. O artigo 338.º do Código dos Contratos Públicos;
 - 3.2.2. Poderes de conformação da relação contratual;
 - 3.2.3. Exigibilidade das obrigações contratuais decorrentes de contratos interadministrativos;
4. Breves notas sobre o contencioso dos contratos interadministrativos: algumas especificidades; Bibliografia.

1. Contratos interadministrativos: conceito e fundamento

Os contratos interadministrativos são acordos de vontades entre duas ou mais entidades administrativas, entendidas enquanto pessoas coletivas, de forma pública ou privada, que se integrem na Administração Pública em sentido orgânico.

Trata-se de acordos de vontades que assumem natureza contratual, visto que têm uma estrutura consensual, que produzem efeitos juridicamente vinculantes, que resultam da natureza das cláusulas pactuadas pelas partes quando estas tenham um conteúdo obrigacional (ou real). Por sua vez, as cláusulas têm efeitos obrigacionais sempre que:

(i) versem sobre a atividade das entidades intervenientes; (ii) o seu conteúdo se inclua na esfera própria de atuação das entidades contratantes; (iii) estabeleçam direitos e deveres para as partes; (iv) estes direitos e deveres tenham um mínimo grau de concretização.

O facto de haver grande indefinição terminológica quanto a estes contratos - encontram referências aos conceitos de “acordo”, “pacto”, “convénio”, “protocolo”, “convenção”, entre outros - não afasta a natureza contratual dessas figuras.

* O presente texto, já publicado no e-book “[Temas de Direito Administrativo](#)”, de Agosto de 2014, corresponde à sessão lecionada no Centro de Estudos Judiciários, em 22 de Março de 2013, numa ação de formação contínua dedicada a “Temas de Direito Administrativo”. Agradeço à Senhora Desembargadora Ana Celeste Carvalho e ao Senhor Dr. Edgar Taborda Lopes, Coordenador do Departamento de Formação do Centro de Estudos Judiciários, o convite para intervir naquele curso, que muito me honrou.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (à data de ação de formação).

Assim, um acordo entre duas entidades públicas que constitua, modifique ou extinga direitos e deveres recíprocos para as partes, constituindo uma relação jurídica entre elas, assume natureza jurídica contratual.

Acresce que os contratos interadministrativos são contratos públicos, na aceção do artigo 1.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP), e são também contratos administrativos¹, nos termos do n.º 6 do mesmo preceito. No caso dos contratos celebrados entre duas entidades públicas, a possibilidade de o contrato assumir natureza privada suscita ainda mais dúvidas².

Em primeiro lugar, relativamente aos contratos que tenham como fundamento o princípio da cooperação entre entidades públicas, a sua natureza jurídico-pública é indiscutível, desde logo, porque resultam da aplicação direta e imediata de normas de *indirizzo* constitucional e legal, tais como o princípio da solidariedade e da lealdade institucional³.

Por sua vez, quanto aos contratos cujo objeto pode também ser prosseguido através de um contrato celebrado entre a Administração e os particulares, a verdade é que também nesses existem especificidades, decorrentes de as partes contratantes prosseguirem fins de interesse público e de o Direito “normalmente aplicável” às relações jurídicas estabelecidas entre elas ser o Direito Administrativo. Por outro lado, o objeto desses contratos está forçosamente limitado às atribuições das partes, de acordo com o princípio da especialidade.

De qualquer forma, a administratividade dos contratos interadministrativos resulta da circunstância de o seu objeto se integrar no âmbito da função administrativa e de visarem a realização de interesses públicos cuja prossecução está cometida à Administração Pública nos termos da Constituição e da lei, além de se traduzirem sempre e de forma direta no exercício das competências das entidades contratantes.

A administratividade do contrato resulta, assim, da funcionalização do seu regime jurídico à prossecução de um interesse público inserido na função administrativa. O facto de todos os contratos celebrados pela Administração, e por maioria de razão, aqueles que são celebrados entre duas entidades administrativas, terem como causa um fim público conduz à “desnaturalização” do contrato privado, que se afasta das características típicas do Direito Comum⁴.

¹ Sobre a distinção entre contrato público e contrato administrativo, com a qual, aliás, discordamos, v. MARIA JOÃO ESTORNHINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012, págs. 29 e seguintes.

² Apesar de apenas as entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 1, do CCP serem sempre contraentes públicos para efeitos do artigo 3.º do mesmo diploma, a verdade é que as entidades do artigo 2.º, n.º 2, têm, obrigatoriamente, que utilizar a figura do contrato administrativo quando celebrem contratos *no exercício de funções materialmente administrativas* (artigo 3.º, n.º 2, do CCP). Ora, nos contratos interadministrativos são sempre funções desse tipo que estão a ser exercidas.

³ Neste sentido, v. MARIE-HÉLÈNE BERNARD-DOUCHEZ, *Recherche sur la Coopération entre Personnes Publiques*, tese inédita, Toulouse, 1979, pág. 180.

⁴ V. JOSÉ MARÍA DE SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, 1990, pág. 28.

Aliás, os critérios aplicáveis aos contratos interadministrativos não podem ser exatamente os mesmos a que se recorre para qualificar os contratos celebrados entre a Administração e os particulares, designadamente, no que respeita ao critério das cláusulas exorbitantes⁵, uma vez que há contratos interadministrativos paritários, nos quais não existem poderes de conformação da relação contratual a favor de uma das partes.

Contudo, as prerrogativas de autoridade são cláusulas exorbitantes específicas do Direito Público, mas também o são aquelas (outras) cláusulas que sejam impossíveis, ilícitas ou pura e simplesmente pouco habituais nos contratos privados, mesmo que não traduzam uma relação de autoridade e de subordinação, sendo que basta a existência de uma cláusula deste tipo para o contrato se poder considerar administrativo⁶.

Com efeito, mesmo que as partes se pretendessem despir completamente do regime de Direito Público que as envolve, não só não o poderiam fazer, atendendo ao caráter imperativo de muitas das normas de Direito Administrativo, como a sujeição ao Direito Privado se revelaria desadequada à prossecução direta do interesse público, que é sempre o objeto destes contratos.

Isto significa que a figura do contrato interadministrativo contribui definitivamente para a superação da tese segundo a qual o conceito de contrato administrativo assenta na desigualdade das partes e na sujeição de uma delas ao poder da outra. Pelo contrário, tendo os contratos de cooperação paritária entre entidades administrativas uma natureza inequivocamente administrativa, verifica-se que o binómio sujeição/autoridade não é essencial à definição daquela natureza.

Propõe-se, assim, a seguinte definição de contrato administrativo: *“acordo de vontades celebrado entre duas entidades administrativas através do qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”*. Esta definição parte do conceito de contrato administrativo anteriormente adotado no artigo 178.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e remete, naturalmente, para a figura da relação jurídica administrativa, assente num critério material orientado em função da prossecução do

⁵ A discussão em torno deste critério foi muito desenvolvida em França, atendendo ao significado que a jurisprudência e a doutrina francesas atribuem ao critério do regime exorbitante. Ora, até 1983 - data em que foi proferido, pelo Tribunal de Conflitos, o importantíssimo Acórdão *“Union Assurances de Paris”*, de 21 de março de 1983 - eram aplicados aos contratos interadministrativos os critérios tradicionais. Mas, chegou-se à conclusão paradoxal de que, sendo muitos destes contratos paritários, eles não comportam prerrogativas de autoridade, pelo que não seriam qualificáveis como administrativos. Por isso mesmo, o Tribunal de Conflitos entendeu, naquele aresto, que independentemente dos critérios tradicionais, um contrato celebrado entre pessoas públicas deve receber a qualificação de contrato público, bastando para tal que *“se situe na esfera do Direito Público”*.

⁶ Neste sentido, v. JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES, “Os contratos administrativos. Critérios doutrinários, qualificações legais, critérios jurisprudenciais, in *Revista de Direito Público*, Ano VIII, n.º 15, 1995 págs. 65 e seguintes, em especial a pág. 72. No mesmo sentido, v. MATERNE STAUB, *L’Indivisibilité en Droit Administratif*, Paris, 1999, págs. 518 e 519. O Autor refere que *“uma vez detetado o elemento público [no contrato], opera-se um mecanismo de atração do conjunto das cláusulas em favor da natureza globalmente administrativa da convenção”*.

interesse público, nos termos do qual se exige apenas que a relação jurídica seja regida essencialmente pelo Direito Administrativo, mas não exclusivamente⁷.

Assim, são contratos interadministrativos aqueles que sejam celebrados entre pessoas coletivas de base territorial – Estado, regiões autónomas e autarquias locais; entre estas e outras entidades administrativas, designadamente pessoas coletivas públicas, de natureza associativa, fundacional ou empresarial; e entre órgãos da mesma pessoa coletiva, desde que não estejam integrados numa relação hierárquica.

No conceito de contrato interadministrativo proposto incluem-se, portanto, os contratos celebrados entre dois órgãos ou serviços que, apesar de desprovidos de personalidade jurídica, tenham suficiente autonomia para atuarem como centros de imputação de direitos e deveres.

Nestes termos, os contratos interadministrativos podem ser intersubjetivos (se as partes possuírem personalidade jurídica) ou interorgânicos (se as partes forem sujeitos de direito desprovidos de personalidade jurídica), designadamente, aqueles que se integram na pessoa coletiva Estado.

Quanto ao fundamento jurídico-político dos contratos entre entidades administrativas, existem essencialmente duas perspetivas de abordagem: uma organizativa e outra contratualista.

Na perspetiva organizativa os contratos interadministrativos não são verdadeiros contratos, são antes formas consensualizadas de organização administrativa, que ainda se integram na gestão direta, visto que não implicam o recurso à colaboração de particulares.

De acordo com a perspetiva contratualista, o fundamento dos contratos entre entidades públicas é, tal como acontece entre privados, a autonomia da vontade⁸. A liberdade contratual decorre do facto de as entidades administrativas possuírem uma capacidade jurídica que inclui a possibilidade de estabelecimento de relações contratuais, desde que tal não seja proibido pela lei, não estando sujeita a um *numerus clausus* de contratos típicos. Isso decorre presentemente do disposto no artigo 278.º do CCP, tal como antes resultava do artigo 179.º, n.º 1, do CPA.

⁷ Já antes defendi a seguinte definição de relação jurídica administrativa: “relação entre dois ou mais sujeitos de Direito, públicos ou privados, visando a prossecução do interesse público, regulada essencialmente pelo Direito Administrativo, e cujo conteúdo são as situações jurídicas activas e passivas dos sujeitos envolvidos”. V. ALEXANDRA LEITÃO, *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, pág. 63.

⁸ Neste sentido, v. ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, “Los convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 2, 1990, pág. 73 e ANGEL MENÉNDEZ REXACH, “La cooperación, un concepto Jurídico?”, in *Documentación Administrativa*, n.º 240, 1994, pág. 41. Em sentido diferente, acentuando a componente funcional, na lógica da doutrina italiana, que contrapõe competência a autonomia pública, v. BARBARA LILLA BOSCHETTI, “Gli accordi organizzativi nell’equilibrio del sistema giuridico tra unità e differenzazione”, in *Amministrare*, Ano XXXVIII, n.ºs 1 e 2, 2008, pág. 54.

Quanto a mim, o fundamento dos contratos interadministrativos reside, efetivamente, na autonomia pública contratual das entidades contratantes. Como refere SÉRVULO CORREIA, também cabe no âmbito da autonomia pública contratual a celebração de contratos entre duas pessoas coletivas públicas regidos pelo Direito Administrativo⁹.

Por isso, nos casos em que a autonomia da vontade esteja totalmente suprimida, como, por exemplo, entre entidades sujeitas a hierarquia administrativa, não existe verdadeiramente um contrato¹⁰. Nestas situações, podem ser celebrados acordos, pactos, protocolos ou acordos de cavalheiros, mas sem natureza vinculativa.

Aliás, pode mesmo dizer-se que a existência de hierarquia administrativa se opõe às ideias de cooperação e de colaboração, uma vez que estas pressupõem que as entidades envolvidas mantenham alguma capacidade decisória sobre a matéria.

Assim, tem de existir pelo menos liberdade de celebração, ou seja, não há obrigação de uma entidade pública celebrar uma convenção sempre que isso lhe seja requerido por outra entidade, exceto quando essa obrigação resultar da lei¹¹, sem prejuízo de essa recusa ter de ser fundamentada, designadamente, pelo facto de a celebração do contrato prejudicar os interesses da própria entidade a quem isso é solicitado¹².

Refira-se que a decisão de recusar colaborar com outra entidade pública pode ser sindicada judicialmente por pôr em causa o dever de assistência e auxílio que decorre do princípio da colaboração entre entidades públicas, bem como tendo em conta o princípio da eficácia, pelo menos quando existe legislação setorial que o imponha de forma concreta e específica. No entanto, a apreciação judicial só pode recair sobre a recusa em colaborar, independentemente da forma adotada para efetivar essa colaboração, e não concretamente sobre a decisão de celebrar ou não o contrato, que é sempre voluntária, exceto nos casos em que a celebração do contrato é legalmente imposta¹³.

Em Portugal, a autonomia pública contratual e a liberdade de organização da Administração não estão expressamente previstas na CRP, mas retiram-se quer do artigo 6.º, n.º 1, sobre a descentralização democrática da Administração, quer dos artigos 266.º e 267.º. Aliás, do elenco das tarefas do Estado, consagrado no artigo 9.º da CRP, resulta uma ampla liberdade de meios de que a Administração Pública pode lançar mão para alcançar aqueles

⁹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, págs. 406 e seguintes.

¹⁰ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 407, também refere que as pessoas coletivas públicas contratantes não podem estar ligadas entre si por uma relação de sujeição.

¹¹ Neste sentido, v. PABLO MARTÍN HUERTA, *Los convenios interadministrativos*, Madrid, 2000, págs. 59 e 60.

¹² GIUSEPPE MANFREDI, "Le intese e gli accordi tra Stato e Regioni in Itália", in *Accordi e Intese nell'Ordinamento Regionale*, obra coletiva, Milão, 1993, págs. 141 e 142 refere, a este propósito, que a recusa de cooperar deve ser tornada pública, em nome da transparência, e também da responsabilização por parte da opinião pública.

¹³ Neste sentido, v. LUCIANO PAREJO ALFONSO, "Las relaciones entre las Administraciones Públicas en el Título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común", in *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración*, obra coletiva, Barcelona, 1993, págs. 38 e 39.

objetivos, extraindo-se, assim, uma vinculação quanto aos fins, mas uma liberdade quanto aos meios e formas a adotar para os prosseguir.

Os fenómenos da desconcentração e da descentralização, que conduzem à criação de vários pólos de decisão administrativa contribuem também muito para a relevância dos contratos interadministrativos.

É que todas as situações de repartição de atribuições e de competências administrativas, seja essa repartição territorial, setorial ou por diferentes níveis de Administração, exigem inevitavelmente a criação de formas de colaboração e de cooperação entre entidades administrativas, para garantir a unidade de ação e evitar a ineficácia decorrente da multiplicação dos centros decisórios.

Por fim, a reconfiguração do tipo de intervenção do Estado na economia, quer como prestador, quer como regulador, traduz-se na criação de empresas públicas, independentemente da sua forma, cuja gestão é contratualizada, bem como de entidades reguladoras, justificando o aparecimento dos designados contratos regulatórios.

2. Tipos de contratos interadministrativos: em especial, contratos de cooperação paritária e contratos de subordinação

A classificação dos tipos de contratos interadministrativos assenta numa dicotomia base, distinguindo-se aqueles que só podem ser celebrados entre entidades administrativas como forma de cooperação paritária; e os contratos que estão sujeitos a uma lógica de mercado, celebrados entre duas entidades administrativas, mas cujo objeto poderia ser contratualizado igualmente entre um contraente público e um particular.

Esta distinção assenta na estrutura e no fundamento da relação contratual, permitindo a classificação dos contratos em paritários, se as partes estiverem numa situação de igualdade, ou de subordinação, se houver uma relação de sujeição entre os contraentes, sendo que se integrarão no primeiro grupo os contratos através dos quais se vise a prossecução de interesses comuns das partes, e nos segundos aqueles cujo fim se inscreve apenas nas atribuições de uma das partes contratantes.

Por outras palavras: os contratos cujo fim se enquadra no exercício de competências concorrentes são paritários, enquanto os contratos que prossigam fins que relevam apenas da competência de uma das partes não são, em princípio, paritários, na medida em que um dos contraentes apenas auxilia o outro na prossecução dos seus fins.

O objeto de qualquer um destes contratos pode ser muito diverso, incluindo contratos de colaboração em sentido estrito; contratos sobre competências; contratos sobre o exercício de poderes públicos; contratos normativos; contratos-plano; contratos

institucionais; contratos sujeitos à concorrência de mercado e contratos sobre bens imóveis¹⁴.

A distinção entre contratos interadministrativos de cooperação e de subordinação tem consequências ao nível do respetivo regime jurídico, quer no que respeita à sujeição a um procedimento pré-contratual, quer à existência ou não de cláusulas exorbitantes que prevejam poderes de conformação da relação contratual em favor de uma das partes na relação contratual.

3. Regime jurídico dos contratos interadministrativos

3.1. Procedimento de formação

3.1.1. Âmbito de aplicação da Parte II do Código dos Contratos Públicos: contratos interadministrativos sujeitos à concorrência de mercado e contratos excluídos.

O procedimento externo de formação de um contrato interadministrativo prende-se com a problemática da seleção do co-contratante. A questão que se coloca à partida é a de saber se, sendo ambos os contraentes públicos e tendo a relação contratual como fundamento uma ideia de cooperação interadministrativa, se justifica sequer proceder à escolha do contratante. Por outras palavras: existindo uma relação de cooperação entre duas entidades públicas, o contrato, que constitui essa relação, será celebrado, na maior parte dos casos, *intuitu personae*.

Contudo, nesta matéria é extremamente difícil traçar um regime unitário aplicável a todos os contratos interadministrativos, uma vez que depende do tipo de contrato que esteja em causa, justificando-se distinguir, designadamente, entre os contratos que assentam num fundamento cooperativo e aqueles que estão sujeitos à concorrência de mercado.

Estão sujeitos à concorrência de mercado, mesmo que sejam celebrados por duas (ou mais) entidades administrativas, os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, e ainda os contratos de concessão de serviços públicos, visto que, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do CCP, são os únicos que estão sujeitos às regras da Parte II deste diploma mesmo quando sejam celebrados entre entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 1.º, do mesmo diploma. O contrato de sociedade não é referido no artigo 6.º, n.º 1, do CCP, pelo que este diploma não se aplica aos contratos de sociedade celebrados entre entidades do artigo 2.º, n.º 1, do CCP.

¹⁴ Para mais desenvolvimentos, v. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, Coimbra, 2011, págs. 192 e seguintes.

Esta solução acaba por se aplicar também quando intervenham entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 2, do CCP. De facto, nos contratos celebrados entre duas entidades adjudicantes elencadas no artigo 2.º, n.º 2, ou entre uma destas entidades e uma entidade do artigo 2.º, n.º 1, mas em que a primeira seja adjudicante e a segunda adjudicatária, as regras da Parte II do CCP também só se aplicam se o objeto contiver prestações típicas dos contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

É que, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do CCP, as entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 2, só estão submetidas às regras da contratação pública quando pretendem celebrar contratos que incluam prestações específicas daqueles tipos contratuais.

Finalmente, se for um contrato interadministrativo celebrado entre uma entidade elencada no artigo 2.º, n.º 1, e uma entidade referida no artigo 2.º, n.º 2, do CCP, sendo a primeira a entidade adjudicante, o contrato não cabe em nenhuma das exceções nem do número 1, nem do número 2 do artigo 6.º, aplicando-se as regras do Código relativas à formação dos contratos.

Assim, uma entidade adjudicante na aceção do CCP pode candidatar-se à adjudicação de um contrato que outra entidade adjudicante pretenda celebrar, atuando como prestadora de bens ou serviços, empreiteira ou concessionária. Contudo, nesta circunstância, o facto de a Parte II do CCP ser, em princípio, aplicável não preclui a possibilidade de a mesma ser afastada em função de outros critérios, de natureza material.

É o que acontece se o contrato for excluído devido à verificação de uma das exceções previstas no artigo 5.º, n.ºs 1 e 2 (este último consagra a figura das relações “*in house providing*”, desenvolvida *infra* no ponto seguinte).

Nos termos do n.º 1 daquele preceito, são excluídos da Parte II do Código os contratos cujo objeto abranja prestações insuscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, o que se aplica a todos os contratos interadministrativos que sejam forçosamente celebrados *intuitu personae*, quer pela natureza infungível das prestações, quer porque a sua celebração resulta de uma lógica cooperativa e não de mercado.

Pode, contudo, questionar-se se, em alguma eventualidade, os contratos que são, em princípio, concorrenciais – designadamente os mencionados no artigo 6.º, n.º 1, do CCP – podem, em função das circunstâncias concretas (“*a posição relativa das partes no contrato*” ou “*o contexto da sua própria formação*”) caber também na previsão do n.º 1 do artigo 5.º do CCP.

Parece-me que a resposta deve ser positiva¹⁵.

¹⁵ No mesmo sentido, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, págs. 646 e seguintes.

Em primeiro lugar, porque se o artigo 5.º, n.º 1, não pudesse incluir contratos desse tipo, ficaria, na prática, esvaziado, na medida em que nunca se aplicaria a contratos celebrados entre entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 2.º do CCP.

Em segundo lugar, tem de se fazer uma interpretação restritiva do artigo 6.º, n.º 1, do CCP, estabelecendo uma distinção entre, por um lado, contratos que abrangem prestações típicas de uma empreitada de obras públicas, de uma concessão de obras públicas, de uma concessão de serviços públicos, de uma locação ou aquisição de bens móveis e de uma aquisição de serviços e, por outro lado, os próprios contratos que *no seu todo* possam ser qualificados como tal.

Por outras palavras: um contrato de aquisição de serviços não cabe, em princípio, na previsão do n.º 1 do artigo 5.º, mas um contrato que, apesar de conter prestações típicas de um contrato de aquisição de serviços, não seja, no seu todo, subsumível naquele tipo contratual está excluído da aplicação das regras da Parte II do Código se os requisitos do n.º 1 do artigo 5.º se verificarem em concreto.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou, no Acórdão de 9 de Junho de 2009, que um contrato entre entidades adjudicantes, mesmo contendo cláusulas típicas de um contrato de prestação de serviços, estava excluído das regras da contratação pública por se concluir, atendendo ao contexto envolvente e ao conjunto das suas cláusulas, que era *“o culminar de um processo de cooperação intermunicipal entre as partes no contrato”* e *“desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objetivos de interesse público”*¹⁶.

Este entendimento, retomado, aliás, nas Diretivas recentemente aprovadas pelo Parlamento Europeu (v. o ponto 3.1.3.), vem confirmar que não existe uma imposição comunitária no sentido de a Administração contratualizar preferencialmente com particulares, como modo de fomentar e dinamizar um mercado de contratação pública, que, por sua vez, funcionaria como motor da própria economia¹⁷.

O Direito da União Europeia visa assegurar a concorrência quando a Administração opta por recorrer a particulares para a realização de certas tarefas públicas, mas não impõe aos Estados-membros que tomem essa opção¹⁸.

Nos sistemas anglo-saxónicos, aplica-se mesmo um *teste de eficácia* prévio à opção de contratar com privados, que se traduz num estudo comparativo dos custos da contratação

¹⁶ Cfr. o Acórdão *Comissão contra a República Federal da Alemanha*, Processo n.º C-480/06, in <http://eur-lex.europa.eu>. V. ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos entre entidades adjudicantes (Acórdão do TJUE, de 9 de junho de 2009, Processo n.º C-480/06)”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, 2011, págs. 111 e seguintes.

¹⁷ V., por todos, ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, “Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Barcelona, 2009, pág. 73.

¹⁸ V., neste sentido, MARCO GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra Diritto Comunitario e Diritto Italiano*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Ano 14, n.ºs 3-4, 2004, pág. 937.

interadministrativa em comparação com o *outsourcing*, só se optando por este último se for mais favorável, em termos económicos¹⁹. Este *market test* é conhecido pelo teste dos três “es”: eficiência, eficácia e economia dos serviços e obras realizados pela Administração Pública. É aplicável quer à Administração central, quer à Administração local, devendo cada departamento examinar, de 5 em 5 anos, se a atividade em causa é privatizada, prestada diretamente ou prestada através da celebração de contratos com particulares²⁰.

Em Portugal, a Administração Pública goza do poder discricionário de optar por contratar com privados, sem necessidade de estar sujeita a um teste de eficácia e eficiência, ao contrário do que acontece nos países anglo-saxónicos²¹.

Contudo, na hipótese remota de se enveredar sempre pela contratação interadministrativa, deve considerar-se que o direito à livre iniciativa económica e a regra da coexistência do setor privado com o setor público constituem limites a essa opção sistemática (cfr. artigos 61.º, 80.º, alíneas b) e c) e 82.º da CRP)²².

Em contrapartida, a imposição constitucional da coexistência do setor privado com o setor público, a par com o princípio da livre organização dos serviços da Administração Pública, também afastam a ideia, referida por alguma doutrina, de que existiria, no espaço europeu, uma *opção normativa orientada para a privatização*²³.

Aliás, a opção sistemática pela *externalização* pode mesmo pôr em causa a capacidade de resposta da Administração Pública, a experiência e o *know-how* dos funcionários públicos²⁴, conduzindo à perda de controlo sobre o resultado final e à eventual diminuição da qualidade dos serviços prestados.

Nesta linha, muitos Autores norte-americanos têm vindo a questionar este recurso numa escala sem precedentes à contratação com privados – o *outsourcing* –, que, nos Estados Unidos da América, inclui mesmo setores como a defesa, o sistema prisional, o controlo de fronteiras e a segurança interna²⁵, defendendo, pelo contrário, a procura de soluções dentro

¹⁹ V. PETER VINCENT-JONES, *The new Public Contracting*, Oxford, 2006, págs. 51 e 52.

²⁰ Cfr. ANNE C. L. DAVIES, *Accountability. A Public Law Analysis of Government y Contract*, Oxford, 2001, págs. 3 e 35 e EVA NIETO GARRIDO, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, in *Revista de la Administración Pública*, n.º 162, 2003, pág. 393. Este teste começou a ser aplicado no Reino Unido a partir da década de ’80 com o “*Local Government Planning and Land Act*” de 1980.

²¹ Neste sentido, v. BERNARDO AZEVEDO, “Contratação *in house*: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra, 2008, pág. 120.

²² Referindo-se, por isto, a uma “reserva de Direito Administrativo” assente na cláusula constitucional de bem-estar ou de Estado social; na reserva dos poderes de soberania em favor das entidades públicas; bem como nos artigos 212.º, n.º 3, e 268.º, n.º 4, da CRP, entre outros aspetos, de natureza económica, tais como a garantia constitucional de apropriação pública de meios de produção, v. PAULO OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, obra colectiva, Coimbra, 2001, págs. 53 a 56.

²³ V. GUIDO CRECO, “Imprese pubbliche, organismi di Diritto Pubblico, affidamenti “*in house*”: ampliamento o limitazione della concorrenza?”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 1, 2005, pág. 76.

²⁴ Como salientam JODY FREEMAN e MARTHA MINOW, “Introduction: reframing the outsourcing debates”, in *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, obra coletiva, Cambridge (Massachusetts), 2009, págs. 1 e 2.

²⁵ V. por todos, JODY FREEMAN e MARTHA MINOW, *op. cit.*, pág. 20.

da Administração, designadamente através da contratualização com agências ou empresas públicas²⁶.

A circunstância de um contrato não se integrar na exceção do artigo 5.º, n.º 1, do CCP, não significa que não se verifiquem os requisitos para que se recorra ao ajuste direto como forma de seleção do co-contratante. Com efeito, deve distinguir-se entre os contratos excluídos da aplicação das regras relativas aos procedimentos pré-contratuais daqueles outros que estão submetidos àquelas regras, mas relativamente aos quais é permitida a sua celebração por ajuste direto em função da natureza *personalíssima* das prestações em causa. É que o ajuste direto constitui ainda um procedimento administrativo pré-contratual tipificado, que culmina com a prática de um ato administrativo de adjudicação e ao qual se aplicam as regras do CCP, designadamente, os artigos 112.º, 113.º e 127.º deste diploma.

Pelo contrário, na formação dos contratos excluídos da Parte II do Código, a entidade adjudicante pode optar por utilizar qualquer procedimento pré-contratual, tipificado ou não, ou limitar-se a celebrar o contrato sem qualquer tipo de procedimento.

Assim, todos os contratos de cooperação paritária entre entidades administrativas integram-se na exclusão do artigo 5.º, n.º 1, do CCP, uma vez que as prestações que são objeto de tais contratos não estão, nem são, suscetíveis de estar, submetidas à concorrência de mercado.

Aliás, dificilmente estes contratos se podem considerar onerosos para efeitos de aplicação das regras dos mercados públicos. Apesar de, mesmo no Direito Civil, o conceito de contrato prescindir quer do valor económico das prestações [artigo 391.º, n.º 2, do Código Civil (CC)], quer da patrimonialidade dos interesses das partes, a verdade é que esses contratos não estão sujeitos aos procedimentos pré-contratuais de escolha do adjudicatário. É que estes contratos nem são passíveis de valoração económica para efeitos do artigo 17.º do CCP, nem despertam o interesse concorrencial de uma diversidade de agentes que atuam no mercado²⁷.

Assim, a formação dos contratos entre entidades do artigo 2.º, n.º 1, do CCP, que estão excluídos das regras da Parte II do CCP, por via do disposto no artigo 6.º, n.º 1, acabam por se pautar por uma certa informalidade.

²⁶ V. MARK FREEDLAND, "Government by contract and Public Law", in *Public Law*, 1994, em especial as págs. 86 a 89.

²⁷ Cfr. MARK KIRKBY, "Aspectos relativos à aplicabilidade objectiva e subjectiva das novas regras da contratação pública", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLIX, n.ºs 1 e 2, Coimbra, 2008, pág. 156. Sobre o conceito de contrato sujeito à concorrência de mercado, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *op. cit.*, págs. 587 e seguintes.

Mas a verdade é que nem mesmo a atividade administrativa informal é um espaço liberto do princípio da legalidade, pelo que se aplicam sempre algumas regras de Direito Público²⁸.

Neste sentido, as alíneas a) e b) do n.º 6 do artigo 5.º do CCP estabelecem que os contratos excluídos do âmbito de aplicação do CCP estão submetidos quer aos princípios gerais da atividade administrativa e às normas do CPA que concretizem preceitos constitucionais, quer a outro tipo de procedimentos, por exemplo, se se tratar de um contrato substitutivo de um ato administrativo ou de uma norma de Direito Administrativo, caso em que é aplicável o mesmo procedimento a que estariam sujeitas estas atuações unilaterais. A *ratio* desta solução é fácil de descortinar e prende-se com a necessidade de evitar a utilização da forma contratual como fuga às regras procedimentais.

3.1.2. Em especial, as relações “*in house providing*”

A celebração de contratos entre entidades adjudicantes pode ainda ser excecionada da aplicação da Parte II do CCP por se tratar de relações *in house providing*, teoria construída pretorianamente pelo TJUE e acolhida no artigo 5.º, n.º 2, do Código²⁹.

A figura das relações “*in house*” foi adotada pela primeira vez pelo TJUE no Acórdão “*Teckal*”³⁰. De acordo com esta teoria, todos os contratos de prestação de bens e serviços estão sujeitos às regras dos mercados públicos constantes (à data) das Diretivas n.º 93/36/CEE e n.º 92/50/CEE, mesmo quando as partes no contrato sejam ambas entidades adjudicantes, exceto quando a entidade adjudicante exerça sobre o adjudicatário um “*controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*” e esse adjudicatário “*realize o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante*”.

Refira-se que no Acórdão “*Teckal*” estava em causa um contrato de fornecimento de bens, regido pela Diretiva n.º 93/36/CEE, tendo o TJUE salientado que a doutrina aí adotada não se aplica aos contratos públicos de serviços, uma vez que o artigo 6.º da Diretiva n.º 92/50/CEE exclui do seu âmbito de aplicação os contratos atribuídos, em certas condições, a entidades adjudicantes. No entanto, posteriormente, o TJUE alargou este entendimento também aos contratos de prestação de serviços (não às concessões de serviços públicos), através do seu Acórdão “*Stadt Halle*”³¹.

A *ratio* subjacente à teoria das relações “*in house providing*” prende-se com o entendimento segundo o qual as regras dos mercados públicos, que são, em princípio,

²⁸ Como refere EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Recenti sviluppi del Diritto Amministrativo generale in Germania”, in *Diritto Pubblico*, 1997, pág. 69.

²⁹ A teoria das relações “*in house*” foi também consagrada na Espanha no artigo 24.º, n.º 6, da *Ley de Contratos del Sector Público*; na França, artigo 3.º, n.º 1, do *Code des Marchés Publics*; e ainda na Itália, através do artigo 13.º da Lei n.º 326/2003, de 24 de novembro, com a alteração introduzida pela Lei n.º 248/2006, de 4 de agosto de 2006, embora só ao nível local.

³⁰ Acórdão do TJUE de 18 de novembro de 1999, proferido no Processo C-107/98 (*Teckal SRL contra Comune di Viano e Azienda Gas Acqua Consorziale – AGAC - di Reggio Emilia*), in <http://eur-lex.europa.eu>.

³¹ Acórdão do TJUE de 11 de janeiro de 2005, proferido no Processo C-26/03, in <http://europa.eu.int/eur-lex>.

aplicáveis a todos os contratos de prestação de bens e serviços e de empreitadas de obras públicas celebrados por entidades adjudicantes, só não o serão quando esses contratos se assumam como uma operação meramente interna. Por outras palavras: a necessidade de abrir um procedimento pré-contratual só é afastada se, apesar de haver um acordo entre dois sujeitos de Direito formalmente diferentes, existir na verdade - no plano substantivo - uma relação de dependência entre eles que elimine completamente a autonomia da vontade de um desses sujeitos.

Os dois critérios consagrados no Acórdão “Teckal” são cumulativos e assumem um conteúdo muito fluido, de difícil densificação, como acontece com todos os conceitos de construção jurisprudencial, que, aliás, se caracterizam por estar em permanente evolução. A indefinição dos critérios provoca, aliás, uma certa incerteza na aplicação do Direito, nada desejável do ponto de vista da segurança jurídica, até porque põe em causa a uniformidade do Direito da União Europeia, na medida em que são os tribunais nacionais de cada Estado-membro que vão aplicar esses critérios aos casos concretos³².

Quanto ao conceito de “controlo análogo”, a jurisprudência comunitária tem entendido que este não pressupõe que o poder público tenha formalmente as mesmas possibilidades jurídicas de influência que tem sobre os seus próprios serviços, por exemplo, o direito de dar instruções no caso concreto. O que é determinante é saber se a entidade adjudicante está, efetivamente, em condições de impor integralmente a prossecução dos objetivos de interesse público na empresa em causa. Neste sentido, o TJUE considerou, no Acórdão “Parking Brixen”³³, que a empresa adjudicatária pode ter autonomia, mas a entidade adjudicante tem de possuir uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões significativas da empresa, o que é mais do que o mero controlo societário.

Este conceito não é, por isso, sinónimo de “influência dominante” - a que se refere o artigo 9.º do RJSEE³⁴ -, mas sim algo mais intenso, traduzindo-se num absoluto domínio sobre a autodeterminação da vontade do prestador do bem ou serviço.

Contudo, também não pressupõe a existência de hierarquia administrativa, ou seja, do poder de direção e do correlativo dever de obediência³⁵, até porque o controlo análogo tem a ver com a convergência de interesses, não sendo necessária a equiparação total ao controlo que é exercido sobre os serviços sem personalidade jurídica.

No projeto de diretiva em matéria de contratos públicos (Projeto n.º 2011/0896, já aprovado pelo Parlamento Europeu em 15 de janeiro de 2014), o artigo 11.º consagra a

³² Como assinala MARIA RANGEL MESQUITA, “In house: desenvolvimentos recentes da jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias, separata da obra *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*, Coimbra, 2007, pág. 903.

³³ Trata-se do Acórdão do TJUE de 13 de outubro de 2005, proferido no Processo n.º C-458/03, in <http://eur-lex.europa.eu>.

³⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 113/2013, de 3 de outubro.

³⁵ Como defende, por exemplo, CLÁUDIA VIANA, “Contratos Públicos “in house” – em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais”, in *Direito Regional e Local*, n.º 00, 2007, págs. 37.

figura das relações “*in house*” e o segundo parágrafo do n.º 1 deste preceito esclarece que “*uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na aceção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada*”.

Pode dizer-se, com segurança, que os contratos celebrados entre o Estado e um instituto público são sempre contratos “*in house*”, uma vez que os poderes de tutela e de superintendência se subsumem claramente no conceito de “controlo análogo”.

Diversamente, a questão afigura-se muito mais complexa no que se refere às empresas integradas no Setor Empresarial do Estado, no Setor Empresarial Local ou no Setor Empresarial Regional.

A contratação direta por um ente público de uma sociedade por ele participada depende de dois requisitos: a participação pública maioritária ou dominante e o desenvolvimento de uma atividade fora do jogo da livre concorrência, o que ocorre, por exemplo – mas não apenas –, quando a empresa é criada especificamente para fornecer bens ou serviços em setores especiais, subtraídos à total livre concorrência.

Na apreciação do requisito do controlo análogo deve destringir-se consoante as empresas públicas adjudicatárias sejam unipessoais ou pluripessoais, ou seja, se apenas uma entidade pública – o Estado ou uma autarquia local – participa no seu capital social ou se, pelo contrário, a empresa é constituída por diferentes entidades. Por sua vez, neste último caso, ainda há que distinguir consoante todos os sócios sejam públicos ou, pelo contrário, nela participem também sócios privados.

No caso das empresas unipessoais, basta verificar se o único subscritor do capital exerce o controlo análogo nos moldes referidos *supra*.

Mais complexa é a situação no caso das empresas pluripessoais, ainda que todos os sócios sejam entidades públicas. Nestes casos, há dois entendimentos possíveis: considerar que apenas são “*in house*” os contratos celebrados entre a empresa e o sócio (público) maioritário; ou, pelo contrário, que podem ser “*in house*” todos os contratos celebrados entre a empresa pública e qualquer das entidades públicas que participam no seu capital social. Contudo, neste último caso, tal só ocorre se existir uma coincidência de interesses entre todas as Administrações-matriz, em termos tais que a empresa seja instrumental relativamente a todas elas.

De facto, por vezes o que está subjacente à constituição de uma empresa pública pluripessoal, independentemente da forma adotada, são instrumentos de cooperação entre as entidades “*sócias*”. Aliás, a constituição da empresa pode, inclusivamente, ser precedida da celebração de um contrato interadministrativo entre estas entidades, como forma de garantir a existência de interesses, objetivos e meios de ação comuns.

Contudo, a existência de uma situação deste tipo não prescinde da verificação em concreto do requisito do controlo análogo relativamente a cada uma das empresas, mesmo que este não decorra da detenção da maioria do capital social, mas sim do facto de haver um instrumento de concertação entre as entidades subscritoras do capital social no sentido de todas terem os mesmos poderes sobre a empresa.

Por isso mesmo, excluídos aqueles casos em que exista um contrato interadministrativo de cooperação entre as entidades detentoras do capital da empresa, quer este contrato constitua ou não uma associação através da qual o capital seja subscrito, dificilmente se poderão considerar *“in house”* os contratos celebrados entre a empresa adjudicatária e todas as entidades que nela participam.

A pré-existência de um contrato interadministrativo de cooperação entre as entidades que detêm o capital da empresa diferencia-se, por sua vez, da situação prevista no artigo 39.º do CCP, que admite a possibilidade de as entidades adjudicantes se agruparem para formarem um contrato no interesse de todas. É que, neste caso, apesar de o agrupamento poder resultar também da celebração de um contrato interadministrativo, não só este é celebrado exclusivamente para proceder à adjudicação daquele contrato, como as entidades incluídas no agrupamento não são detentoras do capital da entidade adjudicatária. Por isso mesmo, aquele preceito não é referido em sede de operações *“in house”*.

Daí que, tendencialmente, possam considerar-se relações *“in house”* as que se estabelecem com empresas públicas (estatais ou municipais) unipessoais, e, no caso das empresas pluripessoais, só com o ente público dominante – como aliás, já foi reconhecido pelo TJUE no Acórdão *“ARGE”*³⁶.

É verdade que aquele Tribunal já aceitou uma interpretação mais ampla do conceito de relações *“in house”* no Acórdão *“Tragsa”*³⁷, no qual considerou que o contrato celebrado com uma empresa que era detida a 99% pelo Estado e a 1% por quatro comunidades autónomas espanholas era *“in house”* relativamente a todas as entidades subscritoras do seu capital social. No entanto, este acórdão não só vai ao arrepio da restante jurisprudência do TJUE, como tem sido alvo de profundas críticas por parte da doutrina.

No mesmo sentido, aparentemente, o CCP admite um controlo análogo conjunto, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, o que parece permitir a contratação *“in house”* por qualquer uma das entidades detentoras de capital de uma empresa pública, mesmo que minoritariamente.

Contudo, só existe controlo conjunto quando este resulte de formas institucionalizadas de colaboração interadministrativa, que decorram da lei ou de um contrato

³⁶ Acórdão do TJUE *ARGE*, de 7 de dezembro de 2000, proferido no Processo C-94/99, in <http://eur-lex.europa.eu>.

³⁷ Acórdão de 19 de abril de 2007, proferido no Processo n.º C - 295/05, in <http://eur-lex.europa.eu>.

interadministrativo de cooperação celebrado anteriormente entre vários municípios ou o município e o Estado. O contrato, por sua vez, pode ter conteúdos diversos: definir objetivos e meios de ação comuns; permitir que a entidade que detém a maioria do capital social da empresa a coloque ao serviço de uma outra entidade pública, através de um contrato semelhante ao mandato; ou criar um ente instrumental – por exemplo, uma associação ou um consórcio – que exerce o controlo sobre a empresa pública. O controlo conjunto como forma de cooperação interadministrativa pressupõe também que haja uma coincidência de fins entre todas as Administrações-matrizes e a entidade por estas controlada.

Na mesma linha, o TJUE entendeu, no Acórdão *Coditel Brabant*³⁸, que o controlo análogo pode ser exercido conjuntamente por várias entidades adjudicantes participantes no capital da entidade adjudicatária, na medida em que não o admitir seria impor a abertura dos contratos à concorrência sempre que as entidades adjudicantes pertencessem a um agrupamento, o que constituiria uma limitação inaceitável ao princípio da colaboração interadministrativa.

Com efeito, a exigência de controlo análogo não pode funcionar como um obstáculo à colaboração interadministrativa, pelo que tem de se admitir que aquele controlo seja exercido em conjunto por diversas entidades-matrizes, quando isso resulte claramente de modelos de cooperação. Neste sentido, o controlo conjunto é uma manifestação de colaboração interadministrativa.

No caso do SEE, pode discutir-se se a celebração de um contrato “*in house*” com um determinado ministério implica, automaticamente, que o mesmo se aplica a toda a Administração central, visto que os ministérios não têm personalidade jurídica e se inserem todos no Estado, mas a verdade é que isso poria em causa a ideia de controlo análogo.

Sobre este aspeto, o artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva aprovada em 15 de janeiro de 2014, vem admitir o exercício conjunto, por várias autoridades adjudicantes, do controlo análogo, desde que esse controlo decorra (i) da existência de órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes; (ii) do exercício conjunto de uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada; e (iii) de a pessoa coletiva controlada não prosseguir interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.

Quando as empresas adjudicatárias sejam meramente participadas - ou seja, naqueles casos em que a entidade adjudicante detém a maioria do capital social ou o controlo da gestão -, o TJUE entendeu, no Acórdão “*Stadt Halle*”³⁹, que a participação ainda que

³⁸ Acórdão do TJUE de 13 de novembro de 2008, Processo n.º C 324/07, in <http://eur-lex.europa.eu>.

³⁹ V. também o Acórdão do TJUE “*Modling*”, de 10 de novembro de 2005, proferido no Processo C- 29/04, relativo a uma ação de incumprimento contra República da Áustria, in <http://europa.eu.int/eur-lex/> e o Acórdão “*Carbotermo*”, de 11 de maio de 2006, proferido no Processo C-340/04, <http://eur-lex.europa.eu>., no qual se

minoritária de uma empresa privada no capital social da empresa adjudicatária afasta de imediato o requisito do controlo análogo porque a presença de uma entidade privada implica sempre a prossecução de interesses privados.

Além disso, a adjudicação nestas condições viola o princípio da igualdade de tratamento face a outras empresas privadas que poderiam pretender contratar com a Administração.

Na verdade, a adjudicação de contratos “*in house*” a sociedades que incluem empresas privadas no seu capital social constitui uma forma de favorecimento destas últimas, em violação dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da não discriminação.

Não obstante o entendimento restritivo que o TJUE tem nesta matéria, exigindo que o capital social da empresa adjudicatária permaneça totalmente público durante toda a duração do contrato⁴⁰, a verdade é que não me parece que a presença de privados constitua um óbice à celebração de contratos “*in house*” se a(s) empresa(s) privada(s) que participa(m) no capital social da empresa pública forem escolhidas, por sua vez, através de mecanismos respeitadores do princípio da livre concorrência⁴¹.

Aliás, o TJUE já aceitou este entendimento, no Acórdão “*Acoset*”⁴², a propósito da adjudicação de um contrato de gestão do serviço integrado de águas a uma sociedade anónima de capitais mistos, maioritariamente públicos, tendo considerado que se o parceiro privado nesta sociedade tiver sido escolhido através de um procedimento concorrencial não é necessário lançar outro procedimento para a adjudicação do contrato.

Por outras palavras: se a concorrência foi já assegurada num momento anterior, aquando da seleção do parceiro privado, não é necessário voltar a sujeitar a adjudicação do contrato de concessão de serviço público a essa mesma empresa a um novo procedimento concorrencial.

Ora, de acordo com o artigo 16.º, n.º 2, a adjudicação de um contrato de sociedade (ou seja, a seleção do sócio privado) está sujeita às regras da contratação pública, exceto quando o capital social se destine a ser integralmente subscrito por outras entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 1, nos termos do artigo 5.º, n.º 4, alínea d) do CCP.

consagra o entendimento de que a participação pública além de ser total tem de ser direta, não pode ser através de uma “*holding*”, a não ser que esta também seja detida a 100% por uma entidade pública.

⁴⁰ Cfr. o Acórdão “*Mödling*”, já citado, e o Acórdão “*ANAV*”, de 6 de abril de 2006, proferido no Processo n.º C-410/04, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴¹ Cfr., neste sentido, o Acórdão *SeaSrl contra Comune do Ponte Nossa*, de 10 de setembro de 2009, Processo n.º C-573/07, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴² Acórdão de 5 de outubro de 2009, proferido no Processo n.º C-196/08, in <http://eur-lex.europa.eu>. Sobre este acórdão v. ALEXANDRA LEITÃO, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de outubro de 2009, Processo n.º C-196/08 (*Acoset SpA c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e o.*)”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cunha Rodrigues*, Lisboa, 2013 e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Acórdão *Acoset*: as alternativas procedimentais na constituição de uma PPPI vistas à luz do Direito Comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 92, 2012.

Trata-se de evitar a sujeição a um “duplo procedimento”, que a Comissão já considerou inútil e difícil de aplicar, na comunicação interpretativa sobre a aplicação do Direito da União Europeia em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPIs), publicada no JOUE n.º C 91/4, de 12 de abril de 2008.

Saliente-se, contudo, que, apesar de o TJUE referir, neste Acórdão, que a solução adotada visa (também) salvar a própria viabilidade das parcerias público-privadas institucionalizadas, uma vez que a exigência de um duplo procedimento seria um fator dissuasor para os privados concorrerem, a verdade é que o alcance do Acórdão se estende para lá da figura das parcerias.

Efetivamente, a *ratio decidendi* do aresto tem uma aplicação mais ampla, a todas as situações em que possa ocorrer um duplo procedimento concorrencial.

A solução adotada no Acórdão é semelhante à que está prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), para as entidades que gozam de direitos especiais ou exclusivos, que, por sua vez, só estão sujeitas às regras da contratação pública quando esses direitos *não* tenham sido atribuídos no âmbito de um procedimento concursal. Isto significa, *a contrario sensu*, que, quando esses direitos tenham sido concedidos através de um procedimento concursal, as entidades que os detenham não são consideradas entidades adjudicantes, visto que a concorrência já foi assegurada através daquele procedimento, sem prejuízo da obrigação de cumprir o disposto no artigo 277.º do CCP.

É verdade que, mesmo quando o sócio privado é escolhido de forma concorrencial, a adjudicação do contrato sem sujeição a um procedimento pré-contratual pode sempre causar distorções à concorrência⁴³, mas essas distorções são afastadas ou minimizadas se no primeiro procedimento – de escolha do sócio privado – se incluírem critérios de seleção relativos ao objeto do contrato a celebrar subsequentemente com a sociedade. Apreciar-se-á, assim, não apenas a capacidade financeira dos candidatos, mas também a sua capacidade técnica em função do objeto concreto do contrato, em termos tais que quando escolhe o sócio, a entidade adjudicante está também, simultaneamente, a escolher o melhor co-contratante para executar o contrato em apreço⁴⁴.

Contudo, na Diretiva aprovada pelo Parlamento Europeu em 15 de janeiro de 2014, o artigo 11.º, n.º 1, alínea c), estabelece que só serão considerados “*in house*” os contratos celebrados entre uma entidade adjudicante e outra pessoa coletiva quando não haja “...participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.”

⁴³ Como salienta MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra, 2007, pág. 184.

⁴⁴ V. DIOGO DUARTE CAMPOS, “Parcerias público-privadas institucionais e duplo (triplo) concurso”, in *Estudos de Contratação Pública*, volume III, obra colectiva, Coimbra, 2010, págs. 436 e 437.

Na minha opinião, deveria admitir-se a celebração de contratos “*in house*” quando a empresa adjudicatária seja ela própria um organismo de Direito Público e, consequentemente, uma entidade adjudicante, independentemente do capital ser totalmente público ou não. Isto não prescinde, contudo, da verificação dos dois requisitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a) e, além disso, se se tratar de uma empresa de capitais mistos, de o sócio privado ter sido escolhido de acordo com regras concorrenciais. Por isso, é duvidoso que a mera existência de uma obrigação legal (*v.g.* nos estatutos da empresa) de abrir o capital a privados afaste, por si só, o preenchimento dos critérios “*in house*”, desde que, depois, na escolha dos privados se observe, por sua vez, a concorrência.

Esta conclusão parte também de um entendimento da concorrência como um valor muito importante, mas não absoluto, designadamente, quando se encontrar em confronto com o princípio da prossecução do interesse público.

Por outras palavras, o princípio da concorrência não pode pôr em causa nem a liberdade de auto-organização administrativa, nem a escolha de opções que se revelem mais eficazes para o interesse público⁴⁵.

O segundo critério avançado pela jurisprudência comunitária reside na exigência de que a empresa adjudicatária realize o essencial da sua atividade para a entidade pública que a detém. Para tal, deve ter-se em conta a “atividade efetiva” e não aquela que resulta do seu objeto social.

A jurisprudência comunitária sobre esta matéria não é muito abundante, uma vez que, adotando o TJUE uma interpretação restritiva do requisito do controlo análogo, as suas decisões acabam por afastar muitas vezes a figura das relações “*in house*” logo pela análise daquele primeiro requisito, tornando inútil a apreciação do segundo.

De qualquer modo, na prática, a verificação deste critério pressupõe que a atividade da empresa esteja tão fortemente ligada ao poder público que os contratos podem ser equiparados a relações internas, o que não sucede se a empresa atuar no mercado como qualquer empresa comercial. Isto significa que a empresa pode realizar prestações para terceiros, mas isso tem de ter uma relevância mínima no contexto geral do seu volume de negócios.

O TJUE já entendeu, no Acórdão “*Carbotermo*”⁴⁶, que na determinação do volume de negócios relevante, deve ter-se em conta quer as prestações realizadas para a própria entidade adjudicante, quer em favor de terceiros (por exemplo, no caso de uma concessão de serviços públicos), sendo irrelevante o âmbito territorial em que a atividade é desenvolvida.

⁴⁵ Como sempre tenho vindo a defender. *V.*, por exemplo, ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direitos dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2014, págs. 73 e seguintes.

⁴⁶ Acórdão de 11 de maio de 2006, proferido no Processo n.º C-340/04, in <http://eur-lex.europa.eu>.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas tem sempre afastado a possibilidade de celebração de contratos “*in house*” quando a empresa, apesar de controlada pela entidade com a qual pretende contratar, desenvolva um relevante volume de negócios com o sector privado⁴⁷.

Todavia, noutras decisões, o Tribunal de Contas salientou que, além do critério do volume de negócios, é ainda determinante – talvez mais determinante mesmo – apurar se a empresa adjudicatária atua no mercado como concorrente de outras empresas privadas, em termos tais que o Estado poderia contratar com qualquer uma delas⁴⁸. Entendeu aquele Tribunal que “[A] condição da essencialidade tem por objetivo assegurar que a Diretiva comunitária relativa aos processos de adjudicação de contratos públicos continue a ser aplicável quando esteja ativa no mercado uma empresa relativamente à qual seja exercido um controlo análogo, e que, em virtude dessa atividade no mercado, possa entrar em concorrência com outras empresas”.

Na nova Diretiva sobre contratos públicos, já referida *supra*, estabelece-se, no artigo 11.º, n.º 1, alínea b), que aquele requisito verifica-se quando “[M]ais 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.”

Por outro lado, nos casos de empresas pluripessoais, coloca-se a questão de saber se a empresa adjudicatária tem de realizar o essencial da sua atividade apenas para a entidade que efetivamente exerce o controlo análogo e não para o conjunto dos “sócios” públicos; ou se, pelo contrário, se admite que o essencial do volume de negócios seja aferido em função do conjunto das entidades subscritoras do capital social da empresa. Na minha opinião, deve admitir-se esta última hipótese exatamente nos mesmos termos em que se admite um controlo conjunto, ou seja, por existir uma repartição em partes iguais do capital social ou por haver um contrato de cooperação entre as entidades-matriz que precede a criação da empresa pública.

Verifica-se ainda um outro conjunto de situações que, em princípio, permitem a celebração de contratos “*in house providing*”, a saber: quando o próprio objeto social da empresa adjudicatária inclui, por determinação legal, em regime de exclusividade ou não, a realização da atividade que é contratualizada⁴⁹.

⁴⁷ Cfr., por todos, o Acórdão n.º 151/09, de 22 de setembro, proferido no Processo n.º 1249/09, in www.tcontas.pt.

⁴⁸ V. os Acórdãos n.º 106/2009 e n.º 1/2010, de 11 de maio de 2009 e de 19 de janeiro de 2010, respetivamente, ambos proferidos no Processo n.º 193/09, in www.tcontas.pt.

⁴⁹ Esta situação aproxima-se daquelas outras em que uma entidade goza de direitos exclusivos ou especiais, por determinação legal ou através de um ato (ou contrato) adotado mediante habilitação legal [estes direitos são definidos na Diretiva n.º 2004/17/CE como “os direitos concedidos por uma autoridade competente do Estado-membro em questão, por meio de qualquer disposição legislativa, regulamentar ou administrativa que tenha por efeito reservar a uma ou mais entidades o exercício de uma atividade definida nos artigos 3.º a 7.º e afetar substancialmente a capacidade de outras entidades exercerem essa mesma atividade” (artigo 2.º, n.º 3)]. Esta exceção só se aplica, contudo, relativamente aos contratos de prestação de serviços e não aos de fornecimentos e de locação de bens, em face do disposto no artigo 18.º da Diretiva n.º 2004/18/CE.

A criação de empresas destinadas exclusivamente ao desenvolvimento de determinadas tarefas ou atividades tem lugar sobretudo no caso das concessões de serviços públicos.

Mesmo antes da aprovação da Diretiva sobre concessões, a 15 de janeiro de 2014, não existia uma total “*indiferença comunitária*”⁵⁰ relativamente às concessões, tendo a Comissão Europeia aprovado duas Comunicações Interpretativas sobre as Concessões em Direito Comunitário. Nestas Comunicações é acentuado que os Estados- membros estão obrigados a respeitar os princípios gerais e as regras do Tratado, designadamente, a livre circulação de mercadorias (artigos 23.º e seguintes do TFUE), o direito de estabelecimento (artigos 49.º e seguintes do TFUE), a livre prestação de serviços (artigos 56.º e seguintes do TFUE) e os princípios da não-discriminação e da igualdade de tratamento, da transparência, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo.

O tratamento diferenciado que o Direito da União Europeia confere aos contratos de concessão compreende-se pela sua natureza *intuitu personae*, dado que o elemento fiduciário assume aí elevada relevância, justificando a livre escolha do concessionário pela Administração concedente.

Nesta linha, e indo além do Direito da União Europeia (à data), o artigo 6.º, n.º 1, consagra expressamente a sujeição dos contratos de concessão às regras da concorrência, independentemente da natureza das partes contratantes, o que os aproxima, pelo menos ao nível do regime jurídico aplicável à formação do contrato, dos contratos de prestação de serviços, de fornecimento de bens e das empreitadas de obras públicas. Aliás, isto já resultava do artigo 180.º do CPA, enquanto princípio geral, mas a verdade é que este preceito nunca se aplicou verdadeiramente às concessões de serviços públicos.

Sendo assim, os contratos de concessão de serviços públicos só são excluídos da Parte II do CCP se preencherem os requisitos da doutrina “*in house*” ou se resultarem da atribuição de direitos exclusivos.

A figura da contratação “*in house providing*” é uma forma de alcançar um equilíbrio entre o Direito da União Europeia e o Direito interno, entre os princípios comunitários da concorrência e da transparência e os princípios da prossecução de interesse público e da liberdade de auto-organização da Administração⁵¹.

3.1.3. Inovações dos novos projetos de Diretivas

A nova Diretiva sobre contratos públicos dedica um preceito – o artigo 11.º - à matéria da contratação entre “*entidades no setor público*”, demonstrando, mais uma vez, a indiferença do Direito da União Europeia quanto às classificações nacionais sobre a natureza pública ou privada das pessoas coletivas, bastando que estejam integradas no “setor público”.

⁵⁰ A expressão é de MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Concessão de serviço público – Que futuro?”, VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, separata do volume especial de *Direito e Justiça*, Lisboa, 2005, pág. 25.

⁵¹ V. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos ..., cit.*, pág. 290.

O preceito consagra a teoria das relações *“in house providing”* no seu n.º 1, alíneas a) b) e c), mantendo a exigência do controlo análogo, bem como o critério de que mais de 80% das atividades da pessoa coletiva adjudicatária sejam 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”* e ainda que não haja *“participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada”*.

O preceito esclarece ainda que se *“[C]onsidera que uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na aceção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada. Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa coletiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante”*. Isto significa que a Diretiva admite o controlo indireto, tal como acontece no caso dos *“organismos de direito público de segunda geração”*⁵².

Por sua vez, o n.º 2 alarga o instituto das relações *“in house providing”* aos contratos em que é a entidade controlada que adjudica o contrato à entidade que a controla (o preceito determina que *“[O] n.º 1 aplica-se igualmente quando uma pessoa coletiva controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada”*).

Mas, além de consagrar expressamente pela primeira vez a teoria das relações *“in house”*, a nova Diretiva sobre contratos públicos prevê ainda uma outra exceção à aplicação das regras da contratação pública quando estejam em causa contratos entre entidades públicas, também na linha do que já havia sido preconizado pelo TJUE no Acórdão de Acórdão de 9 de junho de 2009, acima citado.

Trata-se de admitir a celebração, sem sujeição a quaisquer procedimentos pré-contratuais, de contratos entre uma autoridade adjudicante e uma pessoa coletiva de direito público ou privado integrada no setor público, mesmo que a primeira não exerça controlo análogo sobre esta última, desde que estejam preenchidas as seguintes condições cumulativas (n.º 4 do artigo 11.º):

⁵² V. RUI MEDEIROS, *“Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008. *cit.*, págs. 20 e 21.

- i) o contrato tenha sido celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes;
- ii) o contrato estabeleça ou execute uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum;
- iii) a execução da referida cooperação seja unicamente regida por considerações de interesse público; e
- iv) as autoridades adjudicantes participantes exerçam no mercado livre menos de 20% das atividades abrangidas pela cooperação.

A grande dificuldade na aplicação desta figura prende-se com a distinção, por vezes muito ténue, entre um contrato de cooperação interadministrativa e um verdadeiro e próprio contrato de prestação de serviços, de fornecimento de bens ou, inclusivamente, uma empreitada de obras públicas.

No acórdão em apreço o TJUE utilizou dois critérios essenciais: o tipo de prestações pactuadas entre as partes⁵³ e a circunstância de o contrato controvertido visar a realização de uma missão de interesse público comum, a saber, a eliminação de resíduos. Estes aspetos correspondem a cláusulas contratuais que permitem demonstrar que o contrato em apreço não se subsume num contrato de prestação de serviços na aceção das diretivas comunitárias, designadamente, por não ter natureza onerosa para efeitos de aplicação das regras da contratação pública [alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva n.º 2004/18/CE].

O TJUE mostrou-se, assim, sensível ao fundamento cooperativo do contrato, salientando que *“o Direito Comunitário de maneira nenhuma impõe às autoridades públicas, para assegurar conjuntamente as suas missões de serviço público, que recorram a uma forma jurídica especial”*. Esta afirmação tem subjacente a ideia de que a sujeição deste tipo de contratos às regras comunitárias da contratação pública equivaleria a impedir a adoção de formas contratualizadas de cooperação interadministrativa, pondo em causa o princípio da liberdade de auto-organização da Administração Pública.

O alargamento das situações em que se permite a duas entidades públicas estabelecer diretamente formas de cooperação contratual ou institucional sem ter de recorrer necessariamente ao mercado merece o meu aplauso, na lógica do aproveitamento de sinergias dentro da Administração Pública e de evitar o endividamento de longo prazo perante privados.

⁵³ No Acórdão acentua-se o facto de o preço a pagar ser apenas o reembolso pelos custos suportados pela outra entidade e não uma remuneração pelo serviço. Contudo, mesmo essa exigência foi abandonada na última versão da Diretiva recentemente aprovada.

3.2. Execução dos contratos interadministrativos

3.2.1. O artigo 338.º do Código dos Contratos Públicos. Em especial, os poderes de conformação da relação contratual nos contratos interadministrativos

O artigo 338.º trata do regime aplicável aos contratos interadministrativos⁵⁴, estabelecendo que a Parte III do Código, ou seja, a parte relativa ao regime substantivo dos contratos administrativos, não é diretamente aplicável “aos contraentes públicos que contratam entre si num plano de igualdade jurídica, segundo uma ótica de harmonização do desempenho das respetivas atribuições” (cfr. o n.º 1 daquele artigo).

Na verdade, o regime substantivo dos contratos administrativos só é aplicável, com as necessárias adaptações, aos “contratos celebrados entre contraentes públicos pelos quais um deles se submeta ao exercício de poderes de autoridade pelo outro” (cfr. o n.º 2).

Deste preceito retiram-se várias ilações.

Em primeiro lugar, que o legislador partiu do pressuposto de que os contratos interadministrativos são, em regra, paritários e equiordenados e que a situação inversa é excecional.

Em segundo lugar, que a celebração do contrato num plano de igualdade jurídica não afasta apenas a existência de poderes de conformação da relação contratual, mas também impede a aplicação (pelo menos direta) de todos os preceitos da Parte III do CCP, ou seja, do regime substantivo dos contratos administrativos.

Assim, aparentemente, a Parte III do Código só seria suscetível de aplicação aos contratos interadministrativos de subordinação, isto é, àqueles em que uma das partes detém poderes de conformação da relação contratual sobre a outra parte.

Ora, não me parece que seja necessariamente assim.

Efetivamente, o caráter absolutamente paritário de um contrato interadministrativo afasta, naturalmente, aqueles poderes, mas não exclui a possibilidade de aplicação de outros aspetos do regime jurídico do contrato administrativo tal como é traçado na Parte III do CCP.

Isto significa que a associação direta e necessária que o legislador do Código estabelece entre a existência de poderes de conformação da relação contratual e a aplicação do regime geral do contrato administrativo não se justifica.

A referida solução cria uma lacuna, deixando o intérprete e o aplicador sem saber qual o regime jurídico dos contratos administrativos que se integram no n.º 1 do artigo 338.º e,

⁵⁴ Ou “contratos entre contraentes públicos”, designações que são, aparentemente, sinónimos para efeitos do Código.

mesmo relativamente aos que cabem no n.º 2 do mesmo preceito, sem conseguir descortinar quais as “*adaptações necessárias*”.

Este preceito acaba por consagrar a dicotomia entre os contratos interadministrativos que estabelecem formas de cooperação paritária; e os que estão sujeitos a uma lógica de mercado, sendo comuns contratos administrativos de sujeição.

Deve, por isso, distinguir-se, dentro do título I da Parte III do Código - que é aplicável aos “[C]ontratos administrativos em geral” -, aqueles aspetos que, sendo específicos dos contratos de colaboração subordinada, não se podem aplicar a contratos interadministrativos paritários, daqueles outros cuja aplicação faz sentido em qualquer tipo de contrato.

O regime jurídico traçado pelo Código para a invalidade, execução, cumprimento e incumprimento, modificação e extinção dos contratos são aplicáveis aos contratos interadministrativos referidos no n.º 1 do artigo 338.º, à exceção daquelas disposições que pressupõem a utilização de poderes de autoridade.

Por outro lado, mesmo os contratos interadministrativos de subordinação comportam especificidades relativamente aos contratos administrativos celebrados entre a Administração e os particulares que, apesar de não impedirem a aplicação de vários aspetos do regime jurídico consagrado no Código, traduzem a autonomia daqueles contratos.

Em primeiro lugar, no que concerne aos poderes de conformação da relação contratual, é de salientar que a prossecução de interesses públicos pelas partes nos contratos interadministrativos não afasta, por si só, a existência de tais poderes em favor de um dos contraentes, desde logo porque nada obsta a que um desses interesses deva prevalecer sobre o segundo, o que implica que o contraente que prossegue o interesse prevalecente tenha sobre o outro poderes de autoridade.

Outra especificidade dos contratos entre entidades administrativas prende-se com a verificação de situações qualificáveis como *factum principis*, visto que, sendo as partes públicas, as mesmas podem, no exercício das suas prerrogativas de autoridade extracontratuais, tomar decisões que afetem as condições que estiveram na base do negócio. Na sequência disso, ambas as partes podem resolver unilateralmente o contrato – quer o contraente público a quem é imputável a alteração, quer o outro – mas só o primeiro é que tem obrigação de indemnizar o co-contratante.

Pelo contrário, nos contratos celebrados entre a Administração e os particulares, só a primeira goza de poderes de autoridade cujo exercício consubstancia, eventualmente, uma situação de *factum principis*.

Ao nível do cumprimento do contrato, apesar da natureza vinculativa dos contratos interadministrativos e da sua potencialidade para criar verdadeiros direitos e obrigações

para as partes, a verdade é que as prestações acordadas têm muitas vezes natureza infungível ou consubstanciam meras obrigações de meios. Isto não se traduz numa menor exigibilidade *jurídica* daquelas prestações, mas tornam muito mais difícil a sua exigibilidade *judicial*. Em contrapartida, sempre que um contraente público se recusa a cumprir as obrigações que assumiu contratualmente perante outro contraente público está também a violar os princípios da cooperação, da solidariedade e da lealdade institucionais. Ou seja: a posição institucional dos contraentes torna mais intensa a vinculação à obrigação contratualmente assumida.

No mesmo sentido, também as hipóteses de se verificar uma situação de impossibilidade subjetiva de cumprimento do contrato, que determinaria a extinção do mesmo, são mais reduzidas, visto que, apesar de as prestações terem muitas vezes natureza infungível, o facto as partes serem sempre pessoas coletivas públicas, assegura a sua manutenção e continuidade.

Ainda a propósito do cumprimento do contrato, cumpre referir que nos contratos de cooperação paritária a exceção de não cumprimento do contrato pode ser invocada por todos os contraentes, visto que a aplicação da figura não depende de quem são as partes, mas sim da natureza sinalagmática do contrato, ou seja, aquele direito pode ser exercido desde que exista um nexo sinalagmático entre as prestações em causa que preencha os requisitos do artigo 428.º, n.º 1, do CC. No entanto, ambos os contraentes podem bloquear a sua utilização, reconhecendo, através de resolução fundamentada, a existência de grave prejuízo para o interesse público. Esta solução compagina-se com a circunstância de o contrato prosseguir interesses públicos integrados nas atribuições de todos os contraentes públicos. Existindo, assim, um entendimento diverso quanto à adequação do contrato para prosseguir os fins públicos que são comuns às partes, só os tribunais podem dirimir o litígio daí emergente.

A invalidade dos contratos interadministrativos comporta, por sua vez, dois aspetos distintivos: por um lado, a menor força invalidante dos vícios procedimentais pré-contratuais, atendendo à circunstância de, em regra, aqueles contratos não serem precedidos de procedimentos de seleção do co-contratante; e, por outro lado, a (quase) não aplicação dos vícios da vontade, por força da objetivação da formação da vontade de ambos os contraentes, atendendo à sua natureza pública.

No que se refere à modificação objetiva e subjetiva dos contratos, existem diversas especificidades a apontar.

Em primeiro lugar, a redução do alcance da cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que a invocação da mesma poderia pôr em causa os princípios da solidariedade e da cooperação institucionais entre entidades públicas, razão pela qual se opta, em regra, por prever que a modificação do contrato em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias compete ao órgão de acompanhamento e fiscalização do mesmo, quer este seja um órgão externo ao qual as partes atribuíram essa função, quer seja um órgão de composição mista.

Em segundo lugar, das regras legais destinadas a garantir a concorrência não resultam limites tão significativos para a modificação objetiva dos contratos interadministrativos como acontece relativamente aos contratos celebrados com particulares, exatamente devido ao facto de a maioria destes contratos serem celebrados *intuitu personae*.

Em terceiro lugar, e relativamente à modificação subjetiva, pode enunciar-se um princípio segundo o qual nos contratos interadministrativos a cessão da posição contratual e a subcontratação não são admitidas, uma vez que a isso se opõe a natureza pessoal e fiduciária do contrato. Tal só será admissível nos contratos sujeitos a uma lógica de mercado que não tiverem sido celebrados *“in house providing”* ou com recurso ao ajuste direto. As mutações subjetivas decorrentes da sucessão de competências, fusão ou cisão de uma das entidades públicas contratantes não configuram uma verdadeira cessão da posição contratual, desde logo, porque não existe um *negócio causal*.

3.2.2. Exigibilidade das obrigações contratuais decorrentes de contratos interadministrativos

A principal questão que se coloca a propósito do cumprimento dos contratos interadministrativos – e que é pressuposto da aplicação das regras gerais do CCP sobre essa matéria - prende-se com a exigibilidade jurídica das obrigações assumidas contratualmente.

Trata-se de uma questão que se coloca sobretudo quanto aos contratos que têm como fundamento a cooperação institucional e não aos que se integram numa lógica de mercado, que podem ser celebrados quer entre entidades públicas, quer entre estas e os particulares. Nestes últimos, que incluem os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, não há dúvida de que as obrigações assumidas pelas partes são exigíveis juridicamente e judicialmente.

Relativamente aos contratos cujo fundamento é a cooperação interadministrativa, pelo contrário, a dúvida coloca-se de forma mais pertinente.

Na verdade, para que as obrigações estabelecidas pelas partes sejam juridicamente vinculantes é necessário que o conteúdo do contrato seja preciso e as cláusulas suficientemente concretas para que as prestações a que as partes se obrigam estejam bem determinadas ou, pelo menos, sejam determináveis, independentemente de terem ou não natureza patrimonial.

Assim, não são exigíveis as obrigações dos contratos que contenham apenas cláusulas de natureza programática ou de conteúdo essencialmente político.

Diversamente, é dispensável que o contrato seja sinalagmático, uma vez que a natureza obrigacional dos compromissos assumidos não depende da reciprocidade.

Da mesma forma, a circunstância de as obrigações assumidas serem de meios e não de resultado – o que acontece em muitos tipos de contratos interadministrativos – tão pouco afasta a natureza vinculativa dessas obrigações.

Cumpre, contudo, distinguir a vinculatividade jurídica do contrato, que faz incorrer em responsabilidade contratual a parte que não cumprir ou cumprir defeituosamente o contrato, da possibilidade de execução coerciva através do recurso aos tribunais⁵⁵.

Efetivamente, não restam dúvidas de que os contratos geradores de *obbligazioni* e não de meros *obblighi* acarretam responsabilidade contratual em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso⁵⁶.

De facto, não restam dúvidas de que mesmo quando se trate de meras obrigações de meios, há lugar a responsabilidade contratual quando não forem adotados todos os comportamentos necessários para o bom cumprimento do contrato⁵⁷.

Problema distinto é o da exigibilidade judicial dos contratos interadministrativos, atendendo à especial natureza dos direitos e deveres que são objeto dos mesmos.

Trata-se, muitas vezes, de obrigações cuja execução coerciva através do recurso aos tribunais se afigura difícil ou mesmo impossível, devido a duas razões fundamentais: à sua natureza infungível e *personalíssima*; e por corresponderem ao exercício de competências administrativas⁵⁸.

Alguma doutrina considera que nenhuma decisão judicial pode obrigar uma entidade pública a cumprir aquele tipo de contratos, na medida em que tal poria em causa o livre exercício das competências administrativas, referindo-se mesmo ao “caráter platónico” de tais contratos⁵⁹.

No entanto, este “caráter platónico” tem mais a ver com a circunstância de não ser prática corrente os contraentes públicos intentarem ações judiciais, por razões de natureza institucional e até política, do que com a (não) exigibilidade jurídica do contrato.

É que não se pode deixar de lembrar que foram as entidades públicas contratantes que optaram por se vincular contratualmente, no exercício da sua autonomia da vontade,

⁵⁵ Como salienta ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, “Los Convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 2, Murcia, 1990, págs. 89 e 90, são exigíveis as obrigações decorrentes dos contratos que versem sobre atividades das entidades administrativas envolvidas e que estabeleçam direitos e obrigações recíprocos e suficientemente concretizados, embora a exigibilidade jurídica seja diferente da execução judicial.

⁵⁶ Sobre esta matéria, v. ALEXANDRA LEITÃO, “Da natureza vinculativa dos contratos interadministrativos” (Anotação ao Acórdão do STA de 28 de março de 2012, Processo n.º 01151/11), in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 95, dezembro de 2012, págs. 26 e seguintes.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Cfr. PABLO MARTÍN HUERTA, *op. cit.*, pág. 330.

⁵⁹ Cfr., por todos, JACQUES MOREAU, « Les matières contractuelles », in *Actualité Juridique Droit Administratif*, Ano 54 (10), 1998, pág. 747, citando o Acórdão do “Conseil d’État” de 25 de outubro de 1996.

pelo que o cumprimento das obrigações que se traduzam no exercício de poderes públicos é exigível jurídica e judicialmente, desde que se trate de competências vinculadas.

Ou seja: o limite à execução coerciva das prestações não tem a ver com a circunstância de se tratar de um contrato interadministrativo, mas sim com a natureza discricionária ou vinculada das competências que são exercidas com vista à execução das prestações.

Trata-se, assim, de um limite geral aos poderes dos tribunais administrativos em sede de execução das sentenças [artigo 168.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)] e não de um limite específico que decorra da natureza destes contratos.

De facto, também há incumprimento do contrato quando uma das partes adote comportamentos, designadamente, atos administrativos incompatíveis com o objeto do contrato ou que dificultem a execução do mesmo.

Assim, a forma de conciliar o princípio da irrenunciabilidade da competência com o *pacta sunt servanda* e com o próprio princípio da colaboração passa por tutelar o co-contratante através da efetivação da responsabilidade contratual do contraente que viola o contrato ao aprovar unilateralmente um ato contrário ao estipulado.

A destriça assenta essencialmente na natureza fungível ou infungível das prestações, visto que no primeiro caso, a prestação é suscetível de execução por terceiro a expensas do devedor e no segundo caso tal não pode ocorrer, sem prejuízo de o artigo 829.º-A do CC prever a possibilidade de impor uma sanção pecuniária compulsória como forma de obrigar o devedor a cumprir no caso de prestações infungíveis, o que não tem paralelo no CCP⁶⁰.

Ora, é verdade que nos contratos interadministrativos há mais probabilidade de serem contratualizadas prestações infungíveis, o que torna a imposição coerciva do seu cumprimento mais complexa, designadamente, quando estão em causa prestações de facto que se traduzem na prática de atos jurídicos e não de factos materiais. Mas isso não é uma especificidade absoluta dos contratos interadministrativos, colocando-se também nos contratos sobre o exercício de poderes públicos celebrados entre a Administração e particulares e até nos contratos celebrados entre privados ao abrigo do Direito Civil, porque, também nestes, a execução específica é impossível quando não possa ocorrer a substituição do devedor.

⁶⁰ Embora a figura não seja desconhecida no CCP, uma vez que está prevista no artigo 372.º, n.º 4, alínea a), no caso de recusa do empreiteiro em executar os trabalhos a mais, mas tem uma consagração muito limitada e só pode ser exercida contra o contraente particular.

4. Breves notas sobre o contencioso dos contratos interadministrativos: algumas especificidades

A primeira questão que se pode colocar a propósito do contencioso dos contratos interadministrativos prende-se com a determinação da jurisdição competente, podendo questionar-se se a resolução dos litígios resultantes daqueles contratos cabe aos tribunais administrativos ou aos tribunais civis.

O problema não suscita especial complexidade, atendendo ao que defendi sobre a natureza administrativa dos contratos celebrados entre entidades públicas, mesmo nos casos em que essa natureza jurídico-pública é, aparentemente mais duvidosa, como acontece em alguns contratos sobre bens imóveis e em alguns contratos institucionais para constituição de pessoas coletivas com forma privada, mas integradas na Administração Pública em sentido orgânico.

Assim, sendo os contratos interadministrativos, antes de mais, contratos administrativos, os tribunais competentes para apreciar litígios sobre a respetiva interpretação, validade, execução são os tribunais administrativos, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alíneas e) e f), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF).

Da análise daquele preceito resulta que, de entre os vários tipos de contratos interadministrativos, todos cabem no âmbito de aplicação de, pelo menos, um dos vários segmentos daquelas normas:

- (i) por serem precedidos de um procedimento pré-contratual;
- (ii) por terem objeto passível de ato administrativo;
- (iii) por serem regulados por normas de Direito Público, e;
- (iv) por as partes os terem submetido a um regime substantivo de Direito Público.

Aliás, sendo contratos entre duas entidades administrativas, o Direito Administrativo é o Direito comum aplicável às partes contraentes, independentemente até do regime que estas pretendam convencionar.

Por isso, o artigo 4.º, n.º 1, alínea j), do ETAF atribui competência à jurisdição administrativa para conhecer dos litígios emergentes de relações jurídicas entre pessoas coletivas de Direito Público ou entre órgãos públicos, no âmbito dos interesses que lhes cumpram prosseguir. Isto significa que, mesmo que subsistissem dúvidas quanto à natureza do contrato celebrado entre duas entidades públicas, a competência caberia sempre aos tribunais administrativos em virtude do disposto neste preceito.

Cumpram agora analisar algumas questões de natureza processual.

Tratando-se de verdadeiros e próprios contratos – excluindo-se, assim, os meros acordos de cavalheiros – o meio processual principal é a ação administrativa comum sobre a

interpretação, a validade e a execução de contratos, prevista nos artigos 37.º, n.º 1, alínea h) e 40.º do CPTA.

Quanto à legitimidade ativa, algumas das alíneas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 40.º podem não se aplicar a certos contratos interadministrativos, como, por exemplo, as que pressupõem um procedimento pré-contratual quando o contrato não esteja submetido às regras da concorrência ou seja celebrado *“in house”*.

Contudo, nada obsta a que a ação seja intentada por uma entidade pública contra outra, desde logo, atendendo ao disposto no artigo 37.º, n.º 2, alínea j), do CPTA, que é uma norma de legitimação processual que permite a qualquer entidade administrativa propor uma ação administrativa comum no âmbito de relação jurídica interadministrativa⁶¹.

Mesmo que se trate de um contrato interorgânico, tem de se admitir a legitimidade ativa e passiva dos órgãos no âmbito de uma ação administrativa (especial ou comum).

PEDRO GONÇALVES, apesar de não atribuir personalidade jurídica aos órgãos, defende que estes são detentores de uma *“capacidade jurídica parcial”*, visto que, em alguns casos, são titulares de direitos subjetivos, no âmbito da relação que está subjacente ao litígio⁶². O Autor defende a existência de um princípio geral da *“justiciabilidade dos litígios interorgânicos”*⁶³, que, aliás, resulta expressamente do artigo 55.º, n.º 1, alínea d), do CPTA, embora limitado à ação administrativa especial de impugnação de atos administrativos.

No mesmo sentido, pode acrescentar-se o argumento de que não existe uma total coincidência entre a personalidade jurídica e a atribuição de personalidade e capacidade judiciárias, admitindo-se que dois serviços litiguem entre si na defesa dos interesses públicos que lhes compete prosseguir, ainda que sejam todos fins do Estado.

O artigo 40.º do CPTA contém também regras relativas à possibilidade de terceiros impugnarem o contrato, seja por terem sido lesados no procedimento pré-contratual ou pela ausência deste – alíneas d), e) e f) do n.º 1 – ou para evitar prejuízos decorrentes da respetiva execução – alínea g) do n.º 1 –, seja para obter o cumprimento integral do mesmo – alínea b) do n.º 2. Estas regras aplicam-se aos contratos interadministrativos.

Efetivamente, não pode deixar de se admitir que terceiros intentem ações de impugnação e de cumprimento dos contratos interadministrativos, na linha do que acontece relativamente aos contratos administrativos.

⁶¹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005, pág. 186.

⁶² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 35, 2002, págs. 22 e 23.

⁶³ Idem, pág. 14.

No que respeita às ações de impugnação, pode estar em causa, por exemplo, a celebração “*in house*” do contrato, afastando a possibilidade de particulares concorrerem à adjudicação do mesmo, mas também pode colocar-se a questão da própria validade intrínseca do contrato.

Por sua vez, a execução dos contratos interadministrativos também diz respeito a terceiros, designadamente, quando se trate de um contrato de concessão de serviços públicos, mas não só.

De facto, apesar de a norma do artigo 40.º, n.º 2, alínea b), do CPTA ser um pouco restritiva, uma vez que se refere aos terceiros “*em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas*”, o que, para a doutrina maioritária, limita o alcance do preceito aos utentes de serviços públicos geridos em regime de concessão⁶⁴, a verdade é que faz sentido alargar também a legitimidade ativa a outros particulares, em várias situações. É o caso, por exemplo, das empresas que seriam beneficiadas por um projeto previsto num contrato-plano que não esteja a ser cumprido. Por vezes, o terceiro é, ele próprio, uma entidade pública.

Alguns Autores admitem, inclusivamente, que um terceiro - por exemplo, um utente - venha exigir a celebração de um contrato interadministrativo por considerar que tal é necessário para melhoria da eficiência da Administração Pública num dado setor, por exemplo, na gestão de um serviço⁶⁵.

Parece-me, no entanto, que, exceto nas situações em que a própria lei impõe a celebração de determinado contrato, nenhuma entidade administrativa pode ser obrigada a celebrar um contrato interadministrativo, tendo em conta a autonomia pública.

A sindicabilidade da violação do dever de colaboração é extremamente discutível, exatamente devido ao carácter voluntário da maioria das formas de colaboração, limitando-se quase exclusivamente à vertente negativa daquele dever, ou seja, à impugnação da validade das condutas adotadas por entidades públicas que prejudiquem diretamente a realização de competências e tarefas cometidas a outras entidades públicas⁶⁶.

Apesar disso, pode haver lugar a algum tipo de responsabilidade perante os utentes de um serviço público, em virtude dos danos provocados pela deficiente gestão do mesmo, à luz das regras gerais da responsabilidade civil e do dever de boa administração.

Ainda a propósito da legitimidade de terceiros, pode questionar-se se faria sentido criar mecanismos acrescidos de controlo da legalidade dos contratos interadministrativos, permitindo a uma entidade pública alheia ao contrato impugná-lo com fundamento em

⁶⁴ V., por todos, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *op. cit.*, págs. 205 e 206.

⁶⁵ V., por todos, FRANCESCO LONGO, *Collaborazioni tra enti locali nella logica dell'economicità dell'azione Amministrativa*, Milão, 2000, pág. 120.

⁶⁶ Neste sentido, v. ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, “Relaciones entre las Administraciones Públicas”, in *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, obra coletiva, Madrid, 1993, pág. 52.

violação de lei. Contudo, não existe nenhum meio processual que permita esse tipo de controlo, tendo em consideração o disposto no artigo 40.º do CPTA, sem prejuízo da tutela de legalidade sobre as autarquias locais, através dos meios estabelecidos na Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, bem como da legitimidade ativa do Ministério Público para exercício da ação pública, nos termos do artigo 40.º, n.º 1, alínea b), do CPTA.

A propósito da ação de contratos, pode colocar-se um outro problema de natureza processual que se prende com a legitimidade ativa e passiva no caso dos contratos interorgânicos.

De facto, o artigo 10.º, n.º 2, do CPTA determina que nas ações comuns a legitimidade cabe às pessoas coletivas de Direito Público, pelo que, no caso dos contratos interorgânicos – entre ministérios ou entidades administrativas independentes sem personalidade jurídica –, seria só o Estado a estar em juízo. Ora, não pode haver uma relação processual “consigo próprio”, pelo que tem de se aplicar o disposto no artigo 10.º, n.º 6, do CPTA, nos termos do qual nos litígios que oponham órgãos da mesma pessoa coletiva, a ação é proposta contra o órgão cuja atuação está na base do litígio.

É verdade que, no que respeita aos ministérios, o artigo 42.º do CPA determina a competência do Primeiro-Ministro para resolver conflitos de atribuições. No entanto, nem todos os litígios entre ministérios se reconduzem a esse tipo de conflitos, nem aquele preceito do CPA afasta a aplicação das regras do contencioso administrativo, de acordo com o disposto no artigo 135.º do CPTA.

Ainda no âmbito da ação administrativa comum, pode questionar-se a aplicabilidade do artigo 37.º, n.º 3, do CPTA aos contratos interadministrativos, designadamente, aos contratos de concessão. É que este preceito refere expressamente “particulares”, o que exclui as entidades públicas⁶⁷.

Ora, parece-me que o fundamento desta exclusão prende-se com a circunstância de a condenação à adoção ou à abstenção de comportamentos por parte de entidades públicas já estar contemplada nas alíneas c), d) e e) do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA, pelo que o n.º 3 não traz nada de novo.

Assim, mesmo no caso do contrato de concessão, quando o concessionário for uma entidade pública, este pode ser demandado diretamente ao abrigo daquelas alíneas do artigo 37.º, n.º 2, e não do n.º 3 do mesmo preceito, com a vantagem para o particular ou para a entidade pública lesada de não precisar de se dirigir previamente às autoridades competentes.

No entanto, deve ter-se presente que a circunstância de nos contratos interadministrativos estar vedada a utilização por terceiros do meio previsto no artigo 37.º, n.º 3, do CPTA, em virtude de as entidades contratantes serem públicas, exige uma

⁶⁷ No mesmo sentido, v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *op. cit.*, pág. 187.

interpretação mais ampliativa do âmbito da legitimidade ativa para intentar uma ação de contratos, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 40.º. Se assim não se entender, a tutela judicial efetiva dos terceiros – públicos ou privados – que sejam afetados pela execução de um contrato interadministrativo fica diminuída relativamente aos terceiros que sejam lesados por um contrato celebrado entre a Administração e um particular.

Além da ação administrativa comum sobre contratos, há outros meios processuais principais que integram o contencioso dos contratos, a saber: a ação administrativa especial de impugnação de atos administrativos pré-contratuais e de atos que violem o disposto no próprio contrato; a ação de condenação à prática de ato devido, no caso dos contratos com objeto passível de ato administrativo; e o contencioso pré-contratual.

No que respeita à ação de condenação à prática de ato devido, é praticamente consensual que este é o meio adequado para obter a condenação do contraente que se tenha comprometido a praticar determinado ato administrativo⁶⁸.

No entanto, a utilização desta ação num contrato interadministrativo está limitada pelo facto de o artigo 68.º do CPTA não conferir legitimidade ativa a órgãos relativamente à atuação de outros órgãos. É que, apesar de nos contratos entre pessoas coletivas diferentes se poder considerar que a legitimidade para intentar ações de condenação à prática de ato devido está consagrada na alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º, o mesmo não acontece para os órgãos, atendendo a que este preceito não contempla uma solução paralela à do artigo 55.º, n.º 1, alínea d), do CPTA para a ação de impugnação.

Por outro lado, também não existe um meio processual adequado para obter a condenação na emissão de uma norma regulamentar no caso dos contratos normativos, visto que a ação de condenação à prática de ato administrativo, tal como está prevista nos artigos 66.º e seguintes do CPTA, não parece apta para esse fim.

Efetivamente, quer o argumento literal - os preceitos do CPTA referem-se sempre e só a “atos” e não a “normas” -, quer a circunstância de existir um meio processual específico para o caso de omissão de normas – a declaração de ilegalidade por omissão, prevista no artigo 77.º do CPTA -, parecem corroborar aquele entendimento.

É verdade que a ação administrativa especial de declaração de ilegalidade por omissão de normas administrativas se cinge às situações em que a adoção da norma seja necessária para dar exequibilidade a atos legislativos carecidos de regulamentação, o que leva alguns Autores a afastar a possibilidade de se obter a condenação na emissão de uma norma contratualmente devida através deste meio⁶⁹. Contudo, os mesmos argumentos que levam a aplicar a ação de condenação à prática de ato devido concorrem para a aplicação da ação prevista no artigo 77.º do CPTA se o “ato” devido for uma norma.

⁶⁸ V., por todos, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato...*, cit., págs. 166 a 168.

⁶⁹ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pág. 456.

Bibliografia

- Agranoff, Robert / McGuire, Michael – *Collaborative Public Management*, Washington D.C., 2003
- Ávila Orive, José Luís – *Los Convenios de Colaboración Excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2002
- Azevedo, Bernardo – “Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra, 2008
- Dente, Nuno Monteiro / Tavares, Gonçalo Guerra – *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua Aplicação*, Coimbra, 2008
- Dreyfus, Jean-David – *Contribution a une Théorie Générale des Contrats entre Personnes Publiques*, Paris, 1997
- Estorninho, Maria João - *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012
- González-Antón Álvarez, Carlos – *Los Convenios Interadministrativos de los Entes Locales*, Madrid, 2002
- Leitão, Alexandra – “Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, 2007
- *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011
- “Contratos entre entidades adjudicantes (Acórdão do TJUE, de 9 de Junho de 2009, Processo n.º C-480/06)”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, 2011
- “Da natureza vinculativa dos contratos interadministrativos (Anotação ao Acórdão do STA de 28 de março de 2012, Processo n.º 01151/11), in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 95, dezembro de 2012
- Maçãs, Maria Fernanda – “As parcerias Estado/autarquias locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão dos serviços municipais de águas e resíduos”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011
- Macieirinha, Tiago – “De Teckal a Coditel Brabant: evolução da jurisprudência comunitária sobre o conceito de controlo análogo”, in *O Direito*, Ano 141 Martins, Licínio Lopes - *Contrato Público e Organização Administrativa*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra, 2008, págs. 671 a 732
- Medeiros, Rui – “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008

- Mesquita, Maria José Rangel de – “*In House: desenvolvimentos recentes da jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias*”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*, obra colectiva, Coimbra, 2007
- Moderne, Franck - *Les Conventions de Prestations de Services entre les Collectivités Locales et l'État*, Paris, 1996
- Raimundo, Miguel Assis, *A Formação dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2013
- Rodríguez de Santiago, José Maria - *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, 1998
- Viana, Cláudia - “Contratos públicos “*in house*” – em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais, in *Direito Regional e Local*, n.º 00, 2007
- “A participação de entes públicos (e equiparados) como concorrentes em procedimentos de contratação pública, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 75, 2009

Vídeo da apresentação



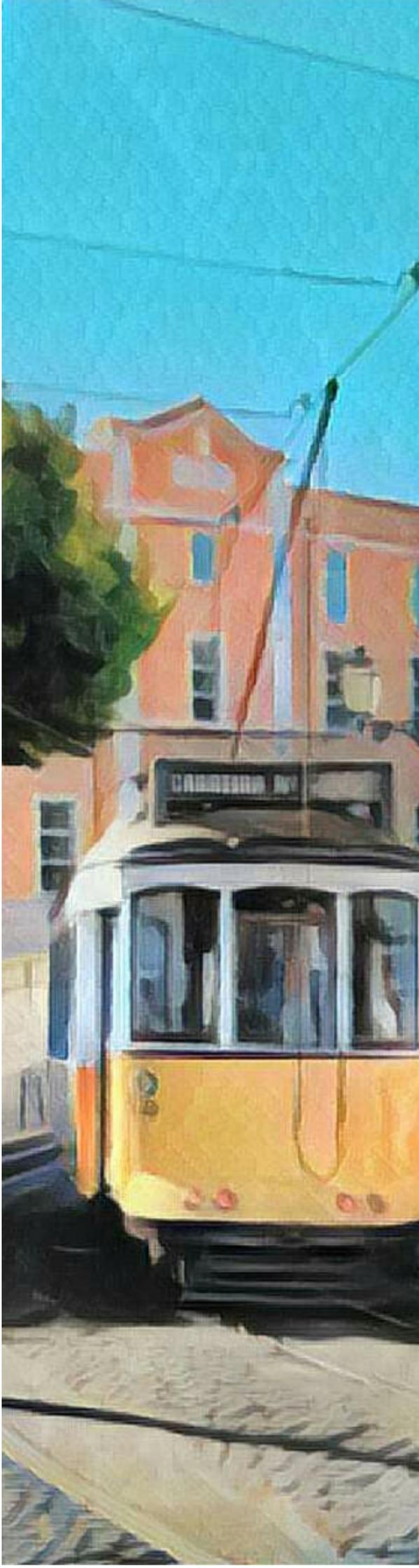
→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/15fpzj57mc/flash.html>

Vídeo do debate



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/16ltcp1qhu/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



5. Contratação Eletrónica

Luís Verde de Sousa

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONTRATAÇÃO ELETRÓNICA*

Luís Verde de Sousa**

1. Sumário;
2. Bibliografia;
3. Jurisprudência.

1. Sumário

1. Introdução: uma noção de contratação pública electrónica;
2. A desmaterialização dos “clássicos” procedimentos de adjudicação, em particular os problemas colocados pela elaboração, assinatura e apresentação electrónica das propostas;
3. A criação de novos procedimentos e/ou novas fases eletrónicas do procedimento de adjudicação: o caso do leilão eletrónico.
4. A divulgação e tratamento de informação respeitante à formação e execução de contratos públicos.

2. Bibliografia

- LUÍS VERDE DE SOUSA, “O Leilão Electrónico na Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública – IV*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 231 e ss. (no prelo).
- MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 645-705 e 892-915.
- SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2.ª edição, Sweet and Maxwell, Londres, 2005, p. 1157-1223.

3. Jurisprudência

TCAN 22/06/2011, Proc. 00770/18.BECBR;
TCAN 16/09/2011, Proc. 00102/11.8BEPRT;
TCAN 25/11/2011, Proc. 02389/10.4BELSB;
TCAN 27/04/2012, Proc. 00619/11.4BEAVR;
TCAS 26/01/2012, Proc. 08164/11;
TCAS 12/04/2012, Proc. 08592/12;
TCAS 13/09/2012, Proc.09080/12;
STA 08/03/2012, Proc. 01056/11;
STA 20/06/2012, Proc. 0330/12;
STA 30/01/2013, Proc.01123/12;
STA 14/02/2013, Proc. 01257/12.

* Exposição efetuada no dia 22 de março de 2013, no CEJ, Lisboa, no âmbito do “Curso de Especialização Temas de Direito Administrativo”.

** Mestre em Direito, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Advogado.

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo Luís Verde Sousa, Docente Universitário, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Contratação Eletrónica CEJ - Sala de Vídeo 22.03.2013 16:08



FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1qveywuq5i/flash.html>

Vídeo do debate

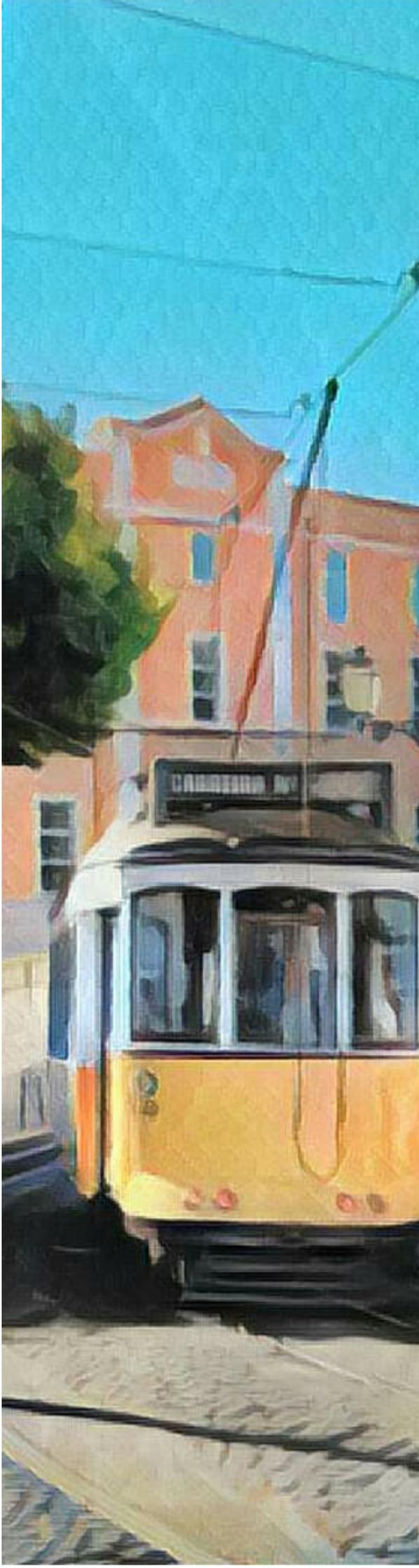
CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Administrativo Moderação: Carla Lamego, Procuradora do TAC de Lisboa: Contratação Eletrónica-DEBATE CEJ - Sala de Vídeo, 22.03.2013 16:24



FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1t7lnqgk9g/flash.html>



6.
O regime da
alteração das
circunstâncias no
âmbito do
procedimento
pré-contratual

Pedro Fernández Sánchez

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O REGIME DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL*

Pedro Fernández Sánchez**

1. Delimitação do objecto;
2. Duas ideias de referência que presidem ao regime de alteração de circunstâncias;
3. Posição da Entidade Adjudicante perante uma alteração de circunstâncias;
4. Casos de alteração de circunstâncias que afectam a decisão de contratar dos concorrentes;
5. Caso excepcional de alteração das circunstâncias entre o acto de adjudicação e a outorga do contrato;
6. Desenvolvimentos adicionais sobre pontos específicos.

1. Delimitação do objecto

- Alteração de circunstâncias juridicamente relevante para o Direito da Contratação Pública é o *evento superveniente à decisão de contratar, tomada por algum dos participantes no procedimento pré-contratual (entidade adjudicante ou concorrente), que modifica um ou mais pressupostos relevantes – elementos de facto ou de direito – em que tal participante fundou a sua decisão de contratar.*

- A *superveniência* pode ser objectiva (evento ocorrido após a decisão de contratar) ou subjectiva (evento conhecido após a decisão de contratar, sem que fosse objectivamente exigível à parte afectada o seu conhecimento antecipado).

- A determinação da questão de saber se o evento juridicamente relevante para a alteração de circunstâncias é ou não superveniente depende, por isso, de se identificar com precisão o momento em que ocorreu a decisão de contratar.

- Quanto à *entidade adjudicante*, o artigo 36.º do CCP determina esse momento ao dispor que a decisão de contratar ocorre no exacto início do procedimento: um órgão competente avalia uma necessidade de interesse público que deve ser satisfeita através de um contrato; concebe um tipo e um objecto de contrato que são potencialmente mais adequados para responder a essa necessidade; e avalia as disponibilidades financeiras necessárias para a celebração e execução desse contrato. Para fazer isso, baseia-se numa certa configuração de facto e de direito, que o levou a estar convicto de que aquele contrato seria adequado para o interesse público. Existe uma alteração de circunstâncias quando *um evento altera pelo menos um dos pressupostos de facto ou de direito em que o decisor fundou a sua convicção em termos tais que, se essa alteração tivesse ocorrido antes da decisão de contratar, i) esta não teria sido de todo praticada; ou ii) teria sido praticada uma decisão de contratar de conteúdo distinto*, o que é verificável pela circunstância de impor a mudança do tipo ou do objecto do contrato ou a mudança de aspectos relevantes do clausulado contratual que, necessariamente,

* O presente texto, já publicado no e-book "[Temas de Direito Administrativo](#)", de Agosto de 2014, corresponde à exposição efectuada no dia 28 de Fevereiro de 2014, no CEJ, Lisboa, no âmbito da formação "Contratação Pública".

** Advogado.

já consta do caderno de encargos (artigo 42.º, n.º 1).

- Quanto ao *concorrente*, a decisão de contratar ocorre no momento da apresentação da proposta, quando este apresenta uma declaração contratual, firme, séria e solene (artigo 56.º, n.º 1), de adesão incondicional ao clausulado que já está projectado no caderno de encargos (artigo 57.º, n.º 1, alínea *a*)). O concorrente aprecia esse clausulado, também, com base em elementos de facto e de direito que o levam a considerar que é suficientemente atractiva a perspectiva de contratar com a entidade adjudicante, o que o leva a, ele próprio, apresentar atributos, termos e condições na sua proposta (artigo 57.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*)). Igualmente no seu caso, existe uma alteração de circunstâncias quando aqueles elementos de facto ou de direito em que fundou a sua decisão se alteram de tal modo que, *se a alteração tivesse ocorrido antes da apresentação da proposta, i) ela não teria sido de todo apresentada; ii) ou teria sido apresentada com um teor distinto*, com diferentes atributos ou com diferentes termos e condições, que são relevantes, respectivamente, para avaliação ou para exclusão da proposta.

O regime de alteração de circunstâncias visa responder à necessidade de proteger a posição da parte que viu as suas expectativas afectadas por um destes eventos e que se vê obrigada a repensar ou a se retratar da decisão de contratar.

2. Duas ideias de referência que presidem ao regime de alteração de circunstâncias:

- a) A lei não garante a possibilidade de reacção a uma alteração de circunstâncias em termos idênticos ao longo de todo o procedimento: a potencialidade de lesão dos princípios da concorrência, da tutela da confiança e da segurança jurídica é tanto maior quanto mais avançado se encontrar o procedimento. Logo, a possibilidade de as partes alterarem as declarações negociais que produziram é progressivamente menor; e, neste sentido, a margem de flexibilidade que recebem para reagirem a eventos de alteração de circunstâncias é também menor.
- b) A lei não tutela em termos simétricos a posição da entidade adjudicante ou do concorrente afectados por uma alteração de circunstâncias: a margem de reacção concedida à entidade adjudicante é consideravelmente maior; a tutela legal do concorrente surpreendido por um evento superveniente é mais deficiente ou incompleta, e pode obrigar o intérprete a lançar mão de princípios com assento constitucional que suprem lacunas detectadas no texto legal.

3. Posição da *Entidade Adjudicante* perante uma alteração de circunstâncias

Critério relevante para a definição da margem de flexibilidade de que a entidade adjudicante dispõe para reagir a uma alteração de circunstâncias é *cronológico*: o momento de fronteira a partir do qual a sua possibilidade de reacção é drasticamente reduzida (embora nunca totalmente eliminada) é o *termo do prazo para apresentação das propostas*.

3.1. Até ao termo do prazo para apresentação das propostas, a obrigação de estabilidade das peças do procedimento é praticamente dispensada pela lei. Visto que, nos termos previstos no artigo 137.º, o concorrente pode, até àquela data-limite, retirar e substituir a sua proposta o número de vezes que entender, a probabilidade de uma modificação das peças do procedimento violentar as expectativas do concorrente é muito diminuta, porque ele pode, com facilidade, refazer a sua proposta para adequá-la às novas peças.

Daí que o *leque de possibilidades* conferido pela lei para que a entidade adjudicante modifique as suas peças seja muito vasto:

- a) Até ao termo do segundo terço do prazo de apresentação das propostas, a entidade adjudicante dispõe da possibilidade de realizar meros esclarecimentos em resposta a pedidos dos interessados ou por sua própria iniciativa (artigo 50.º), apenas carecendo de prorrogar aquele prazo, pelo período correspondente ao atraso verificado, se o esclarecimento for prestado no último terço do prazo (artigo 64.º, n.º 1);
- b) Mas a lei equipara o regime de prestação de esclarecimentos ao regime de realização de rectificações (de aspectos menores ou formais), durante o mesmo prazo, pelo que esse meio pode ser usado para reagir a uma alteração de circunstâncias que não afecta drasticamente as peças do procedimento (artigo 50.º, n.º 3);
- c) O artigo 61.º confere ainda à entidade adjudicante a faculdade de introduzir modificações nas peças do procedimento em resposta a erros e omissões detectados pelos interessados;
- d) Mais importante, o artigo 64.º, n.º 2, promovendo uma verdadeira revolução legislativa no contexto da tradição administrativa portuguesa, permite hoje a alteração de qualquer “aspecto fundamental das peças do procedimento” (o que inclui o preço base, o critério de adjudicação, etc.); a lei pressupõe que essa alteração não violentará as expectativas dos potenciais concorrentes porque eles recebem, no mínimo, um prazo igual ao inicial para refazerem a sua proposta.

Quanto a esta última alternativa, a lei concebe a alteração dos “aspectos fundamentais das peças do procedimento” com a latitude suficiente para tal meio ser usado tanto para corrigir erros das peças do procedimento como para modificar as mesmas peças em resposta a circunstâncias supervenientes e alheias à entidade adjudicante. Por essa via, a entidade adjudicante recebe, até ao termo do prazo para a apresentação das propostas, a margem de flexibilidade suficiente para adequar o procedimento aos novos elementos de facto e de direito afectados por uma alteração de circunstâncias.

3.2. A solução tem de ser totalmente diferente depois do termo do prazo da apresentação das propostas

As propostas são abertas e conhecidas por todos os concorrentes e pela própria entidade adjudicante. Uma eventual modificação das peças do procedimento ocorreria num momento em que a entidade adjudicante ficaria sob um intolerável grau de suspeição, por ter a noção de quais os concorrentes beneficiados ou prejudicados por tal modificação. A lei não pode, por isso, conceder a faculdade de *aproveitar o procedimento* e apenas alterar as suas peças; pelo contrário, se uma

alteração de circunstâncias realmente ocorrer, a única solução juridicamente aceitável é a de pôr fim ao procedimento.

3.2.1. Sucede que a possibilidade de pôr fim ao procedimento sem a adjudicação de qualquer proposta não pode estar sujeita a juízos de oportunidade da entidade adjudicante. A apreciação do impacto que um evento de alteração de circunstâncias possa ter sobre o interesse público depende de uma avaliação estritamente vinculada e, como tal, sindicável pelo Tribunal. Isto porque é aí relevante o *dever de adjudicação* previsto no artigo 76.º.

A ideia que este preceito expressa, ao configurar o acto de adjudicação como um *acto legalmente devido* – isto é, um acto que pode ter um *conteúdo* dependente de valorações administrativas, mas que é totalmente *vinculado quanto à sua emissão* –, remete o intérprete para o regime processual administrativo, viabilizando que o interessado em contratar lance mão da *acção de condenação à prática de um acto legalmente devido* para reagir contra a *omissão ilícita* (artigos 66.º e segs. do CPTA), o que inclui – logo nessa acção, sem se carecer sequer de se esperar pela execução da sentença – a possibilidade de fixação de “sanção pecuniária compulsória destinada a prevenir o incumprimento” da entidade adjudicante (artigo 66.º, n.º 3).

3.2.2. Motivos para a imposição deste dever, com as sérias consequências processuais que lhe estão associadas: trata-se de uma resposta legislativa aos efeitos perniciosos de uma tradição nacional que supunha que a entidade adjudicante deveria dispor de um *poder exorbitante* para convidar os operadores económicos a apresentar propostas sem ficar vinculada a escolher uma delas.

Momento relevante de inversão dessa tradição: Acórdão do STA de 7 de Julho de 2005, tirado, aliás, no contexto de um quadro legal não tão claro como aquele que hoje resulta do artigo 76.º do CCP, sublinhando que a tese da existência de uma margem de livre apreciação da entidade adjudicante para escolher não adjudicar qualquer proposta, ainda quando tal possibilidade não violente a tutela da confiança dos concorrentes (por exemplo, por se inscrever antecipadamente no programa do procedimento a possibilidade de não adjudicar qualquer proposta), é, em qualquer caso, inoportável à luz do princípio da *legalidade administrativa*, na vertente (positiva) do princípio da *precedência de lei*.

Segundo essa vertente positiva, qualquer conduta administrativa, seja ela de tipo regulamentar, individual e concreta ou material, depende da habilitação por uma norma contida num acto sob forma de lei. Ainda que indirecta (sendo intermediada por um ou mais regulamentos), tal habilitação tem de existir: a concessão de qualquer poder decisório à Administração envolve sempre a fixação mínima em norma prévia dos elementos do acto que identifiquem e balizem o poder concedido. No próprio início do procedimento de contratação pública, a decisão de contratar obedece ao princípio da precedência da lei, sendo juridicamente válida somente quando praticada pelo órgão cuja competência é identificada por norma prévia. O mesmo sucede com uma decisão de não adjudicação: como esclarece o artigo 80.º, n.º 1, do CCP, ela consiste num (novo) acto administrativo, de tipo revogatório, visto que contraria os efeitos do acto inicial pelo qual se tomou a decisão de contratar. Logo, continua sujeita ao mesmo princípio da precedência da lei a que também se sujeitou a decisão inicial: “a decisão de não adjudicar por razões alheias às propostas

dos concorrentes obedece aos mesmos parâmetros de legalidade da decisão ou deliberação de contratar, visto que constitui um seu acto suspensivo ou revogatório”, pois a Administração revela “um novo exercício do poder manifestado no acto inicial ou propulsivo do procedimento pré-contratual, agora com natureza negativa”¹.

A decisão de não adjudicação depende, pois, da formulação de uma cláusula habilitante num acto sob forma de lei. E essa cláusula será uma das enumeradas no artigo 79.º do CCP, que, por isso, reveste um *carácter taxativo*: “A enumeração das causas de não adjudicação constante do art.º 79.º deve considerar-se exaustiva, não sendo admissível a consagração no Programa do Procedimento (PP) de outras causas de não adjudicação para além das previstas na lei”². A invocação de uma causa adicional é violadora do princípio da legalidade administrativa, na vertente da precedência de lei.

Por conseguinte, a margem de flexibilidade da entidade adjudicante para reacção a alteração de circunstâncias reside, essencialmente, nas alíneas *c)* e *d)* do n.º 1 desse artigo 79.º.

3.2.3. Caso da alínea *c)*: pode concluir-se o procedimento com uma decisão de não adjudicação quando, “por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas”.

Trata-se do prolongamento do caso previsto no n.º 2 do artigo 64.º, num momento em que o prazo de apresentação das propostas já terminou e, por isso, as peças não podem ser alteradas sem que o procedimento seja *terminado e substituído por outro*. Por outras palavras, quando seja necessário proceder a uma alteração das peças do procedimento e o prazo de apresentação das propostas não tenha ainda findado, o n.º 2 do artigo 64.º oferece a solução que consiste na prorrogação desse prazo e na possibilidade de substituição de propostas já apresentadas; quando, pelo contrário, o prazo de apresentação de propostas já tenha findado, a única solução de que a entidade adjudicante dispõe consiste na conclusão do procedimento com uma decisão de não adjudicação, fundamentando expressamente qual o evento que a conduz a alterar as peças do procedimento, e iniciando um novo procedimento que contemple a alteração pretendida.

¹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 699 e 703.

² Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 30/2010. Também num sentido compatível com a regra de taxatividade das causas de não adjudicação, por justificar a decisão de não adjudicação num quadro de alteração de pressupostos por motivos financeiros (“razões de falência financeira do Estado”), que afectaram a própria viabilidade da manutenção do objecto do contrato, inscrevendo-se, por esse motivo, na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 79.º do CCP (sem prejuízo da evidente emergência de um dever de indemnização, nos termos previstos no n.º 4 do mesmo artigo 79.º), cfr. Acórdão do TCAS de 19 de Dezembro de 2013 (Proc. 10298/13). Já em sentido contrário, sustentando a não taxatividade das causas de não adjudicação, cfr. Acórdão do TCAS de 10 de Outubro de 2013 (Proc. 10318/13). Antes, num sentido intermédio, aceitando a regra de redução das causas de não adjudicação àquelas que são taxativamente enumeradas no artigo 79.º, mas parecendo conferir uma excessiva latitude à entidade adjudicante na margem de avaliação da ocorrência de uma das circunstâncias supervenientes previstas na alínea *d)* do seu n.º 1 (“[...] constrangimentos de ordem técnica e financeira que vieram a impedir a adjudicação, e que relevam de *valorações próprias do poder discricionário, que o tribunal não pode sindicar*”), num entendimento aparentemente não compatível com a concepção do acto de adjudicação como acto legalmente devido (logo, tornando judicialmente sindicável a não adjudicação), nos termos previstos no artigo 76.º do CCP – aliás, estribando-se na jurisprudência do STA de 1999 mas não considerando a referida jurisprudência de 2005, que afastou a primeira e que inspirou a solução jurídico-positivamente acolhida no CCP em 2008 –, cfr. Acórdão do TCAS de 19 de Janeiro de 2012 (Proc. 08222/11).

Sem prejuízo do dever de indemnização aos concorrentes pelos encargos em que incorreram com a elaboração das propostas (artigo 79.º, n.º 4), o recurso àquele alínea *c*) também pressupõe o cumprimento de uma obrigação adicional: o lançamento de um novo procedimento no prazo de seis meses a contar da decisão de não adjudicação (artigo 79.º, n.º 3). Trata-se aí do mecanismo destinado a garantir que a alínea *c*) não é invocada em fraude à lei: procura-se evitar que se alegue a necessidade de alterar as peças do procedimento apenas como pretexto destinado a contornar o dever de adjudicação, sem que se tenha a real intenção de dar início a um novo procedimento.

Logo, a ideia de que “é *obrigatório* dar início a um novo procedimento” remete novamente o intérprete para a presença de um acto legalmente devido, cuja omissão ilícita justifica o recurso a uma acção de condenação à prática do acto devido e à eventual imposição de sanções pecuniárias compulsórias.

Diga-se, ademais, que a proximidade entre o n.º 2 do artigo 64.º e a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 79.º é tão clara que, oferecendo uma *nova faculdade*, o n.º 2 do artigo 80.º esclarece ainda que a entidade adjudicante pode escolher revogar a decisão de contratar e lançar um novo procedimento mesmo que o prazo de apresentação das propostas não tenha terminado. É que pode suceder que ela se depare com um erro ou que sofra um evento de alteração de circunstâncias que seja tão drástico que a obrigue a refazer completamente as peças, o que, por não poder ser feito num prazo curto, torna inviável o recurso à mera prorrogação de prazo prevista no n.º 2 do artigo 64.º, obrigando a lançar um novo procedimento.

Em suma:

- i*) Até ao termo do prazo de apresentação das propostas, um evento de alteração de circunstâncias que obrigue à modificação das peças do procedimento permite a escolha entre duas opções: *a*) usar a faculdade prevista no n.º 2 do artigo 64.º para modificar as peças sem precisar de pôr fim ao procedimento, prorrogando apenas o prazo para apresentação das propostas; ou *b*) usar a faculdade prevista no n.º 2 do artigo 80.º para revogar a decisão de contratar e redigir as novas peças para um novo procedimento;
- ii*) A partir do termo desse prazo, aquele evento de alteração de circunstâncias só deixa a opção de revogar a decisão de contratar (artigo 79.º, n.º 1, alínea *c*)).

3.2.4. Caso da alínea *d*):

Ocorrência de uma alteração de circunstâncias que faz perder o interesse em contratar da entidade adjudicante. Não se trata apenas de mudar as peças para contratar de forma diferente; antes, o interesse público que justificou a decisão de contratar obriga agora, após a alteração, a não contratar, pela perda de utilidade do contrato para a necessidade jurídico- pública que se tinha em vista³.

³ Daí que a lei não tenha imposto neste caso a obrigação aplicável ao caso da alínea *c*): seria absurdo submeter agora a entidade adjudicante ao dever de iniciar um novo procedimento no prazo máximo de seis meses, quando se supõe que o interesse público não comporta sequer a celebração de qualquer contrato. Apenas se despoleta, pois, a obrigação prevista no n.º 4 do artigo 79.º: também aqui se exige que a entidade adjudicante *indemnize os concorrentes* cujas propostas não tenham sido excluídas pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a sua elaboração.

Uma tal perda do interesse em contratar só pode ser justificada por uma verdadeira *alteração dos pressupostos que haviam justificado a decisão de contratar*. De facto, o motivo que conduz a Entidade Adjudicante a retractar-se do seu apelo inicial ao mercado não pode resultar de uma mera *reavaliação subjectiva* das suas prioridades ou necessidades; isto é, não pode resultar de uma simples mudança de opinião quanto à bondade de celebrar o contrato.

O decisor deve realizar uma apreciação casuística para verificar se algum evento modificou os elementos de facto e de direito em que inicialmente se apoiou quando decidiu recorrer ao mercado; é essa alteração objectiva, e não uma mera mudança de opinião subjectiva – por exemplo, uma alteração de prioridades políticas em resultado de uma mudança de orientação política ou partidária – que pode permitir à entidade adjudicante interromper o procedimento.

No plano da alteração de circunstâncias que atingem os *pressupostos financeiros* de realização do contrato, é razoável que, após uma apreciação casuística, se conclua que um evento superveniente à decisão de contratar fez reduzir as disponibilidades orçamentais da entidade adjudicante. Mas não pode já estar coberta na causa de não adjudicação a circunstância de a entidade adjudicante lançar um *procedimento condicional*, num momento em que ainda não dispõe de fundos para executar o contrato, dando já início ao procedimento na expectativa ou na condição de que venha a receber um financiamento que ainda não está garantido. A eventual conclusão de que o financiamento não estará disponível não poderá, no futuro, ser invocada pela entidade adjudicante como causa de não adjudicação: evidentemente, não existiu qualquer alteração de circunstâncias, porque não houve qualquer pressuposto que se verificasse ao tempo da decisão de contratar e que só deixasse de se verificar após tal decisão.

4. Casos de alteração de circunstâncias que afectam a decisão de contratar dos **concorrentes**

4.1. A lei recorre ao mesmo critério cronológico para delimitação das hipóteses de reacção dos concorrentes: *até ao termo do prazo de apresentação das propostas*, não existe sequer um problema jurídico quanto aos meios de reacção do concorrente a um evento de alteração de circunstâncias; a possibilidade de retirar a proposta (artigo 137.º) protege, só por si, a hipotética necessidade de o concorrente reponderar a decisão de participar no procedimento.

4.2. Em contraste, a tutela legal da expectativa do concorrente quanto aos pressupostos de facto e de direito que confiou tem-se revelado insuficiente quando a alteração de circunstâncias ocorre *depois do termo do prazo de apresentação das propostas*.

A proposta é considerada como declaração contratual vinculativa, que não pode já ser retirada: ao assumir uma declaração solene e formal, o concorrente obriga-se a manter a proposta pelo prazo indicado no programa do procedimento (prazo supletivo de 66 dias úteis, sem prorrogação, contados a partir da data do termo do prazo para a apresentação das propostas – artigo 65.º).

A proposta pressupõe que o concorrente:

- a) Toma conhecimento do convite a contratar que lhe foi dirigido pela entidade adjudicante (directamente a si ou através de anúncio);
- b) Toma conhecimento das específicas condições contratuais que a entidade adjudicante impõe

como requisito para criar relação contratual (que constam do projecto de contrato do caderno de encargos);

- c) Considera essas condições suficientemente atractivas para decidir aceitar estabelecer uma relação contratual com a entidade adjudicante, pelo que apresenta também as suas próprias condições contratuais;
- d) Com isso, manifesta uma *vontade de contratar firme, séria e irrevogável*.

Problema jurídico com a insuficiência da tutela das expectativas do concorrente: exactamente como sucederia com a entidade adjudicante, também o concorrente pode sofrer um evento que altera o quadro de facto ou de direito em que se baseou para tomar a sua decisão de contratar, pelo que a ordem jurídica não pode comportar a ideia de impossibilidade – absoluta e sem excepções – de desvinculação de uma declaração contratual.

Quando o evento de alteração de circunstâncias ocorre após a celebração do contrato, a lei é inequívoca ao considerar a hipótese de o concorrente se desvincular (artigo 332.º, n.º 1, alínea a)). Mas nada impede que o mesmo evento ocorra *antes* da celebração do contrato, quando o concorrente pretende desvincular-se, não desse contrato que ainda não celebrou, mas da proposta contratual que a lei considera igualmente vinculativa.

Seria razoável alegar que um sujeito é legalmente autorizado a se desvincular de um contrato num caso excepcional de alteração de circunstâncias, mas que não dispõe de qualquer hipótese de desvinculação enquanto o contrato não foi celebrado? Poderia afirmar-se que uma proposta contratual é «mais vinculativa» e irrevogável do que o próprio contrato?

O artigo 332.º, n.º 1, alínea a), não corresponde a uma opção isolada do legislador no sistema jurídico; apenas contém a aplicação específica, em sede de execução do contrato, de *duas cláusulas concretizadoras* do princípio da boa fé que são susceptíveis de aplicação transversal em toda a ordem jurídica, no âmbito do Direito Público e do Direito Privado e no âmbito contratual ou pré-contratual.

- a) Para qualquer declaração negocial, a *clausula pacta sunt servanda* obriga qualquer sujeito de direito a cumprir o compromisso a que se submeteu;
- b) Mas essa cláusula pode ser afastada pela *clausula rebus sic stantibus*: a declaração negocial é o resultado de um conjunto de circunstâncias fácticas e jurídicas em que o declarante se baseou e pode ser revogada se tais circunstâncias são drasticamente alteradas. O princípio geral da boa fé não comporta a hipótese de uma parte ser excessivamente prejudicada ou ser levada à ruína por ficar obrigada a cumprir um compromisso a que aderiu num quadro de facto e de direito drasticamente distinto do actual.

Tanto o referido artigo 332.º, n.º 1, alínea a), como, de resto, o artigo 437.º do Código Civil representam meras concretizações, respectivamente, para a sede de execução dos contratos administrativos e para os contratos de direito privado de uma cláusula que, em razão do conteúdo dos princípios da boa fé, da tutela da confiança e da segurança jurídica – que a jurisdição constitucional afirma serem pacificamente retirados da ideia de Estado de Direito contida no artigo 2.º da Constituição (e concretizada ao âmbito da Administração Pública pelo artigo

266.º, n.º 2, da Lei Fundamental) –, exige aplicação transversal a todo o ordenamento jurídico e não depende de consagração específica numa norma legal.

Essa solução permite tutelar a posição do concorrente, mesmo após o termo do prazo de apresentação das propostas, e não obstante a obrigação prevista no artigo 65.º do CCP, perante um evento de alteração de circunstâncias.

5. Caso excepcional de alteração das circunstâncias **entre o acto de adjudicação e a outorga do contrato**

Apesar da falta de resposta expressa da lei, a parte afectada dispõe das condições procedimentais para se abster de celebrar o contrato, libertando-se do compromisso contratual que não mais pode manter após a modificação do quadro de facto ou de direito em que vinha confiando.

5.1. No caso do **adjudicatário**, a lei determina *três momentos* procedimentais em que a sua acção é imprescindível para dar continuidade ao procedimento na sequência da adjudicação e permitir a celebração do contrato: *a)* apresentação dos documentos de habilitação (artigo 81.º); *b)* prestação da caução e de outros compromissos, se forem devidos (artigos 88.º e 92.º); comparência para a outorga do contrato, se este for reduzido a escrito (artigo 104.º).

No caso de alteração de circunstâncias, a pura abstenção do adjudicatário determina sempre a *caducidade da adjudicação*, afastando o compromisso a que estava sujeito: tal caducidade ocorre perante a falta de habilitação (artigo 86.º), a falta de prestação da caução ou de outros compromissos (artigos 91.º e 93.º) ou a falta de comparência para a outorga do contrato (artigo 105.º, n.º 1).

É claro que a lei prevê sanções associadas a essa caducidade da adjudicação, que incluem coimas e privações do direito de participar em qualquer procedimento pré-contratual durante um período máximo de 2 anos (artigos 456.º a 460.º). Mas a sua aplicação depende de um procedimento contra-ordenacional, que decorre perante uma entidade terceira, supra- partes (o INCI ou a ASAE – artigo 461.º), distinta da própria entidade adjudicante (porque ela é parte interessada), sendo a essa entidade terceira que cabe garantir a aplicação analógica dos princípios de protecção do arguido em processo penal, cumprindo-lhe verificar não apenas a ocorrência do facto objectivo provocado pela abstenção do adjudicatário (a caducidade da adjudicação), mas também o facto subjectivo que pode justificar essa abstenção: cabe-lhe avaliar a culpa ou a censurabilidade da omissão do adjudicatário.

A demonstração da ocorrência da alteração de circunstâncias é justamente aquilo que afasta a culpa e, logo, a aplicação de qualquer sanção.

5.2. No caso da **entidade adjudicante**, é certo que os artigos 104.º e 105.º criam, tal como sucede com o dever de adjudicação, um novo dever de outorga do contrato, a cumprir num prazo específico, o que justifica a propositura de uma acção destinada a exigir judicialmente a celebração do contrato (artigo 105.º, n.º 4).

Mas o n.º 3 do artigo 105.º faz depender essa possibilidade da questão de saber se a abstenção da entidade adjudicante resulta de um *facto que lhe seja imputável*.

Ora, a demonstração da ocorrência de um evento de alteração de circunstâncias é, também aqui, o que permite afastar essa imputabilidade.

6. Desenvolvimentos adicionais sobre pontos específicos acima tratados:

6.1. Sobre o dever de adjudicação e a ocorrência de causas de não adjudicação, incluindo por modificação de pressupostos financeiros:

João Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, “Abertura de Procedimento Pré-Contratual e Dever de Adjudicação”, in *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 275-289

6.2. Sobre a fundamentação excepcional do recurso a vias alternativas de tutela da posição do concorrente que sofre uma alteração de circunstâncias, nos casos em que a entidade adjudicante verifica que é preferível para o interesse público a continuação de um procedimento destinado à celebração de um contrato inadiável, operando-se a protecção do concorrente pela permissão de apresentação de uma versão final da proposta (apenas em procedimentos negociais) com condições financeiras inferiores às condições da sua versão inicial, em lugar de dar por terminado o procedimento e de permitir a mera desvinculação do concorrente:

Sérvulo Correia / Lino Torgal / Pedro Fernández Sánchez, “Alteração de Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública* (org. Pedro Gonçalves), III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 149-200.

Vídeo da apresentação 1

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Contratação Pública
Pedro Fernández Sánchez, Advogado:
O REGIME DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO PRÉ - CONTRATUAL (pt.1)
Centro de Estudos Judiciários - Sala de vídeo
28.02.2014 14:30

DATA JURIS JUSTIÇA

Lisboa
Pedro Fernández Sánchez
"Contratação Pública"

FCT
FCCN
www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1aid5iib3r/flash.html>

Vídeo da apresentação 2

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Contratação Pública
Pedro Fernández Sánchez, Advogado:
O REGIME DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO PRÉ - CONTRATUAL (pt.2)
Centro de Estudos Judiciários - Sala de vídeo
28.02.2014 15:00

DATA JURIS JUSTIÇA

Lisboa
Pedro Fernández Sánchez
"Contratação Pública"

FCT
FCCN
www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1gcts5jmpe/flash.html>

Vídeo do debate

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Contratação Pública
Moderação: Catarina Jarmela, Juíza de Direito, Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa: Centro de Estudos Judiciários - Sala de vídeo
Debate 28.02.2014 15:30

DATA JURIS JUSTIÇA

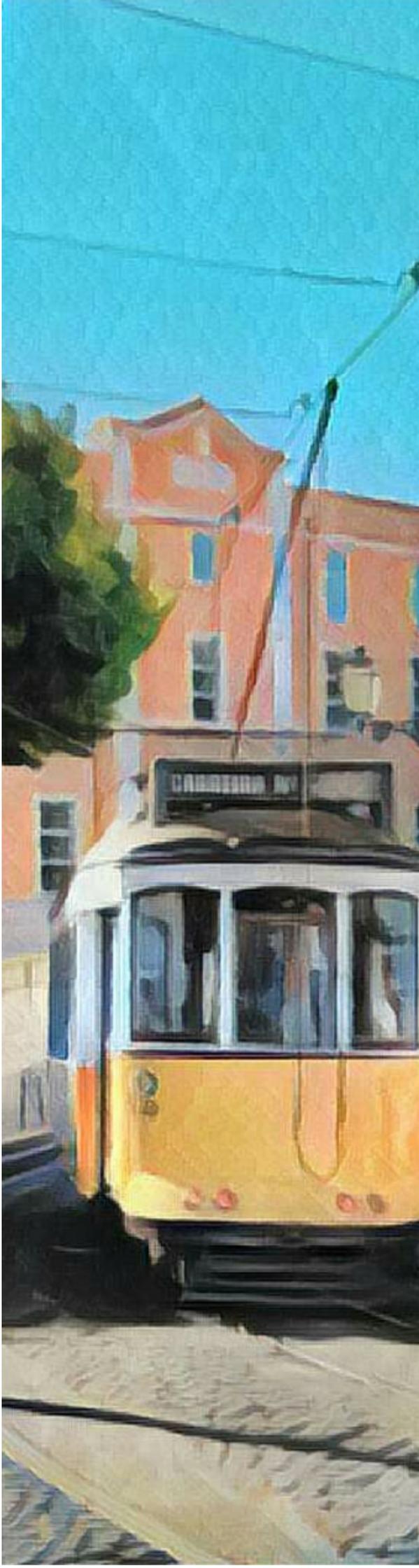
Pedro Fernandes Sánchez Catarina Jarmela

Lisboa
Contratação Pública
DEBATE

00:00:01 - 00:16:16

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/13ht713s67/flash.html>



**7.
Cooperação
entre
entidades
adjudicantes**

Raquel Carvalho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COOPERAÇÃO ENTRE ENTIDADES ADJUDICANTES*

Raquel Carvalho**

1. Enquadramento da questão: conceitos operativos;
 2. O princípio da não aplicação das normas comunitárias sobre contratação pública nas relações *in house providing* e outros contratos entre entidades públicas;
 3. A Diretiva 24/2014 e o acolhimento legislativo da jurisprudência do TJUE;
 4. Questões que se podem colocar a propósito da cooperação entre entidades adjudicantes;
 5. Os agrupamentos de entidades adjudicantes e as questões da fase do procedimento - nótulas;
- Conclusões;
Bibliografia;
Acórdãos citados.

1. Enquadramento da questão: conceitos operativos

As novas Diretivas da Contratação Pública consagram as regras sobre os procedimentos a observar na celebração de contratos cujas prestações estão ou devem estar submetidas à concorrência. Para o efeito, para além da consagração de requisitos positivos para que tal disciplina seja de aplicar, as Diretivas, e em particular a Diretiva 24/2014, estabelece também um conjunto de situações às quais não se aplica o referido regime. Ora um dos domínios reconduzíveis a esta última hipótese é a da cooperação entre entidades adjudicantes, podendo a cooperação assumir várias formas, bastando para tal que esteja preenchido um conjunto de requisitos.

Consagram as Diretivas, agora com a certeza e segurança decorrentes da disposição positiva, a construção jurisprudencial sobre a matéria. A consagração legislativa tem, por vezes, maior alcance do que aquele que resulta da doutrina pretoriana, o que mereceu crítica da doutrina mais autorizada.

Para efeitos de plena compreensão do enquadramento do tema, cabe situar dois conceitos operativos: o de entidade adjudicante e cooperação.

1.1. Entidade adjudicante

O conceito de entidade adjudicante não se confunde com o de entidade pública ou o de entidade administrativa. Concorrem para o conceito de entidade adjudicante as entidades que

* O presente texto, já publicado no e-book "[Direito e Processo Administrativo](#)", de Novembro de 2016, corresponde à sessão efetuada no dia 20 de março de 2015, no Auditório do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Lisboa, no âmbito da formação "As novas Diretivas sobre Contratação Pública".

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola do Porto, Investigadora e membro integrado no Católica Research Centre for the Future of Law – Centro de Estudos e Investigação em Direito.

tradicionalmente integram a Administração Pública e o conceito comunitário de “organismo de direito público”¹.

O Código dos Contratos Públicos (CCP), transpondo as disposições da Diretiva 2004/18, previu o conceito de entidade adjudicante no artigo 2.º em duas categorias: no n.º 1, refere-se à Administração Pública em sentido tradicional, englobando hoje as fundações; e no n.º 2, o conceito específico de “organismo de direito público”². Trata-se de um conceito funcional e substantivo e que implica a densificação de conceitos complexos e dotados de alguma indeterminidade, tarefa nem sempre de fácil desembaraço.

“2. São também entidades adjudicantes:

a) Quaisquer pessoas colectivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:

i) Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência; e

ii) Sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades;

b) Quaisquer pessoas colectivas que se encontrem na situação referida na alínea anterior relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante nos termos do disposto na mesma alínea;

c) (Revogada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009.)

d) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas”.

Portanto, será considerada entidade adjudicante qualquer pessoa jurídica, privada ou pública que preencha cumulativamente duas condições: *i)* tenha sido criada especificamente para a “satisfação de necessidades de interesse geral e sem carácter industrial e comercial” (o TJUE tem sufragado sempre a orientação da interpretação restritiva da expressão “carácter industrial e comercial”^{3/4}); e *ii)* haja financiamento da atividade ou controlo de gestão ou

¹ Este conceito encontra a sua definição no Acórdão Mannesmann (C-44/96, de 15 de janeiro de 1998): “organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, dotado de personalidade jurídica e estreitamente dependente do Estado, das autarquias locais ou de outros organismos de Direito Público, requisitos que são cumulativos”. Esta construção foi evoluindo mas encontra conforto legislativo no artigo 2.º do CCP.

² Transpôs igualmente a Diretiva 2004/17, relativa aos setores especiais e, para efeitos do conceito de entidade adjudicante, no artigo 7.º

³ Cfr. o Acórdão Korhonen Oy. C-18/01, de 22/5/2003.

controlo de órgãos. Mantêm-se as dúvidas sobre o alcance da expressão de financiamento e controlo de gestão.

Será também considerada entidade adjudicante a pessoa coletiva que, preenchendo os critérios anteriores, esteja em relação com uma entidade adjudicante nos mesmos termos. Do mesmo passo, a associação de entidades adjudicantes em que pelo menos uma pessoa coletiva esteja naquelas circunstâncias e haja financiamento ou relação de controlo.

É por conseguinte um conceito muito abrangente de organismo de direito público, onde pontua a preocupação com a gestão de recursos públicos.

Não pretendendo tratar exaustivamente esta questão, pois escapa ao objeto da reflexão, impõe-se todavia dar conta das “alterações” que a nova Diretiva introduz.

No considerando (10) da Diretiva 2014/24, o legislador comunitário assume que não pretende alterar o âmbito de aplicação *ratione personae* da Diretiva. Contudo, por força das especificações jurisprudenciais, o legislador comunitário entendeu ser útil *“esclarecer que um organismo que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas como tendo carácter industrial ou comercial”*. Por outro lado, a condição de financiamento também foi alvo de aperfeiçoamento de conteúdo pela jurisprudência: *“financiado maioritariamente» se entende financiado em mais de metade, e que este tipo de financiamento pode incluir pagamentos impostos, calculados e cobrados aos utilizadores de acordo com as regras de direito público”*.

Assim, o artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva, depois de definir no n.º 1 o conceito de “autoridades adjudicantes”, define como “organismo de direito público”: *“os organismos que apresentem todas as seguintes características:*

a) Foram criados para o fim específico de satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial;

b) Têm personalidade jurídica; e

c) São maioritariamente financiados pelo Estado, por autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público, ou a sua gestão está sujeita a controlo por parte dessas autoridades ou desses organismos, ou mais de metade dos membros nos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização são designados pelo Estado, pelas autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público”.

⁴ Para ALEXANDRA LEITÃO, estes requisitos “aplicam-se essencialmente às empresas dos Sectores Empresariais do Estado, Regional e Local, uma vez que, atendendo à respetiva forma societária, é difícil determinar se estão sujeitos ou não às regras da contratação pública”, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 114.

1.2. Cooperação

O conceito de cooperação é polissémico. A doutrina, na perspetiva das entidades públicas, tem tentado densificar o conceito. Para a abordagem da perspetiva de cooperação entre entidades adjudicantes que conduzem a situações de exclusão de aplicação das Diretivas, suportar-nos-emos na obra de referência de ALEXANDRA LEITÃO. Será contudo considerada ainda a cooperação de entidades como agrupamento.

1.2.1. A cooperação entre entidades adjudicantes

Para ALEXANDRA LEITÃO, cooperação é um conceito que deve ser distinguido de colaboração e de coordenação⁵. E a propósito da forma que pode assumir a cooperação, a mesma A. apresenta o seguinte elenco de categorias de concretizações:

a) Contratos sobre competências, que colocam as pertinentes questões associadas aos princípios da legalidade e da alienabilidade de competências [artigo 36.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)]⁶;

b) Contratos procedimentais, que podem assumir várias concretizações, desde os típicos contratos previstos na alínea b), do n.º 6 do artigo 1.º e no artigo 336.º do CCP, aos contratos de estrito conteúdo procedimental que se destinam a obter pareceres ou a promover diligências instrutórias; contratos de conteúdo substantivo que se destinam a determinar o conteúdo do ato final (obrigacional ou decisório), acordos endoprocedimentais (previstos no artigo 57.º do CPA); conclusão de conferências procedimentais (artigos 77.º e ss. do CPA), contratos para elaboração de regulamentos como o que está previsto no artigo 6.º A RJGT⁷;

c) Contratos normativos;

d) Contratos-Plano: conduzem a uma uniformização de atuação das várias entidades envolvidas; não são contratos paritários⁸;

e) Contratos institucionais: implicam o surgimento de uma pessoa jurídica, como o contrato de sociedade, celebrado entre entidades do mesmo nível, ou, não o sendo, contratos de associação; constituem formas de cooperação horizontal⁹. São exemplo a previsão dos artigos 108.º e ss. da Lei 75/2013;

f) Contratos sujeitos à concorrência de mercado – os que resultam do artigo 6.º designadamente com as seguintes especificidades:

i) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 1 do artigo 2.º serão apenas os contratos previstos no n.º 1 do artigo 6.º;

⁵ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 81 e ss.

⁶ A A. dá como exemplos os contratos de articulação de competências (por exemplo, entre autarquias locais); contratos sobre transferência ou delegação intersubjetiva de competências e atribuições (artigo 120.º da Lei 75/2013); contratos de delegação interorgânica de competências, não admissíveis em hierarquia, contudo; contratos de mandato; empréstimo de órgãos/cedência, onde não há transferência de competências; contrato de concessão de serviços – artigo 407.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos - CCP. LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 207 e ss.

⁷ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 244 e ss.

⁸ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 251.

⁹ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 257.

ii) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 2 do artigo 2.º ou entre uma entidade prevista no n.º 2 do artigo 2.º e uma entidade prevista no n.º 1 do artigo 2.º (1.º adjudicante e 2.º adjudicatário) serão os contratos previstos no n.º 1 do artigo 6.º por força do n.º 2 do mesmo dispositivo;

iii) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 1 do artigo 2.º e uma entidade prevista no n.º 2 do artigo 2.º, sendo a primeira adjudicante e em que o objeto contratual não cabe em nenhuma exceção do artigo 6.º, só não se aplicam as regras da Parte II se não houver concorrência; se verificar a aplicação do n.º 2 do artigo 5.º ou as exclusões dos setores especiais [cfr. o disposto no artigo 13.º, n.º 1 c) e d) e n.º 2].

g) Contratos sobre imóveis: estão excluídos do âmbito de aplicação do CCP, com a dúvida sobre os contratos de concessão de uso privativo.

1.2.2. Cooperação associada a agrupamento

A cooperação entre entidades públicas pode também existir a propósito da associação entre entidades com vista à adjudicação de um contrato público. Pode ser do interesse de entidades adjudicantes unir economia de meios e recursos financeiros em torno de uma necessidade comum ou em relação a projeto que, de forma individual não estariam em condições de levar a cabo. Por exemplo, construção de uma estrada intermunicipal. Trata-se de cooperação em agrupamento que recebeu consagração no artigo 39.º do CCP:

“1 - As entidades adjudicantes podem agrupar-se com vista à formação de:

- a) Um contrato cuja execução seja do interesse de todas;*
- b) Um acordo quadro de que todas possam beneficiar.*

2 - As entidades adjudicantes devem designar qual delas constitui o representante do agrupamento para efeitos de condução do procedimento de formação do contrato ou do acordo quadro a celebrar.

3 - A decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a decisão de qualificação dos candidatos e a decisão de adjudicação devem ser tomadas conjuntamente pelos órgãos competentes de todas as entidades adjudicantes que integram o agrupamento.

4 - No caso de agrupamentos de entidades adjudicantes constituídos por pelo menos uma das referidas no n.º 1 do artigo 2.º, o ajuste direto e o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação adotados nos termos do disposto nos artigos 19.º e 20.º só permite a celebração de contratos de valor inferior ao mais baixo dos limites neles referidos, consoante o caso¹⁰.

5 - No caso de agrupamentos de entidades adjudicantes, só pode ser adotado um procedimento em função de um dos critérios materiais previstos nos capítulos III e IV do título anterior quando tal critério se verifique relativamente a todas as entidades que o constituem”.

¹⁰ Esta limitação não parece resultar da legislação comunitária. Neste sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 396.

Esta solução de cooperação, estruturalmente distinta daquela primeira enunciada, colocará problemas distintos¹¹. Desde logo, a propósito da questão relativa à regularidade da formação do ato de adjudicação (n.º 3), que implica o exercício conjunto de competências¹², passando pela *vexata questia* da escolha do procedimento em ligação com as entidades que compõem o agrupamento. Sempre com a possível complexidade de os órgãos de cada entidade não serem estruturalmente idênticos (singulares/colegiais) e portanto estarem sujeitos a regras distintas quanto à formação da vontade. E no procedimento adjudicatório, apesar da existência de representante, há que ficar certo e inequívoco o exercício das competências de cada entidade.

Convém esclarecer que a previsão do n.º 1 do artigo 39.º não se confunde com a institucionalização de uma central de compras, prevista no artigo 260.º. O agrupamento destina-se à celebração de um concreto contrato. A central de compras é um procedimento especial e destina-se à celebração de múltiplos contratos¹³.

É igualmente relevante ter presente o n.º 6 do artigo 47.º porquanto contem uma regra, associada ao agrupamento, relativa a autorização da despesa.

Podia colocar-se a questão de saber se poderia o agrupamento funcionar apenas para a fase de adjudicação, o que significaria que existiriam, a posteriori, tantos contratos quantas as partes. À luz do artigo 39.º, esta hipótese parece não ter ali cabimento¹⁴.

Esta disposição permite igualmente equacionar outras questões, designadamente a de saber que quota de responsabilidade cabe a cada entidade no pagamento do preço. Deve entender-se que é a que resulta da fração de despesa inerente, sem prejuízo de responsabilidade solidária perante o adjudicatário. Claro que a questão poderá estar resolvida de outro modo e à partida no caderno de encargos, caso em que, não existindo violação do princípio da legalidade, será de aplicar a opção vertida no caderno de encargos. Uma outra questão que se pode aqui colocar é a de saber a quem cabe a elaboração do caderno de encargos. Na minha perspetiva, a responsabilidade cabe ao agrupamento devido à regra da competência prevista no artigo 39.º¹⁵.

¹¹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA entende que se trata de uma “associação meramente informal”, não existindo a obrigação de associação jurídica como se impõe para o agrupamento de concorrentes, (OLIVEIRA, *Agrupamento de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública*, 2010, p. 108). No mesmo sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos na contratação pública*, 2011, p. 395.

¹² Que, parece dever-se entender implicar a unanimidade.

¹³ Na construção comunitária, a Central de compras é uma entidade adjudicante – cfr. o disposto no n.º 10 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18 e no n.º 16 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24.

¹⁴ Neste sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos na contratação pública*, 2011, p. 393.

¹⁵ *Vide infra* no ponto 4 maiores desenvolvimentos sobre a questão, designadamente quanto ao que está envolvido na decisão de escolha do procedimento; as menções dos órgãos que intervêm no procedimento no caderno de encargos, etc.

2. O princípio da não aplicação das normas comunitárias sobre contratação pública nas relações *in house providing* e outros contratos entre entidades públicas

No domínio do direito europeu e no que às novas Diretivas diz respeito, a cooperação entre entidades adjudicantes revela-se no essencial nas seguintes áreas: contratação *in house*, cooperação entre entidades públicas e a transferência de uma tarefa pública¹⁶.

Como tratar os contratos entre entidades públicas à luz das regras da contratação pública?

Em regra, um contrato para obter fornecimento de bens ou serviços, celebrado entre entidades públicas está sujeito às regras comunitárias da concorrência¹⁷. A natureza pública dos contratantes, de *per se*, não exclui a aplicação das regras da contratação pública¹⁸. Por isso, apesar de se poderem levantar dúvidas, não está à partida excluída a participação concorrencial de entidades públicas com vista à celebração de um contrato cujas prestações se submetem à concorrência¹⁹.

Contudo, existem limitações a esta regra²⁰.

A primeira delas respeita às situações em que a relação aquisitiva se processa dentro da mesma pessoa coletiva. Ou seja, a entidade pública não está obrigada a externalizar as suas aquisições quando as pode conseguir internamente. Trata-se da verdadeira relação *in house*. Nem sequer a decisão de não ir ao mercado está sujeita às regras da contratação pública²¹.

Uma segunda situação diz respeito à hipótese em que a entidade pública adquire bens ou serviços a uma entidade que é sua, sendo que tais aquisições não estão submetidas às regras europeias de contratação pública (situações de “*quasi in-house*”). Trata-se da doutrina pretoriana constante do Acórdão *Teckal* e que recebeu acolhimento no artigo 5.º, n.º 2 do CCP²².

Uma terceira situação de exclusão respeita à construção jurisprudencial vertida no Acórdão *Hamburg* ou a doutrina da cooperação fora das situações enquadráveis na *in house providing* – a cooperação horizontal.

¹⁶ WAUTERS, 2014, p. 143.

¹⁷ Referindo-se precisamente à ilegalidade de exclusão deste tipo de contrato no domínio das Diretivas anteriores e entendendo que as legislações nacionais, se previssem tal exclusão, incorreriam em erro de transposição, BOVIS, 2007, pp. 189 e 190.

¹⁸ ARROWSMITH, 2014, p. 499.

¹⁹ Refletindo sobre a sujeição a procedimentos concorrenciais associados à celebração de contratos de empreitada e concessões e esgrimindo argumentos doutrinários a favor e contra, *vide* LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 285 e ss.

²⁰ Seguimos de perto a apresentação desta questão por SUE ARROWSMITH, (ARROWSMITH, 2014, p. 498 e ss.).

²¹ Cfr. o Acórdão *Teckal* do TJUE.

²² Há doutrina a duvidar se este tipo de cooperação se configura ou não como contrato. Neste sentido, por exemplo, TAVARES & DENTE, 2009, p. 60; no sentido de que a alteridade ou “terceiridade” se manifesta neste tipo de contratos, exceto se se existir uma relação hierárquica entre as partes que conduza a uma supressão da autonomia da vontade, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 119; ESTORNINHO, 2006, p. 81.

Uma quarta situação diz respeito aos contratos pelos quais se opera uma transferência de competências/atribuições entre entidades públicas.

É admitida ainda como exceção a situação em que a aquisição de serviços se faz a entidade pública que detém direitos exclusivos sobre o serviço.

Por último, também se encontra excluída da aplicação da Diretiva a figura das Compras Centralizadas.

Ainda antes de analisar cada uma destas situações, importa igualmente sublinhar que existem certas formas de atuação, em particular informais, que caem também fora do âmbito de aplicação das Diretivas. SUE ARROWSMITH dá como exemplo o empréstimo de trabalhadores para fazer face a picos de serviço, pontualmente, sem acordo formal escrito²³.

A questão que se coloca face a este elenco de situações de não aplicação das regras comunitárias é encontrar o fundamento jurídico de tais exclusões. As situações das relações *in house* estão de facto relacionadas com a tensão entre liberdade de mercado e a liberdade de auto-organização da Administração Pública, tendo aliás o TJUE afirmado que os Estados membros têm liberdade de se auto-organizar²⁴. As novas Diretivas aliás afirmam precisamente este princípio²⁵.

Nada impõe às entidades públicas que recorram ao mercado da concorrência para obter bens ou serviços que, pela sua própria capacidade podem obter. De qualquer modo, esta discricionariedade de não ficar abrangido pelas Diretivas deve conter-se no domínio e âmbito das atribuições e competências definidas legalmente como integrando a esfera típica de atuação²⁶.

2.1. A doutrina *Teckal* – cooperação vertical

Neste Acórdão do TJUE, o Tribunal abriu as portas à não sujeição das regras de contratação pública das situações de *quase in house*. Ou seja, daquelas situações em que os bens ou serviços são solicitados a entidade formalmente distinta da entidade que procura tais bens e serviços, mas que tem com ela uma ligação material incindível ao ponto de se poder

²³ ARROWSMITH, 2014, p. 500.

²⁴ Situando a questão nesta tensão, AZEVEDO, 2008. Sublinhando esta ideia de liberdade de auto-organização, LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 170; WIGGEN, Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 84; ARROWSMITH, 2014, pp. 500-501; WAUTERS, 2014, p. 145; OLYKKE & ANDERSEN, 2015 (n.º 1), p. 2; Acórdãos do TJUE *Stadt Halle* (C – 26/03); Documento de trabalho dos serviços da Comissão (SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011, pp. 5 e ss.

²⁵ Veja-se por exemplo, o artigo 2.º da Diretiva 23/2014; os considerandos 5 (“*Recorde-se que nada na presente diretiva obriga os Estados-Membros a confiar a terceiros, mediante contrato, ou a externalizar a prestação de serviços que pretendam eles próprios prestar ou organizar por meios diferentes dos contratos públicos na aceção da presente diretiva*”) e 31 (“*Contudo, a aplicação das regras da contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras autoridades públicas*”) da Diretiva 24/2014; o considerando 9 da Diretiva 25/2014 (de algum modo).

²⁶ Chamando a atenção para este aspeto, Advogado Geral Geelhoed, no Acórdão *Asemfo v Tragsa* (conclusões)

considerar que ainda é contratação dentro de portas. A referida ligação material é estabelecida, segundo a jurisprudência comunitária, pelo “controlo” que a primeira entidade exerce sobre a segunda. A jurisprudência contudo admite que o controlo possa ser assegurado conjuntamente por duas entidades, caso em que se manteria a caracterização de “quasi in house”. Podem entidades públicas partilhar e prosseguir interesses comuns e a atuação conjunta ser mais benéfica para a prossecução das respetivas tarefas através deste tipo de contratação.

A exclusão da aplicabilidade das regras da contratação pública foi portanto sustentada neste Acórdão, sendo que o Tribunal entendeu também que as regras do artigo 106.º do TFUE não se aplicariam²⁷.

Foram, como se sabe, estabelecidas duas condições de verificação cumulativa, para que opere a doutrina pretoriana²⁸:

a) Condição de controlo: a entidade adjudicante deve exercer um controlo do tipo que exerce sobre os seus órgãos e serviços, devendo a condição verificar-se quer haja controlo por uma única entidade ou conjuntamente por mais do que uma²⁹. Acresce que o TJUE tem exigido que o referido controlo se traduza em “decisiva influência sobre objetivos estratégicos e decisões significativas”³⁰. Caso o controlo seja feito conjuntamente, o Tribunal apenas exige que a condição de controlo seja exercida conjuntamente por todas as entidades envolvidas³¹. De todo o modo, o controlo tem de ser efetivo, não bastando o controlo maioritário sobre as participações sociais³².

O TJUE precisou contudo que se a entidade controlada tivesse vocação de mercado para lá do espaço territorial da entidade que exerce o controlo, exercendo diferentes atividades, tal característica poderia enfraquecer ou atenuar o controlo e, com isso, inviabilizar o preenchimento desta condição³³.

A jurisprudência tem também referido que a forma que assume a entidade controlada é relevante. No Acórdão *Coditel*, foi sustentado que o requisito estava preenchido porque a entidade adjudicatária não tinha a forma de uma “companhia que podia prosseguir objetivos independentes dos da entidade controladora, mas antes o de uma sociedade intermunicipal sem carácter comercial”³⁴.

²⁷ Trata-se das regras de aplicação de procedimentos transparentes e competitivos.

²⁸ Neste sentido e referindo-se a doutrina francesa, WAUTERS, 2014, p. 158.

²⁹ Cfr. os Acórdãos do TJUE *Carbotermo*, *Asemfo v Tragsa*; *Coditel*; *Sea*.

³⁰ Acórdão do TJUE *Parking Brixen*.

³¹ Um dos modos para aferir deste controlo conjunto pode passar, por exemplo, pela circunstância dos órgãos decisores da entidade controlada ser integrado por representantes das entidades controladoras, sendo irrelevante, nesse caso, a maioria de votação (cfr. o Acórdão do TJUE *Coditel* – o TJUE não exigiu que todas as entidades participassem; era suficiente para que a condição estivesse preenchida). Também Acórdão *Sea*.

³² Acórdão do TJUE *Econord*.

³³ Acórdão *Parking Brixen*. Vide ARROWSMITH, 2014, pp. 508-509.

³⁴ ARROWSMITH, 2014, p. 509.

Se a condição se verificar aquando da outorga do contrato mas cessar no decurso da sua execução, há lugar a aplicação da Diretiva. O mesmo se passando com a exigência de inexistência de interesses privados na entidade subordinada.

b) Condição da atividade: o essencial da atividade da entidade subordinada tem de ser dedicada à entidade controladora. Tratando-se de controlo conjunto, o essencial da atividade deve referir-se às entidades envolvidas e não apenas a quem adjudica³⁵. Pretende-se assegurar a sadia concorrência. Cabe contudo advertir que esta condição não é exigida nas genuínas relações *in house*³⁶. Esta condição abriu as portas à discussão sobre a percentagem de atividade que deve estar alocada à entidade controladora. O Tribunal entendeu estabelecer “critérios qualitativos” no Acórdão *Carbotermo*: há mercado para aqueles serviços e as demais atividades da entidade controlada são oferecidas ou passíveis de serem oferecidas em mercado. Este critério gerava alguma insegurança³⁷. Como veremos, a nova Diretiva vem dar uma resposta mais segura a esta questão.

De todo o modo, foi posteriormente aduzido um outro requisito: não podia estar presente qualquer participação privada na entidade controlada. Este requisito merecerá, como veremos, alguma concretização na Diretiva. Esta condição resultou da doutrina contida no Acórdão *Stadt Halle* e passou a funcionar como condição excludente da doutrina Teckal quando não estivesse preenchida. Tentou-se amenizar a condição, na sua força excludente, mas o TJUE não se mostrou recetivo³⁸. Voltaremos a esta questão no ponto 3.

2.2. A doutrina *Hamburg* – cooperação horizontal

O TJUE estabeleceu que a doutrina Teckal não esgota todas as hipóteses de cooperação entre entidades adjudicantes subtraídas à aplicação das Diretivas. Designadamente, as situações em que não há criação de entidade controlada³⁹.

A consideração de que as situações de cooperação entre entidades públicas caíam fora dos objetivos das Diretivas constitui uma evolução na jurisprudência do TJUE⁴⁰. Era considerada uma medida de Estado. Antes das diretivas de 2004, “não era muito claro se os acordos de cooperação entre autoridades públicas estariam sob a égide do objetivo das regulamentações da contratação pública”⁴¹. Mas já então a doutrina, designadamente a alemã, entendia que os

³⁵ Acórdão TJUE *Carbotermo*.

³⁶ ARROWSMITH, 2014, p. 510.

³⁷ Sublinhando este aspeto, ARROWSMITH, 2014, p. 512.

³⁸ ARROWSMITH, 2014, p. 513.

³⁹ A construção do TJUE coloca a dificuldade de distinção entre um contrato interadministrativo e um contrato de prestação de serviços. Como sempre, a orientação do TJUE é de interpretação restritiva dos requisitos excepcionantes. Neste sentido, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 127; FALLE, 2014, 5, p. 132.

⁴⁰ Dando conta da evolução jurisprudencial *vide* WAUTERS, 2014, p. 146 e ss.; afirmando que a jurisprudência do TJUE não excluía a cooperação entre entidades públicas do âmbito das regras da contratação pública, WIGGEN, Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law, 2011, 5, p. 171. Informando que esta exceção já se encontrava no direito francês, NOGUELLOU, 2014, pp. 23, nota 28.

⁴¹ WAUTERS, 2014, p. 146.

fundamentos da legislação comunitária nesta matéria apenas permitiam que as diretivas fossem aplicadas quando havia *players* de mercado envolvidos, o que não sucederia com as entidades públicas quando cooperavam, uma vez que apenas o interesse público as guiaria⁴². Contudo, as diretivas de 2004, na sequência de uma previsão anterior na Diretiva 92/50/CEE, não evidenciavam a não submissão destas formas de cooperação ao regime da contratação pública. A própria jurisprudência do TJUE afirmava a submissão destas formas de cooperação às diretivas⁴³.

A construção jurisprudencial evoluiu então para a consideração de outro tipo de situação, fora das relações *in house* e da única exceção que as Diretivas 2004/18 e 2004/17, nos artigos 18 e 23, respetivamente, assumiam (direitos exclusivos). Para efeito da aplicação desta exceção⁴⁴, o TJUE também estabeleceu um conjunto de condições ou critérios de preenchimento cumulativo⁴⁵, alargando a admissibilidade de outras formas de cooperação (por comparação com a doutrina Teckal):

a) Não existir participação privada: para a aplicação da exceção, a cooperação só pode envolver entidades públicas para assegurar a prossecução de tarefas públicas por cada uma delas. O TJUE não definiu com detalhe esta condição no Acórdão *Hamburg* mas a Comissão, no seu documento de trabalho SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011, foi contribuindo para essa definição, dizendo, por exemplo que era irrelevante a forma de cooperação, que a cooperação devia ter um alcance mais amplo do que a mera aquisição, mas antes o exercício de uma tarefa pública, ou seja, a assunção de obrigações mútuas⁴⁶. Tal significa que a participação deve ser efetiva⁴⁷. Esta condição está expressa no Acórdão *Hamburg* e foi confirmada no Acórdão *Azienda*.

b) Nenhum fornecedor privado pode ser colocado em posição de vantagem face a potenciais concorrentes: esta condição foi igualmente confirmada no Acórdão *Azienda* No Acórdão *Piepenbrock*, o TJUE parece ter considerado que a mera autorização de uso de terceiros seria suficiente para excluir o contrato da doutrina *Hamburg*⁴⁸.

c) A implementação da cooperação ser única e exclusivamente orientada/fundada na prossecução de interesses públicos: esta condição relaciona-se com a proibição de obtenção de lucros pelas entidades envolvidas, permitindo-se apenas o reembolso de custos e mesmo aí com limites⁴⁹.

Para a Comissão, deveria existir aqui também o preenchimento da condição da essencialidade da atividade⁵⁰.

⁴² Neste sentido, BURGI M., 2010, p. 79.

⁴³ Neste sentido, Acórdão Teckal, Acórdão ARGE (C-94/99), Acórdão Comissão v. Espanha; Acórdão CoNISMA;

⁴⁴ CLÁUDIA VIANA sustenta que a doutrina *Hamburg* não se enquadra na exceção *in house*, (VIANA, A influência do "mercado relevante" na contratação in-house, 2013, p. 79).

⁴⁵ WAUTERS, 2014, p. 178.

⁴⁶ Ponto 3.3.2 do SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011.

⁴⁷ Criticando esta concretização, ARROWSMITH, 2014, p. 523.

⁴⁸ Cfr. § 30 do Acórdão *Piepenbrock*.

⁴⁹ Cfr. o SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011 (ponto 3.3.3.) e o Acórdão *Hamburg* [embora SUE ARROWSMITH chame a atenção para o facto de o Acórdão não ter estabelecido claramente este como requisito em todos os casos, (Arrowsmith, 2014, p. 526)]. Já no Acórdão *Azienda*, o TJUE se debruçou, ainda que brevemente, sobre a questão do reembolso. Chamando a atenção para este aspeto, MCGOWAN, 2013, 3, p. 64.

⁵⁰ Cfr. §3.3.3 SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011

Por fim, foi estabelecida uma condição negativa: a cooperação não pode ser um meio de defraudar as normas da contratação pública. Normalmente, tal sucederá quando a finalidade de prossecução de interesse público está ausente.

Apreciando a doutrina pretoriana vertida no Acórdão *Hamburg*, CLÁUDIA VIANA sustenta que o TJUE “privilegia uma conceção funcional e material das entidades públicas”⁵¹.

O Tribunal de Justiça continuou a proferir acórdãos com esta construção. Para além do Acórdão *Azienda* (C-159/11, de 19 de dezembro de 2012), que veio aperfeiçoar as condições de verificação de uma cooperação horizontal, designadamente no que se refere ao requisito da prossecução de interesse público, já em 2014, foi proferido um Acórdão significativo nesta matéria (que não aplicou a doutrina por não estarem preenchidos os pressupostos)⁵². Trata-se do Acórdão C-15/13, de 8/5/2014, em que o Tribunal declarou: “*O artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objeto o fornecimento de produtos, celebrado entre, por um lado, uma Universidade que é uma entidade adjudicante, controlada no domínio das suas aquisições de produtos e serviços por um estado federado alemão, e, por outro, uma sociedade de direito privado detida pelo Estado federal e por estados federados alemães, entre os quais figura o referido estado federado, constitui um contrato público na aceção dessa disposição e deve, por conseguinte, estar sujeito às regras de adjudicação de contratos públicos previstas nesta diretiva*”⁵³.

Esta construção, ao contrário da doutrina *Teckal*, assenta no objeto do contrato para determinar a não sujeição às Diretivas. Recorde-se que um dos critérios é precisamente a prossecução de uma tarefa pública associada ao contrato, requisito que não existe nas relações *in house*⁵⁴.

2.3. Transferência de competências administrativas

Este é um dos tipos de contratos interadministrativos descritos por ALEXANDRA LEITÃO e que a Comissão reconhece como integrando a discricionariedade dos Estados membros de se organizarem⁵⁵. Logo, trata-se de formas de cooperação que escapam tanto às regras das Diretivas como às regras do TFUE.

⁵¹ VIANA, A influência do "mercado relevante" na contratação *in house*, 2013, p. 81.

⁵² Analisando os referidos Acórdãos, sem contudo os identificar claramente, NOËL & MINAIRE, 2013, 136, p. 72 e ss.

⁵³ Comentando este Acórdão, sublinhando a sua relevância imediata para as autoridades contratantes mas igualmente para a transposição da Diretiva, situando a aplicabilidade da Diretiva 2014/24 no âmbito dos princípios estabelecidos pela jurisprudência, (McGOWAN, *Can horizontal in-house fall within Teckal? A note on case C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, 2014 (n.º 5), p. 122.)

⁵⁴ WAUTERS, 2014, p. 180.

⁵⁵ Cfr. o § 4.1. SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011. *vide* também o Acórdão *Irish Ambulance*.

2.4. Situações de direitos exclusivos

Nas situações acima descritas que ficam sob a alçada do TFUE e das Diretivas, por não se verificarem os respetivos requisitos de não aplicação, ainda assim pode funcionar uma outra exceção. Trata-se da situação em que quem providencia os serviços ou bens o faz a título de direitos exclusivos. Trata-se de uma hipótese já acolhida no artigo 18.º da Diretiva 2004/18: “*A presente directiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma entidade adjudicante a outra entidade adjudicante ou a uma associação de entidades adjudicantes com base num direito exclusivo de que estas beneficiem em virtude de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado*”.

Como veremos adiante, esta solução mantém-se na nova Diretiva.

Internamente, esta hipótese de exclusão da sujeição às regras da contratação pública encontra acolhimento na alínea a) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP: “*Contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis*”.

2.5. Centrais de compras

As centrais de compras estão previstas no artigo 11.º da Diretiva 2004/18: “*1. Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes contratarem empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras. 2. Considera-se que as entidades adjudicantes que contratam empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras nos casos referidos no n.º 10 do artigo 1.º cumpriram o disposto na presente directiva sempre que a referida central de compras o tenha cumprido*”. Não está aqui incluída a hipótese em que a central disponibiliza os seus próprios recursos.

Mesmo nesta configuração, havia uma ou outra questão que se podia colocar a propósito dos contratos entre as entidades adjudicantes e a Central de Compras. Por exemplo, como tratar a situação em que a central de compras não cumpriu “o disposto” na Diretiva. SUE ARROWSMITH entende que nesse caso não será de aplicar a exceção, o que significa que a entidade adjudicante deverá cumprir a Diretiva e será responsabilizado em conformidade. A A. equaciona também a corresponsabilização da entidade adjudicante e a central e compras pelo incumprimento da Diretiva⁵⁶.

A matéria mereceu, como veremos, um tratamento mais detalhado na Diretiva 2014/24.

⁵⁶ ARROWSMITH, 2014, p. 537.

2.6. As hipóteses no Código dos Contratos Públicos

2.6.1. A previsão do n.º 1 do artigo 5.º

Estabelece o n.º 1 do artigo 5.º: *“A parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação”.*

Incluir-se-ão nesta exceção, “todos os contratos de cooperação paritária entre entidades administrativas”, uma vez que “as prestações que são objeto de tais contratos não estão, nem são suscetíveis de estar, submetidas à concorrência de mercado” (ALEXANDRA LEITÃO)⁵⁷.

Trata-se de contrato cujas prestações escapam à lógica do mercado como por exemplo a atribuição de um subsídio, por exemplo. Mais, ALEXANDRA LEITÃO sustenta que podem ser aqui incluídos, sob pena de esvaziamento da prescrição normativa⁵⁸, contratos com prestações sujeitas à concorrência, que não o são integralmente (nem subsumível aos tipos contratuais a que se refere o artigo 6.º), bastando que os demais requisitos estejam preenchidos⁵⁹. Não se encontrando preenchidos, tal não significa que o contrato tenha de ser submetido a ampla concorrência, isto é, convém não confundir situações excluídas das regras da contratação pública daquelas que, estando sujeitas, ainda assim se verificam os requisitos de recurso a ajuste direto por serem pessoais as prestações envolvidas⁶⁰.

2.6.2. A doutrina Teckal – artigo 5.º, n.º 2

Estabelece o n.º 2 do artigo 5.º: *“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 [condição de controlo – isolado ou em conjunto]

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. [condição de atividade]

⁵⁷ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 172. Estamos a falar de contratos sobre competências, sobre o exercício de poderes públicos, contratos-plano, contratos institucionais. Sobre esta categoria, vide LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 192 e ss. No mesmo sentido, o da compatibilização deste artigo com o artigo 16.º, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 145.

⁵⁸ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 169.

⁵⁹ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 170. A A. funda a sua opinião na jurisprudência do TJUE – Acórdão Comissão v. República federal da Alemanha (Proc. C – 480/06).

⁶⁰ Precisamente neste sentido, LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 172

É ainda de ter presente o que prescreve o n.º 6 do mesmo artigo: “À formação dos contratos referidos nos n.ºs 1 a 4 são aplicáveis:

a) *Os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo; ou*

b) *Quando estejam em causa contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações”.*

É neste item que está consagrada a teoria das relações “quasi in house”, justificada pelo princípio da auto-organização da Administração Pública. Não há contudo referência legal interna à não participação de capitais privados. Todavia, como se sabe, apesar da norma expressa interna, os operadores jurídicos devem interpretar o direito interno, em matérias em que o direito europeu é matriz, à luz do princípio da interpretação conforme ao Direito Europeu, incluindo a construção pretoriana do TJUE⁶¹.

2.6.3. Direitos exclusivos – artigo 5.º, n.º 4, alínea a)

Um dos contratos incluídos no rol de “contratação excluída” é o que diz respeito a “contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis”. Resulta do artigo 18.º da Diretiva 18/2004. Trata-se dos serviços de interesse económico geral, associados a obrigações de serviço público⁶².

2.6.4. Alienação de imóveis

Também estão excluídos os contratos que de alienação de imóveis, nos termos do artigo 4.º, n.º 2 alínea c)

⁶¹ Sublinhando este aspeto, que pode ter relevância na discussão do alcance dos requisitos comunitários através expendidos, FERREIRA, 2013, p. 221. Sobre a questão da associação com instituições privadas e como tal associação coloca em crise o “controlo análogo, vide Acórdão do STA de 25/9/2014, Proc. n.º 718/12 (“I – Quando a entidade adjudicatária de um contrato público é uma associação de utilidade pública sem fins lucrativos que, no momento da adjudicação desse contrato, conta entre os seus associados não só entidades pertencentes ao sector público mas também instituições privadas de solidariedade social que exercem actividades sem fins lucrativos, o requisito relativo ao «controlo análogo», estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para que a adjudicação de um contrato público possa ser considerada uma operação «in house», não está preenchido; II – No caso, em que está em causa um contrato de prestação de serviços que estão incluídos no Anexo II-B da Directiva 2004/18/CE, a circunstância de, ao tempo da sua celebração, o SUCH, enquanto entidade adjudicatária, integrar nos seus associados instituições privadas, ainda que de solidariedade social e sem fins lucrativos, impede que o CHS, enquanto «entidade adjudicante», e associada do SUCH, possa exercer sobre a actividade deste último um «controlo análogo» ao que exerce sobre os seus próprios serviços”).

⁶² TAVARES & DENTE, 2009, p. 107; LEITÃO, Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”, 2007, n.º 65, pp. 22-23.

2.6.5. Centrais de compras

O CCP também consagra as centrais de compras nos artigos 260.º e ss.

A central de compras, segundo a Diretiva de 2004, é uma *entidade adjudicante que adquire fornecimentos e/ou serviços destinados a entidades adjudicantes ou procede à adjudicação de contratos públicos ou celebra acordos-quadro de obras, de fornecimento ou de serviços destinados a entidades adjudicantes* (artigo 11.º da Diretiva 18/2004).

Foi acolhido no artigo 260.º para a contratação de empreitadas de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços. Depende de diploma regulador, nos termos do n.º 3. Consta hoje do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9/10.

Estão sujeitas às regras da contratação pública, o que vai permitir que os contratos subsequentes se entenda estarem isentos de prosseguir as mesmas regras. Claro que se colocam as questões de incumprimento das regras pela Central e como tal incumprimento se repercute nos contratos subsequentes, incluindo as dimensões de responsabilidade civil.

3. A Diretiva 24/2014 e o acolhimento legislativo da jurisprudência do TJUE⁶³

⁶³ As demais diretivas da contratação pública também contêm disposições sobre os contratos entre entidades do sector público: artigo 28.º da Diretiva 2014/25 e o artigo 17.º na Diretiva 2014/23 (sobre as concessões). Segundo LAURENT RICHER, a Diretiva Setores especiais trata de forma idêntica a questão, (Richer, 2014, 143, p. 32).

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.*

Considera-se que uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na aceção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada. Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa coletiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante.

2. *O n.º 1 aplica-se igualmente quando a pessoa controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem poder de bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.*

3. *Uma autoridade adjudicante que não exerce controlo sobre uma pessoa coletiva regida por direito público ou privado na aceção do n.º 1 pode, no entanto, adjudicar um contrato público sem aplicar a presente diretiva a essa pessoa coletiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:*

a) *A autoridade adjudicante exerce conjuntamente com outras autoridades adjudicantes sobre essa pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;*

b) *Mais de 80 % das atividades dessa pessoa coletiva são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pelas autoridades adjudicantes que a controlam ou por outras pessoas coletivas controladas pelas mesmas autoridades adjudicantes;*

O legislador comunitário aproveitou a revisão das Diretivas sobre contratação pública para sistematizar as situações da cooperação entre entidades adjudicantes que não estavam submetidas às regras da concorrência ali vertidas. Por razões de certeza jurídica, sistematização e clarificação das hipóteses que a jurisprudência comunitária vinha desenvolvendo. Aliás, expressamente afirmadas no considerando 31: *“Existe uma considerável insegurança jurídica quanto a saber em que medida os contratos celebrados entre entidades do setor público deverão estar sujeitos às regras da contratação pública. A jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia é interpretada de forma diferente pelos Estados-Membros e mesmo pelas autoridades adjudicantes. Por conseguinte, é necessário clarificar em que casos os contratos celebrados dentro do setor público não estão sujeitos à aplicação das regras da contratação pública”*.

De todo modo, LAURENT RICHER não hesita em, ao analisar a opção legislativa contida na Diretiva 2014/24, sustentar que *“a jurisprudência Hamburg, como a jurisprudência sobre a “in house”, tem fundamentos políticos”*⁶⁴.

A solução jurídica vertida designadamente no artigo 12.º da Diretiva 2014/24 (e que também mereceu atenção das Diretivas dos setores especiais e das concessões) sistematiza a doutrina pretoriana, pretendendo conferir-lhe coerência mas foi mais além, inovando a construção jurisprudencial em alguns aspetos⁶⁵. Algumas das disposições do artigo 12.º são criticados pela

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.

Para efeitos da alínea a) do primeiro parágrafo, considera-se que as autoridades adjudicantes exercem conjuntamente um controlo sobre uma entidade jurídica quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

i) os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes. Várias ou todas as autoridades adjudicantes participantes podem fazer-se representar por representantes individuais,

ii) essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada,

iii) a pessoa coletiva controlada não visa quaisquer interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.

4. Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando se verificarem todas as seguintes condições:

a) O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum;

b) A execução dessa cooperação é regida unicamente por considerações de interesse público;

c) As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação.

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”.

⁶⁴ RICHER, 2014, 143, p. 33. No mesmo sentido, DABRETEAU, 2015, p. 1.

⁶⁵ BURGI, 2014, p. 51. No mesmo sentido, RICHER, 2014, 143, p. 32; DABRETEAU, 2015, p. 1; WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 84; MCGOWAN, 2013, 6, p. 234.

doutrina, designadamente pela dispersão normativa como MARTÍN BURGI^{66/67}. Além disso, a própria inserção sistemática do artigo 12.º é alvo de críticas: “apenas o que em princípio é aplicável pode ser excluído”⁶⁸.

Ora, é precisamente as inovações do legislador comunitário que iremos sublinhar e que porventura impõem, aquando da transposição para o ordenamento português, alterações no CCP.

O artigo 12.º da Diretiva 2014/24 veio verter em lei a construção jurisprudencial que atrás brevemente enunciamos. O teor das disposições, mais do que excecionar a aplicação da Diretiva, prevê a possibilidade de ela não ser de aplicar...

3.1. Os n.ºs 1 a 3 do referido artigo consagram a doutrina Teckal, ou a cooperação vertical⁶⁹:
“1. Um contrato público 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 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; e

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Considera-se que uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na aceção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada. Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa coletiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante”⁷⁰.

Consegue-se desde logo identificar as condições pretorianas:

⁶⁶ MARTÍN BURGI critica a dispersão normativa pelos vários n.ºs do artigo 12.º, sublinhando que a disposição não cumpre os objetivos da própria diretiva relacionados com a simplificação e certeza e segurança jurídica (BURGI, 2014, pp. 52-53).

⁶⁷ Vide, por exemplo, ARROWSMITH, 2014, p. 501.

⁶⁸ BURGI, 2014, p. 53.

⁶⁹ De qualquer modo, o n.º 2 do artigo 12.º, na opinião de JANICKE WIGGEN, estabelece que a exceção da doutrina *in house* “pode ser aplicada à cooperação institucionalizadas nas constelações horizontal e vertical reversa”, WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 87.

⁷⁰ Referindo-se à alteração da legislação quanto às implicações da presença direta ou indireta de capital privado, WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 85.

i) Condição de controlo - influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada e quando uma pessoa coletiva controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada. (n.º 2 do artigo 12.º).

Impõe-se todavia sublinhar que o n.º 3 do artigo 12.º, referindo-se às situações em que não há o controlo previsto no n.º 1, ainda assim a Diretiva pode ser afastada se se verificarem os requisitos elencados nos n.ºs anteriores: controlo conjunto [alínea a)], esclarecendo-se de seguida que “para efeitos da alínea a) do primeiro parágrafo, considera-se que as autoridades adjudicantes exercem conjuntamente um controlo sobre uma pessoa coletiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

i) Os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes. Várias ou todas as autoridades adjudicantes participantes podem fazer-se representar por representantes individuais,

ii) Essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada,

iii) A pessoa coletiva controlada não persegue quaisquer interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.”⁷¹

ii) Condição da essencialidade da atividade - 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; o legislador optou pelo critério quantitativo, mais certo, admitindo uma atividade residual mas exigindo que a atividade se relacione diretamente com a entidade adjudicante que exerce o controlo⁷². O requisito da atividade não parece aplicar-se nas situações previstas no n.º 2 do artigo 12.º, o que tem merecido críticas da doutrina⁷³. Veja-se o que se dispõe no n.º 2: “O n.º 1 aplica-se igualmente quando uma pessoa coletiva controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada”. Trata-se da designada cooperação vertical invertida. A remissão da disposição é para o n.º 1 que engloba três alíneas ou apenas para o corpo do n.º 1? De todo o modo, a doutrina que critica a falta de clareza, entende que o requisito da atividade se deveria aplicar.

⁷¹ Para WAUTERS, trata-se da consagração da jurisprudência contida no Acórdão *Coditel* (in WAUTERS, 2014, p. 188.)

⁷² Resulta do n.º 3 do artigo 12.º e tem origem nos Acórdãos *Asemfo*, *Coditel*, *Sea* e *Econord*.

⁷³ ARROWSMITH, 2014, p. 519); WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3.

O n.º 5 do artigo 12.º vem esclarecer que critério se deve utilizar para integrar os 80% é “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”, acrescentando e resolvendo a questão da não manutenção do preenchimento do requisito que “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”⁷⁴.

O Tribunal de Justiça tem evitado a definição de uma percentagem fixa.

iii) De forma expressa, a Diretiva prescreve a terceira condição – ausência de capital privado: “não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada”. A proposta inicial da Comissão ia no sentido de total ausência de capital privado, mas foi criticada tal opção devido a soluções internas de Estados membros cuja legislação, em algumas situações requeriam precisamente a participação de capital privado. A versão definitiva não foi nesse sentido, tendo ficado por uma formulação que não rigidifica o sistema.

A prescrição da Diretiva, na linha do que decorre do considerando 32, significa que “o capital privado indireto na pessoa controlada não excluiu a doutrina in-house”, significando inclusive, que pode haver capital privado, desde que nos termos da letra c) do n.º 1⁷⁵. Esta opção legislativa vem flexibilizar a atuação das entidades públicas. A flexibilidade consagrada pode contudo ser nefasta para o interesse público da concorrência. Contudo, a alínea b), ao consagrar uma percentagem de capital vem, por seu turno, dar alguma segurança jurídica nesta matéria⁷⁶.

3.2. A doutrina Hamburg, ou cooperação horizontal, está vertida no artigo 12.º, n.º 4, como uma “limitação do objetivo da diretiva mais do que uma exceção” (SUE ARROWSMITH)⁷⁷. Originalmente, o artigo 12.º impunha uma cooperação genuína entre entidades contratantes, o que acabou por não ficar vertido na versão final. As entidades públicas têm liberdade de escolha da forma de cooperação⁷⁸. O legislador comunitário alargou subjetivamente os

⁷⁴ Comentando a opção do legislador comunitário, a propósito do Acórdão C -574/12, Centro Hospitalar de Setúbal, BROWN, 2014 (n.º 5), p. 137.

⁷⁵ WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, pp. 85-86.

⁷⁶ Referindo-se a estes dois aspetos, WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 86. Vide também OLYKKE & ANDERSEN, 2015 (n.º 1), p. 9.

⁷⁷ ARROWSMITH, 2014, p. 527. No sentido de que, mais do que exceção, as construções jurisprudenciais caem fora do escopo das diretivas, KARAYIGIT, 2010, 6, p. 197; WILLIAMS, 2012, 1, p. 8.

⁷⁸ Isto mesmo foi sublinhado no Acórdão Hamburg, parágrafo 47.

potenciais contratantes, deixando de ser requisito ser entidade pública. Pode ser entre uma entidade desta natureza com outro poder adjudicatário⁷⁹.

Estão consagradas as várias condições pretorianas (*Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições*):

i) Desempenho conjunto de tarefas públicas: *“O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum”* – apenas estão mencionados os objetivos que, aparentemente não precisam de ser idênticos, podendo ser complementares⁸⁰;

ii) Condição da atividade [c) *As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação*], que deve ser interpretado com recurso ao critério estabelecido no n.º 5 do mesmo artigo.

A Diretiva não se refere especificamente à participação de capital privado na doutrina Hamburg, embora estivesse na proposta da Comissão. SUE ARROWSMITH entende que a ausência apenas pode significar que o requisito não se aplica a esta limitação⁸¹.

iii) Condição de atividade pública - *A execução da referida cooperação é unicamente regida por considerações de interesse público.*

Na construção jurisprudencial, deveria existir competência das entidades em relação ao serviço público. O legislador comunitário também aqui foi mais longe e, no considerando 47 da Diretiva das concessões, por exemplo, disse: *“Os serviços prestados pelas diferentes autoridades ou entidades participantes não têm de ser necessariamente idênticos, podendo ser também complementares”*; o mesmo reafirmado no artigo 17.º, n.º 4: *“Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes a que se refere o artigo 7.º, n.º 1, alínea a), não é abrangido pelo âmbito de aplicação da presente diretiva se estiverem preenchidas todas as seguintes condições*:

a) O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum”.

A codificação destas duas exceções mereceu, apesar das críticas pontuais, uma apreciação positiva global⁸².

⁷⁹ Parece contudo que este alargamento se basta na Diretiva concessões.

⁸⁰ Cfr. Considerando 33.

⁸¹ ARROWSMITH, 2014, p. 528.

⁸² BURGI, 2014, p. 65.

3.3. No que respeita aos contratos de transferência de atribuições e competências, a Diretiva é explícita no n.º 6 do artigo 1.º: *“Os acordos, decisões ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre autoridades adjudicantes ou agrupamentos de autoridades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração pela execução dos contratos, são considerados uma questão de organização interna dos Estado-Membro em causa e, como tal, não são de forma alguma afetados pela presente diretiva”*. Repare-se que não se trata de excecionar/limitar a aplicação da Diretiva; estruturalmente, esta prescrição normativa encontra-se no âmbito de definição de aplicação da Diretiva.

3.4. Relativamente aos contratos com entidades que detêm direitos exclusivos, a Diretiva de 2014 não alterou as disposições da Diretiva anterior: *“a presente diretiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma autoridade adjudicante a outra autoridade adjudicante ou a uma associação de autoridades adjudicantes com base num direito exclusivo de que estas beneficiem em virtude de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o TFUE”*.

3.5. O mesmo já não se poderá dizer do regime das centrais de compras. Está previsto no artigo 37.º da Diretiva. Uma das principais alterações respeita à responsabilidade assumida por estas entidades para cumprir a Diretiva aquando compra bens e serviços para revender a autoridades contratantes, retirando-se a estes últimos a responsabilidade pelo incumprimento dos procedimentos: *“A autoridade adjudicante cumpre as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva ao adquirir fornecimentos ou serviços de uma central de compras que ofereça a atividade de compras centralizadas referida no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alínea a).*

Além disso, a autoridade adjudicante cumpre igualmente as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva ao adquirir obras, fornecimentos ou serviços, utilizando contratos adjudicados pela central de compras, recorrendo a sistemas de aquisição dinâmicos operados pela central de compras ou, na medida estabelecida no artigo 33º, n.º 2, segundo parágrafo, utilizando um acordo-quadro celebrado pela central de compras que oferece a atividade de compra referida no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alínea b). (artigo 37.º, n.º 2).

Sob a égide do n.º 4 do artigo 37.º, é admissível a aquisição de serviços centralizados a uma central de compras, sem observância da Diretiva, incluindo atividades auxiliares: *“As autoridades adjudicantes podem adjudicar um contrato público de serviços para a prestação de atividades de compras centralizadas a uma central de compras, sem aplicar os procedimentos previstos na presente diretiva.*

Esses contratos públicos de serviços podem também incluir a prestação de atividades de aquisição auxiliares”. Por fim, cabe sublinhar que a Diretiva prevê no n.º 2 do artigo 39.º que *“os Estados-Membros não podem proibir as suas autoridades adjudicantes de recorrer a*

atividades de compras centralizadas oferecidas por centrais de compras situadas noutro Estado-Membro.

No que diz respeito às atividades de compras centralizadas oferecidas por uma central de compras situada num Estado-Membro que não o da autoridade adjudicante, os Estados-Membros podem, no entanto, optar por especificar que as respetivas autoridades adjudicantes só podem recorrer às atividades de compras centralizadas definidas no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alíneas a) ou b)”.

4. Questões que se podem colocar a propósito das formas de cooperação entre entidades adjudicantes

Podia pensar-se que pelo facto de estarmos perante contratos celebrados em cooperação, tais contratos não colocariam problemas de resolução de litígios.

Há desde logo as questões relativas ao procedimento de formação desses mesmos contratos e as questões de legitimidade na intervenção nesse procedimento.

4.1. Procedimentalização

A formação dos contratos entre entidades adjudicantes está sujeito a procedimento de formação da vontade de ambas as partes. Trata-se de um procedimento interno a cada uma das partes contratuais, pelo que haverá tantos procedimentos internos quantas as partes⁸³, variando a natureza de tal procedimento com a natureza das entidades envolvidas.

Ora esta específica circunstância aumenta a possibilidade de litigiosidade, na medida em que em cada procedimento podem surgir atos suscetíveis de impugnação judicial. O que nos reconduz de imediato à questão da legitimidade para o efeito. Ora a legitimidade impugnativa está, por sua vez, implicada na legitimidade de intervenção no procedimento. Dependendo do tipo de cooperação, haverá, na perspetiva da legitimidade procedimental, que ter em consideração a nova regulamentação da relação procedimental que consta do CPA, designadamente dos artigos 65.º e ss.:

Artigo 65.º Sujeitos da relação jurídica procedimental

1 - São sujeitos da relação jurídica procedimental:

a) Os órgãos das entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º, quando competentes para a tomada de decisões ou para a prática de atos preparatórios;

b) Os particulares legitimados nos termos do n.º 1 do artigo 68.º;

c) Pessoas singulares e coletivas de direito privado, em defesa de interesses difusos, segundo o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 68.º;

⁸³ Estes contratos podem integrar mais do que duas partes. Pense-se na modalidade de acordos endoprocedimentais, por exemplo.

d) Os órgãos que exerçam funções administrativas, nas condições previstas no n.º 4 do artigo 68.º

2 - Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se interessados no procedimento os sujeitos da relação jurídica procedimental referidos nas alíneas b), c) e d) do número anterior que como tal nele se constituam, ao abrigo de um dos títulos de legitimação previstos no artigo 68.º

(...)

Artigo 68.º Legitimidade procedimental

1 - Têm legitimidade para iniciar o procedimento ou para nele se constituírem como interessados os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins.

2 - Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural:

a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;

b) As associações e fundações representativas de tais interesses;

c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respetivas circunscrições.

3 - Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e de autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localizado o bem defendido.

4 - Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões.

Portanto, na formação dos contratos que concretizam cooperação entre entes públicos, designadamente as que seja entidades adjudicantes na perspetiva do CCP, e em tudo o que não contenda com regimes especiais, deverão ter-se em consideração as novas formulações de legitimidade. Em particular, a prevista na alínea d) do n.º 1 do artigo 65.º e depois concretizada no n.º 4 do artigo 68.º

De qualquer modo, há acordos de cooperação, por exemplo no domínio de transferência de atribuições/competências que implicam interesses tutelados pela lei de participação procedimental e ação popular (educação, saúde, urbanismo, ambiente) que deverão acolher a participação de titulares de interesses deste tipo.

Do mesmo passo, os acordos de cooperação ao nível do procedimento, designadamente os relativos à concretização de conferências procedimentais.

Estas questões são da maior relevância porquanto a legitimidade procedimental será importante para determinar a legitimidade processual.

Nos contratos de cooperação que implicam relações multipolares, a complexidade do procedimento de formação transmite-se à execução do contrato e à eventual litigiosidade do mesmo.

Apesar de, como diz ALEXANDRA LEITÃO, a “formação dos contratos interadministrativos tem sido marcada, desde sempre, por uma significativa informalidade”⁸⁴, a verdade é que os ventos de mudança em sede procedimental quanto à proteção dos sujeitos da relação jurídica, ditarão a necessidade de algum cuidado naqueles procedimentos. Veja-se por exemplo os contratos previstos na Lei 75/2013.

Acresce que após a formação “interna” da vontade de uma das entidades contratantes, pode surgir a fase de controlo extrínseco, formalizada por atos de aprovação ou autorização de cabimento orçamental. Estamos no domínio das relações de tutela e superintendência. Trata-se de atos que tem consequências ao nível da eficácia.

Quanto ao procedimento externo, a maior parte deste contratos, como vimos, têm uma natureza intrinsecamente pessoal, pelo que fora dos casos em que os contratos entre entidades públicas estão submetidas as regras da Parte II do CCP, há, como vimos, uma certa informalidade procedimental.

Contudo, o artigo 5.º do CCP, no seu n.º 6, impõe que os contratos excluídos da aplicação do CCP, entre outros, se sujeitem às regras do CPA. Continua o legislador a querer evitar que o recurso ao contrato signifique a tentativa de subtração às regras procedimentais ou ao cumprimento de regras que, não fora a opção de escolha de formas de atuação, sempre teriam de ser cumpridas. E há terceiros a ser protegidos. Tem particular aplicabilidade a contratos que substituam atos administrativos ou sobre o exercício de poderes públicos ou contratos que concretizam a doutrina Teckal ou Hamburg.

Ora é precisamente pelo facto de terceiros poderem ser afetados que se deve permitir que intervenham no procedimento – trata-se da concretização do critério de legitimidade procedimental que o CPA veio alargar não só a associações, independentemente dos interesses que prossigam, mas também a órgãos “*peças coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões.*”

⁸⁴ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 314.

4.2. Exemplos de questões sobre contratos de cooperação⁸⁵

a) Uma das mais pertinentes questões prende-se com a questão da legitimidade processual ativa para as ações administrativas comuns (sobre validade ou execução) relativas a contratos interorgânicos. Pode um órgão propor ação contra outro órgão?

b) Nos contratos relativos à conclusão de uma conferência procedimental, ALEXANDRA LEITÃO coloca a dúvida de saber se as partes participantes podem impugná-lo⁸⁶. Como as conferências procedimentais não são identificáveis como órgãos, não haverá razões para não poder o resultado contratual de tal instrumento ser impugnado como contrato que é;

c) Contratos celebrados no domínio da doutrina Teckal ou Hamburg: os particulares afastados de um procedimento pré-adjudicatário podem impugnar o procedimento por falta de preenchimento dos pressupostos daquela doutrina. No mesmo universo, ainda que perfeitamente admissível a celebração do contrato, podem colocar-se outras questões de validade do contrato celebrado;

d) Contratos sobre o exercício de poderes públicos (para a produção de atos administrativos e contratos normativos), podem terceiros impugnar o próprio contrato se lesados pelo ato ou norma? E quem são terceiros? Não serão só particulares, podendo ser entidades públicas (exemplo, os municípios nos contratos de concessão de gestão de resíduos nos sistemas multimunicipais)⁸⁷;

e) Contratos de transferência de atribuições: terceiros encontrarão fonte de legitimidade? Talvez à luz das regras da ação popular.

4.3. Contencioso destes contratos

A abordagem à luz deste tópico destina-se em exclusivo a tentar fazer a ligação entre as questões de legitimidade procedimental às soluções presentes e, brevemente futuras, de legitimidade processual aquando da existência de litígios provenientes de contratos entre entidades adjudicantes do tipo que temos vindo a falar.

A questão de legitimidade processual nesta sede releva nas ações sobre contratos – artigo 40.º do CPTA:

“1 - Os pedidos relativos à validade, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos:

a) Pelas partes na relação contratual;

b) Pelo Ministério Público e pelas demais pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;⁸⁸

c) Por quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adotado o procedimento pré-contratual legalmente exigido;

d) Por quem tenha impugnado um ato administrativo relativo à formação do contrato;

⁸⁵ Socorremo-nos para ilustração deste § da obra de ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, 2011, p. 528 e ss.

⁸⁶ LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, 2011, p. 531.

⁸⁷ LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, 2011, p. 533.

⁸⁸ No sentido de que esta alínea “mais não faz, portanto, do que consagrar a ação popular no âmbito das ações relativas à validade dos contratos”, ALMEIDA & CADILHA, 2010, p. 265.

e) Por quem, tendo participado no procedimento que precedeu a celebração do contrato, alegue que o clausulado não corresponde aos termos da adjudicação;

f) Por quem alegue que o clausulado do contrato não corresponde aos termos inicialmente estabelecidos e que justificadamente o tenham levado a não participar no procedimento pré-contratual, embora preenchesse os requisitos necessários para o efeito;

g) Pelas pessoas singulares ou coletivas titulares ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos aos quais a execução do contrato cause ou possa previsivelmente causar prejuízos.

2 - Os pedidos relativos à execução de contratos podem ser deduzidos:

a) Pelas partes na relação contratual;

b) Pelas pessoas singulares e coletivas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas.

c) Pelo Ministério Público, quando se trate de cláusulas cujo incumprimento possa afetar um interesse público especialmente relevante;

d) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;

e) Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato;

Portanto, o legislador diferencia a legitimidade em função do pedido: mais amplo se o pedido disser respeito à validade; mais restrita no caso de pedidos relativos à execução.

De qualquer dos modos, há remissão expressa para o artigo 9.º do CPTA que disciplina genericamente a questão da legitimidade e que deve ser lido com a legitimidade procedimental.

Claro que há fontes de legitimidade que não se aplicarão. Por exemplo, nos contratos que caiam nas exceções de aplicação das regras de contratação pública, designadamente os contratos celebrados no domínio das relações *in house*, parece não ser aplicável às posições de legitimidade que decorrem da existência de um procedimento pré-contratual (externo).

Contudo, como sustenta ALEXANDRA LEITÃO, na sequência do entendimento de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA⁸⁹, parece que será de aplicar a regra do artigo 37.º, n.º 2, alínea j) do CPTA⁹⁰. Nos contratos interorgânicos, afirma-se a legitimidade dos órgãos envolvidos no artigo 55.º, n.º 1, alínea d), em relação a atos administrativos e que hoje deve ser lida em relação à legitimidade procedimental prevista no artigo 68.º, n.º 4 do CPA. A legitimidade dos órgãos releva por exemplo para efeitos dos contratos que podem ser firmados no âmbito de conferências procedimentais⁹¹.

⁸⁹ ALMEIDA & CADILHA, 2010, p. 251.

⁹⁰ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 530. No sentido da legitimidade dos órgãos, GONÇALVES, 2002, n.º 35; em sentido contrário, ANDRADE, 2014, p. 199.

⁹¹ Colocando esta hipótese, LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 531. A favor da legitimidade dos órgãos, GONÇALVES, 2002, n.º 35.

No projeto de revisão do CPTA, constante da página do Governo, o artigo 77.º A regula a questão da legitimidade para os contratos:

“Artigo 77.º-A Legitimidade 1 – Os pedidos relativos à validade, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos:

- a) Pelas partes na relação contratual;*
 - b) Pelo Ministério Público, em situações de grande relevância jurídica ou social ou de ilegalidade grave e ostensiva;*
 - c) Por quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adotado o procedimento pré-contratual legalmente exigido;*
 - d) Por quem tenha impugnado um ato administrativo relativo ao respetivo procedimento e alegue que a invalidade decorre das ilegalidades cometidas no âmbito desse procedimento;*
 - e) Por quem, tendo participado no procedimento que precedeu a celebração do contrato, alegue que o clausulado não corresponde aos termos da adjudicação;*
 - f) Por quem alegue que o clausulado do contrato não corresponde aos termos inicialmente estabelecidos e que justificadamente o tinham levado a não participar no procedimento pré-contratual, embora preenchesse os requisitos necessários para o efeito;*
 - g) Pelas pessoas singulares ou coletivas titulares ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos aos quais a execução do contrato cause ou possa causar prejuízos;*
 - h) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º.*
- (...)*

3 – Os pedidos relativos à execução de contratos podem ser deduzidos:

- a) Pelas partes na relação contratual;*
- b) Pelas pessoas singulares e coletivas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas;*
- c) Pelo Ministério Público, quando se trate de cláusulas cujo incumprimento possa afetar um interesse público especialmente relevante;*
- d) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;*
- e) Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato”.*

5. Os agrupamentos de entidades adjudicantes e as questões da fase do procedimento - nótulas

A propósito desta forma de cooperação, as questões que se podem vir a colocar relacionam-se com a formação do contrato público e com as imposições que resultam ainda hoje do artigo 39.º do CCP.

Vamos então enuncia-las:

- a) “A decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a decisão de qualificação dos candidatos e a decisão de adjudicação devem ser tomadas conjuntamente*

pelos órgãos competentes de todas as entidades adjudicantes que integram o agrupamento” – n.º 3 do artigo 39.º

A doutrina aponta no sentido do exercício da competência ser por unanimidade. Este agrupamento, por força das razões que levaram à sua formação, ainda que informal, apresenta-se como uma única entidade face aos opositores do concurso. Daí, inclusive a existência de um responsável que representa o agrupamento no procedimento.

A propósito de cada ato (que funciona na minha perspetiva como ato pressuposto da adjudicação), todas as questões de vícios quanto ao sujeito (atribuições, competência e legitimação – e aqui a problemática da regularidade de formação de vontade de órgãos colegiais) se colocam: para a decisão de contratar, decisão de escolha do procedimento, qualificação de candidatos (quando aplicável) e adjudicação.

b) Decisão de contratar: prevista no artigo 36.º do CCP⁹². Nesta situação em concreta, há exigências específicas de fundamentação – a decisão há-de demonstrar o tal propósito comum que justifica o agrupamento; *quid iuris*, se não existir o dito fundamento [artigo 39.º, n.º 1, alínea a)];

c) Escolha do procedimento: existem desde logo as limitações imperativas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 39.º

Mas releva aqui também a escolha dos documentos do suporte do procedimento, uma vez que estamos a falar de uma decisão complexa. Se tradicionalmente é uma decisão objetivamente complexa, pelo que implica de decisões, na situação de agrupamento, junta-se-lhe a complexidade subjetiva. Não há apenas a decisão de escolha do procedimento mas também dos documentos do concurso onde poderá constar, por exemplo, o regime da responsabilidade de cada entidade integrante do agrupamento.

Este tipo de atos – administrativos, na minha perspetiva, mesmo perante a nova noção de ato administrativo constante do artigo 148.º do CPA – se não cumprirem os requisitos legais, em particular o do tipo de procedimento, estarão sujeitos à regra da nulidade da adjudicação, por preterição do procedimento devido – cfr. o disposto na alínea j) do n.º 2 do artigo 161.º

Ora a verificação da invalidade de atos do procedimento pré-contratual depende de meio processual específico e a questão da legitimidade processual ativa será resolvida pelo artigo 55.º (são atos administrativos) e a passiva, questão aqui mais complexa, pelo artigo 10.º do CPTA⁹³. A legitimidade prevista no processo é já alargada, indo nesta matéria ao encontro das opções do legislador do procedimento.

⁹² “1 - O procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, podendo essa decisão estar implícita nesta última. 2 - Quando o contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, a decisão de contratar cabe ao órgão desta que for competente para o efeito nos termos da respectiva Lei Orgânica ou dos seus estatutos”.

⁹³ Cfr. o disposto no artigo 100.º, n.º 1

Por exemplo, se outro órgão de uma pessoa coletiva que integra o agrupamento entender que deve reagir contra algum destes atos, poderá fazê-lo se houver conexão com as suas competências. Mas já não o órgão que integra, em representação da entidade, o agrupamento, uma vez que todos têm de participar efetivamente na tomada de decisão. A complexidade será ainda mais evidente quando estamos a falar de órgãos colegiais ou em pessoas coletivas onde operam fenómenos de delegação de poderes.

No projeto de revisão do CPTA disponível na página do Governo, a questão da legitimidade processual quanto aos atos administrativos está tratada da seguinte forma:

“1 - Tem legitimidade para impugnar um ato administrativo:

a) Quem alegue ser titular de um interesse direto e pessoal, designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos;

b) O Ministério Público, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º;

c) Entidades públicas e privadas, quanto aos direitos e interesses que lhes cumpra defender;

d) Órgãos administrativos, relativamente a atos praticados por outros órgãos da mesma pessoa coletiva pública que alegadamente comprometam as condições do exercício de competências legalmente conferidas aos primeiros para a prossecução de interesses pelos quais esses órgãos sejam directamente responsáveis;

e) Presidentes de órgãos colegiais, em relação a atos praticados pelo respetivo órgão, bem como outras autoridades, em defesa da legalidade administrativa, nos casos previstos na lei;

f) Pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º.

2 - A qualquer eleitor, no gozo dos seus direitos civis e políticos, é permitido impugnar as decisões e deliberações adoptadas por órgãos das autarquias locais sediadas na circunscrição onde se encontre recenseado, assim como das entidades instituídas por autarquias locais ou que destas dependam.

3 - A intervenção do interessado no procedimento em que tenha sido praticado o ato administrativo constitui mera presunção de legitimidade para a sua impugnação”.

Conclusões

- 1.^a A questão da cooperação entre entidades adjudicantes é muito complexa;
- 2.^a Em ordem a esclarecer alguma dessa complexidade, importa situar a reflexão nos conceitos de entidade adjudicante e cooperação;
- 3.^a O conceito de entidade adjudicante (ou autoridade adjudicante) resulta da construção comunitária e foi recebida na legislação nacional no artigo 2.º do CCP;
- 4.^a A nova Diretiva não pretende alterar o conceito já implementado mas apenas reforçar os respetivos contornos;
- 5.^a O conceito de cooperação pode ser analisado – foi esta a opção – numa dupla vertente: a cooperação entre entidades adjudicantes e a cooperação como entidade adjudicante;
- 6.^a Cada um dos tipos de cooperação coloca diferentes problemas;
- 7.^a A cooperação entre entidades adjudicantes foi a que mais atenção recebeu na nova Diretiva;
- 8.^a Quanto à cooperação entre entidades adjudicantes, importa identificar tipos de contratos:
 - a. Contratos sobre competências;
 - b. Contratos procedimentais;
 - c. Contratos normativos;
 - d. Contratos-Plano;
 - e. Contratos institucionais
 - f. Contratos sujeitos à concorrência de mercado;
 - g. Contratos sobre imóveis.
- 9.^a A reflexão centrou-se nos contratos entre entidades que as Diretivas excluem da aplicação das suas regras;
- 10.^a Foi analisada então a doutrina jurisprudencial sobre as relações *in house*, cooperação vertical; as relações de cooperação horizontal; os contratos sobre a transferência de competências; os contratos sobre direitos exclusivos e as centrais de compras;
- 11.^a A Diretiva 2014/24 veio, num esforço de certeza e segurança jurídicas, detalhar os requisitos de aplicação das exceções, no artigo 12.º
- 12.^a Trata-se da consagração da doutrina Teckal nos n.ºs 1 a 3 do artigo 12.º; da doutrina Hamburg no n.º 4 do artigo 12.º
- 13.^a O n.º 6 do artigo 1.º regula os contratos sobre exercício de competências;
- 14.^a As centrais de compras estão reguladas no artigo 37.º;
- 15.^a Tentou-se por fim identificar as questões jurídicas, em particular de validade, que estas formas de cooperação podiam levantar;
- 16.^a Permitiu concluir que são muitas, complexas e diversificadas consoante o tipo de cooperação de que estejamos a falar – ficaram muitas outras questões por identificar.

Bibliografia

Almeida, M. A., & Cadilha, C. (2010). *Comentário ao Código dos Tribunais Administrativos* (3.ª revista ed.). Coimbra: Almedina.

Andrade, J. C. (2014). *A Justiça Administrativa (Lições)*. Coimbra: Almedina.

Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*. London: Sweet & Maxwell.

Azevedo, B. (2008). Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado. In P. (. Gonçalves, *Estudos de Contratação Pública, Vol. I* (pp. 115-145). Coimbra: Coimbra Ed.

Bovis, C. H. (2007). *EU Public Procurement Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing.

Brown, A. (2014 (n.º 5)). In-house exemption not available due to the presence of private members in the supplier entity: case C-574/12 Centro Hospitalar de Setúbal. *Public Procurement Law Review (P.P.L.R.)*, pp. 133-137.

Burgi, M. (2010). In house providing in Germany. In M. Comba, & S. Treumer, *The In-house providing in European Law* (pp. 71-93). Copenhagen: Djof.

Burgi, M. (2014). Contracting authorities, in-house services and public authorities cooperation. In F. Lichère, R. Caranta, & S. Treumer, *Modernising Public Procurement - The new Directive* (pp. 49-66). DJOF.

Dabreteau, J. (-É. (janeiro de 2015). La coopération public-public horizontale non institutionnalisé dans les nouveles directives, une fausse alternative aux contrats relevant d'une logique concessive. *Contrats Publics*.

Estorninho, M. J. (2006). *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina.

Falle, J. (2014, 5). Hamburg again: shared services and public sector cooperation in the case of Technische Universitat Hamburg-Hamburg v Datenlotsen Informationssysteme GmH1. *Public Procurement Law Review*, pp. 123-132.

Ferreira, D. T. (2013). *Contratação in house*. Coimbra: Almedina.

Gonçalves, P. (set/out de 2002, n.º 35). A justiciabilidade dos líitgios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública. *Cadernos de Justiça Administrativa*, pp. 9-23.

Karayigit, M. T. (2010, 6). A new type of exemption from EU rules on public procurement established: "in thy neighbour's house" provision of public interest tasks. *Public Procurement Law Review*, pp. 183-197.

Leitão, A. (2004). As formas contratuais de cooperação entre Administração Central e Administração Local. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes* (pp. 427- 456). FDUL.

Leitão, A. (2007, n.º 65). Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações "in house". *Cadernos de Justiça Administrativa*, p. 12 e ss.

Leitão, A. (2011). *Contratos Interadministrativos*. Coimbra: Almedina.

Leitão, A. (2011, 2). Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE). *Revista de Contratos Públicos*, pp. 111-133.

Leitão, A. (2012/2013). Contratos interadministrativos. In *Direito Administrativo* (pp. 155-199). Centro de estudos judiciais.

McGowan, D. (2013, 3). EU - clarification of permissible public cooperation and pecuniary interest: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce. *Public Procurement Law Review*, pp. 61-64.

McGowan, D. (2014 (n.º 5)). Can horizontal in-house fall within Teckal? A note on case C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH. *Public Procurement Law Review (P.P.L.R.)*, pp. 120-122.

McGowan, D. (2013, 6). Further clarification of permissible public cooperation: Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG. *Public Procurement Law Review*, pp. 158-160.

Noël, M., & Minaire, G. (outubro de 2013, 136). Coopération entre personnes publiques et prestations de services: une frontière ténue. *Contrats Publics*, pp. 70-78.

Noguellou, R. (2014). Scope and coverage of the EU Procurement Directives. In M. Trybus, R. Caranta, & G. Edelstam, *EU Public Contract Law - Public Procurement and Beyond* (pp. 15-36). Bruxelas: Bruylant.

Oliveira, M. E. (2010). Agrupamento de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública. In P. Gonçalves, *Estudos de contratação Pública - vol. II* (p. 103 e ss.). Coimbra: Coimbra Editora.

Oliveira, M. E., & Oliveira, R. E. (2011). *Concursos e outros procedimentos na contratação pública*. Coimbra: Almedina.

Olykke, G. S., & Andersen, C. F. (2015 (n.º 1)). A state aid perspective on certain elements of Article 12 of the new Public Sector Directive on in-house provision. *Public Procurement Law Review (P.P.L.R.)*, pp. 1-15.

Pedersen, K. (2013, 6). Azienda - the creation of an exemption from public procurement law. *Public Procurement Law review*, pp. 225-235.

Richer, L. (maio de 2014, 143). Les contrats entre entités du secteur public. *Contrats Publics*, pp. 31-35.

Tavares, G. G., & Dente, N. M. (2009). *Código dos Contratos Públicos - Regime da Contatação Pública - Vol. I*. Coimbra: Almedina.

Viana, C. (2013). A influência do "mercado relevante" na contratação in house. In C. V. Trabuco, *Contratação Pública e Concorrência* (pp. 63-84). Coimbra: Almedina.

Viana, C. (2013). A influência do "mercado relevante" na contratação in-house. In C. Trabuco, & V. Eiró, *Contratação Pública e Concorrência* (pp. 63-84). Coimbra: Almedina.

Wauters, K. (2014). *CJEU case law on cooperative agreements between public authorities and its influence on certain national legal systems*. University of Glasgow (awarding institution).

Wiggen, J. (2011, 5). Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law. *Public Procurement Law review*, pp. 157-172.

Wiggen, J. (2012, 5). Public procurement law and public-public co-operation: reduced flexibility but greater legal certainty. *Public Procurement Law Review*, pp. 225-233.

Wiggen, J. (2014, 3). Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector. *Public Procurement Law Review*, pp. 83-93.

Williams, R. (2012, 1). Public-public cooperation - Teckal in practice. *Public Procurement Law Review*, pp. 1-10.

Acórdãos citados

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão C-44/96, de 15/1/1998 (Acórdão Mannesmann)

Acórdão C-107/98, 18/11/1999 (Acórdão Teckal)

Acórdão C-94/99 (Acórdão ARGE)

Acórdão (reuniu C-480/00 a C-484/00, C-489/00 a C-491/00, entre outros), 25/3/2004 (Acórdão Azienda)

Acórdão C-84/03 (Acórdão Comissão v Espanha)

Acórdão C-458/03, 13/10/2005 (Acórdão Parking Brixen)

Acórdão C-26/03, 11/1/2005 (Acórdão Stadt Halle)

Acórdão C-340/04, 11/5/2006 (Acórdão Carbotermo);

Acórdão C-295/05, 19/4/2007 (Acórdão Asemfo)

Acórdão C-324/07, 13/11/2008 (Acórdão Coditel)

Acórdão C-480/06, 9/6/2009 (Acórdão Hamburg)

Acórdão C-305/08 (Acórdão CoNISMA)

Acórdão C-573/07, 10/9/2009 (Acórdão Sea)

Acórdão C-182/11 e C-183/11, 29/11/2012 (Acórdão Econord)

Acórdão C-386/11, 13/6/2013 (Acórdão Piepenbrock)

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão do STA de 25/9/2014, Proc. n.º 718/12

Vídeo da apresentação 1

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

As novas Diretivas sobre Contratação Pública Raquel Carvalho, Professora da Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa... Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório 20.03.2015 11:00

DATA JURIS

Lisboa

Raquel Carvalho

A cooperação entre entidades públicas adjudicantes

00:00:57 00:34:54

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/q8umew3c2/flash.html>

Vídeo da apresentação 2

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

As novas Diretivas sobre Contratação Pública Raquel Carvalho, Professora da Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa... Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório 20.03.2015 11:30

DATA JURIS

Lisboa

Raquel Carvalho

A cooperação entre entidades públicas adjudicantes

00:00:14 00:35:00

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1owrwzei2/flash.html>

Vídeo do debate

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

As novas Diretivas sobre Contratação Pública Moderação: Sofia Ilda David, Juíza Desembargadora e Docente do CEJ; Instituto Nacional da Propriedade Industrial - Auditório Debate 20.03.2015 12:00

DATA JURIS

Sofia Ilda David Raquel Carvalho

Lisboa

As novas Diretivas sobre Contratação Pública
Organização: Centro de Estudos Judiciários

00:00:24 -00:11:05

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1k97zgsqfx/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Título:

Contratação Pública – I

Ano de Publicação: 2017

ISBN: 978-989-8815-52-1

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt