

Direito da água

Coordenação científica:

João Miranda

Ana Luísa Guimarães

António Leitão Amaro

Mark Kirkby

Autoria:

Alexandra Leitão, Amadeu Ferreira Rocha,

Ana Luísa Guimarães, André Folque,

António Leitão Amaro, Dalila Romão,

Diogo Faria de Oliveira, Jaime Melo Baptista,

João Simão Pires, João Miranda,

José Mário Ferreira de Almeida,

Mark Kirkby, Rui Godinho,

Rui Medeiros e Sandra Guerreiro

REGIMES DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NOS “SETORES ESPECIAIS”

Ana Luísa Guimarães
Advogada.

1. Considerações introdutórias

A sujeição de entidades que operam no setor da água a regras de contratação pública sugere, de imediato, a aplicação do regime previsto para os setores económicos que são conhecidos, no direito da contratação pública, como “setores especiais”. Trata-se de um regime de contratação pública criado pelas diretivas europeias que, por se aplicar apenas a entidades e a contratos que relevam no domínio de determinados setores de atividade económica, (anteriormente até excluídos do âmbito de aplicação do direito da contratação pública), é comumente apelidado de regime dos “setores especiais”¹. E tais setores correspondem atualmente aos setores da água, energia, transportes e serviços postais.

Com relevância no setor da água é a alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), que descreve as atividades abrangidas pelos setores especiais. Aí se estabelece que se consideram atividades relevantes “a colocação à disposição, a exploração e a alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável, eletricidade, gás ou combustível para aquecimento” (o destacado não consta no texto legal).

¹Sobre o regime de contratação pública aplicável aos setores especiais, cfr., na literatura nacional: Rui Medeiros, “A contratação pública nos sectores com regime especial – água, energia, transportes e telecomunicações”, in “La Contratación pública en el horizonte de la integración europea”, V Congreso Luso Hispano de Professores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública; Madrid, 2004, p. 137 e seguintes; Mark Kirkby, “A contratação pública nos sectores especiais”, in *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra Editora, Cedipre, 2010, p. 41 e seguintes.

Desta norma extrai-se, de imediato, que as entidades que se dediquem à atividade de abastecimento e distribuição de água potável são suscetíveis de estar abrangidas pelo regime dos setores especiais, verificando-se, quanto a essas, aquela que é a condição básica para que possam beneficiar do regime mais flexível aplicável àqueles setores especiais: o exercício de uma das atividades legalmente definidas como atividades desses setores.

O quadro regulatório atualmente vigente em Portugal estabelece o universo de entidades que são, ou podem ser, entidades gestoras no setor da água, abrangendo-se, nesse plano, as entidades gestoras dos sistemas municipais (cfr. Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto) e dos sistemas multimunicipais (cfr. Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, e Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de dezembro). Partindo desse universo, pode assentar-se em três categorias de entidades potencialmente expostas ao regime dos “setores especiais” e relativamente às quais deve ser analisado se preenchem o estatuto de “entidade adjudicante” à luz do Código dos Contratos Públicos. Está a falar-se:

- a) *dos municípios*, nos casos em que sejam estes a assegurar diretamente esse serviço público (abrangendo-se aqui as situações em que essa atividade é realizada através de “serviços municipalizados”);
- b) *das empresas públicas*, estejam integradas no setor *empresarial local* (empresas municipais ou intermunicipais, responsáveis pela gestão delegada de sistemas municipais², empresas públicas resultantes de parceria entre municípios e o Estado para a gestão de sistemas municipais³, ou empresas concessionárias multimunicipais⁴) ou no setor *empresarial do Estado* (concessionárias multimunicipais⁵ ou empresas públicas resultantes de parceria entre municípios e o Estado para a gestão de sistemas municipais⁶), que tenham como missão prestar esses serviços;
- c) *das entidades concessionárias municipais*, no âmbito do modelo de gestão concessionada dos sistemas municipais⁷.

²Cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

³Cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

⁴Cfr. artigo 3.º-A do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro. Note-se, porém, que as concessionárias multimunicipais atualmente existentes integram-se no setor empresarial do Estado.

⁵Cfr. Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro.

⁶Cfr. alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

⁷Cfr. artigo 31.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

Não se dedicando o tema desta sessão ao âmbito subjetivo e objetivo de aplicação do regime dos setores especiais, mas sim ao corpo normativo de contratação pública que enforma esse regime, não nos debruçamos aqui sobre se estas entidades configuram, à luz do Código dos Contratos Públicos, entidades adjudicantes, para efeitos da sua sujeição ao regime de contratação pública aplicáveis aos setores especiais. A tal respeito, deve ter-se presente que o âmbito de aplicação subjetivo da Parte II do Código dos Contratos Públicos é definido, primacialmente, pelo seu artigo 2.º (n.ºs 1 e 2), mas também pelo n.º 1 do artigo 7.º, preceito este que, como se sabe, se aplica, de modo especial, aos setores especiais. Efetivamente, além do âmbito subjetivo do Código dos Contratos Públicos delineado no respetivo artigo 2.º, o artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos estabelece que, para efeitos da aplicação do regime dos setores especiais, são *ainda* entidades adjudicantes entidades que não se encontram incluídas no artigo 2.º.

Sendo claro que os municípios se integram no elenco de entidades adjudicantes estabelecido no artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos e que aos mesmos, apesar de exercerem atividades no setor da água, não se aplica o regime dos setores especiais, mas sim o regime geral previsto no Código dos Contratos Públicos (por força do disposto no artigo 12.º do Código dos Contratos Públicos), é pacífico que é apenas quanto às demais entidades gestoras no setor da água [integradas nas categorias de empresas públicas e de concessionárias privadas, referidas, respetivamente, nas alíneas b) e c) do número anterior] que deve equacionar-se a respetiva sujeição ao regime dos setores especiais. E esta sujeição apenas deverá ter lugar se, por um lado, (i) se concluir, numa análise casuística, que estas entidades se reconduzem a qualquer das espécies de entidades adjudicantes previstas no artigo 2.º e no artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos e, por outro lado, (ii) se os contratos a celebrar por tais entidades disserem direta e principalmente respeito às atividades do setor da água⁸.

Como é sabido, o regime dos setores especiais configura um regime jurídico diverso do regime geral decorrente do Código dos Contratos Públicos (este também designado, em contraposição com os setores espe-

⁸Sobre a interpretação adequada desta exigência legal, cfr. Mark Kirkby, *ob. cit.*, p. 70 e seguintes.

ciais, regime dos setores clássicos) e, sobretudo, mais *flexível* do que este último.

Tal regime encontra-se positivado nas diretivas europeias em matéria de contratação pública⁹ e no próprio Código dos Contratos Públicos que as transpõe. É este corpo normativo, constituído pelas diretivas europeias mencionadas e pelo Código dos Contratos Públicos que, no âmbito deste breve estudo, vai designado “regime legal dos setores especiais”, justamente porque decorrente de normas com valor legislativo.

Contudo, um conhecimento completo, rigoroso e atual do regime jurídico de contratação pública aplicável às entidades que operam no setor da água deve ir além desse regime legal. Além dele, existe um conjunto de princípios gerais de direito europeu, constantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem desenvolvido intensamente em diversos arestos ao ponto de ter construído um corpo sólido de parâmetros de atuação inferidos daqueles princípios, que operam para lá do campo de ação do referido regime legal e não podem deixar de ser tidos em conta pelas entidades adjudicantes, também no domínio dos setores especiais¹⁰. A este regime atribuímos, no contexto da presente sessão, a denominação “regime jurisprudencial dos setores especiais”, enquanto designação diferenciadora das regras pré-contratuais constantes da Parte II do Código dos Contratos Públicos e aplicáveis aos referidos setores.

Partindo desta opção, o quadro de atuação das entidades adjudicantes nos setores especiais deve ser abordado numa perspetiva binária, que assuma abertamente a existência de *dois regimes* e não de um regime único, abrangendo o regime legal e o regime jurisprudencial de contratação pública nos setores especiais¹¹.

⁹Cfr. Diretiva 2004/17/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e Diretiva 2004/18/CE, 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.

¹⁰Deve frisar-se que essa construção pretoriana é aplicável transversalmente a toda a matéria da contratação pública, não sendo privativa dos setores especiais.

¹¹Também Adrian Brown apelidou já o regime europeu de contratação pública de *two-tier system*, constituído por dois níveis de exigências – cfr. Adrian Brown, “Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty”, in *Public Procurement Law Review*, 2007, n.º 1, p. 20.

2. O regime legal de formação dos contratos nos setores especiais

2.1. Delimitação da análise

Não cabia, no espaço reservado a esta sessão, traçar uma descrição exaustiva do regime legal aplicável aos setores especiais nem esta nos pareceu, de resto, a abordagem mais cativante ao respetivo tema. Não iremos, por isso, percorrer, neste breve estudo, todos os passos desse regime.

Procuramos tão-só deixar aqui elencados, em traços gerais, os tópicos que corporizam a maior flexibilidade do regime do setores especiais quando comparado com o regime geral do Código dos Contratos Públicos e, além disso, tocar alguns aspectos desse regime que, do nosso ponto de vista, são menos claros e suscetíveis de oferecer espaço para dúvidas na sua aplicação prática.

2.2. Notas de flexibilização relativamente aos “setores clássicos”

A previsão, nas diretivas europeias e no Código dos Contratos Públicos, de um regime geral de contratação pública e de, a par deste, um regime especificamente aplicável a entidades adjudicantes que operam nos setores especiais tem, evidentemente, um sentido. Esse sentido passa, justamente, pelo reconhecimento de que tais setores apresentam uma importância estratégica e características específicas que justificam dispensá-los da sujeição às regras gerais de contratação pública mas que, concomitantemente, justificam, apesar de tudo, sujeitá-los a algumas dessas regras ou a algumas regras¹².

Bem se vê, portanto, que a própria origem do regime dos setores especiais sugere que este regime se apresente como mais flexível do que o regime geral de contratação pública e que, por conseguinte, este regime resulte num menor condicionamento das entidades adjudicantes a ele sujeitas do que aquele que resultaria da sua sujeição ao regime geral de contratação.

Importa, pois, assinalar os traços em que se traduz o regime de maior flexibilidade que caracteriza os setores especiais¹³.

¹² Sobre o tema, cfr. Rui Medeiros, “A contratação pública nos setores...”, *cit.*, pp. 137 a 140, e Mark Kirkby, *ob. cit.*, pp. 41 a 45.

¹³ Para um resumo deste regime, cfr. Rui Medeiros, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, maio/junho/2008, pp. 28 e 29.

Desde logo, a maior flexibilidade manifesta-se, de forma particular, na *liberdade de escolha do procedimento* prevista no n.º 1 do artigo 33.º do Código dos Contratos Públicos¹⁴.

De facto, este preceito autoriza que sejam as entidades adjudicantes a escolher entre adotar um concurso público, um concurso limitado por prévia qualificação ou um procedimento por negociação¹⁵. São estes os procedimentos-regra à luz do regime dos setores especiais e para os quais vale um princípio de escolha livre.

Relativamente ao procedimento por negociação, é nítida também a maior facilidade com que pode ser adotado no setores especiais, quando se traça uma comparação com o regime dos setores clássicos, à luz do qual o procedimento por negociação depende da verificação dos requisitos previstos no artigo 29.º do Código dos Contratos Públicos. Contudo, esta liberdade de adoção do procedimento por negociação não encontra paralelo quando se trate de enxertar uma fase de negociação num concurso público, a qual, conforme decorre do n.º 1 do artigo 149.º do Código dos Contratos Públicos, apenas está prevista quando em causa estejam contratos de concessão¹⁶.

Além dos procedimentos-regra admite-se ainda a possibilidade de recurso ao ajuste direto, embora em casos excepcionais, apenas em função de critérios materiais – e não do valor do contrato¹⁷. De assinalar é ainda a proibição de recurso ao diálogo concorrencial¹⁸.

Finalmente, merece alusão a aplicabilidade, no domínio dos setores especiais, de (i) instrumentos procedimentais especiais como o concurso de conceção (artigo 219.º e seguintes), os sistemas de aquisição dinâmicos (artigo 237.º e seguintes) e, com maior importância, na medida em que é um instrumento privativo dos setores especiais, os sistemas de qualificação previstos no artigo 245.º e seguintes e (ii) instrumentos enqua-

¹⁴ Cfr. n.º 1 do artigo 33.º do CCP. Esta regra não é, porém, aplicável a estas entidades “quando os contratos a celebrar não digam apenas respeito a uma ou a várias das atividades por elas exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e não seja possível determinar a que atividade tais contratos dizem principalmente respeito”.

¹⁵ Este regime mantém-se na proposta de nova Diretiva apresentada pela Comissão Europeia em dezembro de 2011.

¹⁶ Cfr. Mark Kirkby, *ob cit.*, p. 100.

¹⁷ Cfr. primeira parte do n.º 1 do artigo 33.º do Código dos Contratos Públicos, que salvaguarda o disposto nos artigos 24.º a 27.º e n.º 3 do artigo 31.º do mesmo Código.

¹⁸ Sobre o tema, cfr. Mark Kirkby, *ob cit.*, p. 100.

dradores, como os acordos-quadro (artigo 251.º e seguintes) e as centrais de compras (artigo 260.º e seguintes).

Mais relevante ainda é a significativa restrição do *âmbito objetivo de aplicação das regras de contratação pública* que se encontra estabelecida nos setores especiais quando comparada com o regime geral previsto no Código dos Contratos Públicos.

Como se sabe, para efeitos do regime geral o conceito operativo base para delimitar o âmbito objetivo daquelas regras é o conceito amplo de “contrato público”¹⁹. Nos setores especiais aquele âmbito encontra-se fortemente restringido. Efetivamente, prevê-se que a Parte II do Código dos Contratos Públicos só se aplica aos contratos cujo objeto abranja prestações típicas de contratos de (i) empreitadas de obras públicas, (ii) concessão de obras públicas ou de serviços públicos, (iii) locação ou aquisição de bens móveis e (iv) aquisição de serviços²⁰ (cfr. n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos). Pode, pois, concluir-se, atendendo ao objetivo subjacente ao regime dos setores especiais, que estes contratos são aqueles que o legislador considera especialmente relevantes para a promoção da competitividade nos mercados em causa²¹.

O que daqui resulta, na perspetiva das entidades que são potencialmente entidades adjudicantes no setor da água – empresas públicas e concessionárias privadas –, é que se o contrato que pretendem celebrar não englobar prestações típicas de um daqueles contratos essas entidades, mesmo sendo entidades adjudicantes à luz do Código dos Contratos Públicos, não estão, conforme previsto no n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, obrigadas a adotar as regras pré-contratuais que decorrem da Parte II do Código dos Contratos Públicos. Esta afirmação sugere, portanto, que a natureza dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes tem relevância para efeitos da sua sujeição ao regime pré-contratual de direito público previsto no Código dos Contratos Públicos.

¹⁹ Cfr. n.º 2 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos.

²⁰ Cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, não abrangendo, assim, todos os contratos públicos que não abranjam prestações típicas de um desses tipos contratuais, como sucede no regime geral previsto no Código.

²¹ Sabe-se que no âmbito objetivo da Diretiva 2004/17/CE não se encontram os contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas, pelo que estes foram introduzidos inovatoriamente pelo Código dos Contratos Públicos no âmbito objetivo de aplicação do regime dos setores especiais.

Além desta já relevantíssima restrição, outro tópico de flexibilização tem que ver com o facto de, salvo no caso dos contratos de concessão, se considerar contratação excluída das regras da Parte II do Código dos Contratos Públicos a formação desses contratos cujo *valor seja inferior aos limiares europeus*.

Assim, consideram-se excluídos os contratos de empreitada de obras públicas cujo valor seja inferior a 5 milhões de euros, os contratos de locação ou aquisição de bens móveis cujo valor seja inferior a 400 mil euros e os contratos de aquisição de serviços cujo valor seja inferior a 400 mil euros, de acordo com os limiares aplicáveis aos setores especiais previstos na Diretiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004²² (doravante apenas Diretiva 2004/17/CE).

Associado a esta condição quantitativa para a aplicação do regime de contratação dos setores especiais pode detetar-se ainda um outro instrumento de flexibilização introduzido pelo legislador.

É que, na generalidade dos casos – pelo menos é isso que sucede no regime geral de contratação pública –, quando o valor de um contrato de empreitada de obras públicas, de aquisição ou locação de bens móveis ou de aquisição de serviços não atinge os limiares constantes das diretivas, a solução oferecida pelo legislador nacional consiste em prever para esses contratos outros procedimentos, menos abertos, como é o caso dos procedimentos pré-contratuais sem publicidade internacional ou, mesmo, consoante o valor em causa, em admitir que seja adotado um procedimento de ajuste direto²³. E, mesmo nos casos de ajuste direto, a adoção de um tal procedimento equivale ainda a aplicar o regime de contratação pública previsto no Código dos Contratos Públicos, mesmo que através do procedimento mais simples de todos os que o Código prevê. Isto é, a entidade adjudicante continua a adotar um procedimento administrativo que obedece, com as devidas adaptações, às regras comuns de tramitação pré-contratual constantes dos artigos 36.^º a 111.^º do Código dos Contratos Públicos e, bem assim, às regras específicas de tramitação do procedimento de ajuste direto previstas nos artigos 112.^º a 127.^º. Ora, não é isso que se prevê na alínea b) do n.^º 1 do artigo 11.^º: quando o contrato a celebrar no âmbito dos setores especiais não seja de

²² Na redação introduzida pelo artigo 1.^º do Regulamento n.^º 1251/2011, da Comissão, de 30 de novembro de 2011.

²³ Cfr. artigos 19.^º a 21.^º do Código dos Contratos Públicos.

um dos tipos previstos nas suas alíneas ou não atinja o limiar relevante constante da Diretiva 2004/17/CE, o regime de contratação pública previsto na Parte II do Código dos Contratos Públicos não é de todo aplicável.

Na prática, esta realidade implica que, no tocante aos contratos celebrados no âmbito dos setores especiais, só há lugar à adoção do ajuste direto quando este seja determinado pela aplicação dos critérios materiais previstos no artigo 24.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos e nunca em função do valor do contrato, já que, como se vê, quando o valor do contrato pudesse ser invocado como motivo para a seleção desse procedimento, o legislador dispensa, de todo, a adoção de qualquer procedimento.

Contudo, deve ter-se presente que neste espaço deixado em aberto pelo legislador assume relevância o *regime jurisprudencial* dos setores especiais, a que se aludiu no início deste trabalho e que se analisará adiante.

Outro domínio em que o regime dos setores especiais é mais favorável às entidades adjudicantes do que o regime geral é o da designada contratação *in-house*, a que nos referiremos mais detidamente adiante.

3. A determinação do valor do contrato para efeitos da respetiva exclusão das regras do Código dos Contratos Públicos²⁴

3.1. A relevância da hipótese normativa contida no n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos

Os limiares de contratação estabelecidos para os setores especiais convocam, desde logo, a problemática da determinação do valor do contrato.

Independentemente das regras concretas estabelecidas nas diretivas europeias para o cálculo do valor estimado dos contratos e das regras que o Código dos Contratos Públicos também prevê sobre o valor dos contratos a ter em conta para efeitos de escolha do procedimento aplicável (cfr. artigo 17.º), no que mais importa atentar, por estar em causa um regime de mais difícil aplicação, é na designada *proibição da cisão artificial* dos

²⁴ Segue-se de perto João Amaral e Almeida e Ana Luisa Guimarães, Parecer Inédito, 2012.

contratos ou, na formulação mais cara ao legislador do Código dos Contratos Pùblicos, no regime da *divisão dos contratos em lotes*²⁵.

As diretivas europeias sobre contratação pública atualmente em vigor integram regras jurídicas que expressa e diretamente tratam a matéria da divisão dos contratos em lotes.

Está a falar-se, no que respeita à Diretiva 2004/17/CE, do disposto nos n.^{os} 2 e 6 do artigo 17.^º²⁶. Facilmente se percebe que o escopo deste regime é o de garantir o próprio efeito útil das diretivas e o cumprimento das suas regras – em causa está, portanto, em última análise, a promoção da concorrência.

O artigo 22.^º do Código dos Contratos Pùblicos dedica-se, precisamente, a regular o regime da divisão dos contratos em lotes, em transposição da aludida preocupação do legislador europeu.

Efetivamente, “se a lei fixou limites quantitativos que recortam o campo de autorização legal para a escolha de um procedimento restritivo da concorrência, é natural que crie *medidas de controlo* ao cumprimento desses limites, bem como que erija *mecanismos capazes de prevenir ou retirar efeito útil* a quaisquer manobras destinadas a subverter a aplicação das regras delimitadoras do espaço de utilização livre desses procedimentos”²⁷. Tais manobras levariam a um fracionamento artificial em lotes distintos de diversas prestações contratuais de forma a criar

²⁵ Já nas diretivas da década de 70 constam preceitos atinentes a esta matéria, ainda que com teor mais limitado em face dos que atualmente vigoram – cfr. artigo 7.^º da Diretiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971 (empreitadas), e n.^º 3 do artigo 5.^º da Diretiva 77/62/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1976 (fornecimentos). Foi na década de 80, através da Diretiva 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de junho (que modificou a Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho de 1971) que o regime da divisão em lotes se aproximou mais daquele que consta nas diretivas hoje vigentes, passando a prever-se, além da proibição da cisão artificial do objeto dos contratos, a obrigatoriedade do cálculo do valor da empreitada em função da soma de todos os lotes e também o elemento de flexibilização que hoje consta também das diretivas atuais e foi transposto para o ordenamento jurídico nacional no n.^º 3 do artigo 22.^º do Código dos Contratos Pùblicos.

²⁶ O n.^º 2 do artigo 17.^º dessa Diretiva dispõe que “as entidades adjudicantes não podem subtraír-se à aplicação da presente diretiva através da cisão dos projectos de obras ou dos projectos de compras destinadas a obter uma certa quantidade de fornecimentos e/ou de serviços, ou da utilização de métodos especiais de cálculo do valor estimado dos contratos”. Esta matéria está também regulada nos n.^º 3 e 5 do artigo 9.^º da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, ao nível dos setores clássicos.

²⁷ Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, “A divisão de lotes e o princípio da adequação na escolha do procedimento pré-contratual”, in *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, julho 2011, p. 329 (destaques do original).

uma aparente legitimação do recurso a procedimentos restritivos da concorrência²⁸.

Muito embora, literalmente, o artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos regule apenas a divisão dos contratos em lotes para efeitos da escolha do procedimento de acordo com o critério geral de escolha dos procedimentos previsto no Código dos Contratos Públicos, centrado, como se sabe, no valor dos contratos, e não abranja os casos de divisão em lotes para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos – isto é, para efeitos da sujeição dos contratos regulados pelo regime dos setores especiais à Parte II do Código dos Contratos Públicos –, a verdade é que, por interpretação do preceito em conformidade com o direito europeu (não existe outra norma no Código dos Contratos Públicos que transponha o disposto no n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva 2004/17/CE), ou mesmo pelas vias da interpretação extensiva ou da aplicação analógica, parece-nos não poder haver dúvidas de que o respetivo regime é transponível, na parte aplicável, para o domínio do n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos.

Assim, a coordenada geral para o cálculo do valor dos contratos para efeitos do artigo 11.º, de forma a afastar o regime da proibição artificial dos contratos ou da divisão ilegítima de um contrato em lotes, deve encontrar-se na primeira parte do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, uma vez que as demais previsões normativas não são transponíveis para o domínio aqui em apreço²⁹. É a seguinte a hipótese normativa aí prevista: “quando prestações do mesmo tipo suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato sejam divididas em vários lotes, correspondendo cada um deles a um contrato separado (...”).

Salta, de imediato, à vista que a expressão usada pelo legislador na parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos é suscetível de gerar incertezas na sua aplicação em virtude dos conceitos usados. Por outro lado, reconhece-se que a referida hipótese normativa possui um grau de abertura relevante e tem aparentemente uma vocação expansiva, tornando na aparência claro que o preceito atrai para o respetivo escopo aplicativo, qual efeito magnético, todos os conteúdos obrigacionais que, unidos por uma qualquer similitude, pudessem ser integrados num mesmo clausulado contratual.

²⁸ Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, p. 333.

²⁹ Sobre estas, cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, em especial, pp. 336 a 341.

A abordagem do problema que nos é colocado catapulta-nos, portanto, para o âmago da atividade interpretativa da lei³⁰.

Sendo certo que o ponto de partida da interpretação deve ser o elemento gramatical ou literal, ou seja, o texto da lei do qual se procura retirar um significado operativo³¹, as premissas básicas da hermenêutica jurídica mandam que o intérprete, a par com a letra da lei, considere outros elementos que o apoiem na interpretação, mormente os elementos sistemático, histórico e teleológico (a finalidade da lei ou a *ratio legis*)³².

Neste sentido, como é exigido a qualquer intérprete rigoroso, o alcance daquelas expressões deve, antes do mais, ser confrontado com os objetivos que o legislador procurou realizar com a consagração do preceito (teleologia da lei) e que se prendem diretamente com a salvaguarda do princípio da concorrência.

Acresce que a assunção de que o preceito legal em apreciação visou transpor as diretivas europeias em matéria de contratação pública e que pretende constranger a Administração à observância de princípios comunitários e nacionais nesta matéria impõe, coerentemente, que a análise do problema da divisão em lotes não possa alhear-se do tratamento doutrinal e jurisprudencial de que a matéria foi já objeto ao nível europeu, onde é possível colher contributos fundamentais para determinar a solução correta da questão interpretativa colocada.

3.2. A questão no direito europeu

Viu-se já que as diretivas europeias sobre contratação pública atualmente em vigor integram regras jurídicas que tratam esta matéria.

Além da proibição genérica, constante do n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva 2004/17/CE, de cisão dos contratos para efeitos da não aplicação da diretiva, o n.º 5 do mesmo artigo 17.º estabelece que:

³⁰ No Direito nacional o tema não tem sido alvo de grande dedicação, seja pela doutrina seja pela jurisprudência. Não se conhece, realmente, qualquer decisão dos tribunais que se debruce sobre o pressuposto qualitativo previsto no artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos e a doutrina a esse respeito produzida é também, por ora, escassa.

³¹ Cfr. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 13.ª reimp., Almedina, 2002, p. 182.

³² É isso que decorre, nomeadamente, dos postulados hermenêuticos fundamentais aflorados no artigo 9.º do Código Civil.

- a) “[s]empre que *uma obra prevista* ou um *projeto de aquisição de serviços* possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor estimado da totalidade desses lotes”;
- b) “[s]empre que *uma proposta para aquisição de fornecimentos similares* possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor total estimado da totalidades desses lotes para a aplicação do artigo 16.^o”³³.

Particularmente relevante é o facto de a regra europeia, acima citada, se referir expressamente a “*uma obra prevista*”, “*um projeto de aquisição de serviços*” e a “*uma proposta para aquisição de fornecimentos similares*”, o que constitui um elemento importante de auxílio do intérprete na delimitação do âmbito material de aplicação destas regras.

A doutrina jus-comunitária tem-se debruçado sobre o tema da divisão dos contratos em lotes, tendo, desde cedo, reconhecido que “o problema que a regra básica da proibição de desagregação de um contrato em vários lotes coloca é o de decidir quando é que uma série de contratos está, de facto, relacionada com *uma necessidade de contratação única* e tem, por isso, de ser agregada”³⁴ (o destacado é nosso). O efeito das regras europeias sobre agregação de contratos é, segundo a doutrina, o de garantir a aplicação das diretivas sempre que haja um pacote de prestações contratuais que seja suscetível de atrair uma única empresa, em termos de tal empresa ser capaz de, individualmente, realizar todas essas prestações contratuais³⁵.

A partir da formulação das diretivas a doutrina foi tirando algumas conclusões importantes:

- a) a respeito da divisão em lotes de uma empreitada, considera-se que, ao referir-se à divisão em lotes de “*uma obra prevista*” e ao definir obra como “o resultado de um conjunto de trabalhos de construção

³³ Os sublinhados são nossos.

³⁴ Cfr. Adrian Brown, “Getting to grips with aggregation under the E.C. public procurement rules”, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 2. À data da publicação deste artigo vigorava: a Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho, já alterada pela Diretiva 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de junho, pelo que o regime era similar ao atual; a Diretiva 77/62/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1976; a Diretiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de junho de 1992 (serviços).

³⁵ Cfr. Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement...*, cit., pp. 103 e 104.

ou de engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, *uma função económica ou técnica*” (destacado nosso), o legislador europeu deixou clara a ideia de que só há lotes da mesma obra se os trabalhos integrarem *um mesmo e único projeto*, sendo necessário olhar para o resultado final da operação para verificar se, na globalidade, ela serve um único propósito³⁶, o que equivale a identificar, como já se referiu, a existência de uma *necessidade de contratação única (single procurement requirement)*;

- b) já para os contratos de fornecimento, a doutrina, com base na redação da Diretiva 77/62/CCE (que se referia a fornecimentos *homogéneos*, o que não difere, em termos substanciais, da referência atual a fornecimentos *similares*), sustenta que o dever de agregação apenas existe quando se trate de bens *do mesmo tipo*, o que, ainda assim, pode suscitar dificuldades quanto ao grau de similitude exigido para que os bens devam ser considerados do mesmo tipo³⁷;
- c) a doutrina não varia muito quando se trata de aquisições de serviços. Muito embora, a esse respeito, o texto das diretivas não forneça elementos auxiliares de relevo, o critério para a consideração de que se trata de um serviço único tem assentado nas diversas categorias de serviços que constam dos anexos às diretivas.

Além da primacial aplicação dos critérios específicos adotados nas diretivas e da identificação de uma *necessidade de contratação única*, parece poder dar-se como estabilizada uma posição doutrinária em torno de um critério complementar, apto a resolver as situações mais duvidosas. Muito embora se reconheça alguma margem discricionária às entidades adjudicantes nessa avaliação, a qual dependerá, evidentemente, das especificidades concretas de cada caso, tem-se entendido que quando for possível afirmar-se, com toda a probabilidade, que os lotes, se agregados, podem ser adjudicados a um contratante principal (por haver um operador económico interessado em realizar todas as prestações objeto do contrato, independentemente de este poder vir a subcontratar certos elementos da obra), e não necessariamente a mais do que um, o valor dos contratos deve, nesse caso, ser agregado³⁸.

³⁶ Cfr. Adrian Brown, “Getting to grips...”, *cit.*, p. 3. No mesmo sentido, cfr. Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement...*, *cit.*, p. 103.

³⁷ Cfr. Adrian Brown, “Getting to grips...”, *cit.*, p. 4.

³⁸ Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law...*, *cit.*, p. 383; Adrian Brown, “Getting to grips...”, *cit.*, p. 3.

A jurisprudência comunitária também já foi chamada a pronunciar-se sobre o assunto.

O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 5 de outubro de 2000, no Processo C-16/98, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial relativo a um litígio que opôs a Comissão Europeia e a República Francesa (Acórdão *Comissão/França*), trata diretamente do tema da divisão em lotes de um contrato de empreitada, embora a sua decisão apresente importância fundamental na delimitação geral do âmbito material de aplicação da regra que estamos a analisar³⁹.

A questão que se discutiu no referido aresto prendeu-se com 37 contratos de obras públicas relativos a trabalhos de eletrificação e de iluminação pública, a executar ao longo do período de três anos pelo Syndicat Départemental d'Eléctrification de la Vendée (SYDEV) na zona administrativa (departamento) de Vendéia. Desses 37 contratos apenas seis foram publicitados nos termos previstos nas diretivas, o que levou a Comissão a considerar que os 37 contratos eram objeto de uma única obra, a qual foi artificialmente cindida, tanto do ponto de vista técnico como do ponto de vista geográfico, e que, por isso, todos deveriam ter sido publicitados no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Seguindo as conclusões do Advogado-Geral Jacobs⁴⁰, o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que "a apreciação da existência de uma obra deve ser efetuada tendo em conta as *funções económica e técnica* preenchidas pelas redes de distribuição de eletricidade e de iluminação pública em questão" e que embora a existência de uma única e mesma entidade adjudicante e a possibilidade de uma empresa da Comunidade realizar o conjunto dos trabalhos abrangidos pelas empreitadas em causa possam, consoante as circunstâncias, constituir indícios que comprovam a existência de uma obra na aceção da diretiva, não podem, porém, constituir critérios determinantes para esse efeito". Assim, a pluralidade de entidades adjudicantes e a impossibilidade de realização do conjunto dos trabalhos por uma única empresa não são suscetíveis de pôr em causa a existência de uma obra quando esta conclusão se impõe em aplicação

³⁹ A discussão centrou-se na Diretiva 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de junho de 1993 (relativa aos setores especiais e revogada pela Diretiva 2004/17/CE) cujas disposições, para o que aqui importa, devem ter-se por coincidentes com as das atuais diretivas europeias sobre a matéria.

⁴⁰ Apresentadas em 24 de fevereiro de 2006.

dos critérios funcionais definidos no n.º 10 do artigo 14.º, primeiro parágrafo, segundo período da diretiva”⁴¹.

Norteado por este princípio, o Tribunal julgou, em primeiro lugar, que uma rede de distribuição de eletricidade e uma rede de iluminação pública têm funções económicas e técnicas diferentes⁴².

Em segundo lugar, o Tribunal considerou que as redes de eletrificação estão ligadas entre si e unidas, entre elas, pela mesma função económica e técnica, que consiste em levar e vender aos consumidores do departamento de Vendeia energia elétrica produzida e fornecida pela Electricité de France^{43 e 44}.

Finalmente, a propósito dos contratos respeitantes aos trabalhos de iluminação pública, o Tribunal sustentou que “as redes de iluminação pública não são, do ponto de vista técnico, necessariamente interdependentes, uma vez que podem ser limitadas às zonas construídas e que *não se impõe a existência de uma interconexão entre elas*. Do mesmo modo, no plano económico, é possível que cada uma das entidades locais em causa suporte o encargo financeiro que resulta da exploração de tal rede”⁴⁵. E prossegue, afirmando que “[d]aqui decorre que, mesmo se as funções económica e técnica de cada rede de iluminação pública são as mesmas que as de todas as outras no *departamento da Vendeia*, não é possível considerar que todas essas redes formam um conjunto com funções económicas e técnicas únicas a nível departamental”⁴⁶.

Resulta das passagens citadas que decisivo para o Tribunal de Justiça, em matéria de agregação de contratos de empreitada, é a existência da

⁴¹ Cfr. n.º 42.

⁴² Cfr. n.º 52 e 53.

⁴³ Cfr. n.º 64.

⁴⁴ Os juízes de Estrasburgo não deixaram de frisar, todavia, que “cada caso de adjudicação de uma empreitada deve ser apreciado em função do seu contexto e das suas particularidades” e que, “no caso vertente, existem elementos importantes, como a simultaneidade do lançamento das empreitadas controvertidas, a semelhança entre os anúncios de concurso, a unidade do quadro geográfico no interior do qual essas empreitadas foram lançadas e a coordenação assegurada pelo SYDEV (...), que militam a favor do agrupamento das referidas empreitadas a este nível” (cfr. n.º 65; os destacados são nossos).

⁴⁵ Cfr. n.º 69 (destacado nosso). O Advogado-Geral havia já afirmado, nas suas Conclusões, que, quanto aos contratos relativos aos trabalhos a realizar nas redes de iluminação pública, apesar de entender que “a função económica e técnica de cada rede é a mesma que a de todas as outras, não considera, apesar disso, que preencham a mesma função, pois são independentes, não é sequer certo que sejam contíguas e são também geridas autonomamente (cfr. n.º 75 a 77).

⁴⁶ Cfr. n.º 70 (o destacado é nosso).

mesma função económica e técnica, critério perante o qual, por ser específico, até um critério mais associado à proteção da concorrência do mercado (como o que determinaria a agregação sempre que exista a possibilidade de uma empresa realizar o conjunto dos trabalhos abrangidos), escopo último das diretivas, deve ceder. Por outro lado, realça-se que o critério da *mesma função técnica e económica* parece ser entendido pelo Tribunal em linha com a ideia, que já havia sido salientada pela doutrina, segundo a qual apenas se justifica a agregação quando esteja em causa uma *necessidade de contratação única*. Por outras palavras, o que se extrai do acórdão é que não basta que os trabalhos da empreitada desempenhem funções técnicas ou económicas similares e idênticas, mas exige-se que essa função seja, entre todos esses contratos, *uma mesma e única*, o que, evidentemente, pode conduzir a resultados e consequências diversas.

Esta decisão jurisprudencial, sendo a única que se conhece na matéria e sendo limitada à discussão em torno dos contratos de empreitada, autoriza, contudo, que dela se extraia o sentido geral com que aquela instância pretoriana perspetiva o regime da agregação dos lotes previsto nas diretivas. Nessa base, admite-se que um juízo do Tribunal sobre a agregação de lotes no âmbito dos contratos de aquisição de bens ou serviços exigiria, de modo análogo ao que decidiu a propósito das empreitadas, uma *conexão funcional entre os lotes* – uma vez que nem se vislumbra razão substantiva que justifique um tratamento diferente consonte o tipo contratual em causa⁴⁷.

⁴⁷ Esta posição é, aliás, confortada pelo entendimento manifestado pelo Advogado-Geral Paolo Mendoza, nas Conclusões apresentadas, em 16 de fevereiro de 2007, no processo C-237/05, que opôs a Comissão e a República Helénica (Acórdão *Comissão/Grécia*), e em que se discutia o cumprimento da Diretiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa aos contratos de aquisição de serviços. Muito embora o Tribunal de Justiça tenha perdido a oportunidade de se pronunciar sobre a matéria da divisão em lotes no âmbito desse tipo contratual – uma vez que a ação foi julgada inadmissível (cfr. acórdão de 11 de outubro de 2007, *Comissão/Grécia*, Processo C-237/05 –, o que importa reter é que o Advogado-Geral, ao discutir o carácter unitário ou autónomo dos contratos de aquisição de serviços, assumiu que “o Tribunal de Justiça já no passado mostrou dar prevalência ao critério da unicidade da função económica e técnica dos contratos públicos sobre elementos como a pluralidade das entidades adjudicantes ou das empresas adjudicatárias” (cfr. n.º 79, em nota), aqui se infere, portanto, um entendimento segundo o qual a doutrina produzida no Acórdão *Comissão/França* é transponível para os contratos de aquisição de bens ou serviços.

3.3. A interpretação adequada da hipótese normativa enunciada no artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos

3.3.1. A interpretação teleológica e conforme com o princípio da proporcionalidade

Os elementos jurisprudenciais e hermenêuticos analisados permitem-nos traçar as coordenadas para a correta interpretação da parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, fixando a sua abrangência em termos que não se atenham a uma interpretação formalista que atenda apenas à letra da lei.

Em primeiro lugar, a esse resultado interpretativo opor-se-ia a própria teleologia da norma, isto é, "...a razão de ser da lei (*ratio legis*), o fim visado pelo legislador ao elaborar a norma"⁴⁸. Como assinala Baptista Machado, "...o conhecimento deste fim (...) constitui um subsídio da maior importância para determinar o sentido da norma. Basta lembrar que o esclarecimento da *ratio legis* nos revela a valoração ou ponderação dos diversos interesses que a norma regula e, portanto, o peso relativo desses interesses, a opção entre eles traduzida pela solução que a norma exprime"⁴⁹.

Note-se que se afigura absolutamente pacífico, como, aliás, se evidenciou, que o escopo do regime previsto no artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos é a salvaguarda do princípio da concorrência e do efeito útil das próprias regras de escolha do procedimento previstas no Código dos Contratos Públicos, na linha dos princípios e diretivas europeus que o Código concretiza e transpõe e aos quais deve obediência. Nesta perspetiva, a correta interpretação do preceito não deve, e não pode, conduzir a resultados que subvertam a desejada proteção da concorrência, eliminando-a ou comprimindo-a desnecessariamente.

Desse parâmetro interpretativo deve inferir-se, desde logo, que, para o legislador, apenas existe cisão artificial de prestações contratuais quando em causa estejam *prestações do mesmo tipo*, isto é, prestações que integram o mesmo tipo contratual (designadamente, o tipo contratual empreitada, e o tipo contratual prestação de serviços).

Cremos que a tónica incide, ao invés, na natureza das prestações integradas no mesmo tipo contratual, o que, evidentemente, tenderia a

⁴⁸ Cfr. Baptista Machado, *ob. cit.*, pp. 182/183.

⁴⁹ *Idem*.

reduzir significativamente o escopo do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos⁵⁰. Efetivamente, essa hipótese levaria, logo através do funcionamento do primeiro segmento do pressuposto qualitativo, a deixar de fora da obrigação de agregação situações em que as prestações, à luz das observações que se tecem de seguida a propósito do segundo segmento da parte da norma em apreço, poderiam sempre ser objeto de um único contrato. Tal interpretação resultaria, por conseguinte, num défice de proteção da concorrência que mal se coadunaria, portanto, com o espírito legislativo.

Mas exige-se ainda mais – e esta é, justamente, a parte em que a norma mais carece de interpretação. É preciso que essas prestações do mesmo tipo contratual possam ser reunidas num contrato único.

E relevante aqui não é que, em abstrato, seja juridicamente possível a sua aglutinação. De facto, “como é bom de ver, se o critério de deteção de cisões artificiais de contratos residisse na mera *susceptibilidade jurídica* de aglutinação de prestações contratuais diversas, poderia uma entidade adjudicante ser forçada a celebrar um único contrato de empreitada cujo objeto consistisse na construção de um edifício hospitalar e, em simultâneo, de uma central nuclear; ou um único contrato que tivesse por objeto a aquisição simultânea de bens tão heterogéneos como computadores portáteis e viaturas, sob pena de ser acusada de ter procedido ao fracionamento artificial dos lotes e da inerente despesa. É que, em rigor, inexiste qualquer norma no ordenamento jurídico que impeça a celebração de contratos que abranjam prestações de tipo radicalmente diverso, com a consequente aglutinação dessas prestações. Concluir-se-ia, desse modo, que quaisquer tipos de prestação seriam “[juridicamente] susceptíveis de constituírem objeto de um único contrato”⁵¹.

Um tal resultado não passaria o crivo do princípio da concorrência, “já que, à partida, o universo de operadores de mercado que poderia concorrer para a celebração de contratos de objeto tão diverso seria drasticamente reduzido ou, até, virtualmente eliminado”⁵².

⁵⁰ Nesse sentido, cfr. João Diogo Stoffel, “O (novo) regime da divisão (artificial) de contratos em lotes separados, constante do Código dos Contratos Públicos”, in *Actualidad Jurídica*, Uriá Menéndez, n.º 28, 2011, pp. 51 e 52.

⁵¹ Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, pp. 339 e 340.

⁵² Cfr. João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, *ob. cit.*, p. 340.

Compreende-se, portanto, numa interpretação orientada à maximização da teleologia da norma, que apenas são suscetíveis de serem aglutinados os lotes que, integrando prestações do mesmo tipo contratual, apontem para um mesmo mercado alvo ou, por outras palavras, para um mesmo universo de operadores económicos.

Mas, noutra perspetiva, crê-se que a obrigação de agregação também só deve existir se dessa agregação resultar um contrato que, em termos da sua dimensão e risco, seja suscetível de atrair, no seu conjunto, o interesse de um operador económico privado, pois só nessa medida se estaria diante de uma divisão em lotes de prestações contratuais suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato.

Além de ser este também um dos elementos sublinhados pela doutrina europeia e que a jurisprudência europeia também assume, essa é ainda uma conclusão imposta pelos princípios constitucionais da prossecução do interesse público e da proporcionalidade, sendo certo que o regime preceptivo do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, visando direta e principalmente a salvaguarda do princípio da concorrência, deve ser lido no contexto dos outros princípios travejadores do ordenamento jurídico português.

Tendo isto presente, a parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º deve apenas ter o alcance necessário, e não mais do que esse, à salvaguarda da concorrência, porque só essa sua leitura é aceitável à luz do princípio da proporcionalidade (nas vertentes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito) e só essa leitura permite uma otimização do princípio da concorrência com o princípio da eficiência e celeridade na prossecução do interesse público.

3.3.2. A interpretação conforme com o direito europeu e o elemento histórico da interpretação

Sabendo-se que o artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos visa, ele próprio, transpor para o ordenamento jurídico nacional o direito europeu, a norma inferida, com o auxílio do elemento teleológico e à luz do princípio da proporcionalidade, da primeira parte do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos deve ser ainda confrontada com o direito europeu.

O princípio do primado do direito da União Europeia sobre o direito pátrio proclama que as disposições legais de direito interno (pelo menos de direito ordinário) devem ser lidas à luz do direito europeu e que, em caso

de desconformidade, deve ser realizada uma interpretação conforme como o direito europeu⁵³, cujas normas têm preferência aplicativa sobre as disposições internas (cfr. n.º 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa).

E, a esse título, são de importância fundamental as considerações atrás tecidas acerca dos termos com que o direito europeu vem tratando o regime da divisão em lotes.

Viu-se que, além da preocupação com a maximização da concorrência, verdadeira mola propulsora das diretivas sobre contratação pública, o direito europeu engendrou, a propósito dos contratos públicos objeto das diretivas europeias, alguns critérios específicos que devem ser tidos primacialmente em conta quando se trata de definir a base material de incidência do regime da agregação dos lotes. Em causa está, como se viu, a identificação de uma *necessidade de contratação única*, em termos de ser reconhecida *uma mesma e única função técnica ou económica* transversal a todos os lotes em campo.

Destarte, a “obrigação interpretativa” que impõe a interpretação do preceito conforme com o direito europeu obriga o intérprete nacional a ajustar a norma teleologicamente extraída do pressuposto qualitativo enunciado no artigo 22.º às regras previstas nas diretivas que visou transpor, senão em todos os casos de contratos públicos previstos no Código dos Contratos Públicos, ao menos quando em causa estejam os contratos de empreitada, aquisição de bens e de serviços⁵⁴.

São, de resto, as próprias instâncias comunitárias a reconhecer, sem margem para hesitações, que tais critérios, por serem específicos, têm precedência sobre um critério geral associado à proteção da concorrência, que depusesse em sentido divergente daqueles a propósito da obrigação de agregação dos lotes. Como se viu, o Tribunal de Justiça, no Acórdão *Comissão/França*, assumiu a precedência dos critérios escritos na diretiva,

⁵³Cfr. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 60 e seguintes; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, Almedina, 2010, 6.ª edição, p. 417 e seguintes.

⁵⁴Neste sentido, foi já defendido que, devendo o artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos ser interpretado em conformidade com o direito europeu e, consequentemente, à luz do critério funcional que nesse quadro se destaca, “são suscetíveis de constituírem objecto de um único contrato: (i) [a]s obras que desempenham a mesma “função técnica e económica”; (ii) [o]s “fornecimentos similares”; (iii) [a]s prestações de serviços referentes à mesma categoria” - cfr. João Diogo Stoffel, *ob. cit.*, p. 53.

a respeito do contrato de empreitada, sobre o critério geral teleologicamente inferido do princípio da concorrência, nas situações em que uns e outros levassem a conclusões diferentes⁵⁵.

Tenha-se presente, ainda, que este resultado interpretativo encontra, de algum modo, conforto no próprio elemento histórico da interpretação, pois o regime constante do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, entretanto revogados⁵⁶, aproximava-se, na sua literalidade, do texto das regras das diretivas europeias que visavam transpor⁵⁷ – só poderia tratar-se de lotes da mesma obra quando tais lotes estivessem unidos por *uma mesma função técnica ou económica* e apenas haveria cisão artificial de aquisições de bens ou serviços quando se tratasse de bens e serviços *similares ou homogéneos*⁵⁸.

Atendendo a que não houve qualquer evolução na matéria no direito europeu – as diretivas que o Código dos Contratos Públícos transpõe não alteraram substancialmente o quadro anterior na matéria –, não existe qualquer indício de que o legislador nacional tenha querido alterar o estado da arte neste domínio.

3.4. Síntese da norma extraída da parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públícos

Aqui chegados, entendemos que a obrigação de recurso ao somatório do preço de todos os contratos para a escolha do tipo de procedimento pré-contratual a adotar, imposta pelo artigo 22.º do Código dos Contratos Públícos, só se aplica nos casos em que as prestações objeto de cada lote sejam (i) integráveis no mesmo tipo contratual, (ii) visem dar resposta a uma necessidade de contratação única, em termos de estarem ligadas por uma interdependência ou interconexão técnica ou económica, e que, (iii) apontando para um mesmo universo de operadores económicos, (iv) permitam, agregadas, despertar o interesse de, pelo menos, um operador económico para, individualmente, executar todas as prestações contratuais.

⁵⁵ Cfr. n.º 42 do Acórdão Comissão/França.

⁵⁶ Exceto, como se sabe, alguns preceitos do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, que, por não terem sido revogados pelo Código dos Contratos Públícos, ainda se mantêm em vigor.

⁵⁷ Cfr. artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e artigo 25.º do Decreto-Lei 197/99, de 8 de junho.

⁵⁸ No acórdão do STA, de 03/11/2005 (Processo 01377/2003), em que estava em causa um fracionamento de serviços, o Tribunal conferiu relevância ao argumento do recorrente de que os serviços evidenciam uma realidade técnica diferente, tendo porém considerado que estava em causa um serviço idêntico, ainda que pudesse ser satisfeita por tecnologia diversa.

Em jogo estão, numa palavra, situações que, por reunirem os elementos de conexão referidos, aparentariam, vistas do exterior, que a cisão dessas prestações intrinsecamente ligadas é meramente artificial, só podendo ser entendida como um expediente fraudulento para afastar a aplicação das regras de concorrência na formação dos contratos públicos.

Importa manter em mente que com isto não pretende ilustrar-se qualquer censura do legislador à divisão de um contrato em lotes. Verdadeiramente, o legislador nacional – como, aliás, o europeu – não levanta qualquer obstáculo a essa opção, a qual, de resto, pode fundar-se nas mais válidas razões de conveniência da atuação pública, como sejam tornarem o objeto contratual mais atrativo para o mercado ou encorajar a participação de pequenas e médias empresas⁵⁹.

O que com este bloco normativo se almeja é apenas que, nos casos em que os lotes sejam suscetíveis de constituir objeto de um único contrato, a sua cisão não implique a inobservância das regras procedimentais que teriam de ser cumpridas caso todos fossem agregados num único contrato. Em termos práticos, o que daí redonda é tão-só que, para a celebração de todos os contratos, mesmo os de baixo valor, se aplica o procedimento que seria aplicável caso estivesse em causa a agregação de todos eles num só instrumento contratual.

A interpretação assim extraída do n.º 1 do artigo 22.º do Código dos Contratos Públicos, que se dedica à regulação da matéria da divisão em lotes para efeitos da escolha do procedimento em função do valor dos contratos, é perfeitamente transponível, como se anunciou e agora se demonstra, para a esfera de aplicação do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, sendo aqueles os critérios que devem ser adotados para efeitos de saber quando devem os contratos celebrados ser aglutinados (ainda que formalmente sejam celebrados contratos autónomos) de modo a determinar se aos mesmos se aplicam as regras pré-contratuais previstas na Parte II do Código dos Contratos Públicos no domínio dos setores especiais.

⁵⁹ Cfr. Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement...*, cit., p. 104; Sue Arrowsmith, *The Law...*, cit., p. 380.

4. A exclusão da contratação *in-house* nos setores especiais

4.1. Em geral

Como é sabido, o direito da contratação pública procura dinamizar o mercado e a livre concorrência entre os operadores de mercado através da imposição à Administração da obrigação de adoção de procedimentos pré-contratuais concorrenciais, aptos a garantir a igualdade e a suscitar o interesse dos operadores económicos a cujo universo o contrato vai dirigido, sempre que esteja em causa a solicitação de produtos ou de serviços a terceiros operadores económicos por parte de entes públicos. E isto assim é tanto por imperativo das normas de direito primário⁶⁰ como por força das disposições de direito comunitário derivado⁶¹.

Contudo, o direito da contratação pública também reconhece que quando as entidades públicas realizam internamente os serviços em causa ou produzem os bens de que necessitam as exigências de sujeição à concorrência já não se justificam. Por outras palavras, a sujeição da Administração às exigências postas pela necessária construção de um mercado concorrencial recuam sempre que aquela decida satisfazer, por si própria, as respetivas necessidades. E a autoprodução pela Administração dos bens de que necessita pode revestir a modalidade de relação *in-house* em sentido estrito (quando são os próprios serviços da Administração a responsabilizarem-se por esta realização) ou *quasi in-house*, quando a Administração, no exercício da sua liberdade de auto-organização, atribui tal responsabilidade a entidades autónomas por si criadas e que se encontram sob sua dependência⁶², modalidade esta que, comprehensivelmente, constitui um campo fértil para maiores dúvidas sob o prisma da contratação pública. É o que sucede, sobretudo, com a atribuição a empresas públicas da responsabilidade pelo fornecimento de bens e/ou prestação de serviços à Administração.

⁶⁰ Cfr. normas do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente as previstas no artigo 18.º, 49.º, 56.º e 106.º.

⁶¹ Cfr. Diretiva 2004/17/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; Diretiva 2004/18/CE, 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.

⁶² Sobre a liberdade de auto-organização da Administração, à luz do direito da contratação pública, cfr., por todos, Bernardo Azevedo, "Contratação *in-house*: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado", in *Estudos de contratação pública*, I, Cedipre, Coimbra Editora, 2008, p. 115 e seguintes.

Os contornos concretos dessa solução foram desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial no Acórdão *Teckal*⁶³, no qual o tema foi abordado pela primeira vez, e depois confirmada noutros arrestos, designadamente nos Acórdãos *Coname*⁶⁴, *Parking Brixen*⁶⁵, *Asemfo/Tragsa*⁶⁶ e *Coditel*⁶⁷.

No essencial, a construção *in-house* empreendida pelo Tribunal de Justiça foca-se na exigência de cumprimento de dois requisitos: (i) que a entidade adjudicante exerce sobre a entidade adjudicatária um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*; (ii) que esta entidade exerce o essencial da sua atividade em benefício da entidade que sobre ela exerce o controlo análogo. Só verificados estes requisitos se pode asseverar que a contratação em causa não é uma contratação externa, tudo se passando, verdadeiramente, *in-house*.

Não obstante estes serem ainda os requisitos base fundamentais na apreciação da existência de uma relação *in-house*⁶⁸, é inegável que as orientações jurisprudenciais neste domínio têm sofrido várias oscilações, sobretudo na densificação dos conceitos, indeterminados, que escolheu para a enunciação desses requisitos⁶⁹.

No entanto, a respeito dos setores especiais, o próprio legislador europeu tem vindo a utilizar, embora exclusivamente para a matéria respeitante a esses setores, um conceito de relação *in-house* intencionalmente mais amplo do que o utilizado pela jurisprudência europeia (cfr. artigo 23.º da Diretiva 2004/17/CE).

A atual Diretiva respeitante aos setores especiais comprehende uma disposição que exclui do seu âmbito de aplicação os contratos adjudicados a uma *empresa associada*, a uma *empresa comum* ou a uma *empresa associada*

⁶³ Cfr. Acórdão de 18 de novembro de 1999, Proc. C-107/98 (*Teckal*).

⁶⁴ Cfr. Acórdão de 21 de julho de 2005, Proc. C-231/03 (*Coname*).

⁶⁵ Cfr. Acórdão de 13 de outubro de 2005, Proc. C-458/03 (*Parking Brixen*).

⁶⁶ Cfr. Acórdão de 19 de abril de 2007, Proc. C-295/05 (*Tragsa II*).

⁶⁷ Cfr. Acórdão de 13 de novembro de 2008, Proc. C-324/07 (*Coditel*).

⁶⁸ E que constam, de resto, as propostas de novas diretrizes europeias sobre contratação pública subscritas pela Comissão Europeia.

⁶⁹ Sobre estes requisitos e sobre a evolução da jurisprudência europeia na matéria, cfr.: Bernardo Azevedo, *ob. cit.*; João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, "Contratação *in-house*: o critério para a determinação da parte 'essencial' da atividade de uma entidade sujeita a um controlo análogo", in *Temas de contratação pública*, I, p. 137 e seguintes; Diogo Duarte Campos, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, A adjudicação in-house em particular*, Coimbra Editora, Colecção PLMJ, Coimbra, 2010.

de uma das entidades adjudicantes que integre uma empresa comum. Em causa está, portanto, o reconhecimento da realidade da contratação intragrupo, uma vez que “no setor privado, acontece frequentemente, por motivos organizacionais ou outros, que os membros de um mesmo grupo sejam constituídos como empresas legalmente distintas que prestam serviços umas às outras”⁷⁰. Deste modo, o regime assim previsto tem como efeito assegurar que “a divisão de um grupo económico em diversas entidades legalmente distintas não mina a sua união económica”⁷¹.

Contudo, a contratação *in-house* nos setores especiais não é sinónimo de ausência de uma rede de pressupostos de cuja verificação depende a exclusão do contrato das regras de contratação pública. Tais pressupostos, originários do direito europeu, encontram-se transpostos no ordenamento jurídico nacional nas alíneas c) a f) do n.º 1 e nos n.ºs 2 a 4 do artigo 13.º e no artigo 14.º do Código dos Contratos Públicos e, no que toca à empresa comum, no próprio conceito de entidade adjudicante adotado pelo Código dos Contratos Públicos nos artigos 2.º e 7.º do Código dos Contratos Públicos.

Dito isto, deve manter-se em mente que, à luz do Código dos Contratos Públicos, a exclusão da contratação das regras previstas na Parte II do Código dos Contratos Públicos para os setores especiais depende da verificação de *dois níveis de pressupostos*, à semelhança, de resto, do que sucede também com a construção pretoriana aplicável aos setores clássicos que o Código dos Contratos Públicos positivou (assente também numa dualidade de requisitos).

4.2. Primeiro nível: “dependência decisória”

À semelhança do critério do “ controlo análogo” construído pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o legislador adotou nos setores especiais um regime de contratação *in-house* que pressupõe que entre a entidade adjudicante e a entidade contratada haja uma *dependência decisória*.

Contudo, os termos com que o legislador preencheu esse critério, a propósito dos setores especiais, apresentam-se mais flexíveis do que aqueles

⁷⁰Cfr. Peter Trepte, *Public Procurement in the EU*, 2.ª edição, 2007, p. 197: “no setor privado acontece frequentemente, por motivos organizacionais ou outros, que os membros de um mesmo grupo sejam constituídos como empresas legalmente distintas que prestam serviços umas às outras”.

⁷¹Cfr. Peter Trepte, *ob. cit.*, p. 253.

que vêm sendo desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no domínio dos setores clássicos. Em causa está, em especial, a assunção pelo legislador da lógica intragru po como circunstância justificadora da dispensa da sujeição dos contratos entre empresas do grupo às regras da contratação pública. Este regime pressupõe que não existe *autonomia decisória* entre as partes, quando ambas pertencem ao mesmo grupo de empresas. Este é, pois, um dos pontos em que o regime dos setores especiais se perfila francamente mais flexível do que a construção jurisprudencial do *in-house* nos setores clássicos, acolhida no Código dos Contratos Públicos, onde a lógica intragru po, por si só, não assume relevância, sendo aí necessário que possa afirmar-se que a entidade adjudicante exerce sobre a entidade contratada um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços⁷².

A Diretiva 2004/17/CE parte, neste prisma, dos conceitos operativos *empresa associada* e *empresa comum* (cfr. n.^os 1 e 2 do artigo 23.^º da Diretiva). O Código dos Contratos Públicos transpõe o direito europeu nesta matéria, embora o esquema adotado não seja totalmente coincidente com o da Diretiva. Isto mesmo é particularmente nítido quanto à empresa comum, domínio onde o Código dos Contratos Públicos foi mais longe do que o legislador europeu, incorporando-a na própria noção de entidade adjudicante.

O conceito de *empresa associada* pode ser preenchido, de acordo com o disposto no artigo 14.^º do Código dos Contratos Públicos, de uma de duas formas diferentes: ou se está perante entidades cujas contas anuais são consolidadas nos termos previstos na Diretiva 83/349/CEE, do Conselho, de 13 de junho (critério principal), ou, não sendo o caso, o conceito de empresa associada deve preencher-se através do conceito de *influência dominante*, em aplicação das várias hipóteses previstas no artigo 14.^º Código dos Contratos Públicos (critério subsidiário). De acordo com tais hipóteses, uma empresa associada pode ser uma *empresa-filha*, uma *empresa-mãe* ou uma *empresa-irmã* da entidade adjudicante, desde que unidas pela influência dominante que uma delas exerce sobre a outra ou pela circunstância de ambas estarem sujeitas à influência dominante de uma terceira entidade. A influência dominante sobre a outra afere-se pelo facto de, nomeadamente, uma delas deter a maioria do capital

⁷² Note-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia rejeitou já a aplicação da lógica intragru po no domínio dos setores clássicos — cfr. Acórdão de 19 de abril de 2007, Processo C-295/05 (*Tragsa II*).

social, a maioria dos direitos de votos, o controlo de gestão ou o direito de designar, directa ou indirectamente, a maioria dos titulares de um órgão de direção, administração ou fiscalização. Trata-se, portanto, de requisitos de verificação relativamente objetiva, pelo que, neste particular, não se levantam dificuldades.

Diferente é o conceito de *empresa comum*. Nos termos da Diretiva, empresa comum é uma empresa exclusivamente composta por diversas entidades adjudicantes que relevem no domínio dos setores especiais (cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva). Conforme a doutrina já notou, “o conceito de ‘empresa comum’ alarga o âmbito da exclusão, já que não convoca o conceito de ‘influência dominante’ bastando que “um conjunto de entidades adjudicantes constituam uma empresa comum, independentemente das participações que cada uma das empresas sócias detenha no capital desta empresa comum, para que a mesma possa contratar *in-house* com qualquer empresa associada das empresas sócias da empresa comum”⁷³ e, acrescente-se, também com qualquer das suas sócias.

O Código dos Contratos Públicos, contudo, não seguiu exatamente o esquema adotado na Diretiva quando transpôs o conceito de empresa comum (que, aliás, não surge positivado no Código dos Contratos Públicos sob essa designação). No Código dos Contratos Públicos, o conceito europeu de empresa comum foi incorporado no próprio conceito de entidade adjudicante, previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos (“quaisquer pessoas coletivas constituídas exclusivamente por entidades adjudicantes referidas nas alíneas anteriores ou que sejam por elas maioritariamente financiadas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades, desde que se destinem ao exercício comum de atividade nos setores da água, energia, dos transportes e dos serviços postais”) e também na alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, a respeito da figura das associações de entidades adjudicantes (“as associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de

⁷³Cfr., sobre o tema, Mark Kirkby, *ob. cit.*, pp. 96 e 97.

administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas”).

Diferentemente do que sucede com o conceito de empresa comum constante da Diretiva, as entidades adjudicantes previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º e as associações de entidades adjudicantes previstas na alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos *não têm necessariamente de ser exclusivamente constituídas por outras entidades adjudicantes*. Quanto às primeiras, muito embora possa ser esse o caso, o Código dos Contratos Públicos admite, em alternativa (atente-se na conjunção ou, constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º), que as entidades adjudicantes previstas nas demais alíneas do artigo 7.º financiem maioritariamente essa entidade ou controlem a sua gestão ou designem um órgão de administração, direção ou fiscalização. Quanto às associações de entidades adjudicantes previstas na alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, basta, que *uma ou várias* dessas entidades adjudicantes nela participem para que a empresa comum seja considerada uma entidade adjudicante, desde que verificados, evidentemente, os demais requisitos do conceito, que impõem, é certo, uma especial ligação entre a empresa comum e a(s) entidade(s) adjudicante(s) que nela participa(m). Estes dados suscitam, de imediato, a seguinte observação: se, na perspetiva do conceito de entidade adjudicante, o Código dos Contratos Públicos foi mais longe do que o legislador europeu, erigindo essa empresa comum a entidade adjudicante e não exigindo, para esse efeito, que a empresa seja constituída exclusivamente por outras entidades adjudicantes, já quando se trata de recorrer a esse conceito para efeitos da exclusão *in-house*, como faz o Código dos Contratos Públicos nas alíneas c) a f) do n.º 1 do artigo 13.º, não é claro que este esquema se conforme totalmente com o preconizado na Diretiva 2004/17/CE (na medida em que permite a exclusão de contratos entre entidades adjudicantes e empresas comuns que não sejam exclusivamente constituídas por entidades adjudicantes)⁷⁴.

Dito isto, veja-se, então, quais os casos de contratação que o Código dos Contratos Públicos exclui da sujeição às regras da Parte II. Tais casos podem reconduzir-se, em termos simples e apelando aos conceitos da diretiva, a três hipóteses.

⁷⁴ Aparentemente em sentido semelhante, cfr. Mark Kirkby, *ob. cit.*, p. 97.

- a) A primeira hipótese é a dos contratos celebrados entre uma *entidade adjudicante*, prevista nas alíneas a) ou b) do n.º 2 do artigo 2.º e nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, e *uma empresa sua associada* (seja esta uma empresa-filha, uma empresa-mãe ou uma empresa-irmã, no sentido atrás referido). Esta hipótese reconduz-se à prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva e, no ordenamento jurídico nacional, na primeira parte das alíneas c) e e) do n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Contratos Públicos.
- b) A segunda hipótese abrange os contratos celebrados entre uma *entidade adjudicante* e uma empresa comum de que aquela faça parte (independentemente de qual das duas assuma a posição de entidade que contrata⁷⁵).

Trata-se dos casos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva e nas alíneas c) a f) do n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Contratos Públicos. Muito embora apenas as alíneas c) e e) do n.º 1 do Código dos Contratos Públicos aludam à exigência de que a entidade adjudicante contratante tem de fazer parte da empresa comum, a verdade é que essa exigência resulta também para as restantes alíneas em resultado de uma *interpretação conforme com a Diretiva* (na verdade, a letra das referidas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva não deixa dúvidas quanto a esse ponto). Quando, nas alíneas d) e f), o Código dos Contratos Públicos refere os contratos celebrados entre uma entidade adjudicante abrangida nas alíneas d) do n.º 2 do artigo 2.º ou c) do n.º 1 do artigo 7.º e *uma entidade abrangida pelas alíneas a) ou b) do mesmo número*, tem de entender-se, quanto a estas, que se trata de *entidades que façam parte daquelas*. Isto é, em causa estão contratos entre uma entidade adjudicante e uma empresa comum, também entidade adjudicante, de que aquela primeira faça parte – sob pena, evidentemente, de não existir qualquer relação entre as duas que justifique a exclusão do contrato das regras de contratação pública.

A propósito do disposto nas alíneas c) e e) do n.º 1 (isto é, dos casos em que seja a entidade adjudicante das alíneas a) ou b) do n.º 2 do artigo 2.º e das alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos a contratar a *empresa comum*), o n.º 3 do artigo 13.º do Código

⁷⁵ É essa, de resto, a diferença entre as alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva. Como nota Mark Kirkby, na alínea b) a contratação *in-house* é invertida (cfr. *ob. cit.*, p. 97).

dos Contratos Pùblicos prevê um requisito adicional, em transpoisão do disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva⁷⁶. Tal requisito consiste em exigir que a empresa comum contratada haja sido criada para desenvolver a sua atividade nos setores da água, energia, transportes e serviços postais durante um período mínimo de três anos, devendo os instrumentos jurídicos que as constituem exigir que as entidades que as integram nelas permaneçam, pelo menos, durante o mesmo período.

- c) Em terceiro lugar, estão excluídos das regras de contratação pública os contratos celebrados entre uma *entidade adjudicante*, prevista na alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º e na alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Pùblicos (correspondendo, com as reservas acima assinaladas, à noção de empresa comum da Diretiva 2004/17/CE), e uma *empresa associada dos membros daquela*. Corresponde à hipótese contemplada na alínea b) do n.º 2 do artigo 23.º da diretiva e na parte final das alíneas d) e f) do n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Contratos Pùblicos.

4.3. Segundo nível: “dependência económica”

A afirmação da relação *in-house* depende ainda de poder demonstrar-se que 80% do *volume de negócios da empresa associada* contratada advenha das suas relações com a empresa sua associada (cfr. n.º 3 do artigo 13.º do Código dos Contratos Pùblicos). Quando as obras, os bens móveis ou os serviços sejam realizadas, fornecidos ou prestados, respetivamente, à entidade adjudicante por mais do que uma empresa associada, o n.º 4 do artigo 13.º do Código dos Contratos Pùblicos estatui que, nesse caso, o critério dos 80% do volume de negócios previsto no n.º 3 deve ser aferido tomando como base o volume de negócios de todas essas empresas associadas.

Com esta segunda condição pretende confirmar-se que, a par de uma dependência decisória, existe ainda uma dependência económica ou, dito

⁷⁶ Não se comprehende a razão pela qual o mesmo requisito não se encontra previsto também na alínea a) do n.º 4 do artigo 23.º da Diretiva. O legislador do Código dos Contratos Pùblicos, em transpoisão estrita do regime da Diretiva, não previu também a aplicação desse requisito para as hipóteses previstas nas alíneas d) e f) do n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Contratos Pùblicos. Na proposta de nova diretiva apresentada pela Comissão Europeia em 20/12/2011, este requisito é estendido aos casos em que seja empresa comum a contratar uma das entidades adjudicantes que dela façam parte (cfr. artigo 23.º da proposta de nova diretiva).

de outro modo, que, a par de uma dependência formal, existe também uma dependência substancial entre as empresas em causa⁷⁷. Como foi apontado pelo Advogado-Geral Philippe Léger, "uma entidade não é necessariamente privada de liberdade de ação apenas pelo facto de as decisões que lhe dizem respeito serem tomadas pela coletividade que a detém, se ela ainda puder exercer uma parte importante da sua atividade económica junto de outros operadores"⁷⁸.

Numa primeira leitura, o volume de negócios da empresa associada contratada deveria advir das suas relações com a empresa associada que a contrata, isto é, com a entidade adjudicante. Porém, uma interpretação do preceito nacional em conformidade com o direito europeu (o n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/17/CE refere-se expressamente, no plural, às empresas às quais a empresa prestadora se encontra associada) e com o próprio pensamento legislativo subjacente às normas em causa – que assenta no reconhecimento das relações intragrupo estabelecidas entre as entidades adjudicantes no âmbito dos sectores especiais – conduz-nos ao entendimento de que o requisito de 80% do volume de negócios da empresa associada contratada deve apurar-se *por referência a todas as empresas suas associadas*, isto é, por referência ao grupo em que se insere^{79 e 80}. Nesta linha, a aplicação das Diretivas só será exigível se as atividades comerciais exercidas pela entidade contratada fora do seu grupo não forem meramente acessórias (isto é, se representarem mais de 20% do seu volume de negócios) em relação ao conjunto das atividades efetivamente exercidas.

Outro aspeto a ter em conta tem que ver com a circunstância de, não raras vezes, as empresas associadas contratadas exercerem atividades que são remuneradas pelos utilizadores dos serviços e não pela entidade, associada, que as contratou (como sucede, por exemplo, com uma entidade que exerce a atividade de distribuição de água em regime de concessão)⁸¹. Essa

⁷⁷Cfr. Maria Antonietta Portaluri, Francesca Petullá e Daniele Spinelli, *I Contratti Pubblici dei Settori Speciali, Guida pratica alla partecipazione e gestione agli appalti nei settori ex exclusi*, Il Sole 24 Ore, Spa, 2008, p. 69.

⁷⁸Cfr. Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas em 15 de junho de 2000, no âmbito do Proc. C-94/99 (Arge), ponto 60.

⁷⁹Em favor deste entendimento depõe ainda o argumento sistemático da interpretação, já que a doutrina *in-house*, desenvolvida em geral para os setores comuns pela jurisprudência comunitária e vertida pelo legislador nacional no n.º 2 do artigo 5.º do CCP, ao tratar o requisito relativo à destinação do essencial da atividade da entidade prestadora dos serviços, tem em mente, como adiante melhor se verá, a ou as entidades adjudicantes que sobre essa entidade exerçam um controlo análogo, e não apenas a entidade adjudicante que, na relação em apreço, beneficia dos serviços a prestar.

⁸⁰Neste sentido, cfr. Rui Medeiros e Ana Luísa Guimarães, Parecer inédito, 2010.

⁸¹Segue-se de perto, neste ponto, Rui Medeiros e Ana Luísa Guimarães, Parecer inédito, 2010.

circunstância não obnubila, porém, o facto de tais atividades serem, consequentemente, exercidas, em última análise, em benefício de quem lhe atribuiu essa missão. Com efeito, o facto de uma entidade criada enquanto *longa manus* da Administração ser incumbida da realização de tarefas e prestações cujos destinatários imediatos e responsáveis pelo seu pagamento são terceiros não impede que se conclua que esse “prolongamento administrativo” só realizou tal atividade e celebrou tais contratos com terceiros porque a isso estava obrigado. Daqui resulta que o critério do volume de negócios encontrado pelo legislador não pode conduzir à mera averiguação de saber quem paga à entidade em causa e quem assume nos contratos que ela celebra a posição de contraparte, já que, em determinadas situações, o que releva é verificar se a realização de tais prestações não constitui a resposta a uma simples ordem que lhe foi emitida pela Administração-mãe. Neste contexto, foi já considerado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão *Carbotermo*, que o volume de negócios adveniente da execução de contratos de concessão adjudicados por uma empresa associada deve ser contabilizado como realizado à empresa associada, ainda que os pagamentos não sejam feitos por esta⁸² e⁸³.

Um terceiro aspecto que pode prestar-se a alguma dúvida prende-se com a determinação dos contratos relevantes para a aferição do cumprimento do critério do volume de negócios⁸⁵. A dúvida passa por saber se se deve considerar todos os negócios entre as duas (ou mais, como se viu) entidades relevantes ou apenas os negócios relativos ao mercado relevante no

⁸² Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 11/05/2006, Proc. C-340/04 (*Carbotermo*), que considerou que “o volume de negócios determinante é o que a empresa em questão realiza em virtude das decisões de adjudicação tomadas pela autarquia de tutela, incluindo o realizado com os utilizadores em execução destas decisões” (n.º 65) e que “as atividades de uma empresa adjudicatária que devem ser tomadas em conta são todas aquelas que esta empresa realize no quadro de uma adjudicação que lhe tenha sido feita pela entidade adjudicante, e isto independentemente da identidade do beneficiário, quer se trate da própria entidade adjudicante ou do utilizador das prestações” (n.º 66). Em conclusão, “é indiferente saber quem remunera a empresa em questão, quer se trate da autarquia que a controla ou dos terceiros utilizadores das prestações fornecidas em virtude das concessões ou de outras relações jurídicas constituídas pela referida autarquia. É também irrelevante saber em que território são fornecidas as referidas prestações” (n.º 67). Sobre este acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, cfr. Fotini Avarkioti, “The application of EU Public procurement rules to *in-house* arrangements”, in *Public Procurement Law Review*, 2007, n.º 1, p. 32. Embora na situação apreciada nesse aresto se discutisse o critério da destinação do essencial da atividade da doutrina *in-house* com relevância nos setores comuns e não especificamente nos setores especiais, a verdade é que, materialmente, as questões tratadas assumem contornos paralelos.

⁸³ A este respeito, cfr. também o Acórdão n.º 106/2009, de 11 de maio, do Tribunal de Contas (confirmado, ainda que com diferentes fundamentos, pelo Acórdão n.º 1/10, de 19 de janeiro, Processo 193/09), no qual o entendimento acabado de referir não é verdadeiramente posto em causa.

⁸⁴ Segue-se de perto, também neste ponto, Rui Medeiros e Ana Luísa Guimarães, Parecer inédito, 2010.

contrato cuja celebração se pretende excluir das regras de contratação. Neste última hipótese, estaria em causa apenas o volume de negócios entre as duas entidades que resultasse da celebração de contratos do mesmo tipo e no mesmo mercado relevante.

De acordo com alguma doutrina⁸⁵, embora o texto da Diretiva não o diga expressamente, deve considerar-se implícito que este teste só deve tomar como referência os serviços *do mesmo tipo ou similares* aos que são contratados pela entidade adjudicante (em sintonia, aliás, com o que a própria Diretiva acolhe, quando se refere à hipótese de serem várias empresas associadas a prestar serviços à entidade adjudicante).

Próximo deste sentido parece posicionar-se o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/10, de 19 de Janeiro de 2010 (Processo 193/09, 1.ª secção), que, embora a propósito do critério do essencial da atividade nos “setores comuns”, procede a uma interpretação material do critério do essencial da atividade – à luz do princípio da concorrência e com apoio (apenas) nas conclusões do Advogado-Geral Geelhoed, apresentadas em 28 de setembro de 2006, no Processo C-295/05 (*Tragsa II*) –, considerando que, para efeitos deste critério, deve atentar-se apenas nas atividades que se integrem no mercado relevante à luz do concreto contrato que se quer celebrar: concluindo-se que, nesse mercado, o essencial da atividade da entidade contratada não é desenvolvido em benefício da entidade adjudicante, não se integrando sequer nas suas atribuições, não pode considerar-se cumprido o requisito.

Deve referir-se que o texto do Código dos Contratos Públicos fornece elementos que apontam neste sentido, uma vez que o n.º 3 do artigo 13.º alude claramente ao volume de negócios que provenha da realização dessas obras, do fornecimento desses bens ou da prestação desses serviços à entidade à qual aquela se encontra associada.

5. O regime jurisprudencial de formação dos contratos nos setores especiais

5.1. Os contratos excluídos do âmbito material de aplicação dos setores especiais

Assinalados alguns aspectos do designado “regime legal” atinente aos setores especiais, impõe-se, por último, conceder ainda alguma atenção

⁸⁵ Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law...*, cit., p. 926.

àquele que, logo no início deste trabalho, designámos por *regime jurisprudencial* dos setores especiais.

Em jogo está, como se sabe já, o regime – se algum – a que ficam sujeitos os contratos não cobertos pelo escopo aplicativo do n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos. É que não deve olvidar-se que contratação (total ou parcialmente) excluída das diretivas não é sinónimo de contratação excluída do âmbito do direito da União Europeia⁸⁶.

Centrando-nos no Código dos Contratos Públicos, verifica-se, no que tange aos setores especiais, que este regime jurisprudencial é particularmente relevante (i) quanto aos tipos contratuais não indicados no n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos e, (ii) já no domínio dos contratos compreendidos no n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, também para os contratos de empreitada de obras públicas, de aquisição de serviços e de bens (já que, quanto aos de concessão de obras e de serviços públicos, o legislador nacional, mencionando-os no elenco de contratos do n.º 1 do artigo 11.º, não condicionou a sua sujeição ao regime da Parte II do Código dos Contratos Públicos a um qualquer valor mínimo⁸⁷).

A razão pela qual incluímos, neste estudo, uma referência a este regime jurisprudencial comprehende-se com facilidade. É que, apesar do silêncio do Código dos Contratos Públicos quanto ao regime procedural dos contratos não incluídos no n.º 1 do artigo 11.º – com a consequente liberdade das entidades adjudicantes no que toca à conformação desses procedimentos, designadamente quanto ao recurso a mecanismos de apelo e de fomento da concorrência –, a verdade é que não devem ignorar-se os riscos – cada vez maiores, de resto, atendendo ao eco que este regime vai colhendo, nas instâncias jurisdicionais e fiscalizadoras nacionais – de uma total desconsideração pelas entidades adjudicantes das vinculações que para si são suscetíveis de decorrer do tal *regime jurisprudencial* e que podem levar, como já sucedeu, à invalidação de contratos celebrados à sua margem.

⁸⁶ Cfr. Rui Medeiros, "Âmbito do novo regime...", cit., p. 3.

⁸⁷ Pode, de algum modo, considerar-se que o Código dos Contratos Públicos se antecipou àquela que é a tendência atual no Direito da União, uma vez que, de acordo com a proposta de diretivas apresentadas pela Comissão Europeia em dezembro de 2011, os contratos de concessão são objeto de uma diretiva dedicada exclusivamente a esses contratos. A vingar a proposta da Comissão, os contratos de concessão de valor superior a cinco milhões de euros ficarão sujeitos a todas as regras procedimentais previstas na nova diretiva, incluindo a publicação de anúncio, e os de valor situado entre 2500 mil euros e cinco milhões de euros apenas à obrigação de publicação de anúncio.

5.2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e o *soft law* da CE

5.2.1. Em geral

Neste contexto de preenchimento do espaço deixado pelo Código dos Contratos Públicos no que toca aos contratos não abrangidos pelo regime dos setores especiais – atrás já identificados –, as normas e princípios que enformam o direito europeu, em matéria de contratação pública, adquirem relevância significativa⁸⁸.

Não obstante a tendência – cada vez menos nítida, é certo – para se considerar que as preocupações com a proteção da concorrência e com o mercado único se encontram já devidamente acauteladas nas diretivas e, no plano nacional, no Código dos Contratos Públicos, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem considerado que as diretivas protegem insuficientemente os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência previstos no Tratado e, como forma de suprir essa insuficiência, recorre diretamente ao conteúdo normativo desses princípios para garantir a sua satisfação.

A origem deste regime jurisprudencial reside, portanto, num conjunto de princípios gerais de direito europeu, constantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁸⁹ e a própria Comissão Europeia, através de comunicações interpretativas que enformam um verdadeiro

⁸⁸ Um breve parênteses se impõe, neste contexto, apenas para referir que os comandos emanados do direito europeu, mormente dos princípios de direito primário, não constituem os únicos parâmetros de validade e de orientação com que, no plano da maximização da concorrência, as soluções oferecidas pelo CCP devem ser confrontadas. Está a pensar-se, em concreto, nos ditames em matéria de concorrência que se encontram subjacentes ao ordenamento constitucional português. É que a lógica da concorrência em matéria de contratação pública, embora mais propalada na sua vertente europeia, pode também ser encontrada no próprio quadro constitucional português, onde a defesa da concorrência se assume como valor estruturante da organização económica. Sobre este aspeto, cfr. Rui Medeiros, "Âmbito do novo regime...", *cit.*, p. 6; João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, "A contratação pública de serviços de assessoria jurídica", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvalo Correia*, II, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, p. 374.

⁸⁹ Cfr., exemplificativamente: Acórdão de 07/12/2000, Processo C-324/98 (*Telaustria*); Acórdão de 21/07/2005, Processo C-231/03 (*Coname*); Acórdão de 13/10/2005, Processo C-458/03 (*Parking Brixen*); Acórdão de 13/11/2007, Processo C-507/03 (*Comissão v. Irlanda*); Acórdão de 15/05/2008, Processo C-147/06 e C-148/06 (*SECAP*); Acórdão de 21/02/2008, Processo C-412/04 (*Comissão v. República Italiana*). Para uma análise da evolução desta jurisprudência, cfr. Adrian Brown, "Seeing through transparency...", *cit.*, p. 1 e seguintes.

soft law europeu⁹⁰, têm desenvolvido de modo intenso, ao ponto de ter construído um corpo sólido de parâmetros de atuação inferidos daqueles princípios, que operam para lá do campo de ação do referido regime legal e que não podem deixar de ser tidos em conta pelas entidades adjudicantes, também no domínio dos setores especiais. Em causa estão princípios como o da livre circulação de mercadorias⁹¹, da livre prestação de serviços⁹², o princípio da não – discriminação⁹³, o direito de estabelecimento⁹⁴, dos quais o Tribunal de Justiça da União Europeia tem inferido outros princípios como os princípios da transparência, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo⁹⁵.

De resto, não pode deixar de assinalar-se que é o próprio legislador europeu quem reconhece a relevância desses princípios para lá do âmbito de aplicação das diretivas. No que toca aos setores especiais, o considerando 9 da Diretiva 2004/17/CE recorda, a propósito dos contratos públicos cujo valor é inferior aos limiares de aplicação da diretiva, “(...) a jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Justiça, segundo a qual são aplicáveis as regras e os princípios do Tratado (...)”⁹⁶.

Deve frisar-se que não há, na legislação portuguesa, normação imperativa que concretize em geral estes princípios, o que tem sido aplaudido por alguma doutrina que considera que “se o legislador comunitário entendeu excluir expressamente do âmbito de aplicação das referidas diretivas determinados contratos, em particular em função do respetivo valor, a tentativa de fazer derivar dos princípios gerais do Direito Comunitário originário regras materialmente incompatíveis com essa exclusão (submetendo todos os contratos a regras de contratação pública) é ela própria *contra legem*. Quer porque os princípios em causa não têm densidade suficiente para deles se poderem excluir as regras (minuciosas!)

⁹⁰ Cfr. *Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário*, COM 2000/C 121/02, de 29/04/2000 (doravante, *Comunicação interpretativa de 2000*), e *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*, COM 2006/C 179/02, de 01/08/2006 (doravante, *Comunicação interpretativa de 2006*).

⁹¹ Cfr. artigo 34.º do TFUE.

⁹² Cfr. artigo 56.º do TFUE.

⁹³ Cfr. artigo 18.º do TFUE.

⁹⁴ Cfr. artigo 49.º do TFUE.

⁹⁵ Sobre os princípios gerais da contratação pública, cfr. Maria João Estorninho, *Direito europeu dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 354 e seguintes; Cláudia Viana, *Os princípios comunitários da contratação pública*, Coimbra Editora, 2007.

⁹⁶ O sentido deste Considerando vem transposto no Considerando 3 da proposta de diretiva relativa aos setores especiais, apresentada pela Comissão Europeia em dezembro de 2011.

prescritas pela Comissão, quer porque a regulação contida nas diretivas já espelha o que o legislador considerou ser o ponto óptimo, ou pelo menos suficiente, para concretizar ou acautelar tais princípios⁹⁷.

Corolário da assinalada ausência de um regime escrito, corporizado em re-gras jurídicas, que concentre este *regime jurisprudencial* é a significativa falta de certeza jurídica que envolve as entidades adjudicantes quando pretendem celebrar contratos com estas características⁹⁸. Fonte de acrescida insegurança jurídica é, como se verá de seguida, a relativa volatilidade com que a jurisprudência e a Comissão Europeia apresentam o regime procedural que construíram em homenagem aos princípios do Tratado, já apelidado de *grey area*⁹⁹, avançando com elementos de aproximação (“flutuantes e radicalmente casuísticos”¹⁰⁰) para o preenchimento de conceitos decisivos e deixando às entidades adjudicantes a responsabilidade de avaliar, em cada caso, se os requisitos de aplicação do *regime jurisprudencial* se verificam¹⁰¹.

Mas a verdade é que tudo indica que esta perspetiva binária do regime aplicável aos setores especiais – abrangendo o *regime legal* e o *regime jurisprudencial* –, confusa ou não, necessária ou desnecessária, *is here to stay*¹⁰².

⁹⁷ Cfr. Mark Kirkby, *ob. cit.*, p. 91.

⁹⁸ Para uma análise das demais críticas de que é alvo este regime jurisprudencial, cfr. Adrian Brown, “*Seeing through transparency...*”, *cit.*, p. 16 e seguintes. A *Comunicação interpretativa* de 2006 foi, de resto, objeto de impugnação junto do Tribunal de Justiça da União Europeia por parte da República Federal da Alemanha, tendo sido proferido Acórdão em 20/05/2010 (Processo T-258/06), o qual julga o recurso inadmissível, mantendo o teor da referida *Comunicação interpretativa*.

⁹⁹ Cfr. Adrian Brown, “*Seeing through transparency...*”, *cit.*, p. 21.

¹⁰⁰ Cfr. Miguel Assis Raimundo, “Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sénvulo Correia*, Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

¹⁰¹ Neste sentido, Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 886; Adrian Brown, “*Seeing through transparency...*”, *cit.*, p. 19.

¹⁰² Cfr. Adrian Brown, “*Seeing through transparency...*”, *cit.*, p. 21. Saliente-se, de resto, que “o resultado alcançado reflete, provavelmente, um compromisso paradoxal. O legislador comunitário, ao aprovar as Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, se recusou a opção por uma regulamentação rígida de regras incorporada num regulamento comunitário, que havia sido sugerida, por exemplo, pelo Comité Económico e Social, não deixou também de rejeitar o paradigma principiológico, assente numa normação mais pormenorizada e mais aberta, sugerido por alguns autores. Todavia, com o reconhecimento de que a contratação (total ou parcialmente) excluída das directivas pode estar submetida aos princípios comunitários que regem uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, a formação de uma parte importante dos contratos públicos no espaço comunitário acaba por ficar submetida a um mero enquadramento principiológico” – cfr. Rui Medeiros, “*Âmbito do novo regime....*”, *cit.*, p. 5.

5.2.2. Um certo regime procedural

O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Comissão Europeia têm inferido dos princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia um certo regime procedural que se impõe às entidades adjudicantes, ainda que não evado da densidade que enforma o regime procedural que decorre das diretivas. E a pertinência e aplicação práticas desse *certo regime procedural* tem levado o Tribunal de Justiça da União Europeia a declarar a invalidade de contratos formados à margem de procedimentos concorrenciais mesmo quando, repita-se, as diretivas lhes não são aplicáveis, seja em função da natureza do contrato, seja em função do seu valor¹⁰³.

À luz deste regime jurisprudencial a celebração do contrato não é livre, devendo assegurar-se o respeito dos princípios fundamentais do direito europeu originário em geral e o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade em particular, o que obriga a assegurar, “a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação”¹⁰⁴. Em termos práticos e independentemente da medida das exigências que, a esse título, sejam impostas, é, desde logo, decisiva a conclusão de que do cumprimento do *dever de publicidade* pode advir a apresentação de propostas de entidades que a entidade adjudicante não escolheu (e até não escolheria), as quais devem ser *apreciadas em termos não discriminatórios*.

No que toca à primeira das limitações decorrentes do regime em apreço – o *dever de publicidade*¹⁰⁵ –, de acordo com a Comissão, e na senda do Tribunal de Justiça da União Europeia, proíbe-se qualquer “abordagem seletiva” das entidades adjudicantes dirigidas a potenciais interessados, “mesmo que a entidade adjudicante se dirija a empresas de outros Estados-membros ou se esforce por atingir todos os fornecedores potenciais” e “publicidade passiva”, em que a entidade adjudicante se limita a responder a pedidos de informação dos candidatos que tiveram conhecimento da iminência da celebração do contrato¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr. acórdãos atrás referidos.

¹⁰⁴ Cfr. Acórdão de 7 de dezembro de 2000, Proc. C-324/98 (*Telaustria*), n.º 62. Cfr. *Comunicação interpretativa de 2006*.

¹⁰⁵ Trata-se, pois, de uma obrigação positiva de publicitar, e não apenas uma mera proibição negativa de tomar medidas discriminatórias contra fornecedores de outros Estados-membros – cfr. Adrian Brown, “*Seeing through transparency...*”, cit., p. 17.

¹⁰⁶ Cfr. da *Comunicação interpretativa de 2006*, cit., ponto 2.1.1.

Mas não se exige necessariamente que, em cumprimento do dever de publicitar, seja publicitado um anúncio em jornais oficiais. Tem sido entendido que a mesma não implica necessariamente sequer a publicação de um anúncio num jornal, podendo bastar-se com um anúncio no site da Internet da entidade adjudicante, o que, todavia, deve assentar nas características específicas do contrato em causa¹⁰⁷. O que se exige às entidades adjudicantes é “um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos (...), por forma a que, se [uma] empresa o desejar possa manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato (...), o que passa pela publicação, antes da adjudicação do contrato, de um anúncio suficientemente acessível”¹⁰⁸.

Independentemente do que seja, em concreto, o modo adequado de publicitação da intenção de contratar – avaliação que é deixada às entidades adjudicantes –, certo é que a consequência mais imediata que daí decorre “(...) é [a] de aceitar propostas de entidades que não se escolheu, mas que podem considerar-se interessadas no contrato”¹⁰⁹.

E esta é, sem dúvida, a limitação maior que decorre deste regime jurisprudencial. A mera publicitação da intenção de contratar e o convite generalizadamente dirigido a quem possa estar interessado para apresentar proposta constitui, de *per se*, uma forte restrição à liberdade das entidades adjudicantes, correspondendo, justamente, a um dos pilares em que assenta o direito da contratação pública e, em particular, o regime que brota das diretivas sobre a matéria: a imposição de um momento de abertura do contrato ao mercado. Ainda que o anúncio em si mesmo não obedeça às regras impostas nas diretivas e ainda que a tramitação procedural prevista nas diretivas (e com mais pormenor no Código dos Contratos Públicos) não tenha aplicação no plano do regime jurisprudencial, a verdade é que, uma vez esclarecida a sujeição de determinada contratação a este regime, fica praticamente aniquilada a liberdade da entidade adjudicante no que toca à escolha do seu co-contratante.

Além do dever de publicidade, o segundo pilar em que assenta este regime prende-se com a exigência de *ausência de discriminação e de parcialidade na adjudicação* – “[a] garantia de um procedimento equitativo e

¹⁰⁷ Cfr. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 737.

¹⁰⁸ Cfr. *Comunicação interpretativa de 2006*, *cit.*, ponto 2.1.1.

¹⁰⁹ Cfr. Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 886.

imparcial é o corolário necessário da obrigação de assegurar uma publicidade transparente”¹¹⁰.

Esta exigência tem implicações, como também assinala a Comissão, (i) ao nível da descrição do objeto do contrato (proibição da alusão a marcas e fabricantes específicos), (ii) quanto às condições impostas aos próprios concorrentes (que não podem ser discriminatórias), (iii) ao nível dos prazos, que devem ser adequados à complexidade do contrato e da proposta e permitir a sua preparação por operadores de outros Estados-membros, (iv) no plano da própria condução do procedimento, exigindo-se uma abordagem transparente e objetiva que incuta nos concorrentes a confiança sobre a imparcialidade da entidade adjudicante e, finalmente, (v) no momento da própria adjudicação e da escolha do adjudicatário, implicando “transparência na adjudicação e observância das regras previamente estabelecidas”¹¹¹, em homenagem aos princípios da não-discriminação e da igualdade de tratamento.

5.2.3. Limitação aos contratos com interesse transfronteiriço certo

É o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia¹¹² que reconhece que este regime procedural diretamente deduzido dos princípios do Tratado apenas é convocado quando o contrato a celebrar apresente um *interesse transfronteiriço certo*, isto é, quando o “apresent[e] um interesse para os agentes económicos considerados de um ponto de vista de todo o mercado europeu, e não apenas do ponto de vista dos mercados nacionais”¹¹³ ou, noutra formulação, quando “envolve a concorrência (virtual ou efetiva) de interessados de outros países comunitários”¹¹⁴.

O preenchimento do conceito de contrato com interesse transfronteiriço certo não se afigura intuitivo nem simples. Essa natural dificuldade, associada à própria indeterminação do conceito, é reforçada, em prejuízo da segurança jurídica, pelo modo como o Tribunal de Justiça da União Europeia tem enfrentado a questão, combinando uma série de fatores, de diferentes formas e em diferentes graus, seguindo um típico método

¹¹⁰ Cfr. ponto 2.2.1 da mesma *Comunicação interpretativa de 2006*.

¹¹¹ Cfr. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 737.

¹¹² Cfr. os já referidos Acórdãos *Telaustria*, *Coname*, *Parking Brixen*, *SECAP*, *Comissão v. República Italiana*, *Comissão v. Irlanda*.

¹¹³ Cfr. Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 885. O itálico consta no original.

¹¹⁴ Cfr. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 53.

indiciário (e não cumulativo)¹¹⁵ – a título de exemplo, o Tribunal invoca interesse económico do contrato¹¹⁶, a diferenciação técnica do objeto do contrato¹¹⁷ ou o próprio local de execução contratual.

De acordo com a Comissão Europeia, na senda de alguns fatores que vêm sendo avançados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, “cabe a cada entidade adjudicante decidir se o contrato a adjudicar pode apresentar um interesse potencial para os agentes económicos situados noutras Estados-membros”, decisão que tem de ser sustentada “numa avaliação das circunstâncias particulares do caso, como sejam o objeto do contrato, o seu valor, as particularidades do setor em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc.) e também da localização geográfica do lugar de execução”¹¹⁸. A Comissão reconhece ainda, com relevância, poderem ser aplicadas as exceções específicas que constam das diretivas e que autorizam, em certas condições, a utilização de procedimentos sem publicação prévia de anúncio, como é o caso da extrema urgência e de contratos que apenas podem ser executados por um único operador¹¹⁹. Em suma: quando esteja ausente esse elemento transfronteiriço, o contrato não cai no domínio natural de abrangência do regime europeu da contratação pública, seja o consagrado nas diretivas, seja o decorrente dos princípios do Tratado.

¹¹⁵ Cfr. Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 885.

¹¹⁶ Cfr. Acórdão Coname, *cit.*, parágrafo 20.

¹¹⁷ Trata-se de contratos que, por requererem investimentos significativos em meios e pessoal especializado, oferecem poucas oportunidades para aplicação, ao ponto de empresas sedeadas em qualquer ponto da União Europeia estarem disponíveis a suportar os custos da distância – cfr. Miguel Assis Raimundo, *ob. cit.*, p. 886.

¹¹⁸ Cfr. *Comunicação interpretativa de 2006*, ponto 1.3.

¹¹⁹ Cfr. *Comunicação interpretativa de 2006*, ponto 2.1.4.