

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

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NOS SETORES DA ÁGUA E DO SANEAMENTO (ÂMBITOS SUBJETIVO E OBJETIVO DE APLICAÇÃO DO REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NESTES SETORES)¹

Mark Bobela-Mota Kirkby

Advogado.

1. Introdução

1. O regime de contratação pública que se aplica às entidades que têm a sua cargo a gestão e exploração dos sistemas municipais e multimunicipais relativos aos serviços públicos de água e saneamento pode ser diferente do regime geral de contratação pública que se aplica às entidades públicas que atuam noutros setores, e esse regime especial pode inclusivamente aplicar-se a entidades materialmente privadas.

Isto porque, como é sabido, a atividade no setor da água, *i.e.*, “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”, insere-se nos chamados “setores especiais da contratação pública”² [cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)]. Com esta expressão pretende-se significar

¹ Baseado na sessão do curso de pós-graduação de atualização sobre Direito da Água, promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que lecionámos no dia 19 de junho de 2012.

² Sobre as razões históricas da autonomização dos “setores especiais” para efeitos da sujeição das entidades adjudicantes que neles operam a um regime especial de contratação pública cfr. Maria Antonieta Porttalur, Francesca Petullá, Daniele Spinell, *I contratti pubblici dei settori speciali*, ed. Il Sole 24 Ore, 2008, p. 2 e seguintes, e Mark Bobela-Mota Kirkby, “A contratação pública nos ‘sectores especiais’”, in AAVV, *Estudos de contratação pública II*, Coimbra, 2010, p. 41 e seguintes.

que a atividade pública contratual desenvolvida por entidades que operam nesses setores pode ficar sujeita a um regime de contratação pública *mais flexível* do que o regime geral da contratação pública. Por seu turno, algumas situações que adiante serão analisadas, também a contratação pública realizada por entidades que operam no setor do saneamento pode ficar sujeita ao regime de contratação pública dos setores especiais [cfr. alínea b) do n.º 3 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos].

2. Para apurarmos se a celebração de um determinado contrato público celebrado por uma entidade que opera no setor da água ou nos setores da água e saneamento está sujeita ao regime dos setores especiais torna-se necessário desenvolver duas tarefas de hermenêutica jurídica:

- a) determinar se a entidade em causa pode ser qualificada como uma “entidade adjudicante dos setores especiais”, isto é, se a entidade se integra no âmbito subjetivo de aplicação da Diretiva 2004/17/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores especiais, e, bem assim, no âmbito subjetivo de aplicação do regime dos setores especiais transposto pelo Código dos Contratos Públicos;
- b) determinar se o contrato celebrado pela potencial “entidade adjudicante dos setores especiais” se integra no âmbito material de aplicação do regime de contratação pública nos setores especiais plasmado nos diplomas citados, isto é, se está relacionado com a atividade desenvolvida pelas referidas entidades nos setores da água ou da água e saneamento.

São os parâmetros normativos que devem presidir a estas tarefas hermenêuticas que passamos a analisar.

2. Âmbito subjetivo do regime específico de contratação pública nos setores da água e saneamento

2.1. As entidades adjudicantes nos “setores especiais”

3. Com especial relevância para a delimitação do âmbito subjetivo de aplicação das regras de contratação específicas para as entidades que atuam nos setores especiais surge-nos o artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, que se refere às “entidades adjudicantes nos setores da

água, da energia, dos transportes e dos serviços postais” e que vem alargar o leque de entidades que, à luz do Código, devem ser consideradas “entidades adjudicantes” para efeitos da respetiva sujeição às regras da contratação pública.

Assim, a alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º considera “entidades adjudicantes” “quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º [i.e., que não sejam nem entidades públicas tradicionais, nem “organismos de direito público” na aceção que adiante analisaremos], ainda que criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, com caráter industrial ou comercial, que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e em relação às quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º possa exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante”.

Por seu turno, a alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º considera ainda entidades adjudicantes “quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º que gozem de *direitos especiais ou exclusivos*³ não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito:

- i. reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias atividades nos setores da água da energia, dos transportes e dos serviços postais; e
- ii. afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades”.

4. O enunciado da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos não levanta dúvidas interpretativas de maior. Refira-se apenas que o preceito qualifica como “entidades adjudicantes” quaisquer entidades que atuem nos “setores especiais” e relativamente às quais as “entidades adjudicantes” referidas no artigo 2.º detenham, direta ou indiretamente, uma “influência dominante”. O n.º 2 do artigo 7.º esclarece que “considera-se que uma entidade adjudicante pode exercer influência dominante quando detiver, nomeadamente, a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito a designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, de direção ou de fiscalização”.

³ Destacado nosso.

Atendendo a que a definição de “influência dominante”, para este efeito, acompanha a definição de “influência dominante” para efeitos de qualificação de uma empresa como “empresa pública” acolhida no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro⁴, resulta imediatamente claro o alcance e o escopo principais da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públícos: sujeitar às regras da contratação pública todas as entidades que operem nos “setores especiais” e que, nomeadamente, devam ser consideradas “empresas públicas”, *mesmo que atuem nesse mercado em condições concorrenenciais*, isto é, mesmo que não pudessem ser consideradas “organismos de direito público” nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públícos⁵.

Assim, ao contrário do que sucede na generalidade dos setores de atividade, em que não basta a qualificação de uma entidade como “empresa pública” para a sujeitar às regras da contratação, sendo necessário que esta desenvolva uma atividade de interesse geral “com caráter não industrial ou não comercial”⁶ (i.e., subtraída às condições normais de mercado e da livre concorrência), já nos setores especiais todas as empresas públicas estão abrangidas pelo Código dos Contratos Públícos, mesmo que a atividade desenvolvida tenha caráter “industrial ou comercial”. Funciona aqui, como é de ver, a presunção subjacente à própria razão de ser do regime dos setores especiais, de que os mercados em que as atividades em causa são desenvolvidas não estão suficientemente liberalizados ao ponto de se poder assumir que a circunstância de existir alguma concorrência entre as entidades adjudicantes basta para afastar as preocupações jurídico-públicas inerentes à imposição de procedimentos concorrenenciais.

5. Já a previsão da alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públícos descreve uma situação em que uma empresa totalmente privada, quer formal quer materialmente, pode ser considerada “entidade adjudicante” e, consequentemente, sujeita às regras da contratação pública contidas na Parte II do Código.

Como referimos, o preceito considera ainda “entidades adjudicantes” “quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º que gozem

⁴E, bem assim, no artigo 3.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, quanto às empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas.

⁵Acompanhando, de resto, o disposto no artigo 2.º [em particular a alínea a) do n.º 2] da Diretiva 2004/17/CE, que submete às regras da contratação pública todas as empresas públicas.

⁶Cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públícos.

de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito:

- i. reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e
- ii. afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades".

Este preceito vem, na sequência de uma das principais alterações introduzidas ao regime dos "setores especiais" pela Diretiva 2004/17/CE [cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 1.º], limitar o seu próprio âmbito de aplicação, reduzindo as entidades abrangidas a partir da nova definição (mais restrita) de "direitos especiais ou exclusivos".

6. Assim, quer a Diretiva quer as instâncias comunitárias e, consequentemente, a própria doutrina, têm adotado uma abordagem cautelosa, senão mesmo limitativa, do conceito de *direitos especiais ou exclusivos*, restringindo a abrangência do conceito.

Com efeito, o Considerando 25 da Diretiva 2004/17/CE esclarece que "é conveniente assegurar uma definição adequada da noção de direitos especiais e exclusivos. Dessa definição deve resultar que (...) o facto de uma entidade alimentar com água potável, eletricidade, gás ou combustível para aquecimento uma rede que, por seu turno, seja explorada por uma entidade que beneficie de direitos especiais ou exclusivos concedidos por uma autoridade competente do Estado-membro em causa *também não constitui, por si só, um direito exclusivo ou especial*" na aceção da presente Diretiva. Do mesmo modo, não poderão ser considerados, seja por que forma for, inclusivamente mediante atos de concessão, direitos exclusivos ou especiais, os direitos concedidos por um Estado-membro a um número limitado de empresas com base em critérios objetivos proporcionais e não discriminatórios, que deem a qualquer interessado que os satisfaça a possibilidade de beneficiar dos mesmos".

Como bem assinalou a Comissão Europeia na sua Declaração Interpretativa de 18 de junho de 2004, sobre o conceito de "direitos exclusivos ou especiais" acolhido na nova Diretiva dos setores especiais, o regime esta-

⁷ Destacados nossos.

belecido a partir da definição do conceito efetuada pelo n.º 3 do artigo 2.º e pelo Considerando 25 da Diretiva introduz alterações profundas ao regime constante da Diretiva anteriormente aplicável aos setores especiais (Diretiva 93/38/CE), com enormes consequências práticas.

Em particular, ao contrário do que antes sucedia, deixou de ser possível concluir pela existência de um direito exclusivo ou especial apenas a partir da consideração do tipo e do regime geral da atividade exercida, nomeadamente se a mesma envolve, por exemplo, direitos expropriatórios ou de ocupação de terrenos que integrem o domínio público. Com a nova Diretiva torna-se necessário desenvolver uma análise “caso a caso” com vista a aferir se a entidade em causa goza de direitos que “afetem substancialmente a possibilidade de outras entidades desenvolverem no mesmo território a mesma atividade em condições substantivas equivalentes”.

Por outro lado, passou a ser necessário aferir como é que a entidade em causa obteve os eventuais direitos exclusivos ou especiais, não podendo ser considerada uma “entidade adjudicante” sujeita às regras da contratação pública quando *tais direitos tenham sido eles próprios obtidos na sequência de um procedimento aberto e concorrencial, com publicidade internacional*.

A *ratio* do novo regime estabelecido na Diretiva 2004/17/CE visa, essencialmente, excluir do conceito de “entidades adjudicantes” e, consequentemente, do âmbito subjetivo de aplicação das regras da contratação pública nos setores especiais, todas as entidades sobre as quais a Administração não pode exercer uma influência real quanto às decisões relativas aos contratos que aquelas venham a celebrar, precisamente porque a Administração não goza de liberdade ou de poderes discricionários na atribuição dos referidos direitos exclusivos ou especiais⁸. E isto sucederá quer quando se possa concluir que tais direitos podem ser gozados por todos aqueles que reúnam determinadas condições objetivamente definidas, quer quando são atribuídos na sequência de um procedimento concorrencial.

2.2. Os organismos de direito público

7. O artigo 12.º do Código dos Contratos Públicos estende o âmbito de aplicação das regras da contratação nos setores da água, da energia, dos

⁸ Cfr. Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Thompson – Sweet & Maxwell, 2005, p. 854.

transportes e dos serviços postais às entidades adjudicantes previstas no respetivo n.º 2 do artigo 2.º, ou seja, às entidades que comunitariamente são designadas “organismos de direito público”.

Assim, nos termos do preceito citado, “à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º, que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, são aplicáveis as regras especiais previstas no presente Código relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou várias dessas atividades”.

Significa isto que os “organismos de direito público”, caso desenvolvam atividades nos setores especiais (artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos) e relativamente aos contratos que “digam direta e principalmente respeito” a tais atividades, podem beneficiar do regime (mais permissivo e flexível) aplicável à contratação dos setores especiais, à semelhança do que sucede com as entidades referidas no artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos. Todavia, e como é evidente, relativamente às restantes atividades por si desenvolvidas, ou no caso de os contratos celebrados nos setores especiais não se relacionarem direta e principalmente com as atividades enunciadas no artigo 9.º, é-lhes aplicável o regime geral da contratação pública reservado às entidades previstas no n.º 2 do artigo 2.º. Não se aplica aqui, consequentemente, o mesmo raciocínio que é aplicável às entidades que apenas são “entidades adjudicantes” por força do artigo 7.º que, no caso de celebrarem contratos diversos dos previstos no Código dos Contratos Públicos (*maxime* artigos 9.º e 11.º), não estão sujeitas às regras da contratação pública.

8. Face ao exposto, revela-se pertinente clarificar, ainda que sinteticamente, o conceito de “organismo de direito público” a que se refere a alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos⁹.

O referido preceito estende a qualificação de “entidade adjudicante” a pessoas coletivas de direito privado que preencham um conjunto de requisitos identificados nas suas duas subalíneas.

⁹ Já que as alíneas b) e d) do preceito não apresentam autonomia conceitual face às alíneas a) e c), e que a alínea c) regula uma situação específica que não releva no quadro dos setores especiais.

Assim, o preceito pretende sujeitar à aplicação do Código dos Contratos Públicos um conjunto de entidades que, não obstante revestirem formalmente a natureza de pessoas coletivas de direito privado, se reconduzem a organismos ou empresas que orbitam na esfera de influência pública (estando assim à margem da concorrência de mercado) e que, por essa razão, quer as diretivas comunitárias aplicáveis, quer o Código dos Contratos Públicos, consideram tratar-se de "organismos de direito público", ou seja, de entidades que sendo formalmente privadas são materialmente públicas.

Nesta linha, "são também entidades adjudicantes:

- a) quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada;
- b) tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial; e
- c) sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior [as *entidades públicas tradicionais*], estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades".

Como sublinha João Amaral e Almeida, "o critério da atuação em livre concorrência apresenta-se assim como a explicação do conceito de 'organismo de direito público' constante das diretivas sobre contratação pública, constituindo, desse modo, o eixo da delimitação do seu próprio âmbito pessoal de aplicação fora do setor público tradicional"¹⁰.

2.3. As entidades adjudicantes do setor público tradicional

9. A Diretiva 2004/17/CE inscreve no elenco de "entidades adjudicantes" a que a mesma se aplica algumas das entidades do setor público tradi-

¹⁰Cfr. "Os organismos de direito público e o respetivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, 2006, p. 640. O autor cita em abono da ideia sustentada José Luís Piñar Mañas e Juan António Hernández Corchete "El contrato de obras en el ámbito de los sectores excluidos", in *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Madrid, 1997, p. 109), quando aduzem que "...é da máxima importância precisar o que deve entender-se por caráter industrial ou comercial. Se isso não se alcança ou se faz erradamente, somos seguramente conduzidos à situação de que a diretiva comunitária que prossegue o objetivo da abertura da contratação pública à concorrência real e efetiva não sirva afinal para nada (porque seria facilmente

cional, isto é, daquelas entidades que o Código dos Contratos Públicos contempla no n.º 1 do respetivo artigo 2.º. Assim, num plano estritamente comunitário, também o Estado, as autarquias locais e as associações de autarquias locais estariam sujeitos ao regime administrativo de contratação definido na Diretiva quando exercessem as atividades nos setores especiais¹¹.

Significa isto que a Diretiva conferiu abertura para que mesmo o Estado, as autarquias locais e respetivas associações públicas, quando realizassem diretamente as atividades que se inserem no seu âmbito material de aplicação, pudessem beneficiar do regime mais permissivo de contratação pública estatuído para as entidades que operam nos setores especiais.

10. Não foi essa, no entanto, a linha seguida pelo legislador nacional. Com efeito, o confronto do n.º 1 do artigo 2.º, n.º 1 do artigo 7.º e 12.º, todos do Código dos Contratos Públicos, permite imediatamente perceber que as entidades do setor público tradicional identificadas no n.º 1 do artigo 2.º estão sempre sujeitas às regras gerais da contratação pública, ainda que desenvolvam por si próprias atividades nos setores especiais, ou seja, mesmo quando celebram contratos que digam “direta e principalmente” respeito a alguma das atividades descritas nomeadamente no artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos. É o que se passa, por exemplo, com os municípios que, através dos seus serviços *municipalizados*, se encarreguem diretamente dos sistemas municipais de abastecimento de água e saneamento em baixa.

2.4. Síntese conclusiva

11. Nos setores especiais, a delimitação das entidades adjudicantes assume contornos específicos. Com efeito, da conjugação do n.º 1 do

¹⁰(cont.) burlada apenas por se dar uma ou outra definição jurídica ao serviço público de que a entidade contratante está incumbida) ou então que tal diretiva se traduza numa pesada carga administrativa desnecessária por falta de justificação (porque seria o normal funcionamento do próprio mercado a garantir a contratação em concorrência.) (...) Assim, à luz da finalidade com que se apresentam as diretivas relativas à contratação pública, deve entender-se que uma entidade satisfaz necessidades de caráter industrial ou comercial quando opera segundo as leis do mercado, sem nenhum privilégio proveniente da sua condição pública”. Para explicações mais pormenorizadas sobre o conceito de “organismos de direito público” ver, além das obras já citadas, Bernardo Azevedo, “Organismo de direito público – uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível”, in *Estudos de contra-contratação pública*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010 e Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012, p. 354 e seguintes.

¹¹Cfr. alínea a) do n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva 2004/17/CE.

artigo 7.º com o artigo 12.º, bem como das diversas disposições que, na Parte II, consagram uma regulamentação específica para a contratação pública nos setores especiais, resulta inequivocamente que as regras especiais previstas no Código relativas à formação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais só se aplicam a entidades que *não são* entidades adjudicantes na contratação pública em geral e aos organismos de direito público.

Na perspetiva do Código, a normação mais flexível admitida pelo legislador comunitário não deve valer quando esteja em causa uma entidade adjudicante que se integre na Administração Pública em *sentido orgânico tradicional*. O legislador recusa, assim, a consagração de uma dualidade de regimes de contratação aplicável ao Estado, às regiões autónomas, às autarquias locais, aos institutos públicos, às associações públicas e a outras entidades análogas. Para o Código, as razões que justificam a sujeição da Administração Pública “tradicional” ao regime geral de contratação pública valem igualmente quando a formação do contrato respeita aos setores especiais. Em conformidade, à luz do n.º 1 do artigo 7.º, as regras especiais previstas no Código relativas à formação de contratos nos setores especiais só beneficiam entidades adjudicantes não abrangidas pelo regime geral de contratação pública.

12. Por outras palavras, e sem prejuízo da hipótese específica contemplada na alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º, o legislador tem em vista duas categorias de entidades: de um lado, a lei refere-se às entidades que estejam sujeitas à influência dominante de outra entidade adjudicante e que tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, com caráter industrial ou comercial (o que permite abranger a generalidade das empresas públicas cuja atividade económica se submeta à lógica de mercado e da livre concorrência); do outro, o Código alarga o seu âmbito de aplicação, nos setores especiais, a quaisquer outras pessoas coletivas que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou de várias das atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades.

Contudo, a única exceção ao princípio assim afirmado respeita precisamente aos “organismos de direito público”. Na verdade, em conformidade com a preocupação que aflora igualmente noutras disposições

de consagrar um regime mais flexível de contratação para esta categoria de entidades adjudicantes, o artigo 12.º estende o âmbito de aplicação das regras especiais sobre contratação nos setores especiais aos organismos de direito público. Daí que, para este efeito, o intérprete não tenha que verificar se a atividade desenvolvida por uma entidade criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral e controlada por outra entidade adjudicante reveste ou não caráter industrial ou comercial.

13. Vertendo estas conclusões para a situação específica das entidades que em Portugal operam nos setores da água ou da água e saneamento, podemos enquadrá-las da seguinte forma:

- a) os serviços municipalizados que asseguram os sistemas municipais de abastecimento de água e tratamento de águas residuais estão sujeitos ao regime geral da contratação pública, não podendo “beneficiar” do regime de contratação pública dos setores especiais;
- b) as empresas públicas municipais que asseguram os sistemas municipais de abastecimento de água e, simultaneamente, de tratamento de águas residuais (em baixa), bem como as empresas públicas estaduais (do Grupo Águas de Portugal) que asseguram os sistemas multimunicipais de fornecimento de água e de água e saneamento (em alta), reconduzindo-se em regra aos “organismos de direito público” previstos no n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, podem beneficiar do regime de contratação pública nos setores especiais quando atuam nestes setores, por força da extensão do âmbito de aplicação deste regime a estas entidades consagrada no artigo 12.º do Código dos Contratos Públicos;
- c) as concessionárias municipais dos sistemas municipais de água e de água e saneamento não estão sujeitas a qualquer regime de contratação pública, nem sequer ao regime dos setores especiais, porquanto (e na medida em que) operam esses sistemas ao abrigo de exclusivos concessórios outorgados na sequência de procedimentos concursais com publicidade internacional;
- d) desconhecemos a existência em Portugal de entidades que possam ser qualificadas de entidades adjudicantes dos setores especiais ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, isto é, de entidades materialmente privadas que atuem nestes setores ao abrigo de direitos exclusivos não outorgados na sequência de concursos públicos internacionais.

2.5. A questão específica das entidades que desenvolvem a sua atividade na área dos sistemas de saneamento público (efluentes, águas residuais)

2.5.1. Razão de ordem

14. É sabido que o Código dos Contratos Públicos consagra um regime geral – aplicável às entidades adjudicantes definidas no artigo 2.º – e um *regime especial*, ao qual estão sujeitas as entidades adjudicantes que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Significa isto que as entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º e, por força da extensão operada pelo artigo 12.º, os organismos de direito público, (i) caso desenvolvam atividades nos setores especiais (tal como definidos no artigo 9.º) e (ii) relativamente aos contratos que “digam direta e principalmente respeito” a tais atividades, vivem o regime aplicável à contratação dos setores especiais.

Por forma a verificar o preenchimento destes requisitos relativamente às entidades adjudicantes que exercem a sua atividade no âmbito do saneamento de águas residuais – e, desse modo, fixar o regime de contratação que lhes é aplicável –, importará aqui fazer uma distinção entre:

- a) as entidades adjudicantes que se dedicam exclusivamente a esta atividade;
- b) as entidades adjudicantes que se dedicam concomitantemente à captação e abastecimento de água.

2.5.2. Entidades adjudicantes cujo objeto social se esgota na atividade de saneamento

15. As entidades adjudicantes que apenas exploram sistemas de recolha, tratamento e rejeição de efluentes não beneficiam do regime específico consagrado para os setores especiais porque não exercem qualquer atividade nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Com efeito estas atividades estão definidas no artigo 9.º por forma a abranger apenas, no que respeita ao vetor da água, “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”.

Assim, tais empresas, se couberem no âmbito do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos e, mais concretamente, se forem qualificadas como organismos de direito público, estão submetidas ao regime geral do Código dos Contratos Públicos. Pelo contrário, caso não sejam qualificadas como entidades adjudicantes ao abrigo do artigo 2.º, uma vez que falham um requisito qualificativo como entidade adjudicante dos setores especiais (não desenvolvem qualquer atividade nos setores especiais), tais empresas pura e simplesmente não estão sujeitas a um regime administrativo de contratação pública e atuam no mercado como qualquer particular.

2.5.3. Entidades adjudicantes que se dedicam às atividades de abastecimento de água e de saneamento¹²

16. Em contrapartida, se o âmbito de intervenção das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º e, por força da extensão operada pelo artigo 12.º, no n.º 2 do artigo 2.º *abranger, simultaneamente, a gestão de sistemas de saneamento e de sistemas de abastecimento de água, tais entidades poderão beneficiar da extensão do regime que é aplicável aos setores especiais.*

O problema coloca-se, pois, em relação a empresas de objeto misto. Tudo reside em saber, no caso de se tratar de uma empresa de objeto misto, que atue simultaneamente nos setores da água e do saneamento, se a atividade que desenvolve no setor do saneamento fica ou não sujeita ao regime específico dos setores especiais.

Se a conclusão for positiva e se tratar de entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º (organismos de direito público), a contratação que respeite à rejeição ou tratamento de águas residuais fica sujeita ao regime de contratação específico dos setores especiais, ele próprio disperso pelas Partes I e II do Código. Se, para estas mesmas entidades, a conclusão for negativa, a contratação que realizarem no âmbito do setor do saneamento fica sujeito ao regime geral da contratação pública que lhes é normalmente aplicável enquanto “organismos de direito público”.

Se a conclusão for positiva e se tratar de entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 7.º, tal significa, naturalmente, que esta parcela da sua atividade fica sujeita ao regime dos setores especiais, tal como a atividade que

¹² Segundo de perto texto e argumentos de Parecer inédito de Rui Medeiros, Mark Bobela-Mota Kirkby, Tiago Fidalgo Freitas, de Outubro de 2008.

desenvolvem no setor da água. Mas se a conclusão for negativa, e ao contrário do que sucede com as entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º, o resultado é a exclusão da atividade relacionada com efluentes de qualquer regime de contratação pública.

17. Ora, a este propósito, importa atentar ao que dispõe o n.º 3 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos:

“A parte II do presente Código é sempre aplicável à formação dos seguintes contratos, a celebrar pelas Entidades Adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, quando estas exerçam uma ou várias atividades no setor da água:

- a) contratos relacionados com projetos de engenharia hidráulica, de irrigação ou de drenagem, desde que o volume de água destinada ao abastecimento de água potável represente mais de 20 % do volume total de água fornecida de acordo com aqueles projetos ou por instalações de irrigação ou de drenagem;
- b) contratos relacionados com a rejeição ou o *tratamento de águas residuais*”¹³.

18. A interpretação a dar a este preceito suscita dificuldades evidentes. Na verdade, se ponderado unicamente na sua literalidade gramatical, parece dele resultar que se pretende excluir do âmbito de aplicação do regime dos setores especiais os “contratos relacionados com projetos de engenharia hidráulica, irrigação ou drenagem” e os “contratos relacionados com a rejeição e tratamento de águas residuais”, ainda que sejam celebrados por entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 7.º, que atuem no setor da água (ou por organismos de direito público que, atuando também nesse setor, pretendam beneficiar da extensão daquele regime operada pelo artigo 12.º). Esse resultado interpretativo baseado no elemento literal, particularmente infeliz se atendermos ao que o legislador realmente pretendeu expressar, resulta, especialmente, da confrontação do enunciado linguístico em causa com o do n.º 1 do artigo 11.º – enquanto neste n.º 1 se diz que “a Parte II do presente Código só é aplicável” à formação de certo tipo de contratos [os identificados na sua alínea b)] e acima de determinados limiares de valor, o n.º 3 do artigo 11.º

¹³ Destacado nosso.

prevê que a Parte II do Código “é sempre aplicável” aos contratos que se integrem nas duas categorias aí enunciadas (dando a entender que é irrelevante as prestações em que se traduzam e o respetivo valor).¹⁴

19. Todavia, é bem sabido que a letra da lei é apenas um ponto de partida (e um limite) da atividade interpretativa, estando o intérprete obrigado a procurar a correta articulação entre os contributos que se consigam discernir nos elementos interpretativos meta-literais, ou seja, os elementos histórico, sistemático e teleológico. Assim, no âmbito da atividade interpretativa, “o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei: para se poder dizer que ele corresponde à *mens legis*, é preciso sujeitá-la a crítica e controlo”¹⁴. E, no caso concreto, a ponderação destes outros elementos hermenêuticos permite concluir que o sentido literalmente mais direto do preceito deve ser rejeitado porque se revela incorreto.

20. Desde logo, o *elemento racional ou teleológico*, o qual impõe que a norma seja entendida em função da finalidade para que foi criada (*a ratio legis*), é decisivo para afastar uma interpretação meramente declarativa do preceito legal em apreço.

Toda a lei quer dar satisfação a certas exigências económicas e sociais e, portanto, na sua interpretação é necessário atender aos interesses que estão em causa, “perscrutando as necessidades práticas e a realidade social”¹⁵, por forma a aplicar as normas no sentido que melhor corresponde à obtenção do resultado que o legislador pretendeu alcançar com a sua formulação.

Ora, no caso em apreço, a necessidade que o n.º 3 do artigo 11.º visa satisfazer ou, se se quiser, a razão que constitui o seu fundamento jurídico – e que deve ajudar a determinar e esclarecer o seu sentido prevalecente – deve buscar-se na Diretiva 2004/17/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores especiais, que o Código dos Contratos Públicos veio transpor e concretizar.

Esta Diretiva, ao definir a seu âmbito de aplicação, abrange no setor da água as atividades de “abertura ou exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte e

¹⁴ Cfr. Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, tradução de Manuel de Andrade, Coimbra, 1934, p. 33

¹⁵ Cfr. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1987, 2.ª reimpressão, p. 182.

distribuição de água potável" e de "alimentação dessas redes com água potável" [alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 4.º], mas também todos os contratos associados "com projetos de engenharia hidráulica, irrigação ou drenagem" ou "com a evacuação e tratamento de águas residuais" [alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 4.º]. Deste modo, as regras de contratação especialmente definidas nesta Diretiva – regulando os diferentes tipos de procedimentos adjudicatórios e as circunstâncias em que cada um deles pode ser adotado em função de elementos materiais ou do valor do contrato – são aplicadas, indiferentemente, a qualquer uma daquelas atividades.

Esta delimitação abrangente do regime dos setores especiais é confirmada e justificada no considerando n.º 26 da Diretiva, esclarecendo aí o legislador comunitário que "é conveniente que as entidades adjudicantes apliquem disposições comuns de adjudicação no que se refere às suas atividades relativas à água e que essas regras se apliquem igualmente quando os poderes públicos, na aceção da presente diretiva, adjudiquem contratos relativos às suas atividades afetas a projetos de engenharia hidráulica, de irrigação, de drenagem, bem como de eliminação e tratamento de águas residuais"¹⁶.

O escopo desta disciplina unitária das atividades de abastecimento de água e de saneamento é, assim, o de promover o tratamento integrado de todos os vetores relacionados com a efetivação do ciclo urbano da água. Na verdade, os sistemas de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, por um lado, e os sistemas de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, por outro, são complementares e têm uma ligação bastante profunda entre si, existindo fases semelhantes em cada um deles. O facto de a sua exploração não se encontrar articulada é suscetível de gerar diversas ineficiências ao nível da complementaridade das infraestruturas, dificultando um planeamento conjunto das duas fases do ciclo e onerando a criação de economias de escala que poderiam ser repercutidas nos utentes, em termos de melhoria do serviço e menores exigências de financiamento dos sistemas. A intenção do legislador comunitário é, assim, a de promover essa desejável articulação entre as atividades de abastecimento de água potável (a montante) e de saneamento de águas residuais (a jusante), fazendo beneficiar as entidades que a elas se dedicam de um regime uniforme (mais permissivo e flexível) de contratação pública.

¹⁶ Destacado nosso.

Assim, a *mens legis* subjacente à norma do n.º 3 do artigo 11.º elucidada pela sua fonte normativa e pelos elementos racionais que a inspiram, é a de submeter a formação dos contratos relacionados com a rejeição e tratamento de águas residuais, quando celebrados por entidades adjudicantes que atuem no setor da água¹⁷, à mesma disciplina jurídica a que estão sujeitos os contratos que digam respeito a esta atividade (tal como definida, em sentido estrito, no artigo 9.º). Ou seja, a teleologia da norma aponta para que os contratos associados ao vetor do saneamento só tenham de ser precedidos dos procedimentos adjudicatórios previstos na Parte II do Código dos Contratos Públicos se i) estiver em causa uma das prestações contratuais típicas identificadas na alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º, e se ii) o valor do acordo exceder os limiares aí previstos.

A Diretiva 2004/17/CE, note-se, afirma-se igualmente como um determinante elemento sistemático da interpretação do preceito em causa. Com efeito, "...a consideração das outras normas que formam o complexo normativo do instituto em que se integra a norma intepretanda, isto é, que regulam a mesma matéria (contexto da lei)..."¹⁸, no caso, a consideração de que a alínea b) do n.º 3 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos visa precisamente transpor a alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º da Diretiva 2004/17/CEE, conduz-nos à conclusão de que o sentido decisivo daquele preceito deve ser paralelo, coerente e, inclusivamente, compatível com a prescrição deste último quanto ao alcance do âmbito de aplicação material do regime dos setores especiais.

21. No mesmo sentido interpretativo propende o elemento histórico, o qual determina que se atenda à génesis do preceito – ou seja, aos seus antecedentes legislativos e às circunstâncias do seu (eventual) aproveitamento e adaptação – como auxiliar para determinar o respetivo alcance. A este propósito, importa ter em conta que os procedimentos a observar na contratação de empreitadas, fornecimentos e prestações de serviços nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações já eram anteriormente regulados, na ordem jurídica nacional, por um diploma próprio – o Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de agosto. Ora, este diploma, embora tivesse o seu âmbito de aplicação originário delimitado, no setor da água, às atividades de colocação à disposição, exploração e

¹⁷ Isto é, entidades definidas no n.º 1 do artigo 7.º, ou organismos de direito público que invoquem a extensão de regime com fundamento no artigo 12.º.

¹⁸ Cfr. Baptista Machado, *Introdução...*, cit., p. 183.

alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável¹⁹, continha depois uma extensão do regime de contratação específico que instituía aos contratos que, sendo celebrados por entidades que se dedicuem àquelas atividades, “se refiram à evacuação ou tratamento de águas residuais”²⁰. Inexistindo qualquer motivo para concluir – designadamente, compulsando os trabalhos preparatórios do Código dos Contratos Públicos – que foi intenção do legislador alterar radicalmente esta solução normativa (e passar a sujeitar os contratos relacionados com o saneamento e celebrados por entidades do setor da água ao regime geral de contratação), podemos afirmar que também a filiação histórica do n.º 3 do artigo 11.º, aponta no sentido interpretativo exposto.

22. Em suma, o n.º 3 do artigo 11.º, submete os contratos a celebrar por entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, e, por força da extensão operada pelo artigo 12.º, no n.º 2 do artigo 2.º, que exerçam a sua atividade simultaneamente nos setores da água e do saneamento, ao regime dos setores especiais.

Para o efeito, por força do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º, é preciso, no entanto, que os contratos “digam direta e principalmente respeito” às atividades realizadas no âmbito da distribuição de água – mais concretamente, da colocação à disposição, exploração e alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável – ou, por força da extensão operada pela alínea b) do n.º 3 do artigo 11.º, no âmbito do saneamento (isto é, da contratação relacionada com a rejeição ou o tratamento de águas residuais).

Mas, verificado um tal requisito, aplica-se o regime de contratação previsto para os setores especiais²¹.

¹⁹ Cfr. artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 223/2001.

²⁰ Cfr. artigo 13.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 223/2001.

²¹ Note-se que qualquer outra interpretação do preceito careceria de sentido e conduziria a resultados desconformes, ou pelo menos não desejados pela Diretiva 2004/17/CE.

3. Delimitação do âmbito material de aplicação²¹ do regime dos "setores especiais"²²

23. Como referimos, não basta que determinada entidade seja objetivamente qualificável como uma *entidade adjudicante que atua nos setores especiais* para que os contratos que celebre estejam sujeitos ao regime jurídico específico da contratação destes setores e, muito em particular, que uma entidade adjudicante do n.º 2 do artigo 2.º possa contratar à margem da Parte II do Código dos Contratos Públicos quando os contratos em causa tenham um valor inferior aos limiares que convocam a aplicação do regime dos setores especiais. Com efeito, para além da qualificação subjetiva de uma entidade *como entidade adjudicante dos setores especiais* é ainda necessário que os contratos em causa digam "direta e principalmente respeito" às atividades desenvolvidas pela empresa no âmbito dos setores especiais.

24. O inciso "contratos que digam direta e principalmente respeito" às atividades dos setores especiais, enquanto critério delimitador da aplicabilidade objetiva deste regime específico de contratação pública às entidades adjudicantes que operem nesses setores é, quanto a nós, um dos aspetos do Código (e da Diretiva 2004/17/CE) que se tem prestado a maiores equívocos interpretativos.

Recorde-se que nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º do Código dos Contratos Públicos, sob a epígrafe "âmbito da contratação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais", "a Parte

²¹ (cont.) Tome-se como exemplo uma empresa que seja uma entidade adjudicante do setor da água por força do n.º 1 do artigo 7.º (que, consequentemente, não é um "organismo de direito público" apanhado pelo n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos). A leitura do n.º 3 do artigo 11.º, alínea a), que retirasse do preceito uma obrigação de estas entidades adjudicantes dos setores especiais, que atuam no setor da água, submeterem os contratos que celebrem no setor do tratamento de águas residuais às regras da Parte II do Código reservadas para as entidades adjudicantes do artigo 2.º, redundaria no seguinte resultado perfeitamente absurdo: enquanto desenvolvessem a atividade de tratamento de efluentes de forma isolada, esta estaria à margem de quaisquer regras de contratação pública, uma vez que as entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 7.º apenas estão sujeitas ao Código dos Contratos Públicos quanto atuam nos setores especiais. Todavia, caso desenvolvessem simultaneamente atividades no setor da água e dos efluentes, a da água estaria sujeita ao regime previsto no Código para os setores especiais, mas a dos efluentes estaria sujeita a um regime ainda mais exigente, reservado para as entidades que são organismos de direito público. Um tal resultado seria, como é de ver, perfeitamente abstruso.

²² Seguindo de perto o estudo "A contratação pública nos setores especiais", Mark Bobela-Mota Kirkby, in *Estudos da contratação pública II*, Coimbra Editora, 2010.

II do presente Código só é aplicável à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou várias das atividades por elas exercidas nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais...”. Do mesmo modo, a aplicabilidade das regras específicas dos setores especiais às entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º, atenta a extensão do âmbito subjetivo de aplicação das mesmas operada pelo artigo 12.º, depende da aferição sobre se os contratos celebrados dizem, ou não, *direta e principalmente* respeito às atividades reguladas.

25. Ainda assim, como acima referido, subsiste uma diferença de fundo no que concerne ao regime que resulta da economia do Código para os dois tipos de entidades adjudicantes: no caso de se tratar de uma entidade adjudicante exclusivamente ao abrigo do n.º 1 do artigo 7.º, se o contrato não disser *direta e principalmente* respeito às atividades desenvolvidas nos setores especiais, a formação do contrato não é regulada pelo Código dos Contratos Públicos, isto é, a entidade atua no mercado como qualquer particular, não tendo de tramitar qualquer procedimento adjudicatório.

Pelo contrário, se se tratar de uma entidade adjudicante ao abrigo do n.º 2 do artigo 2.º, que atue nos setores especiais, no caso de o contrato não dizer *direta e principalmente respeito* a tais atividades (e não estiver excluído da Parte II do Código ao abrigo de qualquer outra norma específica ou exceção), a respetiva formação é apanhada pelas regras adjudicatórias mais apertadas aplicáveis, em geral, às entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º.

Acresce que o Código dos Contratos Públicos estabelece para este efeito, e na linha do estabelecido no n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva 2004/17/CE, uma presunção (ilidível) de que, quando os contratos disserem respeito, simultaneamente, a atividades desenvolvidas nos setores especiais e a outro tipo de atividades, e no caso se ser objetivamente impossível determinar a que atividade o mesmo *diz principalmente respeito* (se à incluída ou à não incluída nos setores especiais), devem aplicar-se as regras procedimentais *mais exigentes*²³.

²³ O n.º 3 e 4 do artigo 33.º do Código dos Contratos Públicos, transpondo os n.ºs 2 e 3 do artigo 9.º da Diretiva 2004/17/CE, concretizam um “princípio de favor” pela regulação administrativa procedural da contratação. Assim, na dúvida, os contratos celebrados pelas entidades

26. Numa síntese perfunctória, diríamos que o erro a que a interpretação da expressão *direta e principalmente respeito* se tem prestado assenta no facto de a mesma ser lida como impondo uma relação entre a *natureza específica* do bem, serviço ou obra a adquirir e a atividade do setor especial em causa e não, como decorre dos normativos comunitários aplicáveis, como impondo uma *afetação funcional* de tais bens, serviços ou obras à atividade da entidade adjudicante que seja desenvolvida nos setores especiais.

Posto de outra forma, uma abordagem frequente do problema, ainda que errada, passa por fazer o seguinte teste: uma empresa que opera no setor da água, celebraria determinado contrato se atuasse em qualquer outro setor diverso do setor especial em causa?

À luz deste teste, restringiríamos o âmbito de aplicação das regras de contratação dos setores especiais àqueles contratos cuja celebração, pela natureza específica ou especificidade técnica do seu objeto, só faça sentido por parte de entidades que operem nos setores especiais.

Assim, uma empresa cujo objeto seja o da alimentação de redes fixas de prestação de serviços públicos no setor da distribuição de água potável estaria sujeita às regras de contratação nos setores especiais se celebrasse um contrato para o fornecimento e instalação de condutas de água, ou uma empreitada para a construção de um sistema de captação de água. Mas já não estaria sujeita a essas regras no caso de celebrar um contrato de empreitada para a construção de um edifício destinado a instalar os respetivos serviços administrativos, ou para adquirir computadores para a sua sede, ou mesmo para adquirir bens de economato. Estes últimos, podendo ser celebrados por qualquer entidade independentemente do setor de atividade em que opere, não poderiam, por isso, dizer *direta e principalmente respeito* à atividade desenvolvida nos setores especiais. A esta luz, a empreitada relativa à sede da empresa, se lançada por uma entidade adjudicante que o fosse exclusivamente

²³(cont.) adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º, que desenvolvam atividades nos setores especiais obedecem às regras mais apertadas previstas, em termos gerais, para este tipo de entidades adjudicantes. De igual forma, no que concerne às entidades adjudicantes que o sejam apenas por força do n.º 1 do artigo 7.º, a mesma dúvida, isto é, sobre se os contratos celebrados dizem *direta e principalmente respeito* às atividades desenvolvidas nos setores especiais, conduz à presunção de que sim, colocando-os sob a alçada das regras da contratação pública para os setores especiais, num quadro em que a alternativa seria considerar que a formação dos referidos contratos não estaria sujeita ao Código, nem sequer às regras dos setores especiais.

ao abrigo do artigo 7.º do Código dos Contratos Públícos não estaria abrangida pelas regras da contratação pública. Já uma entidade adjudicante que o fosse também ao abrigo do n.º 2 do artigo 2.º do Código teria, em princípio, de observar as regras gerais aplicáveis a este tipo de entidades adjudicantes para a celebração do contrato, não beneficiando, assim, da extensão do âmbito de aplicação das regras dos setores especiais preconizada no artigo 12.º.

27. Este erro interpretativo fez o seu caminho, por exemplo, em Itália, ainda no contexto da legislação transpositiva da anterior Diretiva sobre a matéria. No artigo 8.º da Lei n.º 158 de 1995 (atualmente substituída pelo Codice dei Contratti Pubblici, de 2006), a aplicação das regras da contratação pública nos setores especiais era limitada às atividades ligadas ao “escopo institucional” das entidades em causa e, em particular, àquelas que, estando funcionalizadas a esse escopo, se revestissem de especificidades técnicas com ele relacionadas. Ou seja, considerava-se que os contratos celebrados por entidades que atuassem nos setores especiais apenas estariam abrangidos pelas regras aplicáveis a estes setores quando o respetivo objeto se revestisse das características ou especificidades técnicas ou funcionais que só relevassem no contexto específico do setor regulado (o exemplo da conduta de água, do sistema hidráulico ou da barragem). Todavia, cedo a doutrina apontou a insuscitabilidade de se adotar uma leitura tão restritiva do enunciado legal em apreço face aos objetivos da Diretiva dos setores especiais, denunciando uma “...tentativa do legislador interno de subtrair da aplicação dos normativos comunitários uma ampla fatia dos contratos abrangidos, na base do discutível critério da maior ou menor ligação do objeto do contrato com o escopo institucional da entidade adjudicante atendendo ao conteúdo especializado ou técnico das prestações a adquirir”²⁴.

E, de facto, qualquer interpretação que restrinja o âmbito de aplicação do regime dos setores especiais a contratos que tenham uma ligação técnica específica ao tipo de atividade desenvolvida nos setores especiais, deixando cair o critério da afetação funcional do contrato a essa atividade, seria ilegal por violar diretamente o Código dos Contratos

²⁴ Cfr. Raffaele Greco, in *Trattato sui contratti pubblici*, tomo V – *I settori speciali l'esecuzione*, coord. Maria Alessandra Sandulli, Rosanna de Nictolis, Roberto Garofoli, Giuffrè, 2008, pp. 3132-3133. Cfr., também, a este propósito, Aantonietta Portaluri, Francesca Petullà, Daniele Spinell, *I contratti...*, cit., p. 14 e seguintes.

Públicos e a Diretiva 2004/17/CE. Tome-se como exemplo uma empresa que atua no setor da água e celebra um contrato de empreitada para instalar os seus serviços administrativos ou uma cantina para seu pessoal dirigente. Se é certo que a referida solução interpretativa, quando aplicada a entidades adjudicantes que são simultaneamente *organismos de direito público* (n.º 2 do artigo 2.º do Código), colocaria tal contrato sob a égide de um regime de contratação pública mais exigente do que o dos setores especiais, também é certo que, na mesma medida, quando aplicada a entidades adjudicantes que o sejam ao abrigo, n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, teria por efeito excluir o referido contrato de quaisquer regras de contratação pública, nomeadamente das regras dos setores especiais, em violação direta dos normativos citados.

28. Qual é, então, o critério de delimitação do âmbito material de aplicação das regras da contratação pública nos setores especiais, decantável a partir da expressão “digam direta e principalmente respeito”?

Como se infere, por exemplo, das palavras de Fernandez Astudillo²⁵, todo o racional subjacente ao regime dos setores especiais parte da verificação de que as entidades que atuam nesses setores, independentemente da sua natureza pública ou privada, não se guiam, no momento da contratação, nomeadamente, de aquisição de bens, serviços ou obras, por critérios exclusivamente económicos, mercê da influência, mais ou menos intensa, e decorrente de fatores diversos, que sobre as mesmas detêm entidades do setor público administrativo. Tal conduz a um fechamento desses mercados, que se presumem objetivamente não inteiramente liberalizados. Por outro lado, nalguns casos as entidades que atuam nesses setores beneficiam de um negócio alavancado, ainda que indiretamente, por dinheiros públicos ou por direitos especiais ou exclusivos atribuídos num contexto não concorrencial, o que justifica a sua submissão a regras de contratação pública em homenagem aos princípios da concorrência, da igualdade e da imparcialidade, na medida em que estes impõem que todos os potenciais interessados em apresentar uma proposta para um aprovisionamento público o possam fazer.

Ora, se o problema a resolver se prende com a necessidade de forçar as entidades que atuam em determinados setores de atividade a abrir à con-

²⁵ *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Bosch, 2005, p. 49.

corrência as suas *compras*, afigura-se totalmente irrelevante, desta perspetiva, saber se aquilo que é comprado tem, pela sua própria natureza, uma ligação específica, técnica ou de outro tipo à atividade em causa. O que interessa, isso sim, é saber se quem compra, independentemente da natureza do bem, está a atuar no (*rectius*, está a *comprar para o*) sector de atividade que se presume não integralmente concorrencial.

Importa frisar que, da perspetiva dos fornecedores, prestadores ou empreiteiros, afigurar-se-á relativamente irrelevante saber se o bem, serviço ou obra que lhes é solicitado no contexto de um procedimento adjudicatório tem ou não uma *ligação natural* ao tipo de atividade desenvolvida pela entidade adjudicante. Interessa, sim, que a entidade em causa, que não pauta as suas aquisições por critérios de exclusiva racionalidade económica, seja *obrigada a tramitar um procedimento adjudicatório quando pretender contratar*.

Por exemplo, a uma empresa de construção civil interessará, porventura, tanto ter a oportunidade de apresentar proposta num procedimento relativo à empreitada de construção da sede de uma empresa que atua no setor da água, como num procedimento relativo à construção de uma sistema de abastecimento de água, assim como para um fornecedor de equipamento informático será absolutamente indiferente que os computadores que fornece sejam utilizados pela entidade adjudicante para equipar a sua sede social ou para gerir o sistema de abastecimento de água. E nada na Diretiva – e, consequentemente, no Código dos Contratos Públicos – permite concluir que o regime de contratação aplicável aos referidos aprovigionamentos difere em função das variáveis referidas.

29. Face ao exposto, o teste a fazer para aferir se o contrato diz *direta e principalmente respeito* ao setor especial que estejamos a considerar não passa por determinar se, atenta a natureza (técnica ou outra) daquilo que se pretende adquirir, a respetiva celebração só se justifica por parte de entidades que atuem nesse setor. Passa, antes, por perceber se o contrato é celebrado no âmbito da atividade regulada, ou seja, se aquilo que se vai adquirir vai ser funcionalmente afeto a essa atividade.

Ora, este problema apenas ganha relevância efetiva no caso de entidades que desenvolvam várias atividades, umas nos setores especiais e outras à margem destes setores ou em setores especiais diferentes: aqui importará determinar a que atividade é que a prestação a adquirir se destina

principalmente, de entre as várias atividades desenvolvidas²⁶. Pelo contrário, como refere Maria Luísa Chimenti²⁷, “se a entidade adjudicante desenvolve apenas atividade num setor especial, resultará supérfluo verificar [para este efeito] se a prestação objeto do contrato está funcionalizada a essa atividade”.

Nesta medida, no caso de uma entidade adjudicante que, em função do respetivo objeto social, apenas desenvolva a sua atividade num setor especial (v.g., abastecimento de água), toda a sua atividade contratual estará sujeita às regras do Código dos Contratos Públicos atinentes aos setores especiais, seja para comprar material de economato, seja para a realização de uma obra de construção de uma conduta de água. Em qualquer das situações o objeto do contrato destina-se exclusivamente ao desenvolvimento da (única) atividade da empresa.

30. O problema que efetivamente se pode colocar na determinação do regime aplicável aos contratos celebrados por entidades adjudicantes que atuam nos setores especiais não é, portanto, o de saber se o contrato se destina a suprir uma necessidade que releve especificamente no setor de atividade em causa.

O problema surge, sim, quando uma entidade que atua nos setores especiais desenvolve, simultaneamente, outras atividades não relacionadas com estes setores²⁸. Nestes casos torna-se necessário determinar a que atividade é que o contrato se destina principalmente. Assim, no caso de se destinar, a título principal, à atividade integrada nos setores especiais, então aplica-se ao contrato o regime de contratação próprio destes setores. Pelo contrário, no caso de se destinar, a título principal, a outras atividades não abrangidas nos setores especiais, então de duas

²⁶Veja-se, neste sentido, a abordagem tópica de Sue Arrowsmith (cfr. *ob. cit.* pp. 893-895): “por exemplo, as diferentes atividades podem ser geridas a partir das instalações centrais da empresa: neste caso, o edifício e os equipamentos, como por exemplo computadores, podem ser usados simultaneamente para atividades dos setores especiais e para atividades diversas. De forma semelhante, certo tipo de serviços, como por exemplo serviços de auditoria, são frequentemente adquiridos para a atividade da empresa como um todo. Qual é a posição de contratos que se relacionam quer com atividades dos setores especiais, quer com atividades que relevam outros setores?” A autora, seguindo a Diretiva, lembra que, nos termos do respetivo artigo 9.º, n.º 1, deve atender-se à atividade a que o contrato se destina principalmente. E nestes casos em que os contratos servem várias atividades sustenta a realização de um teste que atenda à atividade a que se destina a maior parte do valor ou do uso do bem ou serviço a adquirir.

²⁷*I settori speciali nel Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di Claudio Franchini/Federico Titomanlio, G.Giappichelli ed., 2010, p. 70.

²⁸Por exemplo, quando uma entidade desenvolve, simultaneamente, atividades no setor do abastecimento de água (regulado) e no do tratamento de resíduos sólidos (não regulado).

uma: ou se trata de uma entidade adjudicante exclusivamente ao abrigo do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, caso em que a formação do contrato não está abrangida por regras de contratação pública; ou se trata de uma entidade adjudicante por força do n.º 2 do artigo 2.º do mesmo Código, caso em que a formação do contrato se regerá pelas regras gerais aplicáveis a este tipo de entidades, mormente aos *organismos de direito público*.

31. O acima exposto decorre meridianamente claro da Diretiva 2004/17/CE. Desde logo, o seu Considerando 29 esclarece que “podem ser celebrados contratos com o objetivo de ir ao encontro das necessidades de determinadas atividades que podem estar sujeitas a regimes jurídicos diferentes. Deverá ficar claro que o regime jurídico aplicável a um único contrato destinado a abranger várias atividades deve estar sujeito às regras aplicáveis à atividade à qual esse contrato se destina principalmente. A determinação de qual a atividade a que o contrato se destina principalmente pode ser feita com base na análise das necessidades que o contrato específico deve satisfazer, levada a cabo pela entidade adjudicante... Em certos casos, como a aquisição de uma única peça de equipamento para a prossecução de atividades relativamente às quais falte uma estimativa das respetivas taxas de utilização, poderá ser objectivamente impossível determinar qual a atividade a que o contrato se destina principalmente. Deverá ser previsto quais as regras que se aplicam a esses casos”²⁹.

Nesta linha, o artigo 9.º da Diretiva 2004/17/CE estabelece que “um contrato que vise a prossecução de atividades diversas obedece às normas aplicáveis à atividade a que se destina principalmente”, salvaguardando, todavia, que “...a escolha entre a adjudicação de um único contrato ou a adjudicação de vários contratos separados não pode ocorrer com o objetivo de evitar a aplicação da presente diretiva ou, eventualmente, da Diretiva 2004/18/CE”³⁰.

²⁹ Os destacados são nossos.

³⁰ Tal impede, por exemplo, que uma entidade adjudicante, que o seja apenas por força do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos e que atue nos setores especiais e fora deles, agregue a aquisição de todos os computadores da empresa com o fito de subtrair a aquisição de parte deles às regras da contratação pública nos setores especiais, ou que o mesmo expediente seja utilizado por uma entidade adjudicante do n.º 2 do artigo 2.º, que atue nos setores especiais e fora deles, com vista a subtrair a aquisição de parte dos computadores ao regime geral aplicável às entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º do referido Código, apenas porque a maioria desses computadores, no primeiro caso se destinem à atividade não abrangida pelos setores especiais e, no segundo caso, se

Daqui decorre, por exemplo, que quando uma entidade que desenvolve atividades quer nos setores especiais, quer fora deles, e pretende adquirir um sistema informático que faça a gestão documental global da atividade da empresa, a pergunta que nos termos da Diretiva se deve fazer não é a de saber se o referido sistema constitui um bem que, pela sua natureza ou afetação específica, é adquirido pela circunstância de a entidade atuar nos setores especiais. A pergunta que se deve fazer é a de saber se o sistema se destina principalmente à atividade desenvolvida nos setores especiais, em função das taxas de utilização ou de afetação de recursos às diversas atividades desenvolvidas. Assim, se uma empresa desenvolve 80% da sua atividade num setor especial, a aquisição do sistema seguirá as regras aplicáveis à contratação nestes setores. Se a proporção for a inversa, a solução jurídica é a contrária.

Mas se toda a atividade da empresa é desenvolvida em setores abrangidos pelo regime dos setores especiais, então o problema nem sequer se coloca: a contratualização do sistema informático diz necessariamente respeito à atividade desenvolvida nos setores especiais. É o que se passa, nomeadamente, com as empresas que se dedicam exclusivamente a atividades no setor da água ou da água e saneamento.

32. Problema diverso é aquele que se coloca com a aquisição de um conjunto de bens que, ao contrário do que sucede com o sistema informático do exemplo acabado de referir ou com a empreitada da sede da empresa (indivisíveis), são suscetíveis de serem adquiridos a partir da celebração de diversos contratos. Pense-se na aquisição de computadores, ou mesmo de agrafadores, por uma empresa que desenvolve a sua atividades em dois setores de atividade, sendo um deles um setor especial, com o objetivo de equipar toda a empresa com esses bens. Dir-se-ia, quanto a este exemplo, que tudo está em determinar qual a atividade principal da empresa, na medida em que, apurada esta, está encontrada a atividade a que os bens adquiridos se destinam a título principal.

Sucede que, no contexto de contratos que agreguem a aquisição de bens com autonomia intrínseca, é convocada a aplicação do n.º 2 do artigo 9.º

³⁰(cont.) destinem à atividade não abrangida pelos setores especiais e, no segundo caso, se destinem à atividade abrangida pelos setores especiais. No caso de alguns computadores se destinarem, a título principal, à atividade desenvolvida nos setores especiais, no primeiro caso, ou à atividade não abrangida nos setores especiais, no segundo caso (e ainda que a atividade principal da entidade adjudicante seja diversa), o regime aplicável à contratação é aquele que se revelar mais exigente: no primeiro caso o dos setores especiais; no segundo caso, o aplicável às entidades previstas no n.º 2 do artigo 2.º.

da Diretiva, que parece aflorar mais uma vez o "princípio de favor pela regulação contratual mais exigente": a agregação das aquisições num único contrato não pode ser efetuada com o objetivo de subtrair parte das aquisições às regras a que normalmente estariam submetidas se individualmente consideradas. Desta perspetiva, parece, por exemplo, que, se parte dos bens se destinam à atividade dos setores especiais e parte a uma atividade não integrada nesses setores, o regime procedimental a aplicar ao contrato será aquele que se revelar mais exigente: no caso de a entidade contratante ser uma entidade adjudicante exclusivamente em função do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, aplicar-se-á o regime dos setores especiais (e não a alternativa possível, que seria a de o contrato não estar abrangido por quaisquer regras de contratação pública). Se se tratar de uma entidade que seja simultaneamente um entidade adjudicante por força do artigo 2º do artigo 2.º, o regime a aplicar será o regime geral, mais exigente, aplicável à contratação pública por este tipo de entidades.

Com efeito, ainda que o Código dos Contratos Públicos não contenha um artigo que se ocupe especificamente deste problema, isto é, do regime pré-contratual aplicável a contratos que agreguem prestações do mesmo tipo, suscetíveis de integrarem o objeto de vários contratos, contratos estes celebrados por entidades que atuem simultaneamente nos setores especiais e fora deles e com vista a dotar de determinados meios todos os setores de atividade da empresa, a solução não deve, em nossa opinião, ser outra. É que, em face de uma lacuna de transposição (e de regulação), deve aplicar-se analogicamente (*analogia iuris*) o princípio subjacente aos artigos 22.º ("divisão em lotes") e 32.º ("contratos mistos"). E aqui o princípio é claro: aplica-se ao contrato o regime pré-contratual aplicável à prestação que convoque o regime mais exigente (princípio também aflorado no n.º 3 e 4 do artigo 33.º).

33. Resta determinar os critérios que permitem aferir a que setor de atividade da entidade adjudicante é que um determinado contrato se destina a *título principal* ou diz *direta e principalmente respeito* quando a entidade desenvolva atividades nos setores especiais e em setores não especialmente regulados.

- a) se o objeto contratual tiver uma ligação (técnica, funcional, ou outra) evidente a uma das atividades da empresa, será aplicável à formação desse contrato o regime que resultar do Código dos Contratos Públicos para a celebração de contratos no âmbito dessas atividades.

Por exemplo, se uma empresa que seja uma entidade adjudicante nos termos do n.º 2 do artigo 2.º desenvolver simultaneamente atividades de abastecimento de redes públicas de água potável e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, ao contrato de empreitada para instalação de condutas de água potável será aplicado o regime dos setores especiais. Para a empreitada de construção de uma central de tratamento de resíduos sólidos será aplicável o regime geral aplicável às entidades adjudicantes do n.º 2 do artigo 2.º;

- b) se o objeto contratual não tiver uma ligação evidente com uma das atividades da empresa (por exemplo, a empreitada de construção da sede da empresa), caberá à entidade adjudicante determinar (e comprovar se tal se revelar necessário em sede própria, *v.g.*, junto do Tribunal de Contas ou de instância jurisdicional) qual a atividade principal da empresa, já que, determinada esta, estará em princípio encontrada a afetação funcional principal do contrato³¹;
- c) ainda quanto à situação anterior, Sue Arrowsmith³² sugere um outro critério que pode, em determinados casos, permitir que uma empresa sustente que o contrato se destina principalmente a uma atividade da empresa que não seja a sua atividade mais significativa ou relevante: um critério de “utilidade ou valor principal do contrato”, abrindo portas à demonstração de que a utilidade ou a maior parte do valor das prestações do contrato se destinam a determinada atividade da empresa. Por exemplo, quando a empresa que atue principalmente no setor do tratamento de resíduos sólidos (não regulado especificamente) e, lateralmente, no setor do abastecimento de rede pública de água potável (setor especial), celebre um contrato de empreitada para a construção de uma cantina, pode aplicar o regime mais permissivo dos setores especiais se estiver preparada para demonstrar que a cantina se destina, exclusiva ou majoritariamente, aos trabalhadores da empresa afetos à atividade de abastecimento de água;
- d) em caso de dúvida, aplicam-se as presunções estatuídas no n.º 3 e 4 do artigo 33.º (para todo o regime aplicável e não apenas para a escolha do procedimento, numa interpretação conforme com o disposto no artigo 9.º da Diretiva).

³¹ Isto sem prejuízo do que foi referido a propósito da agregação de prestações divisíveis no ponto anterior.

³² *Ob. cit.*, pp. 893-895.