

Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência(*)

1. Introdução

I. A presente intervenção versa sobre o âmbito de aplicação das normas sobre a formação dos contratos que se extraem do Código dos Contratos Públicos. Daí que, nesta exposição, não se faça qualquer referência ao modo como o legislador, para efeitos de delimitação do âmbito objectivo e subjectivo do regime substantivo dos contratos públicos, configura os contraentes públicos e os contratos administrativos.

O Código, ao delimitar o âmbito de aplicação do regime da contratação pública nele plasmado, vai, como se confirmará mais adiante, bastante mais longe do que aquilo que, numa mera transposição directa e acrítica das Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE, seria exigido ao legislador português. A opção compreende-se à luz do princípio da concorrência. É, justamente, o princípio da concorrência que confere *unidade de sentido* às soluções do Código neste domínio. Naturalmente, a relevância do princípio da concorrência não se esgota nesta sede, sendo inúmeras as soluções consagradas ao longo do Código que são tributárias do mesmo princípio (cfr., por exemplo, MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos*, 2008, pp. 75-76). No entanto, para efeitos do presente estudo, cabe apenas demonstrar como o princípio

da concorrência enforma a delimitação legal do âmbito de aplicação da Parte II do Código.

Em qualquer caso, antes de prosseguir, importa sublinhar que esta opção *amiga* da concorrência tem plena justificação em face do Direito da União Europeia e da própria Constituição.

II. O Direito da União Europeia consagra, como princípio fundamental e estruturante, o princípio de uma “economia de mercado aberta e de livre concorrência” (art. 4.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia ou, na redacção resultante do Tratado de Lisboa, art. 119.º, n.º 1) ou, como se lê no art. 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, na versão consolidada adveniente do Tratado de Lisboa, a União Europeia aposta numa “economia social de mercado altamente competitiva”.

A proibição de toda e qualquer discriminação por motivos de nacionalidade, as liberdades fundamentais da ordem comunitária e as regras de concorrência são, justamente, expressão de um mercado interno assente numa “economia social de mercado altamente competitiva”.

A verdade, porém, é que, historicamente, apesar da relevância económica da contratação pública, a ausência no Direito Comunitário originário de previsões específicas sobre a formação dos contratos públicos dificultou a plena assunção do princípio da concorrência como *law in action* pelas entidades adjudicantes em diversos Estados-membros.

As diversas gerações de directivas comunitárias relevantes em matéria de contratação pública procuram, tendo justamente como pano de fundo

(*) O presente texto constitui o desenvolvimento, já à luz do texto oficial do Código só disponibilizado no final de Janeiro de 2008, da intervenção do Autor no IX Seminário de Justiça Administrativa, que teve lugar em Ofir, no dia 15 de Junho de 2007.

a ideia de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, assegurar a efectiva eliminação das chamadas barreiras “invisíveis” ao mercado interno da contratação pública, bem como condições fundamentais de igualdade dos agentes económicos na participação nos diversos procedimentos de formação dos contratos públicos. Sem dúvida que as directivas sobre contratação pública têm um âmbito de aplicação limitado. Concretamente, o legislador comunitário não ousou elaborar regras aplicáveis à formação de todo e qualquer contrato público cuja formação pudesse ser submetida à concorrência de mercado, deixando inclusivamente de fora do seu âmbito de aplicação contratos economicamente muito relevantes como os contratos de concessão de serviço público. E, mesmo em relação aos contratos abrangidos pelas directivas, a normação comunitária só vincula acima dos limiares comunitários. Contudo, no seu âmbito de aplicação, as directivas sobre contratação não se limitam a consagrar normas destinadas a impedir restrições discriminatórias, procurando sobretudo garantir a *coordenação* dos procedimentos pré-contratuais no espaço comunitário e, em momento posterior, reforçar os mecanismos de controlo das infracções da normação comunitária sobre contratação (cfr., sobre as sucessivas gerações de directivas comunitárias em matéria de contratação pública, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, 2006, pp. 37 e segs).

Compreensivelmente, num cenário marcado pela ausência de normas específicas sobre a formação dos contratos públicos nos tratados que regem a União Europeia e pela existência de um conjunto importante de directivas sobre contratação pública, a tentação de uma transposição acrítica e de mera reprodução da normação comunitária derivada surge com naturalidade.

O Código dos Contratos Públicos recusou, porém, ceder a uma tal tentação. O legislador português revelou, pelo contrário, ter plena consciência da *incompletude estrutural das Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE*.

a) Uma tal incompletude estrutural advém, desde logo, da *relativização das próprias normas que se extraem provisoriamente do texto das directivas por apelo aos princípios fundamentais basilares da contratação pública*. Concretamente, como resulta expressamente do considerando segundo da Exposição de Motivos e do art. 2.º da Directiva n.º 2004/18/CE, as disposições da nova directiva devem ser lidas em conformidade com as liberdades comunitárias fundamentais e com os princípios que derivam destas liberdades (igualdade de tratamento, não discriminação, reconhecimento mútuo, proporcionalidade e transparência). Por isso, e continuando a centrar a análise na Directiva n.º 2004/18/CE, não obstante o propósito assumido pelo legislador comunitário de simplificação (dos textos) e clarificação (de disposições obscuras ou complexas), diversos preceitos da directiva relativizam o sentido da normação que *prima facie* dela se extrai, sublinhando que as respectivas disposições não podem ser interpretadas “de forma abusiva ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência” (v. g., a propósito dos acordos-quadro – art. 32.º, n.º 3, *in fine* – ou dos sistemas de aquisição dinâmicos – art. 33.º, n.º 7).

b) Por outro lado, a incompletude estrutural das Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE torna-se ainda mais clara quando se verifica que a formação dos contratos públicos não abrangidos pelas directivas sobre contratação ou, em relação aos contratos das directivas, de valor inferior aos limiares comunitários não pode ignorar os princípios estruturantes de um mercado interno assente numa “economia social de mercado altamente competitiva” consagrados nos tratados que regem a União Europeia. Significa isto que *contratação (total ou parcialmente) excluída das directivas não é sinónimo de contratação excluída do âmbito do Direito da União Europeia*.

A conclusão impõe-se com particular nitidez em relação à formação dos contratos de concessão de serviço público. As directivas não

ousaram até hoje submeter a formação destes contratos à regulamentação nelas plasmadas. A própria Directiva n.º 2004/18/CE, depois de definir a concessão de serviços, exclui do seu âmbito de aplicação, no art. 17.º, as concessões de serviços, impondo apenas que a entidade concessionária respeite o disposto no art. 3.º e não, sublinhe-se, os princípios consagrados no art. 2.º. Ora, nos termos do art. 3.º, cuja tradução portuguesa é ininteligível, apenas se exige que o concessionário, na adjudicação de contratos de fornecimento a terceiros, respeite o princípio da não discriminação por motivos de nacionalidade. A inaplicabilidade das directivas sobre contratação não impediu, apesar de tudo, que, em 2000, a Comissão, através da Comunicação Interpretativa sobre as Concessões em Direito Comunitário, e o Tribunal de Justiça, no acórdão *Telaustria*, considerassem que, embora os contratos de concessão de serviço público não estivessem abrangidos pelas directivas sobre contratação pública, os Estados-membros deviam assegurar que o procedimento pré-contratual respeitava os princípios fundamentais do Direito Comunitário originário em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular, o que obrigava a “garantir, 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” (n.º 62 do acórdão).

A mesma conclusão foi recentemente reafirmada em relação à generalidade dos contratos públicos não abrangidos ou cobertos apenas parcialmente pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos. A Comissão, na sua Comunicação Interpretativa sobre o tema de 1 de Agosto de 2006, sustentou que, se o contrato tiver relevância para o mercado interno (apresentando um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros), a inaplicabilidade das directivas sobre contratação não dispensa as entidades adjudicantes de uma

obrigação de transparência, devendo ser assegurada, não apenas uma publicidade da decisão de contratar adequada à garantia da abertura da formação do contrato à concorrência e a potenciais concorrentes de outros Estados-membros, mas também a imparcialidade dos procedimentos de adjudicação. Sem dúvida que a referida Comunicação Interpretativa não consubstancia um acto jurídico formal com efeito vinculativo (*hard law*). De resto, em 12 de Setembro de 2006, a República Federal da Alemanha interpôs recurso de anulação, pedindo a anulação da referida Comunicação Interpretativa (Processo n.º T-258/06). Seja como for, o princípio subjacente ao entendimento da Comissão, segundo o qual, independentemente do alcance das directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, os tratados que regem a União Europeia contêm princípios estruturantes do mercado interno que valem igualmente na contratação pública, dificilmente pode ser contestado.

Significa isto que o Direito da União Europeia relevante para a formação dos contratos públicos não se esgota na norma que se extrai das directivas sobre contratação pública. O resultado alcançado reflecte, provavelmente, um compromisso paradoxal. O legislador comunitário, ao aprovar as Directivas n.ºs 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 norma pouco 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.

Nesta perspectiva, para além da transposição das Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE, o legislador português é chamado a assegurar, no domínio das compras públicas relevantes no espaço comunitário, uma economia de mercado altamente competitiva. A delimitação do âmbito das normas sobre formação dos contratos que se extraem do Código dos Contratos Públicos pretende, justamente, fornecer uma resposta adequada a um tal desafio.

III. A opção por uma delimitação do âmbito da Parte II do Código *amiga* da concorrência constitui, outrossim, uma solução coerente com o lugar central que uma economia de mercado concorrencial ocupa, por imperativo constitucional, na ordem jurídico-económica portuguesa. A afirmação foi suficientemente desenvolvida noutra sede e, por isso, não se justifica agora regressar ao tema (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, 2006, pp. 9 e segs. e 24 e segs). Basta, para efeitos da presente exposição, sublinhar que o legislador, no modo como delimitou o âmbito de aplicação das normas sobre contratação pública no Código, não ignorou que o problema da concorrência na formação dos contratos públicos não constituía uma questão juridicamente inócua do ponto de vista constitucional. De resto, na perspectiva da Lei Fundamental, a efectiva abertura dos contratos públicos à concorrência, além de favorecer as empresas competitivas, contribui para a melhor prossecução do interesse público e, consequentemente, para adopção das melhores soluções, incluindo do ponto de vista financeiro, pela Administração.

IV. A afirmação segundo a qual o princípio da concorrência confere *unidade de sentido* ao modo como o Código dos Contratos Públicos delimita o âmbito de aplicação do regime da contratação pública nele plasmado não significa que o princípio da concorrência tenha sido adoptado na sua plenitude. O princípio da concorrência não po-

de, como os demais princípios, ser caracterizado pela lógica do tudo ou nada. Concretamente, no Código dos Contratos Públicos, o imperativo de *optimização insito no princípio da concorrência não foi realizado plenamente*.

Assim, por exemplo, em relação aos contratos interadministrativos e aos contratos celebrados por organismos de direito público, o art. 6.º do Código restringe a aplicabilidade das normas sobre contratação pública única e exclusivamente aos contratos que abranjam prestações típicas dos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas ou de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços.

Da mesma forma, para referir apenas mais um exemplo, no que se refere aos hospitais E.P.E, na linha do disposto no art. 13.º do DL n.º 223/2005, de 29/12, o art. 5.º, n.º 3, do Código – numa opção que pressupõe que tais entidades são organismos de direito público e, portanto, estão *prima facie* submetidas às normas sobre contratação pública – determina a inaplicabilidade das normas sobre formação dos contratos quando estiver em causa a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços (mas não contratos de concessão) abaixo dos limiares comunitários (solução, em qualquer caso, que pode ser questionada à luz justamente dos princípios comunitários relevantes no âmbito da contratação excluída das directivas mas relevante no espaço europeu).

2. Alargamento do âmbito objectivo de aplicação do regime da contratação pública

I. É sobejamente sabido que a *legislação portuguesa sobre contratação pública revogada pelo Código* só se preocupava com os contratos abrangidos pelas directivas comunitárias, isto é, com os contratos de locação e aquisição de bens móveis e serviços (art. 1.º do DL n.º 197/99, de 8/6) e com

os contratos de empreitada e concessão de obras públicas (art. 2.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 59/99, de 2/3). Aliás, nos sectores especiais, a normação sobre contratação pública tinha um âmbito ainda menor, só abrangendo a contratação de empreitadas, fornecimentos de bens móveis (ou, na terminologia do Código, aquisição de bens móveis) e prestação de serviços (art. 1.º do DL n.º 223/2001, de 9/8). Os próprios princípios generalíssimos de escolha do co-contratante consagrados nos arts. 182.º e 183.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), se bem que tivessem potencialmente um âmbito mais vasto de aplicação, abrangiam unicamente os contratos administrativos que visassem “associar um particular ao desempenho regular de atribuições administrativas”.

II. O princípio geral plasmado no Código é, pelo contrário, o de que o regime da contratação pública nele estabelecido é *tendencialmente* aplicável à formação de todo e qualquer contrato público, entendendo-se por tal todo aquele que, independentemente da sua designação e natureza, seja celebrado por entidades adjudicantes (art. 1.º, n.º 2).

Em rigor, porém, para se compreender cabalmente o âmbito objectivo de aplicação das normas sobre formação dos contratos públicos consagradas no Código, importa ter presente o princípio da concorrência. Na verdade, da conjugação do disposto no art. 1.º, n.º 2, com os arts. 5.º, n.º 1, e 16.º, n.º 1, resulta linearmente que o regime da contratação pública constante do Código só é, de facto, aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação, estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.

Por isso, sem prejuízo de outras hipóteses de contratação excluída previstas no art. 5.º, a Par-

te II do Código não se aplica aos contratos cuja formação escape à lógica concorrencial (*v. g.*, contratos de urbanização). Nestes casos, numa solução claramente inspirada no disposto no art. 2.º, n.º 5, do CPA, a formação dos contratos deve apenas conformar-se com os princípios gerais da actividade administrativa e com as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes desse diploma (contudo, se estiver em causa a formação de contratos com objecto passível de acto administrativo ou de outros contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas do Código do Procedimento Administrativo aplicar-se-ão, se bem que com as necessárias adaptações, integralmente – art. 5.º, n.º 6, do Código dos Contratos Públicos).

Ainda assim, mesmo com a referida restrição do âmbito objectivo de aplicação do regime da contratação pública, não sofre contestação que o Código rejeita a opção *minimalista* até então vigente em Portugal (MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, pp. 342 e segs.), alargando significativamente, em nome do princípio da concorrência, o âmbito dos contratos cuja formação fica submetida aos procedimentos nele regulados. A própria enumeração *meramente exemplificativa* do art. 16.º, n.º 2, revela de modo inequívoco que a lei tem em vista, não apenas os contratos típicos das directivas, mas também outros contratos administrativos típicos (como a concessão de serviços públicos) ou atípicos, bem como contratos (como o contrato de sociedade) cuja natureza administrativa se pode questionar. Outras disposições do Código revelam outrossim que os contratos sujeitos ao regime da contratação, ainda que confirmem um benefício económico ao adjudicatário (art. 17.º), nem sequer são necessariamente contratos geradores de despesa pública ou que impliquem “o pagamento de um preço pela entidade adjudicante” (art. 36.º, n.º 2 – *v. g.*, alguns contratos de sociedade ou de concessão).

III. Uma interpretação das disposições sobre o âmbito objectivo de aplicação do regime da contratação pública em conformidade com o princípio da concorrência pode conduzir a outras conclusões relevantes. Concretamente, não se pode excluir que possa haver *contratos que, embora sejam celebrados por entidades adjudicantes e tenham um objecto que abrange prestações que, prima facie, estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, não carecem de ser submetidos às regras de formação do contrato estabelecidas no Código.*

Em rigor, na perspectiva comunitária, o princípio da concorrência só justifica a sujeição da formação dos contratos públicos a regras procedimentais mais ou menos exigentes quando o mercado não consegue assegurar, por si só, a adopção das melhores práticas contratuais. A exclusão das telecomunicações do âmbito de aplicação da Directiva n.º 2004/17/CE é, a este propósito, bem significativa – o legislador comunitário, atendendo à evolução verificada e às orientações do mercado neste sector de actividade económica, concluiu que, no momento presente, a existência de uma efectiva concorrência no sector das telecomunicações permitia afastar a sujeição à normação comunitária sobre contratação pública. Da mesma forma, como se confirmará melhor mais adiante, a chave para a qualificação de uma empresa pública como organismo de direito público está em saber se ela se encontra sujeita a uma concorrência por parte de outros operadores económicos que a dissuade de escolher os seus co-contratantes com base em critérios discriminatórios (JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, 2006, pp. 639-640). Enfim, para referir apenas mais um afloramento da mesma ideia, é significativo que, nos sectores especiais, o alargamento do âmbito subjectivo das normas sobre contratação às pessoas colectivas que gozem de

direitos especiais ou exclusivos só opera quando, designadamente, tais direitos não hajam sido atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional (art. 7.º, n.º 1, alínea *b*) – cfr., porém, em sentido diferente, sobre as limitações específicas impostas no art. 276.º do Código, na linha das directivas, aos concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes quando pretendam confiar a terceiros a realização de empreitadas de obras públicas e sobre a sua razão de ser, RUI MEDEIROS, “A contratação pública nos sectores com regime especial”, in *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, 2004, pp. 149 e segs.).

O princípio que subjaz às diversas soluções sinteticamente referidas pode aplicar-se noutras situações. Não está excluído, concretamente, que, mesmo em relação a contratos enumerados no n.º 2 do art. 16.º, isto é, contratos que são considerados pelo Código como contratos cuja formação deve ser submetida à concorrência de mercado, se possa concluir que o próprio funcionamento do mercado dispensa a sujeição às regras de contratação. Imagine-se, por exemplo, um contrato de aquisição de bens ou de serviços entre um instituto público e um organismo de direito público, celebrado no seguimento de um procedimento concursal no qual o organismo de direito público fornecedor ou prestador de serviço apresentou a proposta economicamente mais vantajosa ou o mais baixo preço. Nada impede, numa interpretação das disposições do Código não só em conformidade com o princípio da concorrência mas também conforme com as soluções adoptadas em matéria de subcontratação, que o organismo de direito público possa, posteriormente, subcontratar com terceiros escolhidos por ajuste directo.

IV. A ambição do Código dos Contratos Públicos na delimitação do seu âmbito objectivo de aplicação está ainda bem evidenciada na importante extensão operada pelo n.º 3 do art. 1.º

Determina este preceito que o regime de contratação pública consagrado no Código é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, aos procedimentos destinados à *atribuição unilateral, por qualquer entidade adjudicante, de quaisquer vantagens ou benefícios através de acto administrativo ou equiparado* (tanto mais que a entidade adjudicante, que pode ser um organismo de direito público com natureza privada, não está necessariamente habilitada por lei para a prática de actos administrativos), em substituição da celebração de um contrato público.

A opção do legislador é coerente com os importantes subsídios hermenêuticos que se extraem do regime substantivo do contrato administrativo consagrado na Parte III do Código para o esclarecimento da difícil problemática da extensão da equivalência funcional entre acto e contrato administrativo na nossa ordem jurídica. O Código não se limita, na linha do que já se previa no Código do Procedimento Administrativo, a afirmar o princípio geral da admissibilidade da utilização do contrato administrativo em substituição do acto administrativo (art. 278.º) ou a determinar a aplicabilidade do regime de invalidade do acto administrativo aos contratos com objecto passível de acto administrativo (art. 285.º, n.º 1). Pelo contrário, estando consciente, por um lado, da rigidez actual do regime de revisão dos actos administrativos (cfr., por último, CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, 2007, pp. 629 e segs.) e sabendo, por outro, que a busca de um regime unitário, aplicável quer aos actos administrativos quer aos contratos com objecto passível de acto administrativo, tanto pode em teoria ser ensaiada pela extensão do regime mais rígido do acto como através do alargamento do regime mais flexível do contrato, o legislador preferiu deixar clara a negociabilidade da vigência dos vínculos contratuais e a existência de causas específicas de caducidade dos contratos com objecto passível de acto administrativo (arts. 336.º e 337.º).

A aproximação entre acto e contrato – e o reconhecimento nele implícito de que a fronteira entre ambos é cada vez menos clara (MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, pp. 309 e segs.) – justifica que, numa delimitação do âmbito dos procedimentos de adjudicação *amiga* do princípio da concorrência, o Código considere que mais relevante do que a natureza unilateral ou bilateral da atribuição é a circunstância de uma entidade adjudicante, *num domínio submetido à concorrência de mercado*, conceder uma vantagem ou um benefício *económico* a uma determinada entidade (arts. 1.º, n.º 3, 16.º, n.º 1, e 17.º).

É provável, no entanto, que a conjugação literal do disposto no n.º 3 do art. 1.º do Código com o art. 14.º, n.º 2, do diploma preambular conduza a soluções insatisfatórias. Recorde-se que o DL n.º 18/2008, que aprova o Código dos Contratos Públicos, não se limita a revogar expressamente um conjunto diverso de legislação sobre contratação pública. É que, para além dessa revogação expressa, e independentemente da existência de fenómenos de revogação tácita por incompatibilidade, o n.º 2 do art. 14.º acrescenta que “é igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível”. Ora, em rigor, a conjugação literal deste preceito com o art. 1.º, n.º 3, do Código parece inculcar a ideia de que, prevendo-se no art. 14.º, n.º 2, uma revogação global ou por substituição, toda a legislação especial que, não tendo carácter transitório, regule procedimentos de atribuição *unilateral* por entidades adjudicantes de quaisquer vantagens ou benefícios económicos a terceiros é revogada pelo Código, ainda que as soluções contidas nessa legislação não sejam incompatíveis com o Código ou se conformem com o princípio da concorrência.

Um tal entendimento literal conduz a resultados dificilmente aceitáveis. A solução pode, naturalmente, passar por uma tentativa de restrição do âmbito das decisões administrativas

de atribuição de vantagens ou benefícios a terceiros abrangidas pelo art. 1.º, n.º 3, do Código, embora, numa leitura conforme com o princípio da concorrência, não se possa obliterar que decisivo, para este efeito, parece ser o facto de uma entidade adjudicante pretender atribuir, num domínio em que possa haver vários potenciais concorrentes, um benefício económico a um determinado interessado. Alternativa ou complementarmente, pode ensaiar-se uma interpretação que passe por sublinhar que a aplicação, *com as necessárias adaptações*, da Parte II do Código às decisões unilaterais em causa não é, em rigor, uma aplicação directa, devendo o intérprete demonstrar que os princípios subjacentes ao novo regime da contratação pública postulam uma tal extensão do âmbito objectivo das normas sobre formação dos contratos. E, se assim for, pode até duvidar-se que a revogação global ou por substituição operada pelo art. 14.º, n.º 2, do DL n.º 18/2008 também se aplique no âmbito da previsão do art. 1.º, n.º 3, do Código.

3. A sujeição dos contratos interadministrativos ao regime da contratação pública

3.1. Sentido geral

I. É bem sabido que, do ponto de vista constitucional, *a preocupação com a concorrência e o mercado não tem apenas em vista o sector privado*. Conforme sublinha o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 444/93, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, as empresas privadas coexistem com empresas do sector público e com elas concorrem [cfr., para maiores desenvolvimentos, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição*, II, p. 31].

Da mesma forma, não sofre contestação que o Direito da União Europeia, apostado na realização de um mercado interno assente numa “economia social de mercado altamente competitiva”, consagra como princípio geral a sujeição

das empresas públicas às regras da concorrência (art. 106.º, n.º 1, da versão consolidada do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia resultante do Tratado de Lisboa). E, como é sabido, o conceito de “empresa” para este efeito é um conceito muito abrangente, englobando todas as entidades envolvidas na prossecução de uma actividade económica, independentemente do seu regime legal ou da forma como são financiadas.

Efectivamente, para a *noção juscomunitária de empresa*, decisivo é tão-somente que esteja em causa uma actuação, qualquer que seja, susceptível de ser exercida a título oneroso e que consista em disponibilizar bens ou serviços num dado mercado. Não se exige, para este efeito, que se trate de uma entidade que tenha um escopo lucrativo. Considerações análogas valem, *mutatis mutandis*, em relação à natureza pública ou privada da entidade, sendo entendido que as normas sobre concorrência são aplicáveis às actividades de um organismo público que sejam destacáveis das que exerce enquanto autoridade administrativa. Em suma, para o conceito comunitário de empresa, não releva a forma organizativa adoptada, a sua natureza, a qualificação ao nível do direito interno do Estado-membro ou a existência ou não de personalidade jurídica, sendo apenas determinante a actividade prosseguida. Daqui resulta uma noção muito ampla de empresa (cfr., neste sentido, com numerosas referências jurisprudenciais e doutrinárias sobre o conceito comunitário de empresa, SÁRVULO CORREIA/RUI MEDEIROS/TIAGO FIDALGO DE FREITAS/RUI LANCEIRO, *Ordens Profissionais e Concorrência*, no prelo).

Compreende-se, a esta luz, que a simples circunstância de contratos públicos economicamente muito relevantes num mercado concorrencial – como são os contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços – serem celebrados entre entidades adjudicantes não constitua, por si só, na perspectiva das Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE,

fundamento para a dispensa da sujeição às normas da contratação pública.

II. Em coerência, no Código dos Contratos Públicos, o regime da contratação pública também se aplica aos contratos interadministrativos. A restrição operada pelo n.º 1 do art. 6.º não permite obliterar – e, pelo contrário, assume-o como pressuposto – o princípio segundo o qual as entidades adjudicantes não se podem subtrair à concorrência com fundamento no facto de o co-contratante escolhido pertencer igualmente à Administração Pública.

III. O art. 6.º, n.º 1, do Código restringe o âmbito de aplicação da Parte II, quando esteja em causa um contrato administrativo celebrado entre entidades públicas integradas na Administração Pública em sentido orgânico tradicional (entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do art. 2.º), aos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas ou de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

Uma tal limitação – que apesar de tudo não é tão restritiva como aquela que se extrai da alínea f) do n.º 1 do art. 77.º do DL n.º 197/99 – só tem em vista os *contratos celebrados entre quaisquer entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do art. 2.º* (o que inclui igualmente os contratos interadministrativos que envolvam o banco central nacional, pois, não obstante o Banco de Portugal beneficiar, noutros preceitos do Código, do regime de contratação mais flexível aplicável aos organismos de direito público, uma tal extensão do regime – que, ainda assim, deixa questões por resolver, como a da aplicabilidade ou não ao banco central da norma que se extrai do art. 20.º, n.º 4, do Código – não converte o Banco de Portugal num organismo de direito público na acepção do Código).

Em contrapartida, no art. 6.º, n.º 1 – numa opção coerente, aliás, com aquela que se extrai da conjugação dos arts. 5.º, n.º 4, alínea d), com

o art. 16.º, n.º 2, em relação aos contratos de sociedade nos casos em que o capital social se destine a ser exclusivamente detido por entidades adjudicantes integradas na Administração Pública tradicional –, o legislador não inclui na restrição do âmbito objectivo dos contratos cuja formação fica sujeita à Parte II do Código os contratos celebrados entre uma pessoa colectiva pública abrangida pelo n.º 1 do art. 2.º e um organismo de direito público. É certo que, por força da limitação do âmbito objectivo da contratação abrangida pelo Código quando a entidade adjudicante constitui um organismo de direito público (limitação operada pelo n.º 2 do art. 6.º), a mesma solução vale quando o contrato é celebrado entre dois organismos de direito público ou um organismo de direito público, como entidade adjudicante, e uma entidade pública tradicional. Em contrapartida, se uma entidade adjudicante abrangida pelo n.º 1 do art. 2.º pretender celebrar um contrato com um organismo de direito público que – embora não seja qualificável como contrato de empreitada ou concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços – tenha por objecto prestações que sejam susceptíveis de ser submetidas à concorrência de mercado, o art. 6.º, n.º 1, não prevê – sem que seja descortinável uma justificação telcológica clara para a solução assim adoptada – qualquer restrição à sujeição às normas sobre contratação pública, pelo que a formação do contrato em causa deve obedecer ao disposto na Parte II do Código.

IV. Importa, antes de prosseguir, sublinhar que do art. 6.º, n.º 1, do Código não resulta que a constituição de quaisquer relações jurídicas administrativas estabelecidas entre entidades públicas integradas na Administração Pública em sentido orgânico tradicional que envolvam, designadamente, a obrigação de um dos sujeitos da relação prestar um determinado serviço ao outro fique necessariamente submetida ao

regime da contratação pública. Na realidade, independentemente da excepção das relações *in house*, se não estiver em causa uma relação contratual ou, por força da extensão operada pelo n.º 3 do art. 1.º do Código, se a entidade pública prestadora do serviço não obtiver qualquer vantagem ou benefício económico pela realização da prestação, limitando-se a colaborar na prossecução do interesse público a que estatutariamente está adstrita, a sua escolha não está submetida ao regime da contratação pública. É o que sucede, por exemplo, tomando como base a descrição fáctica constante da exposição de motivos do DL n.º 319/2007, de 26/9, quando o Governo, através de despacho do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, mandata o Laboratório Nacional de Engenharia Civil, I.P., para, em seis meses, elaborar um estudo que proceda a uma análise técnica comparada das alternativas de localização do novo aeroporto de Lisboa (cfr., embora não directamente sobre a mesma hipótese, ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos de prestação*, pp. 12-16 e 23-25).

3.2. A excepção das relações *in house*

I. Como é sabido, a jurisprudência comunitária admite que as entidades adjudicantes possam contratar sem sujeição às normas de contratação pública no âmbito das relações *in house*.

Este fenómeno foi primeiramente afirmado no âmbito do acórdão *Teckal* (Processo n.º C-107/98, de 18/11/1999). Para o Tribunal de Justiça, para que possa existir uma relação *in house*, é necessária a verificação de dois requisitos cumulativos (e, para evitar fraudes no que respeita à qualificação de uma relação como *in house*, dois requisitos com carácter de permanência – acórdão *Comissão c. República da Áustria* (Processo n.º C-29/04)): *controlo análogo* – que se manifesta quando uma das entidades exerce sobre a outra um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e *destino essencial da actividade* – que se traduz no facto de o essen-

cial da actividade de determinada entidade ser realizado para a entidade que sobre si exerce o controlo análogo. Para o Tribunal de Justiça, preenchidos ambos os requisitos, não se justifica impor a sujeição às normas comunitárias sobre contratação pública, visto que o adjudicatário, ainda que tenha formalmente uma personalidade jurídica distinta, apresenta-se, neste contexto, como um simples prolongamento da entidade adjudicante no âmbito da autonomia organizatória de que esta dispõe (cfr., para maiores desenvolvimentos, ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações «in house»”, in *CJA*, n.º 65, pp. 12 e segs.; PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais (RJEM)*, 2007, pp. 49 e segs. e 178 e segs.).

O Tribunal de Justiça, ao densificar o significado da exigência do controlo análogo, veio entretanto considerar que a mera existência, em determinada sociedade de capitais públicos, de participações privadas, ainda que minoritárias, “exclui de qualquer forma que [a] entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços” (cfr. acórdão *Stadt Halle – Processo n.º C-26/03*; cfr. ainda acórdão *Comissão contra República da Áustria – Processo n.º C-29/04*). Esta qualificação *restritiva* relativamente às empresas de economia mista significa, na prática, que a jurisprudência exige um terceiro requisito para que se possa afirmar uma relação *in house*: a inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária.

II. O art. 5.º, n.º 2, do Código acolhe, mas apenas parcialmente, a jurisprudência comunitária sobre relações *in house*. A lei, num domínio ainda nebuloso e em evolução, se por um lado recusa petrificar alguns entendimentos criticáveis adoptados pelo Tribunal de Justiça, não ousa, por outro lado, forjar novas soluções ainda não testadas na jurisprudência comunitária ou dificilmente compatíveis com o seu estado actual.

a) Nesta perspectiva, e desde logo, o Código não densifica o sentido dos requisitos do *controlo análogo* e do *desenvolvimento do essencial da actividade do adjudicatário para a entidade adjudicante*.

i) A alínea a) do n.º 2 do art. 5.º do Código limita-se a reproduzir a exigência, repetidamente afirmada pela jurisprudência comunitária, de que a entidade adjudicante exerça sobre a actividade do co-contratante um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

É sabido, no entanto, que, neste domínio, o Tribunal de Justiça tem desenvolvido abundante jurisprudência. Não se justifica, obviamente, proceder neste contexto à análise do referido entendimento jurisprudencial. Basta tão-somente sublinhar que, para efeitos de determinação do controlo análogo, importa tomar em consideração todas as disposições legislativas e circunstâncias de facto pertinentes. Por outro lado, e embora não se possa ignorar que a relação *in house* pode aplicar-se a realidades muito heterogéneas, a existência de um controlo análogo postula, segundo o Tribunal de Justiça, a possibilidade de a entidade adjudicante exercer uma influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes do adjudicatário (acórdão *Parking Brixen* – Processo n.º C-458/03; cfr., no sentido de que o controlo “*não deve limitar-se, em todo o caso, apenas a decisões estratégicas de mercado, mas deve também abranger as decisões individuais de gestão*”, conclusões da Advogada-Geral CHRISTINE STIX-HACKL no âmbito do Processo n.º C-26/03). E, se é certo que já houve quem afirmasse que o facto de uma entidade adjudicante deter uma participação maioritária no capital social do adjudicatário, exercer a maioria dos direitos de voto e nomear a maioria dos representantes nos órgãos desta empresa não é suficiente para reconhecer um controlo mais amplo ou análogo ao que é exercido sobre os próprios serviços (cfr., neste sentido, conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT no Processo n.º C-458/03), não é menos

verdade que, no acórdão *Cabotermo* (Processo n.º C-340/04), o Tribunal de Justiça já considerou que “a circunstância de a entidade adjudicante deter, isolada ou conjuntamente com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária tende a indicar, sem ser decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços”.

Em qualquer caso, perante as cautelas do Código em avançar neste domínio, o desafio que se coloca à doutrina e à jurisprudência é o de saber como se aplica a exigência do controlo análogo às diferentes categorias de entidades de mão pública que integram a actual organização administrativa portuguesa. Concretamente – e mesmo deixando para mais adiante, a propósito dos organismos de direito público, a clarificação da hipótese em que o controlo é exercido não já isoladamente mas em conjunto com outras entidades adjudicantes –, importa referir que se afigura duvidoso que a relação *in house* pressuponha, necessariamente, uma ruptura radical com o modo como a Constituição, designadamente em relação à Administração do Estado, contrapõe a administração directa à administração indirecta (art. 199.º, alínea d), da Constituição – cfr., sublinhando justamente que o conceito de administração indirecta pertence apenas ao direito da organização administrativa, PEDRO GONÇALVES, *RJEM*, pp. 49 e segs.). É certo que, no sector das águas, por exemplo, para ultrapassar as objecções à atribuição de concessões de sistemas multimunicipais sem procedimento concorrencial, optou-se por estabelecer, por via legislativa, que o Governo tem, entre outros, relativamente às entidades gestoras de sistemas multimunicipais, poderes de direcção. Mas o sentido último que subjaz à jurisprudência comunitária – com o inerente reconhecimento da relevância da autonomia organizatória dos entes públicos – não é necessariamente incompatível com respostas matizadas em função das diferentes categorias de pessoas colectivas e, dentro

delas, do concreto enquadramento que lhes seja aplicável. Concretamente, não é seguro que a resposta seja a mesma consoante esteja em causa um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, das Regiões Autónomas ou das autarquias locais (*maxime*, um serviço personalizado) ou uma empresa pública. Da mesma forma, dentro do universo das empresas públicas, é provavelmente mais fácil a afirmação da existência de um controlo análogo em relação às entidades públicas empresariais do que relativamente às demais empresas públicas. Enfim, mesmo no que concerne às empresas públicas sob a forma societária, a discussão sobre o controlo análogo não deve olvidar que, por confronto com o regime anterior, a legislação actual reforça os poderes de orientação e de controlo do Governo (cfr., em relação ao sector empresarial do Estado, a alteração ao DL n.º 558/99, de 17/12, resultante do DL n.º 300/2007, de 23/8 – cfr. ainda, distinguindo entre empresas públicas em geral e empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos de prestação*, pp. 21 e segs.; cfr., por fim, analisando igualmente várias configurações específicas das empresas municipais, PEDRO GONÇALVES, *RJEM*, pp. 184 e segs.).

ii) A alínea b) do n.º 2 do art. 5.º do Código limita-se a reafirmar, na esteira da jurisprudência comunitária, a exigência de que o co-contratante desenvolva o *essencial da sua actividade* em benefício da entidade adjudicante. Na perspectiva comunitária, a actividade efectiva do co-contratante permite aferir se a entidade em causa actua como as outras no mercado ou se está tão fortemente ligada ao poder público na actividade que realiza que os contratos que celebra com a entidade adjudicante podem ser equiparados a operações internas e justificam deste modo uma excepção ao regime da contratação pública (cfr., neste sentido, conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT no Processo n.º C-458/03). Daí a exigência da jurisprudência comunitária,

e recebida pelo Código, de que o co-contratante desenvolva o essencial da sua actividade em benefício da entidade adjudicante.

No contexto comunitário, num entendimento que, apesar de tudo, tem sobretudo em vista situações em que existe um vínculo económico sinalagmático entre as duas entidades que se encontram numa relação *in house* (o que pode não acontecer – *v. g.*, actividade de um concessionário de serviço público), entende-se por vezes, por analogia com o disposto em alguma norma comunitária, que a entidade controlada deve prestar mais de 80% da sua actividade à entidade adjudicante (cfr. art. 23.º, n.º 3, da Directiva n.º 2004/17/CE; cfr., ainda, se bem que discordando da aplicação deste critério, as conclusões da Advogada-Geral CHRISTINE STIX-HACKL no Processo n.º C-26/03).

O art. 5.º, n.º 2, alínea b), do Código, por seu turno, prefere deixar em aberto a questão da medida da referida essencialidade.

b) Noutro plano, o art. 5.º, n.º 2, do Código, na recepção parcial do entendimento jurisprudencial sobre a relação *in house*, para além de omitir qualquer referência ao requisito do carácter permanente do fenómeno, não exige, para que a excepção *in house* opere, a *inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária*.

A omissão do Código é intencional e bem fundada. Não se ignora, é certo, que o Tribunal de Justiça, para fundamentar a incompatibilidade da existência de participações privadas no capital social do adjudicatário com a relação *in house*, argumenta que “a relação entre uma autoridade pública (...) e os seus próprios serviços rege-se por considerações e exigências específicas da prossecução de objectivos de interesse público. Ao invés, o capital privado numa empresa obedece a considerações inerentes a interesses privados e prossegue objectivos de natureza diferente”. Conclui, por isso, que “a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com

o objectivo da concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade de tratamento dos interessados, (...) na medida em que (...) esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes” (acórdão *Stadt Halle* – Processo n.º C-26/03). A verdade, porém, é que uma tal leitura jurisprudencial, além de não ser pacífica mesmo entre os Advogados-Gerais (cfr., por exemplo, conclusões da Advogada-Geral CHRISTINE STIX-HACKL no Processo n.º C-26/03; cfr. ainda conclusões do Advogado-Geral LÉGER no Processo n.º C-94/99), e de não ser facilmente aplicável quando os entes não públicos pertencem ao sector cooperativo e social da economia ou quando estão em causa entidades que não revestem natureza societária, suscita as maiores reservas.

É interessante começar por sublinhar, na perspectiva do ordenamento jurídico-constitucional português, que a posição do Tribunal de Justiça se aproxima de uma leitura do sector público da economia que, em Portugal, foi advogada por uma parte da doutrina após a entrada em vigor da Constituição de 1976. Concretamente, em declaração de voto anexa ao Acórdão n.º 108/88, VITAL MOREIRA, depois de defender que a razão de ser das nacionalizações foi a de subordinar as empresas nacionalizadas a uma lógica exclusivamente pública, sem ter de fazer concessões ao capital privado e aos valores do lucro que este predominantemente implica, sustentou que, para a Constituição, a forma de empresa de capitais exclusivamente públicos era a forma normal das empresas do sector público, sublinhando que a presença de capitais privados numa empresa de capitais maioritariamente públicos afecta toda a empresa, que deixa de ser gerida exclusivamente por entidades públicas e em atenção exclusivamente ao interesse público. A verdade, porém, é que esta posição doutrinária – da mesma forma que o entendimento, de sinal radicalmente oposto, segundo o qual, dentro do sector público, existe uma preferência constitucional por formas ju-

rídico-privadas de organização empresarial ou mesmo pela figura das empresas mistas – não se mostra compatível com o princípio da ampla liberdade de auto-organização empresarial consagrado constitucionalmente. Pelo contrário, o texto actual da Constituição económica salvaguarda a liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista (cfr., para maiores desenvolvimentos, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição*, II, pp. 43 segs.). O que significa, em rigor, que, numa perspectiva constitucional, a prossecução do interesse público por empresas pertencentes ao sector público da economia não é incompatível com a participação de privados no respectivo capital social.

Além disso, na sua configuração extrema, a ideia de que qualquer participação privada no capital social de uma empresa pública inviabiliza a afirmação de uma relação *in house*, não só se afigura desrazoável, como dificilmente se mostra conforme ao sistema jurídico português. Desde logo, a participação privada pode ser marginal. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 24/98 (eliminação das portagens na auto-estrada do oeste), foi confrontado com uma hipótese extrema, tendo considerado que “o facto de existir uma minoria exígua de capital detido por particulares” na BRISA (no caso, apenas 0,2% do capital social era detido por particulares) não impedia que se qualificasse a empresa em causa como “empresa de capitais integralmente públicos (ou, praticamente, de capitais inteiramente públicos)”. A verdade, porém, é que, mesmo quando a participação privada é mais relevante, não se pode ignorar que, numa leitura conforme ao sistema (e, mais concretamente, ao Código das Sociedades Comerciais), uma posição dos accionistas privados inferior a 10% limita significativamente, em face da legislação em vigor, o seu poder de influência sobre os destinos da sociedade (*v. g.*, regime de aquisições tendentes ao domínio total ou poder de designação de um administrador ou de requerer a sua destituição judicial).

É possível, no entanto, avançar um pouco mais. É que, em rigor, para que exista uma relação *in house*, decisivo é que, além da exigência de que o co-contratante desenvolva o essencial da sua actividade em benefício do contraente público, se possa afirmar que a entidade adjudicante exerce, como já foi assinalado, uma influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes do adjudicatário. Ora, como refere o Advogado-Geral LÉGER, nas conclusões no Processo n.º C-94/99, mesmo quando privados detêm uma participação superior a 10% na entidade adjudicatária, o que importa é garantir que a entidade adjudicante continua a exercer um controlo efectivo sobre a gestão da entidade participada, que lhe permita determinar, por si só, sem minorias de bloqueio, o âmbito e a forma da prossecução da sua actividade. O requisito da inexistência de participações privadas constitui, neste sentido, um elemento anómalo na construção da relação *in house*. Percebe-se, obviamente, a preocupação do Tribunal de Justiça, bem patente na afirmação, já citada, de que “a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objectivo da concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade de tratamento dos interessados (...) na medida em que (...) esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes” (embora o argumento não valha quando tenha havido uma escolha transparente e pública do sócio da empresa pública – PEDRO GONÇALVES, *RJEM*, pp. 186-187). No entanto, uma tal preocupação deve ser acautelada noutra plano. Já vimos que, à luz do Direito da União Europeia, embora o contrato de sociedade não seja um dos contratos abrangidos pelas directivas da contratação pública, a escolha do parceiro privado de uma sociedade de capitais maioritariamente públicos que vai desenvolver uma actividade económica relevante *in house* está sujeita à obrigação de transparência, pos-

tulando, como já se disse, publicidade adequada da decisão de contratar e imparcialidade do procedimento de adjudicação. E, já o sabemos, o Código dos Contratos Públicos vai ainda mais longe, incluindo expressamente na enumeração exemplificativa dos contratos cujo objecto abrangem prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado os contratos de sociedade (art. 16.º, n.º 2 – salvo, nos termos do art. 5.º, n.º 4, alínea *d*), quando o capital social se destine a ser exclusivamente detido por entidades adjudicantes integradas na Administração Pública tradicional).

· III. À primeira vista, dir-se-ia que as entidades adjudicatárias de contratos celebrados *in house* estão, por sua vez, atendendo à sua dependência em face da Administração Pública, sujeitas às normas sobre contratação pública quando pretendam contratar com privados (ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos de prestação*, p. 19). A verdade, porém, é que *pode haver uma relação in house e, apesar de tudo, o adjudicatário não ser qualificável como organismo de direito público*. Naturalmente, havendo controlo análogo e sendo o essencial da actividade desenvolvida para a entidade administrativa dominante, não será difícil demonstrar que o adjudicatário constitui uma entidade criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral e sujeita a um controlo público de gestão. No entanto, para que o adjudicatário possa ser qualificado como organismo de direito público, é preciso ainda que a sua actividade não se revista de carácter industrial ou comercial e, na leitura por nós adoptada (*infra*, 4.3), este requisito não é necessariamente contaminado pela existência de uma relação *in house*.

IV. As considerações anteriores sobre a relação *in house* não valem na contratação abrangida pelo regime específico dos *sectores especiais*. Na realidade, no art. 23.º da Directiva n.º 2004/17/CE e, em conformidade, nos arts. 13.º e 14.º

do Código, adopta-se um conceito de relação *in house* mais lato, estabelecendo-se concretamente uma excepção à aplicação das regras concorrenciais para os contratos celebrados com empresas que se encontrem numa relação de grupo com a entidade adjudicante.

4. Enumeração abrangente das entidades adjudicantes

4.1. Considerações gerais

I. Sem prejuízo da regulamentação específica consagrada nos sectores especiais e de algumas soluções avulsas estabelecidas pelo legislador (*v. g.*, hospitais E.P.E. – art. 5.º, n.º 3; associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e técnica – art. 2.º, n.º 2, alínea *c*)), a enumeração das entidades adjudicantes no Código dos Contratos Públicos assenta numa *contraposição fundamental*: de um lado, as entidades adjudicantes do n.º 1 do art. 2.º; do outro, os organismos de direito público.

A contraposição assim estabelecida tem importantes *consequências ao nível do regime da contratação pública aplicável*. Sem dúvida que os organismos de direito público estão, em qualquer caso, sujeitos a um regime de contratação mais exigente do que aquele que resulta das directivas comunitárias (PEDRO GONÇALVES, *RJEM*, p. 232 – porém, não obstante o âmbito da norma revogatória que se extrai do n.º 2 do art. 14.º do DL n.º 18/2008, o mesmo o Autor acrescenta, na p. 235, que o art. 12.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29/12, constitui, em relação à contratação de empresas municipais que sejam organismos de direito público e que não esteja abrangida pelas directivas comunitárias, norma especial prevalente sobre as regras gerais mais exigentes do Código). Ainda assim, os organismos de direito público beneficiam de um regime muito mais flexível do que aquele que é aplicável às entidades adjudicantes do n.º 1 do art. 2.º.

Desde logo, nos termos do art. 6.º, n.º 2, quando a entidade adjudicante seja um organismo de direito público – ou o Banco de Portugal, que, embora estatutariamente seja configurado como um instituto público, é qualificado por lei como um instituto de regime especial (juntamente, aliás, com os fundos que funcionam junto dele e com outros institutos públicos – art. 48.º, n.º 1, da Lei n.º 3/2004, de 15/1) e, depois de ter estado isento da aplicação do regime de aquisição de bens e serviços constante do DL n.º 197/99 por força do art. 64.º, n.º 3, da respectiva lei orgânica, beneficia à luz do Código do regime da contratação pública aplicável às entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do art. 2.º –, os procedimentos efectivamente concorrenciais só são aplicáveis à fase de formação dos contratos cujo objecto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada ou concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

Por outro lado, no âmbito da contratação abrangida, salvo em relação às concessões de obras públicas ou de serviços públicos, os limiares até aos quais os organismos de direito público, na escolha do procedimento em função do valor do contrato, podem recorrer ao ajuste directo são muito mais elevados do que aqueles que valem para as demais entidades adjudicantes. Não se justifica, neste contexto, discutir se a consagração de limiares internos tão elevados, com o significativo alargamento do âmbito de aplicação do procedimento de ajuste directo regulado no Código, é conforme com as exigências que, em matéria de contratação pública abaixo dos limiares comunitários, se extraem dos princípios fundamentais do Direito da União Europeia. Basta tão-somente recordar que, na locação ou aquisição de bens móveis e na aquisição de serviços, a escolha do ajuste directo permite a celebração de contratos de valor inferior aos limiares comunitários (isto é, neste momento, 206 000 Euros, não valendo portanto o limiar mais baixo de 75 000 Euros aplicável em geral – art. 20.º, n.º 1, alínea *a*)). Da mesma

forma, na empreitada de obras públicas, em vez do limiar dos 150 000 Euros, um organismo de direito público pode escolher o empreiteiro por ajuste directo se o contrato tiver um valor inferior a 1 000 000 Euros (art. 19.º, alínea a)).

Enfim, nos sectores especiais, como se confirmará mais adiante, por força da extensão operada pelo art. 12.º, os organismos de direito público, ao contrário do que sucede com as entidades adjudicantes do n.º 1 do art. 2.º, beneficiam do regime mais flexível admitido na Directiva n.º 2004/17/CE e consagrado no Código dos Contratos Públicos.

II. Noutro plano, mas igualmente importante para se compreender cabalmente o sentido da delimitação das entidades adjudicantes – e da contratação abrangida – no Código dos Contratos Públicos, é a *distinção entre contratação excluída e contratação de acordo com o procedimento de ajuste directo regulado no Código*.

Os organismos de direito público, quando celebram contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços abaixo dos limiares assinalados no parágrafo anterior, embora possam escolher o adjudicatário por ajuste directo, devem observar as normas do Código que disciplinam este tipo de procedimento.

Em contrapartida, nalgumas situações, a contratação está excluída do âmbito de aplicação da Parte II do Código dos Contratos Públicos (o que não significa, apesar de tudo, como já se sublinhou anteriormente, que seja inócua do ponto de vista do Direito da União Europeia). É o que sucede, por exemplo, quando um organismo de direito público celebra um contrato que não abranja prestações típicas dos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas ou de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços (art. 6.º, n.º 2). O mesmo se diga, nos sectores especiais (art. 11.º, n.º 1, alínea b)) ou, por exemplo, nos contratos celebra-

dos por hospitais E.P.E. (art. 5.º, n.º 3), quando esteja em causa um contrato de empreitada, de locação ou de aquisição de bens ou de serviços cujo valor seja inferior aos respectivos limiares comunitários.

A distinção releva do ponto de vista procedimental. Com efeito, na contratação excluída, e sem prejuízo do dever de observância de um princípio de transparência na contratação relevante à luz do Direito da União Europeia, a entidade adjudicante, na escolha do adjudicatário, não está vinculada pelo disposto na Parte II do Código. Assim, por exemplo, optando pelo ajuste directo, ela não se encontra submetida ao importante limite consagrado no art. 113.º, n.º 2, ou ao dever de publicitação plasmado no art. 127.º.

Em contrapartida, no plano processual, a relevância da contraposição entre contratação excluída e contratação de acordo com o procedimento de ajuste directo regulado no Código não se afigura tão clara. Sem dúvida que, caso se conclua que a contratação excluída do Código não é regulada por norma pública específica, pode invocar-se o art. 4.º, n.º 1, alínea e), do ETAF, que, ao delimitar o âmbito da jurisdição administrativa, se refere apenas aos contratos “a respeito dos quais haja lei específica que os submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público”. Todavia, contra a aparente linearidade de uma tal conclusão, pode e deve discutir-se a relevância, para este efeito, da sujeição das entidades que se integram na Administração Pública, quando actuam no âmbito da formação de um contrato, não apenas aos princípios constitucionais aplicáveis, mas também aos princípios gerais da actividade administrativa consagrados no Código do Procedimento Administrativo.

4.2. As entidades que integram a Administração Pública em sentido orgânico tradicional

I. A opção por uma delimitação do âmbito de aplicação do novo regime da contratação pública amíga da concorrência também se manifesta no modo como o Código recorta as entidades adjudicantes. Com efeito, logo na enunciação das entidades públicas integradas na Administração Pública em sentido orgânico tradicional, e deixando por agora o conceito de organismo de direito público, o n.º 1 do art. 2.º do Código dos Contratos Públicos contém uma enumeração mais abrangente do que aquela que decorre do art. 2.º do DL n.º 197/99 ou do n.º 1 do art. 3.º do DL n.º 59/99. A nova lei, para além de fazer apelo às categorias dogmáticas de pessoas colectivas públicas propostas pela doutrina portuguesa, refere, não apenas as pessoas colectivas de população e território (Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais), mas também os institutos públicos – incluindo as fundações públicas – e as associações públicas em geral.

II. Concretamente, enquanto na legislação revogada, depois da referência às autarquias locais e entidades equiparadas sujeitas a tutela administrativa, se mencionava apenas as “associações exclusivamente formadas por autarquias locais e ou por outras pessoas colectivas de direito público (...)”, a alínea *f*) do n.º 1 do art. 2.º do Código refere-se genericamente a *quaisquer* associações públicas. Significa isto, designadamente, que as ordens profissionais são hoje, independentemente de poderem ou não ser qualificadas como organismos de direito público, entidades adjudicantes plenamente submetidas às regras da contratação pública.

III. O Código vai, porém, mais longe. Efectivamente, para além das associações públicas, a alínea *g*) do n.º 1 do art. 2.º qualifica ainda como entidades adjudicantes não qualificáveis como

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

A lei já não exige, ao contrário do que acontecia na anterior legislação, que as associações em causa sejam *exclusivamente* formadas por outras pessoas colectivas públicas. E, uma vez que o Código também não impõe que as associações em causa tenham natureza pública, decisivo, na perspectiva da alínea *g*) do n.º 1 do art. 2.º, é que esta categoria de associação, independentemente da sua natureza pública ou privada, e ainda que integre uma maioria de associados privados, esteja por referência aos associados públicos numa situação de sujeição análoga àquela que se verifica nos organismos de direito público.

Pode duvidar-se, apesar de tudo, se se justifica a diferenciação assim estabelecida entre os organismos de direito público e as entidades adjudicantes referidas na alínea *g*) do n.º 1 do art. 2.º. Não se esqueça, com efeito, que a distinção não é inócua: se se tratar de uma *pessoa colectiva com substrato associativo*, a existência de um controlo ou de um financiamento maioritário público, não só dispensa a verificação de que se trata de uma entidade que tenha sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial (art. 2.º, n.º 2, alínea *a*), subalínea *i*)), como determina necessariamente a sujeição ao regime menos flexível de contratação pública aplicável às entidades adjudicantes do n.º 1 do art. 2.º do Código; se, pelo contrário, a entidade tiver um *substrato fundacional ou societário*, além de se ter de demonstrar o requisito adicional da criação específica para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, a pessoa colectiva em causa será qualificada como organismo de direito público e beneficiará

do regime mais flexível plasmado no Código para esta categoria de entidades adjudicantes. Ora, compreensivelmente, pode questionar-se se a simples diferente natureza do substrato da pessoa colectiva justifica uma diferenciação tão significativa do regime aplicável em matéria de contratação pública.

Paradoxalmente, em face da opção assumida pelo Código, o legislador introduziu uma derrogação ao disposto na alínea g) do n.º 1 do art. 2.º. Resulta, com efeito, do disposto na alínea c) do n.º 2 do art. 2.º que são entidades adjudicantes equiparadas aos organismos de direito público – não cabendo, portanto, na enumeração do n.º 1 do art. 2.º – “as associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica, desde que sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas”. Estas associações – que se distinguem apenas das associações a que se refere a alínea g) do n.º 1 do art. 2.º pelas finalidades que prosseguem – beneficiam, portanto, do regime aplicável aos organismos de direito público.

IV. Como se antecipou logo na introdução, no Código dos Contratos Públicos, o imperativo de optimização ínsito no princípio da concorrência não foi realizado plenamente.

A segunda parte da alínea e) do n.º 1 do art. 2.º constitui uma manifestação clara desta afirmação. O Código, depois de qualificar as fundações públicas em geral como entidades adjudicantes, excepciona as fundações previstas na Lei n.º 62/2007, de 10/9, isto é, as *instituições de ensino superior público de natureza fundacional*.

Todavia, independentemente da discussão sobre a bondade da opção política subjacente a uma tal ressalva, é importante clarificar o sentido da excepção assim consagrada. É que,

em rigor, diferentemente do que uma leitura apressada da alínea e) do n.º 1 do art. 2.º poderia indiciar, da lei não resulta que as fundações públicas com regime de direito privado não são entidades adjudicantes. Pelo contrário, numa leitura conforme ao Direito da União Europeia e às directivas comunitárias sobre contratação pública, forçoso é entender que a exclusão operada pelo referido preceito não impede que as instituições de ensino superior público de natureza fundacional sejam qualificadas como organismos de direito público, desde que se encontrem verificados os requisitos que a alínea a) do n.º 2 do art. 2.º, acolhendo o sentido da normação comunitária, enuncia.

4.3. Os organismos de direito público

I. O Código dos Contratos Públicos, acolhendo as exigências comunitárias neste domínio, qualifica ainda como entidades adjudicantes os chamados organismos de direito público.

O *princípio geral*, enunciado na alínea a) do n.º 2 do art. 2.º, é o de que são também entidades adjudicantes, para efeitos de sujeição à Parte II do Código, quaisquer pessoas colectivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada, tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, e sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades.

O Código explicita, logo a seguir, recusando a solução restritiva que resultava da letra da alínea b) do n.º 1 do art. 3.º do DL n.º 197/99, que a qualificação como organismo de direito público não é afastada quando a entidade em causa é financiada maioritariamente ou controlada, não já por uma entidade adjudicante prevista no n.º 1 do art. 2.º, mas por um outro organismo de

direito público (organismos de direito público de segunda geração – art. 2.º, n.º 2, alínea *b*)). O mesmo se diga, numa solução correspondente àquela que está consagrada alínea *g*) do n.º 1 do art. 2.º, quando esteja em causa uma associação de que faça parte um ou vários organismos de direito público, desde que uma tal associação seja maioritariamente financiada pelos referidos organismos, esteja sujeita ao seu controlo de gestão ou tenha um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, por eles designada (alínea *d*) do n.º 2 do art. 2.º).

Um organismo de direito público é necessariamente, por imperativo comunitário e legal, um organismo dotado de personalidade jurídica (independentemente da sua natureza pública ou privada – cfr., para maiores desenvolvimentos, CLÁUDIA VIANA, “Contratação pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário”, in *CJA*, n.º 52, pp. 21 e segs.). Mas isso não basta. Decisivo, para efeitos da qualificação de uma pessoa colectiva pública ou privada como organismo de direito público é a verificação cumulativa de três requisitos suplementares. Com efeito, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do art. 2.º do Código, uma pessoa colectiva constitui um organismo de direito público sempre que (i) tenha sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, (ii) a sua actividade não se revista de carácter industrial ou comercial, e (iii) seja maioritariamente financiada ou controlada por entidades adjudicantes.

A enumeração legal apresenta a estrutura dos conceitos classificatórios, não dando muito espaço para admitir, como sucede nos conceitos-tipo, a recondução à categoria de organismo de direito público de entidades que não apresentem algum dos requisitos exigidos pela lei (embora, para efeitos específicos do disposto na alínea *g*) do n.º 1 e na alínea *d*) do n.º 2 do art. 2.º, o Código não faça qualquer alusão à necessidade de a associação em causa ter sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse

geral, sem carácter industrial ou comercial). É possível, ainda assim, que a concreta conjugação dos vários requisitos apresente uma geometria variável.

II. A exigência de que se trate de uma *pessoa colectiva criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral* não pode ser compreendida unicamente à luz do Direito da União Europeia.

Naturalmente, numa perspectiva estritamente juscomunitária, determinante é que as necessidades que a entidade em causa visa satisfazer sejam, à luz do Direito da União Europeia, necessidades de interesse geral (económico ou não). Na realidade, “o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, respondendo à questão de saber se o conceito de «necessidades de interesse geral» é definido pelo direito comunitário ou pela ordem jurídica nacional de cada Estado-membro, concluiu já que tal conceito deve ser objecto de «uma interpretação autónoma e uniforme em toda a Comunidade»” (JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismos*, pp. 637-638 – cfr. ainda CLÁUDIA VIANA, *Contratação pública e empresas públicas*, pp. 15 e segs.). De resto, ao contrário do que resultaria de uma interpretação meramente literal, o Tribunal de Justiça admite que as tarefas de interesse geral possam ter sido confiadas a uma determinada entidade quer *ab initio*, isto é, aquando da criação da entidade, quer em momento posterior (CLÁUDIA VIANA, *Contratação*, p. 20).

Todavia, desde que não se admita, por esta via, uma desconsideração, para efeitos internos, de necessidades que, à luz do Direito Comunitário, devam ser qualificadas como sendo de interesse geral, nada impede que um Código *amigo* da concorrência – que vai mais longe do que as exigências estritas que se extraem da norma comunitária e que está consciente do lugar central que uma economia de mercado concorrencial ocupa, por imperativo constitucional, na ordem jurídico-económica portuguesa

– admita que a prossecução de certos fins (que, numa perspectiva estritamente comunitária, não sejam considerados fins de interesse público) possa ser relevante para o preenchimento da exigência legal da satisfação de necessidades de interesse geral. Ora, numa ordem constitucional em que “os direitos e liberdades individuais são indissociáveis dos *referentes* económicos, sociais e culturais” (GOMES CANOTILHO, “Metodologia «Fuzzy»”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2004, p. 106), e em que se verifica a abertura para uma compreensão diferente do direito, marcada pela consagração constitucional das bases do direito das políticas públicas (MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O lugar do direito na protecção do ambiente*, 2007, pp. 462 e segs.), não repugna admitir uma concepção mais abrangente das necessidades de interesse geral. Numa palavra, numa leitura do primeiro requisito dos organismos de direito público (entidade criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral) em conformidade com a Constituição, não é possível ignorar as importantes tarefas e incumbências cometidas pela Constituição de 1976 aos poderes públicos.

Noutro plano, merece ser realçado que o próprio Código parece ter uma visão abrangente das necessidades de interesse geral. Na realidade, na alínea c) do n.º 2, quando se refere às “associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica, desde que sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas”, a lei parece assumir implicitamente que a satisfação a título principal de necessidades de natureza científica e tecnológica se reconduz *ipso facto* à satisfação de necessidades de interesse geral.

III. O segundo requisito afigura-se fundamental para esclarecer em que medida uma empre-

sa pública se encontra submetida às regras de formação dos contratos públicos plasmadas no Código (cfr., sobre o problema em face da legislação anterior ao Código dos Contratos Públicos, CLÁUDIA VIANA, *Contratação pública e empresas públicas*, pp. 8 e segs.).

a) Como é sabido, se o regime jurídico das empreitadas de obras públicas constante do DL n.º 59/99 se aplicava em geral às empresas públicas, sem prejuízo de isenções que viessem a ser estabelecidas por decreto-lei (art. 3.º, n.º 1, alínea g), e art. 4.º, n.º 3), já o n.º 1 do art. 3.º do DL n.º 197/99 considerava que a ausência de carácter industrial ou comercial significava que a entidade criada com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral não tinha natureza empresarial.

Vários autores contestaram, com boas razões, a exclusão em geral das empresas públicas do universo das entidades adjudicantes para efeitos de contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e de serviços, sublinhando a incompatibilidade de uma tal leitura com o sentido da correspondente norma comunitária (cfr., por todos, CLÁUDIA VIANA, *Contratação pública e empresas públicas*, pp. 8 e segs.; JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismos*, pp. 639 e segs.; ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos de prestação*, pp. 16-17; JOÃO CAUPERS, “Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos”, in *CJA*, n.º 64, p. 10). O próprio Supremo Tribunal Administrativo, em acórdão de 17 de Janeiro de 2006, proferido pela 2.ª Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo, no P. 980/05, concluiu que os CTT deviam ser considerados, para efeitos da formação de um contrato de fornecimento de vestuário de serviço, como organismo de direito público.

A grande novidade do Código, neste domínio, reside, justamente, na clarificação do requisito comunitário. A lei não se limita, na verdade, a repetir, na esteira da norma comunitária, que os organismos de direito público são enti-

dades criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral *sem carácter industrial ou comercial*. O n.º 3 do art. 2.º acrescenta que, para efeitos deste requisito, relevante é saber se a actividade económica em causa se submete ou não à lógica do mercado e da livre concorrência.

O legislador, com a clarificação enunciada, rejeita em absoluto a tese simplista segundo a qual toda e qualquer empresa pública exerce, por definição, uma actividade com carácter industrial ou comercial. Pelo contrário, do n.º 3 do art. 2.º resulta que a natureza empresarial da entidade não é determinante para a questão da sua qualificação ou não como organismo de direito público. O mesmo entendimento é, aliás, corroborado pelo disposto no art. 5.º, n.º 3, do Código (uma vez que a ressalva prevista para os hospitais E.P.E. só se compreende num contexto em que se admita *prima facie* que entidades públicas empresariais possam ser qualificadas como organismos de direito público) e pela alteração dos Estatutos da Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública, E.P.E., operada pelo art. 8.º do DL n.º 18/2008 (visto que uma tal alteração visa permitir a afirmação de uma relação *in house* e, por essa via, excluir do âmbito da contratação abrangida a contratação entre o Estado e a referida empresa pública).

Em contrapartida, não obstante a força expansiva do conceito de organismo de direito público, o Código preferiu não tomar uma posição clara quanto à sujeição ou não das empresas públicas às regras sobre formação dos contratos nele plasmadas. A opção leva JOÃO CAUPERS (*Âmbito*, p. 11) a concluir que o legislador evita assim, “uma vez mais, a *perigosa* clarificação do conceito comunitário”. Em qualquer caso, mesmo que não se vá tão longe, afigura-se inquestionável que a lei abre, claramente, uma zona de penumbra, tendo preferido, em vez da consagração de uma regra geral e abstracta, numa perspectiva valorizadora da segurança jurídica, uma opção

que não abdica, como momento ineliminável e decisivo, de uma adequada ponderação de cada caso concreto.

b) Importante, nesta perspectiva, é esclarecer os *critérios de que depende, afinal, a concreta qualificação de uma empresa pública como organismo de direito público*.

Aparentemente, poder-se-ia ser tentado a afirmar, como princípio geral, a tese da inaplicabilidade tendencial às empresas públicas das normas sobre formação dos contratos públicos. Neste sentido, poder-se-ia invocar o facto de o princípio geral aplicável ao sector público empresarial, sem prejuízo de regimes derogatórios especiais, devidamente justificados, é o de que “as empresas públicas estão sujeitas às regras gerais de concorrência, nacionais e comunitárias”, não podendo “das relações entre empresas públicas e o Estado ou outros entes públicos resultar situações que, sob qualquer forma, sejam susceptíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do território nacional”, e devendo as empresas públicas reger-se pelo princípio da transparência financeira e a sua contabilidade “ser organizada de modo a permitir a identificação de quaisquer fluxos financeiros entre elas e o Estado ou outros entes públicos, bem como garantir o cumprimento das exigências nacionais e comunitárias em matéria de concorrência e auxílios públicos” (cfr., por todos, em relação ao sector empresarial do Estado, arts. 8.º e 9.º do DL n.º 558/99, de 17/12, alterado pelo DL n.º 300/2007, de 23/8).

Um tal entendimento não pode, porém, ser admitido. Como pano de fundo pode afirmar-se que, independentemente da sujeição legal às regras da concorrência, os vínculos jurídico-públicos em matéria de contratação pública devem ser impostos quando a concorrência no mercado não seja por si só factor determinante da preferência, nas compras públicas, pelas propostas economicamente mais vantajosas ou que apresentem o mais baixo preço. Ora, como refere JOÃO AMARAL

E ALMEIDA, decisivo, para que empresas públicas possam ser qualificadas como organismos de direito público, é que elas estejam efectivamente sujeitas "a uma concorrência por parte de outros operadores económicos que as dissuade de escolher os seus co-contratantes com base em critérios discriminatórios". Daí que seja importante "saber se essa actuação se processa num ambiente e em condições de verdadeira, integral e livre concorrência, ou se, sob a capa aparente de uma concorrência (entre a entidade em causa e os outros operadores económicos privados), existem afinal circunstâncias que a desvirtuam e transformam a entidade em causa num operador com privilégios de actuação que não estão ao alcance de qualquer sociedade comercial privada" (*Os organismos*, pp. 639-640 e 641).

Importa, ainda assim, evitar a tentação oposta, isto é, a adopção do entendimento segundo o qual a generalidade das empresas públicas está, à partida, submetida à Parte II do Código. Efectivamente, quando se analisa a jurisprudência comunitária, pode ser-se tentado a concluir que a noção de organismo de direito público pretende abranger o sector empresarial público em geral. É certo que não se exige, para afirmar o carácter industrial ou comercial da actividade, que a entidade em causa tenha um escopo lucrativo, bastando que actue de acordo com critérios de rendimento, eficácia e rentabilidade. Todavia, bem vistas as coisas, o Tribunal de Justiça não se limita a afirmar que a actividade industrial ou comercial se caracteriza pelo facto de o empresário suportar o risco económico-financeiro da sua actividade. A jurisprudência vai mais longe. Assim, a título meramente ilustrativo, a primeira manifestação deste entendimento surge quando se considera que uma entidade deve ser qualificada como organismo de direito público mesmo que desenvolva, a par de actividades não submetidas a uma lógica de mercado e de livre concorrência, outras actividades que, isoladamente consideradas, podiam ser qualificadas como de carácter industrial ou comercial, independentemente

mente da importância relativa das referidas actividades no contexto geral da entidade ou até, porventura, da circunstância de as actividades industriais ou comerciais em causa serem exercidas por uma pessoa colectiva distinta que faça parte do mesmo grupo. Outra manifestação da mesma posição fundamental aflora na ideia de que, ainda que numa situação de actuação concorrencial, o simples facto de estar prevista, por exemplo, a possibilidade de compensações públicas para suportar os prejuízos decorrentes da actividade de uma empresa que visa satisfazer necessidades de interesse geral impede a sua qualificação como actividade de carácter industrial ou comercial. Enfim, manifestação da mesma tendência pode ainda ser evidenciada na afirmação segundo a qual, quando uma empresa pública desenvolve uma actividade que satisfaz um determinado interesse público, a dissolução da referida empresa é também ditada por considerações de interesse público, pelo que, mesmo que, no plano estritamente jurídico, esteja em causa uma sociedade idêntica às demais sociedades privadas, subsistirá sempre a especificidade fundamental de, em caso de risco de insolvência, os accionistas públicos que controlam a empresa dificilmente permitirão a sua dissolução, preferindo provavelmente proceder a aumentos de capital (cfr., para maiores desenvolvimentos, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os organismos*, pp. 639 e segs. – cfr. ainda CLÁUDIA VIANA, *Contratação pública e empresas públicas*, pp. 17 e segs.).

Ora, em rigor, ao contrário do que resulta do entendimento jurisprudencial sinteticamente sumariado, impõe-se, neste domínio, uma resposta mais matizada (cfr., no sentido de que as empresas públicas não podem ser simplisticamente qualificadas como *species* de organismo de direito público, PEDRO GONÇALVES, *RJEM*, pp. 37 e segs. e 222 e segs.). Afigura-se, pois, fundamental atender às coordenadas do caso concreto.

Por um lado, como tem sido admitido noutros domínios pelo legislador comunitário (*v.*

g., no sector das telecomunicações, Directiva n.º 2002/21/CE, aprovada em 7 de Março de 2002), a exigência de uma contabilidade separada ou a consagração de uma separação estrutural para as actividades sem carácter industrial ou comercial, como se essas actividades fossem exercidas por sociedades juridicamente independentes, pode impedir, por si só, práticas cruzadas entre as diversas actividades de uma mesma entidade ou, mais concretamente, a subsidiação de uma das actividades pela outra.

Por outro lado, e sem prejuízo da relevância, como requisito autónomo, da existência de um financiamento maioritário público, quanto à existência de compensações públicas, há dois aspectos que cumpre ter presente. Em primeiro lugar, não se pode obliterar que não são considerados auxílios incompatíveis com o Direito da União Europeia as chamadas indemnizações compensatórias da realização de um serviço público. Sem dúvida que o Direito Comunitário, concebido sobre o paradigma da liberdade económica e da livre concorrência, tem levado a cabo um cerco aos regimes nacionais de serviço público no sentido de os submeter às regras gerais da concorrência, incluindo em matéria de financiamento, salvo as excepções consideradas indispensáveis à sobrevivência e à eficácia do próprio serviço público. Assim, à luz do princípio de igualdade jurídica entre empresas públicas e empresas privadas, as empresas públicas estão, à partida, abrangidas pelas regras da concorrência, incluindo pelas normas relativas aos auxílios de Estado (compreendendo perdão de dívidas, atribuição de benefícios fiscais, concessão de garantias). Todavia, esta proibição de princípio não é, mesmo numa perspectiva juscomunitária, absolutizada, sendo, pelo contrário, reconhecido que a universalidade das regras da concorrência e a conseqüente prevalência das leis próprias de funcionamento do mercado não podem obstar à prossecução pelo Estado de certas missões e à prestação de determinados serviços de interesse público (MARIA LUÍSA DUARTE, *Estudos de Direito da União e das Comuni-*

dades Europeias, 2000, pp. 196 e segs. – cfr. ainda FAUSTO DE QUADROS, “Serviço público e Direito Comunitário”, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*, pp. 279 e segs.). Decisivo, portanto, é que uma indemnização compensatória atribuída a uma empresa pública seja, não apenas contrapartida do serviço público prestado por essa empresa, mas também uma indemnização concedida na estrita medida das exigências desse serviço. Em segundo lugar, se uma qualquer empresa pública obtiver financiamentos públicos no âmbito de um procedimento concorrencial, isso não significa *ipso facto* que actue no mercado numa situação privilegiada em face dos demais operadores económicos. Ou seja, para efeitos da verificação do carácter industrial ou comercial de uma determinada actividade empresarial (segundo requisito de que depende a qualificação como organismo de direito público), mais importante do que saber se uma certa entidade beneficiou de fundos públicos, incluindo fundos comunitários, é verificar se o procedimento de atribuição desses fundos respeitou ou não as exigências impostas pelo princípio da concorrência.

Por último, na necessária articulação entre o Direito da União Europeia e o Direito Constitucional dos Estados-membros, que o reconhecimento de um primado matizado da norma comunitária não compromete, não se pode perder de vista que a ordem constitucional portuguesa, se por um lado aposta numa economia mista e na existência de um sector público primordialmente constituído por meios de produção afectos à prossecução do interesse público, aponta, por outro, para a coexistência e concorrência entre empresas públicas e empresas privadas. Naturalmente, a primeira vertente assinalada significa que, no âmbito do sector público da economia, que não sofre qualquer *capitis deminutio* em face do sector privado, as empresas públicas beneficiam naturalmente de entradas iniciais de capital pelos respectivos sócios (públicos) e que, perante o risco de dissolução, as finalidades de interesse público prosseguidas

podem justificar a adopção de medidas que evitem a dissolução da sociedade. Todavia, a entrada inicial de capital público não determina, de modo algum, que a actividade da empresa assim criada esteja depois necessariamente subtraída à lógica do mercado e da livre concorrência. E, a jusante, para contestar o carácter industrial ou comercial da actividade desenvolvida, não basta afirmar que, numa situação hipotética de desequilíbrio económico-financeiro, os *donos* públicos da empresa em causa acabariam por intervir, sendo necessário demonstrar que, no exercício da sua actividade, a empresa, que pode, aliás, cumprir plenamente parâmetros exigentes de qualidade e rentabilidade, beneficia efectivamente de apoios susceptíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

IV. A qualificação de uma pessoa colectiva – independentemente da sua natureza pública ou privada – como organismo de direito público pressupõe ainda, nos termos do art. 2.º, n.º 2, alínea *a*), subalínea *ii*), do Código, que ela *seja maioritariamente financiada por entidades adjudicantes, esteja sujeita ao seu controlo de gestão ou tenha um órgão de administração, direcção ou fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas*. A lei, na esteira da norma comunitária, prevê assim, ao lado das situações em que haja um financiamento maioritariamente público – que, se por um lado não se confunde com as receitas obtidas pelo co-contratante como contrapartida dos serviços prestados, dos bens fornecidos ou das obras executadas, não deixa de abranger, por outro, o financiamento através de fundos comunitários (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*, 1998, p. 65 – cfr., para maiores desenvolvimentos, CLÁUDIA VIANA, *Contratação pública e empresas públicas*, pp. 24-25) –, as hipóteses em que a pessoa colectiva em causa é controlada por uma entidade adjudicante.

a) O Código não faz qualquer alusão, a propósito deste terceiro requisito dos organismos de direito público, a uma *exigência de permanência*, devendo, por isso, discutir-se se, para efeitos de contratação pública, o requisito só opera, *maxime* em relação ao controlo de gestão, naqueles casos em que as prerrogativas de controlo não resultam “*de factores contingentes*” (PEDRO GONÇALVES, *RJEM*, p. 23), estando “*indissociavelmente associadas (pela lei ou estatutos) à organização dessas pessoas, e não quando se trata de meros poderes resultantes de uma participação qualificada, mas eventual ou acidental, no seu capital*” (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos*, p. 65).

b) A delimitação do âmbito do controlo relevante para efeitos de preenchimento de um dos requisitos dos organismos de direito público é formulada pelo legislador, na esteira da norma comunitária, em termos muito amplos.

Com efeito, do confronto com a solução consagrada, em relação ao sector empresarial do Estado, no art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 558/99, de 17/12, alterado pelo DL n.º 300/2007, de 23/8, resulta um *alargamento das situações de controlo relevantes e, portanto, potencialmente, do universo dos organismos de direito público*. Para além do controlo resultante do direito de designar (ou, se bem que o Código seja aqui omissivo, de destituir) a maioria dos membros dos órgãos de administração, de direcção ou – numa solução que, embora não seja inovatória, pode porventura ser considerada *excessiva* (PEDRO GONÇALVES, *RJEM*, p. 23) – de fiscalização, o art. 2.º, n.º 2, alínea *a*), subalínea *ii*), admite qualquer outra situação em que haja um *controlo de gestão* ainda que não resultante da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto.

Assim, por exemplo, mesmo sem referir as hipóteses juridicamente mais controversas de empresas em que o Estado detém *acções privilegiadas* ou poderes de intervenção de outra natureza ou de atribuição através de um *acordo*

parassocial de uma influência dominante sobre uma determinada sociedade a uma entidade adjudicante que não seja sócia dessa sociedade, a formulação aberta do Código, ao referir-se genericamente ao *controlo de gestão*, permite abarcar situações – para referir uma possibilidade inspirada na regulamentação do dever de lançamento de oferta pública de aquisição plasmado no art. 187.º do CVM – em que o controlo de gestão resulta, em situações de capital disperso, ponderáveis caso a caso, da existência de uma participação da entidade adjudicante que ultrapasse um terço dos direitos de voto correspondente ao capital social.

c) O art. 2.º, n.º 2, alínea *a*), subalínea *ii*), do Código refere expressamente que o controlo de gestão pode ser directo ou indirecto. Em contrapartida, ao contrário do que sucede, por exemplo, no art. 3.º, n.º 1, do já citado DL n.º 558/99, o Código nada diz quanto à possibilidade de o controlo ser exercido, não já *isoladamente*, mas *conjuntamente* por diversas entidades adjudicantes. A teleologia do preceito postula, em qualquer caso, que ambas as alternativas sejam admitidas. Questão controversa é, porém, a de saber quando é que se pode afirmar a existência de um controlo conjunto por diversas entidades adjudicantes.

A questão tem sido equacionada na perspectiva do sector empresarial autárquico. PEDRO GONÇALVES (RJEM, p. 22), para evitar que uma empresa com participações sociais de diversos municípios se tenha de converter numa empresa intermunicipal controlada por uma associação de municípios ou, pelo contrário, fique subtraída à disciplina do regime jurídico do sector empresarial local (consagrado na Lei n.º 53-F/2006, de 29/12), considera que, para efeitos deste regime, a influência dominante municipal não tem de pertencer a um município apenas, podendo “suceder que uma empresa se encontre sob a influência dominante conjunta de vários municípios, caso em que se qualifica a empresa como

municipal”. Significa isto que “a participação de vários municípios (exclusiva ou conjugadamente com outras entidades, públicas ou privadas) não descaracteriza a empresa como municipal, desde que a influência dominante pertença a um município ou resulte da soma das participações dos vários municípios”. De resto, para efeitos da configuração de uma relação *in house* – e conseqüente exclusão da sujeição à normação sobre a formação de contratos públicos –, merece ser recordado que o Tribunal de Justiça, logo no acórdão *Teckal*, considerou igualmente que a repartição do controlo por uma pluralidade de municípios não impedia a afirmação de um controlo análogo.

O problema, porém, não se esgota nesse domínio e deve ser perspectivado à luz do sentido da sujeição dos organismos de direito público às regras sobre contratação pública. Nesta perspectiva, é duvidoso que seja suficiente que uma determinada entidade tenha uma maioria de capital ou de associados públicos. Na verdade, e a menos que haja factores que permitam afirmar a existência de uma actuação concertada (cfr., para efeitos de imputação de direitos de voto, a solução consagrada no art. 20.º do CVM), a simples circunstância de a maioria dos sócios ou associados ser constituída por entidades adjudicantes não significa, por si só, que haja um controlo público. Naturalmente, se o universo dos parceiros públicos for constituído por entidades integradas na administração indirecta da mesma pessoa colectiva de população e território, e nessa medida por entidades submetidas, todas elas, ao mesmo poder de superintendência e de tutela, não se afigura difícil afirmar a existência de um controlo de gestão público. Basta, porém, que, numa concreta sociedade anónima, a maioria do capital público esteja nas mãos de entidades integradas no âmbito da administração autónoma e que prosseguem diferentes interesses próprios (*v. g.*, um município, uma universidade pública, uma ordem profissional) para que a conclusão se torne mais duvidosa.

V. A qualificação, na esteira da normação comunitária, dos chamados organismos de direito público como entidades adjudicantes tem uma inequívoca *força expansiva* do universo das entidades submetidas às regras sobre contratação pública plasmadas no Código. É certo que, como já foi assinalado, o Código, rompendo com a opção subjacente por exemplo à delimitação subjectiva operada pelos DLs n.ºs 59/99 e 223/2001, renuncia a uma identificação *a priori* e em abstracto de categorias de entidades abrangidas pelo conceito de organismo de direito público (v. g., empresas públicas, concessionários). Todavia, na necessária ponderação de cada caso concreto, haverá que verificar em que medida pessoas colectivas públicas ou privadas não abrangidas pelo n.º 1 do art. 2.º, sejam empresas públicas, concessionários (sem prejuízo do disposto no art. 276.º do Código) ou instituições particulares de interesse público (cfr., em relação às instituições particulares de solidariedade social, LICÍNIO LOPES MARTINS, “Aplicação do regime jurídico de empreitada de obras públicas às instituições particulares de solidariedade social”, in *CJA*, n.º 55, pp. 17 e segs.), preencham os três requisitos de que depende, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do art. 2.º do Código, a qualificação como organismo de direito público.

5. Restrição do âmbito *subjectivo* de aplicação do regime mais flexível admitido pela Directiva Sectores Especiais

O princípio da concorrência – que confere *unidade de sentido* ao modo como o Código delimitou o âmbito de aplicação das suas normas sobre contratação pública – é ainda fundamental para compreender as regras sobre o âmbito de aplicação do regime mais flexível em matéria de formação dos contratos públicos consagrado nos sectores especiais.

Como é sabido, no âmbito dos sectores especiais, o art. 33.º, n.º 1, do Código, em conformida-

de com a abertura da Directiva n.º 2004/17/CE (na esteira aliás da solução que se encontrava já estabelecida na Directiva n.º 93/38/CEE), consagra um regime de contratação pública mais flexível. Esta ideia manifesta-se de forma particular na liberdade de escolha do procedimento de negociação em alternativa ao concurso público e ao concurso limitado por prévia qualificação (cfr., para maiores desenvolvimentos, RUI MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores*, pp. 162 e segs.). Noutro plano, como já foi assinalado anteriormente, o regime de contratação pública consagrado no Código só se aplica, nos sectores especiais, à contratação de empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas ou de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços (art. 11.º, n.º 1, alínea *b*), do Código). Enfim, salvo no caso dos contratos de concessão, considera-se contratação excluída a formação de contratos cujo objecto abranja algumas das prestações típicas dos contratos assinalados e cujo valor seja inferior aos limiares comunitários (os quais, no caso de locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços, são o dobro do limiar comunitário aplicável na contratação pública em geral, isto é, actualmente, 412 000 euros – art. 11.º, n.º 1, alínea *b*), do Código).

Ora, ao contrário do que sucede no DL n.º 223/2001, o Código restringe o âmbito *subjectivo* de aplicação do regime mais flexível consagrado nos sectores especiais. Da conjugação do n.º 1 do art. 7.º com o art. 12.º, bem como das diversas disposições que, na Parte II, consagram uma regulamentação específica para a contratação pública nos sectores especiais, resulta inequivocamente que as regras especiais previstas no Código relativas à formação de contratos nos sectores 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.

Efectivamente, na perspectiva do Código, a normação mais flexível admitida pelo legisla-

dor 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. Na perspectiva do Código, as razões que justificam a sujeição da Administração Pública ao regime geral de contratação pública valem igualmente quando a formação do contrato respeita aos sectores especiais.

Em conformidade, à luz do art. 7.º, n.º 1, as regras especiais previstas no Código relativas à formação de contratos nos sectores especiais só beneficiam entidades adjudicantes não abrangidas pelo regime geral de contratação pública. Por outras palavras, e sem prejuízo da hipótese específica contemplada na alínea c) do n.º 1 do art. 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 carácter industrial ou comercial (o que permite abarcar a generalidade das empresas públicas cuja actividade económica se submeta à lógica de merca-

do e da livre concorrência); do outro, o Código alarga o seu âmbito de aplicação, nos sectores especiais, a quaisquer outras pessoas colectivas 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 actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e afectar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas actividades.

A única excepção ao princípio assim afirmado respeita 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 (*supra*, 4.1), o art. 12.º estende o âmbito de aplicação das regras especiais sobre contratação nos sectores especiais aos organismos de direito público. Daí que, para este efeito, o intérprete não tenha que verificar se a actividade desenvolvida por uma entidade criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral e controlada por outra entidade adjudicante reveste ou não carácter industrial ou comercial.

RUI MEDEIROS