

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NOS «SECTORES ESPECIAIS»

MARK KIRKBY

I — INTRODUÇÃO E ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DO REGIME DE CONTRATAÇÃO NOS SECTORES ESPECIAIS

1. Os designados «sectores especiais» da contratação pública, abrangendo algumas das actividades desenvolvidas (actualmente) nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais por entidades susceptíveis de merecerem o estatuto de «entidades adjudicantes», correspondem a sectores de actividade que originariamente estavam excluídos do âmbito objectivo de aplicação das directivas comunitárias da contratação pública ⁽¹⁾. Tratam-se de sectores que, no momento da disciplina e procedimentalização comunitária dos contratos públicos, foram deixados à margem das imposições relacionadas com a obrigação de tramitar procedimentos adjudicatórios concorrenciais em função de uma diversidade de motivos, ancorados no modo específico de funcionamento dos mercados com eles conexos.

As razões que ditaram a exclusão de algumas das actividades desenvolvidas nestes sectores das regras comunitárias impositivas de procedimentos adjudicatórios não são inteiramente claras, mas têm seguramente que ver com a *«importância estratégica para os Estados-membros da actividade nestes secto-*

(1) As Directivas 71/305/CE e 77/62/CE.

res, o que, se não justifica a sua subtracção às regras da contratação pública, justifica, pelo menos, um tratamento especial.» (2) Tais razões encontram-se sintetizadas nas Directivas que mais tarde vieram concretizar a regulação especial dos processos de formalização dos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, nomeadamente nalguns Considerandos da Directiva 90/531/CEE, de 17 de Dezembro de 1990. Assim:

- a) O motivo principal de exclusão dos referidos sectores prendia-se com a consideração de que as entidades que exploram esses serviços estavam sujeitas ora ao direito público, ora ao direito privado;
- b) Outro motivo invocado era a circunstância de as entidades que operavam nestes sectores não procederem a concursos públicos à escala europeia em virtude da natureza fechada dos mercados em causa e da correlativa concessão, pelas autoridades nacionais, de direitos especiais ou exclusivos para o desenvolvimento de serviços públicos relacionados, nomeadamente, com o abastecimento, a colocação à disposição ou a exploração de redes públicas de abastecimento de água, energia, transportes e telecomunicações, ou com a exploração de uma área geográfica determinada com uma finalidade específica;
- c) Acresce que a ausência de concorrência comunitária nestes sectores estava também relacionada com as diferentes formas através das quais as autoridades nacionais podiam influenciar o comportamento das entidades que neles operavam, através, nomeadamente, de participações no seu capital ou da representação nos órgãos de administração, de gestão ou da fiscalização dessas

(2) *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V, coord. Maria ALESSANDRA SANDULLI/ROSANNA DE NICTOLIS/ROBERTO GAROFOLI, Giuffrè Editores, 2008, p. 3132.

entidades, o que teria por consequência que as decisões de contratação de tais entidades não se pautassem por critérios de estrita racionalidade económica.

2. A falibilidade das razões de exclusão dos sectores assinalados das regras da contratação pública, assim como a intenção de aprofundar a construção e a liberalização do mercado interno, cedo tornaram claro que os «sectores excluídos» não poderiam manter-se.

O argumento que sustentava a exclusão nos diferentes estatutos (público e privado) das empresas que operavam nestes sectores, no sentido de afirmar que as empresas públicas não poderiam estar submetidas às regras da contratação sob pena de se criar uma desvantagem competitiva com as empresas privadas, foi alvo de críticas. Assim, a necessidade de garantir uma verdadeira abertura destes mercados impunha (e veio impor) que as regras da contratação pública aplicáveis às entidades que neles interviessem se aplicassem não exclusivamente em função da natureza pública ou privada dessas entidades, mas em função da actividade concretamente desenvolvida e no modo, aberto ou fechado, de acesso a essa actividade.

Posto de outra forma, impunha-se, nomeadamente, colocar sob a alçada das regras de formação de contratos públicos as empresas formalmente privadas que, fruto da detenção de privilégios ou exclusivos de natureza pública, ou em virtude da dependência estatutária ou económica face à Administração, se justificava estarem obrigadas à observância dos princípios da contratação pública, *maxime* da transparência, da concorrência, da igualdade e da imparcialidade, de modo a assegurar a liberalização dos seus aprovisionamentos.

O argumento assente no carácter fechado dos mercados em causa, onde predominavam direitos exclusivos atribuídos por entidades públicas, também não valia em si mesmo, pois que, frequentemente, sobretudo no que concerne a empresas privadas que operavam nos referidos sectores, as mesmas teriam interesse objectivo em submeter os seus projectos contratuais à concorrência com vista a obter propostas economicamente van-

tajosas, não se justificando, por isso, a subtracção geral e abstracta das suas «compras» à concorrência de mercado.

O terceiro argumento, por seu turno, contém em si a causa directa da sua própria falibilidade. A circunstância de as autoridades nacionais poderem influenciar as decisões adjudicatórias das entidades que operam nestes sectores não podia ser vista como um obstáculo à abertura destes mercados, mas antes como uma razão que reforçava a necessidade de promover essa abertura. Assim, a influência relevante exercida pelas autoridades públicas sobre as entidades que intervêm nestes mercados, frequentemente empresas concessionárias de serviços públicos, reforçou a preocupação de que as mesmas pudessem ser pressionadas a comprar nacional (*buy national*) em prejuízo do mercado interno comunitário ⁽³⁾.

3. Face ao exposto, a partir do Livro Branco da Comissão ao Conselho de Junho de 1985, sobre a liberalização do mercado interno comunitário, desenhou-se um programa de acção e um calendário para realizar a abertura da contratação pública dos sectores então «excluídos» (água, energia, transportes e telecomunicações).

A inclusão dos «sectores excluídos» nas regras da contratação pública comunitária realiza-se com a Directiva 90/531/CEE, relativamente aos procedimentos de formação de contratos públicos de empreitadas de obras públicas e de fornecimentos (deixando de fora os serviços, que ainda não estavam sequer incluídos nas Directivas gerais da contratação pública). A esta seguiu-se a Directiva 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993 (alterada pela Directiva 98/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998), que passou a abranger os contratos de aquisição de serviços e visou, tal como nas Directivas relativas aos sectores tradicionais, incre-

⁽³⁾ Cfr. FERNANDO DIEZ MORENO, *Princípios jurídicos de la contratación pública*, in AA.VV., *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, 1997, pp. 36-37.

mentar a clareza e a segurança jurídicas dos regimes comunitários de *procurement*.

Em síntese, o que estas Directivas procuraram fazer foi, no essencial, sujeitar a contratação pública nestes sectores a regras que observassem os princípios comunitários nesta matéria, funcionalizados à abertura dos mercados e da concorrência e ao aprofundamento do mercado interno, sujeitando inclusivamente ao seu âmbito subjectivo de aplicação as entidades privadas que operam nesses mercados num contexto não inteiramente concorrencial, ao mesmo tempo que se consagraram regras procedimentais mais flexíveis, comparativamente com as dos sectores gerais (como veremos adiante). «*E assim estes sectores, até então excluídos do regime comunitário da contratação pública, deixam de o estar, falando-se actualmente em “sectores especiais”, precisamente para evidenciar que as entidades que exercem a sua actividade nestes sectores estão sujeitas a uma disciplina específica, que visa a abertura à concorrência dos contratos de fornecimento, empreitadas de obras públicas e serviços.*» (4)

As Directivas referidas no ponto anterior foram substituídas pela Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (doravante, «Directiva 2004/17/CE»), actualmente vigente, que é transposta pelo CCP.

É sobre a sua disciplina e sobre a forma como a mesma foi objecto de transposição pelo Código dos Contratos Públicos (doravante «CCP» ou «Código») que nos debruçamos no presente trabalho.

II — ÂMBITO DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CCP QUE TRANSPÕEM A DIRECTIVA 2004/17/CE

II — 1. Enquadramento

1. A Directiva 2004/17/CE introduz alterações relevantes aos âmbitos de aplicação subjectivo e objectivo contemplados

(4) Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra, 2007, p. 572.