

Uma área onde a tese da resistência à mudança foi prejudicial ocorreu no âmbito das arbitragens de proteção de investimentos, que são públicas – dir-se-ia que axiomáticamente³⁷. Foram os riscos de tal resistência que seguramente geraram a convicção da necessidade de criar instrumentos de regulação da comunidade internacional, como são os três documentos já mencionados e criados no âmbito do Banco Mundial e das Nações Unidas. O que no entanto não impediu que o movimento de recusa de arbitragens internacionais contra Estados não continue a usar a tese da falta de transparência como um argumento nuclear.

O que no entanto não impede que se acompanhe a opinião dissidente de Brennan J, na sentença *Esso/Plowman*, quando realça que “[t]he duty to convey information to the public may not operate uniformly upon each document or piece of information ... Performance of the duty to the public is unlikely to require the revelation of every document or piece of information. It may be possible to respect the commercial sensitivity of information contained in particular documents while discharging the duty to the public and, where that is possible, the general obligation of confidentiality must be respected”.

Kyriaki Noussia tem assim razão quando considera que “work lies ahead, for courts and arbitral tribunals [for] refining the notion of what it is of ‘legitimate public interest’”³⁸.

6. Conclusão

Paul Hazard, célebre historiador da cultura do século passado, escreveu que a verdadeira Revolução Francesa ocorreu muito antes do momento em que os historiadores mencionam: a revolução nasceu quando os franceses deixaram de pensar como Bossuet e passaram a pensar como Voltaire.

Nesse sentido, a decisão de Mason CJ marca a viragem no sistema da arbitragem internacional, sobretudo quando entidades públicas estão envolvidas. Como no mundo da diplomacia os “arcana” e as cláusulas secretas dos tratados desapareceram no Século XX devido aos efeitos nefastos que causavam, também o movimento para a transparência na arbitragem de direito público não vai parar. Agora a questão é outra: quais os limites, as regras e as condições do afastamento da confidencialidade e para isso outros acórdãos serão relevantes.

³⁷ “... investor-State arbitration might raise questions of significant public importance and political accountability. They might raise issues relating to public health, protection of the environment, control of natural resources” (David Cairns, “Confidentiality and State Party Arbitrations”). Ver também o capítulo da obra já citada de Elena Smeureanu intitulado “An end to confidentiality? The recent trends towards greater transparency in ICSID Arbitration”, págs. 93-114.

³⁸ Ob. cit. pág. 105.

Contratação Interadministrativa na Revisão do CCP/2016 – Os Contratos de Transferência ou Delegação de Poderes Públicos e os Contratos de Cooperação no Âmbito de Tarefas Públicas

MARK KIRKBY*

1. Introdução

1. As Diretivas europeias da contratação pública de 2014 e o Anteprojeto do diploma que pretende rever o Código dos Contratos Públicos¹ (o ‘Anteprojeto’) regulam a exclusão do seu âmbito de aplicação de diversos instrumentos contratuais interadministrativos, isto é, de diversos tipos de contratos a celebrar entre entidades adjudicantes.

No presente escrito apenas abordaremos duas das figuras que apresentam novidades relevantes face ao regime constante nas anteriores diretivas da contratação pública de 2004 e/ou face à versão em vigor do Código dos Contratos Públicos (‘CCP’), que são *os contratos de transferência ou delegação de poderes e responsabilidades pela execução de tarefas públicas* e *os contratos de cooperação para a realização de tarefas públicas* a cargo das entidades públicas contratantes. Trata-se de contratos que, apesar de num plano jurídico-formal se apresentarem como

* Advogado.

¹ Colocado em processo de consulta pública a 2 de agosto de 2016: <http://www.base.gov.pt/Base/pt/popup?A=278>.

factispecies de natureza muito diversa – desde logo porque os primeiros têm um objeto (imediate) público e os segundos são contratos administrativos com objeto passível de direito privado–, podem num plano material ou concreto apresentar grandes semelhanças quanto ao tipo de prestações convencionadas e confundir-se com contratos públicos “normais” de prestação de bens e serviços. Por esta razão, ambas as figuras contratuais têm merecido resistências semelhantes das instâncias europeias quanto aos pressupostos e requisitos que devem estar reunidos para que a sua celebração se considere excluída da contratação pública, sobretudo a partir de uma jurisprudência eminentemente restritiva do Tribunal de Justiça da União Europeia (o ‘TJUE’ ou simplesmente o ‘Tribunal de Justiça’).

2. Repare-se que esta abordagem restritiva, que tende a dificultar a exclusão dos contratos entre entidades públicas do regime das Diretivas, evidencia um paradoxo difícil de compreender. Com efeito, as instâncias europeias impõem aos Estados-Membros programas agressivos de controlo orçamental e da redução “estrutural” da despesa pública como condição do funcionamento do mercado interno e do sistema monetário europeu. Ora, isto faria antecipar uma atitude “amiga” dos instrumentos que promovem a contratação interadministrativa, aconselhando a que estas apenas recorressem ao mercado quando não pudessem aproveitar as capacidades infraestruturais, técnicas e humanas instaladas noutras entidades públicas. Cada euro gasto pelas entidades adjudicantes dentro do perímetro das entidades públicas seria um euro a menos a agravar despesa pública, ideia que tem inclusivamente levado os Estados-Membros a consolidar um **princípio do autoaprovisionamento**².

Todavia, esta aparente evidência contrasta com os obstáculos que o legislador europeu e a jurisprudência do TJUE colocam à possibilidade de as entidades públicas contratarem diretamente umas com as outras. Veja-se os apertadíssimos

² Encontramos a explicação e a curiosa denominação do princípio no “*Guía da colaboración público-pública da Comunidade Autónoma de Galicia*”, p. 4, segundo o qual o “*princípio de autoaprovisionamento*” significa que o setor público autonómico realizará as suas funções: *i*) com os meios de que disponha; *ii*) quando estes não sejam suficientes, recorrerá ao setor público autonómico (colaboração público-pública); *iii*) Só em último caso recorrerá ao mercado. Disponível em <http://www.conselleriadefacenda.es/documents/10433/5619673/GUIA+DE+COLABORACION+PUBLICO-PUBLICA+DA+COMUNIDADE+AUTONOMA+DE+GALICIA.pdf/71b52789-946e-4751-878b-4bc574f1ce7>.

Uma simples leitura do artigo 50º, nº 1 e 2 da Lei do Orçamento de Estado para 2017 (Lei nº 42/2016, de 28 de dezembro), relativo à excecionalidade da contratação externa de serviços com estudos, pareceres, projetos e consultoria, deixa bem patente que o princípio do autoaprovisionamento faz também o seu caminho em Portugal, ancorado no esforço de contenção da despesa pública desenvolvido pelo Estado.

requisitos da contratação *in-house* definidos nas Diretivas de 2004 e que a jurisprudência criativa do TJUE – e entre nós do Tribunal de Contas – não tardou em agravar. E o mesmo sucede com as outras realidades contratuais que abordamos no presente artigo. É um paradoxo que evidencia um certo desnorte das pulsões liberais das instâncias europeias, que, se de um lado exigem contenção orçamental, do outro sacrificam recursos públicos no altar da concorrência.

2. Contratos de transferência ou delegação de poderes públicos

A) Enunciação da figura

3. A Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 (‘Diretiva 2014/24/UE’ ou ‘Diretiva dos Contratos Públicos’) refere, no seu artigo 1º, nº 6 que “os acordos, decisões ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre autoridades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração pela execução dos contratos, são considerados uma questão interna dos Estados-Membros e, como tal, não são de forma alguma afetados pela presente diretiva”³. Ora, esta delimitação negativa que a Diretiva faz do seu âmbito material de aplicação é acolhida no Anteprojeto através da nova redação conferida aos nºs 1 e 2 do artigo 5º dedicado à “*contratação excluída*”. O nº 1 aproxima-se da redação anterior estatuinto que “a Parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos cujo objeto abrangia prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidos à concorrência de mercado⁴, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou no contexto da sua formação”. A relativa novidade consiste no facto de o nº 2 do preceito enunciar que “o disposto no número anterior abrange, designadamente, os acordos ou outros instrumentos jurídicos que organizem transferência ou a delegação de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre entidades adjudicantes ou agrupamentos de entidades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração”⁵.

³ Igual disposição é estabelecida no artigo 1º, nº 4 da Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação dos contratos de concessão (‘Diretiva 2014/23/UE’ ou ‘Diretiva das Concessões’). Um resultado jurídico semelhante pode ser feito derivar da segunda parte do artigo 1º, nº 4, da Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam os setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (‘Diretiva 2014/25/UE’ ou ‘Diretiva dos Setores Especiais’).

⁴ Destacado nosso.

⁵ *Idem*.

4. A primeira nota a fazer relativamente à nova previsão constante do nº 2 do artigo 5º é que a mesma é materialmente supérflua face ao enunciado do nº 1 do mesmo preceito, seja na redação do Anteprojeto, seja na redação em vigor. Com efeito, o objeto destes contratos não é *comercial*, pelo que a sua formação não pode ser submetida à “concorrência de mercado”. Destinando-se estes contratos a regular a transferência ou a delegação de competências e tarefas públicas entre entidades (materialmente) públicas, nomeadamente entre uma entidade delegante e uma entidade delegada, bem se vê que estes contratos estão *reservados* a entidades que estejam legalmente habilitadas a transferir ou delegar essas competências públicas e aquelas que estão legalmente habilitadas a recebê-las. É isso que decorre, naturalmente, do *princípio da reserva de lei* e do *princípio da irrenunciabilidade dos poderes públicos*⁶. Simplificando, as partes nestes contratos são as que a lei previamente identifica como potenciais “delegante” e “delegado” – essas e não outras –, pelo que a natureza pública do objeto contratual os subtrai da concorrência⁷.

b) A abordagem restritiva do Tribunal de Justiça

5. A assertividade com que as Diretivas europeias da contratação pública estabelecem que os instrumentos que concretizam modelos de organização administrativa são *assuntos internos* dos Estados-Membros faria porventura pensar que a delimitação dos contratos que por esta via ficariam excluídos da aplicação das referidas Diretivas seria tarefa simples e pouco dada a dissensos hermenêuticos. Puro engano⁸. A abordagem restritiva que ao Tribunal de Justiça dispensa aos *contratos de transferência e delegação de poderes públicos e tarefas associadas* está espelhada no Acórdão *Piepenbrock*⁹.

⁶ Aflorado no artigo 111º, nº 2 da Constituição. E também no artigo 36º do CPA.

⁷ Avançando com um exemplo de escola presente no ordenamento jurídico nacional, pertencem a esta constelação de figuras contratuais da “contratação excluída” os “contratos interadministrativos” que concretizam a delegação de competências de órgão do Estado nos órgãos das autarquias locais e das entidades intermunicipais e dos órgãos dos municípios nos órgãos das freguesias e das entidades intermunicipais, previstos e regulados nos artigos 116º e seguintes da Lei nº 75/2013, de 12 de setembro (a ‘Lei das Autarquias Locais’ ou ‘LAL’).

⁸ SUE ARROWSMITH lembra a este propósito que “a enorme variedade de formas através das quais as tarefas administrativas são alocadas e realocadas torna extremamente difícil estabelecer critérios de distinção entre a alocação de tarefas públicas e a aquisição contratual de prestações, sobretudo relativamente a acordos de longo prazo ou por tempo indefinido” (cfr. *The Law of public and utilities procurement*, Vol. I, Third Edition, Sweet & Maxwell, 3th edition, 2014, p. 531).

⁹ Acórdão de 13 de junho de 2013, procº C-386/11, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial num processo que opôs a empresa *Piepenbrock GmbH* e a associação de municípios *Kreis Düren*.

Estava em causa um contrato celebrado entre a associação de municípios *Kreis Düren* e um dos seus membros, o município *Stadt Düren*, mediante o qual aquela associação transferia para o município as funções de limpeza dos seus edifícios situados na circunscrição territorial deste último. Portanto, as partes conceberam um acordo como um contrato de “delegação de competências” previsto enquanto tal na legislação aplicável no *Land* em causa, de resto no contexto de normas muito semelhantes às que regulam os contratos interadministrativos nos artigos 116º e seguintes da nossa LAL. E, tanto assim é, que convencionaram expressamente que a transferência das funções em causa para o *Stadt Düren* tinha “efeito liberatório” dessas funções da esfera do *Kreis Düren*.

Contudo, esta opção, permitida pelo legislador nacional, de assegurar a satisfação de uma necessidade pública através de entidades pertencentes ao perímetro institucional público, esbarrou na leitura restritiva do TJUE, que na prática obrigou as entidades públicas a recorrerem ao mercado dos operadores privados.

6. Assim, o Tribunal, num acórdão em que a fundamentação é praticamente omissa, parece impressionar-se com o facto de o contrato implicar o desempenho de tarefas que poderiam configurar uma normal prestação de serviços de limpeza, de existir uma *compensação financeira* que poderia ser entendida como uma remuneração mesmo que se limitasse a cobrir o reembolso dos custos suportados, de o *Kreis Düren* manter poderes de fiscalização do cumprimento do contrato e de se prever a possibilidade de o contrato ser executado por terceiros, tudo para concluir que estamos perante um *contrato público*, sujeito às Diretivas dos Contratos Públicos. Contudo, nem uma palavra é dita sobre os pressupostos que teriam de estar verificados para que o contrato estivesse a coberto da “exclusão” implícita no artigo 1º, nº 6 da Diretiva 2014/24/UE; não há uma linha dedicada a afastar a argumentação da Alemanha no sentido de se estar perante um contrato de delegação de competências e responsabilidades entre entidades públicas; não se explica se o contrato não se integra nas previsões da legislação alemã sobre delegações intermunicipais ou se são estas disposições que estão, elas próprias, desconformes com o direito europeu.¹⁰

¹⁰ Como resume DAVID MCGOWEN, qualquer possível alargamento dos mecanismos de cooperação interadministrativa nem sequer foi discutido, porque o Tribunal olhou simplesmente para as atividades a que o contrato se referia e concluiu que tinham fundamentalmente a ver com a limpeza de edifícios e nada mais. Ironiza o Autor, “uma vantagem desta abordagem é a simplicidade” (Cfr. *Further clarification of permissible public cooperation: Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis Düren*, in *Public Procurement Law Review*, 2013, 6, p.3).

7. A posição do Tribunal de Justiça espelhada no Acórdão *Piepenbrock* deixa patente as enormes reservas em deixar “fugir” das Diretivas da contratação pública os instrumentos de contratação interadministrativa¹¹, para mais se estiverem à margem dos institutos da contratação *in-house* e dos *acordos de cooperação horizontal* entre entidades públicas previstos no artigo 12º, nº 4 da Diretiva 2014/24/UE, de que falaremos à frente, mas que também são eles próprios objeto de uma leitura conservadora por parte do Tribunal¹².

Todavia, esta abordagem parece incompatível com liberdade fundamental reconhecida aos Estados-Membros de organizarem os termos e as formas de distribuição de tarefas públicas entre as diversas entidades administrativas, que é expressamente referida do artigo 1º, nº 6 da Diretiva 2014/24/UE. Consequentemente, importa identificar um discurso juridicamente sustentado e coerente que concilie os elementos jurisprudenciais e legislativos identificados com a preservação do núcleo fundamental daquela liberdade de organização administrativa.

c) Os elementos caracterizadores dos contratos de transferência ou delegação de poderes públicos

8. O elemento distintivo fundamental dos contratos que podem estar a coberto desta “exclusão” é o seu **objeto público**, ou seja, trata-se de contratos que têm como objeto primordial a transferência da titularidade e/ou da capacidade de exercício de competências legais ou “estatutárias” de uma entidade pública para outra.

Por vezes, estes contratos de transferência ou de delegação de competências não suscitarão qualquer dúvida minimamente fundada de que não estão, nem podem estar, sujeitos à concorrência. É o caso dos contratos que se limitam a operar a *transferência de poderes jurídicos* cujo exercício que não implica a responsabilidade pela execução de tarefas materiais confundíveis com uma prestação de serviços. Pense-se num contrato mediante o qual uma autarquia delega numa outra a competência para licenciar determinada atividade privada. Trata-se,

¹¹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO assinala a propósito que o Tribunal é tão restritivo nestas matéria que “...aparentemente o direito interno até pode configurar normativamente uma cooperação público-público como relevando, por exemplo, do âmbito da delegação inter-administrativa de tarefas, e essa actividade ser requalificada, para efeitos do direito europeu, como sujeita à concorrência (...). Apesar de o próprio legislador, nos considerandos 31, 2º, par. e 33, reforçar a ideia de que o direito da contratação pública não tem o propósito de limitar a liberdade de auto-organização dos Estados Membros na prossecução das tarefas administrativas, pode perguntar-se legitimamente se todas as decisões do Tribunal de Justiça são coerentes com a preservação dessa liberdade” (cfr. *Uma primeira análise das novas directivas (Parte II)*, in *Revista dos Contratos Públicos*, nº 10, 2014, p. 137).

¹² É o que conclui DAVID MCGOWEN, cfr. *Further clarification of permissible public cooperation...*, cit, p. 3.

evidentemente, de um contrato sobre o exercício de poderes públicos que em nenhuma dimensão é suscetível de poder ser executado por um privado, pelo que ainda que esse contrato seja acompanhado por uma transferência de recursos financeiros destinado a acudir ao acréscimo de trabalho administrativo da entidade que recebe as competências, nem por isso se pode dizer que estamos à margem das aplicação da “exclusão” do artigo 1º, nº 6 da Diretiva 2014/24/UE.

9. As dúvidas podem surgir quando os instrumentos contratuais visam transferir competências que se concretizam no desenvolvimento de *operações materiais*, ou seja, quando o que se transfere é a responsabilidade jurídica pela execução de tarefas públicas que podem ser assumidas diretamente pela entidade pública delegatária, mas que poderiam, pelo menos em parte, ser executadas por um prestador de serviços privado. É o caso dos contratos que “delegam” em determinadas entidades públicas a limpeza de espaços públicos, a manutenção de jardins públicos, ou a reparação de edifícios públicos. Tudo se complica ainda mais, à luz da jurisprudência *Piepenbrock*, se a transferência da responsabilidade pública sobre missões deste tipo for acompanhada da transferência dos recursos financeiros destinados a reembolsar a entidade delegatária pelos respetivos encargos. É aqui o legislador não ajuda porque como o artigo 1º, nº 6 da Diretiva 2014/24/UE põe como condição para a utilização destes contratos à margem da contratação pública que os mesmos “*não prevejam uma remuneração*” “...*podem ficar numa situação ambígua os casos, frequentes [nomeadamente os previstos na LAL], nos quais a lei prevê a entrega de recursos ou contrapartidas entre entidades públicas.*”¹³

Portanto, a incógnita que é preciso determinar é se o contrato está ou não a operar uma transferência de competências legais, *i.e.* de competências “estatutárias” e das atividades materiais associadas¹⁴, ou se se limita a encarregar uma entidade pública da prestação de um serviço mediante uma remuneração. Como a jurisprudência do TJUE é pouco clara quanto aos critérios de distinção isto obriga a organizar normativamente os elementos indiciários que podem colocar os contratos num ou no outro lado da cerca.

10. Um primeiro aspeto que parece decisivo para a qualificação do contrato como um instrumento de delegação de poderes públicos é o de a transferência dos poderes *estar prevista numa norma legal habilitante* que autorize a delegação

¹³ Como lembra MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Uma primeira análise das novas directivas (Parte II)*..., cit, p. 137.

¹⁴ Ou, usando a expressão de SUE ARROWSMITH, se o contrato efetiva a transferência da “*official authority*” da entidade pública (cfr. *The Law of public and utilities procurement...*, cit., pp. 530-531).

por via contratual, que identifique as entidades públicas delegantes e delegadas e, sobretudo, que defina as **categorias de competências e tarefas associadas** que podem ser objeto de delegação.

Com efeito, a existência de um regime normativo que preveja a existência de acordos funcionalizados à organização administrativa e que regule de forma geral e abstrata a alocação de responsabilidades públicas sobre determinadas *categorias* de atividades, terá mais hipótese de passar o crivo do TJUE. Pelo contrário, se estivermos na presença de um contrato *ad hoc*, sem amparo legal específico no contexto de uma lei sobre organização administrativa, ou que pretenda transferir uma tarefa que não esteja especificamente prevista como “delegável” em lei anterior (malgrado até se poder integrar numa habilitação genérica de delegação), muito provavelmente esbarraremos com a inflexibilidade do Tribunal.

Contudo, como já vimos no *Piepenbrock*, só isto não chega. É que o contrato celebrado entre a associação de municípios *Kreis Düren* e um dos seus membros, o *Stad Durëm*, amparou-se precisamente numa lei do *Land* que previa a possibilidade de a associação transferir a competência de execução de tarefas suas para os respetivos membros, que assim passariam a ser a entidade administrativa titular dessas competências. E nem por isso o TJUE deixou de considerar sujeito à contratação pública o contrato mediante o qual aquela associação municipal pretendeu transferir para o município *Stad Durëm* a responsabilidade pela limpeza dos edifícios associativos localizados no território deste último.

II. Um segundo tópico importante para fundamentar a existência de um contrato relativo à organização do exercício de tarefas públicas é tratar-se de uma *tarefa que releva do âmbito das atribuições de ambas as entidades públicas* contratantes.

E a este propósito podemos recolher um subsídio importante ao Acórdão *Irish Ambulance*¹⁵ relativo a um acordo entre uma autoridade de saúde e uma autarquia local, através do qual esta autarquia assegurava tarefas de transporte de emergência em ambulância de doentes da referida autoridade de saúde mediante uma compensação financeira.

Neste caso, o Tribunal considerou que o contrato não estava sujeito às regras da contratação pública porque o transporte de emergência de doentes integrava o leque de atribuições e competências legalmente cometidas à própria autarquia. Consequentemente, não seria pelo facto de a autarquia desenvolver essa atividade mediante uma contrapartida financeira abonada por outra entidade no âmbito de um contrato celebrado para esse efeito que aquela deixaria de

¹⁵ Acórdão de 18 de dezembro de 2013, proc.^o C-532/03, Comissão vs. Irlanda.

estar a exercer os seus próprios “*statutory powers*”. O contrato foi considerado subtraído à aplicação das Diretivas da Contratação Pública.

O elemento interpretativo que aqui se pode retirar é o de que o Tribunal desconfia menos de acordos relativos a *categorias* de tarefas públicas que a entidade delegatária já tem inscritas na sua esfera jurídica ainda que as concretas atividades a desenvolver lhe tenham que ser delegadas. Por exemplo, muito provavelmente o Tribunal aceitará que os municípios portugueses deleguem nas freguesias as competências e as tarefas relacionadas com a manutenção dos jardins municipais ou limpeza das vias públicas municipais, na medida em que já é competente para desenvolver as mesmas atividades em jardins e vias públicas sob jurisdição da freguesia¹⁶.

12. Ainda relacionado com este tópico, o Acórdão *Piepenbrock* parece subcrever uma abordagem, juridicamente muito pobre, segundo a qual se o acordo de transferência ou delegação de competências disser respeito a categorias de tarefas que é *comum* o legislador tratar como responsabilidades públicas – *v.g.*, manutenção de jardins públicos, limpeza urbana – mais provável será que o mesmo seja aceite como um contrato isento da aplicação das Diretivas por via da “exclusão” em apreço. Note-se que no Acórdão *Piepenbrock* estavam em causa normais serviços de limpeza de edifícios, tarefas que são *incharacterísticas* no quadro da organização administrativa. Contudo, a mesma linha de raciocínio levará, por exemplo, a que um acordo município/freguesia para pequenas empreitadas em edifícios escolares expressamente previsto na LAL possa esbarrar na jurisprudência restritiva do Tribunal.¹⁷ Esta abordagem deve ser combatida porque

¹⁶ O que, nos contratos de delegação de competências que envolvem a execução material de tarefas públicas, põe em evidência o artificialismo referido por ARROWSMITH de fazer abordagens diferenciadas das diversas formas de cooperação entre entidades públicas para a aquisição de bens e serviços, no que parece estar a referir-se às disfunções decorrentes de se estabelecerem requisitos diferentes para a exclusão relacionada com os *contratos de transferência e delegação de poderes públicos* e os *contratos de cooperação no âmbito de tarefas públicas*, nomeadamente no que toca à ausência de uma “remuneração” (*cf. The Law of public and utilities procurement...*, cit., p. 531).

¹⁷ Esta abordagem está também refletida nos acórdãos do TJUE mais emblemáticos que trataram da aplicabilidade da exclusão enunciada na “jurisprudência Hamburgo” (acordos de cooperação horizontal entre entidades públicas para a realização de tarefas públicas), de que trataremos a seguir, e que negam isenção da aplicação das regras da contratação pública a contratos entre entidades adjudicantes relativos à aquisição de *consultoria* para o estudo e *avaliação da vulnerabilidade sísmica das estruturas hospitalares* (Acórdão de 19 de dezembro de 2012, proc.^o C-159/2011, ou ‘Acórdão *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*’) e, talvez de forma mais evidente, à *aquisição de um sistema informático de gestão* do ensino superior (Acórdão de 8 de maio de 2014, proc.^o C-15/13, ou ‘Acórdão *Datenlotsen*’).

não tem suporte jurídico fundado nem na letra da legislação europeia relevante nem noutros elementos hermenêuticos disponíveis.

13. Um último tópico orientador para se apurar se o contrato tem por objeto a transferência da capacidade de exercício de um poder público prende-se com o estatuto com que o delegado assume os poderes transferidos, nomeadamente se passa a ter inscritos na sua esfera jurídica *poderes-deveres de natureza pública* e se passar a *responder em nome próprio* pela sua prossecução perante o universo dos Administrados, ainda que não fique imune à interferência do titular originário da competência no quadro dos poderes que normalmente são reconhecidos ao delegante.

Neste sentido, é visível no Acórdão *Piepenbrock* que o Tribunal procurou perceber a partir dos elementos presentes no clausulado contratual se o *Stadt Düran* assumia as tarefas em causa enquanto *autoridade pública* ou enquanto *prestador de serviços*. Repare-se que no caso a que se refere o Acórdão as partes procuraram desenhar o contrato como uma verdadeira e própria delegação de competências e das tarefas associadas, ancorando-o na legislação do *Land* sobre cooperação intermunicipal e estabelecendo expressamente que a delegação produzia “efeitos liberatórios” da competência até então desempenhada pelo *Kreis Düran*.

Contudo, o Tribunal concentrou a sua atenção nalguns aspetos do contrato que, aparentemente, denotariam que o município estava a assumir as tarefas em causa enquanto prestador de serviços e não enquanto autoridade pública. Assim, o Tribunal considerou relevante para desqualificar o contrato como uma delegação de competências o facto de o *Kreis Düran* se reservar do poder de fiscalização da boa execução do contrato e do poder de resolver o contrato em caso de má execução pelo *Stadt Düran*. Isto revelaria, parece, que o eixo da relação jurídico-pública entre Administração e administrados continuaria a estar centrado no *Kreis Düran*, e que o *Stadt Düran* apenas se relacionaria com este enquanto mero prestador de serviços, não assumindo qualquer relação direta com os particulares beneficiários da atividade em causa.

14. A fechar este capítulo falta abordarmos a misteriosa referência do artigo 1º, nº 6 da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 5º, nº 2 do Anteprojeto à “ausência de remuneração”.

A primeira dúvida que se coloca é se a “exigência” de que os contratos de transferência ou delegação de competências e tarefas associadas não prevejam uma remuneração se reconduz a um *requisito de qualificação* – i.e, este tipo de contratos não são “remuneráveis” e, portanto, se se prevê uma remuneração é porque estamos perante um contrato de natureza diversa –, ou um *requisito de*

validade –i.e., a previsão de uma remuneração como contrapartida da delegação de competências é juridicamente possível mas é ilegal¹⁸.

15. Começando por consolidar as ideias mais simples, parece evidente que *não está em causa* condicionar a validade dos contratos de transferência ou delegação de poderes públicos a que os mesmos não prevejam qualquer tipo de transferência financeira entre a parte que deixa de desempenhar determinada tarefa pública e a parte que a passa a assumir. Se do que se trata é, em primeira linha, de operar uma transferência definitiva ou temporária da responsabilidade sobre tarefas que envolvem a alocação de recursos financeiros, técnicos ou humanos, não faz qualquer sentido esperar que a entidade que recebe as competências não exija receber concomitantemente os recursos necessários para as executar, nomeadamente, aqueles que até então a entidade pública delegante reservava para a execução das mesmíssimas tarefas. Isto é visto com toda a naturalidade pelo legislador português, que, por exemplo, na LAL prevê que a delegação interadministrativa entre Estado, autarquias locais e entidades intermunicipais é (tem que ser) acompanhada da transferência dos “recursos humanos, patrimoniais e financeiros necessários e suficientes...” ao exercício das competências delegadas (cfr. artigos 115º, 122º e 133º/1 da LAL).

Aliás, o próprio Tribunal de Justiça parece acolher este entendimento. No Acórdão *Irish Ambulance* enfatizou que o mero facto de uma autoridade abonar a outra uma contribuição financeira para a prestação de um serviço não é por si suficiente para revelar um contrato público coberto pelas regras da contratação pública.

16. A teleologia da salvaguarda em apreço é, naturalmente, estabelecer uma fronteira entre os contratos relativos à organização administrativa, em que a existência de transferências financeiras entre as entidades contratantes **expri-me a repartição de recursos públicos reservados em termos orçamentais**

¹⁸ A dúvida é tão mais pertinente quanto uma igual referência “limitativa” não é efetuada a propósito dos *contratos de cooperação* no âmbito de tarefas públicas previstos no artigo 12º, nº 4, alínea a) da Diretiva e no artigo 5º-A, nºs 5 e 6 do Anteprojeto. Aliás, não só aí não se “condiciona” a validade destes contratos à ausência de uma remuneração, como além disso é sabido que foi abandonada a proposta inicial da Comissão sobre este aspeto, que ia no sentido de limitar o valor da retribuição a pagar entre as entidades públicas contratantes à *cobertura dos custos* associados às tarefas desenvolvidas. Portanto, temos, por um lado, a regulação dos instrumentos (nomeadamente) contratuais sobre a transferência ou delegação de poderes públicos a “impor” a ausência de remuneração entre as entidades públicas contratantes, mas, por outro, a regulação dos contratos públicos celebrados no âmbito da cooperação público-público a permitir essa remuneração e, mais, que esta vá mesmo além da mera recuperação de custos.

às tarefas que são transferidas; e os contratos *comerciais*, sinalagmáticos, que são celebrados com o direto propósito de aquisição de trabalhos, bens ou serviços, e em que as transferências financeiras convencionadas configuram um verdadeiro preço contratual.

17. Ora, esta abordagem diferenciada de transferências financeiras estipuladas em contratos com ou entre entidades públicas – que distingue, por um lado, aquelas que relevam das relações institucionais ou organizatórias entre as partes contratantes, ou que encontrem a sua *causa-função* num qualquer regime jurídico de direito administrativo que as preconiza *em si mesmas* como forma ou condição de realização de um determinado interesse público, e, por outro lado, aquelas que correspondem à contrapartida de prestações de bens e serviços numa lógica de corresponsabilidade – tem tradições na jurisprudência do TJUE.

Assim, no contexto do problema da qualificação de entidades como “*organismos de direito público*”, mais especificamente em torno da discussão sobre quando é que uma entidade está sujeita ao controlo por parte de uma entidade adjudicante por via da existência de um *financiamento maioritariamente público* [artigo 2º, nº 2, alínea a), subalínea ii) do CCP], o TJUE tem alertado para a necessidade de distinguir o conceito de “*financiamento público*” do conceito de receitas que, apesar de terem proveniência pública, correspondem simplesmente à contrapartida pela aquisição de bens e serviços¹⁹.

Procurando extrair o teor “normativo” da jurisprudência em causa, JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ²⁰ acertam que “*quando atribui um verdadeiro financiamento, a Administração Pública (...) não se limita a executar um ‘contrato’ semelhante ao ‘existente nas relações comerciais normais’ e a pagar um preço ao beneficiário em troca de utilidades económicas que recebeu; antes, essa prestação é destinada a apoiar ou auxiliar financeiramente o seu beneficiário no exercício instrumental ou dirigido de uma tarefa pública ...*”. O que é relevante, portanto, é que quando a transferência financeira se destina a apoiar ou a subsidiar o exercício instrumental de uma atividade com interesse para a comunidade – e, no caso dos contratos de transferência e delegação de competências e tarefas, uma atividade que releva no âmbito das atribuições de ambas as entidades públicas contratantes –, não tem a natureza de uma remuneração ou de um preço, não correspondendo, no sentido que juridicamente é associado ao termo, a uma contrapartida *sinalagmática* pelas tarefas que vão ser desempenhadas pela entidade que a recebe.

¹⁹ Cfr. Acórdão de 3 de outubro de 2000, procº C-380/98, ou ‘Acórdão Universidade de Cambridge’.

²⁰ Cfr. *Temas de contratação pública I*, Coimbra, 2011, p. 105.

18. Com efeito, os contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela assunção de obrigações recíprocas que estejam entre si numa relação de *interdependência*. Portanto, o termo chave é “interdependência”, no sentido de “um pelo outro”, *do ut des* (e, acrescente-se, *et das ut dem*) (dou para que dê e dê para que dou). Um em troca do outro). A relação de interdependência inerente à existência de um sinalagma implica, consequentemente, que as prestações são a causa uma da outra, no sentido em que, se uma não for efetuada a outra deixa de ser devida, designadamente no quadro do instituto da exceção de não cumprimento e, ainda mais claramente, na caducidade da contraprestação em caso de impossibilidade *sem culpa* da obrigação²¹.

No caso dos contratos relativos à transferência ou delegação de poderes públicos e tarefas associadas, parece evidente que a transferência de verbas entre entidades públicas não tem a natureza de um sinalagma contratual. Note-se que estas delegações, que, como referimos, estarão legalmente previstas em diplomas que identificam o âmbito da delegação e as entidades delegantes e delegadas, implicam que a entidade que recebe a competência passa a assumir, em nome próprio e perante os administrados, a responsabilidade pelo desempenho das tarefas administrativas em causa. Significa isto que, enquanto durar a delegação, a entidade delegada estará juridicamente vinculada a assegurar essas tarefas mesmo que, por exemplo, a entidade delegante falhe a transferência dos fundos convencionados, não podendo aquela exonerar-se do desempenho dos *poderes-deveres* através da “exceção de não cumprimento”. De resto, os próprios critérios de determinação do envelope financeiro a transferir entre as entidades públicas serão diferentes dos critérios que normalmente presidem à fixação do preço num contrato comercial. Nestes, o prestador pretenderá assegurar a recuperação dos custos envolvidos na prestação e uma margem de lucro consentânea com o escopo lucrativo inerente à sua natureza empresarial privada. Já nos contratos de delegação, que concretizam esquemas específicos de organização administrativa, estará em causa transferir para a entidade delegada os “*recursos humanos, patrimoniais e financeiros necessários e suficientes*”, para usar a expressão feliz do artigo 113º, nº 1 da nossa LAL. E o cálculo dos montantes a transferir dependerá de variáveis que escapam à lógica do “preço” ou da “retribuição”, como sejam, por exemplo, a determinação do que estava ou é habitualmente orçamentado pela entidade delegante para fazer face às mesmas tarefas públicas;

²¹ Neste sentido, o Acórdão Universidade de Cambridge aclara que o conceito de financiamento difere do conceito de preço porque aquele pressupõe uma decisão jurídico-pública de atribuição de um auxílio financeiro que não é a contrapartida de uma *contraprestação específica*, conduzindo, diferentemente, à “*criação ou ao aproveitamento de um nexa específico de subordinação ou dependência*”, que é tão evidente nos contratos de delegação de poderes públicos.

ou a relevância que tem para os interesses públicos postos a cargo da entidade delegada a possibilidade de esta executar diretamente o objeto da delegação.

19. Neste contexto, mais do que se estar a analisar se o envelope financeiro se fica pelo necessário à recuperação de custos por parte da entidade delegada ou se tem alguma “folga”, o que é essencial para se concluir que não se está perante um “preço” é determinar, com os elementos hermenêuticos e de contexto que estiverem disponíveis, a *função* dos montantes transferidos: se estivermos perante um contrato relativo à transferência de poderes públicos como tal previsto na lei, lei essa que defina as entidades públicas que podem transferir competências e as que as podem receber e que determine que competências podem ser delegadas; se estivermos na presença de tarefas que tipicamente cabe à Administração providenciar à comunidade (ainda que através de privados): e se a transferência financeira associada for marcadamente destinada a proceder à realocação orçamental dos recursos públicos que estão reservados às tarefas em causa, então é possível estabelecer um caso sólido no sentido de que se trata de um mecanismo contratual ao serviço da organização administrativa, que integra a *reserva de soberania* dos Estados-Membros e que está à margem do âmbito de incidência das regras europeias da contratação pública. Pelo contrário, se essas marcas jus-publicistas se esbaterem, aumenta seguramente o risco de as instâncias de controlo, nomeadamente os Tribunais, virem a considerar que a transferência financeira contratualmente prevista é um “preço contratual” ou uma “remuneração” e, conseqüentemente, que estamos perante um contrato público.

20. Seja como for, importa reter que, ao contrário do que parece inculcar a infeliz redação do artigo 1º, nº 6 da Diretiva 2014/24/UE, a (in)existência de uma “retribuição” é um **requisito de qualificação** do contrato e **não um requisito de validade**. Isto é, caso se entenda que um contrato que uma entidade adjudicante pretende celebrar prevê a atribuição de uma remuneração (um preço) – o que, como vimos, depende da conjugação de vários elementos normativos e hermenêuticos – isso levará à conclusão de que estamos perante um contrato público, “encapotado” de contrato sobre a transferência de poderes públicos e à sua sujeição às Diretivas da contratação pública; e não, como se percebe, à conclusão de que estamos perante um contrato de transferência de poderes públicos *inválido*.

3. Contratos de cooperação no âmbito de tarefas públicas

a) A jurisprudência *Hamburgo*

21. O Acórdão *Comissão vs. Alemanha*, de 9 de junho de 2009, procº C-480/06, veio pela primeira vez aceitar que *um certo tipo* de acordos de cooperação entre entidades públicas podiam ficar excluídos da aplicação das Diretivas da contratação pública mesmo que não estivessem reunidos os requisitos da contratação *in-house*, nomeadamente mesmo que entre as mesmas não exista uma relação de “controlo análogo” como exigido pela jurisprudência *Teckal*.

O caso que deu origem ao Acórdão *Comissão vs. Alemanha* prende-se com um contrato celebrado entre quatro autarquias locais (*Landkreise*) da Baixa Saxónia e os Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo (*Stadtreinigung*), para a eliminação de resíduos daquelas autarquias numa nova instalação de tratamento e valorização de resíduos pertencente a esta entidade pública, para um horizonte temporal de vinte anos. Nos termos do contrato, os quatro municípios pagam aos Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo uma remuneração anual pela disponibilização de uma determinada capacidade de tratamento e valorização de resíduos dos municípios. A esta obrigação principal somam-se algumas obrigações laterais dos municípios, que o Tribunal valorizou como “marcas” de cooperação interadministrativa: os municípios obrigam-se a disponibilizar aos Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo a capacidade sobranante dos respetivos aterros municipais para acudir a eventuais falhas de capacidade nos aterros da cidade de Hamburgo, entre outras obrigações de cooperação para a realização das tarefas públicas de eliminação de resíduos que incumbem a todas as partes.²²

22. O Tribunal deu razão à Alemanha e criou um precedente, tão mais importante quanto hoje tem tradução legislativa nas Diretivas da Contratação Pública de 2014. De acordo com as conclusões do Acórdão “...uma autoridade

²² A Comissão considerou que a aquisição de capacidade para o tratamento e valorização de resíduos efetuada pelos municípios consubstanciava uma prestação de serviços, que deveria ser sido posta a concurso por força da Diretiva dos contratos públicos. Segundo a Alemanha, pelo contrário, a circunstância de haver a garantia de que estes quatro municípios contíguos da cidade de Hamburgo iriam utilizar a nova central de tratamento e valorização de resíduos foi precisamente a *condição sine qua non* para que a central tivesse viabilidade económico-financeira e pudesse ser construída. Ora, uma vez que a construção da central no prazo programado se afigurava como uma medida necessária para o desempenho permanente e satisfatório do serviço público em causa por todas as entidades envolvidas, o contrato apresentava-se como um meio de cooperação entre entidades públicas no desempenho de missões de interesse público comuns, que ficaria prejudicado se a Diretiva dos contratos públicos fosse aplicável.

*pública pode desempenhar as missões de interesse público que lhe incumbem, através dos seus próprios meios, ou em colaboração com outras autoridades públicas, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços*²³ (...). Por outro, essa colaboração entre as autoridades públicas não pode pôr em causa o objectivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos (...) desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objectivos de interesse público e que o princípio da igualdade de tratamento dos interessados (...) seja garantido, de modo que nenhuma empresa privada seja colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes.”

Apesar da escassez da fundamentação apresentada, que de resto é comum nos Acórdão do TJUE, conseguimos descortinar no Acórdão um princípio geral com potencial heurístico que deve ser acarinhado: *as entidades públicas não devem ser obrigadas a recorrer a entidades privadas para realizar as suas missões públicas quando conseguem alcançar esse resultado em colaboração ou recorrendo às capacidades de outras entidades públicas.*

b) A integração dos contratos de cooperação interadministrativa na contratação excluída das Diretivas de 2014 e do Anteprojeto do CCP.

b.1.) O enunciado legal

23. Concretizando legislativamente a jurisprudência *Hamburgo*, o artigo 12º, nº 4 da Diretiva 24/2014 estipula que “um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

- O contrato estabelece uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum;
- A execução da referida cooperação é unicamente regida por considerações de interesse público; e
- As autoridades adjudicantes participantes exercer no mercado livre menos de 20% das atividades abrangidas pela cooperação”.

24. No essencial, o artigo 5º-A, nº 5 do Anteprojeto transpõe o enunciado da Diretiva 2014/24/UE, com duas modulações importantes. Assim, a alínea a) do referido preceito estabelece que os *contratos de cooperação interadministrativa* excluídos da contratação pública são os que instituem uma cooperação no âmbito de “tarefas públicas” que apresentem uma “conexão relevante entre si”.

²³ Sublinhado nosso.

Quanto ao primeiro aspeto referido, note-se que a Diretiva se refere a uma cooperação no âmbito da execução de “serviços públicos” e o Anteprojeto utiliza o conceito mais amplo de “tarefas públicas”, na esteira do entendimento que parece ter sido pretendido pelo legislador e que a Doutrina vinha perfilhando. MIGUEL ASSIM RAIMUNDO assinala que a referência da Diretiva a *serviços públicos* “deve ser entendido em sentido amplo (de tarefas ou missões públicas) e não no sentido de exploração de serviços públicos em sentido estrito”²⁴, o que casa com o enunciado do Considerando 33 da Diretiva segundo o qual a cooperação aqui em causa “...poderá abranger todos os tipos de atividades relacionados com o desempenho de serviços e responsabilidades atribuídos às autoridades participantes, ou por elas assumidos...”. Consequentemente, o enunciado do artigo 5º-A, nº 5, alínea a), do Anteprojeto perfila-se como mais correto.

Quanto ao segundo aspeto referido, o Anteprojeto é igualmente feliz ao clarificar que as tarefas sobre as quais incide a cooperação têm que ter (apenas) uma *conexão relevante entre si*, não tendo que ser idênticas. O artigo 12º, nº 4 da Diretiva 24/2014 já sugeria que as atividades desenvolvidas em cooperação pelas entidades públicas contratantes não tinham que ser as *mesmas* ou *idênticas*²⁵, apenas enunciado que os objetivos de interesse público prosseguidos deveriam ser comuns, admitindo o Considerando 33 da Diretiva 24/2014 que as tarefas desempenhadas pelas diversas entidades poderiam ser meramente “complementares”.

b.2.) A *fatispecies*: o objeto imediato dos contratos de cooperação interadministrativa excluídos das regras da contratação pública

25. Os contratos de cooperação no âmbito de tarefas públicas têm como objeto imediato prestações que, noutro contexto contratual, poderiam ser adquiridas em mercado. São contratos através dos quais uma entidade adjudicante adquire a outra entidade adjudicante bens, serviços ou trabalhos (ou adquirem reciprocamente) que poderiam ser adquiridos a privados²⁶, e apenas a circunstância de essas aquisições concretizarem em si mesmas uma cooperação para a realização de tarefas públicas as isenta da aplicação das regras da contratação pública²⁷. Trata-se, portanto, de *contratos com objeto passível de contratos de direito privado*.

²⁴ Cfr. *Uma primeira análise das novas directivas (Parte II)*..., cit, p. 136.

²⁵ Cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of public and utilities procurement*..., cit., p. 527.

²⁶ Por exemplo, um contrato através do qual uma autoridade de proteção civil contrata um laboratório público que tenha atribuições em matéria de investigação sobre a resistência de materiais a sismos para a elaboração de um estudo sobre o comportamento sísmico de novos materiais de construção.

²⁷ Neste sentido, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos entre entidades adjudicantes* (Ac. no proc. nº C-480/06 do TJUE), in *Revista de Contratos Públicos*, nº 2, Maio-Agosto 2011, p.132: “ressaltam, assim, dois elementos, o fundamento cooperativo e a prossecução de interesses públicos, independente-

26. O referido permite distinguir, pelo menos no plano formal, estes *contratos de cooperação no âmbito de tarefas públicas dos contratos para a transferência ou delegação de poderes e responsabilidades públicas* que abordámos no capítulo anterior e que, como vimos, são contratos com *objeto passível de ato administrativo*. Nos *contratos de cooperação* não há qualquer transferência de poderes ou responsabilidades, já que cada entidade está a exercer as suas próprias incumbências públicas através do contrato. Ou seja, o contrato de cooperação é ele próprio um meio utilizado por cada uma das entidades contratantes para exercerem as suas missões próprias, ainda que recorrendo ao auxílio de outras entidades públicas, e não um instrumento através do qual uma entidade encarrega outra de desempenhar tarefas que incumbem originalmente à primeira.

c) **A controvérsia sobre as tarefas que integram a cooperação interadministrativa: a “cooperação real ou genuína” vs. “contrato público «normal»”**

c.1.) **Aspetos controvertidos**

27. A maior controvérsia sobre o alcance desta exclusão prende-se com a *natureza das prestações* que as partes podem assumir no contexto da cooperação contratualizada, em particular com as questões de saber *i)* se é admissível que a exclusão funcione quando a *prestação de uma das partes se limita a uma transferência financeira, i.e.* a um “pagamento”, a efetuar a uma outra que desenvolve uma tarefa material e, sem bem que relacionada com a anterior, *ii)* se *todas as partes têm que assumir o mesmo tipo de tarefas*, ou seja, se é necessário que desenvolvam em comum as prestações principais a que se refere o contrato; por fim, *iii)* volta-se a discutir se as tarefas assumidas têm que ser de “tipo público”, no sentido se corresponderem habitualmente a missões públicas (ensino, investigação, abastecimento de água e tratamento de resíduos), ou se podem consistir em tarefas que são também prestadas habitualmente por entidades privadas (consultadoria, serviços de limpeza, desenvolvimento de *software*).

c.2.) **A evolução da posição das instâncias comunitárias**

28. A posição das instâncias da União Europeia produzida sobre o assunto até à consolidação dos textos das novas Diretivas da contratação pública foi, para não variar, bastante restritiva.

A Comissão começou por tomar posição sobre o assunto no seu Documento de Trabalho de 2011 sobre o assunto²⁸, reduzindo quase a zero o alcance da

mente de esses contratos conterem prestações típicas de contratos sujeitos à concorrência de mercado (por exemplo, a aquisição de um serviço ou a construção de uma obra pública)”.

²⁸ Cf. Documento “SEC[2011] 1169 final”, de 4.10.2014, da DG ?????? Interno e Serviços.

exclusão baseada na jurisprudência *Hamburgo*. O ponto 3.3.2 do Documento é reveladoramente dedicado à “*Distinção entre «cooperação» genuína e um contrato público normal*” e assenta em argumentos tópicos alinhados com a mundividência ortodoxa da Comissão. Assim, há a destacar:

- a) Todos os contraentes têm, em princípio, que realizar tarefas materiais, excluindo-se a possibilidade de um dos contraentes se limitar a aproveitar a prestação material da contraparte mediante uma transferência financeira²⁹;
- b) Só estamos perante “cooperação genuína” quando as partes cooperam para a realização de uma *tarefa ou missão de interesse público que é comum a todas*, não bastando que cooperem para a realização das respetivas atribuições no caso de estas serem diferentes³⁰.

29. A jurisprudência do TJUE nem sempre foi clara ou coerente sobre o seu entendimento da “cooperação real”, mas nalguns Acórdãos parece alinhar com as posições mais conservadoras na Comissão.

No Acórdão *Piepenbrock* assume sem grandes explicações que um contrato entre entidades municipais em que uma assume a tarefa de assegurar a limpeza dos edifícios de outra mediante reembolso dos custos incorridos “...*não parece ter por objeto instaurar uma cooperação entre as duas entidades públicas contratantes tendo em vista a execução de uma missão de interesse público comum*” (ponto 39). O Tribunal não estabelece os parâmetros por que se guiou para colocar o contrato à margem da “cooperação real” mas parece ter-se deixado impressionar pela natureza “pouco pública” da tarefa (serviços de limpeza) e pelo facto da prestação de uma das partes se resumir a uma contrapartida financeira.

O Acórdão *Datenlotsen* é também equívoco, tendo recusado a qualificação de “cooperação real” a um contrato entre uma empresa pública com a missão de “*prestar assessoria aos estabelecimentos públicos de ensino superior e às administrações*

²⁹ Segundo a Comissão (continuamos no ponto 3.3.2. Documento de Trabalho de 2011), um contrato mediante o qual uma das partes realiza uma determinada tarefa contra remuneração, como por exemplo o fornecimento de eletricidade aos edifícios administrativos de uma localidade pelos serviços públicos de outra localidade é um “*contrato público normal*” e não um exemplo de “*cooperação real*”. KRIS WAUTERS, alinhando por este diapasão, conclui que “*os acordos de cooperação podem ter como propósito a prestação de uma atividade por uma autoridade pública a outra autoridade pública. Neste caso, as Diretivas da contratação pública aplicam-se sempre*” (Cfr. (2014) CJEU case law on cooperative agreements between public authorities and its influence on certain national legal systems. PhD thesis. <http://theses.gla.ac.uk/5765/>).

³⁰ A propósito deste requisito de funcionamento da exclusão também aflorado na jurisprudência do TJUE, cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of public and utilities procurement...*, cit., pp. 524 (6.193) e 528 (6-202).

competentes, no cumprimento, de forma racional e eficaz, da sua missão de ensino superior” e estabelecimentos do ensino superior para a aquisição de um sistema informático de gestão do ensino superior. Este caso assume contornos mais graves do que o *Piepenbrock* porque parece ficar demonstrado que a prestação da empresa pública em causa encaixa que nem uma luva nas missões de interesse público para a qual terá sido criada e, conseqüentemente, que a execução dessa prestação é em si mesma um meio de concretização do seu objeto social. Ora, perante um contrato cuja execução é dirigida à realização de tarefas públicas que incumbem a ambas as partes contratantes, torna-se difícil afastar a existência de uma genuína “cooperação interadministrativa”, apenas na base de preconceitos relacionados com a existência de uma remuneração ou com a natureza intrinsecamente “comercial” da prestação de uma das partes.

O que resulta deste Acórdão é, essencialmente, que o TJUE rejeitou a partida que os Estados-Membros se possam organizar no sentido de criar empresas públicas cuja missão pública seja satisfazer necessidades de aprovisionamento de entidades públicas e que, se estivermos perante prestações que o mercado esteja preparado para assegurar, as entidades públicas têm que “comprar fora” em vez de aproveitarem as “capacidades instaladas” do setor público. Ora esta ingerência na autonomia de organização institucional dos Estados-Membros afigura-se inaceitável e contra os princípios dos Tratados.

30. Estranhamente, o Acórdão *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* que tem sido apontado como um dos arestos mais restritivos é aquele que nos parece abordar o problema de forma mais acertada. Como sabemos, o caso versou sobre um contrato entre uma autoridade de saúde e uma universidade, mediante a qual a segunda se obrigou com a primeira a realizar um estudo e a avaliação sobre a vulnerabilidade sísmica das estruturas hospitalares da província de *Lecce* à luz de regulamentações nacionais recentes em matéria de segurança de estruturas.

O TJUE considerou que no caso concreto os pressupostos e requisitos da Jurisprudência Hamburgo não estavam todos verificados, e, se bem entendemos, por duas razões:

- a) Como as prestações da Universidade correspondem a atividades geralmente efetuadas por engenheiros ou arquitetos, que apesar de assentarem numa *base científica* não correspondem a *investigação científica*, isso significa que **não têm enquadramento com as atribuições da universidade**, pelo que não se pode dizer que a Universidade quando assume essa prestação está a cooperar com outra entidade pública para a realização de tarefas públicas que lhe incumbem;
- b) A circunstância de se prever que a Universidade iria proceder à subcontratação de colaboradores altamente qualificados para a execução do

contrato pode conduzir ao favorecimento de operadores privados em detrimento de outros.

31. O que nos parece ser de assinalar é que o Acórdão *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* não terá rejeitado a “genuinidade” da cooperação público-pública nem na base de o contrato prever uma remuneração de uma entidade a outra, nem na base de uma das entidades se limitar a abonar essa remuneração e não assumir a execução material de determinadas tarefas, nem na base de a universidade assegurar a execução de prestações que noutra contexto poderiam ser normalmente asseguradas por privados, nem, por fim, na base de que as atribuições públicas prosseguidas por cada uma das partes não eram integralmente coincidentes. Diferentemente, o Tribunal desconsiderou o contrato enquanto manifestação de uma genuína cooperação interadministrativa e qualificou-o como um “normal contrato público”, em primeira linha, porque entendeu que os serviços que a universidade pretendia prestar não se enquadravam nas missões de interesse público de que estava primordialmente incumbida – docência e investigação –, tratando-se a consultoria em matéria sísmica de uma atividade assessoria que a universidade poderia assumir *se e na medida* em que isso não contendesse com o “serviço público” que justificou a sua criação. E o facto de esta consultoria ser assegurada mediante a contratação de terceiros e de não poder ser assegurada pelos docentes da universidade, sem remuneração extra e no quadro normal das suas funções, só vinha demonstrar isso mesmo.

c.3. Posições adotadas quanto ao alcance da “cooperação real ou genuína”

32. O excursus efetuado nos pontos anteriores permite-nos assentar ideias quanto àquela que consideramos ser a abordagem correta do instituto dos contratos de cooperação para a realização de tarefas públicas ou de “cooperação horizontal”, e quanto ao alcance excludente desse instituto tal como o mesmo está atualmente concretizado nos artigos 12^a, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE e 5^a-A, n.º 5 do Anteprojeto do CCP.

O eixo axiológico fundamental em que assenta a compreensão do instituto tem que buscar-se na sua justificação teleológica primária: **as entidades públicas não devem ser obrigadas a recorrer a entidades privadas para realizar as suas missões públicas quando conseguem alcançar esse resultado em colaboração ou recorrendo às capacidades de outras entidades públicas.** “A aplicação das regras da contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras entidades públicas” (cfr. Considerando 31 da Diretiva), seja uma cooperação “dentro de casa” (*Teckal*/

/in-house), seja uma cooperação com entidades públicas com autonomia entre si (Hamburgo/cooperação horizontal).

33. Esta regra, baseada no princípio de que os Estados-Membros têm autonomia de organização institucional e que isso implica que as entidades públicas não têm que ser obrigadas a “gastar dinheiro fora” quando podem aproveitar a capacidade instalada de outras entidades públicas (numa ótica de rentabilização e racionalização dos recursos públicos e contenção da despesa pública), **só deve ser limitada em casos excepcionais e não o contrário.**

E essas limitações decorrem de considerações elementares de concorrência: o contrato de “cooperação” apenas não deve ficar à margem da contratação pública quando possa servir de instrumento de distorção da concorrência do mercado (o que não é o mesmo que dizer que ao mesmo seja imposta a concorrência de mercado), como sucede ou nos casos em que as entidades públicas prestam uma parte substancial das atividades abrangidas pela cooperação no mercado livre³¹ [artigo 12º, nº 4, alínea c) da Diretiva], ou quando os contratos de cooperação permitem que a jusante da sua celebração determinados operadores privados sejam colocados em situação de vantagem relativamente a outros, nomeadamente com a possibilidade de subcontratações à margem das regras da contratação pública, ou pelo menos à margem dos procedimentos concorrenciais que em alternativa teriam que ser adotados. Fora estes casos, e pelas razões explicadas, a interpretação das previsões normativas em apreço deve generosa quanto à exclusão dos instrumentos contratuais de cooperação administrativa das regras da contratação pública.

34. Revisitando o tema dos pressupostos da “cooperação real” no contexto da evolução legislativa verificada na nova Diretiva 2014/24/UE e no Anteprojeto, o que se afigura fundamental é, em primeiro lugar, apurar se as prestações que são assumidas pelas partes, mesmo que materializadas num simples pagamento, estão funcionalizadas à realização das suas atribuições, muito em particular, se para cada parte a execução da sua prestação pode ser vista **em si mesma como um ato de realização das tarefas públicas que lhe incumbem nos termos da lei.** E, em segundo lugar, apurar se essas prestações contribuem em si mesmas igualmente para a realização das tarefas públicas que incumbem à contraparte.

³¹ Porque aí as entidades públicas não podem ter o melhor dos dois mundos, *i.e.*, pretenderem poder concorrer com privados no mercado ao mesmo tempo que estão imunes à concorrência quando prestam a mesma atividade a outras entidades públicas.

Portanto, se todas as partes do contrato desenvolvem prestações que *i)* em si mesmas consubstanciam a execução das suas tarefas públicas e que *ii)* contribuem para a realização das tarefas públicas das demais, estaremos perante um fenómeno de cooperação interadministrativa horizontal “real” ou “genuína” e não perante um “normal contrato público”.

35. Verificados estes *pressupostos*, fica apenas por garantir que os *requisitos legais* para que o contrato possa ser celebrado à margem das regras da contratação pública sejam observados:

- i)* A execução seja *unicamente regida por considerações de interesse público*, o que implica, por exemplo, que as entidades contratantes não possam ter participação de capital privado (cfr. Acórdão *Azienda*, ponto 35);
- ii)* Que o contrato não coloque operadores privados em situação de vantagem face aos demais, o que limita fortemente a possibilidade de subcontratação dos serviços a privados (cfr. Acórdãos *Piepenbrock*, ponto 40 e *Azienda*, ponto 38);
- iii)* Que as entidades adjudicantes não exerçam no mercado livre mais de 20% das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação [artigo 12º, nº 4, alínea c) da Diretiva].

É só isto, nem mais nem menos, que deve ser exigido para considerarmos um contrato entre entidades públicas um “acordo de cooperação horizontal” excluído da aplicação das regras da contratação pública.

Assente aquilo que tem que estar reunido para estarmos perante instrumentos contratuais de “cooperação real ou genuína”, importa pôr de parte alguns requisitos ou condições que incorretamente têm sido exigidos para o funcionamento desta exclusão.

36. A começar pela ideia de que a “cooperação real” não seria compaginável com a previsão de uma remuneração de uma parte a outra nem com situações em que a prestação de uma das partes se limita ao abonamento de uma prestação pecuniária contra a possibilidade de aproveitar a atividade da outra.

Quanto ao primeiro aspeto, refira-se que a existência de prestações pecuniárias assumidas por alguma das partes do contrato de cooperação foi admitida logo no Acórdão *Comissão vs. Alemanha* (os *Landkreise* pagavam anualmente aos serviços de limpeza de Hamburgo o tratamento de resíduos). E, se dúvidas houvesse, a circunstância de a proposta inicial da Comissão da Diretiva prever que os pagamentos entre as partes se tinham de limitar ao necessário para assegurar a cobertura de custos e de isso ter caído no texto que veio a ser aprovado, deixa patente que a Diretiva convive muito bem com contratos de cooperação

em que as partes assumam a obrigação de efetuar pagamentos e até que esses pagamentos não se limitem à estrita e demonstrada recuperação de custos incorridos. O que é fundamental, naturalmente, é que o pagamento se traduza, em si mesmo, num ato de realização das atribuições ou missões públicas de quem o efetua (o exemplo de escola da autoridade de Proteção Civil que paga a um laboratório público para estudar a resistência dos materiais aplicados na construção de barragens ou de pontes no caso em que o laboratório público tem precisamente essa atribuição).

37. Problema mais complexo parece ser o de se admitir contratos em que a prestação de uma das partes se resume exclusivamente a um pagamento. Tanto a Comissão (Documento de Trabalho de 2011) como o TJUE (Acórdãos *Piepenbrock*, *Azienda*, *Datalotsen*) parecem ver nisto um indício muito forte de que estamos perante “um contrato público normal, em que uma das partes realiza uma determinada tarefa contra remuneração”³², declarando o seu desconforto relativamente a contratos em que alguma das partes não assume qualquer tipo de prestação em “espécie”. Mas trata-se de um argumento sem base dogmática ou hermenêutica, assente em preconceitos e em “impressões” não fundamentadas.

Como vimos, se uma das entidades públicas realiza através do contrato uma das missões de interesse público que tem a seu cargo (a autarquia local que contrata o corpo de bombeiros do Estado para desempenhar tarefas de proteção civil de âmbito local) não é pelo facto de a sua prestação se cingir a uma transferência financeira que o contrato deve ser desqualificado como um instrumento de “cooperação real”. **O que importa é que o contrato seja um instrumento útil, relevante e funcionalizado à realização de atribuições de todas as entidades públicas contratantes.**

De resto, a Diretiva (e o Anteprojeto) não impõe como condição de funcionamento da exclusão que todas as partes desempenham atividades materiais nem proíbe que uma das partes assumam apenas prestações pecuniárias. A tónica é colocada na realização conjunta de missões confiadas às partes “por direito público” (cfr. Considerando 33 da Diretiva), missões que têm que ter uma “conexão relevante entre si” para usar a feliz expressão utilizada no artigo 5º-A, n. 5 do Anteprojeto. Resulta, nomeadamente, do Considerando 33 da Diretiva, que “...a cooperação não requer que todas as autoridades participantes assumam a execução das principais obrigações contratuais, conquanto sejam assumidos compromissos de contribuir para a execução em cooperação do serviço público [tarefa pública] em causa. Além disso, a implementação da cooperação, incluindo eventuais transferências financeiras entre

³² Cfr. ponto 3.3.2. do Documento de Trabalho.

as autoridades adjudicantes participantes, deverá pautar-se unicamente por considerações relativas ao interesse público”.

Ora, estas exigências são perfeitamente compagináveis com inúmeros exemplos de contratos em que uma das autoridades públicas apenas assume um pagamento, nomeadamente nas situações em que a autoridade paga para obter o desempenho de uma tarefa que em si mesma concretiza uma missão de que está legalmente encarregada e em que, concomitantemente, a realização dessa tarefa se inscreve no leque de atribuições da contraparte. Mais ainda se a entidade pública que aporta a prestação “material” foi especificamente criada para prestar a outras entidades públicas esse tipo de atividade.

38. É também de afastar a abordagem meramente “impressiva” de que a “cooperação real” não pode abranger prestações normalmente prestadas em mercado aberto por entidades privadas e que tende a rejeitar o funcionamento da exclusão quando as prestações têm um escopo marcadamente “comercial” ou com um “estilo pouco público”, como serviço de limpeza (Acórdão *Piepenbrock*), serviços de engenharia, ou serviços de programação informática (Acórdão *Datalotsen*).

O simples facto de o artigo 12º, nº 4, alínea b) da Diretiva estabelecer como requisito de validade dos contratos de cooperação horizontal que “as autoridades adjudicantes participantes exerçam no mercado livre menos de 20% das atividades abrangidas pela cooperação” demonstra que essa cooperação pode traduzir-se em atividades comerciais normalmente desenvolvidas no mercado por entidades privadas e patenteia bem o absurdo deste tipo de abordagens tópicas.

39. Os postulados assentes permitem-nos, por fim, enquadrar dois tipos de casos de fronteira cuja integração no conceito de “cooperação real” é habitualmente discutida.

Em primeiro lugar, os casos em que uma entidade pública contrata a uma universidade ou a um laboratório público serviços que podem ser prestados por profissionais liberais. Pode o Estado ou um município adquirir a uma faculdade de direito de uma universidade pública um parecer jurídico? Ou a uma faculdade de engenharia um estudo sobre o comportamento sísmico dos edifícios públicos como no caso do Acórdão *Azienda*? A resposta dependerá da verificação dos pressupostos e requisitos acima enunciados.

Assim, se a faculdade de direito tiver legalmente inscritas entre as suas atribuições principais prestar assessoria jurídica a entidades públicas, de tal forma que os pareceres sejam elaborados pelos respetivos docentes e ou investigadores como algo que lhes compete no âmbito do vínculo de emprego público

que mantêm com a Faculdade (sem remuneração adicional, dentro da sua carga horária...), e se a aquisição do parecer pela entidade pública adquirente puder ser configurada como um ato de execução de uma tarefa pública que tem a seu cargo, não vemos razão para rejeitar a qualificação do contrato como um instrumento de “cooperação interadministrativa” excluída das regras da contratação pública. Já se a faculdade não tiver estas missões inscritas entre o seu escopo institucional principal e se abalançar para prestar o parecer através da contratação *ad hoc* de investigadores para o efeito, deixa de se poder dizer que o contrato está funcionalizando à cooperação para a realização de tarefas públicas que têm uma conexão relevante entre si, para além de o mesmo poder implicar uma violação da concorrência ao colocar determinados operadores privados (ou juristas contratados para fazer o parecer) em posição de vantagem sobre os demais (Acórdão *Azienda*)³³.

Em segundo lugar, as coordenadas interpretativas acima enunciadas levam a admitir entre as hipóteses de “cooperação real” excluída do âmbito de aplicação das diretivas da contratação pública os casos em que os Estados-Membros criam entidades públicas especificamente para proverem outras entidades públicas de bens ou serviços de que necessitam para a realização das suas atribuições, tal como parece ter sucedido no caso do Acórdão *Datenlotsen* acima reportado ou à semelhança do que em parte sucede com o LNEC.

Com efeito, os Estados-Membros têm autonomia, no quadro do Tratado e das Diretivas da contratação pública, para qualificar e inscrever entre as “missões públicas” de entidades por si criadas a prestação de serviços a outras entidades públicas, concretizando um princípio do *autoaprovisionamento* ou da *liberdade de*

³³ Ora, em Portugal estamos em crer que as Faculdades de Direito não têm por missão prestar assessoria jurídica a entidades públicas, para além de que não é tarefa dos docentes e investigadores prestarem essa assessoria ou desenvolverem atividade parcerística no quadro normal das suas funções. Mas podiam muito bem ter, se fosse outro o quadro legislativo nacional vigente. O mesmo se passará com *mutatis mutandis* relativamente ao exemplo da faculdade de engenharia e do estudo sobre o comportamento sísmico dos edifícios públicos. Note-se que isto não quer dizer que as faculdades não podem ser contratadas, mas sim que essa contratação está sujeita ao CCP.

Contudo, porventura já será admissível que as entidades públicas contratualizem com estas faculdades a realização de ações de formação nas respetivas áreas científicas em benefício dos seus quadros, conquanto os docentes as tenham que assumir no contexto da sua carga horária normal. E conseguimos ver um hipotético exemplo de “cooperação real” se uma entidade com atribuições na área da proteção civil adquirir ao Laboratório Nacional de Engenharia Civil, I.P. (“LNEC”) um estudo de comportamento sísmico de estruturas, já que este tem entre as suas atribuições plasmadas no artigo 3º da respetiva Lei Orgânica: precisamente a prestação de consultoria nestas áreas, nomeadamente a entidades públicas, e uma vez que o trabalho de consultoria do LNEC é normalmente assegurado por pessoal de carreira que tem precisamente essa função (isto se o LNEC não prestar mais de 20% desta sua atividade em mercado aberto, o que desconhecemos).

autoaprovisionamento já anteriormente referido³⁴. Por exemplo, uma empresa pública criada para assegurar a gestão de determinados sistemas informáticos de entidades do setor público estadual. Se assim for, na medida em que os demais pressupostos e requisitos de validade dos contratos de cooperação horizontal estejam observados, não há porque rejeitar as aquisições diretas efetuadas a essa empresa à margem das regras de contratação pública, conquanto tais aquisições relevem para a execução das tarefas públicas inscritas na esfera das entidades adquirentes.

A Crescente Relevância da Fase de Preparação dos Procedimentos de Formação de Contratos Públicos

Breves Notas à Luz da Diretiva 2014/24/UE*

³⁴ ALEXANDRA LEITÃO realça, neste sentido, que “a cooperação interadministrativa é também uma forma de assegurar a autarcia funcional da Administração Pública, assegurando a utilização de sinergias entre entidades administrativas e evitando a duplicação de despesas, de equipamento, de pessoal” (cfr. Contratos entre entidades adjudicantes..., cit., p. 130).