

CADERNOS SÉRVULO

DE CONTRATOS PÚBLICOS

#01/2017

COLEÇÃO SÉRVULO

CONTRATOS DE COOPERAÇÃO “HORIZONTAL” ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS NA REVISÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

MARK BOBELA-MOTA KIRKBY

Advogado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, SP, RL

O presente texto aborda os “novos” *contratos de cooperação para a realização de tarefas públicas*, também usualmente designados por *contratos de cooperação horizontal*, previstos nas Diretivas da contratação pública de 2014 e no Anteprojeto do diploma que procede à revisão do Código dos Contratos Públicos.

Procura-se clarificar os pressupostos e requisitos que devem estar reunidos para que um *contrato de cooperação para a realização de tarefas públicas* se considere excluído das normas da contratação pública, sem deixar de criticar a abordagem paradoxal das instâncias europeias, particularmente da Comissão e do Tribunal de Justiça, que, se de um lado exigem dos Estados-Membros contenção orçamental e o controlo das dívidas soberanas, do outro sacrificam recursos públicos no altar da concorrência ao limitarem fortemente a possibilidade de autoaproveitamento através da contratação interadministrativa.

This text addresses the “horizontal cooperation agreements” foreseen in the 2014 Public Procurement Directives following the “Hamburg doctrine” set forth by the CJEU judgment *Commission v Germany* (C-480/06).

It seeks to clarify the requirements that must be met in order for a public-public cooperation contract to be excluded from public procurement rules, while, criticizing the paradoxical approach of the European bodies, in particular the one of the Commission and the CJEU, that on the one hand require Member States to restrain the national budgets and to control sovereign debts, while on the other, promote the sacrifice of public resources at the altar of competition by restricting the possibility of self-provision by means of inter-administrative contracting.



I INTRODUÇÃO

1 As Diretivas europeias da contratação pública de 2014¹ e o Anteprojeto do diploma que pretende rever o Código dos Contratos Públicos² (o 'Anteprojeto' do 'CCP') regulam a *exclusão* do seu âmbito de aplicação de diversos instrumentos contratuais interadministrativos, isto é, de diversos tipos de contratos a celebrar entre entidades adjudicantes³. No presente texto apenas abordaremos um tipo contratual que representa uma das novidades face às Diretivas da contratação pública de 2004 e à versão em vigor do Código dos Contratos Públicos ('CCP'), que é o dos *contratos de cooperação para a realização de tarefas públicas* a cargo das entidades públicas contratantes, também usualmente designados por "*contratos de cooperação horizontal*"⁴.

Trata-se de uma figura que, apesar de num plano jurídico-formal se distinguir dos contratos públicos "comerciais" abrangidos pela legislação da contratação pública, na medida em que concretizam esquemas de cooperação entre entidades públicas para a realização das respetivas atribuições, na prática pode apresentar grandes semelhanças quanto ao tipo de prestações convencionadas e confundir-se com contratos públicos de empreitadas, bens ou serviços, precisamente porque, independentemente da sua específica funcionalização à cooperação interadministrativa, têm um *objeto passível de contrato de direito privado*. Por esta razão, os *contratos de cooperação para a realização de tarefas públicas* têm merecido fortes resistências por parte 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 A leitura das instâncias europeias sobre a exclusão dos contratos entre entidades públicas do âmbito de aplicação das Diretivas da contratação pública é tradicionalmente restritiva e não foge à regra no que toca aos contratos de cooperação que abordamos no presente trabalho. De resto, esta abordagem restritiva afirma um paradoxo difícil de compreender.

De um lado, 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 as entidades públicas apenas recorressem ao mercado

¹ 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'), 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') e 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').

² Colocado em processo de consulta pública a 2 de agosto de 2016, disponível em base.gov.pt/Base/pt/popup?A=278.

³ É possível identificar dois grupos ou tipos de contratos celebrados entre entidades públicas: contratos entre entidades públicas com *objeto passível de ato administrativo* ou sobre o *exercício de poderes públicos* e contratos entre entidades públicas com *objeto passível de contrato de direito privado*. Na categoria de contratos entre entidades públicas com *objeto passível de ato administrativo* ou sobre o *exercício de poderes públicos* surgem-nos os "acordos que organizam a transferência ou a delegação de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre entidades adjudicantes", a que se refere o n.º 2 do artigo 5.º do Anteprojeto. Já a categoria de contratos entre entidades públicas com *objeto passível de contrato de direito privado* o Anteprojeto do CCP abrange várias realidades contratuais:

a) os contratos entre entidades adjudicantes que estão numa relação *in-house* [artigo 5.º-A, n.º 1 a 4 do Anteprojeto];
b) os *contratos de cooperação* no âmbito de tarefas públicas [artigo 5.º-A, n.º 5 e 6], também usualmente designados por "acordos de cooperação horizontal";
c) os contratos celebrados com uma entidade adjudicante detentora de um direito exclusivo a prestar o serviço a adquirir [artigo 5.º, n.º 4, alínea a) – por exemplo, os serviços de publicação de anúncios no *Diário da República*, adquiridos à INCM];
d) os contratos de aquisição de serviços de centralização de procedimentos de compras celebrados com centrais de compras [artigo 5.º, n.º 4, alínea h)].

⁴ Expressão que atualmente não é adequada porque pretendia distinguir estes contratos interadministrativos dos contratos *in-house* que consubstanciariam uma "cooperação vertical". Ora, num contexto em que as próprias Diretivas da contratação pública já alargaram o instituto da contratação *in-house* aos contratos celebrados entre entidades "irmãs" sujeitas ao controlo de uma mesma entidade "mãe" (v.g., artigo 12.º, n.º 2 da Diretiva 2014/24/UE), a cooperação *in-house* também passou a poder ser "horizontal".



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*⁵ ou de *preferência pelo autoaprovisionamento*.

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 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 a realidade contratual 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 e o controlo das dívidas soberanas, do outro sacrificam recursos públicos no altar da concorrência.

⁵ Encontramos a explicação e a curiosa denominação do princípio no “*Guía da colaboración público-pública da Comunidade Autónoma de Galicia*”, p. 4, nos termos do qual o “*principio de autoprovisión*” 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 conselleriadeconomia.es/documentos/10433/5619673/GUIA+DE+COLABORACION+PUBLICO-PUBLICA+DA+COMUNIDADE+AUTONOMA+DE+GALICIA.pdf/71b52789-946e-4751-878b-4bc574ff1ce7. Uma simples leitura do artigo 50.º, n.os 1 e 2 da Lei do Orçamento de Estado para 2017 (Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro), relativo à exceção 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.



II CONTRATOS DE COOPERAÇÃO NO ÂMBITO DE TAREFAS PÚBLICAS

A) A jurisprudência Hamburgo

3 O Acórdão *Comissão vs. Alemanha*, de 9 de junho de 2009, proc. C-480/06 (*Acórdão Comissão vs. Alemanha*), veio pela primeira vez aceitar que *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 existisse uma relação de “controlo análogo” como exigido pela jurisprudência *Teckal*.

De acordo com a jurisprudência *Hamburgo* emergente do referido Acórdão, não estão abrangidos pelas regras da contratação pública os contratos que são *instrumentos de cooperação* entre entidades públicas com vista a *realização de missões de interesse público comuns*.

4 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 pagavam 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 somavam-se algumas obrigações laterais dos municípios, que o Tribunal valorizou como “marcas” de cooperação interadministrativa: os municípios obrigavam-se a disponibilizar aos Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo a capacidade sobrança 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 incumbiam a todas as partes.

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 sujeita 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.

5 O Tribunal deu razão à Alemanha e criou um precedente, tão mais importante quanto hoje se verificar ter hoje tradução legislativa nas Diretivas da Contratação Pública de 2014. De acordo com as conclusões do Acórdão *“uma autoridade 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 serviços⁶ (...). 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”*.

⁶ Sublinhado nosso.

6 Alguns Autores têm referido que este Acórdão não enunciou de forma clara o princípio geral subjacente à decisão de excluir o contrato em apreço da Diretiva 2014/24/UE e que a fundamentação que permitiu a ampliação do catálogo dos contratos interadministrativos excluídos das Diretivas da contratação pública só apareceu em acórdãos posteriores, principalmente no alegadamente restritivo Acórdão *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*⁷.

⁷ Trata-se do Acórdão de 19 de dezembro de 2012, proc. C-159/2011, ou ‘Acórdão Azienda Sanitaria Locale di Lecce’.

Não obstante, apesar da escassez da fundamentação apresentada, que de resto é comum nas decisões do TJUE, conseguimos descortinar no Acórdão um princípio geral com potencial heurístico que deve ser acarinhado: o de que *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*.



Como já acima assinalámos, este princípio geral tem esbarrado no preconceito liberal das instâncias europeias, que ao mesmo tempo que no plano das finanças públicas impõem apertadas regras de controlo orçamental, no plano da contratação pública pressionam no sentido da contratação externa e da limitação da contratação interadministrativa. Vejamos como é que o legislador das Diretivas de 2014 encarou a questão e que contributos da jurisprudência subsequente ao Acórdão *Comissão vs. Alemanha* se mantêm atuais.

B) A integração dos contratos de cooperação interadministrativa na contratação excluída das Diretivas de 2014 e do anteprojecto do CCP

B.1.) O enunciado legal

7 Concretizando legislativamente a jurisprudência *Hamburgo*, o artigo 12.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24/UE 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:*

- a) O contrato estabelece um executa 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;*
- b) A execução da referida cooperação é unicamente regida por considerações de interesse público; e*
- c) As autoridades adjudicantes participantes exercer no mercado livre menos de 20% das atividades abrangidas pela cooperação”.*

8 No essencial, o artigo 5.º-A, n.º 5 do Anteprojecto 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 (i) no âmbito de “*tarefas públicas*”, (ii) que apresentem uma “*conexão relevante entre si*”.

Quanto ao primeiro aspeto, note-se que a Diretiva se refere a uma cooperação no âmbito da execução de “*serviços públicos*” e o Anteprojecto 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 ASSIS 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*”⁸, o que

⁸ Cfr. *Uma primeira análise das novas directivas (Parte II)*, in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 10, 2014, p. 136.



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 5.º-A, n.º 5, alínea *a*), do Anteprojeto perfila-se até como tecnicamente mais correto.

Quanto ao segundo aspeto, 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 12.º, n.º 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*⁹, apenas enunciado que os objetivos de interesse público prosseguidos deveriam ser comuns, admitindo o considerando da Diretiva 24/2014 que as tarefas desempenhadas pelas diversas entidades poderiam ser meramente “*complementares*”.

⁹ Cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of public and utilities procurement*, Vol. I, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2014, p. 527.

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

9 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 (ou adquirem reciprocamente) bens, serviços ou trabalhos que poderiam ser adquiridos a privados¹⁰, 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 pública¹¹. Trata-se, portanto, de *contratos com objeto passível de contratos de direito privado*.

¹⁰ 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 estruturas a sismos para a elaboração de um estudo sobre o comportamento sísmico de novos materiais de construção.

10 Este aspeto permite distinguir, pelo menos no plano formal, os *contratos de cooperação no âmbito de tarefas públicas dos contratos para a transferência ou delegação de poderes e responsabilidades públicas*, a que se referem o artigo 1.º, n.º 6 da Diretiva 2014/24/EU e o artigo 5.º, n.º 2 do Anteprojeto, que são contratos com *objeto passível de ato administrativo* que configuram instrumentos de descentralização ou de desconcentração de poderes públicos entre entidades públicas.

¹¹ Neste sentido, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos entre entidades adjudicantes* [Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE], in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, Maio–Agosto 2011, p. 132: “ressaltam, assim, dois elementos, o fundamento cooperativo e a prossecução de interesses públicos, independentemente 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)”.

Com efeito, 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 exercer 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.

11 Por outro lado, e distinguindo agora estes contratos do fenómeno da contratação *in-house*, refira-se em primeiro lugar que os contratos de cooperação *no âmbito de tarefas públicas* têm em comum com os contratos celebrados *in-house* o facto de serem contratos com *objeto passível de contratos de direito privado* celebrados entre entidades públicas. Podem, por isso, ter a mesmíssima natureza e objeto.

A diferença entre as duas figuras está nos pressupostos e requisitos que têm que estar verificados para que a respetiva celebração fique dispensada das regras da contratação pública, que, como é sabido, são diferentes (cfr., *inter alia*, o artigo 5.º-A, n.ºs 1 a 4 vs. o artigo 5.º-A, n.º 5 do Anteprojeto).

Indo ao fundamental, para se estar no âmbito da “contratação dentro de casa” inerente ao *in-house* tem que estar verificado o requisito do “controlo análogo”¹² que cimenta o universo das diversas entidades que integram um determinado grupo ou família “institucional”. Para que se verifique *in-house* é portanto necessário que as entidades que se relacionam contratualmente não tenham autonomia jurídica e económica entre si porque uma delas controla a outra, ou porque ambas são controladas por uma entidade “mãe”.

Pelo contrário, nos *contratos de cooperação no âmbito de tarefas públicas* as entidades adjudicantes não estão numa relação institucional marcada pelo “controlo análogo” de uma delas e, portanto, não estão a suprir as suas necessidades aquisitivas “dentro de casa”. Diferentemente, estão a adquirir prestações a entidades públicas de que são autónomas, prestações essas que se materializam em tarefas conexas com aquelas que a própria entidade adquirente tem que desempenhar, cooperando para a realização das respetivas missões de interesse público.

¹² Entende-se que existe controlo análogo quando uma entidade adjudicante possa exercer uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da entidade controlada e ainda, no caso do controlo análogo conjunto, quando a entidade controlada não prossiga quaisquer interesses contrários aos interesses das entidades adjudicantes que a controlam (cfr. artigo 5.º-A, n.ºs 3 e 4 do Anteprojeto).



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

C.1.) Aspetos controvertidos

12 A maior controvérsia jurisprudencial 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)* se as tarefas assumidas têm que ser de “tipo público”, no sentido de 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

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.

13 A Comissão começou por tomar posição sobre o assunto em 2011, no seu “Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão relativo à aplicação da regulamentação da UE em matéria de contratos públicos às relações entre entidades adjudicantes (cooperação no interior do sector público)”¹³, reduzindo quase a zero o alcance da 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 financeira¹⁴;
- 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 diferentes¹⁵.

¹³ Cfr. Documento “SEC (2011) 1169 final, de 4.10.2011”, da DG Mercado Interno e Serviços.

¹⁴ 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. CJEU case law on cooperative agreements between public authorities and its influence on certain national legal systems, PhD thesis, University of Glasgow, 2014, disponível em theses.gla.ac.uk/5765/].

¹⁵ A propósito deste requisito de funcionamento da exclusão também afluído na jurisprudência do TJUE, cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of public and utilities procurement...*, cit., pp. 524 (6.193) e 528 (6.202).



14 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 da Comissão.

No Acórdão *Piepenbrock*¹⁶, assume sem grandes explicações que um contrato entre entidades municipais em que uma assuma 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 financeira¹⁷.

O Acórdão *Datenlotsen*¹⁸ 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 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, consequentemente, 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 rejeita à 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. Esta ingerência na autonomia de organização institucional dos Estados-Membros afigura-se inaceitável e é, de resto, contrária aos princípios dos Tratados.

¹⁶ Acórdão de 13 de junho de 2013, proc. 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*.

¹⁷ 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).

¹⁸ Acórdão de 8 de maio de 2014, proc. C-15/13, ou ‘Acórdão *Datenlotsen*’.



15 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 o 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 nas atribuições da universidade**, pelo que não se pode dizer que a Universidade, ao assumir essa prestação, está a cooperar com outra entidade pública para a realização de tarefas públicas que lhe incumbem;
- b) A circunstância de se prever no contrato que a Universidade iria proceder à subcontratação de colaboradores altamente qualificados para a execução do contrato pode, por outro lado, conduzir ao favorecimento de operadores privados em detrimento de outros.

16 O que nos parece ser de assinalar é que o Acórdão *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* não terá rejeitado a “genuinidade” da cooperação pública-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 noutro 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 acessória 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 viria demonstrar isso mesmo.

Em suma, o Tribunal não afirmou que o ordenamento jurídico italiano não poderia cometer às universidades ou a outras entidades públicas a competência de prestar assessoria técnica em matéria de resistência sísmica de estruturas a outras entidades públicas, nem que os contratos celebrados nesse cenário não teriam subjacente uma “cooperação real”. Afirmou, apenas, que no caso concreto a universidade italiana não tinha essa missão de assessoria inscrita no leque dos fins públicos de que estava incumbida de prosseguir. Consequentemente, não estávamos perante um exemplo de cooperação entre duas entidades públicas para a realização em comum das respetivas missões de interesse público. Ora, isto é muito importante para o que se dirá a seguir.

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

17 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.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE e 5.º-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.** É que “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*).



18 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 livre¹⁹ [artigo 12.º, n.º 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 destes casos, e pelas razões explicadas, a interpretação das previsões normativas em apreço deve ser generosa quanto à exclusão dos instrumentos contratuais de cooperação administrativa das regras da contratação pública.

¹⁹ 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.

19 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.

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”.



20 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 deve ser *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)* O contrato não pode colocar 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)* As entidades adjudicantes não podem exercer no mercado livre mais de 20% das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação (artigo 12.º, n.º 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.

21 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 à outra 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



(v.g., 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).

22 Problema mais complexo parece ser o de admitir contratos em que a prestação de uma das partes se resume exclusivamente a um pagamento. Tanto a Comissão (Documento de Trabalho) como o TJUE (Acórdãos *Piepenbrock*, *Azienda*, *Datalotsen*) parecem ver nisto um indício muito forte de se estar perante perante *“um contrato público normal, em que uma das partes realiza uma determinada tarefa contra remuneração”*²⁰, 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.

²⁰ Cfr. ponto 3.3.2. do Documento de Trabalho.

23 Como vimos, se uma das entidades públicas realiza através do contrato uma das missões de interesse público que tem a seu cargo (v.g., 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 desempenhem atividades materiais, nem proíbe que uma das partes assuma 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 5.º-A, n.º 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 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.

24 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 tenham um escopo marcadamente “comercial” ou um “estilo pouco público”, como sucede com serviços de limpeza (Acórdão *Piepenbrock*), serviços de engenharia, ou serviços de programação informática (Acórdão *Datalotsen*).

O simples facto de o artigo 12.º, n.º 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 a inconveniência deste tipo de abordagens tópicas.

25 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 contratar, à margem das regras da contratação pública, uma faculdade de direito de uma universidade pública para a elaboração de um parecer jurídico? Ou a uma faculdade de engenharia a elaboração de 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, etc.), 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 ou 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*). Ora, estamos em crer que, em Portugal, as Faculdades de Direito não têm por missão específica 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, *mutatis mutandis*, relativamente ao exemplo da faculdade de engenharia e do estudo sobre o comportamento sísmico dos edifícios públicos. Note-se que não se afirma que estas instituições universitárias não possam desenvolver atividade de consultoria externa no quadro das suas atribuições e competências legalmente previstas. O que se diz é que não o podem fazer no quadro da cooperação interadministrativa excecionada das regras da contratação pública.

Contudo, já será porventura 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, por exemplo, 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 3.º da respetiva Lei Orgânica²¹ 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).

²¹ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 157/2012, de 18 de julho.



26 Por fim, 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, para qualificar e inscrever entre as “missões públicas” de entidades por si criadas a prestação de serviços a outras entidades públicas que, num contexto normal, seriam prestados por operadores privados, concretizando um *princípio do autoaprovisionamento* ou da *liberdade de autoaprovisionamento* já anteriormente referido²². Pense-se, por exemplo, numa 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 sejam 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.

²² 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).

CADERNOS SÉRVULO

DE CONTRATOS PÚBLICOS

Através da coleção “Cadernos Sérvulo” pretendemos tornar acessível por via eletrónica aos nossos clientes e parceiros, bem como à comunidade jurídica em geral, alguns textos que, nascidos do nosso exercício da advocacia, assumem uma dimensão que vai para além do caso concreto. Por isso mesmo, os “Cadernos Sérvulo” destinam-se a acolher trabalhos (ou parte deles) que, sem quebra do sigilo profissional nem relação com causas pendentes, aliem a vertente da investigação científica com a da relevância prática.

No domínio do Direito Público os “Cadernos Sérvulo” abrangem, entre outras áreas, as do Direito Administrativo Geral, do Direito dos Contratos Públicos, dos Direitos da Energia e do Urbanismo e do Contencioso Administrativo e Arbitragem. Mas isto sem esquecer que, nos nossos dias, o Direito Administrativo é “Direito Constitucional concretizado”.

Os trabalhos publicados vinculam apenas os respetivos autores que, através deles, procuram ordenar conhecimentos dispersos ou ir mais além, dando respostas inovatórias a velhos e novos reptos colocados pela prática do direito.

