advocatus

Preço: 15,00 €
Classe: Direito
Data: 01.12.2017

Periodicidade: Mensal
Tiragem: 2500
Página: 36

insigte

Contratos de cooperação "horizontal" entre entidades públicas

Por **MARK KIRKBY**

Sócio de Direito Público da Sérvulo & Associados

UMA DAS NOVIDADES MAIS AGUARDADAS NA REVISÃO do Código dos Contratos Públicos ("CCP") — concretizada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto — é o alargamento que foi concedido à contratação interadministrativa excluída da contratação pública, isto é, aos contratos celebrados diretamente entre entidades públicas que podem ser concluídos sem a necessidade da tramitação dos procedimentos previstos no CCP, nomeadamente de procedimentos concorrenciais.

Ao lado das novidades já esperadas no que toca à contratação in-house —permitindo-se, por exemplo que entidades que integrem o mesmo grupo jurídico-institucional contratem diretamente com as entidades "mães" que as controlam (in-house invertido) e com entidades "irmãs" controladas pela mesma entidade "mãe" (in-house horizontal) —, **surge agora a consagração da figura dos contratos de cooperação entre entidades públicas para a realização das respetivas missões de interesse público.**

Ao contrário da contratação in-house, esta nova exclusão não pressupõe que as entidades públicas contratantes estejam entre si numa relação de dependência jurídica e económica (nenhuma entidade tem que controlar a outra), antes apresentando como traço característico essencial o facto de o contrato estabelecer "uma cooperação entre as entidades adjudicantes, no âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e que apresentam uma conexão relevante entre si" (cfr. artigo 5.º-A, n.º 5 do CCP). Pense-se, por exemplo, num contrato celebrado por uma de autoridade de proteção civil com um laboratório público para a análise de riscos sísmicos de determinadas edificações do Estado. Ou de uma entidade com atribuições na área da conservação da natureza contratualizar com os municípios a monitorização de determinadas espécies de fauna ou flora.

Esta é uma boa notícia para as entidades públicas e, seguramente, para os próprios contribuintes. Isto porque 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, o que, de resto, representa um paradoxo difícil de compreender. Com efeito, e como foi bem sentido em Portugal nos anos recentes, 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. Isto faria porventura antecipar uma atitude "amiga" dos instrumentos que promovem a contratação interadministrativa, para 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, é, no final do dia, um euro a menos a agravar despesa pública, ideia que tem inclusivamente levado os Estados-Membros a consolidar um princípio do autoaprovisionamento ou de preferência pelo autoaprovisionamento público.

"Esta abordagem restritiva da contratação interadministrativa excluída também esteve presente nos primeiros Acórdãos do TJUE que admitiram os contratos de cooperação para a realização de tarefas públicas"

Contudo, **esta aparente evidência contrasta com os obstáculos que o legislador europeu e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE") têm tradicionalmente colocado à possibilidade de as entidades públicas contratarem diretamente umas com as outras.** Vale a pena lembrar os apertadíssimos requisitos da contratação in house definidos nas Diretivas de 2004 e que a jurisprudência criativa do TJUE não tardou em agravar. **Entre nós,**

advocatus

Preço: 15,00 €
Classe: Direito
Data: 01.12.2017

Periodicidade: Mensal
Tiragem: 2500
Página: 37

insigte

PAULA NUNES

isso levou, por exemplo, às dificuldades de o Estado contratar diretamente a Parque Expo S.A., empresa integralmente por si detida, para lhe prestar serviços na área da consultadoria e planeamento urbanístico, o que muito contribuiu para a perda de capacidades instaladas no setor público e para a extinção da própria Parque Expo. E muitos outros exemplos deste tipo se poderiam encontrar das dificuldades que as entidades públicas encontraram quando pretenderam recorrer às competências de outras entidades também elas financiadas pelo erário público. 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, acabando por impor o outsourcing a privados "à força".

Esta abordagem restritiva da contratação interadministrativa "excluída" também esteve presente nos primeiros Acórdãos do TJUE que admitiram os contratos de cooperação para a realização de tarefas públicas. **Todavia, o legislador europeu, e agora o CCP, rejeitaram as propostas mais conservadoras nesta matéria avançadas pela Comissão e acabaram por acolher a figura com relativa generosidade.**

Assim, admitem-se como excluídos das regras da contratação pública os contratos de cooperação para a realização de tarefas públicas das entidades contratantes, salvaguardando-se que "a cooperação tem que ser regida exclusivamente por razões de interesse público" — o que coloca sérios limites à subcontratação de entidades privadas e elimina a hipótese da participação de capital privado nas entidades públicas contratantes — e exige que "as entidades adjudicantes não exerçam no mercado livre mais de 20% das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação".

O advogado explica que a abordagem restritiva da contratação inter administrativa "excluída" esteve também presente no primeiros acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia