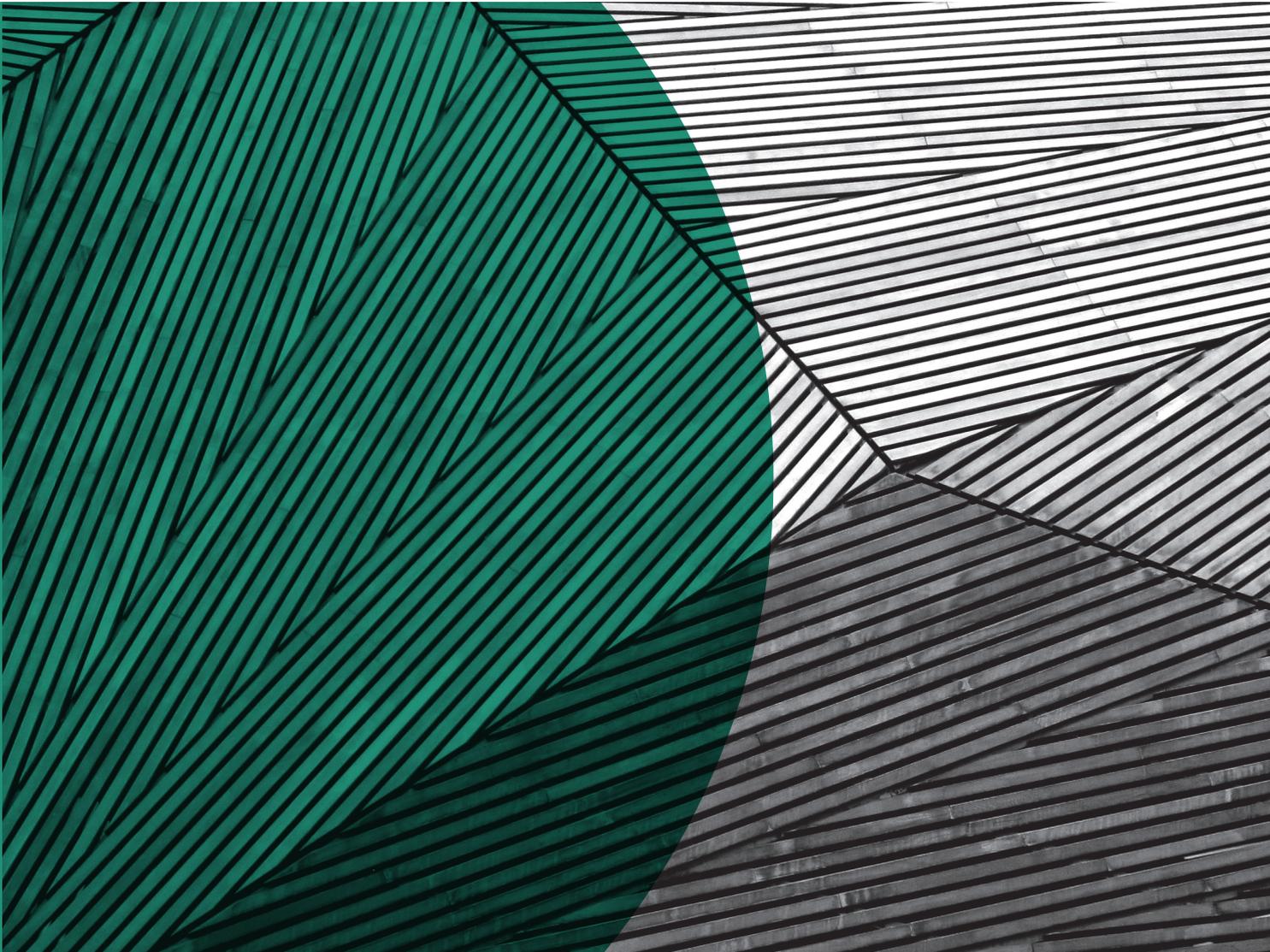


# REGIMES DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NOS “SETORES ESPECIAIS”

---

ANA LUÍSA GUIMARÃES



## REGIMES DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NOS “SETORES ESPECIAIS”

ANA LUÍSA GUIMARÃES

### I.

#### CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

~~§1.º~~ A sujeição de entidades que operam no setor da água a regras de contratação pública sugere, de imediato, a aplicação do regime dos designados “setores especiais”. Trata-se de um regime de contratação pública, criado pelas diretivas europeias que, por se aplicar apenas a entidades e a contratos que relevam no domínio de determinados setores de atividade económica, anteriormente até excluídos do âmbito de aplicação do direito da contratação pública, é comumente apelidado de regime dos “setores especiais”<sup>1</sup>. E tais setores correspondem atualmente aos setores da água, energia, transportes e serviços postais.

~~§2.º~~ Com relevância no setor da água, é a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 9.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) que descreve as atividades abrangidas pelos setores especiais. Aí se estabelece que se consideram atividades relevantes «a colocação à disposição, a exploração e a alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de *água potável*, eletricidade, gás ou combustível para aquecimento» (o destacado não consta no texto legal). Desta norma extrai-se, de imediato, que as entidades que se dediquem à atividade de abastecimento e distribuição de água potável são suscetíveis de estar abrangidas pelo regime dos setores especiais, verificando-se, quanto a essas, aquela que é a condição básica para que possam beneficiar do regime mais flexível aplicável aos setores especiais: o exercício de uma das atividades legalmente definidas como atividades desses setores.

---

1 Sobre o regime de contratação pública aplicável aos setores especiais, cfr., na literatura nacional: RUI MEDEIROS, “A contratação pública nos sectores com regime especial – água, energia, transportes e telecomunicações”, in *La Contratación Pública en el Horizonte de la Integración Europea*, V Congreso Luso Hispano de Profesores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública; Madrid, 2004, pp. 137 e ss.; MARK KIRKBY, “A contratação pública nos sectores especiais”, in *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra Editora, Cedipre, 2010, pp. 41 e ss..

~~§3.º~~ O quadro regulatório atualmente vigente em Portugal estabelece o universo de entidades que são, ou podem ser, entidades gestoras no setor da água, abrangendo-se, nesse plano, as entidades gestoras dos sistemas municipais (cfr. Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto) e dos sistemas multimunicipais (cfr. Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, e Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro). Partindo desse universo, pode assentar-se em três categorias de entidades potencialmente expostas ao regime dos “setores especiais” e relativamente às quais deve ser analisado se preenchem o estatuto de «entidade adjudicante», à luz do CCP. Está a falar-se:

a) Dos *municípios*, nos casos em que sejam estes a assegurar diretamente esse serviço público (abrangendo-se aqui as situações em que essa atividade é realizada através de «serviços municipalizados»);

b) Das *empresas públicas*, estejam integradas no *sector empresarial local* (empresas municipais ou intermunicipais, responsáveis pela gestão delegada de sistemas municipais<sup>2</sup>, empresas públicas resultantes de parceria entre municípios e o Estado para a gestão de sistemas municipais<sup>3</sup>, ou empresas concessionárias multimunicipais<sup>4</sup>) ou no *sector empresarial do Estado* (concessionárias multimunicipais<sup>5</sup> ou empresas públicas resultantes de parceria entre municípios e o Estado para a gestão de sistemas municipais<sup>6</sup>), que tenham como missão prestar esses serviços;

c) Das *entidades concessionárias municipais*, no âmbito do modelo de gestão concessionada dos sistemas municipais<sup>7</sup>.

~~§4.º~~ Não curando o tema desta sessão sobre o âmbito subjetivo e objetivo de aplicação do regime dos setores especiais, mas sim sobre o corpo normativo de contratação pública que enforma esse regime, não nos debruçamos aqui sobre indagar se estas entidades configuram, à luz do CCP, entidades adjudicantes, para efeitos da sua sujeição ao regime de contratação pública aplicáveis aos setores especiais. A tal respeito, deve ter-se presente que o âmbito de aplicação subjetivo da Parte II do CCP é definido, primordialmente, pelo seu artigo 2.º (n.ºs 1 e 2), mas também pelo n.º 1 do artigo 7.º, preceito este que, como se sabe, se aplica, de modo especial, aos designados *setores especiais*. Efetivamente, para além do âmbito subjetivo do CCP delineado no respetivo artigo 2.º, o artigo 7.º do CCP estabelece que, para efeitos da

---

2 Cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

3 Cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

4 Cfr. artigo 3.º-A do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro. Muito embora a lei atual o permita, as concessionárias multimunicipais atualmente existentes integram-se no setor empresarial do Estado.

5 Cfr. Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro.

6 Cfr. alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 90/2009, de 9 de abril, e artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

7 Cfr. artigo 31.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

aplicação do regime dos setores especiais, são *ainda* entidades adjudicantes entidades que não se encontram incluídas no artigo 2.º.

Sendo claro que os municípios se integram no elenco de entidades adjudicantes estabelecido no artigo 2.º do CCP e que aos mesmos, apesar de exercerem atividades no setor da água, não se aplica o regime dos setores especiais, mas sim o regime geral previsto no CCP (por força do disposto no artigo 12.º do CCP), é pacífico que é apenas quanto às demais entidades gestoras no setor da água (integradas nas categorias de empresas públicas e de concessionárias privadas, referidas, respetivamente, nas alíneas *b*) e *c*) do número anterior) que deve equacionar-se a respetiva sujeição ao regime dos setores especiais – conquanto, evidentemente, *(i)* se conclua, numa análise casuística que estas entidades se reconduzem a qualquer das espécies de entidades adjudicantes previstas no artigo 2.º ou no artigo 7.º do CCP e, ainda, *(ii)* os contratos a celebrar por tais entidades digam direta e principalmente respeito às atividades do setor da água<sup>8</sup>.

1. O regime dos setores especiais configura um regime jurídico diverso em face do regime geral decorrente do CCP (este também designado, em contraposição com os setores especiais, por regime dos setores clássicos) e, sobretudo, mais flexível do que este último.

O regime dos setores especiais encontra-se, *prima facie*, nas diretivas europeias em matéria de contratação pública<sup>9</sup> e no próprio CCP que as transpõe. Este corpo normativo, constituído pelas diretivas europeias mencionadas e pelo CCP, vai designado, no âmbito deste breve estudo, de “*regime legal*” dos setores especiais, porque decorrente de normas com valor legislativo.

Contudo, um conhecimento completo, rigoroso e atual do regime jurídico de contratação pública aplicável às entidades que operam no setor da água deve ir além desse regime legal. Para além dele, existe um conjunto de princípios gerais de direito europeu, constantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem desenvolvido intensamente em diversos arestos, ao ponto de ter construído um corpo sólido de parâmetros de atuação inferidos daqueles princípios, que operam para lá do campo de ação do referido regime legal, e que não podem deixar de ser tidos em conta pelas entidades adjudicantes, também no domínio dos setores especiais<sup>10</sup>. A este regime atribuímos, no contexto da presente sessão, a designação de “*regime jurisprudencial*” dos setores especiais, enquanto designação diferenciadora do regime que decorre da Parte II do CCP.

---

8 Sobre a interpretação adequada desta exigência legal, cfr. MARK KIRKBY, ob. cit., pp. 70 e ss..

9 Cfr. Diretiva n.º 2004/17/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

10 Deve frisar-se que essa construção é aplicável transversalmente a toda a matéria da contratação pública, não sendo privativa dos setores especiais.

Tendo em conta esta realidade, consideramos que o quadro de atuação das entidades adjudicantes nos setores especiais deve ser abordado numa perspectiva binária, que assuma abertamente a existência de *dois regimes* e não de um *regime único*, abrangendo o “regime legal” e o “regime jurisprudencial” de contratação pública nos setores especiais<sup>11</sup>.

## II.

### O REGIME LEGAL DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NOS SETORES ESPECIAIS

#### 1. DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

2. Não cabia, no espaço reservado a esta sessão, traçar uma descrição exaustiva do regime legal aplicável aos setores especiais. Não iremos, por isso, percorrer, neste breve estudo, todos os passos desse regime.

Procuramos tão-só deixar aqui elencados, em traços gerais, os tópicos que corporizam a maior flexibilidade do regime do setores especiais quando comparados com o regime geral do CCP e, para além disso, tocar alguns aspetos desse regime que, do nosso ponto de vista, são menos claros e são suscetíveis de oferecer espaço para dúvidas na sua aplicação prática<sup>12</sup>.

#### 2. NOTAS DE FLEXIBILIZAÇÃO RELATIVAMENTE AOS “SETORES CLÁSSICOS”

3. A previsão, nas diretivas europeias e no CCP, de um regime geral de contratação pública e de, a par deste, um regime especificamente aplicável a entidades adjudicantes que operam nos setores especiais tem, evidentemente, um sentido. Tal sentido passa, justamente, pelo reconhecimento de que tais setores apresentam importância estratégica e características específicas que justificam dispensá-lo da sujeição às regras gerais de contratação pública, mas, concomitantemente, justificam sujeitá-los a algumas dessas regras ou a algumas regras<sup>13</sup>.

Bem se vê, portanto, que a própria origem do regime dos setores especiais sugere que este regime se apresente como um regime mais flexível do que o regime geral de contratação pública e que, por conseguinte, este regime resulte num menor

11 Também ADRIAN BROWN apelidou já o regime europeu de contratação pública de “two-tier system”, constituído por dois níveis de exigências – cfr. ADRIAN BROWN, “Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty”, in *Public Procurement Law Review*, 2007, n.º 1, p. 20.

12 Ainda que se trate de problemas e dificuldades igualmente sentidos por entidades adjudicantes que atuem ao abrigo do regime geral de contratação pública.

13 Sobre o tema, cfr. RUI MEDEIROS, “A contratação pública nos sectores...”, cit., pp. 137 a 140, e MARK KIRKBY, ob. cit., pp. 41 a 45.

condicionamento das entidades adjudicantes a ele sujeitas do que aquele que resultaria da sua sujeição ao regime geral de contratação.

Importa, pois, assinalar os traços em que se traduz o regime de maior flexibilidade que caracteriza os sectores especiais<sup>14</sup>.

4. Desde logo, a maior flexibilidade manifesta-se, de forma particular, na *liberdade de escolha do procedimento* prevista no n.º 1 do artigo 33.º do CCP<sup>15</sup>.

De facto, este preceito autoriza que sejam as entidades adjudicantes a escolher entre adotar um concurso público, um concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento por negociação<sup>16</sup>. São estes os procedimentos-regra à luz do regime dos sectores especiais e para os quais vale um princípio de escolha livre.

Relativamente ao procedimento por negociação, é nítido também a maior facilidade com que pode ser adotado no sectores especiais, quando se traça uma comparação com o regime dos sectores clássicos, à luz do qual o procedimento por negociação depende da verificação dos requisitos previstos no artigo 29.º do CCP. Contudo, esta liberdade de adoção do procedimento por negociação não encontra paralelo quando se trate de enxertar uma fase de negociação num concurso público, a qual conforme decorre do n.º 1 do artigo 149.º do CCP, apenas está prevista quando em causa estejam contratos de concessão<sup>17</sup>.

Para além dos procedimentos-regra admite-se ainda a possibilidade de recurso ao ajuste direto, embora em casos excepcionais, apenas em função de critérios materiais — e não do valor do contrato<sup>18</sup>. De assinalar é ainda a proibição de recurso ao diálogo concorrencial<sup>19</sup>.

Finalmente, merece alusão a aplicabilidade, no domínio dos sectores especiais, dos (i) *instrumentos procedimentais especiais* como o concurso de conceção (artigo 219.º e seguintes), os sistemas de aquisição dinâmicos (artigo 237.º e seguintes) e, com maior importância, na medida em que é um instrumento privativo dos sectores especiais, a utilização de sistemas de qualificação previsto no artigo 245.º e seguintes e de (ii) instrumentos enquadradores, como os acordos-quadro (artigo 251.º e seguintes) e as centrais de compras (artigo 260.º e seguintes).

---

14 Para um resumo deste regime, cfr. RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Maio/Junho/2008, pp. 28 e 29.

15 Cfr. n.º 1 do artigo 33.º do CCP. Esta regra não é, porém, aplicável a estas entidades «quando os contratos a celebrar não digam apenas respeito a uma ou a várias das actividades por elas exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e não seja possível determinar a que actividades tais contratos dizem principalmente respeito».

16 Este regime mantém-se na proposta de nova Diretiva apresentada pela Comissão Europeia em dezembro de 2011.

17 Cfr. MARK KIRKBY, ob cit., p. 100.

18 Cfr. primeira parte do n.º 1 do artigo 33.º do CCP, que salvaguarda o disposto nos artigos 24.º a 27.º e n.º 3 do artigo 31.º do referido diploma.

19 Sobre o tema, cfr. MARK KIRKBY, ob cit., p. 100.

5. Mais relevante ainda é a significativa restrição do *âmbito objetivo de aplicação das regras de contratação pública* que se encontra estabelecida nos sectores especiais quando comparado com o regime geral previsto no CCP.

Como se sabe, para efeitos do regime geral, o conceito operativo base para delimitar o âmbito objetivo daquelas regras é o conceito amplo de “contrato público”. Nos sectores especiais, aquele âmbito encontra-se fortemente restringido.

Efetivamente, prevê-se que a Parte II do CCP só se aplica aos contratos cujo objeto abranja prestações típicas de contratos de (i) empreitadas de obras públicas, (ii) concessão de obras públicas ou de serviços públicos, (iii) locação ou aquisição de bens móveis e (iv) aquisição de serviços<sup>20</sup> (cfr. n.º 1 do artigo 11.º do CCP). Pode, pois, concluir-se, atendendo ao objetivo subjacente ao regime dos sectores especiais, que estes contratos são aqueles que o legislador considera especialmente relevantes para a promoção da competitividade nos mercados em causa<sup>21</sup>.

O que daqui resulta, na perspetiva das entidades que são potencialmente entidades adjudicantes no setor da água - empresas públicas e concessionárias privadas – é que se o contrato que pretendem celebrar não englobar prestações típicas de um daqueles contratos, essas entidades, mesmo sendo entidades adjudicantes à luz do CCP, não estão, conforme previsto no n.º 1 do artigo 11.º do CCP, obrigadas a adotar as regras pré-contratuais que decorrem da Parte II do CCP. Esta afirmação sugere, portanto, que a própria classificação da natureza dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes tem relevância para efeitos da determinação da sua sujeição a um regime pré-contratual de direito público.

6. Para além desta já relevantíssima restrição, outro tópico de flexibilização tem que ver com o facto de, salvo no caso dos contratos de concessão, se considerar contratação excluída a formação desses contratos cujo *valor seja inferior aos limiares europeus*.

~~§5.º~~ Assim, consideram-se excluídos da aplicação das regras pré-contratuais os contratos de empreitada de obras públicas cujo valor seja inferior a € 5.000.000, os contratos de locação ou aquisição de bens móveis cujo valor seja inferior a € 400.000 e os contratos de aquisição de serviços cujo valor seja inferior a € 400.000, de acordo com os limiares aplicáveis aos sectores especiais previstos na Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004<sup>22</sup> (doravante apenas Diretiva n.º 2004/17/CE).

7. Associada a esta condição quantitativa para a aplicação do regime de contratação dos sectores especiais, pode detetar-se ainda um outro instrumento de flexibilização introduzido pelo legislador.

---

20 Cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do CCP, não abrangendo, assim, todos os contratos públicos que não abrangem prestações típicas de um desses tipos contratuais, como sucede no regime geral previsto no Código.

21 Sabe-se que no âmbito objetivo da Diretiva 2004/17/CE não se encontram os contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas, introduzidos inovatoriamente pelo CCP.

22 Na redação introduzida pelo artigo 1.º do Regulamento n.º 1251/2011, da Comissão, de 30 de novembro de 2011.

É que, na generalidade dos casos — pelo menos é isso que sucede no regime geral de contratação pública—, quando o valor de um contrato de empreitada de obras públicas, de aquisição ou locação de bens móveis ou de aquisição de serviços não atinge os limiares constantes das Diretivas, a solução oferecida pelo legislador nacional consiste em prever para esses contratos outros procedimentos, menos abertos, como é o caso dos procedimentos pré-contratuais sem publicidade internacional ou, mesmo, consoante o valor em causa em admitir que seja adotado um procedimento de ajuste direto<sup>23</sup>. Ora, mesmo nos caso em que seja permitido o ajuste direto, a adoção de um tal procedimento equivale ainda a aplicar o regime de contratação pública previsto no CCP, mesmo que através do procedimento mais simples todos os procedimentos que o Código prevê. Isto é, a entidade adjudicante continua a adotar um procedimento administrativo que obedece, com as devidas adaptações, às regras comuns de tramitação pré-contratual constantes dos artigos 36.º a 111.º do Código e, bem assim, às regras específicas de tramitação do procedimento de ajuste direto previstas nos artigos 112.º a 127.º do Código.

Não é isso que se prevê na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 11.º: quando o contrato a celebrar no âmbito dos “setores especiais” não seja de um dos tipos previstos nas suas alíneas ou não atinja o limiar relevante constante da Directiva n.º 2004/17/CE, o regime de contratação pública previsto na Parte II não é de todo aplicável.

Na prática, esta realidade implica que, no tocante aos contratos celebrados no âmbito dos setores especiais, as entidades adjudicantes só podem adotar o procedimento de ajuste direto por critérios materiais, previstos nos artigos 24.º e seguintes do CCP, e nunca em função do valor do contrato, já que, como se vê, quando o valor do contrato pudesse ser invocado como motivo para a seleção desse procedimento, o legislador dispensa, de todo, a adoção de qualquer procedimento.

Contudo, deve ter-se presente que neste espaço deixado em aberto pelo legislador assume relevância o *regime jurisprudencial* dos setores especiais, a que se aludiu no início deste trabalho e que se analisará na Parte III.

8. Outro domínio em que o regime dos setores especiais é mais favorável às entidades adjudicantes do que o regime geral é o da designada contratação *in-house*, a que nos referiremos mais detidamente adiante.

### 3. A DETERMINAÇÃO DO VALOR DO CONTRATO PARA EFEITOS DA RESPECTIVA EXCLUSÃO DAS REGRAS DO CCP<sup>24</sup>

#### 5.1 A RELEVÂNCIA DA HIPÓTESE NORMATIVA CONTIDA NO N.º 1 DO ARTIGO 22.º DO CCP

9. Os limiares de contratação estabelecidos para os setores especiais convocam, desde logo, a problemática da determinação do valor do contrato.

~~§6.º~~ — Independentemente das regras concretas estabelecidas nas diretivas europeias para o cálculo do valor estimado dos contratos e das regras que o CCP

23 Cfr. artigos 19.º a 21.º do CCP.

24 Segue-se de perto JOÃO AMARAL E ALMEIDA e ANA LUÍSA GUIMARÃES, Parecer Inédito, 2012.

também prevê sobre o valor dos contratos a ter em conta para efeitos de escolha do procedimento aplicável (cfr. artigo 17.º), no que mais importa atentar, por estar em causa um regime de mais difícil aplicação, é na designada *proibição da cisão artificial dos contratos* ou, na formulação mais cara ao legislador do CCP, no regime da *divisão dos contratos em lotes*.

10. As diretivas europeias sobre contratação pública atualmente em vigor integram regras jurídicas que expressa e diretamente tratam a matéria da divisão dos contratos em lotes<sup>25</sup>.

Está falar-se, no que respeita à Diretiva 2004/17/CE do disposto nos n.ºs 2 e 6 do artigo 17.º<sup>26</sup>. Facilmente se percebe que o escopo deste regime é o de garantir o próprio efeito útil das diretivas e o cumprimento das suas regras — em causa está, portanto, em última análise, a promoção da concorrência.

11. O artigo 22.º do CCP dedica-se, precisamente, a regular o regime da divisão dos contratos em lotes, em transposição da aludida preocupação do legislador europeu.

Efetivamente, «se a lei fixou limites quantitativos que recortam o campo de autorização legal para a escolha de um procedimentos restritivos da concorrência, é natural que crie *medidas de controlo* ao cumprimento desses limites, bem como que erija *mecanismos capazes de prevenir ou retirar efeito útil* a quaisquer manobras destinadas a subverter a aplicação das regras delimitadoras do espaço de utilização livre desses procedimentos»<sup>27</sup>. Tais mecanismos levariam a um fracionamento

---

25 Já nas diretivas da década de 70 constam preceitos atinentes a esta matéria, ainda que com teor mais limitado em face dos que atualmente vigoram – cfr. artigo 7.º da Diretiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971 (empreitadas), e n.º 3 do artigo 5.º da Diretiva 77/62/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1976 (fornecimentos). Foi na década de 80, através da Diretiva 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de junho (que modificou a Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho de 1971) que o regime da divisão em lotes se aproximou mais daquele que consta nas diretivas hoje vigentes, passando a prever-se, para além da proibição da cisão artificial do objeto dos contratos, a obrigatoriedade do cálculo do valor da empreitada em função da soma de todos os lotes e também o elemento de flexibilização que hoje consta também das diretivas atuais e foi transposto para o ordenamento jurídico nacional no n.º 3 do artigo 22.º do CCP.

26 O n.º 2 do artigo 17.º dessa Diretiva dispõe que «as entidades adjudicantes não podem subtrair-se à aplicação da presente diretiva através da cisão dos projectos de obras ou dos projectos de compras destinadas a obter uma certa quantidade de fornecimentos e/ou de serviços, ou da utilização de métodos especiais de cálculo do valor estimado dos contratos». Esta matéria está também regulada nos n.ºs 3 e 5 do artigo 9.º da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, ao nível dos setores clássicos.

27 Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A divisão de lotes e o princípio da adequação na escolha do procedimento pré-contratual”, in *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, julho 2011, p. 329 (destaques do

artificial em lotes distintos de diversas prestações contratuais de forma a criar uma aparente legitimação do recurso a procedimentos restritivos da concorrência<sup>28</sup>.

Muito embora, literalmente, regule apenas a divisão dos lotes para efeitos da escolha do procedimento de acordo com o critério geral de escolha dos procedimentos previsto no CCP, centrado como se sabe, no valor dos contratos, e não abranja os casos de divisão em lotes para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 11.º do CCP – isto é, sujeição dos contratos regulados pelo regime dos setores especiais à Parte II do CCP –, a verdade é que, por interpretação do preceito em conformidade com o direito europeu (não existe outra norma no CCP que transponha o disposto no n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva 2004/17/CE), ou mesmo pelas vias da interpretação extensiva ou da aplicação analógica, parece-nos não poder haver dúvidas de que o respetivo regime é transponível, na parte aplicável, para o domínio do n.º 1 do artigo 11.º do CCP.

12. Assim, a coordenada geral para o cálculo do valor dos contratos para efeitos do artigo 11.º, de forma a afastar o regime da proibição artificial dos contratos ou da divisão ilegítima de um contrato em lotes, deve encontrar-se na primeira parte do n.º 1 do artigo 22.º do CCP, uma vez que as demais previsões normativas não são transponíveis para o domínio aqui em apreço<sup>29</sup>. É a seguinte a hipótese normativa aí prevista: «quando prestações do mesmo tipo suscetíveis de constituírem objecto de um único contrato, sejam divididas em vários lotes, correspondendo cada um deles a um contrato separado (...)».

Salta, de imediato, à vista que a expressão usada pelo legislador na parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º do CCP é suscetível de gerar incertezas na sua aplicação, em virtude dos conceitos usados. Por outro lado, reconhece-se que a referida hipótese normativa possui um grau de abertura relevante e tem aparentemente uma vocação expansiva, tornando aparentemente claro que o sentido do preceito atrai para o respetivo escopo aplicativo, qual efeito magnético, todos os conteúdos obrigacionais que, unidos por uma qualquer similitude, pudessem ser integrados num mesmo clausulado contratual.

---

original).

28 Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 333.

29 Sobre estas, cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, em especial, pp. 336 a 341.

~~§7.º~~—A abordagem do problema que nos é colocado catapulta-nos, portanto, para o âmago da atividade interpretativa da lei<sup>30</sup>.

Sendo certo que o ponto de partida da interpretação deve ser o elemento gramatical ou literal, ou seja, o texto da lei do qual se procura retirar um significado operativo<sup>31</sup>, as premissas básicas da hermenêutica jurídica mandam que o intérprete, a par com a letra da lei, considere outros elementos que o apoiem na interpretação, mormente os elementos sistemático, histórico e teleológico (a finalidade da lei ou a *ratio legis*)<sup>32</sup>.

13. Nesse sentido, como é exigido a qualquer intérprete rigoroso, o alcance daquelas expressões deve, antes do mais, ser confrontado com os objetivos que o legislador procurou realizar com a consagração do preceito (teleologia da lei) e que se prendem diretamente com a salvaguarda do princípio da concorrência.

Acresce que a assunção de que o preceito legal em apreciação visou transpor as diretivas europeias em matéria de contratação pública e que pretende constranger a Administração à observância de princípios comunitários e nacionais nesta matéria impõe, coerentemente, que a análise do problema da divisão em lotes não possa alhear-se do tratamento doutrinal e jurisprudencial de que a matéria foi já objeto ao nível europeu, onde é possível ir colher contributos fundamentais para determinar a solução correta da questão interpretativa colocada.

### 3.1 A questão no direito europeu

14. Viu-se já que as diretivas europeias sobre contratação pública atualmente em vigor integram regras jurídicas que tratam esta matéria.

Para além da proibição genérica, constante do n.º 2 do artigo 17.º Diretiva 2004/17/CE, de cisão dos contratos para efeitos da não aplicação da diretiva, o n.º 5 do mesmo artigo 17.º estabelece que:

- a) *«[s]empre que uma obra prevista ou um projecto de aquisição de serviços possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor estimado da totalidade desses lotes»;*
- b) *«[s]empre que uma proposta para aquisição de fornecimentos similares possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes*

---

30 No Direito nacional o tema não tem sido alvo de grande dedicação, seja pela doutrina seja pela jurisprudência. Não se conhece, realmente, qualquer decisão dos tribunais que se debruce sobre o pressuposto qualitativo previsto no artigo 22.º do CCP e a doutrina a esse respeito produzida é também, por ora, escassa.

31 Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª Reimp., Almedina, 2002, p. 182.

32 É isso que decorre, nomeadamente, dos postulados hermenêuticos fundamentais aflorados no artigo 9.º do Código Civil.

*separados, deve ser tido em conta o valor total estimado da totalidades desses lotes para a aplicação do artigo 16.º»<sup>33</sup>.*

Particularmente relevante é o facto de a regra europeia, acima citada, se referir expressamente a «*uma obra prevista*», «*um projecto de aquisição de serviços*» e a «*uma proposta para aquisição de fornecimentos similares*», o que constitui um elemento importante de auxílio do intérprete na delimitação do âmbito material de aplicação destas regras.

15. A doutrina jus-comunitarista tem-se debruçado sobre o tema da divisão dos contratos em lotes, tendo, desde cedo, reconhecido que «o problema que a regra básica da proibição de desagregação de um contrato em vários lotes coloca é o de decidir quando é que uma série de contratos está, de facto, relacionada com uma *necessidade de contratação única* e tem, por isso de ser agregada»<sup>34</sup> (o destacado é nosso). O efeito das regras europeias sobre agregação de contratos é, segundo a doutrina, o de garantir a aplicação das diretivas sempre que haja um pacote de prestações contratuais que seja suscetível de atrair uma única empresa, em termos de tal empresa ser capaz de, individualmente, realizar todas essas prestações contratuais<sup>35</sup>.

A partir da formulação das diretivas, a doutrina foi tirando algumas conclusões importantes.

a) A respeito da divisão em lotes de uma empreitada, considera-se que, ao referir-se à divisão em lotes de «*uma obra prevista*» e ao definir obra como «o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, *uma função económica ou técnica*» (destacado nosso), o legislador europeu deixou clara a ideia de que só há lotes da mesma obra se os trabalhos integrarem *um mesmo e único projeto*, sendo necessário olhar ao resultado final da operação para verificar se, na globalidade, ela serve um único propósito<sup>36</sup>, o que equivale a identificar, como já se referiu, a existência de uma *necessidade de contratação única* («*single procurement requirement*»).

33 Os sublinhados são nossos.

34 Cfr. ADRIAN BROWN, “Getting to grips with aggregation under the E.C. public procurement rules”, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 2. À data da publicação deste artigo vigorava: a Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho, já alterada pela Diretiva 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de junho, pelo que o regime era similar ao atual; a Diretiva 77/62/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1976; a Diretiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de junho de 1992 (serviços).

35 Cfr. SUE ARROWSMITH, *EU Public Procurement...*, cit., pp. 103 e 104.

36 Cfr. ADRIAN BROWN, “Getting to grips...”, cit., p. 3. No mesmo sentido, cfr. SUE ARROWSMITH, *EU Public Procurement...*, cit., p. 103.

b) Já para os contratos de fornecimento, a doutrina, com base na redação da Diretiva 77/62/CCE (que se referia a fornecimentos *homogéneos*, o que não difere, em termos substanciais, da referência atual a fornecimentos *similares*), sustenta que o dever de agregação apenas existe quando se trate de bens *do mesmo tipo*, o que, ainda assim, pode suscitar dificuldades quanto ao grau de similitude exigido para que os bens devam ser considerados do mesmo tipo<sup>37</sup>.

c) A doutrina não varia muito quando se trata de aquisições de serviços. Muito embora, a esse respeito, o texto das diretivas não forneça elementos auxiliares de relevo, o critério para a consideração de que se trata de um serviço único tem assentado nas diversas categorias de serviços que constam dos anexos às diretivas.

Para além da primacial aplicação dos critérios específicos adotados nas diretivas e da identificação de uma *necessidade de contratação única*, parece poder dar-se como estabilizada uma posição doutrinária em torno de um critério complementar, apto a resolver as situações mais duvidosas. Muito embora se reconheça alguma margem discricionária às entidades adjudicantes nessa avaliação, a qual dependerá, evidentemente, das especificidades concretas de cada caso, tem-se entendido que quando for possível afirmar-se, com toda a probabilidade, que os lotes, se agregados, podem ser adjudicados a um contratante principal (por haver um operador económico interessado em realizar todas as prestações objeto do contrato, independentemente de este poder vir a subcontratar certos elementos da obra), e não necessariamente a mais do que um, o valor dos contratos deve, nesse caso, ser agregado<sup>38</sup>.

16. A jurisprudência comunitária já foi também chamada a pronunciar-se sobre o assunto.

O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 5 de outubro de 2000, no Processo C-16/98, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial relativo a um litígio que opôs a Comissão Europeia e República Francesa — «Acórdão *Comissão/França*», trata diretamente do tema da divisão em lotes de um contrato de empreitada, embora a sua decisão apresente importância fundamental na delimitação geral do âmbito material de aplicação da regra que estamos a analisar<sup>39</sup>.

~~§8.~~ — A questão que se discutiu no referido aresto prendeu-se com 37 contratos de obras públicas relativos a trabalhos de eletrificação e de iluminação pública, a executar ao longo do período de três anos pelo *Syndicat départemental d'électrification de la Vendée* (SYDEV) na zona administrativa (departamento) de Vendéia. Desses 37 contratos apenas 6 foram publicitados nos termos previstos nas diretivas, o que levou a Comissão a considerar que os 37 contratos eram objeto de

37 Cfr. ADRIAN BROWN, “Getting to grips...”, cit., p. 4.

38 Cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 383; ADRIAN BROWN, “Getting to grips...”, cit., p. 3.

39 A discussão centrou-se na Diretiva 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de junho de 1993 (relativa aos setores especiais e revogada pela Diretiva 2004/17/CE,) cujas disposições, para o que aqui importa, devem ter-se por coincidentes com as das atuais diretivas europeias sobre a matéria.

uma única obra, a qual foi artificialmente cindida, tanto do ponto de vista técnico como do ponto de vista geográfico, e que, por isso, todos deveriam ter sido publicitados no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

~~§9.º~~—Seguindo, de um modo geral e no que mais importa para o estudo do pressuposto qualitativo que nos ocupa, as conclusões do Advogado Geral *Jacobs*<sup>40</sup>, o TJUE afirmou que «a apreciação da existência de uma obra deve ser efectuada tendo em conta as *funções económica e técnica* preenchidas pelas redes de distribuição de electricidade e de iluminação pública em questão e que «embora a existência de uma única e mesma entidade adjudicante e a possibilidade de uma empresa da Comunidade realizar o conjunto dos trabalhos abrangidos pelas empreitadas em causa possam, consoante as circunstâncias, constituir indícios que comprovam a existência de uma obra na acepção da directiva, não podem, porém, constituir critérios determinantes para esse efeito. Assim, a pluralidade de entidades adjudicantes e a impossibilidade de realização do conjunto dos trabalhos por uma única empresa não são susceptíveis de pôr em causa a existência de uma obra quando esta conclusão se impõe em aplicação dos critérios funcionais definidos no artigo 14.º, n.º 10, primeiro parágrafo, segundo período da directiva»<sup>41</sup>.

Norteados por este princípio, o Tribunal julgou, em primeiro lugar, que uma rede de distribuição de electricidade e uma rede de iluminação pública tem funções económicas e técnicas diferentes<sup>42</sup>.

Em segundo lugar, e com maior relevância para o objetivo último que nos move, o Tribunal considerou que as redes de eletrificação estão ligadas entre si e unidas, entre elas, pela mesma função económica e técnica, que consiste em levar e vender aos consumidores do departamento de Venda de energia eléctrica produzida e fornecida pela *Electricité de France*<sup>43/44</sup>.

---

40 Apresentadas em 24 de Fevereiro de 2006.

41 Cfr. n.º 42.

42 Cfr. n.º 52 e 53.

43 Cfr. n.º 64.

44 Os juízes de Estrasburgo não deixaram de frisar, todavia, que «cada caso de adjudicação de uma empreitada deve ser apreciado em função do seu contexto e das suas particularidades» e que, «no caso vertente, existem elementos importantes, como a simultaneidade do lançamento das empreitadas controvertidas, a semelhança entre os anúncios de concurso, a unidade do quadro geográfico no interior do qual essas empreitadas foram lançadas e a coordenação assegurada pelo SYDEV (...), que militam a favor do agrupamento das referidas empreitadas a este nível» (cfr. n.º 65; os destacados são nossos).

Finalmente, a propósito dos contratos respeitantes aos trabalhos de iluminação pública, o Tribunal sustentou que «as redes de iluminação pública não são, do ponto de vista técnico, necessariamente interdependentes, uma vez que podem ser limitadas às zonas construídas e que *não se impõe a existência de uma interconexão entre elas*. Do mesmo modo, no plano económico, é possível que cada uma das entidades locais em causa suporte o encargo financeiro que resulta da exploração de tal rede»<sup>45</sup>. E prossegue, afirmando que «[d]aqui decorre que, *mesmo se as funções económica e técnica de cada rede de iluminação pública são as mesmas que as de todas as outras* no departamento da Vendeia, *não é possível considerar que todas essas redes formam um conjunto com funções económicas e técnicas únicas a nível departamental*»<sup>46</sup> (o destacado é nosso).

**§10.** — Resulta das passagens citadas que decisivo para o Tribunal de Justiça, em matéria de agregação de contratos de empreitada, é a existência da *mesma função económica e técnica*, critério perante o qual, por ser específico, até um critério mais associado à proteção da concorrência do mercado (como o que determinaria a agregação sempre que exista a possibilidade de uma empresa realizar o conjunto dos trabalhos abrangidos), escopo último das diretivas, deve ceder. Por outro lado, realça-se que o critério da *mesma função técnica e económica* parece ser entendido pelo Tribunal em linha com a ideia, que já havia sido salientada pela doutrina, segundo a qual apenas se justifica a agregação quando esteja em causa uma *necessidade de contratação única*. Por outras palavras, o que se extrai do acórdão é que não basta que os trabalhos da empreitada desempenhem funções técnicas ou económicas similares e idênticas, mas exige-se que essa função seja, entre todos esses contratos, *uma mesma e única*, o que, evidentemente, pode conduzir a resultados e consequências diversas.

**§11.** — Esta decisão jurisprudencial, sendo a única que se conhece na matéria e sendo limitada à discussão em torno dos contratos de empreitada, autoriza, contudo, que dela se extraia o sentido geral com que aquela instância pretoriana perspetiva o regime da agregação dos lotes previsto nas diretivas, ao ponto de se admitir, nessa base, que um juízo do Tribunal sobre a agregação de lotes no âmbito dos contratos de aquisição de bens ou serviços exigiria, de modo análogo ao que decidiu a propósito das empreitadas, uma conexão funcional entre os lotes — uma vez que nem se

45 Cfr. n.º 69 (destacado nosso). O Advogado-Geral havia já afirmado, nas suas Conclusões, que, quanto aos contratos relativos aos trabalhos a realizar nas redes de iluminação pública, apesar de entender que «a função económica e técnica de cada rede é a mesma que a de todas as outras, não considera, apesar disso, que preencham a mesma função, pois são independentes, não é sequer certo que sejam contíguas e são também geridas autonomamente (cfr. n.ºs 75 a 77).

46 Cfr. n.º 70.

vislumbra razão substantiva que justifique um tratamento diferente consoante o tipo contratual em causa<sup>47</sup>.

## II.1 A INTERPRETAÇÃO ADEQUADA DA HIPÓTESE NORMATIVA ENUNCIADA NO ARTIGO 22.º DO CCP

### II.1.1 A interpretação teleológica e conforme com o princípio da proporcionalidade

17. Os elementos jurisprudenciais e hermenêuticos acima analisados permitem-nos traçar as coordenadas para a correta interpretação da parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º do CCP, fixando a sua abrangência em termos que não se atenham a uma interpretação formalista que atenda apenas à letra da lei.

18. Em primeiro lugar, a esse resultado interpretativo opor-se-ia a própria teleologia da norma, isto é, «...a razão de ser da lei (*ratio legis*), o fim visado pelo legislador ao elaborar a norma»<sup>48</sup>. Como assinala BAPTISTA MACHADO «...o conhecimento deste fim (...) constitui um subsídio da maior importância para determinar o sentido da norma. Basta lembrar que o esclarecimento da *ratio legis* nos revela a valoração ou ponderação dos diversos interesses que a norma regula e, portanto, o peso relativo desses interesses, a opção entre eles traduzida pela solução que a norma exprime»<sup>49</sup>.

---

47 Esta posição é, aliás, confortada pelo entendimento manifestado pelo Advogado-geral Paolo Mendozzi, nas Conclusões apresentadas, em 16 de fevereiro de 2007, no processo C-237/05, que opôs a Comissão e a República Helénica (*Acórdão Comissão/Grécia*), e em que se discutia o cumprimento da Diretiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa aos contratos de aquisição de serviços. Muito embora o Tribunal de Justiça tenha perdido a oportunidade de se pronunciar sobre a matéria da divisão em lotes no âmbito desse tipo contratual — uma vez que a ação foi julgada inadmissível (cfr. acórdão de 11 de outubro de 2007, *Comissão/Grécia*, Processo C-237/05 —, o que importa reter é que o Advogado-Geral, ao discutir o carácter unitário ou autónomo dos contratos de aquisição de serviços, assumiu, na defesa da primeira posição, que «o Tribunal de Justiça já no passado mostrou dar prevalência ao critério da unicidade da função económica e técnica dos contratos públicos sobre elementos como a pluralidade das entidades adjudicantes ou das empresas adjudicatárias» (cfr. n.º 79, em nota), donde se infere, portanto, um entendimento segundo o qual a doutrina produzida no *Acórdão Comissão/França* é transponível para os contratos de aquisição de bens ou serviços.

48 Cfr. BAPTISTA MACHADO, ob. cit., p.p. 182/183.

49 Idem.

Note-se que se afigura absolutamente pacífico, como, aliás, se evidenciou, que o escopo do regime previsto no artigo 22.º do CCP é a salvaguarda do princípio da concorrência e do efeito útil das próprias regras de escolha do procedimento previstas no CCP, na linha dos princípios e diretivas europeus que o CCP concretiza e transpõe e aos quais deve obediência. Nesta perspectiva, a correta interpretação do preceito não deve, e não pode, conduzir a resultados que subvertam a desejada proteção da concorrência, eliminando-a ou comprimindo-a desnecessariamente.

**A)** «Prestações do mesmo tipo»

19. Desse parâmetro interpretativo deve inferir-se, desde logo, que, para o legislador, apenas existe cisão artificial de prestações contratuais quando em causa estejam *prestações do mesmo tipo*, isto é, prestações que integram o mesmo tipo contratual (designadamente, o tipo contratual empreitada, prestação de serviços).

Creemos que a tónica não é posta, ao invés, na natureza das prestações dentro do mesmo tipo contratual, o que, evidentemente, tenderia a reduzir significativamente o escopo do artigo 22.º do CCP<sup>50</sup>. Efetivamente, essa hipótese levaria a, logo através do funcionamento do primeiro segmento do pressuposto qualitativo, deixar de fora da obrigação de agregação situações em que as prestações poderiam sempre ser objeto de um único contrato, à luz das observações que se tecem de seguida a propósito do segundo segmento da parte da norma em apreço, resultando essa interpretação num défice de proteção da concorrência que mal se coadunaria, portanto, com o espírito legislativo.

**B)** «Susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato»

20. Mas exige-se ainda mais — e esta é, justamente, a parte em que a norma mais carece de interpretação: é preciso que essas prestações do mesmo tipo contratual *possam ser reunidas num contrato único*.

21. E relevante aqui não é que, em abstrato, seja *juridicamente possível* a sua aglutinação. De facto, «como é bom de ver, se o critério de deteção de cisões artificiais de contratos residisse na mera *susceptibilidade jurídica* de aglutinação de prestações contratuais diversas, poderia uma entidade adjudicante ser forçada a celebrar um único contrato de empreitada cujo objeto consistisse na construção de um edifício hospitalar e, em simultâneo, de uma central nuclear; ou um único contrato que tivesse por objeto a aquisição simultânea de bens tão heterogêneos como computadores portáteis

---

50 Nesse sentido, cfr. JOÃO DIOGO STOFFEL, “O (novo) regime da divisão (artificiosa) de contratos em lotes separados, constante do Código dos Contratos Públicos”, in *Actualidad Jurídica*, Uría Menéndez, n.º 28, 2011, pp. 51 e 52.

e viaturas, sob pena de ser acusada de ter procedido ao fracionamento artificial dos lotes e da inerente despesa. É que, em rigor, inexistente qualquer norma no ordenamento jurídico que impeça a celebração de contratos que abranjam prestações de tipo radicalmente diverso, com a consequente aglutinação dessas prestações. Concluir-se-ia, desse modo, que quaisquer tipos de prestação seriam “[juridicamente] *susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato*”<sup>51</sup>.

Um tal resultado não passaria o crivo do princípio da concorrência, «já que, à partida, o universo de operadores de mercado que poderia concorrer para a celebração de contratos de objecto tão diverso seria drasticamente reduzido ou, até, virtualmente eliminado»<sup>52</sup>.

Compreende-se, portanto, numa interpretação orientada à maximização da teleologia da norma, que apenas são suscetíveis de ser aglutinados os lotes que, integrando prestações do mesmo tipo contratual, *apontem para um mesmo mercado alvo* ou, por outras palavras, *para um mesmo universo de operadores económicos*.

22. Mas, noutra perspetiva, crê-se que a obrigação de agregação também só deve existir se dessa agregação resultar um contrato que, em termos da sua dimensão e risco, seja suscetível *de atrair, no seu conjunto, o interesse de um operador económico privado*, pois só nessa medida se estaria diante de uma divisão em lotes de prestações contratuais suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato.

Para além de ser este também um dos elementos sublinhados pela doutrina europeia e que a jurisprudência europeia também assume, essa é ainda uma conclusão imposta pelos princípios constitucionais da prossecução do interesse público e da proporcionalidade, sendo certo que o regime preceptivo do artigo 22.º do CCP, visando direta e principalmente a salvaguarda do princípio da concorrência, dever ser lido no contexto dos outros princípios travejadores do ordenamento jurídico português.

Tendo isto presente, a parte inicial do n.º 1 do artigo 22.º deve apenas ter o alcance necessário, e não mais do que esse, à salvaguarda da concorrência, porque só essa sua leitura é aceitável à luz do princípio da proporcionalidade (nas vertentes da racionalidade e da necessidade) e só essa leitura permite uma otimização do princípio da concorrência com o princípio da eficiência e celeridade na prossecução do interesse público.

### II.1.2 A interpretação conforme com o direito europeu e o elemento histórico da interpretação

---

51 Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 339 e 340.

52 Cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 340.

23. Sabendo-se que o artigo 22.º do CCP visa, ele próprio, transpor para o ordenamento jurídico nacional o direito europeu, a norma inferida, com o auxílio do elemento teleológico e à luz do princípio da proporcionalidade, da primeira parte do n.º 1 do artigo 22.º do CCP deve ser ainda confrontada com o direito europeu.

O princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o Direito pátrio proclama que as disposições legais de Direito interno (pelo menos de Direito ordinário) devem ser lidas à luz do direito europeu e que, em caso de desconformidade, deve ser realizada uma interpretação conforme ao direito europeu<sup>53</sup>, cujas normas têm preferência aplicativa sobre as disposições internas (cfr. n.º 4 do artigo 8º da Constituição da República Portuguesa).

24. E, a esse título, são de importância fundamental as considerações atrás tecidas acerca dos termos com que o direito europeu vem tratando o regime da divisão em lotes.

Viu-se que, para além da preocupação com a maximização da concorrência, verdadeira mola propulsora das diretivas sobre contratação pública, o direito europeu engendrou, a propósito dos contratos públicos objeto das diretivas europeias, alguns critérios específicos que devem ser tidos primordialmente em conta quando se trata de definir a base material de incidência do regime da agregação dos lotes. Em causa está, como se viu, a identificação de uma *necessidade de contratação única*, em termos de ser reconhecida *uma mesma e única função técnica ou económica* transversal a todos os lotes em campo.

Destarte, a «obrigação interpretativa» que impõe a interpretação do preceito conforme com o Direito europeu obriga o intérprete nacional a ajustar a norma teleologicamente extraída do pressuposto qualitativo enunciado no artigo 22.º às regras previstas nas diretivas que visou transpor, senão em todos os casos de contratos públicos previstos no CCP, ao menos quando em causa estejam os contratos de empreitada, aquisição de bens e de serviços<sup>54</sup>.

São, de resto, as próprias instâncias comunitárias a reconhecer, sem margem para hesitações, que tais critérios, por serem específicos, têm precedência sobre um

---

53 Cfr. MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 60 e ss.; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, Almedina, 2010, 6.ª edição, p. 417 e ss..

54 Neste sentido, foi já defendido que, devendo o artigo 22.º do CCP ser interpretado em conformidade com o direito europeu e, consequentemente, à luz do critério funcional que nesse quadro se destaca, «são susceptíveis de constituírem objecto de um único contrato: (i) [a]s obras que desempenham a mesma «função técnica e económica»; (ii) [o]s «fornecimentos similares»; (iii) [a]s prestações de serviços referentes à mesma categoria» - cfr. JOÃO DIOGO STOFFEL, ob. cit., p. 53.

critério geral associado à proteção da concorrência, que depusesse em sentido divergente daqueles a propósito da obrigação de agregação dos lotes. Como se viu, o Tribunal de Justiça, no Acórdão *Comissão/França*, assumiu a precedência dos critérios escritos na diretiva, a respeito do contrato de empreitada, sobre o critério geral teleologicamente inferido do princípio da concorrência, nas situações em que uns e outros levassem a conclusões diferentes<sup>55</sup>.

25. Tenha-se presente, ainda, que este resultado interpretativo encontra, de algum modo, conforto no próprio elemento histórico da interpretação, pois o regime constante dos Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, entretanto revogados<sup>56</sup>, aproximava-se, na sua literalidade, do texto das regras das diretivas europeias que visavam transpor<sup>57</sup> — só poderia tratar-se de lotes da mesma obra, quando tais lotes estivessem unidos por *uma mesma função técnica ou económica* e apenas haveria cisão artificial de aquisições de bens ou serviços quando se tratasse de bens e serviços *similares ou homogêneos*<sup>58</sup>.

Atendendo a que não houve qualquer evolução na matéria no direito europeu — as diretivas que o CCP transpõe não alteraram substancialmente o quadro anterior na matéria —, não existe qualquer indício de que o legislador nacional tenha querido alterar o estado da arte neste domínio.

#### 11.2 SÍNTESE DA NORMA EXTRAÍDA DA PARTE INICIAL DO N.º 1 DO ARTIGO 22.º DO CCP

26. Aqui chegados, entendemos que a obrigação de recurso ao somatório do preço de todos os contratos para a escolha do tipo de procedimento pré-contratual a adotar imposta pelo artigo 22.º do CCP só se aplica nos casos em que as prestações objeto de cada lote sejam (i) integráveis *no mesmo tipo contratual*, (ii) visem dar resposta a uma necessidade de contratação única, em termos de estarem ligadas por uma *interdependência ou interconexão técnica ou económica*, e que, (iii) apontando para um *mesmo universo de operadores económicos*, (iv) permitam, agregadas, *despertar o interesse*

---

55 Cfr. n.º 42 do Acórdão *Comissão/França*.

56 Exceto, como se sabe, alguns preceitos do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, que, por não terem sido revogados pelo CCP, ainda se mantêm em vigor.

57 Cfr. artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, e artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

58 No acórdão do STA, de 03.11.2005 (Processo 01377/2003), em que estava em causa um fracionamento de serviços, o Tribunal conferiu relevância ao argumento do recorrente de que os serviços evidenciam uma realidade técnica diferente, tendo porém considerado que estava em causa um serviço idêntico, ainda que pudesse ser satisfeito por tecnologia diversa.

de, pelo menos, um operador económico *para, individualmente, executar todas as prestações* contratuais.

Em jogo estão, numa palavra, situações que, por reunirem os elementos de conexão referidos, aparentariam, vistas do exterior, que a cisão dessas prestações intrinsecamente ligadas é meramente artificial, só podendo ser entendida como um expediente fraudulento para afastar a aplicação das regras de concorrência na formação dos contratos públicos.

27. Importa manter em mente que com isto não pretende ilustrar-se qualquer censura do legislador à divisão de um contrato em lotes. Verdadeiramente, o legislador nacional — como, aliás, o europeu — não levanta qualquer obstáculo a essa opção, a qual, de resto, pode fundar-se nas mais válidas razões de conveniência da atuação pública, como sejam tornarem o objeto contratual mais atrativo para o mercado ou encorajar a participação de pequenas e médias empresas<sup>59</sup>.

O que com este bloco normativo se almeja é apenas que, nos casos em que os lotes sejam suscetíveis de constituírem objeto de um único contrato, a sua cisão não implique a inobservância das regras procedimentais que teriam de ser cumpridas caso todos fossem agregados num único contrato. Em termos práticos, o que daí redundará é tão-só que, para a celebração de todos os contratos, mesmo os de baixo valor, se aplica o procedimento que seria aplicável caso estivesse em causa a agregação de todos eles num só instrumento contratual.

28. A interpretação assim extraída do n.º 1 do artigo 22.º do CCP, que se dedica à regulação da matéria da divisão em lotes para efeitos da escolha do procedimento em função do valor dos contratos, é perfeitamente transponível, como se anunciou e agora se demonstra, para a esfera de aplicação do artigo 11.º do CCP, sendo aqueles os critérios que devem ser adotados para efeitos de saber quando devem os contratos celebrados ser aglutinados (ainda que formalmente sejam celebrados contratos autónomos) para efeitos de determinar se aos mesmos se aplicam as regras pré-contratuais previstas na Parte II do CCP no domínio dos setores especiais.

#### **4. A EXCLUSÃO DA CONTRATAÇÃO *IN-HOUSE* NOS SETORES ESPECIAIS**

##### *11.3 Em geral*

---

59 Cfr. SUE ARROWSMITH, *EU Public Procurement...*, cit., p. 104; SUE ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 380.

29. Como é sabido, o direito da contratação pública procura dinamizar o mercado e a livre concorrência entre os operadores de mercado através da imposição à Administração da obrigação de adoção de procedimentos pré-contratuais concorrenciais, aptos a garantir a igualdade e a suscitar o interesse dos operadores económicos a cujo universo o contrato vai dirigido, sempre que esteja em causa a solicitação de produtos ou de serviços a terceiros operadores económicos por parte de entes públicos. E isto assim é tanto por imperativo das normas de direito primário<sup>60</sup> como por força das disposições de direito comunitário derivado<sup>61</sup>.

Contudo, o direito da contratação pública também reconhece que quando as entidades públicas realizam internamente os serviços em causa ou produzem os bens de que necessitam as exigências de sujeição à concorrência já não se justificam. Por outras palavras, a sujeição da Administração às exigências postas pela necessária construção de um mercado concorrencial recuam sempre que aquela decida satisfazer, por si própria, as respetivas necessidades. E a auto produção pela Administração dos bens de que necessita pode revestir a modalidade de relação *in-house* em sentido estrito (quando são os próprios serviços da Administração a auto-responsabilizarem-se por esta realização) ou *quasi-in house*, quando a Administração, no exercício da sua liberdade de auto-organização, atribui tal responsabilidade a entidades autónomas por si criadas e que se encontram sob sua dependência<sup>62</sup>, modalidade esta que, compreensivelmente, constitui um campo fértil para maiores dúvidas sob o prisma da contratação pública. É o que sucede, sobretudo, com a atribuição a empresas públicas da responsabilidade pelo fornecimento de bens e ou prestação de serviços à Administração.

Os contornos concretos dessa solução foram desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial no Acórdão *Teckal*<sup>63</sup>, no qual o tema foi abordado

---

60 Cfr. normas do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente as previstas nos artigos 18.º, 49.º, 56.º e 106.º.

61 Cfr. Diretiva n.º 2004/17/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e, Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

62 Sobre a liberdade de auto-organização da Administração, à luz do direito da contratação pública, cfr., por todos, BERNARDO AZEVEDO, “Contratação *in house*: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”, in *Estudos de Contratação Pública*, I, Cedipre, Coimbra Editora, 2008, pp. 115 e ss..

63 Cfr. Acórdão de 18 de novembro de 1999, Proc. C-107/98 (*Teckal*).

pela primeira vez, e depois confirmada noutros arestos, designadamente nos Acórdãos *Coname*<sup>64</sup>, *Parking Brixen*<sup>65</sup>, *Asemfo/Tragsa*<sup>66</sup> e *Coditel*<sup>67</sup>.

No essencial, a construção *in house* empreendida pelo Tribunal de Justiça foca-se na exigência de cumprimento de dois requisitos: (i) que a entidade adjudicante exerça sobre a entidade adjudicatária um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços* e (ii) que esta entidade *exerça o essencial da sua atividade em benefício da entidade que sobre ela exerce o controlo análogo*. Só verificados estes requisitos se pode asseverar que a contratação em causa não é uma contratação externa, tudo se passando, verdadeiramente, *in-house*.

Não obstante estes serem ainda os requisitos base fundamentais na apreciação da existência de uma relação *in-house*<sup>68</sup>, é inegável que as orientações jurisprudenciais neste domínio têm sofrido várias oscilações, sobretudo na densificação dos conceitos, indeterminados, que escolheu para a enunciação desses requisitos<sup>69</sup>.

30. No entanto, a respeito dos setores especiais, o próprio legislador europeu tem vindo a utilizar, embora exclusivamente para a matéria respeitante a esses setores, um conceito de relação *in house* intencionalmente mais amplo do que o utilizado pela jurisprudência europeia (cfr. artigo 23.º da Diretiva 2004/17/CE).

A atual Diretiva respeitante aos setores especiais compreende uma disposição que exclui do seu âmbito de aplicação os contratos adjudicados a uma *empresa associada*, a uma *empresa comum* ou a uma *entidade adjudicante que integre uma empresa comum*. Em causa está, portanto, o reconhecimento da realidade da contratação intra-grupo, uma vez que «no sector privado, acontece frequentemente, por motivos organizacionais ou outros, que os membros de um mesmo grupo sejam constituídos como empresas legalmente distintas que prestam serviços umas às outras»<sup>70</sup>. Deste modo, o regime assim previsto tem como efeito assegurar que «a

---

64 Cfr. Acórdão de 21 de julho de 2005, Proc. C-231/03 (*Coname*).

65 Cfr. Acórdão de 13 de outubro de 2005, Proc. C-458/03 (*Parking Brixen*).

66 Cfr. Acórdão de 19 de abril de 2007, Proc. C-295/05 (*Tragsa II*).

67 Cfr. Acórdão de 13 de novembro de 2008, Proc. C-324/07 (*Coditel*).

68 E que constam, de resto, as propostas de novas diretivas europeias sobre contratação pública subscritas pela Comissão Europeia.

69 Sobre estes requisitos e sobre a evolução da jurisprudência europeia na matéria, cfr.: BERNARDO AZEVEDO, ob. cit.; JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Contratação *in-house*: o critério para a determinação da parte “essencial” da actividade de uma entidade sujeita a um “controlo análogo”, in *Temas de Contratação Pública*, I, pp. 137 e ss.; DIAGO DUARTE CAMPOS, *A Escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-privadas, A Adjudicação in-house em Particular*, Coimbra Editora, Coleção PLMJ, Coimbra, 2010.

divisão de um grupo económico em diversas entidades legalmente distintas não mina a sua união económica»<sup>71</sup>.

Contudo, a contratação *in-house* nos setores especiais não é sinónimo de ausência de uma rede de pressupostos de cuja verificação depende a exclusão do contrato das regras de contratação pública. Tais pressupostos, originários do direito europeu, encontram-se transpostos no ordenamento jurídico nacional nas alíneas c) a f) do n.º 1 e nos n.ºs 2 a 4 do artigo 13.º e no artigo 14.º do CCP e, no que toca à empresa comum, no próprio conceito de entidade adjudicante adotado pelo CCP nos artigos 2.º e 7.º do CCP.

Dito isto, deve manter-se em mente que, à luz do CCP, a exclusão da contratação das regras previstas na Parte II do CCP para os setores especiais depende da verificação de *dois níveis de pressupostos*, à semelhança, de resto, do que sucede também com a construção pretoriana aplicável aos setores clássicos que o CCP positivou (assente também numa dualidade de requisitos).

#### 11.4 Primeiro nível: “dependência decisória”

31. À semelhança do critério do “controlo análogo” construído pelo TJUE, o legislador adotou nos setores especiais um regime de contratação “*in-house*” que pressupõe que entre a entidade adjudicante e a entidade contratada haja uma *dependência decisória*.

Contudo, os termos com que o legislador preencheu esse critério, a propósito dos setores especiais, apresentam-se mais flexíveis do que aqueles que vêm sendo desenvolvidos pelo TJUE no domínio dos setores clássicos. Em causa está, em especial, a assunção pelo legislador da lógica intragrupo como circunstância justificadora da dispensa da sujeição dos contratos entre empresas do grupo às regras da contratação pública. Este regime pressupõe que não existe *autonomia decisória* entre as partes, quando ambas pertencem ao mesmo grupo de empresas. Este é, pois, um dos pontos em que o regime dos setores especiais se perfila francamente mais flexível do que a construção jurisprudencial do *in-house* nos setores clássicos, acolhida no CCP, onde a lógica intragrupo, por si só, não assume relevância, sendo aí necessário que possa afirmar-se que a entidade adjudicante exerce sobre a entidade contratada um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços<sup>72</sup>.

32. A Diretiva 2004/17/CE parte, neste prisma, dos conceitos operativos *empresa associada* e *empresa comum* (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 23.º da diretiva). Todas as hipóteses previstas na diretiva estão contempladas no

---

70 Cfr. PETER TREPTE, *Public Procurement in the EU*, 2.ª edição, 2007, p. 197: «no sector privado, acontece frequentemente, por motivos organizacionais ou outros, que os membros de um mesmo grupo sejam constituídos como empresas legalmente distintas que prestam serviços umas às outras».

71 Cfr. PETER TREPTE, *ob. cit.*, p. 253.

72 Note-se que o TJUE rejeitou já a aplicação da lógica intragrupo no domínio dos setores clássicos - cfr. Acórdão de 19 de abril de 2007, Proc. C-295/05 (*Tragsa II*).

CCP, muito embora o modo como o CCP transpôs o direito europeu não tenha sido totalmente coincidente com o esquema adotado na diretiva. Isto mesmo é particularmente nítido quanto à empresa comum, domínio onde o CCP foi mais longe do que o legislador europeu, incorporando-a na própria noção de entidade adjudicante.

O conceito de *empresa associada* pode ser preenchido, de acordo com o disposto no artigo 14.º do CCP, de uma de duas formas diferentes: ou se está perante entidades cujas contas anuais são consolidadas nos termos previstos na Diretiva 83/349/CEE, do Conselho, de 13 de junho (critério principal), ou, não sendo o caso, o conceito de empresa associada deve preencher-se através do conceito de *influência dominante*, em aplicação das várias hipóteses previstas no artigo 14.º CCP (critério subsidiário). De acordo com tais hipóteses, uma empresa associada pode ser uma empresa filha, uma empresa mãe ou uma empresa irmã da entidade adjudicante, desde que unidas pela influência dominante que uma delas exerce sobre a outra ou pela circunstância de ambas estarem sujeitas à influência dominante de uma terceira entidade. A influência dominante sobre a outra afere-se pelo facto de, nomeadamente, uma delas deter a maioria do capital social, a maioria dos direitos de votos, o controlo de gestão ou o direito de designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de direção, administração ou fiscalização. Trata-se, portanto, de requisitos de verificação relativamente objetiva, pelo que, neste particular, não se levantam dificuldades.

Diferente é o conceito de *empresa comum*. Nos termos da diretiva, empresa comum é uma empresa exclusivamente composta por diversas entidades adjudicantes que relevem no domínio dos setores especiais (cfr. alínea *b*) do n.º 2 do artigo 23.º da diretiva). Conforme a doutrina já notou, «o conceito de “empresa comum” alarga o âmbito da exclusão, já que não convoca o conceito de “influência dominante”», bastando que «um conjunto de entidades adjudicantes constituam uma empresa comum, independentemente das participações que cada uma das empresas sócias detenha no capital desta empresa comum, para que a mesma possa contratar *in house* com qualquer empresa associada das empresas sócias da empresa comum»<sup>73</sup> e, acrescente-se, também com qualquer das suas sócias.

O CCP, contudo, não seguiu exatamente o esquema adotado na diretiva quando transpôs o conceito de empresa comum (que, aliás, não surge positivado no CCP sob essa designação). No CCP, o conceito europeu de empresa comum foi incorporado no próprio conceito de entidade adjudicante, previsto na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 7.º do CCP («quaisquer pessoas colectivas constituídas exclusivamente por entidades adjudicantes referidas nas alíneas anteriores *ou* que sejam por elas maioritariamente financiadas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades, desde que se destinem ao exercício comum de actividade nos sectores da água, energia, dos transportes e dos serviços postais») e também na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, a respeito da figura das associações de entidades adjudicantes («as associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou

---

73 Cfr., sobre o tema, MARK KIRKBY, ob. cit., pp. 96 e 97.

tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas»).

Diferentemente do que sucede com o conceito de empresa comum constante da diretiva, as entidades adjudicantes previstas na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 7.º e as associações de entidades adjudicantes previstas na *d*) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP *não têm necessariamente de ser exclusivamente constituídas por outras entidades adjudicantes*. Quanto às primeiras, muito embora possa ser esse o caso, o CCP admite, em alternativa (atente-se na conjunção *ou*, constante da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 7.º), que as entidades adjudicantes previstas nas demais alíneas do artigo 7.º financiem maioritariamente essa entidade, ou controlem a sua gestão ou designem um órgão de administração, direcção, ou fiscalização. Quanto às associações de entidades adjudicantes previstas na *d*) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, basta, portanto, que *uma ou várias* dessas entidades adjudicantes nela participem para que a empresa comum seja considerada uma entidade adjudicante, desde que verificados, evidentemente, os demais requisitos do conceito, que impõem, é certo, uma especial ligação entre a empresa comum e a(s) entidade(s) adjudicante(s) que nela participa(m). Estes dados suscitam, de imediato, a seguinte observação: se, na perspectiva do conceito de entidade adjudicante, o CCP foi mais longe do que o legislador europeu, erigindo essa empresa comum a entidade adjudicante e não exigindo, para esse efeito, que a empresa seja constituída exclusivamente por outras entidades adjudicantes, já quando se trata de recorrer a esse conceito para efeitos da exclusão *in-house*, como faz o CCP nas alíneas *c*) a *f*) do n.º 1 do artigo 13.º, não é claro que este esquema se conforme totalmente com o preconizado na Diretiva 2004/17/CE (na medida em que permite a exclusão de contratos entre entidades adjudicantes e empresas comuns que não sejam exclusivamente constituídas por entidades adjudicantes)<sup>74</sup>.

33. Dito isto, veja-se, então, quais os casos de contratação que o CCP exclui da sujeição às regras da Parte II, os quais se podem reconduzir, em termos simples e apelando aos conceitos da diretiva, a três hipóteses.

a) A primeira hipótese é a dos contratos celebrados entre uma *entidade adjudicante*, prevista nas alíneas *a*) ou *b*) do n.º 2 do artigo 2.º e nas alíneas *a*) ou *b*) do n.º 1 do artigo 7.º do CCP, e uma *empresa sua associada* (seja esta uma empresa-filha, uma empresa-mãe ou uma empresa-irmã, no sentido atrás referido). Esta hipótese reconduz-se à prevista na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 23.º da Diretiva e, no ordenamento jurídico nacional, na primeira parte das alíneas *c*) e *e*) do n.º 1 do artigo 13.º do CCP.

b) A segunda hipótese abrange os contratos celebrados entre uma *entidade adjudicante* e uma *empresa comum de que aquela faça parte* (independentemente de qual das duas assuma a posição de entidade que contrata<sup>75</sup>).

Trata-se dos casos previstos nas alíneas *a*) e *b*) do n.º 4 do artigo 23.º da diretiva e nas alíneas *c*) a *f*) do n.º 1 do artigo 13.º do CCP. Muito embora apenas as alíneas *c*) e *e*) do n.º 1 do CCP aludam à exigência de que a entidade adjudicante contratante tem de fazer parte da empresa comum, a verdade é que essa exigência

74 Em sentido aparentemente semelhante, cfr. MARK KIRKBY, ob. cit., p. 97.

75 É essa, de resto, a diferença entre as alíneas *a*) e *b*) do n.º 4 do artigo 23.º da diretiva. Como nota MARK KIRKBY, na alínea *b*) a contratação *in-house* é invertida (cfr. ob. cit., p. 97).

resulta também para as restantes alíneas em resultado de uma *interpretação conforme com a diretiva comunitária* (na verdade, a letra das referidas alíneas *a*) e *b*) do n.º 4 do artigo 23.º da diretiva não deixa dúvidas quanto a esse ponto). Quando, nas alíneas *d*) e *f*), o CCP refere os contratos celebrados entre uma entidade adjudicante abrangida nas alíneas *d*) do n.º 2 do artigo 2.º ou *c*) do n.º 1 do artigo 7.º e uma entidade abrangida pelas alíneas *a*) ou *b*) do mesmo número, tem de entender-se, quanto a estas, que se trata de entidades que façam parte daquelas. Isto é, em causa estão contratos entre uma entidade adjudicante e uma empresa comum, também entidade adjudicante, de que a aquela primeira faça parte – sob pena, evidentemente, de não existir qualquer relação entre as duas que justifique a exclusão do contrato das regras de contratação pública.

A propósito do disposto nas alíneas *c*) e *e*) do n.º 1 (isto é, dos casos em que seja a entidade adjudicante das alíneas *a*) ou *b*) do n.º 2 do artigo 2.º e das alíneas *a*) ou *b*) do n.º 1 do artigo 7.º do CCP a contratar a empresa comum), o n.º 3 do artigo 13.º do CCP prevê um requisito adicional, em transposição do disposto na alínea *b*) do n.º 4 do artigo 23.º da diretiva<sup>76</sup>. Tal requisito consiste em exigir que a empresa comum contratada haja sido criada para desenvolver a sua atividade nos setores da água, energia, transportes e serviços postais durante um período mínimo de três anos, devendo os instrumentos jurídicos que as constituem estabelecer que as entidades que as integram nela permaneçam pelo menos, durante o mesmo período.

*c*) Em terceiro lugar, estão excluídos das regras de contratação pública os contratos celebrados entre uma entidade adjudicante, prevista na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 2.º e na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 7.º do CCP (correspondendo, com as reservas acima assinaladas, à noção de empresa comum da Diretiva 2004/17/CE), e uma empresa associada dos membros daquela. Corresponde à hipótese contemplada na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 23.º da diretiva e na parte final das alíneas *d*) e *f*) do n.º 1 do artigo 13.º do CCP.

#### 11.5 Segundo nível: “dependência económica”

34. A afirmação da relação “*in-house*” depende ainda de poder demonstrar-se que 80% do volume de negócios da empresa associada contratada advenha das suas relações com a empresa sua associada (cfr. n.º 3 do artigo 13.º do CCP). Quando as obras, os bens móveis ou os serviços sejam realizadas, fornecidos ou prestados, respetivamente, à entidade adjudicante por mais do que uma empresa associada, o n.º 4 do artigo 13.º do CCP estatui que, nesse caso, o critério dos 80% do volume de negócios previsto no n.º 3

---

<sup>76</sup> Não se compreende a razão pela qual o mesmo requisito não se encontra previsto também na alínea *a*) do n.º 4 do artigo 23.º da diretiva. O legislador do CCP, em transposição estrita do regime da diretiva, não previu também a aplicação desse requisito para as hipóteses previstas nas alíneas *d*) e *f*) do n.º 1 do artigo 13.º do CCP. Na proposta de nova diretiva apresentada pela Comissão Europeia em 20.12.2011, este requisito é estendido aos casos em que seja empresa comum a contratar uma das entidades adjudicantes que dela façam parte (cfr. artigo 23.º da proposta de nova diretiva).

deve ser aferidos tomando como base os volume de negócios de todas essas empresas associadas.

Com esta segunda condição pretende confirmar-se que, a par de uma dependência decisória, existe ainda uma dependência económica ou, dito de outro modo, que, a par de uma dependência formal, existe também uma dependência substancial entre as empresas em causa<sup>77</sup>. Como foi apontado pelo Advogado-Geral PHILIPPE LÉGER, «uma entidade não é necessariamente privada de liberdade de ação apenas pelo facto de as decisões que lhe dizem respeito serem tomadas pela colectividade que a detém, se ela ainda puder exercer uma parte importante da sua actividade económica junto de outros operadores»<sup>78</sup>.

35. Numa primeira leitura, o volume de negócios da empresa associada contratada deveria advir das suas relações com a empresa associada que a contrata, isto é, com a entidade adjudicante. Porém, uma interpretação do preceito nacional em conformidade com o direito comunitário (o n.º 3 do artigo 23.º da Diretiva 2004/17/CE refere-se expressamente, no plural, *às empresas às quais a empresa prestadora se encontra associada*) e com o próprio pensamento legislativo subjacente às normas em causa — que assenta no reconhecimento das relações intragrupo estabelecidas entre as entidades adjudicantes no âmbito dos sectores especiais — conduz-nos ao entendimento de que o requisito de 80% do volume de negócios da empresa associada contratada deve apurar-se *por referência a todas as empresas suas associadas*, isto é, por referência ao grupo em que se insere<sup>79/80</sup>. Nesta linha, a aplicação das Diretivas comunitárias só será exigível se as atividades comerciais exercidas pela entidade contratada fora do seu grupo não forem meramente acessórias

---

77 Cfr. MARIA ANTONIETTA PORTALURI, FRANCESCA PETULLÀ e DANIELE SPINELLI, *I Contratti Pubblici dei Settori Speciali*, Guida pratica alla partecipazione e gestione agli appalti nei settori ex esclusi, Il Sole 24 Ore, Spa, 2008, p. 69.

78 Cfr. Conclusões do Advogado-Geral PHILIPPE LÉGER, apresentadas em 15 de junho de 2000, no âmbito do Proc. C-94/99 (*Arge*), ponto 60.

79 Em favor deste entendimento depõe ainda o argumento sistemático da interpretação, já que a doutrina *in house*, desenvolvida em geral para os sectores comuns pela jurisprudência comunitária e vertida pelo legislador nacional no n.º 2 do artigo 5.º do CCP, ao tratar o requisito relativo à *destinação do essencial da atividade da entidade prestadora dos serviços*, tem em mente, como adiante melhor se verá, a ou as entidades adjudicantes que sobre essa entidade exerçam um controlo análogo, e não apenas a entidade adjudicante que, na relação em apreço, beneficia dos serviços a prestar.

80 Neste sentido, cfr. RUI MEDEIROS e ANA LUÍSA GUIMARÃES, Parecer inédito, 2010.

(isto é, se representarem mais de 20% do seu volume de negócios) em relação ao conjunto das atividades efetivamente exercidas.

36. Outro aspeto a ter em conta tem que ver com a circunstância de não raras vezes as empresas associadas contratadas exercerem atividades que são remuneradas pelos utilizadores dos serviços e não pela entidade, associada, que as contratou (como sucede, por exemplo, com uma entidade que exerça a atividade de distribuição de água em regime de concessão<sup>81</sup>). Essa circunstância não obnubila, porém, o facto de tais atividades serem, conseqüentemente, exercidas, em última análise, em benefício de quem lhe atribuiu essa missão. Com efeito, o facto de uma entidade criada enquanto *longa manus* da Administração ser incumbida da realização de tarefas e prestações cujos destinatários imediatos e responsáveis pelo seu pagamento são terceiros não impede que se conclua que esse “prolongamento administrativo” só realizou tal atividade e celebrou tais contratos com terceiros porque a isso estava obrigado. Daqui resulta que o critério do volume de negócios encontrado pelo legislador não pode conduzir à mera averiguação de saber quem paga à entidade em causa e quem assume nos contratos que ela celebra a posição de contraparte, já que, em determinadas situações, o que releva é verificar se a realização de tais prestações não constitui a resposta a uma simples ordem que lhe foi emitida pela Administração-mãe. Neste contexto, foi já considerado pelo TJUE, no Acórdão *Carbotermo*, que o volume de negócios adveniente da execução de contratos de concessão adjudicados por uma empresa associada deve ser

---

81 Segue-se de perto, neste ponto, RUI MEDEIROS e ANA LUÍSA GUIMARÃES, *Parecer inédito*, 2010.

contabilizado como realizado à empresa associada, ainda que os pagamentos não sejam feitos por esta<sup>82/ 83</sup>.

37. Um terceiro aspeto que pode prestar-se a alguma dúvida prende-se com a determinação dos contratos relevantes para a aferição do cumprimento do critério do volume de negócios<sup>84</sup>. A dúvida passa por saber se se deve considerar todos os negócios entre as duas (ou mais, como se viu) entidades relevantes ou apenas os negócios relativos ao mercado relevante no contrato cuja celebração se pretende excluir das regras de contratação. Neste última hipótese, estaria em causa apenas o volume de negócios entre as duas entidades que resultasse da celebração de contratos do mesmo tipo e no mesmo mercado relevante.

De acordo com alguma doutrina<sup>85</sup>, embora o texto da diretiva não o diga expressamente, deve considerar-se implícito que este teste só deve tomar como referência os serviços *do mesmo tipo* ou *similares* aos que são contratados pela entidade adjudicante (em sintonia, aliás, com o que a própria diretiva acolhe, quando se refere à hipótese de serem várias empresas associadas a prestar serviços à entidade adjudicante).

---

82 Cfr. Acórdão do TJUE de 11.05.2006, Proc. C-340/04 (*Carbotermo*), que considerou que «o volume de negócios determinante é o que a empresa em questão realiza em virtude das decisões de adjudicação tomadas pela autarquia de tutela, incluindo o realizado com os utilizadores em execução destas decisões» (n.º 65) e que «as atividades de uma empresa adjudicatária que devem ser tomadas em conta são todas aquelas que esta empresa realize no quadro de uma adjudicação que lhe tenha sido feita pela entidade adjudicante, e isto independentemente da identidade do beneficiário, quer se trate da própria entidade adjudicante ou do utilizador das prestações» (n.º 66). Em conclusão, «é indiferente saber quem remunera a empresa em questão, quer se trate da autarquia que a controla ou dos terceiros utilizadores das prestações fornecidas em virtude das concessões ou de outras relações jurídicas constituídas pela referida autarquia. É também irrelevante saber em que território são fornecidas as referidas prestações» (n.º 67). Sobre este acórdão do TJUE, cfr. FOTINI AVARKIOTI, “The application of EU Public procurement rules to “in-house” arrangements”, in *Public Procurement Law Review*, 2007, n.º 1, p. 32. Embora na situação apreciada nesse aresto se discutisse o critério da destinação do essencial da atividade da doutrina “in-house” com relevância nos setores comuns e não especificamente nos setores especiais, a verdade é que, materialmente, as questões tratadas assumem contornos paralelos.

83 A este respeito, cfr. também o acórdão n.º 106/2009, de 11 de maio, do Tribunal de Contas (confirmado, ainda que com diferentes fundamentos, pelo acórdão n.º 1/10, de 19 de janeiro, Proc. 193/09), no qual o entendimento acabado de referir não é verdadeiramente posto em causa.

84 Segue-se de perto, também neste ponto, RUI MEDEIROS e ANA LUÍSA GUIMARÃES, Parecer inédito, 2010.

85 Cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 926.

Próximo deste sentido parece posicionar-se o acórdão do Tribunal de Contas n.º 1/10, de 19 de Janeiro de 2010 (Proc. 193/09, 1.ª secção), que, embora a propósito do critério do essencial da atividade nos «sectores comuns», procede a uma interpretação material do critério do essencial da atividade - à luz do princípio da concorrência e com apoio (apenas) nas conclusões do Advogado-Geral Geelhoed, apresentadas em 28 de setembro de 2006, no Proc. C-295/05 (*Tragsa II*) –, considerando que, para efeitos deste critério, deve atentar-se apenas nas atividades que se integrem no mercado relevante à luz do concreto contrato que se quer celebrar: concluindo-se que, nesse mercado, o essencial da atividade da entidade contratada não é desenvolvida em benefício da entidade adjudicante, não se integrando sequer nas suas atribuições, não pode considerar-se cumprido o requisito.

Deve referir-se que o texto do CCP fornece elementos que apontam neste sentido, uma vez que o n.º 3 do artigo 13.º alude claramente ao volume de negócios que provenha da realização *dessas* obras, do fornecimento *desses* bens ou da prestação *desses* serviços à entidade à qual aquela se encontra associada.

### III.

#### O REGIME JURISPRUDENCIAL DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NOS SETORES ESPECIAIS

#### 1. Os contratos excluídos do âmbito material de aplicação dos setores especiais

38. Assinalados que estão alguns aspetos do designado “regime legal” atinente aos setores especiais, impõe-se, por último, que concedamos ainda alguma atenção àquele que, logo no início deste trabalho, designámos de “regime jurisprudencial” dos setores especiais.

Em jogo está, como se sabe já, o regime — se algum — a que ficam sujeitos os contratos não cobertos pelo escopo aplicativo do n.º 1 do artigo 11.º do CCP. É que não deve olvidar-se que contratação (total ou parcialmente) excluída das diretivas não é sinónimo de contratação excluída do âmbito do Direito da União Europeia<sup>86</sup>.

Centrando-nos no CCP, verifica-se, no que tange aos setores especiais, que este *regime jurisprudencial* é — *rectius*, pode ser — particularmente relevante (i) quanto aos tipos contratuais não indicados no n.º 1 do artigo 11.º do CCP e, (ii) já no domínio dos contratos compreendidos no n.º 1 do artigo 11.º do CCP, também para os contratos de empreitada de obras públicas, de aquisição de serviços e de bens (já que, quanto aos de concessão de obras e de serviços públicos, o legislador nacional, mencionando-os no elenco de contratos do n.º 1 do artigo 11.º, não condicionou a sua sujeição ao regime da Parte II do CCP a um qualquer valor mínimo<sup>87</sup>).

---

86 Cfr. RUI MEDEIROS, «Âmbito do novo regime...», cit., p. 3.

87 Pode, de algum modo, considerara-se que o CCP se antecipou àquela que é a tendência no Direito da União, uma vez que, de acordo com a proposta de diretivas apresentadas pela Comissão Europeia em dezembro de 2011, os contratos de concessão são objeto de uma diretiva dedicada exclusivamente a esses

39. A razão pela qual incluímos, neste estudo, uma referência a este “regime jurisprudencial” compreende-se com facilidade. É que, apesar da (aparente) indiferença do CCP ao regime procedimental dos contratos não incluídos no n.º 1 do artigo 11.º — com a conseqüente liberdade das entidades adjudicantes no que toca à conformação desses procedimentos, designadamente quanto ao recurso a mecanismos de apelo e de fomento da concorrência —, a verdade é que não deve ignorar-se os riscos — cada vez maiores, de resto, atendendo ao eco que este regime vai colhendo, nas instâncias jurisdicionais e fiscalizadoras nacionais — de uma total desconsideração pelas entidades adjudicantes das vinculações que para si são suscetíveis de decorrer do tal “regime jurisprudencial” e que podem levar, como já sucedeu, à invalidação de contratos celebrados à sua margem.

### 3. A jurisprudência do TJUE e o “soft law” da CE

#### 3.1 Em geral

40. Neste contexto de preenchimento do espaço deixado pelo CCP no que toca aos contratos não abrangidos pelo regime dos setores especiais — atrás já identificados —, as normas e princípios que enformam o direito europeu, em matéria de contratação pública, adquirem relevância significativa<sup>88</sup>.

---

contratos, a qual, a vingar a proposta da Comissão, sujeita os contratos de concessão de valor superior a € 5.000.000 a todas as regras procedimentais previstas, incluindo a publicação de anúncio, e os de valor situado entre € 2.500.000 e € 5.000.0000 à obrigação de publicação de anúncio.

88 Um breve parêntese se impõe, neste contexto, apenas para referir que os comandos emanados do direito europeu, mormente dos princípios de direito primário, não constituem os únicos parâmetros de validade e de orientação com que, no plano da maximização da concorrência, as soluções oferecidas pelo CCP devem ser confrontadas. Está a pensar-se, em concreto, nos ditames em matéria de concorrência que se encontram subjacentes ao ordenamento constitucional português. É que a lógica da concorrência em matéria de contratação pública, embora mais propalada na sua vertente europeia, pode também ser encontrada no próprio quadro constitucional português, onde a defesa da concorrência se assume como valor estruturante da organização económica. Sobre este aspeto, cfr.: RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime...”, cit., p. 6; JOÃO AMARAL E ALMEIDA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A contratação pública de serviços de assessoria jurídica”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, p. 374.

Não obstante a tendência – cada vez menos nítida, é certo - para se considerar que as preocupações com a proteção da concorrência e com o mercado único se encontram já devidamente acauteladas nas diretivas e, no plano nacional, no CCP, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem considerado que as diretivas protegem insuficientemente os princípios da igualdade de tratamento e da concorrência previstos no Tratado e, como forma de suprir essa insuficiência, recorre diretamente ao conteúdo normativo desses princípios para garantir a sua satisfação.

41. A origem deste regime jurisprudencial foca-se, portanto, num conjunto de princípios gerais de direito europeu, constantes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que a jurisprudência do TJUE<sup>89</sup> e a própria Comissão Europeia, através de comunicações interpretativas que enformam um verdadeiro *soft law* europeu<sup>90</sup>, têm desenvolvido de modo intenso, ao ponto de ter construído um corpo sólido de parâmetros de atuação inferidos daqueles princípios, que operam para lá do campo de ação do referido regime legal, e que não podem deixar de ser tidos em conta pelas entidades adjudicantes, também no domínio dos setores especiais. Em causa estão princípios como o da livre circulação de mercadorias<sup>91</sup>, da livre prestação de serviços<sup>92</sup>, o princípio da não discriminação<sup>93</sup>, o direito de estabelecimento<sup>94</sup>, dos quais o TJUE tem inferido outros princípios como os

---

89 Cfr., exemplificativamente: acórdão de 07.12.2000, Proc. C-324/98 (*Telaustria*); acórdão de 21.07.2005, Processo C-231/03 (*Coname*); acórdão de 13.10.2005, Proc. C-458/03 (*Parking Brixen*); acórdão de 13.11.2007, Proc. C-507/03 (*Comissão v. Irlanda*); acórdão de 15.05.2008, Procs. C-147/06 e C-148/06 (*SECAP*); acórdão de 21.02.2008, Proc. C-412/04 (*Comissão v. República Italiana*). Para uma análise da evolução desta jurisprudência, cfr. ADRIAN BROWN, "Seeing through transparency...", cit., pp. 1 e ss..

90 Cfr. *Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário*, COM 2000/C 121/02, de 29.04.2000 (doravante, *Comunicação Interpretativa de 2000*), e *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*, COM 2006/C 179/02, de 01.08.2006 (doravante, *Comunicação Interpretativa de 2006*).

91 Cfr. artigo 34.º do TFUE.

92 Cfr. artigo 56.º do TFUE.

93 Cfr. artigo 18.º do TFUE.

94 Cfr. artigo 49.º do TFUE.

princípios da transparência, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo<sup>95</sup>.

De resto, não pode deixar de assinalar-se que é o próprio legislador europeu quem reconhece a relevância desses princípios para lá do âmbito de aplicação das diretivas. No que toca aos setores especiais, o considerando 9 da Diretiva 2004/17/CE recorda, a propósito dos contratos públicos cujo valor é inferior aos limiares de aplicação da diretiva, «(...) a jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Justiça, segundo a qual são aplicáveis as regras e os princípios do Tratado (...)»<sup>96</sup>.

42. Deve frisar-se que não há, na legislação portuguesa, normação imperativa que concretize em geral estes princípios, o que tem sido aplaudido por alguma doutrina que considera que «se o legislador comunitário entendeu excluir expressamente do âmbito de aplicação das referidas Directivas determinados contratos, em particular em função do respectivo valor, a tentativa de fazer derivar dos princípios gerais do Direito Comunitário originário regras materialmente incompatíveis com essa exclusão (submetendo todos os contratos a regras de contratação pública) é ela própria *contra legem*. Quer porque os princípios em causa não têm densidade suficiente para deles se poderem excluir as regras (minuciosas!) prescritas pela Comissão, quer porque a regulação contida nas Directivas já espelha o que o legislador considerou ser o ponto óptimo, ou pelo menos suficiente, para concretizar ou acautelar tais princípios»<sup>97</sup>.

Corolário da assinalada ausência de um regime escrito, corporizado em regras jurídicas, que concentre este *regime jurisprudencial* é a significativa falta de certeza jurídica que envolve as entidades adjudicantes quando pretendem celebrar contratos com estas características<sup>98</sup>. Fonte de acrescida insegurança jurídica é, como se verá de

95 Sobre os princípios gerais da contratação pública, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 354 e ss.; CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007.

96 O sentido deste Considerando vem transposto no Considerando 3 da proposta de diretiva relativa aos setores especiais, apresentada pela Comissão Europeia em dezembro de 2011.

97 Cfr. MARK KIRKBY, ob. cit., p. 91.

98 Para uma análise das demais críticas de que é alvo este regime jurisprudencial, cfr. ADRIAN BROWN, "Seeing through transparency...", cit., pp. 16 e ss.. A *Comunicação Interpretativa* de 2006 foi, de resto, objeto de impugnação junto do TJUE por parte da República Federal da Alemanha, tendo sido proferido Acórdão em 20.5.2010 (Proc. T-258/06), o qual julga o recurso inadmissível, mantendo o teor da referida Comunicação Interpretativa.

seguida, a relativa volatilidade com que a jurisprudência e a Comissão Europeia apresentam o regime procedimental que construíram em homenagem aos princípios do Tratado, já apelidado de “grey area”<sup>99</sup>, avançando com elementos de aproximação ao preenchimento de conceitos decisivos («flutuantes e radicalmente casuísticos»<sup>100</sup>) e deixando às entidades adjudicantes a responsabilidade de avaliar, em cada caso, se os requisitos de aplicação do *regime jurisprudencial* se verificam<sup>101</sup>.

Mas a verdade é que tudo indica que esta perspetiva binária do regime aplicável aos sectores especiais – abrangendo o *regime legal* e o *regime jurisprudencial* -, confusa ou não, necessária ou desnecessária, «*is here to stay*»<sup>102</sup>.

### 3.2 Um certo regime procedimental

43. O TJUE e a Comissão Europeia têm inferido dos princípios do TFUE um *certo regime procedimental* que se impõe às entidades adjudicantes, ainda que não eivado da densidade que enforma o regime procedimental que decorre das diretivas. E a pertinência e aplicação práticas desse *certo regime procedimental* tem levado o TJUE a declarar a invalidade de contratos formados à margem de procedimentos concorrenciais mesmo quando, repita-se, as Diretivas lhes não são aplicáveis, seja em função da natureza do contrato, seja em função do seu valor<sup>103</sup>.

À luz deste regime jurisprudencial, a celebração do contrato não é livre, devendo assegurar-se o respeito dos princípios fundamentais do Direito europeu

---

99 Cfr. ADRIAN BROWN, “Seeing through transparency...”, cit., p. 21.

100 Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 888, em nota.

101 Neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, ob. cit., p. 886; ADRIAN BROWN, “Seeing through transparency...”, cit., p. 19.

102 Cfr. ADRIAN BROWN, “Seeing through transparency...”, cit., p. 21. Saliente-se, de resto, que «o resultado alcançado reflecte, provavelmente, um compromisso paradoxal. O legislador comunitário, ao aprovar as Diretivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE, se recusou a opção por uma regulamentação rígida de regras incorporada num regulamento comunitário, que havia sido sugerida, por exemplo, pelo Comité Económico e Social, não deixou também de rejeitar o paradigma principiológico, assente numa normação mais pormenorizada e mais aberta, sugerido por alguns autores. Todavia, com o reconhecimento de que a contratação (total ou parcialmente) excluída das directivas pode estar submetida aos princípios comunitários que regem uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, a formação de uma parte importante dos contratos públicos no espaço comunitário acaba por ficar submetida a um mero enquadramento principiológico» - cfr. RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime...”, cit., p. 5.

103 Cfr. acórdãos atrás referidos.

originário em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular, o que obriga a assegurar, «a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação»<sup>104</sup>. Em termos práticos e independentemente da medida das exigências que, a esse título, sejam impostas, é, desde logo, decisiva a conclusão de que do cumprimento do *dever de publicidade* pode advir a apresentação de propostas de entidades que a entidade adjudicante não escolheu (e até não escolheria), as quais devem ser *apreciadas em termos não discriminatórios*.

44. No que toca à primeira das limitações decorrentes do regime em apreço – o *dever de publicidade*<sup>105</sup> –, de acordo com a Comissão, e na senda do TJUE, proíbe-se qualquer «abordagem selectiva» das entidades adjudicantes dirigidas a potenciais interessados, «mesmo que a entidade adjudicante se dirija a empresas de outros Estados-membros ou se esforce por atingir todos os fornecedores potenciais» e «publicidade passiva», em que a entidade adjudicante se limita a responder a pedidos de informação dos candidatos que tiveram conhecimento da iminência da celebração do contrato <sup>106</sup>.

Mas não se exige necessariamente que, em cumprimento do dever de publicitar, seja publicitado um anúncio em jornais oficiais. Tem sido entendido que a mesma não implica necessariamente sequer a publicação de um anúncio num jornal, podendo bastar-se com um anúncio no *site* da internet da entidade adjudicante, o que, todavia, deve assentar nas características específicas do contrato em causa<sup>107</sup>. O que se exige às entidades adjudicantes é «um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos (...), por forma a que, se [uma] empresa o desejar possa manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato (...), o que passa pela publicação, antes da adjudicação do contrato, de um anúncio suficientemente acessível»<sup>108</sup>.

Independentemente do que seja, em concreto, o modo adequado de publicitação da intenção de contratar – avaliação que é deixada às entidades adjudicantes –, certo é que a consequência mais imediata que daí decorre «(...) é [a] de *aceitar propostas de*

---

104 Cfr. Acórdão de 7 de dezembro de 2000, Proc. C-324/98 (*Telaustria*), n.º 62.  
Cfr. *Comunicação interpretativa de 2006*.

105 Trata-se, pois, de uma obrigação positiva de publicitar, e não apenas uma mera proibição negativa de tomar medidas discriminatórias contra fornecedores de outros Estados-membros – cfr. ADRIAN BROWN, "Seeing through transparency...", cit., p. 17.

106 Cfr. da *Comunicação interpretativa de 2006*, cit., ponto 2.1.1..

107 Cfr. MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 737.

108 Cfr. *Comunicação interpretativa de 2006*, cit., ponto 2.1.1..

*entidades que não se escolheu, mas que podem considerar-se interessadas no contrato»*<sup>109</sup>.

E esta é, sem dúvida, a limitação maior que decorre deste regime jurisprudencial. A mera publicitação da intenção de contratar e o convite generalizadamente dirigido a quem possa estar interessado para apresentar proposta constitui, *de per se*, uma forte restrição à liberdade das entidades adjudicantes, correspondendo, justamente, a um dos pilares em que assenta o direito da contratação pública e, em particular, o regime que brota das diretivas sobre a matéria: a imposição de um momento de abertura do contrato ao mercado. Ainda que o anúncio em si mesmo não obedeça às regras impostas nas diretivas e ainda que a tramitação procedimental prevista nas diretivas (e com mais detalhe no CCP) não tenha aplicação no plano do regime jurisprudencial, a verdade é que, uma vez esclarecida a sujeição de determinada contratação a este regime, fica praticamente aniquilada a liberdade da entidade adjudicante no que toca à escolha do seu co-contratante.

45. Para além do dever de publicidade, o segundo pilar em que assenta este regime prende-se com a exigência de *ausência de discriminação e de parcialidade na adjudicação* - «[a] garantia de um procedimento equitativo e imparcial é o corolário necessário da obrigação de assegurar uma publicidade transparente»<sup>110</sup>.

Esta exigência tem implicações, como também assinala a Comissão, (i) ao nível da descrição do objeto do contrato (proibição da alusão a marcas e fabricantes específicos), (ii) quanto às condições impostas aos próprios concorrentes (que não podem ser discriminatórias), (iii) ao nível dos prazos, que devem ser adequados à complexidade do contrato e da proposta e permitir a sua preparação por operadores de outros Estados-membros, (iv) no plano da própria condução do procedimento, exigindo-se uma abordagem transparente e objetiva que incuta nos concorrentes a confiança sobre a imparcialidade da entidade adjudicante e, finalmente, (v) no momento da própria adjudicação e da escolha do adjudicatário, implicando «transparência na adjudicação e observância das regras previamente estabelecidas»<sup>111</sup>, em homenagem aos princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento.

### **3.3 Limitação aos contratos com *interesse transfronteiriço certo***

46. É o próprio TJUE<sup>112</sup> quem reconhece que este regime procedimental diretamente deduzido dos princípios do Tratado apenas é convocado quando o contrato a celebrar apresente um *interesse transfronteiriço certo*, isto é, que

---

109 Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *ob. cit.*, p. 886.

110 Cfr. ponto 2.2.1 da mesma *Comunicação interpretativa* de 2006.

111 Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 737.

112 Cfr. os já referidos Acórdãos *Telaustria*, *Coname*, *Parking Brixen*, *SECAP*, *Comissão v. República Italiana*, *Comissão v. Irlanda*.

«apresent[e] um interesse para os agentes económicos *considerados de um ponto de vista de todo o mercado europeu*, e não apenas do ponto de vista dos mercados nacionais»<sup>113</sup> ou, noutra formulação, que «envolvam a concorrência (virtual ou efectiva) de interessados de outros países comunitários»<sup>114</sup>.

O preenchimento do conceito de contrato com interesse transfronteiriço certo não se afigura intuitivo nem simples. Essa natural dificuldade, associada à própria indeterminação do conceito, é reforçada, em prejuízo da segurança jurídica, pelo modo como o TJUE tem enfrentado a questão, combinando uma série de factores, de diferentes formas e em diferentes graus, seguindo um típico método indiciário (e não cumulativo)<sup>115</sup> — a título de exemplo, o interesse económico do contrato<sup>116</sup>, a diferenciação técnica do objecto do contrato<sup>117</sup> ou o próprio local de execução contratual.

De acordo com a Comissão Europeia, na senda de alguns factores que vêm sendo avançados pelo TJUE, «cabe a cada entidade adjudicante decidir se o contrato a adjudicar pode apresentar um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros», decisão que tem de ser sustentada «numa avaliação das circunstâncias particulares do caso, como sejam o objecto do contrato, o seu valor, as particularidades do sector em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc) e também da localização geográfica do lugar de execução»<sup>118</sup>. A Comissão reconhece ainda, com relevância, poderem ser aplicadas as exceções específicas que constam das diretivas e que autorizam, em certas condições, a utilização de procedimentos sem publicação prévia de anúncio, como é o caso da extrema urgência e de contratos que apenas podem ser executados por um único operador<sup>119</sup>.

Em suma: quando esteja ausente esse elemento transfronteiriço, o contrato não cai no domínio natural de abrangência do regime europeu da contratação pública, seja o consagrado nas diretivas, seja o decorrente dos princípios do Tratado.

---

113 Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *ob. cit.*, p. 885. O itálico consta no original.

114 Cfr. MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 53.

115 Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *ob. cit.*, p. 885.

116 Cfr. *Aaórdão Coname*, *cit.*, parágrafo 20.

117 Trata-se de contratos que, por requererem investimentos significativos em meios e pessoal especializado, oferecem poucas oportunidades para aplicação, ao ponto de empresas sedeadas em qualquer ponto da União Europeia, estarem disponíveis a suportar os custos da distância — cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *ob. cit.*, p. 886.

118 Cfr. *Comunicação interpretativa* de 2006, ponto 1.3..

119 Cfr. *Comunicação interpretativa* de 2006, ponto 2.1.4..