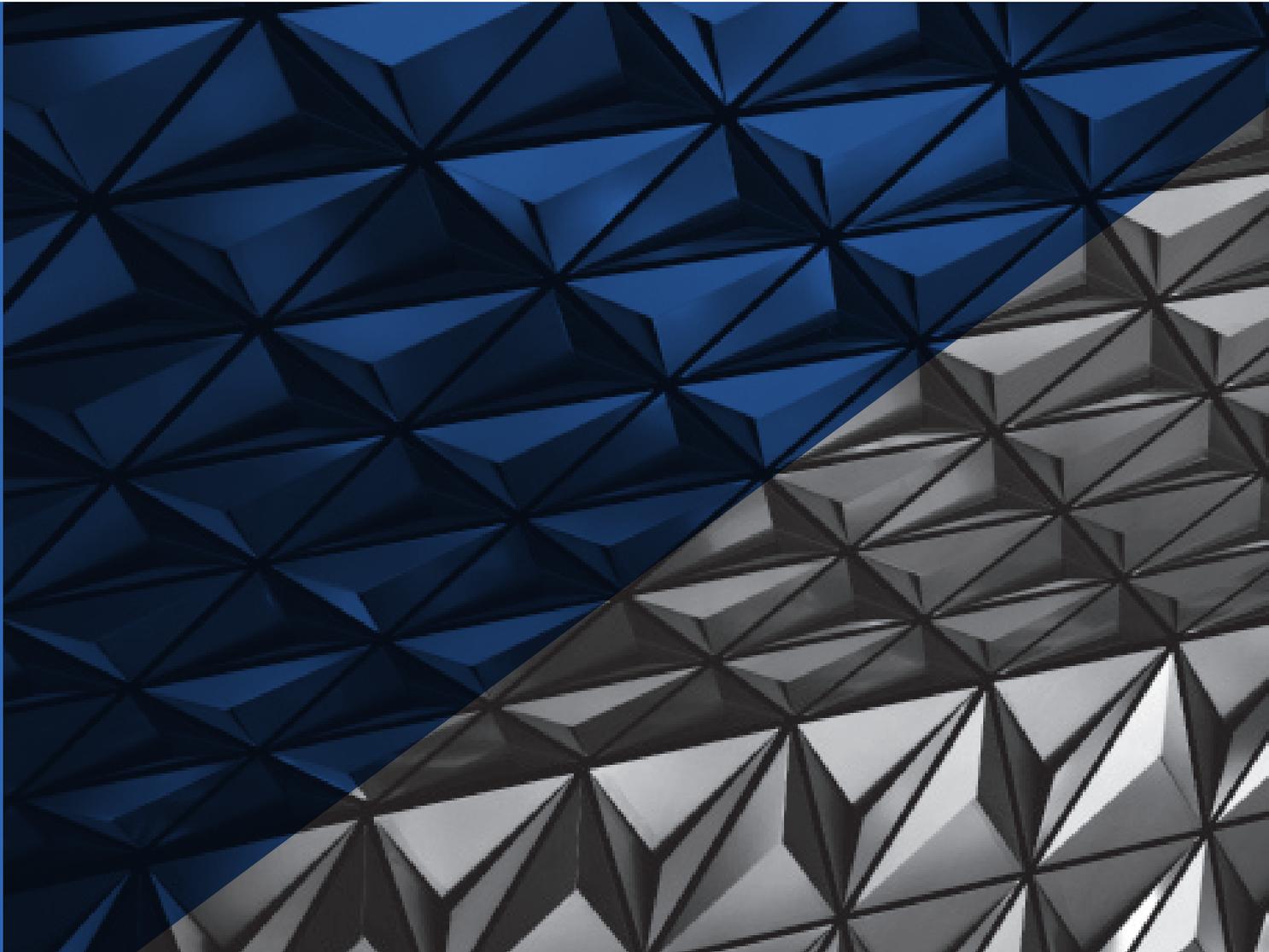


CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO SECTOR DA ENERGIA

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



Curso de Pós-Graduação em Direito da Energia

Coordenação: Professores Doutores Jorge Miranda e Carla Amado Gomes

Contratação pública no sector da energia

Miguel Assis Raimundo

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa

Maio de 2009

Índice

1. INTRODUÇÃO. A INCLUSÃO DO SECTOR ENERGÉTICO NO ÂMBITO DO REGIME ESPECÍFICO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PARA OS “SECTORES ESPECIAIS”	3
2. A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO SECTOR DA ENERGIA	9
2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS. A DISTINÇÃO ENTRE O REGIME DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E O REGIME DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	9
2.2. ENTIDADES ADJUDICANTES NO SECTOR DA ENERGIA	12
2.3. CONTRATOS DAS ENTIDADES ADJUDICANTES DO SECTOR DA ENERGIA ABRANGIDOS PELO REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA DA PARTE II DO CCP	20
2.4. CONTRATOS DAS ENTIDADES ADJUDICANTES DO SECTOR DA ENERGIA EXCEPCIONADOS DO REGIME DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA DA PARTE II DO CCP	22
2.5. ESCOLHA DO PROCEDIMENTO DE FORMAÇÃO	25
2.6. ESPECIFICIDADES DOS PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS NO SECTOR DA ENERGIA	28
2.6.1. REGRAS DE PUBLICIDADE	28
2.6.1.1. Anúncios periódicos indicativos	28
2.6.1.2. Anúncios de procedimentos de formação de contratos	33
2.6.1.3. Anúncios de adjudicação	34
2.6.2. PEÇAS PROCEDIMENTAIS	36
2.6.3. PRAZOS DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS	37
2.6.4. SISTEMAS DE QUALIFICAÇÃO	39
2.7. O REGIME EXCEPCIONAL DO DECRETO-LEI N.º 34/2009, DE 6 DE FEVEREIRO	43
3. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS POR ENTIDADES DO SECTOR DA ENERGIA	45
3.1. CONTRAENTES PÚBLICOS NO SECTOR DA ENERGIA	45
3.2. OS CONTRATOS “A CUJA FORMAÇÃO SEJA APLICÁVEL A PARTE II DO PRESENTE CÓDIGO”	45
3.3. ... QUE “SEJAM, POR VONTADE DAS PARTES, QUALIFICADOS COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS OU SUBMETIDOS A UM REGIME SUBSTANTIVO DE DIREITO PÚBLICO”	46

1. Introdução. A inclusão do sector energético no âmbito do regime específico de contratação pública para os “sectores especiais”

1. É praticamente um lugar-comum chamar-se a atenção para o carácter contingente das escolhas organizatórias da comunidade política, em matéria de provisão de bens públicos ou, numa terminologia mais descomprometida, de bens de interesse geral¹. O que é concebido como serviço público num Estado é actividade puramente do mercado noutro Estado, cujo Direito pode até ter dificuldade em enquadrar uma categoria como a do serviço público; o que está reservado ao sector público num Estado está aberto, em maior ou menor grau, à iniciativa privada em outro ou em outros Estados; até no mesmo Estado, períodos de poucos anos apresentam variações notórias da intensidade da intervenção pública, e mesmo em Estados descentralizados (política ou administrativamente), as opções das autoridades centrais, regionais e locais demonstram, pela sua variedade, que a fronteira entre provisão pública e funcionamento do mercado se caracteriza, sobretudo, pela sua instabilidade.

Contudo, poucas vezes notamos, de forma tão clara como na evolução do regime dos ditos sectores especiais, a efectividade desta observação, tantas vezes repetida.

2. Vale a pena olhar um pouco à história comum dos sectores ditos, hoje, “especiais”, antes de vermos com mais atenção a questão particular do sector energético.

Para anotar, em primeiro lugar, que começaram por não se chamar “especiais”, mas sim “excluídos”. Essa designação de sectores “excluídos” não se referia a uma falta de relevância social, económica, política ou jurídica – pelo contrário, à época em que se começou a falar em sectores excluídos, eles assumiam um peso extremo na provisão pública de bens e serviços e eram parte integrante da estrutura do Estado Providência. Precisamente, era isso mesmo que justificava (e que continua a justificar) um regime de contratação específico para as entidades que actuam nestes sectores: a sua parcial ou total exclusão do âmbito da *concorrência*. Sectores “excluídos”, pois, *da concorrência* (se não total, pelo menos parcialmente, repete-se); sectores “especiais”, agora, mas com o mesmo sentido: a

¹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007, 68 e ss.

especialidade decorre precisamente de uma particular relação com o princípio da concorrência.

Para anotar, em segundo lugar, que os sectores antes “excluídos” e agora “especiais” não foram sempre os mesmos. À data do surgimento de uma regulação específica para alguns sectores que apresentam uma relação particular com a concorrência, uma observação empírica demonstrava que o sector das telecomunicações merecia pertencer a esse lote. Em 2004, contudo, com a Directiva 2004/17/CE, de 31 de Março, do Parlamento Europeu e do Conselho, o sector das telecomunicações deixou de ser sector especial e passou a ser sector “clássico”, abrangido pelo regime-regra da contratação pública (a nível comunitário, contido na chamada “Directiva geral”)^{2/3}.

Basta olhar ao exemplo português para compreender intuitivamente o porquê desta mudança: quando em 1990 surgiu a primeira directiva sobre “sectores excluídos” (*rectius*, a partir dessa directiva, sectores “especiais”, porque já não excluídos de qualquer regulação⁴), em Portugal o sector das telecomunicações era ocupado por uma única empresa, que oferecia, sem concorrência, todos os serviços de gestão da rede e prestação de serviços de comunicação de voz (então reduzidos à rede fixa). Em 2004, quando, por força da legislação comunitária, após um processo onde se reconheceu que estavam criadas condições de concorrência efectiva no espaço europeu⁵, o sector das telecomunicações deixou de pertencer aos sectores especiais, Portugal estava em pleno desenvolvimento de um processo de abandono do princípio da proibição de instalação de redes próprias, o que também se tornou possível, apenas, com a evolução tecnológica que tornou acessível essa tecnologia aos vários operadores.

² Ainda que com especificidades, visíveis aqui e ali. A transição dos sectores especiais para os sectores clássicos processa-se gradualmente, como aliás é habitual nas transições.

³ E o movimento não é só neste sentido: veja-se o caso dos serviços postais, que passaram, com a mesma Directiva de 2004, a integrar os sectores especiais, por se tratar de sector em liberalização. Sobre a questão, JOSÉ MANUEL SALA ARQUER, *La propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales: su posible incidencia en el derecho español*, in AA/VV, *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, pp. 119-135, 127 e ss.

⁴ Para mais referências, RUI MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial - água, energia, transportes e telecomunicações*, in AA/VV, *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, pp. 137-182, 139; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um olhar português*, Coimbra: Almedina, 2006, 41, nota 54.

⁵ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 140, com referência à Comunicação da Comissão Europeia COM (2000) 276/final, e depois 147, nota 32; CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 53-54; SALA ARQUER, *La propuesta de directiva*, 127.

A categoria dos sectores especiais é pois intrinsecamente dinâmica. Por ela “passam” sectores da economia destinados, no movimento muito próprio da integração europeia, a integrar o mercado de forma plena, e que ainda não o integram por força de inviabilidade técnica de existência de mais do que um operador, ou por força de opções políticas internas dos Estados-membros (e por isso esta é também uma categoria por onde passa, sem dúvida, uma parte do debate sobre o conceito de serviço público e sobre as opções fundamentais da comunidade política europeia⁶).

3. Aprofundemos agora essa relação particular com o princípio da concorrência, que levou, num primeiro momento, a excluir pura e simplesmente determinados sectores das regras sobre contratação pública, e que leva, ainda hoje, a uma relação de “especialidade”, ínsita na designação comumente dada ao conjunto reduzido de sectores de actividade que merecem esse regime particular de contratação pública – actualmente, os sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Tais sectores correspondem a áreas de serviço público essencial ou universal, ou de interesse geral, com uma forte componente de “custosas redes e infra-estruturas fixas com uma transcendente implantação espacial ou territorial”⁷, que precisamente pelo seu elevado custo, tendem à sua atribuição exclusiva a um único agente. Por outro lado, tendo em conta a heterogeneidade dos modelos jurídico-públicos e das tradições jurídicas presentes nos diversos Estados da então Comunidade Económica Europeia, verificava-se uma grande dispersão de formas de enquadramento jurídico dessas actividades de serviço universal – com regimes de Direito público em alguns Estados e de Direito privado em outros⁸; por outro lado, tratava-se de domínios entendidos como áreas preferenciais de política económica pelos Estados, onde as entidades nacionais “utilizavam” as estruturas institucionais de provisão destes bens e serviços (sobre as quais tinham muitas vezes influência dominante) como modo de promoção da economia nacional, mesmo que isso significasse escolhas não guiadas pela racionalidade económica⁹. Finalmente, a propagação dos direitos de exclusivo e das

⁶ VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 567.

⁷ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 139.

⁸ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 139; FRANCISCA VILLALBA PÉREZ, *La contratación de las sociedades en manos de las administraciones públicas: principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Valencia: Tirant lo blanch, 2003, 83.

⁹ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 139; VILLALBA PÉREZ, *La contratación de las sociedades*, 84.

concessões atribuídas directamente criava dificuldades na aprovação de uma regulação que fosse tributária do princípio da concorrência¹⁰.

Contudo, à boa maneira comunitária (que consiste em utilizar o método da “gazua” ou, para utilizar uma imagem próxima, já consagrada, de “spill-over”), as instituições comunitárias, com as motivações de promoção da concorrência que se conhecem, tomaram em mãos a tarefa de introduzir diversos “pontos” de promoção da concorrência, que depois vão “alargando” o espaço de intervenção da concorrência. Com a Directiva 90/531/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, as entidades que exercessem actividades nos sectores da água, dos transportes, da energia e das telecomunicações passaram a estar sujeitas a determinadas regras para os contratos de empreitada e de fornecimento de bens a partir de certos valores; alterações posteriores em 1993, 1994 e 1998 alargaram progressivamente a área de sujeição, que passou a abranger (como nos sectores clássicos) os contratos de prestação de serviços¹¹. O pressuposto de base que justifica toda a intervenção comunitária: a atenção à actividade concretamente desenvolvida pelas entidades. Atravessando e desconsiderando a natureza jurídica das entidades que actuam neste sector, atende-se à actividade concretamente desenvolvida¹².

Esta regulação não se faz, contudo, sem uma atenção à realidade efectiva; existindo, como se disse, tradições extremamente diferentes, nos vários Direitos, do ponto de vista das formas de organização destas actividades, a solução passou, e passa, por uma solução de meio-termo: um regime de contratação que não seja nem demasiado flexível, para evitar que as entidades públicas que actuem nestes sectores beneficiem de um regime que prejudique a sua particular sujeição a exigências de objectividade e não discriminação, nem demasiado rígido, para evitar submeter empresas puramente privadas que exercem actividades neste mesmo sector a onerações e cargas demasiado pesadas e burocráticas, que prejudiquem o seu funcionamento empresarial eficiente¹³; mas em todo o caso admitindo que essas cargas jurídico-públicas devem existir, desde logo porque servem para proteger as preocupações de eficiência e economicidade da actividade destas empresas, que poderiam ser prejudicadas pela

¹⁰ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 139; VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 570; VILLALBA PÉREZ, *La contratación de las sociedades*, 83.

¹¹ Sobre esta evolução, MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 139-140; VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 567 e ss; VILLALBA PÉREZ, *La contratación de las sociedades*, 85 e ss.

¹² VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 568-569 e 571.

¹³ VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 569; MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 165; JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho Administrativo en la contratación entre privados*, Madrid: Marcial Pons, 2005, 125-126.

actuação em ambiente de reduzida concorrência¹⁴, e porque tais cargas são contrabalançadas por outros factores que colocam as entidades actuantes nestes sectores em posição de vantagem: como actividades de rede, são particularmente atreitas à criação de monopólios, quer por força do funcionamento do mercado¹⁵, quer por força da atribuição de direitos de exclusivo¹⁶, que visam salvaguardar a capacidade de rentabilização dos investimentos avultados envolvidos e dessa forma atrair esse investimento. Por outro lado, ao estabelecer um regime que é indiferente ao modo jurídico (público ou privado) de organização da actividade de prestação, o regime dos sectores especiais actua como “travão” à fuga para o Direito Privado¹⁷.

4. O que se disse até agora permite compreender, sem necessidade de maiores desenvolvimentos, a sujeição do sector da energia ao regime dos sectores especiais.

Trata-se de um sector onde assumem valor fundamental as redes que permitem a circulação da energia; e as redes, no caso, não estão ainda suficientemente acessíveis e tendem ao monopólio. Trata-se de um sector essencial do ponto de vista da política económica e por isso nele permanece extremamente presente a intervenção pública, se já não com serviços administrativos de prestação, pelo menos com participações qualificadas ou com um controlo intenso sobre as estruturas – hoje, empresariais – que levam a cabo essa prestação. A energia continua a ser um sector onde dificilmente o mercado, por sua iniciativa, cobre todas as necessidades. Por último, a energia sempre foi e parece que será, nos tempos mais próximos, objecto de particular interesse por motivos estratégicos e de segurança nacional.

Aqui e agora, compreende-se a opção do legislador comunitário, e conseqüentemente do legislador nacional, por um regime diferenciado. Como vimos, contudo, nada obsta a que o panorama mude: bastará, para tanto, que em termos tecnológicos se banalize ainda mais a tecnologia relacionada com a produção, transporte e armazenamento de energia, e que a comunidade política altere a sua perspectiva sobre o assunto.

¹⁴ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 165-166.

¹⁵ Segundo F. WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, London: Athlone, 1993, 117-118 (*apud* VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 570, nota 1722), as actividades dos sectores especiais são “inerentemente monopolísticas”. V. em sentido próximo VILLALBA PÉREZ, *La contratación de las sociedades*, 83, nota 132. A afirmação, contudo, suscita algumas dúvidas, se levada demasiado à letra; não podemos desenvolver aqui a questão.

¹⁶ Salientando a relevância dos direitos de exclusivo na justificação das exigências procedimentais jurídico-públicas, cf. VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 569, citando MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ.

¹⁷ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 143; VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 569.

2. A contratação pública no sector da energia

2.1. Considerações gerais. A distinção entre o regime da contratação pública e o regime do contrato administrativo

1. Como se sabe, o CCP procedeu a uma tarefa de codificação do Direito da actividade contratual da Administração Pública – e até de algumas entidades que não pertencem à Administração Pública tal como a delimitavam as fronteiras habituais do Direito Administrativo de matriz francesa.

Essa codificação é norteada por uma divisão – sem dúvida contestável, mas com a virtude da clareza – entre o regime da contratação pública e o regime “substantivo” dos contratos administrativos. Tal divisão, sistematicamente apoiada na distinção entre a Parte II (regime da contratação pública) e a Parte III (regime substantivo dos contratos administrativos) do Código¹⁸, baseia-se na permanência da noção de contrato administrativo (v. artigo 1º/6) como um tipo de contrato com especificidades face aos demais contratos da Administração Pública, que poderão, pois, continuar a ser designados, se não quanto ao seu procedimento de atribuição, pelo menos quanto ao seu “regime substantivo”, os “contratos *privados* da Administração”¹⁹.

O presente trabalho não é a sede adequada para questionar essa opção de fundo, de âmbito genérico, tomada pelo legislador. Limitamo-nos a anotar que a coerência interna dessa opção não nos parece sustentada; e fazemos essa nota não por razões meramente académicas mas porque retiramos daí consequências do ponto de vista do regime jurídico aplicável aos contratos.

¹⁸ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, **66**, (Novembro/Dezembro), 2007, pp. 3-16, (3-4).

¹⁹ Concluindo que com o CCP, esta última passou a tratar-se de uma figura meramente residual, em detrimento de uma tendencial *universalização* do contrato administrativo, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III - *Actividade administrativa. Contratos Públicos*, Lisboa: D. Quixote, 2008, *maxime* 39 e ss; e no mesmo exacto sentido, M. FERNANDA MAÇÃS, *A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*, in PEDRO GONÇALVES (COORD.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 371-430, (425, nota 101).

Entendemos que a opção do legislador carece de coerência interna por duas razões essenciais. De um lado, o próprio Código parece contribuir para a erosão originária da distinção que afirma com tanto vigor, ao estabelecer, na sua parte III, um elenco de contratos expressamente qualificados como administrativos, onde se incluem alguns tipos contratuais que a Doutrina e a Jurisprudência tradicionalmente integravam nos ditos “contratos privados da Administração”: os contratos de locação e aquisição de bens e serviços²⁰; os próprios índices de administratividade do contrato contidos no artigo 1º/6 são tão amplos que parecem permitir, designadamente, que a mera vontade das partes qualifique um contrato como administrativo.

Por outro lado, e de modo decisivo, não nos parece que o CCP tenha tomado consciência do movimento da chamada “publicização” do regime dos contratos ditos “privados” da Administração Pública, que se nos apresenta como irresistível²¹. Com efeito, o Código parece assumir como possível a manutenção de uma separação estrita entre a fase pré-contratual no regime de um contrato – nessa fase pré-contratual, ele estará sujeito a todas as garantias jurídico-públicas e será, com propriedade, chamado “contrato público” – e a fase da sua execução. Mas, do nosso ponto de vista, é impossível essa separação estrita: a existência de uma fase pré-contratual orientada por regras jurídico-públicas, e a celebração do contrato por uma entidade que leva a cabo tarefas jurídico-públicas, de que o contrato será acessório, exerce uma influência decisiva em todo o regime do contrato, mesmo depois da sua celebração. Não poderia ser de outra forma: a execução do contrato também está limitada pelo modo pelo qual se fez a sua atribuição, e isso quer se trate de contrato administrativo ou não. Nem sequer é preciso procurar com grande afinco na parte III do Código – supostamente dedicada ao regime dos “contratos administrativos” – para encontrar traços de regime (às vezes, secções ou capítulos inteiros) que nada têm de específico relativamente aos contratos administrativos, e que em rigor deveriam pura e simplesmente ser aplicados a todos os contratos públicos: todo o regime da execução do contrato, que versa sobre aspectos tão gerais como o dever de sigilo, adiantamentos do preço, liberação da caução²² (artigos 286º e seguintes); a fixação de um prazo máximo de cumprimento das obrigações pecuniárias pelos contraentes públicos (artigo 299º) e o regime do atraso no cumprimento dessas obrigações

²⁰ GONÇALO GUERRA TAVARES/NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos - Âmbito da sua aplicação*, Coimbra: Almedina, 2008, 92; REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo, III*, 40.

²¹ V. o que escrevemos em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007, e referências aí citadas.

²² Que é exigida para todos os contratos públicos indiferenciadamente, e não apenas para os contratos administrativos: cf. artigo 88º.

(artigo 326º); a proibição de alterações substanciais ao contrato, com efeitos anti-concorrenciais, feitas após a sua celebração (artigo 313º/2) e a obrigatoriedade da publicitação das alterações para possibilitar o controlo do cumprimento dessa vinculação (artigo 315º); todo o regime da cessão de posição contratual e subcontratação (artigos 316º e seguintes), apenas para dar alguns exemplos.

Feita esta breve nota, que não podemos aqui desenvolver, cumpre, no entanto, respeitar a opção do legislador, na medida em que ela puder ter um sentido útil; e por isso dividiremos a nossa exposição, de acordo com a sistemática do Código, numa análise dos contratos do sector da energia que passa, numa primeira fase, por recortar o âmbito de aplicação, a esses contratos, da parte II do Código, e numa segunda fase, por fazer o mesmo relativamente à parte III. Fá-lo-emos sem que isso envolva um compromisso acerca do regime jurídico substantivo aplicável aos contratos públicos que não sejam de qualificar como contratos administrativos.

2. Antecipando uma ideia essencial, que iremos desenvolver adiante, pode dizer-se que o regime de contratação dos sectores especiais consiste na combinação de um critério orgânico, relativo à entidade adjudicante, com um critério material, que olha à actividade concretamente exercida por esse operador obrigado a seguir certas vinculações específicas de contratação²³. Dizer isto, contudo, ainda não é dizer tudo: pois o critério material releva, pode dizer-se, *duplamente*: releva na delimitação das entidades adjudicantes – isto é, para se saber se uma entidade adjudicante o é, é necessário atender à actividade que ela exerce: se é ou não uma actividade de sector especial – mas releva também, ultrapassada essa primeira etapa, na delimitação daqueles que são os contratos que, de entre todos os celebrados por essa entidade adjudicante, estão sujeitos às regras de contratação transparente – isto é, para se saber se um contrato de uma entidade adjudicante está submetido a tais regras, é necessário atender à sua ligação com a actividade do sector especial exercida pela entidade adjudicante.

Com efeito, as regras de contratação dos sectores “gerais” (aqueles que, sendo abrangidos por normação comunitária, não são sectores “especiais”) são aplicáveis a toda a actividade das entidades adjudicantes, aplicando-se transversalmente. No âmbito dos sectores especiais, pelo contrário, a aplicação, em concreto, de exigências específicas de contratação depende de um “teste” que exige a especial ligação entre o contrato a celebrar e a actividade integrada no âmbito do sector especial em questão.

²³ CHARLES DEBBASCH/FRÉDÉRIC COLIN, *Droit Administratif*, 8ª ed., Paris: Economica, 2007, 457.

Dito de outro modo: se um instituto público²⁴ pretende construir um imóvel, é irrelevante saber se esse imóvel está ou não afecto, de modo particular, à prossecução das actividades de prestação de um serviço público: o contrato de construção será necessariamente um contrato de empreitada de obra pública, submetido a certas exigências no que diz respeito ao procedimento de formação. Já se uma empresa que actua num sector especial (em regime concorrencial) pretende construir um imóvel, de duas uma: ou estamos perante imóvel directa e particularmente relacionado com a actividade integrada no sector especial²⁵ em que actua a entidade contratante, e são aplicáveis específicas exigências de concorrência e transparência, ou isso não acontece, e a obra será contratada sem observância de regras especiais.

Vejamos, então, sucessivamente, quais as entidades adjudicantes do sector energético abrangidas pelo CCP e quais os contratos, de entre todos os celebrados por essas entidades adjudicantes, que estão abrangidos pela necessidade de observar os procedimentos de formação aí previstos.

2.2. Entidades adjudicantes no sector da energia

1. A comparação entre as regulações comunitárias dos sectores “gerais” e dos sectores “especiais” tem permitido afirmar duas coisas: por um lado, que o regime de contratação nos sectores especiais é mais flexível do que o do dos sectores “gerais”, do ponto de vista dos procedimentos aplicáveis e da sua tramitação²⁶; mas, por outro lado e em sentido inverso, que o âmbito subjectivo da aplicação desse regime é mais abrangente e rigoroso do que o dos sectores “gerais”²⁷.

Com efeito, por força das razões acima elencadas, os sectores especiais, desde o surgimento de um regime de contratação pública específico que lhes é aplicável, têm abrangido no seu âmbito subjectivo entidades que não correspondem ao figurino da

²⁴ Equaciona-se agora um instituto público que não actue nos sectores especiais, para simplicidade do exemplo. Ver-se-á adiante que há mais alguma coisa a dizer sobre esta questão.

²⁵ Ou *nos sectores*: nada obsta a que uma mesma entidade exerça actividades integradas em mais do que um sector especial.

²⁶ Cf. MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 165;

²⁷ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 143 e ss.; STÉPHANE BRACONNIER, *Précis du Droit des Marchés Publics*, 2^a ed., Paris: Le Moniteur, 2007, 70; VILLALBA PÉREZ, *La contratación de las sociedades*, 87 e ss.; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho Administrativo en la contratación entre privados*, 128. Na jurisprudência, recentemente, por exemplo, ac. TJUE (4^a Secção) de 10.04.2008 (*Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH*), proc. C-393/06, disponível em www.curia.eu.int.

Administração Pública tradicional – bem mais do que sucede com os sectores “gerais”. Abrangendo as mesmas entidades previstas na delimitação do âmbito subjectivo das Directivas “gerais” (hoje, consolidadas na Directiva 2004/18), a regulação sobre sectores especiais avança claramente no sentido de abranger, além dessas, entidades, de Direito público ou privado, que exercem as suas actividades expostas à concorrência do mercado.

Podemos discernir, seguindo, com algumas alterações, a linha de RUI MEDEIROS²⁸, três grandes núcleos de entidades adjudicantes abrangidas pelo regime dos sectores especiais: a Administração Pública em sentido orgânico tradicional; o sector público empresarial, abrangendo dois grupos diversos: o sector empresarial não concorrencial e o sector empresarial concorrencial; e ainda as empresas privadas de interesse colectivo, isto é, aquelas empresas que são entidades *verdadeiramente* privadas (e não o são apenas do ponto de vista da sua natureza jurídica). Desses três núcleos, tendencialmente, a regulação dos sectores tradicionais só abarca os dois primeiros, e no que diz respeito ao segundo (o sector empresarial público) exclui as empresas públicas actuando em concorrência; ao invés, os sectores especiais abarcam não só o sector empresarial público como também a última daquelas categorias, que abrange puras empresas privadas²⁹.

2. Contudo, se do ponto de vista do Direito europeu é absolutamente certo este modo de pensar (e também do ponto de vista dos Direitos de outros Estados-membros, resultantes da transposição da Directiva 2004/17), o regime do Código dos Contratos Públicos em matéria de âmbito subjectivo de aplicação do regime dos sectores especiais consagra um afastamento, até certo ponto, daquela ideia. Vejamos como.

2.1. O artigo 7º estabelece o elenco das entidades adjudicantes nos sectores especiais. Aí se diz que são entidades adjudicantes:

- a) Quaisquer pessoas colectivas não abrangidas pelo artigo 2.º, ainda que criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, com carácter industrial ou comercial, que exerçam uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e em relação às

²⁸ MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 145. V. também, por exemplo, VILLALBA PÉREZ, *La contratación de las sociedades*, 87 e ss.; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho Administrativo en la contratación entre privados*, 127 e ss..

²⁹ Num sentido bastante próximo, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Derecho Administrativo en la contratación entre privados*, 129.

quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante;

- b) Quaisquer pessoas colectivas não abrangidas pelo artigo 2.º que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito:
- i) Reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias actividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e
 - ii) Afectar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas actividades;
- c) 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 em comum de actividade nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

2.2. Um aspecto se torna desde logo manifesto com a leitura do artigo 7º/1: a sua preocupação em excluir cuidadosamente do seu âmbito *todas* as entidades do artigo 2º, ou seja, o conjunto de entidades adjudicantes dos sectores “gerais”. Com efeito, o artigo 7º/1 não tem qualquer área de sobreposição com o artigo 2º³⁰.

A exclusão, como se alcança pelo confronto do demais regime dos sectores especiais, com relevo para o artigo 12º, é totalmente voluntária, e constitui um ponto onde o regime português foi mais além, do ponto de vista da protecção da concorrência, do que o legislador comunitário lhe exigia.

Com efeito, a consequência de não se terem incluído no elenco das entidades adjudicantes dos sectores especiais constante do artigo 7º/1 as que aparecem referidas no artigo 2º, e de só se “estender” o regime dos sectores especiais aos organismos de direito público (previstos no artigo 2º/2) que actuem nestes sectores, é a de que *as entidades do*

³⁰ Excepto, evidentemente, na medida em que as entidades do artigo 7º/1/a) são necessariamente sujeitas a influência dominante de uma das entidades do artigo 2º. Mas uma coisa é ser uma entidade do artigo 2º e outra exercer influência sobre uma entidade do artigo 7º. Por isso a afirmação que se faz no texto é válida: ou se é entidade do artigo 2º ou se é entidade do artigo 7º.

artigo 2º/1, que integram a Administração Pública “tradicional”, não beneficiam, à partida, do regime de contratação mais flexível previsto para os sectores especiais, ao contrário do que é permitido pela Directiva 2004/17. Dito de outro modo: as entidades referidas no artigo 2º/1 actuam sempre, do ponto de vista da sujeição dos seus contratos à parte II, com o “seu” próprio regime, que é o de entidades adjudicantes dos sectores clássicos – e isto mesmo quando actuem nos sectores especiais e o contrato a celebrar diga directa e principalmente respeito a um ou vários desses sectores³¹.

A solução do CCP – que contrasta com a solução da Directiva 2004/17 e também com a que resultava do Decreto-Lei n.º 223/2001, anteriormente em vigor – é justificada com a asserção de que esse regime mais flexível “não deve valer quando esteja em causa uma entidade adjudicante que se integre na Administração Pública em sentido orgânico tradicional”, pois “as razões que justificam a sujeição da Administração Pública ao regime geral de contratação pública valem igualmente quando a formação do contrato respeita aos sectores especiais”³². O legislador evitou desta forma uma situação que, além de problemas ao nível dos princípios, criava um problema ao nível técnico: “a consagração de uma dualidade de regimes de contratação aplicável ao Estado, às Regiões Autónomas, às autarquias locais, aos institutos públicos, às associações públicas e a outras entidades análogas”³³.

Fica, então, claro qual o estatuto das entidades referidas no artigo 2º do CCP, quando actuem no âmbito dos sectores especiais: as do artigo 2º/1 nada beneficiam com essa actuação no âmbito dos sectores especiais, pois o regime de adjudicação dos seus contratos é exactamente igual nos sectores especiais e fora deles (é o regime aplicável aos sectores “gerais”, mais exigente, portanto); as do artigo 2º/2 (os organismos de direito público), por seu lado, mercê do artigo 12º, beneficiam desse regime, pois relativamente a tais entidades é manifesta a intenção do legislador de diferenciar o regime de contratação, consagrando um regime mais flexível do que o previsto para as entidades do artigo 2º/1; e por isso a aplicação, à actividade dos organismos de direito público que se processe nos sectores especiais, do regime mais flexível consagrado pela Directiva 2004/17 surge como natural³⁴.

³¹ GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 79; RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, **69**, (Maio/Junho), 2008, pp. 3-29, 28-29.

³² MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública*, 29.

³³ MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública*, 29.

³⁴ PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Coimbra: Almedina, 2007, 234; GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 79; MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública*, 29.

Compreendido este aspecto fundamental da delimitação do campo das entidades adjudicantes do sector da energia, podemos passar à análise das entidades que de forma positiva estão previstas, como entidades adjudicantes, no artigo 7º.

2.3. A primeira categoria de entidades adjudicantes expressamente referida é a das entidades que exerçam a sua actividade em regime de concorrência (isto é, com fins de natureza industrial ou comercial) que sejam dominadas por entidades do artigo 2º (artigo 7º/1/a)).

O conceito de influência dominante, relevante para a aplicação do artigo 7º/1/a), aparece detalhado no artigo 7º/2: considera-se que uma entidade adjudicante pode exercer influência dominante quando detiver, nomeadamente, a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito de designar, directa ou indirectamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização. Trata-se de enumeração exemplificativa de elementos que concretizam a cláusula geral de influência dominante.

2.4. No artigo 7º/1/b), ao referir-se às entidades que (não sendo abrangidas pelo artigo 2º) beneficiem de direitos especiais ou de exclusivo o legislador nacional não se limitou a recolher o Direito comunitário derivado (Directiva 2004/17), que constitui já, por sua vez, o resultado de uma casuística relevante da jurisprudência comunitária³⁵.

Com efeito, a definição de direitos especiais ou de exclusivo, tendo perdido embora o carácter um tanto rígido que resultava da Directiva 93/38 (com a sua menção aos direitos de expropriação de solos, a constituição de servidões ou à atribuição da utilização de coisas públicas – artigo 2º/3/a) da Directiva 93/38), e que foi objecto de alguma atenuação pelo TJUE, no acórdão *British Telecom*³⁶ e jurisprudência subsequente, deixou ainda por resolver uma questão que se prende com o modo de atribuição dos direitos de exclusivo³⁷.

O legislador nacional enfrentou essa omissão do legislador comunitário, e olhando à interpretação que o TJCE vinha fazendo da noção de direitos especiais ou de exclusivo, e ao conteúdo do considerando 25 da Directiva 2004/17, consagrou a regra segundo a qual a

³⁵ Com referências, GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 75 e ss; MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 143 e ss; VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 583-585.

³⁶ Ac. TJCE de 12.12.1996, proc. C-302/94.

³⁷ GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 77.

atribuição, por procedimento concorrencial, dos direitos especiais ou de exclusivo, exige a entidade beneficiária desses direitos de submeter os seus contratos à parte II do Código³⁸.

2.5. O artigo 7º/1/c) (tal como o artigo 2º/2/b) e d) a propósito dos organismos de direito público) visa prevenir a tentação de escapar à qualificação como entidade adjudicante com a utilização de esquemas de criação de múltiplas entidades e de divisão do controlo por várias entidades que em conjunto exerçam domínio sobre uma outra.

Assim, de acordo com esse preceito, são também entidades adjudicantes dos sectores especiais as entidades que agreguem exclusivamente outras entidades adjudicantes dos sectores especiais ou sejam dominadas (pelos três índices típicos: financiamento maioritário, controlo de gestão e designação de membros de órgãos sociais) por outras entidades adjudicantes dos sectores especiais.

2.6. O artigo 12º, como já se viu acima, opera a extensão da qualificação como entidade adjudicante dos sectores especiais às entidades previstas no artigo 2º/2 do Código que exerçam actividade nos sectores especiais.

Estão em causa, aqui, entidades que exercem a sua actividade ao arrepio da lógica do mercado e da livre concorrência, pois como resulta do artigo 2º/2 e 3, isso é essencial para a qualificação como organismo de direito público.

Não se desenvolverá aqui a noção de organismo de direito público, que é de âmbito geral e não apresenta especificidades na sua aplicação aos sectores especiais ou ao sector da energia em particular³⁹.

2.7. Até aqui temos analisado o artigo 7º/1 abstraindo do elemento funcional⁴⁰ que leva à aplicação do regime específico dos sectores especiais, ou pelo menos limitando-nos a

³⁸ MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública*, 29; GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 78.

³⁹ Em todo o caso, sempre se dirá: o preenchimento da noção passa pela existência de personalidade colectiva, sujeição a controlo de gestão por uma entidade do artigo 2º/1, e pela verificação do chamado “elemento teleológico”: a criação da entidade para satisfação de fins de interesse geral *sem* carácter industrial ou comercial, ou seja, ao arrepio da lógica do mercado e da livre concorrência. Sobre a noção, que gerou uma bibliografia hoje praticamente inabarcável, veja-se, por exemplo, a exposição que fizemos em ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 276 e ss., e igualmente JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, vol. I*, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, 633 e ss., passim; ESTORNINHO, *Direito Europeu...* 72 e ss; GONÇALVES, *Regime Jurídico...* 220 e ss; MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública*, ; CLÁUDIA VIANA, *Contratação pública e empresas públicas: direito nacional e direito comunitário, Cadernos de Justiça Administrativa*, (52), 2005, 8-32, passim; VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*,

uma referência incidental e superficial. Esse elemento é constituído pela actividade desempenhada pelas entidades abrangidas.

Com efeito, quer por força do artigo 7º quer no âmbito da extensão operada pelo artigo 12º, só é entidade adjudicante de sectores especiais a entidade que, cumulativamente (i) exerça uma das actividades previstas no artigo 9º do CCP, e (ii) não exerça uma das actividades previstas no artigo 10º do mesmo Código.

2.7.1. Assim, no que releva especificamente para o sector da energia, são actividades relevantes no âmbito dos sectores especiais as seguintes:

- a) 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 electricidade, gás ou combustível para aquecimento [artigo 9º/1/a)];
- b) As relativas à exploração de uma área geográfica com a finalidade de prospectar ou proceder à extracção de petróleo, gás, carvão ou outros combustíveis sólidos [artigo 9º/1/b/i)].

Acolhendo uma classificação proposta pela Doutrina⁴¹, dir-se-á que as actividades referidas no artigo 9º/1/a) correspondem a “actividades de rede”, que permitem a disponibilização ao público de determinados bens ou serviços essenciais à vida em sociedade tal como ela é concebida actualmente; neste caso, a disponibilização de energia para os mais variados fins. Por seu turno, as referidas no artigo 9º/1/b/i) correspondem à afectação de uma dada área geográfica a título de utilização privativa (isto é, por meio de concessão ou mecanismo equiparado), destinada à prospecção ou extracção de combustíveis sólidos.

2.7.2. A delimitação precisa do âmbito das actividades relevantes do sector da energia só fica, contudo, completa se à delimitação positiva dessas actividades, constante do artigo 9º, se acrescentar a delimitação negativa resultante do artigo 10º, que excepçiona algumas das actividades que de outra forma entrariam na previsão do artigo 9º/1/a).

⁴⁰ Cf. VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 585; MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 147.

⁴¹ VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 585; já no mesmo sentido, MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 147.

Assim, nos termos do artigo 10º, exceptuam-se do disposto no artigo 9º/1/a) as seguintes actividades:

- a) A actividade de alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte ou distribuição de electricidade, quando (i) a produção de electricidade pela entidade adjudicante seja necessária ao exercício de uma actividade diferente das referidas no artigo 9º; e (requisitos cumulativos) (ii) a alimentação daquela rede dependa apenas do consumo próprio da entidade adjudicante e não tenha excedido 30% da produção total de electricidade dessa entidade, consoante o caso, tomando por referência a média dos três últimos anos, incluindo o ano em curso (artigo 10º/1).

- b) A actividade de alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte ou distribuição de gás ou de combustível para aquecimento quando: (i) a produção de gás ou de combustível para aquecimento pela entidade adjudicante seja a consequência inevitável do exercício de uma actividade diferente das referidas no artigo 9º; e (requisitos cumulativos) (ii) a alimentação daquela rede se destine apenas a explorar de maneira mais económica a produção de gás ou de combustível para aquecimento e não represente mais de 20% do volume de negócios da entidade adjudicante, tomando por referência a média dos três últimos anos, incluindo o ano em curso (artigo 10º/2).

As entidades que exerçam (apenas) as actividades dos sectores especiais (e no que aqui releva, do sector da energia) previstas no artigo 10º/1 e 2, nos limites aí previstos, não são, pois, consideradas, entidades adjudicantes para os efeitos da aplicação do regime dos sectores especiais. Compreende-se a exclusão: os casos referidos são casos onde a actividade dos sectores especiais é residual e acessória face ao contexto global da actividade da entidade em questão (porque é de reduzida expressão ou porque a realização dessa actividade potencialmente integrada nos sectores especiais é, no fundo, um *subproduto* de uma outra actividade, essa sim a principal e a que interessa à entidade em questão).

A não inclusão destas entidades no universo das entidades adjudicantes dos sectores especiais pode significar consequências diferentes. Se se tratar de entidades potencialmente abrangidas pela extensão do artigo 12º, mas cujas actividades fiquem por via do artigo 10º exceptuadas, tais entidades permanecem submetidas ao regime dos sectores “gerais” que é

de outro modo aplicável às entidades do artigo 2º/2; pelo contrário, se se trata de entidades potencialmente integrantes do artigo 7º/1, mas as suas actividades forem excepcionadas por este artigo 10º, não ficam sujeitas a quaisquer regras particulares de formação de contratos.

2.3. Contratos das entidades adjudicantes do sector da energia abrangidos pelo regime de contratação pública da parte II do CCP

1. A primeira condição para a sujeição de um contrato celebrado por uma entidade adjudicante à parte II do CCP é (como já se referiu incidentalmente) o facto de o mesmo contrato dizer “directa e principalmente respeito a uma ou a várias das actividades por ela exercidas” nos sectores especiais – artigo 11º/1/a) do CCP (e no que aqui nos interessa, às actividades relevantes do sector da energia; cf. acima a análise dos artigos 9º e 10º).

Torna-se por isso necessário aferir, do ponto de vista fáctico, se o contrato a celebrar tem o seu centro num objecto que sirva directamente ao desempenho da missão da entidade nos sectores especiais⁴². Se assim for, há aplicação do regime específico dos sectores especiais. A impossibilidade de determinar se o contrato diz ou não respeito de forma directa e principal a uma actividade de sector especial implica que, como se verá adiante, um aspecto importante do regime dos sectores especiais (a liberdade de escolha do procedimento) não seja aplicável a esse contrato.

A celebração, por estas entidades adjudicantes, de contratos que não digam directa e principalmente respeito aos sectores especiais implica, evidentemente, uma possibilidade: a de as entidades adjudicantes, de forma dolosa (porque o seu não preenchimento, para as entidades adjudicantes dos sectores especiais em regime concorrencial, implica a não sujeição a qualquer disciplina específica de formação do contrato) ou negligente, se equivocarem no preenchimento deste pressuposto.

Por essa razão, o Direito comunitário prevê um mecanismo que permite à Comissão Europeia obter informações sobre os contratos celebrados fora do âmbito dos sectores

⁴² Se um operador de energia adquirir cabos de cobre para condução de electricidade, ou painéis fotovoltaicos para produção de energia, ou celebrar um contrato de instalação de uma infra-estrutura de aproveitamento da energia das ondas, esses contratos dizem respeito, directa e principalmente, à actividade dos sectores especiais; se quiser equipar as salas de reuniões ou atribuir a uma empresa a actividade de segurança privada do seu edifício-sede, já isso parece não acontecer. V. também os exemplos de MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 147, a propósito de outros sectores.

especiais; esse mecanismo foi transposto para o Direito interno pelo artigo 15º/2, parte final, do CCP.

2. Para além do requisito referido na alínea a) do artigo 11º/1, de entre todos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes dos sectores especiais que digam directa e principalmente respeito a esses sectores, só os contratos que se incluam nos tipos contratuais referidos no artigo 11º/1/b) – concessão de obras, concessão de serviços, empreitada de obras públicas, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços – estão sujeitos à parte II do Código.

2.1. Essa sujeição ocorre, em relação aos contratos de concessão de obras e de serviços, para qualquer que seja o valor do contrato⁴³.

Confrontando o disposto no CCP com a Directiva 2004/17, conclui-se que a própria sujeição destes contratos à parte II é uma opção do legislador nacional, que a isso não era obrigado pelo Direito europeu⁴⁴. Considerou-se, no entanto – e a nosso ver, bem – que a concessão de obras públicas e de serviços públicos, seja ou não no âmbito dos sectores especiais, atribui uma muito significativa vantagem a um determinado agente económico, vantagem essa que se justifica fazer passar pelo crivo da concorrência. Ao tomar esta opção, o legislador nacional também demonstra compreender o sentido da evolução do Direito comunitário, quer a nível jurisprudencial, onde o TJUE vem construindo uma conhecida jurisprudência no sentido da aplicação dos princípios gerais de Direito comunitário à adjudicação de concessões, quer a nível legislativo, onde se antecipa, a breve trecho, uma intervenção sobre a matéria.

2.2. Já no que diz respeito aos contratos de empreitada, locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços, só os contratos que ultrapassem certos valores estão sujeitos à aplicação da parte II. O esquema é o seguinte:

- a) Contratos de empreitada de obras públicas: valor igual ou superior a 5.150.000€ (artigo 11º/1/b)/i), com referência ao artigo 16º/b) da Directiva 2004/17);

⁴³ GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 72-73.

⁴⁴ GONÇALVES, *Regime Jurídico...* 235; GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 73, nota 126. Justificando a extensão como resposta (baseada no princípio de uma regulação *amiga da concorrência*) do legislador nacional à incompletude estrutural das Directivas 2004/17, cf. MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública*, (4 e ss.).

- b) Contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de serviços: valor igual ou superior a 412.000€ (artigo 11º/1/b)/iv e v), com referência ao artigo 16º/b) da Directiva 2004/17).

Existem, contudo, duas excepções à regra segundo a qual os contratos de bens e serviços só estão submetidos à concorrência a partir do valor de 412.000€: são os contratos de aquisição de serviços de carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal, e os contratos de aquisição, desenvolvimento, produção ou co-produção de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão – artigo 11º/2.

2.4. Contratos das entidades adjudicantes do sector da energia excepcionados do regime de contratação pública da parte II do CCP

1. O artigo 13º do CCP elenca um conjunto de contratos dos sectores especiais que não são abrangidos pela parte II, ainda que o fossem pela aplicação de todos os critérios até agora analisados.

Assim, a parte II do Código não é aplicável à formação dos seguintes contratos (artigo 13º):

- a) A executar num país terceiro, desde que tal execução não implique a exploração física de uma rede pública ou de uma área geográfica no interior do território da União Europeia;
- b) A celebrar por uma entidade adjudicante cuja actividade esteja directamente exposta à concorrência em mercado de acesso não limitado, desde que tal seja reconhecido pela Comissão Europeia, a pedido do Estado Português, da entidade adjudicante em causa ou por iniciativa da própria Comissão Europeia, nos termos do disposto no artigo 30.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março;
- c) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pelas alíneas *a)* ou *b)* do n.º 2 do artigo 2.º e uma empresa sua associada ou uma entidade abrangida pela alínea *d)* do mesmo número, da qual aquela entidade adjudicante faça parte;

- d) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pela alínea *d)* do n.º 2 do artigo 2.º e uma entidade abrangida pelas alíneas *a)* ou *b)* do mesmo número ou uma empresa associada a esta última;
- e) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pelas alíneas *a)* ou *b)* do n.º 1 do artigo 7.º e uma empresa sua associada ou uma entidade abrangida pela alínea *c)* do mesmo número, da qual aquela entidade adjudicante faça parte;
- f) A celebrar entre uma entidade adjudicante abrangida pela alínea *c)* do n.º 1 do artigo 7.º e uma entidade abrangida pelas alíneas *a)* ou *b)* do mesmo número ou uma empresa associada a esta última.

1.1. As excepções das alíneas *a)* e *b)* do artigo 13º/1 são auto-explicativas. Sublinhe-se que a celebração de contratos ao abrigo da primeira daquelas alíneas pode ser objecto de pedido de informação pela Comissão Europeia (artigo 15º/2).

1.2. As excepções das restantes alíneas são, de um modo ou de outro, reconduzíveis a um mesmo princípio: o da exclusão do âmbito da concorrência daquelas situações que envolvem, no fundo, uma contratação interna (*in-house*).

Os n.ºs 2 a 4 do artigo 13º e o artigo 14º, transpondo o Direito comunitário na matéria, detalham em que termos uma relação privilegiada entre duas ou mais entidades pode enquadrar-se no âmbito das excepções.

Assim, para os efeitos do disposto nas alíneas *c)* e *e)* do n.º 1, as entidades referidas na alínea *c)* do n.º 2 do artigo 2.º ou na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 7.º devem ter sido criadas para desenvolver a sua actividade no sector da água, da energia, dos transportes ou dos serviços postais durante um período mínimo de três anos e os instrumentos jurídicos que as constituem devem estabelecer que as entidades que dela fazem parte as integrem durante, pelo menos, o mesmo período (artigo 13º/2); e o disposto nas alíneas *c)* a *f)* do n.º 1 só é aplicável desde que, pelo menos, 80% da média do volume de negócios da empresa associada nos últimos três anos, em matéria de obras, de bens móveis ou de serviços, consoante o caso, provenha da realização dessas obras, do fornecimento desses bens ou da prestação desses serviços à entidade à qual aquela se encontra associada ou, caso a empresa associada esteja constituída há menos de três anos, desde que esta demonstre, nomeadamente por recurso a projecções da sua actividade, que o respectivo volume de negócios é credível (artigo 13º/3). O n.º 4 do artigo 13º, por seu turno, regula as situações de pluralidade de empresas associadas: quando as obras, os bens móveis ou os serviços sejam, respectivamente, realizadas, fornecidos ou prestados à entidade adjudicante por mais do que uma empresa associada, a percentagem

referida no número anterior é calculada tendo em conta o volume total de negócios, em matéria de obras, de bens móveis ou de serviços, de todas as empresas associadas.

O artigo 14º do CCP, finalmente, detalha o conceito de empresa associada, relevante para a concretização das normas do artigo 13º/1. São duas as vias que podem levar à qualificação de uma empresa como associada. Uma primeira via é a de a pessoa colectiva em causa ter as suas contas anuais consolidadas com as da entidade adjudicante, nos termos do disposto na Sétima Directiva n.º 83/349/CEE, do Conselho, de 13 de Junho (artigo 14º, corpo). Caso isso não suceda, a empresa poderá ainda ser considerada empresa associada desde que integre alguma das situações (não cumulativas) previstas nas alíneas do artigo 14º:

- a) Qualquer pessoa colectiva sobre a qual a entidade adjudicante possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em virtude, nomeadamente, de deter a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito de designar, directa ou indirectamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, direcção ou fiscalização (“empresa-filha” face à entidade adjudicante);
- b) Qualquer pessoa colectiva que possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante sobre a entidade adjudicante, em virtude de qualquer uma das situações referidas na alínea anterior (“empresa-mãe” face à entidade adjudicante);
- c) Qualquer pessoa colectiva que, conjuntamente com a entidade adjudicante, esteja sujeita, directa ou indirectamente, à influência dominante de uma terceira entidade, em virtude de qualquer uma das situações referidas na alínea a) (“empresa-filha” face à entidade adjudicante e a uma terceira entidade, em conjunto).

A particularidade do regime, a complexidade dos seus pressupostos e a susceptibilidade da sua rápida alteração (uma empresa deixar de estar submetida a influência dominante, ou deixar de exercer pelo menos 80% da sua actividade a favor da entidade adjudicante) levaram à instituição de um mecanismo de informação, às instituições comunitárias, da existência de relações de associação que dêem origem à aplicação das alíneas c) a f) do artigo 13º/1.

Esse sistema encontra-se previsto no artigo 15º, que permite à Comissão Europeia solicitar (não se trata, portanto, de um mecanismo de aviso automático) as informações sobre as entidades associadas e os contratos por si celebrados, bem como outras informações

consideradas necessárias para a Comissão aferir do cumprimento efectivo do artigo 13º/1/c) a f).

2.5. Escolha do procedimento de formação

1. Merece o consenso da Doutrina a afirmação segundo a qual o regime de contratação consagrado para os sectores especiais é tendencialmente mais flexível do que o regime dos demais sectores⁴⁵.

A afirmação deve-se, em grande medida, não só aos limiares de aplicação de procedimentos concorrenciais (tradicionalmente mais elevados do que para os demais sectores)⁴⁶, mas também à atribuição, às entidades adjudicantes, de maior liberdade de escolha do procedimento de formação dos seus contratos.

Com efeito, o artigo 33º do CCP⁴⁷, na linha do disposto na Directiva 2004/17, vem admitir uma genérica liberdade de opção entre três tipos de procedimentos de formação: concurso público, concurso limitado por prévia qualificação e procedimento de negociação. A diferença essencial está na abertura à negociação: as entidades adjudicantes dos sectores especiais podem sempre utilizar este procedimento, cujo traço essencial é a não sujeição ao princípio da estabilidade ou intangibilidade das propostas, princípio que norteia (com excepções) os outros dois procedimentos: concurso público e concurso limitado por prévia qualificação.

2. Os n.ºs 3 e 4 do artigo 33º resolvem ambos a mesma questão essencial; mas resolvem-na de forma curiosa, porque difere consoante o tipo de entidade adjudicante em relação à qual essa questão se coloca.

A questão a resolver é esta: a de saber se quando um contrato não disser apenas respeito a uma ou várias das actividades dos sectores especiais (no que aqui nos interessa, o sector da energia), mas não seja possível determinar se diz *principalmente* respeito a essa ou essas actividades, será ou não aplicável a regra da liberdade de escolha do procedimento, específica dos sectores especiais.

⁴⁵ BRACONNIER, *Précis...* 310.

⁴⁶ Assim, BRACONNIER, *Précis...* 311.

⁴⁷ Integrado na secção que o Código dedica à escolha do procedimento em função de outros critérios (que não o critério do valor do contrato).

A essa pergunta o legislador nacional deu duas respostas diferentes, que variam consoante o tipo de entidade adjudicante, como se disse.

Assim, se a dúvida se colocar num contrato a celebrar por uma entidade adjudicante prevista no artigo 7º/1 (ou seja: empresas públicas em regime concorrencial, empresas privadas com direitos de exclusivo ou entidades que as agrupem ou sejam por elas dominadas), a regra da liberdade de escolha aplica-se sempre (artigo 33º/3). Compreende-se a solução: na dúvida, aplica-se sempre a regra da liberdade de escolha porque nestes casos assegura-se o cumprimento da Directiva 2004/17.

Já, contudo, se a mesma dúvida se colocar num contrato a celebrar por uma entidade do artigo 2º/2 que actue nos sectores especiais, e porque a regra da liberdade de escolha poderia não assegurar o cumprimento da Directiva 2004/18 (ao abrigo da qual tal liberdade não existe), o legislador nacional foi cauteloso, e escolheu o caminho que permite sempre cumprir o regime mais exigente a que estão submetidas as entidades do artigo 2º/2: o regime da Directiva 2004/18. Por isso, na dúvida, não se aplica a regra de liberdade de escolha – aplicam-se, pelo contrário, os critérios de escolha do procedimento que são em geral aplicáveis para os contratos a celebrar pelos organismos de direito público previstos no artigo 2º/2.

Repare-se como desta forma o legislador nacional foi particularmente cuidadoso, garantindo, desta forma, a conformidade com o Direito Europeu, que poderia sair prejudicada se a liberdade de opção do procedimento fosse estendida para lá daquilo que é admitido pelo regime da Directiva 2004/17/CE. Aliás, nessa linha, sublinha-se um recente e importante aresto do TJUE, no qual se afirmou com clareza que, na medida em que a Directiva 2004/17 é a que contém um regime especial, por oposição ao regime geral da Directiva 2004/18, as disposições daquela (*maxime*, no que diz respeito aos seus pressupostos de aplicação), devem ser interpretadas de forma restritiva, o que significa, designadamente, a inadmissibilidade da chamada teoria do contágio⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. TJUE (4ª Secção), de 10.04.2008 (*Fernwärme c. Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH*), C-393/06 (sobretudo n.ºs 27 e ss.). De acordo com a teoria do contágio, uma entidade que fosse simultaneamente abrangida pelos âmbitos de aplicação das Directivas 2004/17 e 2004/18, mas onde fosse dominante a actividade relativa aos sectores especiais, poderia levar a cabo os seus procedimentos de acordo com o regime da Directiva 2004/17. O TJUE, neste aresto, afasta inequivocamente essa tese, afirmando que será aplicável a Directiva respectiva, consoante a actividade a que o contrato diga respeito – ou seja, consagrando a solução que o CCP consagra para os organismos de direito público (mas não para as entidades do artigo 2º/1, onde, como se viu, o CCP é mais exigente do que o legislador comunitário).

3. Para além da possibilidade-regra de optar por qualquer um dos três procedimentos de formação acima referidos, às entidades adjudicantes dos sectores especiais abre-se ainda a utilização dos fundamentos materiais de recurso ao ajuste directo: artigo 24º, para os fundamentos transversais, aplicáveis a contratos de qualquer tipo; artigo 25º, para empreitadas; artigo 26º, para a locação ou aquisição de bens móveis; artigo 27º, para a aquisição de serviços; e finalmente, artigo 31º/3, para a celebração de contratos de concessão de serviço público (v. a ressalva do artigo 33º/1).

Com efeito, a liberdade de escolha do procedimento, da forma ampla consagrada no artigo 33º/1, não poderia abranger o procedimento de ajuste directo, pois a Directiva 2004/17 a isso se oporia frontalmente.

Pode assim fazer-se a afirmação de princípio segundo a qual a utilização do ajuste directo nos sectores especiais merece o mesmo enquadramento que nos demais sectores⁴⁹; no entanto, o CCP consagra ligeiras diferenças, que cumpre elencar brevemente:

- Artigo 24º/4: exclui-se o recurso ao ajuste directo para as entidades do artigo 7º/1 quando a exclusão das propostas tenha ocorrido pelos motivos previstos no artigo 70º/2;
- Artigos 24º/5 e 25º/2: admite-se o recurso ao ajuste directo pelas entidades do artigo 7º/1 também quando o anterior procedimento seja um procedimento de negociação e não apenas um concurso público ou limitado (o que corresponde a uma aplicação do princípio da liberdade de escolha entre esses três procedimentos: artigo 33º/1);
- Artigo 26º/1/f): as entidades adjudicantes que exerçam actividade de colocação à disposição, exploração ou alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de electricidade, gás ou combustível para aquecimento podem adquirir energia por ajuste directo;
- Artigo 26º/2: previsão de dois fundamentos específicos de ajuste directo para as entidades dos sectores especiais: revenda de bens numa lógica de concorrência perfeita e bens em “saldo” (de forma mais ampla do que no artigo 26º/1/d), pois nesta só pode ser utilizado o ajuste em casos de insolvência do vendedor).

⁴⁹ BRACONNIER, *Précis...* 311.

4. A liberdade de escolha do procedimento também não abrange o procedimento de diálogo concorrencial (artigo 33º/2), que em caso algum tem lugar nos sectores especiais⁵⁰.

5. Outras figuras gerais, contudo, estão abertas à utilização pelas entidades adjudicantes dos sectores especiais: salientem-se os sistemas de aquisição dinâmicos e os acordos quadro⁵¹.

2.6. Especificidades dos procedimentos de formação de contratos públicos no sector da energia

2.6.1. Regras de publicidade

Os procedimentos de formação de contratos públicos por entidades adjudicantes no sector da energia apresentam diversas especificidades do ponto de vista das regras de publicidade. Entendemos estas últimas, para este efeito, como aquelas regram que regem os modos de exteriorização da intenção de concluir um ou mais contratos públicos ou que dão conta da própria conclusão desses contratos.

Analisaremos sucessivamente os anúncios periódicos indicativos, que são publicados antes da tramitação dos procedimentos concretos que constituem a sua implementação; os anúncios de procedimentos com função de chamada de propostas ou candidaturas; e por último os anúncios que dão conta ao mercado da adjudicação de contratos públicos ou da selecção de fornecedores.

2.6.1.1. Anúncios periódicos indicativos

1. Transpondo o Direito europeu, o CCP consagra a publicação de anúncios periódicos indicativos no caso de os valores agregados dos contratos excederem certos limiares (artigo

⁵⁰ BRACONNIER, *Précis...* 311. Sobre o âmbito de aplicação do diálogo concorrencial ao nível do Direito Europeu, v. STEEN TREUMER, *The Field of Application of Competitive Dialogue, Public Procurement Law Review*, (6), 2006, 307-315, passim.

⁵¹ BRACONNIER, *Précis...* 311.

35º). O anúncio periódico indicativo corresponde à figura que nos demais sectores assume a designação de anúncio de pré-informação (artigo 34º).

Do artigo 35º/1 do CCP parece resultar que a publicação se trata de um *dever* e não de uma *faculdade*: estimando-se, de acordo com os métodos de cálculo aplicáveis (para os quais remete o artigo 35º/2) que as aquisições excederão os limiares em causa ao longo do ano económico que se inicia, deve proceder-se à publicação⁵².

Contudo, o artigo 41º/1, par. 5º, da Directiva 2004/17, estabelece, diversamente, que a publicação destes anúncios “só é obrigatória quando as entidades adjudicantes recorrerem à possibilidade de reduzir os prazos de recepção das propostas”. Em outros ordenamentos jurídicos acolhe-se claramente a indicação do legislador comunitário, no sentido de que se trata de uma faculdade⁵³. Essa parece-nos igualmente a melhor interpretação, embora, repita-se, com dúvidas, tendo em conta a formulação utilizada pelo CCP.

2. Os anúncios periódicos indicativos não são, em regra, anúncios de chamada imediata de propostas e de candidaturas para um procedimento, mas avisos globais ao mercado, para este poder contar com a posterior abertura, ao longo do ano económico, pela entidade adjudicante que publica o anúncio, dos procedimentos concretos.

Cumprem por isso uma função de colaboração com o mercado, que, como se verá, também tem a sua contrapartida, na maior rapidez com que depois, mais adiante, se pedirá ao mercado que apresente propostas e candidaturas – a lógica subjacente: quem está avisado para a sujeição à concorrência de um certo volume previsto de bens, serviços ou empreitadas a contratar não demora tanto tempo a preparar uma proposta ou uma candidatura como se não estivesse avisado.

As entidades adjudicantes do sector energético devem publicar anúncio periódico indicativo, que segue o modelo constante do anexo IV ao Regulamento (CE) n.º 1564/2005, da Comissão, de 7 de Setembro, quando os contratos ou acordos quadro a celebrar digam directa e principalmente respeito a esse sector e o preço contratual estimado de todos⁵⁴ os contratos a celebrar durante os 12 meses seguintes seja de valor igual ou superior aos seguintes (cfr. artigos 35º/1 e 34º/1 do CCP e Portaria n.º 701-C/2008, de 29 de Julho, que publicitou os limiares comunitários aplicáveis):

⁵² O artigo 35º/1 dispõe claramente: “estas [as entidades adjudicantes] *devem* enviar para publicação...” (itálico nosso).

⁵³ Cf. BRACONNIER, *Précis...* 312.

⁵⁴ Sem prejuízo do que se dirá adiante sobre o caso das empreitadas.

- a) No caso de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços: 750.000€;
- b) No caso de contratos de empreitada de obras públicas: 5.150.000€.

3. O artigo 34º/1/b) do CCP, que o Código manda aplicar também aos anúncios periódicos indicativos (artigo 35º/1), coloca um problema de interpretação, por confronto com o que resulta da Directiva 2004/17.

Com efeito, do artigo 41º/1/a), b) e c) da Directiva 2004/17⁵⁵ resulta que o legislador comunitário quis distinguir: no caso dos bens e serviços, os valores a considerar são os valores de todos os bens e serviços de uma determinada categoria. Não assim, contudo, no caso das empreitadas, onde o sistema gizado é outro: o legislador comunitário só exige que constem do anúncio periódico indicativo as empreitadas (melhor, as *características essenciais* das empreitadas) que *individualmente*, por si, tenham valor superior a 5.150.000€, mas exige que constem *todas* as que ascendam a esse valor nos 12 meses subsequentes. Isto porque o legislador comunitário, a propósito dos bens e serviços, refere-se ao valor *total* (isto é, agregado) de todos os contratos, mas no que diz respeito às empreitadas, refere-se apenas às características dos contratos ou acordos quadro cujo valor estimado (note-se a omissão da palavra *total*) seja igual ou superior ao limiar.

Pelo contrário, o legislador português – não se compreendendo se este foi mais um ponto onde se procurou acautelar a transparência ainda mais do que o legislador comunitário o fez, ou se se trata de incorrecta transposição – refere-se, no artigo 34º/1/b), ao preço contratual estimado de todos os contratos de empreitada a celebrar.

Não se trata de dúvida isenta de consequências práticas. Equacionem-se dois planos de investimento em empreitadas diversos, o Plano A e o Plano B, ambos anuais:

Plano “A”:

- Empreitada X, 5.000.000€;
- Empreitada Y, 1.000.000€;
- Empreitada Z, 2.000.000€.

Plano “B”:

- Empreitada X, 6.000.000€;
- Empreitada Y, 5.500.000€;

⁵⁵ E também do artigo 35º/1 da Directiva 2004/18, aqui não aplicável, mas que reforça a interpretação a que se chega.

- Empreitada Z, 2.000.000€.

No Plano “A”, se adoptarmos a perspectiva do CCP, a entidade adjudicante deverá publicar anúncio periódico indicativo, onde indicará todas as empreitadas a realizar; se adoptarmos a perspectiva da Directiva, não está obrigada a publicar qualquer anúncio periódico indicativo, porque nenhuma das empreitadas ascende ao limiar dos 5.150.000€.

Mas também no Plano “B” existirão diferenças: de acordo com a regra do artigo 34º/1/b) do CCP, mais uma vez haverá anúncio periódico indicativo, que incluirá todas as empreitadas; de acordo com a Directiva, haverá também anúncio periódico indicativo, mas restrito à publicidade das empreitadas X e Y, porque nos 12 meses em questão apenas essas são de valor igual ou superior ao limiar.

Pensamos que o legislador português não quis, neste ponto, ser mais exigente com as entidades adjudicantes do que o foi o legislador comunitário. Mais: se acolhêssemos a perspectiva nacional, isso teria um efeito secundário, desconforme com o Direito comunitário, que seria o de permitir a redução de prazos de apresentação de propostas fora dos casos previstos na Directiva (v. *infra* os casos de redução de prazos); por isso preconizamos uma interpretação do artigo 34º/1/b) conforme com a redacção da Directiva, nos termos acima expostos⁵⁶.

4. Os anúncios periódicos indicativos correspondem a uma tentativa de incentivar o planeamento das despesas das entidades adjudicantes. A ausência de um tal planeamento é uma falha crónica dos compradores públicos e um dos principais factores associados ao fraccionamento artificial das despesas com o objectivo de evitar a sujeição às regras de concorrência – muitas vezes o fraccionamento surge como uma via extrema de resposta à desorganização que leva os serviços a só pensarem na próxima aquisição, quando em rigor seria perfeitamente realizável uma estimativa (e consequentemente uma aquisição) para todo o ano económico em curso (ou até para período superior)⁵⁷.

5. O incentivo à publicação dos anúncios periódicos indicativos é premial, e não sancionatório. Como resulta até do que se disse acima sobre a questão de saber se estamos perante um dever de publicar estes anúncios, não existe uma consequência negativa, do ponto

⁵⁶ De todo o modo, o problema resolve-se por si, por um motivo bem pouco jurídico e bastante prosaico: os anúncios periódicos indicativos são enviados ao serviço de publicações do Jornal Oficial da União Europeia, que faz a respectiva triagem – só publicando, evidentemente, os que sejam exigíveis de acordo com o Direito europeu. Assim tem acontecido.

⁵⁷ Sublinhando o ponto, FLORIAN LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, 4ª ed., Paris: Dalloz, 2006, 88.

de vista dos procedimentos de formação dos contratos a iniciar naquele ano económico, em caso de não publicação destes anúncios⁵⁸; mas existe, pelo contrário, uma consequência positiva no caso de serem publicados, que consiste na redução dos prazos de apresentação de candidaturas e de propostas nos procedimentos de formação concretos, que vão sendo iniciados ao longo do ano económico abrangido pelo anúncio (desde que, evidentemente, se situem dentro do âmbito das estimativas de valor anunciadas nesse anúncio).

5.1. Assim, nos termos do artigo 136º/2, quando tenha havido publicação de anúncio periódico indicativo previsto no artigo 35.º, e desde que o mesmo contemple as prestações objecto do contrato a celebrar, o prazo mínimo para apresentação de propostas em concurso público com publicidade no JOUE é de 36 dias, podendo ser ainda reduzido para 22 dias desde que:

- a) Tenha sido enviado para publicação com uma antecedência mínima de 52 dias e máxima de 12 meses em relação à data do envio do anúncio previsto no artigo 136º/1; e
- b) Tenha incluído todas as informações, disponíveis à data da sua publicação, exigidas pelo anexo V do Regulamento (CE) n.º 1564/2005, da Comissão, de 7 de Setembro.

5.2. Também no âmbito do concurso limitado por prévia qualificação existem reduções de formalidades na sequência da publicação destes anúncios.

Nos termos do artigo 167º/3, quando tenha havido publicação de anúncio periódico indicativo previsto no artigo 35.º, não há lugar à publicação do anúncio previsto no artigo 167º/2 nem do anúncio previsto no artigo 131º/3, se o anúncio periódico indicativo indicar expressamente:

- a) As prestações objecto do contrato a celebrar;

⁵⁸ Embora de forma pouco conclusiva, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Coimbra: Almedina, 2008, comentário 2 ao artigo 34º, parece entender que a preterição de formalidades relativas a publicidade leva à “nulidade do procedimento”. Não nos parece que assim seja. Se uma entidade adjudicante não publicou um anúncio periódico indicativo quando o devia ter feito, mas ao iniciar o(s) procedimento(s) para a contratação concreta dos bens, serviços ou empreitadas, publicou os devidos anúncios de apelo à entrega de propostas e candidaturas, cumprindo com os prazos de entrega de propostas (mais longos) aplicáveis para as situações em que não existiu previamente anúncio periódico indicativo, não existe qualquer invalidade com reflexos no(s) procedimento(s) de formação (quando muito, mera irregularidade, não invalidante, se se entender que a publicação desses anúncios é um dever em sentido próprio); é essa a lógica do artigo 41º/1, par. 5º, da Directiva 2004/17.

- b) O concurso limitado por prévia qualificação como o procedimento a adoptar para a formação do contrato a celebrar; e
- c) Um prazo, que não pode ser superior a 11 meses a contar da data da publicação do anúncio periódico indicativo, para os interessados manifestarem à entidade adjudicante o seu interesse em participar no concurso.

Neste caso, o anúncio do concurso limitado é substituído por um convite (artigo 167º/4, 5 e 6) se a entidade adjudicante, na sequência do anúncio periódico indicativo, for abordada por interessados em participar no concurso limitado. Se assim for (se houver essa abordagem espontânea), e de acordo com o artigo 174º/2, quando tenha sido publicado o anúncio periódico indicativo com as indicações referidas no artigo 167º/3, o prazo para a apresentação das candidaturas não pode ser inferior a 37 dias a contar da data do envio do convite previsto no artigo 167º/5.

5.3. Note-se ainda que as regras que acabamos de analisar, previstas a propósito do concurso limitado, são igualmente aplicáveis em sede de procedimento de negociação (cf. artigo 198º/3), o qual, como se sabe, é em grande medida regulado pelas regras aplicáveis àquele tipo de procedimento (cf. artigo 193º).

2.6.1.2. Anúncios de procedimentos de formação de contratos

1. O modelo de anúncio de concurso público a utilizar para a publicitação no JOUE de contratos no âmbito dos sectores especiais é diverso: cf. artigo 131º/3. Por força do disposto nos artigos 167º/2 e 197º/2, essa regra é aplicável igualmente em sede de concurso limitado e procedimento de negociação.

2. No âmbito de concurso público iniciado por entidades adjudicantes previstas no artigo 7º/1 do CCP para a formação de contratos de concessão de obras públicas que digam directa e principalmente respeito a actividades dos sectores especiais, não há publicação de anúncio no JOUE (artigo 131º/8/a)), ao contrário do que sucede nos demais sectores.

3. No âmbito do concurso de concepção desencadeado por entidade adjudicante dos sectores especiais, o limiar de valor a partir do qual é necessária a publicação de anúncio no JOUE é superior face ao dos demais sectores: vigora o limiar dos 412.000€ (artigo 225º/2/c))⁵⁹.

2.6.1.3. Anúncios de adjudicação

1. Em alguns procedimentos de formação de contratos públicos, após a adjudicação tem lugar a publicação dos chamados anúncios de adjudicação, que ocorre no JOUE, de acordo com o modelo constante do anexo III ou do anexo VI ao Regulamento (CE) n.º 1564/2005, da Comissão, de 7 de Setembro.

São essencialmente dois tipos de casos: os contratos, de qualquer tipo, onde o procedimento de formação tenha sido publicitado, inicialmente, no JOUE (artigo 78º/1); e os contratos de empreitada, locação e aquisição de bens e aquisição de serviços onde tenha sido utilizado o procedimento de ajuste directo justificado ao abrigo de fundamentos materiais (78º/2)⁶⁰ – pois são só esses os fundamentos de escolha mencionados neste preceito: artigos 24º/1/a) a c) e e); 25º/1/a) e b); 26º/1/a) a d) e 2; 27º/1/a), b) e g).

O primeiro caso não coloca dúvidas nem especificidades no tocante aos sectores especiais.

No segundo caso, contudo, há que ter em conta que no caso dos contratos celebrados por ajuste directo, ao abrigo das normas referidas no artigo 78º/2, que digam directa e principalmente respeito aos sectores especiais, os limiares de preço a partir dos quais a publicação se torna obrigatória não são os constantes desse artigo 78º/2, mas ao invés os referidos no artigo 78º/3:

- a) No caso de se tratar de contratos de empreitada de obras públicas, o valor é 5.150.000€ [artigo 78º/3/a), com remissão para o artigo 11º/1/b)/i) e para os limiares comunitários em vigor];
- b) No caso de contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, o valor é 412.000€ [artigo 78º/3/b), com remissão para o artigo 11º/1/b)/iv) e v) e para os limiares comunitários em vigor].

⁵⁹ Atendendo ao âmbito previsto no artigo 219º/1 para o concurso de concepção, só estão aqui em causa prestações de serviços, e não empreitadas de obras públicas (ainda que o trabalho de concepção seja destinado a ser implementado mediante a celebração desse tipo de contratos).

⁶⁰ ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, comentário ao artigo 78º.

2. Há dúvidas sobre a consequência da não publicação dos anúncios de adjudicação, quando ela fosse devida.

Tendo em conta que o dever de publicação surge imediatamente após a decisão de adjudicação, não parece dever falar-se em invalidade dessa decisão. A publicação destes anúncios não constitui condição de validade daquele acto; seria, quando muito, condição da respectiva eficácia, como acontece, em geral, com os actos administrativos carecidos deste tipo de publicidade (artigo 130º/2 do CPA)⁶¹.

No entanto, temos dúvidas sobre a aplicação desta conclusão aos anúncios de adjudicação, pois parece-nos que a publicação é aqui consumida, como condição de eficácia do acto, pela sua notificação individual aos participantes no procedimento (artigo 77º/1). Por outro lado, ao regular a matéria da celebração do contrato escrito e da execução de contratos não submetidos a forma escrita, o CCP identifica quais as formalidades cuja não verificação obsta a essa celebração ou execução (cf. artigos 95º/3 e 104º/1)⁶², e entre elas *não* se conta a publicação dos anúncios que vimos referindo.

Tendemos, por isso, para considerar que a falta de publicação destes anúncios de adjudicação não é fundamento de invalidade do acto de adjudicação, nem sequer fundamento de ineficácia do mesmo, pois não impede a celebração e execução do contrato.

3. A instituição de um sistema de qualificação de fornecedores, o qual, como veremos adiante, é limitado a contratos dos sectores especiais, é igualmente publicitada por anúncios publicados no Diário da República e no JOUE (artigo 245º/2 e 4, respectivamente).

O modelo de anúncio a publicar no Diário da República consta da Portaria n.º 701-A/2008, de 29 de Julho (artigo 245º/2); já o modelo de anúncio a ter em conta para publicação no JOUE é o constante do anexo VII ao Regulamento (CE) n.º 1564/2005, de 7 de Setembro.

⁶¹ Há, evidentemente, um obstáculo a ultrapassar para algumas das entidades dos sectores especiais: a sua natureza jurídico-privada pode tornar difícil justificar a aplicação do diploma que rege a actividade administrativa. No entanto, a verdade é que os actos praticados em procedimentos de contratação pública – quaisquer que eles sejam e quaisquer que sejam as entidades adjudicantes – ou são actos administrativos, submetidos por isso, directamente, ao respectivo regime, ou são *equiparados* a actos dessa natureza (o que acontece, expressamente, por exemplo, para efeitos contenciosos), o que redundará na aplicação do mesmo regime jurídico.

⁶² Trata-se do decurso do prazo de 10 dias após a notificação da adjudicação, da prestação da caução, quando exigível, da apresentação dos documentos de habilitação e da confirmação dos compromissos, quando exigível.

2.6.2. Peças procedimentais

1. Os artigos 132º/5, em sede de concurso público, e 189º/5, em sede de concurso limitado, aplicável também no âmbito do procedimento de negociação (artigo 193º), estabelecem que em procedimentos para celebração de contratos dos sectores especiais os programas de concurso podem conter regras destinadas a proteger o carácter confidencial das informações contidas nas peças do procedimento. Trata-se da implementação do disposto no artigo 13º/1 da Directiva 2004/17.

As regras em questão justificam-se em atenção à particular qualidade que podem assumir as entidades adjudicantes dos sectores especiais: podemos estar perante empresas puramente privadas, como se viu acima. Tais empresas merecem tutela dos seus segredos industriais e comerciais, mesmo quando por força de regras de contratação pública que lhes sejam especialmente aplicáveis devam adjudicar os seus contratos por meio de procedimentos transparentes.

2. Embora nem a Directiva 2004/17 nem o Código detalhem as regras de protecção da confidencialidade das informações constantes das peças que podem ser incluídas no programa pela entidade adjudicante, parece que serão admissíveis mecanismos análogos aos que actualmente se encontram largamente divulgados no âmbito do Direito privado, na fase pré-contratual: estaremos então perante obrigações pré-contratuais de sigilo, que vinculam os participantes no procedimento não só durante a sua participação mas também após o termo dessa participação. Habitualmente, no Direito privado, há previsão de penalidades (*maxime*, pecuniárias) em caso de não cumprimento destas obrigações de sigilo; a solução parece-nos transponível para o campo da contratação pública, já que nos sectores especiais há uma aproximação aos mecanismos do Direito privado – sem prejuízo da ressalva que faremos de imediato.

Com efeito, devendo admitir-se uma margem de liberdade adequada aos interesses em jogo, há que referir que nos movemos, na contratação dos sectores especiais, em contexto jurídico-público, o qual é caracterizado pela abertura, e não pela confidencialidade⁶³; para mais, no caso concreto da contratação pública existem princípios fundamentais a ter em conta: o princípio da concorrência (de relevância qualificada nesta sede: artigo 1º/4) implica uma interpretação no sentido da maximização do acesso dos interessados em contratar aos

⁶³ Assim, a propósito do direito de acesso à informação detida por empresas públicas, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 222 e ss., *maxime* 235.

procedimentos para o efeito abertos⁶⁴; por outro lado, o princípio da proporcionalidade inculca igualmente a necessidade de uma interpretação cuidada da faculdade atribuída pelos artigos 132º/5 e 189º/5: devem as regras aprovadas ser as estritamente necessárias à garantia da confidencialidade, e designadamente, não podem, pela previsão de sanções excessivas para o seu não cumprimento, constituir um elemento dissuasor da participação dos interessados nos procedimentos em causa.

2.6.3. Prazos de apresentação de propostas

1. Vimos acima as consequências em matéria de prazos de apresentação de propostas e de candidaturas que se prendem directamente com a publicação de anúncios periódicos indicativos (artigos 136º/2 e 4 e 174º/2). Não são contudo essas as únicas particularidades dos sectores especiais nesta matéria. Vejamos em seguida as restantes.

2.1. Assim, em concurso limitado por prévia qualificação com publicidade no JOUE, o prazo mínimo de apresentação de propostas, após a fase de qualificação, é de 19 dias^{65/66} a contar da data do envio do convite (artigo 191º/3), esclarecendo o legislador (desnecessariamente, pois ninguém pensaria em tal possibilidade), que a esse prazo não é aplicável a possibilidade de redução constante do artigo 136º/3 (artigo 191º/4).

2.2. Contudo, em matéria de sectores especiais, como se viu, há tendencialmente uma consagração de mecanismos mais flexíveis. No que agora nos ocupa, isso concretiza-se na possibilidade, restrita aos sectores especiais, de existir acordo (entre a entidade adjudicante e

⁶⁴ Sublinhando esta vertente do princípio da concorrência, REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo, III*, 73.

⁶⁵ Em VIEIRA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS, *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar. Guias de leitura e aplicação*, Coimbra: Almedina, 2008, 864, refere-se, supomos que por lapso, que o prazo é de 35 dias. Esse é o prazo que vigora para os demais sectores (artigo 191º/1).

⁶⁶ O estabelecimento deste prazo-regra de 19 dias é possível face ao disposto no artigo 45º/6 da Directiva 2004/17, que permite uma redução de 5 dias do prazo de 24 dias previsto no artigo 45º/3/c) da Directiva, no caso de a entidade adjudicante disponibilizar as peças por via electrónica. Ora, sendo essa a regra no CCP (artigo 133º/2, aqui aplicável *ex vi* artigo 162º/1), o legislador limitou-se a aproveitar essa possibilidade para todos os concursos limitados. Isto significa que nos casos em que, ao abrigo do período transitório estabelecido no artigo 9º do Decreto-Lei n.º 18/2008, as entidades adjudicantes contratem de modo “tradicional”, não disponibilizando as peças por via electrónica, o prazo mínimo de apresentação de propostas, em caso de falta de acordo, é de 24 dias, sob pena de desconformidade com o Direito comunitário.

os candidatos qualificados) sobre a fixação do prazo para apresentação das propostas em concurso limitado (artigo 192º/1).

Esta possibilidade opera da seguinte forma: no convite que envia aos candidatos qualificados para apresentação de propostas, a entidade adjudicante pode indicar um prazo mais curto do que o previsto no artigo 191º/3 (mas em qualquer caso, nunca inferior a 10 dias a contar do envio: artigo 192º/2); se os candidatos qualificados não manifestarem oposição à fixação de prazo mais curto, no prazo de dois dias a contar da recepção do convite, considera-se o mesmo aceite (artigo 192º/3); se nesse prazo houver alguma manifestação de oposição, fica sem efeito essa determinação, devendo a entidade adjudicante notificar “imediatamente” todos os candidatos qualificados de que o prazo aplicável é o de 19 dias “a contar da data do envio do convite” (artigo 192º/5).

Não parece que seja necessário ao candidato qualificado que se oponha à fixação de prazo mais curto dar qualquer razão justificativa da sua oposição. Havendo oposição, por outro lado, opera *ope legis* o efeito previsto no artigo 192º/4, ainda que evidentemente só seja eficaz em relação aos outros candidatos qualificados com a notificação aí prevista.

Por último, ainda que o artigo 192º/4 refira que o prazo passa a ser, em casos de oposição, de 19 dias a contar da data *do envio do convite*, não parece que essa seja a interpretação razoável do preceito: esse prazo de 19 dias deverá começar a contar-se a partir do envio da notificação prevista no artigo 192º/4, pois antes disso os candidatos qualificados não têm modo de saber qual o prazo efectivo com que contam: o prazo de 19 dias ou o prazo inferior constante do convite.

2.3. Se o prazo for fixado nos termos do artigo 192º/3, por acordo tácito com os candidatos qualificados, dispõe o artigo 192º/5 que não é aplicável o disposto no artigo 64º, ou seja, não existe direito à prorrogação do prazo de apresentação das propostas nos casos aí previstos (que são os da apresentação de esclarecimentos ou rectificações às peças procedimentais fora dos prazos devidos e de alteração de aspectos essenciais das peças).

Embora esta regra já tenha sido justificada com o facto de essas questões (as que poderiam levar a uma prorrogação) já terem ficado “definitivamente resolvidas na fase de apresentação de candidaturas”⁶⁷, a verdade é que não parece uma boa solução. Com efeito, na fase de apresentação de candidaturas, tender-se-á a discutir e a esclarecer aspectos de capacidade técnica ou financeira, que relevam para a apresentação dessas candidaturas; e não aspectos que relevam para a apresentação de propostas. Para além disso, e decisivamente: a

⁶⁷ Neste sentido, ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, comentário ao artigo 192º.

entidade adjudicante, até à apresentação das propostas, goza sempre da possibilidade de corrigir as peças procedimentais ou de as adequar a exigências de interesse público entretanto surgidas⁶⁸; admitindo que o prazo de propostas tenha sido fixado por acordo, e pretendendo a entidade adjudicante introduzir modificações essenciais nas peças, ou dar esclarecimentos fora do prazo previsto no artigo 50º, não vemos como negar aos candidatos qualificados uma prorrogação do prazo, até por força dos princípios gerais da actividade administrativa e da contratação pública (designadamente, aqui, princípios da transparência, da boa fé e da protecção da confiança).

3. As regras sobre prazos de apresentação de propostas em concurso limitado, que acabamos de analisar, são igualmente aplicáveis, sem alterações, aos procedimentos de negociação tramitados por entidades adjudicantes dos sectores especiais, por força da remissão operada pelo artigo 193º.

2.6.4. Sistemas de qualificação

1. Os sistemas de qualificação correspondem a um modo de simplificação da fase de selecção de candidatos idóneos para apresentação de propostas em procedimentos de formação de contratos públicos.

Instrumento previsto já na Directiva sectores especiais da década de 90 do século passado (e que no Direito interno constava dos artigos 33º e 34º do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto), foi objecto de previsão desenvolvida nos artigos 52º a 54º da Directiva 2004/17, normativos que o CCP transpõe agora nos seus artigos 245º a 250º.

2. A instituição de um sistema de qualificação (que pressupõe o cumprimento de regras de publicidade⁶⁹, acima referidas) visa substituir a fase de apresentação e selecção de candidaturas nos procedimentos que a comportam (concurso limitado e procedimento de negociação)⁷⁰, apresentando por isso semelhanças com a figura dos sistemas de aquisição dinâmicos⁷¹, da qual, no entanto, se distingue claramente:

⁶⁸ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da contratação pública*, IN PEDRO GONÇALVES (COORD.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 51 e ss.,

⁶⁹ BRACONNIER, *Précis...* 313.

⁷⁰ ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, comentário ao artigo 245º.

⁷¹ ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, comentário ao artigo 245º.

- Desde logo, porque nos sistemas de aquisição dinâmicos, os participantes apresentam logo uma versão inicial de proposta para a celebração de contratos ao abrigo do sistema (artigo 241º), enquanto no sistema de qualificação há apenas a selecção de entidades às quais mais tarde se irá pedir a apresentação de propostas;
- Os sistemas de aquisição dinâmicos apenas podem ser utilizados para a celebração de contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou serviços de uso corrente (artigo 237º/1), enquanto os sistemas de qualificação abrangem quaisquer bens e serviços e ainda contratos de empreitada (artigo 245º/1);
- Finalmente, enquanto a adjudicação por sistema de aquisição dinâmico corresponde a uma modalidade procedimental própria, no âmbito da qual ocorre a instituição do sistema, a chamada de propostas mediante anúncio simplificado e a adjudicação (artigo 238º), o sistema de qualificação não engloba, por si, uma adjudicação, antes, como se disse, constitui um procedimento que permite, com carácter genérico, substituir as fases de qualificação de futuros procedimentos, que não deixam de se realizar e no âmbito dos quais é que vai ocorrer a adjudicação⁷².

3. Princípio básico a cumprir nos sistemas de qualificação é o da proibição da sua utilização com intuito discriminatório⁷³. Trata-se aqui de restringir o universo concorrencial; por isso a qualificação deve “basear-se em regras e critérios objectivos e não discriminatórios, nomeadamente relativos ao preenchimento de requisitos mínimos de capacidade técnica ou de capacidade financeira⁷⁴” (artigo 246º/1), sendo que esses requisitos devem ser adequados ao tipo e às características das prestações abrangidas pelo objecto do contrato a celebrar (artigo 246º/2), e quando se exija o cumprimento de especificações técnicas, é aplicável o disposto no artigo 49º, que permite, genericamente, que o candidato demonstre que ainda que as especificações por si cumpridas não sejam as mencionadas nas peças do procedimento, atingem resultado equivalente (ideia reforçada no artigo 246º/5). Por outro lado ainda, e na mesma linha, não pode o sistema de qualificação ser utilizado como meio de duplicar o controlo de situações de facto já objecto de análise e certificação em outra sede, como a

⁷² Esta última diferença, como se vê, é eminentemente técnica: o resultado é o mesmo nos dois casos.

⁷³ ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, comentário ao artigo 246º.

⁷⁴ Que podem ser cumpridos, como em geral sucede, com recurso à capacidade técnica ou financeira de outras entidades: artigo 246º/7.

existência de alvarás ou licenças específicas de exercício de certas actividades reguladas (o que aliás corresponde a um princípio geral, afluído em outras disposições, como a do artigo 165º/4).

Na formulação dos requisitos de capacidade técnica e financeira em sistemas de qualificação parece dever atender-se ao disposto no artigo 165º, que contempla diversas concretizações importantes.

4. O pedido de qualificação é individual, realizado por cada interessado. A partir da data da sua apresentação, o órgão da entidade adjudicante que para tal for competente dispõe de um prazo de seis meses para decidir (e já não um “prazo razoável” como no âmbito do Decreto-Lei n.º 223/2001), equivalendo o silêncio ao deferimento do pedido (deferimento tácito) – artigo 249º/1 – o que significa retomar-se aqui o “velho” problema do que fazer aos deferimentos tácitos *ilegais*; manifestamente, em nosso entender, são passíveis de reacção administrativa e/ou jurisdicional por outros participantes no sistema que considerem que o candidato qualificado por deferimento tácito não preenche os requisitos devidos.

A decisão de indeferimento do pedido de qualificação deve ser fundamentada com base nas regras e nos critérios aplicáveis e comunicada “aos interessados”⁷⁵ (artigo 249º/2). O mesmo dever de fundamentação já resultaria das regras gerais (artigo 124º do CPA)⁷⁶. Embora o Código não o tenha afirmado, parece dever entender-se que resulta da aplicação subsidiária do CPA que o projecto de decisão, quando desfavorável, seja submetido a audiência do interessado⁷⁷.

Uma vez instituído, o sistema de qualificação vigorará até ao termo da sua duração. O sistema pode ser instituído com duração certa ou indeterminada; em qualquer dos casos é preciso dar disso indicação no anúncio que publicita a instituição do sistema⁷⁸. O artigo 245º/5 estabelece que quando o sistema tiver duração superior a três anos, os anúncios são republicados anualmente. Quando a sua duração for indeterminada, a intenção de pôr termo ao sistema terá seguramente de ser fundamentada e comunicada às entidades que nele estejam presentes (até por maioria de razão face ao disposto no artigo 249º/2).

⁷⁵ Há dúvidas sobre se a utilização do plural quer aqui significar que todos os interessados/participantes num sistema de qualificação são notificados da decisão de indeferimento relativa a outros interessados.

⁷⁶ ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, comentário ao artigo 249º.

⁷⁷ Assim, para o regime do Decreto-Lei n.º 223/2001, que apresentava a mesma omissão, MEDEIROS, *A contratação pública nos sectores com regime especial*, 174.

⁷⁸ BRACONNIER, *Précis...* 313.

5. Como se disse, o sistema de qualificação é dinâmico, tendendo à utilização múltipla (isto é, à utilização para diversos procedimentos concretos de contratação) e duradoura, e admitindo, ao contrário de outros mecanismos (como o acordo quadro), a entrada permanente de novos participantes⁷⁹. Assim, durante todo o tempo de duração do sistema, os interessados podem solicitar a sua qualificação (artigo 247º/1), bastando para o efeito que cumpram os requisitos anunciados aquando da publicitação da instituição do sistema e as respectivas actualizações entretanto surgidas (artigos 247º/2, 248º e 249º).

É de notar que as alterações aos requisitos de qualificação surgidas entre a data do pedido de qualificação e a data da sua decisão relevam para o conteúdo desta (artigo 248º/1), e que as decisões de qualificação anteriormente proferidas devem ser revistas após o surgimento de actualizações de requisitos, podendo levar à revogação dessas decisões (artigos 248º/2 e 249º/3); tudo isto em conformidade com o referido carácter dinâmico do sistema de qualificação⁸⁰.

Parece resultar do artigo 249º/3 e da sua formulação restritiva, complementada com uma referência ao princípio da proibição de revogação de actos constitutivos de direitos, que a verificação *posterior* do incumprimento *anterior* de requisitos de capacidade técnica ou financeira não pode sustentar a revogação do acto que admitiu a qualificação; embora, em nosso entender, deva estabelecer-se uma ressalva, que passa pela existência de situações de erro e sobretudo de dolo do candidato; o artigo 284º/3, lugar paralelo pertinente, demonstra que não é descabida a aplicação em sede jurídico-pública do regime próprio dos vícios da vontade.

6. Uma vez instituído o sistema de qualificação, as entidades adjudicantes podem seleccionar os fornecedores qualificados para os seus procedimentos de concurso limitado ou negociação. Nesse caso, o procedimento de concurso limitado ou negociação é desencadeado com o envio dos convites para apresentação de propostas (artigo 250º/1), aos quais é enviado também o programa do procedimento contendo as regras aplicáveis ao procedimento (artigo 250º/3); não há, aqui, obviamente, publicação dos anúncios previstos nos artigos 167º e 197º (artigo 250º/4).

⁷⁹ BRACONNIER, *Précis...* 313.

⁸⁰ Sobre a relevância das alterações supervenientes nas decisões administrativas de autorização, ainda que a propósito de uma categoria específica de actos, veja-se, desenvolvidamente, CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Os sistemas de qualificação não são de utilização restrita às entidades adjudicantes que os tenham instituído, podendo outras entidades adjudicantes aproveitá-los (artigo 250º/2)⁸¹.

2.7. O regime excepcional do Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro

1. Invocando a situação de crise económica mundial, o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, que veio prever regimes “excepcionais” de contratação pública para diversas áreas. Como se explica no preâmbulo do diploma, “o Conselho Europeu, reunido em Bruxelas, em 11 e 12 de Dezembro de 2008, aprovou um plano de relançamento da economia europeia que, no que diz respeito às medidas que são da competência da União Europeia, decidiu apoiar, em particular, o recurso, em 2009 e 2010, aos procedimentos acelerados previstos nas directivas relativas aos contratos públicos, para a rápida execução dos projectos públicos de grande envergadura”.

De acordo com o artigo 1º/1 do diploma, o mesmo “estabelece medidas excepcionais de contratação pública aplicáveis aos procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação⁸² e de ajuste directo destinados à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, necessários para a concretização de medidas” em alguns “eixos prioritários”, entre os quais se encontra (artigo 1º/1/b)) o das energias renováveis, eficiência energética e redes de transporte de energia.

O diploma, contudo, é restritivo do ponto de vista do âmbito subjectivo de aplicação, aplicando-se apenas ao Estado, às Regiões Autónomas, aos municípios ou a entidades (institutos públicos, empresas públicas) integradas nas suas administrações indirectas e que sejam entidades adjudicantes ao abrigo do artigo 2º do CCP (artigo 1º/3)⁸³; quando se trate destas últimas entidades (pertencentes à administração indirecta de entidades centrais, regionais ou locais), as prioridades de actuação, de entre os sectores referidos no n.º 1 do

⁸¹ BRACONNIER, *Précis...* 313.

⁸² Apesar de o artigo 1º/1 e o preâmbulo enfatizarem que o regime previsto é só para concursos limitados e ajustes directos, alcança-se, com a leitura do artigo 4º, que abrange igualmente os procedimentos de negociação.

⁸³ Parece ser esse o sentido da referência a que o Estado, as Regiões Autónomas e os municípios actuam “directamente ou através de institutos públicos ou empresas públicas que sejam consideradas entidades adjudicantes nos termos das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos”.

artigo 1º, são fixadas por despacho da entidade tutelar (artigo 1º/4, 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 34/2009).

2. O regime do diploma, que veio dispor a sua aplicação retroactiva a 1 de Janeiro de 2009 (artigo 12º/1) e é aplicável a todos os procedimentos de concurso limitado e negociação cuja decisão de contratar seja tomada até 31 de Dezembro de 2010 e a todos os procedimentos de ajuste directo cuja decisão de contratar seja tomada até 31 de Dezembro de 2009 (artigo 11º), assenta essencialmente na fixação de limiares mais elevados (dentro do permitido pelas Directivas comunitárias) para a utilização do procedimento de ajuste directo, e na redução de prazos e formalidades procedimentais dos diversos procedimentos de formação abrangidos. Assim:

- O artigo 2º prevê um genérico dever de transparência em todos os procedimentos de ajuste directo celebrados ao abrigo deste regime excepcional;
- O artigo 3º (mas também o artigo 7º, apesar da deficiente colocação sistemática) estabelece a tramitação dos concursos limitados por prévia qualificação abrangidos por este regime excepcional;
- O artigo 4º estende a aplicação do regime do artigo 3º aos procedimentos de negociação, “com as necessárias adaptações”;
- O artigo 5º (articulado com o artigo 1º/2) estabelece os casos em que é permitida a utilização do ajuste directo e, juntamente com o artigo 6º, prevê as especificidades da sua tramitação no âmbito deste regime excepcional;
- O artigo 8º prevê a aplicação do CCP como regime subsidiário.

3. Do ponto de vista do presente trabalho, justifica-se chamar a atenção para que o regime aprovado permite a utilização do procedimento de ajuste directo para aumentar a eficiência energética dos edifícios públicos, não podendo o contrato ultrapassar os 2.000.000€ e devendo nesse caso haver consulta a três entidades.

Permite ainda este regime a utilização do concurso limitado por prévia qualificação e do procedimento de negociação para a concretização de outros projectos em matéria de energias renováveis, eficiência energética e redes de transporte de energia.

3. Os contratos administrativos celebrados por entidades do sector da energia

3.1. Contraentes públicos no sector da energia

1. Como se viu acima, a distinção operada no CCP entre o regime da contratação pública e o regime substantivo dos contratos administrativos tem correspondência em outras distinções – designadamente, a distinção entre entidades adjudicantes e contraentes públicos. Com efeito, a qualificação de uma determinada entidade como entidade adjudicante e dos contratos por si celebrados como contratos públicos só nos permite recortar o âmbito de aplicação da parte II do Código, ou seja, permite-nos saber que contratos estão submetidos às regras de formação aí contidas.

Já a questão de saber se é aplicável a parte III – isto é, o regime substantivo dos contratos administrativos aí previstos – aos contratos celebrados por entidades adjudicantes no âmbito dos sectores especiais só se faz delimitando o conjunto dos contraentes públicos nesses sectores.

2. A primeira indicação relevante nessa matéria resulta da remissão operada pelo artigo 8º para o artigo 7º. Assim, só podem ser contraentes públicos as entidades que sejam consideradas entidades adjudicantes nos termos do artigo 7º/1 do CCP⁸⁴, o que implica também, obviamente, uma consideração dos artigos 9º e 10º do mesmo Código.

3.2. Os contratos “a cuja formação seja aplicável a parte II do presente Código”...

⁸⁴ Em sentido contrário, afirmando que “mesmo as entidades adjudicantes que se não insiram na previsão do artigo anterior, serão contraentes públicos se as partes contratantes qualificarem o contrato como administrativo ou o submeterem a um regime substantivo de direito público”, veja-se ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos*, comentário ao artigo 8º. No entanto, não vemos como é possível manter essa afirmação face ao conteúdo expresso do artigo 8º, que exige, em primeiro lugar, que os contraentes públicos sejam entidades do artigo 7º; e em segundo lugar, que os seus contratos, para serem contratos administrativos, sejam adjudicados mediante utilização de um procedimento previsto na parte III.

1. O artigo 8º exige também, na delimitação do conceito de contraente público, que o contrato a celebrar, para ser qualificado como administrativo, deverá ter a sua fase de formação submetida à parte II do CCP, ou seja, ao regime de contratação pública.

Esta parece ser uma indicação algo deslocada, pois em rigor não deveria existir qualquer relação de implicação recíproca entre a sujeição de um contrato à parte II e a sua qualificação como contrato administrativo, celebrado por um contraente público, para efeitos de sujeição à parte III do Código⁸⁵.

2. O facto de o artigo 8º recortar o âmbito possível dos contratos administrativos por referência aos contratos que sejam submetidos à parte II do CCP significa que, no que diz respeito aos contratos de empreitada, locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços, só os contratos cujos valores sejam superiores aos limiares previstos para a sujeição dos mesmos à parte II⁸⁶ podem ser qualificados como contratos administrativos⁸⁷.

3.3. ... que “sejam, por vontade das partes, qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público”

1. Ainda de acordo com o artigo 8º, e para além de o contrato dever ser celebrado ao abrigo de procedimento previsto na parte II do Código, é necessária a presença de um de dois elementos (porque a norma é formulada disjuntivamente: “ou”) que, na perspectiva do Código, conferem administratividade à relação jurídica.

2. O primeiro desses elementos é a (simples) vontade das partes. Acolhe-se aqui um indício de administratividade que surgiu pela primeira vez com consagração legal no artigo 4º do ETAF, a propósito da determinação da competência jurisdicional dos tribunais administrativos em matéria de contratos⁸⁸.

⁸⁵ Assim também, embora a propósito do artigo 1º/6/d), AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos e poderes de conformação*, 8; PEDRO GONÇALVES, *A relação jurídica fundada em contrato administrativo, in Cadernos de Justiça Administrativa*, 64, (Julho/Agosto), 2007, pp. 36-46, 39, nota; GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 96.

⁸⁶ Como vimos, 5.150.000€ para as empreitadas e 412.000€ para os demais contratos.

⁸⁷ Assim também, GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 103, nota 180.

⁸⁸ Sublinhando a inspiração que o CCP colheu no ETAF para a construção do conceito de contrato administrativo, veja-se AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos e poderes de conformação*, 7.

Assim, de acordo com esta primeira indicação, um contrato pode ser considerado administrativo se as partes o qualificarem como tal.

O segundo elemento (alternativo face ao anterior, repetimos) que pode determinar o carácter administrativo de um contrato no âmbito dos sectores especiais é o da sujeição do contrato a um regime substantivo de direito público.

Aqui está em causa, segundo parece, um critério de qualificação que parte do clausulado estabelecido para o contrato: deve tratar-se de um regime substantivo de direito público. Assim, serão administrativos, de acordo com este critério, os contratos que, ainda que não qualificados pelas partes como administrativos, contenham cláusulas reconduzíveis a um regime substantivo de direito público. Tais cláusulas poderão consistir, por exemplo, na previsão da possibilidade de resolução do contrato por motivos de interesse público⁸⁹; ou na previsão do princípio do reequilíbrio financeiro do contrato; ou na estipulação da possibilidade de o contraente público recorrer ao cumprimento do contrato por terceiro, a expensas do co-contratante, em caso de mora deste, sem necessidade de exercer primeiro a via judicial – meios que surgem previstos na parte III do Código com integrando o “regime substantivo” dos contratos administrativos.

3. Não parece que haja dúvidas sérias quanto a um tipo de situação onde as partes podem determinar a qualificação de um contrato como administrativo: aquele onde a lei expressamente preveja a possibilidade de uma determinada entidade dos sectores especiais, qualificável como contraente público, celebrar um concreto contrato atribuindo-lhe a qualificação de contrato administrativo ou de contrato “de Direito privado”. Não se trata de situação de que conheçamos exemplos concretos, pelo menos com esta clareza.

Também não coloca dúvidas de interpretação (já o mesmo não diremos sobre a aplicação concreta) a referência ao “regime substantivo de direito público” que determinará a qualificação de um contrato como administrativo. Contestável ou não (do nosso ponto de vista, é-o), a opção do legislador foi a de entender que há certos aspectos de regime dos contratos que são eminentemente jurídico-públicos, e outros que não o são. A questão resolver-se-á aqui, pois, por uma continuação da discussão (a que a nossa Doutrina e a nossa Jurisprudência já estão bem acostumadas⁹⁰) acerca do que deve entender-se por cláusulas típicas do direito público.

⁸⁹ GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 101.

⁹⁰ Porque este debate é essencialmente correspondente ao tradicional debate sobre as fronteiras do Direito público (administrativo) e sobre a conexas noção de relação jurídica administrativa. Sobre esse debate, cf. o que se escreveu em ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas*, 144 e ss.

A principal questão a resolver a propósito do artigo 8º parece poder ser formulada desta forma: será que *qualquer* entidade que exerça actividade nos sectores especiais e que pretenda celebrar um contrato que diga directa e principalmente respeito a esses sectores *pode atribuir carácter administrativo a esse contrato*? Se quisermos expressar-nos de uma forma ainda mais concreta, poderemos perguntar: se a entidade X, que tem a seu cargo a gestão da rede de transporte de energia eléctrica, quiser fazer obras num determinado ponto da rede, pode decidir, por sua vontade (conjugada com a vontade do seu co-contratante), com efeitos juridicamente relevantes, que o contrato a celebrar para a realização dessas obras seja um contrato *administrativo* de empreitada de obras públicas?

A pergunta é até, cremos, mais restrita ainda: o que se pergunta aqui é se um contrato, que *não seja submetido* a cláusulas que sejam de “regime substantivo de direito público”, pode ser “administrativizado” com uma declaração “nua”, do género “o presente contrato é um contrato administrativo”.

4. A esta pergunta já se respondeu afirmativamente na Doutrina⁹¹.

É também essa a nossa posição, embora consideremos desnecessário chamar à colação, como fundamento, as diferenças existentes entre o artigo 3º e o artigo 8º (designadamente, a omissão de referência, no artigo 8º, às situações específicas mencionadas no artigo 3º/2).

Fundamento desta nossa posição é o seguinte: o artigo 8º deve ser entendido de forma radicalmente unitária, no que diz respeito à possibilidade de qualificação do contrato como administrativo.

Explicando melhor o que queremos dizer: quando o artigo 8º se refere à qualificação do contrato como administrativo ou à sua sujeição a um regime substantivo, está no fundo a dizer uma e a mesma coisa: que as entidades mencionadas no artigo 7º podem, por sua vontade (conjugada com a vontade do seu co-contratante) sujeitar o contrato ao regime aplicável aos contratos administrativos.

Há, de facto, duas formas diversas de o fazer: ou mediante a consagração, no clausulado, de cláusulas tributárias do regime jurídico-público (sem tomar partido por uma qualificação do contrato como administrativo), ou mediante uma genérica qualificação do contrato como administrativo, por exemplo através de uma declaração como aquela a que aludimos: “o presente contrato é um contrato administrativo”. Só que, reforçamos, são apenas formas diversas de fazer a mesma coisa: naquele primeiro caso, é a previsão de cláusulas

⁹¹ GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 102, nota 178.

“administrativas” que faz transitar o contrato do universo jurídico-privado para o universo jurídico-público; neste segundo caso, é a vontade das partes que, ao qualificar o contrato como administrativo, *declara pretender vincular-se a todas as regras jurídico-públicas supletivas aplicáveis aos contratos administrativos: maxime*, as constantes da parte geral (artigos 278º a 342º) da parte III do CCP (e as aplicáveis a cada tipo contratual específico), pois é aí que está contido o essencial do regime jurídico-legal dos contratos administrativos (de todos os contratos administrativos que não disponham de regimes especiais: artigo 280º/1 e 2).

5. O que se disse até aqui permite chegar a esta conclusão: um contrato celebrado por uma entidade prevista no artigo 8º, que respeite directa e principalmente a actividade dos sectores especiais, pode ser administrativo por vontade das partes.

Ainda não vimos, contudo, uma questão: a de saber se essa vontade é *suficiente* para atingir a produção do efeito jurídico (o efeito jurídico é aqui a qualificação do contrato como administrativo) ou se é apenas *elemento adicional*, que se acrescenta a uma possibilidade, que tem de resultar de norma habilitante (outra que não o artigo 8º do CCP), para que essa vontade seja exercida.

Pensamos que é a primeira posição que está correcta. Não se torna necessária outra norma habilitante para além do próprio artigo 8º do CCP, que permite, de forma genérica, que por sua vontade, as entidades adjudicantes, para os contratos por si celebrados (desde que digam directamente respeito aos sectores especiais, pois não parece que essa habilitação se justifique fora desses casos), escolham a aplicação do regime jurídico típico dos contratos administrativos.

6. Finalmente, consideramos ainda que o artigo 8º omite alguns casos onde a qualificação do contrato como administrativo (e consequentemente, do contraente como público) é necessária, e onde, mais do que não depender da vontade das partes, nem sequer pode ser afastada por elas.

São eles todos os contratos administrativos ditos *por natureza*, incluindo todos os que têm objecto passível de acto administrativo, desde logo, todas as concessões de obra pública e de serviço público, e todos os contratos que tenham por objecto coisas públicas (como bens do domínio público) que estejam afectos à entidade que exerça actividade nos sectores especiais.

Com efeito, nessas situações, estamos sem dúvida perante contratos administrativos; a respectiva qualificação não depende todavia da vontade das partes⁹², porque elas não poderiam afastá-la, celebrando um contrato de concessão de serviço público com regime privado, por exemplo. Se a lei previr, por exemplo, que um concessionário de serviço público nos sectores excluídos pode celebrar, ele próprio, contratos de concessão, e essa entidade optar por o fazer, não se pode dizer, ao contrário do que pareceria resultar do artigo 8º, que o contrato é administrativo por vontade das partes; é-o porque não há contratos de concessão que não sejam administrativos, ou seja, é-o por qualificação legal; contra isso é irrelevante qualquer vontade, seja ela contrária ou não.

⁹² Dubitativamente, GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos*, 103.