

COOPERAÇÃO ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS ADJUDICANTES¹

Raquel Carvalho*

1. Enquadramento da questão: conceitos operativos; 1.1. Entidades adjudicantes; 1.2. Cooperação; 1.2.1. A cooperação entre entidades adjudicantes; 1.2.2. Cooperação associada a agrupamento; 2. O princípio da não aplicação das normas comunitárias sobre contratação pública nas relações *in house providing* e outros contratos entre entidades públicas; 2.1. A doutrina *Teckal*; 2.2. A doutrina *Hamburg*; 2.3. Transferência de competências administrativas; 2.4. Situações de direitos exclusivos; 2.5. Centrais de compras; 2.6. As hipóteses no Código dos Contratos Públicos; 2.6.1. A previsão do n.º 1 do artigo 5.º; 2.6.2. A doutrina *Teckal* – artigo 5.º, n.º 2; 2.6.3. Direitos exclusivos – artigo 5.º, n.º 4, alínea a); 2.6.4. Alienação de imóveis; 2.6.5. Centrais de compras; 3. A Diretiva 24/2014 e o acolhimento legislativo da jurisprudência do TJUE; 4. Questões que se podem colocar a propósito da cooperação entre entidades adjudicantes; 4.1. Procedimentalização; 4.2. Exemplos de questões sobre contratos de cooperação; 4.3. Contencioso. 5. Os agrupamentos de entidades adjudicantes e as questões da fase do procedimento - nótulas; 6. Conclusões.

1. Enquadramento da questão: conceitos operativos

As novas Diretivas da Contratação Pública consagram as regras sobre os procedimentos a observar na celebração de contratos cujas prestações estão ou devem estar submetidas à concorrência. Para o efeito, para além da consagração de requisitos positivos para que tal disciplina seja de aplicar, as Diretivas, e em particular a Diretiva 24/2014, estabelece também um conjunto de situações às quais não se aplica o referido regime. Ora um dos domínios reconduzíveis a esta última hipótese é a da cooperação entre entidades adjudicantes, podendo a cooperação assumir várias formas, bastando para tal que esteja preenchido um conjunto de requisitos.

Consagram as Diretivas, agora com a certeza e segurança decorrentes da disposição positiva, a construção jurisprudencial sobre a matéria. A consagração legislativa tem, por vezes, maior alcance do que aquele que resulta da doutrina pretoriana, o que mereceu crítica da doutrina mais autorizada.

Para efeitos de plena compreensão do enquadramento do tema, cabe situar dois conceitos operativos: o de entidade adjudicante e cooperação.

¹ O presente texto corresponde à versão apresentada na ação de formação “As novas diretivas sobre Contratação Pública”, com o tema “Cooperação entre entidades públicas adjudicantes”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 20 de março de 2015.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola do Porto Investigadora e membro integrado no Católica Research Centre for the Future of Law – Centro de Estudos e Investigação em Direito.



1.1. Entidade adjudicante

O conceito de entidade adjudicante não se confunde com o de entidade pública ou o de entidade administrativa. Concorrem para o conceito de entidade adjudicante as entidades que tradicionalmente integram a Administração Pública e o conceito comunitário de “organismo de direito público”².

O Código dos Contratos Públicos (CCP), transpondo as disposições da Diretiva 2004/18, previu o conceito de entidade adjudicante no artigo 2.º em duas categorias: no n.º 1, refere-se à Administração Pública em sentido tradicional, englobando hoje as fundações; e no n.º 2, o conceito específico de “organismo de direito público”³. Trata-se de um conceito funcional e substantivo e que implica a densificação de conceitos complexos e dotados de alguma indeterminidade, tarefa nem sempre de fácil desembaraço.

“2. São também entidades adjudicantes:

a) Quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:

i) Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência; e

ii) Sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades;

b) Quaisquer pessoas coletivas que se encontrem na situação referida na alínea anterior relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante nos termos do disposto na mesma alínea;

c) (Revogada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009.);

d) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas”.

² Este conceito encontra a sua definição no Acórdão Mannesmann (C-44/96, de 15 de janeiro de 1998): “organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, dotado de personalidade jurídica e estreitamente dependente do Estado, das autarquias locais ou de outros organismos de Direito Público, requisitos que são cumulativos”. Esta construção foi evoluindo mas encontra conforto legislativo no artigo 2.º do CCP.

³ Transpôs igualmente a Diretiva 2004/17, relativa aos setores especiais e, para efeitos do conceito de entidade adjudicante, no artigo 7.º



Portanto, será considerada entidade adjudicante qualquer pessoa jurídica, privada ou pública que preencha cumulativamente duas condições: *i*) tenha sido criada especificamente para a “satisfação de necessidades de interesse geral e sem carácter industrial e comercial” (o TJUE tem sufragado sempre a orientação da interpretação restritiva da expressão “carácter industrial e comercial”⁴ 5); e *ii*) haja financiamento da atividade ou controlo de gestão ou controlo de órgãos. Mantêm-se as dúvidas sobre o alcance da expressão de financiamento e controlo de gestão.

Será também considerada entidade adjudicante a pessoa coletiva que, preenchendo os critérios anteriores, esteja em relação com uma entidade adjudicante nos mesmos termos. Do mesmo passo, a associação de entidades adjudicantes em que pelo menos uma pessoa coletiva esteja naquelas circunstâncias e haja financiamento ou relação de controlo.

É por conseguinte um conceito muito abrangente de organismo de direito público, onde pontua a preocupação com a gestão de recursos públicos.

Não pretendendo tratar exaustivamente esta questão, pois escapa ao objeto da reflexão, impõe-se todavia dar conta das “alterações” que a nova Diretiva introduz.

No considerando (10) da Diretiva 2014/24, o legislador comunitário assume que não pretende alterar o âmbito de aplicação *ratione personae* da Diretiva. Contudo, por força das especificações jurisprudenciais, o legislador comunitário entendeu ser útil “*esclarecer que um organismo que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas como tendo carácter industrial ou comercial*”. Por outro lado, a condição de financiamento também foi alvo de aperfeiçoamento de conteúdo pela jurisprudência: “*«financiado maioritariamente» se entende financiado em mais de metade, e que este tipo de financiamento pode incluir pagamentos impostos, calculados e cobrados aos utilizadores de acordo com as regras de direito público*”.

Assim, o artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva, depois de definir no n.º 1 o conceito de “autoridades adjudicantes”, define como “organismo de direito público”: “*os organismos que apresentem todas as seguintes características:*

- a)** *Foram criados para o fim específico de satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial;*
- b)** *Têm personalidade jurídica; e*

⁴ Cfr. o Acórdão Korhonen Oy. C-18/01, de 22/5/2003.

⁵ Para ALEXANDRA LEITÃO, estes requisitos “aplicam-se essencialmente às empresas dos Sectores Empresariais do Estado, Regional e Local, uma vez que, atendendo à respetiva forma societária, é difícil determinar se estão sujeitos ou não às regras da contratação pública”, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 114.



c) São maioritariamente financiados pelo Estado, por autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público, ou a sua gestão está sujeita a controlo por parte dessas autoridades ou desses organismos, ou mais de metade dos membros nos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização são designados pelo Estado, pelas autoridades regionais ou locais ou por outros organismos de direito público".

1.2. Cooperação

O conceito de cooperação é polissémico. A doutrina, na perspetiva das entidades públicas, tem tentado densificar o conceito. Para a abordagem da perspetiva de cooperação entre entidades adjudicantes que conduzem a situações de exclusão de aplicação das Diretivas, suportar-nos-emos na obra de referência de ALEXANDRA LEITÃO. Será contudo considerada ainda a cooperação de entidades como agrupamento.

1.2.1. A cooperação entre entidades adjudicantes

Para ALEXANDRA LEITÃO, cooperação é um conceito que deve ser distinguido de colaboração e de coordenação⁶. E a propósito da forma que pode assumir a cooperação, a mesma A. apresenta o seguinte elenco de categorias de concretizações:

a) Contratos sobre competências, que colocam as pertinentes questões associadas aos princípios da legalidade e da alienabilidade de competências [artigo 36.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)]⁷;

b) Contratos procedimentais, que podem assumir várias concretizações, desde os típicos contratos previstos na alínea b) do n.º 6 do artigo 1.º e no artigo 336.º do CCP, aos contratos de estrito conteúdo procedimental que se destinam a obter pareceres ou a promover diligências instrutórias; contratos de conteúdo substantivo que se destinam a determinar o conteúdo do ato final (obrigacional ou decisório), acordos endoprocedimentais (previstos no artigo 57.º do CPA); conclusão de conferências procedimentais (artigos 77.º e ss. do CPA), contratos para elaboração de regulamentos como o que está previsto no artigo 6.º A RJIGT⁸;

c) Contratos normativos;

d) Contratos-Plano: conduzem a uma uniformização de atuação das várias entidades envolvidas; não são contratos paritários⁹;

⁶ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 81 e ss.

⁷ A A. dá como exemplos os contratos de articulação de competências (por exemplo, entre autarquias locais); contratos sobre transferência ou delegação intersubjetiva de competências e atribuições (artigo 120.º da Lei 75/2013); contratos de delegação interorgânica de competências, não admissíveis em hierarquia, contudo; contratos de mandato; empréstimo de órgãos/cedência, onde não há transferência de competências; contrato de concessão de serviços – artigo 407.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos - CCP. LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 207 e ss.

⁸ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 244 e ss.

⁹ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 251.



e) Contratos institucionais: implicam o surgimento de uma pessoa jurídica, como o contrato de sociedade, celebrado entre entidades do mesmo nível, ou, não o sendo, contratos de associação; constituem formas de cooperação horizontal¹⁰. São exemplo a previsão dos artigos 108.º e ss. da Lei 75/2013;

f) Contratos sujeitos à concorrência de mercado – os que resultam do artigo 6.º designadamente com as seguintes especificidades:

i) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 1 do artigo 2.º serão apenas os contratos previstos no n.º 1 do artigo 6.º;

ii) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 2 do artigo 2.º **ou** entre uma entidade prevista no n.º 2 do artigo 2.º e uma entidade prevista no n.º 1 do artigo 2.º (1.º adjudicante e 2.º adjudicatário) serão os contratos previstos no n.º 1 do artigo 6.º por força do n.º 2 do mesmo dispositivo;

iii) Os contratos interadministrativos entre entidades adjudicantes previstas no n.º 1 do artigo 2.º e uma entidade prevista no n.º 2 do artigo 2.º, sendo a primeira adjudicante e em que o objeto contratual não cabe em nenhuma exceção do artigo 6.º, só não se aplicam as regras da Parte II se não houver concorrência; se verificar a aplicação do n.º 2 do artigo 5.º ou as exclusões dos setores especiais [cfr. o disposto no artigo 13.º, n.º 1 c) e d) e n.º 2].

g) Contratos sobre imóveis: estão excluídos do âmbito de aplicação do CCP, com a dúvida sobre os contratos de concessão de uso privativo.

1.2.2. Cooperação associada a agrupamento

A cooperação entre entidades públicas pode também existir a propósito da associação entre entidades com vista à adjudicação de um contrato público. Pode ser do interesse de entidades adjudicantes unir economia de meios e recursos financeiros em torno de uma necessidade comum ou em relação a projeto que, de forma individual não estariam em condições de levar a cabo. Por exemplo, construção de uma estrada intermunicipal. Trata-se de cooperação em agrupamento que recebeu consagração no artigo 39.º do CCP:

"1 - As entidades adjudicantes podem agrupar-se com vista à formação de:

a) Um contrato cuja execução seja do interesse de todas;

b) Um acordo quadro de que todas possam beneficiar.

¹⁰ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 257.



2 - As entidades adjudicantes devem designar qual delas constitui o representante do agrupamento para efeitos de condução do procedimento de formação do contrato ou do acordo quadro a celebrar;

3 - A decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a decisão de qualificação dos candidatos e a decisão de adjudicação devem ser tomadas conjuntamente pelos órgãos competentes de todas as entidades adjudicantes que integram o agrupamento;

4 - No caso de agrupamentos de entidades adjudicantes constituídos por pelo menos uma das referidas no n.º 1 do artigo 2.º, o ajuste direto e o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação adotados nos termos do disposto nos artigos 19.º e 20.º só permite a celebração de contratos de valor inferior ao mais baixo dos limites neles referidos, consoante o caso¹¹;

5 - No caso de agrupamentos de entidades adjudicantes, só pode ser adotado um procedimento em função de um dos critérios materiais previstos nos capítulos III e IV do título anterior quando tal critério se verifique relativamente a todas as entidades que o constituem".

Esta solução de cooperação, estruturalmente distinta daquela primeira enunciada, colocará problemas distintos¹². Desde logo, a propósito da questão relativa à regularidade da formação do ato de adjudicação (n.º 3), que implica o exercício conjunto de competências¹³, passando pela *vexata questio* da escolha do procedimento em ligação com as entidades que compõem o agrupamento. Sempre com a possível complexidade de os órgãos de cada entidade não serem estruturalmente idênticos (singulares/colegiais) e portanto estarem sujeitos a regras distintas quanto à formação da vontade. E no procedimento adjudicatório, apesar da existência de representante, há que ficar certo e inequívoco o exercício das competências de cada entidade.

Convém esclarecer que a previsão do n.º 1 do artigo 39.º não se confunde com a institucionalização de uma central de compras, prevista no artigo 260.º. O agrupamento destina-se à celebração de um concreto contrato. A central de compras é um procedimento especial e destina-se à celebração de múltiplos contratos¹⁴.

É igualmente relevante ter presente o n.º 6 do artigo 47.º porquanto contém uma regra, associada ao agrupamento, relativa a autorização da despesa.

¹¹ Esta limitação não parece resultar da legislação comunitária. Neste sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 396.

¹² MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA entende que se trata de uma "associação meramente informal", não existindo a obrigação de associação jurídica como se impõe para o agrupamento de concorrentes, (OLIVEIRA, Agrupamento de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública, 2010, p. 108). No mesmo sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 395.

¹³ Que, parece dever-se entender implicar a unanimidade.

¹⁴ Na construção comunitária, a Central de compras é uma entidade adjudicante – cfr. o disposto no n.º 10 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18 e no n.º 16 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24.



Podia colocar-se a questão de saber se poderia o agrupamento funcionar apenas para a fase de adjudicação, o que significaria que existiriam, a posteriori, tantos contratos quantas as partes. À luz do artigo 39.º, esta hipótese parece não ter ali cabimento¹⁵.

Esta disposição permite igualmente equacionar outras questões, designadamente a de saber que quota de responsabilidade cabe a cada entidade no pagamento do preço. Deve entender-se que é a que resulta da fração de despesa inerente, sem prejuízo de responsabilidade solidária perante o adjudicatário. Claro que a questão poderá estar resolvida de outro modo e à partida no caderno de encargos, caso em que, não existindo violação do princípio da legalidade, será de aplicar a opção vertida no caderno de encargos. Uma outra questão que se pode aqui colocar é a de saber a quem cabe a elaboração do caderno de encargos. Na minha perspetiva, a responsabilidade cabe ao agrupamento devido à regra da competência prevista no artigo 39.º¹⁶.

2. O princípio da não aplicação das normas comunitárias sobre contratação pública nas relações *in house providing* e outros contratos entre entidades públicas

No domínio do direito europeu e no que às novas Diretivas diz respeito, a cooperação entre entidades adjudicantes revela-se no essencial nas seguintes áreas: contratação *in house*, cooperação entre entidades públicas e a transferência de uma tarefa pública¹⁷.

Como tratar os contratos entre entidades públicas à luz das regras da contratação pública?

Em regra, um contrato para obter fornecimento de bens ou serviços, celebrado entre entidades públicas está sujeito às regras comunitárias da concorrência¹⁸. A natureza pública dos contratantes, de *per se*, não exclui a aplicação das regras da contratação pública¹⁹. Por isso, apesar de se poderem levantar dúvidas, não está à partida excluída a participação concorrencial de entidades públicas com vista à celebração de um contrato cujas prestações se submetem à concorrência²⁰.

Contudo, existem limitações a esta regra²¹.

¹⁵ Neste sentido, OLIVEIRA & OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos na contratação pública*, 2011, p. 393.

¹⁶ *Vide infra* no ponto 4 maiores desenvolvimentos sobre a questão, designadamente quanto ao que está envolvido na decisão de escolha do procedimento; as menções dos órgãos que intervêm no procedimento no caderno de encargos, etc.

¹⁷ WAUTERS, 2014, p. 143.

¹⁸ Referindo-se precisamente à ilegalidade de exclusão deste tipo de contrato no domínio das Diretivas anteriores e entendendo que as legislações nacionais, se previssem tal exclusão, incorreriam em erro de transposição, BOVIS, 2007, pp. 189 e 190.

¹⁹ ARROWSMITH, 2014, p. 499.

²⁰ Refletindo sobre a sujeição a procedimentos concorrenciais associados à celebração de contratos de empreitada e concessões e esgrimindo argumentos doutrinários a favor e contra, *vide* LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, 2011, p. 285 e ss.

²¹ Seguimos de perto a apresentação desta questão por SUE ARROWSMITH (ARROWSMITH, 2014, p. 498 e ss.).



A primeira delas respeita às situações em que a relação aquisitiva se processa dentro da mesma pessoa coletiva. Ou seja, a entidade pública não está obrigada a externalizar as suas aquisições quando as pode conseguir internamente. Trata-se da verdadeira relação *in house*. Nem sequer a decisão de não ir ao mercado está sujeita às regras da contratação pública²².

Uma segunda situação diz respeito à hipótese em que a entidade pública adquire bens ou serviços a uma entidade que é sua, sendo que tais aquisições não estão submetidas às regras europeias de contratação pública (situações de "*quasi in-house*"). Trata-se da doutrina pretoriana constante do Acórdão *Teckal* e que recebeu acolhimento no artigo 5.º, n.º 2 do CCP²³.

Uma terceira situação de exclusão respeita à construção jurisprudencial vertida no Acórdão *Hamburg* ou a doutrina da cooperação fora das situações enquadráveis na *in house providing* – a cooperação horizontal.

Uma quarta situação diz respeito aos contratos pelos quais se opera uma transferência de competências/atribuições entre entidades públicas.

É admitida ainda como exceção a situação em que a aquisição de serviços se faz a entidade pública que detém direitos exclusivos sobre o serviço.

Por último, também se encontra excluída da aplicação da Diretiva a figura das Compras Centralizadas.

Ainda antes de analisar cada uma destas situações, importa igualmente sublinhar que existem certas formas de atuação, em particular informais, que caem também fora do âmbito de aplicação das Diretivas. SUE ARROWSMITH dá como exemplo o empréstimo de trabalhadores para fazer face a picos de serviço, pontualmente, sem acordo formal escrito²⁴.

A questão que se coloca face a este elenco de situações de não aplicação das regras comunitárias é encontrar o fundamento jurídico de tais exclusões. As situações das relações *in house* estão de facto relacionadas com a tensão entre liberdade de mercado e a liberdade de auto-organização da Administração Pública, tendo amiúde o TJUE afirmado que os Estados

²² Cfr. o Acórdão *Teckal* do TJUE.

²³ Há doutrina a duvidar se este tipo de cooperação se configura ou não como contrato. Neste sentido, por exemplo, TAVARES & DENTE, 2009, p. 60; no sentido de que a alteridade ou "terceiridade" se manifesta neste tipo de contratos, exceto se se existir uma relação hierárquica entre as partes que conduza a uma supressão da autonomia da vontade, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 119; ESTORNINHO, 2006, p. 81.

²⁴ ARROWSMITH, 2014, p. 500.



membros têm liberdade de se auto-organizar²⁵. As novas Diretivas aliás afirmam precisamente este princípio²⁶.

Nada impõe às entidades públicas que recorram ao mercado da concorrência para obter bens ou serviços que, pela sua própria capacidade podem obter. De qualquer modo, esta discricionariedade de não ficar abrangido pelas Diretivas deve conter-se no domínio e âmbito das atribuições e competências definidas legalmente como integrando a esfera típica de atuação²⁷.

2.1. A doutrina *Teckal* – cooperação vertical

Neste Acórdão do TJUE, o Tribunal abriu as portas à não sujeição das regras de contratação pública das situações de *quase in house*. Ou seja, daquelas situações em que os bens ou serviços são solicitados a entidade formalmente distinta da entidade que procura tais bens e serviços, mas que tem com ela uma ligação material incindível ao ponto de se poder considerar que ainda é contratação dentro de portas. A referida ligação material é estabelecida, segundo a jurisprudência comunitária, pelo “controlo” que a primeira entidade exerce sobre a segunda. A jurisprudência contudo admite que o controlo possa ser assegurado conjuntamente por duas entidades, caso em que se manteria a caracterização de “quasi in house”. Podem entidades públicas partilhar e prosseguir interesses comuns e a atuação conjunta ser mais benéfica para a prossecução das respetivas tarefas através deste tipo de contratação.

A exclusão da aplicabilidade das regras da contratação pública foi portanto sustentada neste Acórdão, sendo que o Tribunal entendeu também que as regras do artigo 106.º do TFUE não se aplicariam²⁸.

Foram, como se sabe, estabelecidas duas condições de verificação cumulativa, para que opere a doutrina pretoriana²⁹:

a) Condição de controlo: a entidade adjudicante deve exercer um controlo do tipo que exerce sobre os seus órgãos e serviços, devendo a condição verificar-se quer haja controlo por uma

²⁵ Situando a questão nesta tensão, AZEVEDO, 2008. Sublinhando esta ideia de liberdade de auto-organização, LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 170; WIGGEN, Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 84; ARROWSMITH, 2014, pp. 500-501; WAUTERS, 2014, p. 145; OLYKKE & ANDERSEN, 2015 (n.º 1), p. 2; Acórdãos do TJUE *Stadt Halle* (C – 26/03); Documento de trabalho dos serviços da Comissão (SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011, pp. 5 e ss.

²⁶ Veja-se por exemplo, o artigo 2.º da Diretiva 23/2014; os considerandos 5 (“*Recorde-se que nada na presente diretiva obriga os Estados-Membros a confiar a terceiros, mediante contrato, ou a externalizar a prestação de serviços que pretendam eles próprios prestar ou organizar por meios diferentes dos contratos públicos na aceção da presente diretiva*”) e 31 (“*Contudo, a aplicação das regras da contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras autoridades públicas*”) da Diretiva 24/2014; o considerando 9 da Diretiva 25/2014 (de algum modo).

²⁷ Chamando a atenção para este aspeto, Advogado Geral Geelhoed, no Acórdão *Asemfo v Tragsa* (conclusões).

²⁸ Trata-se das regras de aplicação de procedimentos transparentes e competitivos.

²⁹ Neste sentido e referindo-se a doutrina francesa, WAUTERS, 2014, p. 158.



única entidade ou conjuntamente por mais do que uma³⁰. Acresce que o TJUE tem exigido que o referido controlo se traduza em “decisiva influência sobre objetivos estratégicos e decisões significativas”³¹. Caso o controlo seja feito conjuntamente, o Tribunal apenas exige que a condição de controlo seja exercida conjuntamente por todas as entidades envolvidas³². De todo o modo, o controlo tem de ser efetivo, não bastando o controlo maioritário sobre as participações sociais³³.

O TJUE precisou contudo que se a entidade controlada tivesse vocação de mercado para lá do espaço territorial da entidade que exerce o controlo, exercendo diferentes atividades, tal característica poderia enfraquecer ou atenuar o controlo e, com isso, inviabilizar o preenchimento desta condição³⁴.

A jurisprudência tem também referido que a forma que assume a entidade controlada é relevante. No Acórdão *Coditel*, foi sustentado que o requisito estava preenchido porque a entidade adjudicatária não tinha a forma de uma “companhia que podia prosseguir objetivos independentes dos da entidade controladora, mas antes o de uma sociedade intermunicipal sem carácter comercial”³⁵.

Se a condição se verificar aquando da outorga do contrato mas cessar no decurso da sua execução, há lugar a aplicação da Diretiva. O mesmo se passando com a exigência de inexistência de interesses privados na entidade subordinada.

b) Condição da atividade: o essencial da atividade da entidade subordinada tem de ser dedicada à entidade controladora. Tratando-se de controlo conjunto, o essencial da atividade deve referir-se às entidades envolvidas e não apenas a quem adjudica³⁶. Pretende-se assegurar a sadia concorrência. Cabe contudo advertir que esta condição não é exigida nas genuínas relações *in house*³⁷. Esta condição abriu as portas à discussão sobre a percentagem de atividade que deve estar alocada à entidade controladora. O Tribunal entendeu estabelecer “critérios qualitativos” no Acórdão *Carbotermo*: há mercado para aqueles serviços e as demais atividades da entidade controlada são oferecidas ou passíveis de serem oferecidas em mercado. Este critério gerava alguma insegurança³⁸. Como veremos, a nova Diretiva vem dar uma resposta mais segura a esta questão.

De todo o modo, foi posteriormente aduzido um outro requisito: não podia estar presente qualquer participação privada na entidade controlada. Este requisito merecerá, como veremos, alguma concretização na Diretiva. Esta condição resultou da doutrina contida no

³⁰ Cfr. os Acórdãos do TJUE *Carbotermo*, *Asemfo v Tragsa*; *Coditel*; *Sea*.

³¹ Acórdão do TJUE *Parking Brixen*.

³² Um dos modos para aferir deste controlo conjunto pode passar, por exemplo, pela circunstância dos órgãos decisores da entidade controlada ser integrado por representantes das entidades controladoras, sendo irrelevante, nesse caso, a maioria de votação (cfr. o Acórdão do TJUE *Coditel* – o TJUE não exigiu que todas as entidades participassem; era suficiente para que a condição estivesse preenchida). Também Acórdão *Sea*.

³³ Acórdão do TJUE *Econord*.

³⁴ Acórdão *Parking Brixen*. Vide ARROWSMITH, 2014, pp. 508-509.

³⁵ ARROWSMITH, 2014, p. 509.

³⁶ Acórdão TJUE *Carbotermo*.

³⁷ ARROWSMITH, 2014, p. 510.

³⁸ Sublinhando este aspeto, ARROWSMITH, 2014, p. 512.



Acórdão *Stadt Halle* e passou a funcionar como condição excludente da doutrina Teckal quando não estivesse preenchida. Tentou-se amenizar a condição, na sua força excludente, mas o TJUE não se mostrou recetivo³⁹. Voltaremos a esta questão no ponto 3.

2.2. A doutrina *Hamburg* – cooperação horizontal

O TJUE estabeleceu que a doutrina Teckal não esgota todas as hipóteses de cooperação entre entidades adjudicantes subtraídas à aplicação das Diretivas. Designadamente, as situações em que não há criação de entidade controlada⁴⁰.

A consideração de que as situações de cooperação entre entidades públicas caíam fora dos objetivos das Diretivas constitui uma evolução na jurisprudência do TJUE⁴¹. Era considerada uma medida de Estado. Antes das diretivas de 2004, “não era muito claro se os acordos de cooperação entre autoridades públicas estariam sob a égide do objetivo das regulamentações da contratação pública”⁴². Mas já então a doutrina, designadamente a alemã, entendia que os fundamentos da legislação comunitária nesta matéria apenas permitiam que as diretivas fossem aplicadas quando havia *players* de mercado envolvidos, o que não sucederia com as entidades públicas quando cooperavam, uma vez que apenas o interesse público as guiaria⁴³. Contudo, as diretivas de 2004, na sequência de uma previsão anterior na Diretiva 92/50/CEE, não evidenciavam a não submissão destas formas de cooperação ao regime da contratação pública. A própria jurisprudência do TJUE afirmava a submissão destas formas de cooperação às diretivas⁴⁴.

A construção jurisprudencial evoluiu então para a consideração de outro tipo de situação, fora das relações *in house* e da única exceção que as Diretivas 2004/18 e 2004/17, nos artigos 18 e 23, respetivamente, assumiam (direitos exclusivos). Para efeito da aplicação desta exceção⁴⁵, o TJUE também estabeleceu um conjunto de condições ou critérios de preenchimento cumulativo⁴⁶, alargando a admissibilidade de outras formas de cooperação (por comparação com a doutrina Teckal):

a) Não existir participação privada: para a aplicação da exceção, a cooperação só pode envolver entidades públicas para assegurar a prossecução de tarefas públicas por cada uma delas. O TJUE não definiu com detalhe esta condição no Acórdão *Hamburg* mas a Comissão, no

³⁹ ARROWSMITH, 2014, p. 513.

⁴⁰ A construção do TJUE coloca a dificuldade de distinção entre um contrato interadministrativo e um contrato de prestação de serviços. Como sempre, a orientação do TJUE é de interpretação restritiva dos requisitos excepcionantes. Neste sentido, LEITÃO, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, 2, p. 127; FALLE, 2014, 5, p. 132.

⁴¹ Dando conta da evolução jurisprudencial *vide* WAUTERS, 2014, p. 146 e ss.; afirmando que a jurisprudência do TJUE não excluía a cooperação entre entidades públicas do âmbito das regras da contratação pública, WIGGEN, Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law, 2011, 5, p. 171. Informando que esta exceção já se encontrava no direito francês, NOGUELLOU, 2014, pp. 23, nota 28.

⁴² WAUTERS, 2014, p. 146.

⁴³ Neste sentido, BURGI M., 2010, p. 79.

⁴⁴ Neste sentido, Acórdão Teckal, Acórdão ARGE (C-94/99), Acórdão Comissão v. Espanha; Acórdão CoNISMA;

⁴⁵ CLAUDIA VIANA sustenta que a doutrina Hamburg não se enquadra na exceção *in house*, (VIANA, A influência do “mercado relevante” na contratação in-house, 2013, p. 79).

⁴⁶ WAUTERS, 2014, p. 178.



seu documento de trabalho SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011, foi contribuindo para essa definição, dizendo, por exemplo que era irrelevante a forma de cooperação, que a cooperação devia ter um alcance mais amplo do que a mera aquisição, mas antes o exercício de uma tarefa pública, ou seja, a assunção de obrigações mútuas⁴⁷. Tal significa que a participação deve ser efetiva⁴⁸. Esta condição está expressa no Acórdão *Hamburg* e foi confirmada no Acórdão *Azienda*.

b) Nenhum fornecedor privado pode ser colocado em posição de vantagem face a potenciais concorrentes: esta condição foi igualmente confirmada no Acórdão *Azienda*. No Acórdão *Piepenbrock*, o TJUE parece ter considerado que a mera autorização de uso de terceiros seria suficiente para excluir o contrato da doutrina *Hamburg*⁴⁹.

c) A implementação da cooperação ser única e exclusivamente orientada/fundada na prossecução de interesses públicos: esta condição relaciona-se com a proibição de obtenção de lucros pelas entidades envolvidas, permitindo-se apenas o reembolso de custos e mesmo aí com limites⁵⁰.

Para a Comissão, deveria existir aqui também o preenchimento da condição da essencialidade da atividade⁵¹.

Por fim, foi estabelecida uma condição negativa: a cooperação não pode ser um meio de defraudar as normas da contratação pública. Normalmente, tal sucederá quando a finalidade de prossecução de interesse público está ausente.

Apreciando a doutrina pretoriana vertida no Acórdão *Hamburg*, CLÁUDIA VIANA sustenta que o TJUE “privilegia uma conceção funcional e material das entidades públicas”⁵².

O Tribunal de Justiça continuou a proferir acórdãos com esta construção. Para além do Acórdão *Azienda* (C-159/11, de 19 de dezembro de 2012), que veio aperfeiçoar as condições de verificação de uma cooperação horizontal, designadamente no que se refere ao requisito da prossecução de interesse público, já em 2014, foi proferido um Acórdão significativo nesta matéria (que não aplicou a doutrina por não estarem preenchidos os pressupostos)⁵³. Trata-se do Acórdão C-15/13, de 8/5/2014, em que o Tribunal declarou: “*O artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objeto o fornecimento de produtos,*

⁴⁷ Ponto 3.3.2 do SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011.

⁴⁸ Criticando esta concretização, ARROWSMITH, 2014, p. 523.

⁴⁹ Cfr. § 30 do Acórdão *Piepenbrock*.

⁵⁰ Cfr. o SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011 (ponto 3.3.3.) e o Acórdão *Hamburg* [embora SUE ARROWSMITH chame a atenção para o facto de o Acórdão não ter estabelecido claramente este como requisito em todos os casos, (Arrowsmith, 2014, p. 526)]. Já no Acórdão *Azienda*, o TJUE se debruçou, ainda que brevemente, sobre a questão do reembolso. Chamando a atenção para este aspeto, MCGOWAN, 2013, 3, p. 64.

⁵¹ Cfr. §3.3.3 SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011.

⁵² VIANA, A influencia do “mercado relevante” na contratação in house, 2013, p. 81.

⁵³ Analisando os referidos Acórdãos, sem contudo os identificar claramente, NOËL & MINAIRE, 2013, 136, p. 72 e ss.



*celebrado entre, por um lado, uma Universidade que é uma entidade adjudicante, controlada no domínio das suas aquisições de produtos e serviços por um estado federado alemão, e, por outro, uma sociedade de direito privado detida pelo Estado federal e por estados federados alemães, entre os quais figura o referido estado federado, constitui um contrato público na aceção dessa disposição e deve, por conseguinte, estar sujeito às regras de adjudicação de contratos públicos previstas nesta diretiva*⁵⁴.

Esta construção, ao contrário da doutrina Teckal, assenta no objeto do contrato para determinar a não sujeição às Diretivas. Recorde-se que um dos critérios é precisamente a prossecução de uma tarefa pública associada ao contrato, requisito que não existe nas relações *in house*⁵⁵.

2.3. Transferência de competências administrativas

Este é um dos tipos de contratos interadministrativos descritos por ALEXANDRA LEITÃO e que a Comissão reconhece como integrando a discricionariedade dos Estados membros de se organizarem⁵⁶. Logo, trata-se de formas de cooperação que escapam tanto às regras das Diretivas como às regras do TFUE.

2.4. Situações de direitos exclusivos

Nas situações acima descritas que ficam sob a alçada do TFUE e das Diretivas, por não se verificarem os respetivos requisitos de não aplicação, ainda assim pode funcionar uma outra exceção. Trata-se da situação em que quem providencia os serviços ou bens o faz a título de direitos exclusivos. Trata-se de uma hipótese já acolhida no artigo 18.º da Diretiva 2004/18: *"A presente directiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma entidade adjudicante a outra entidade adjudicante ou a uma associação de entidades adjudicantes com base num direito exclusivo de que estas beneficiem em virtude de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o Tratado"*.

Como veremos adiante, esta solução mantém-se na nova Diretiva.

Internamente, esta hipótese de exclusão da sujeição às regras da contratação pública encontra acolhimento na alínea a) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP: *"Contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse*

⁵⁴ Comentando este Acórdão, sublinhando a sua relevância imediata para as autoridades contratantes mas igualmente para a transposição da Diretiva, situando a aplicabilidade da Diretiva 2014/24 no âmbito dos princípios estabelecidos pela jurisprudência, (McGOWAN, Can horizontal in-house fall within Teckal? A note on case C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH, 2014 (n.º 5), p. 122).

⁵⁵ WAUTERS, 2014, p. 180.

⁵⁶ Cfr. o § 4.1. SEC 2011, 1169 final, de 4.10.2011. vide também o Acórdão *Irish Ambulance*.



direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis”.

2.5. Centrais de compras

As centrais de compras estão previstas no artigo 11.º da Diretiva 2004/18: “1. Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes contratarem empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras. 2. Considera-se que as entidades adjudicantes que contratam empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras nos casos referidos no n.º 10 do artigo 1.º cumpriram o disposto na presente directiva sempre que a referida central de compras o tenha cumprido”. Não está aqui incluída a hipótese em que a central disponibiliza os seus próprios recursos.

Mesmo nesta configuração, havia uma ou outra questão que se podia colocar a propósito dos contratos entre as entidades adjudicantes e a Central de Compras. Por exemplo, como tratar a situação em que a central de compras não cumpriu “o disposto” na Diretiva. SUE ARROWSMITH entende que nesse caso não será de aplicar a exceção, o que significa que a entidade adjudicante deverá cumprir a Diretiva e será responsabilizado em conformidade. A A. equaciona também a corresponsabilização da entidade adjudicante e a central e compras pelo incumprimento da Diretiva⁵⁷.

A matéria mereceu, como veremos, um tratamento mais detalhado na Diretiva 2014/24.

2.6. As hipóteses no Código dos Contratos Públicos

2.6.1. A previsão do n.º 1 do artigo 5.º

Estabelece o n.º 1 do artigo 5.º: “A parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação”.

Incluir-se-ão nesta exceção, “todos os contratos de cooperação paritária entre entidades administrativas”, uma vez que “as prestações que são objeto de tais contratos não estão, nem são suscetíveis de estar, submetidas à concorrência de mercado” (ALEXANDRA LEITÃO)⁵⁸.

Trata-se de contrato cujas prestações escapam à lógica do mercado como por exemplo a atribuição de um subsídio, por exemplo. Mais, ALEXANDRA LEITÃO sustenta que podem ser aqui

⁵⁷ ARROWSMITH, 2014, p. 537.

⁵⁸ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 172. Estamos a falar de contratos sobre competências, sobre o exercício de poderes públicos, contratos-plano, contratos institucionais. Sobre esta categoria, vide LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 192 e ss. No mesmo sentido, o da compatibilização deste artigo com o artigo 16.º, OLIVEIRA & OLIVEIRA, Concursos e outros procedimentos na contratação pública, 2011, p. 145.



incluídos, sob pena de esvaziamento da prescrição normativa⁵⁹, contratos com prestações sujeitas à concorrência, que não o são integralmente (nem subsumível aos tipos contratuais a que se refere o artigo 6.º), bastando que os demais requisitos estejam preenchidos⁶⁰. Não se encontrando preenchidos, tal não significa que o contrato tenha de ser submetido a ampla concorrência, isto é, convém não confundir situações excluídas das regras da contratação pública daquelas que, estando sujeitas, ainda assim se verificam os requisitos de recurso a ajuste direto por serem pessoais as prestações envolvidas⁶¹.

2.6.2. A doutrina Teckal – artigo 5.º, n.º 2

Estabelece o n.º 2 do artigo 5.º: *“A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:*

a) *A entidade adjudicante exerça sobre a atividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e [condição de controlo – isolado ou em conjunto]*

b) *Esta entidade desenvolva o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior. [condição de atividade]*

É ainda de ter presente o que prescreve o n.º 6 do mesmo artigo: *“À formação dos contratos referidos nos n.ºs 1 a 4 são aplicáveis:*

a) *Os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo; ou*

b) *Quando estejam em causa contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações”.*

É neste item que está consagrada a teoria das relações *“quasi in house”*, justificada pelo princípio da auto-organização da Administração Pública. Não há contudo referência legal interna à não participação de capitais privados. Todavia, como se sabe, apesar da norma expressa interna, os operadores jurídicos devem interpretar o direito interno, em matérias em que o direito europeu é matriz, à luz do princípio da interpretação conforme ao Direito Europeu, incluindo a construção pretoriana do TJUE⁶².

⁵⁹ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 169.

⁶⁰ LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 170. A A. funda a sua opinião na jurisprudência do TJUE – Acórdão Comissão v. República Federal da Alemanha (Proc. C – 480/06).

⁶¹ Precisamente neste sentido, LEITÃO, Contratos interadministrativos, 2012/2013, p. 172.

⁶² Sublinhando este aspeto, que pode ter relevância na discussão do alcance dos requisitos comunitários atrás expostos, FERREIRA, 2013, p. 221. Sobre a questão da associação com instituições privadas e como tal associação coloca em crise o “controlo análogo, vide Acórdão do STA de 25/9/2014, Proc. n.º 718/12 (*“I – Quando a entidade adjudicatária de um contrato público é uma associação de utilidade pública sem fins lucrativos que, no momento da*



2.6.3. Direitos exclusivos – artigo 5.º, n.º 4, alínea a)

Um dos contratos incluídos no rol de “contratação excluída” é o que diz respeito a “*contratos que devam ser celebrados com uma entidade, que seja ela própria uma entidade adjudicante, em virtude de esta beneficiar de um direito exclusivo de prestar o serviço a adquirir, desde que a atribuição desse direito exclusivo seja compatível com as normas e os princípios constitucionais e comunitários aplicáveis*”. Resulta do artigo 18.º da Diretiva 18/2004. Trata-se dos *serviços de interesse económico geral*, associados a obrigações de serviço público⁶³.

2.6.4. Alienação de imóveis

Também estão excluídos os contratos que de alienação de imóveis, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea c).

2.6.5. Centrais de compras

O CCP também consagra as centrais de compras nos artigos 260.º e ss.

A central de compras, segundo a Diretiva de 2004, é uma *entidade adjudicante que adquire fornecimentos e/ou serviços destinados a entidades adjudicantes ou procede à adjudicação de contratos públicos ou celebra acordos-quadro de obras, de fornecimento ou de serviços destinados a entidades adjudicantes* (artigo 11.º da Diretiva 18/2004).

Foi acolhido no artigo 260.º para a contratação de empreitadas de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis e aquisição de serviços. Depende de diploma regulador, nos termos do n.º 3. Consta hoje do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9/10.

Estão sujeitas às regras da contratação pública, o que vai permitir que os contratos subsequentes se entenda estarem isentos de prosseguir as mesmas regras. Claro que se colocam as questões de incumprimento das regras pela Central e como tal incumprimento se repercute nos contratos subsequentes, incluindo as dimensões de responsabilidade civil.

3. A Diretiva 24/2014 e o acolhimento legislativo da jurisprudência do TJUE⁶⁴

adjudicação desse contrato, conta entre os seus associados não só entidades pertencentes ao sector público mas também instituições privadas de solidariedade social que exercem actividades sem fins lucrativos, o requisito relativo ao «controlo análogo», estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para que a adjudicação de um contrato público possa ser considerada uma operação «in house», não está preenchido; II – No caso, em que está em causa um contrato de prestação de serviços que estão incluídos no Anexo II-B da Directiva 2004/18/CE, a circunstância de, ao tempo da sua celebração, o SUCH, enquanto entidade adjudicatária, integrar nos seus associados instituições privadas, ainda que de solidariedade social e sem fins lucrativos, impede que o CHS, enquanto «entidade adjudicante», e associada do SUCH, possa exercer sobre a actividade deste último um «controlo análogo» ao que exerce sobre os seus próprios serviços”.

⁶³ TAVARES & DENTE, 2009, p. 107; LEITÃO, Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”, 2007, n.º 65, pp. 22-23.

⁶⁴ As demais diretivas da contratação pública também contém disposições sobre os contratos entre entidades do sector público: artigo 28.º da Diretiva 2014/25 e o artigo 17.º na Diretiva 2014/23 (sobre as concessões). Segundo LAURENT RICHER, a Diretiva Setores especiais trata de forma idêntica a questão, (Richer, 2014, 143, p. 32). Artigo 28.º Contratos entre autoridades adjudicantes.



O legislador comunitário aproveitou a revisão das Diretivas sobre contratação pública para sistematizar as situações da cooperação entre entidades adjudicantes que não estavam submetidas às regras da concorrência ali vertidas. Por razões de certeza jurídica,

1. Um contrato adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

a) A autoridade adjudicante exerce sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) Mais de 80 % das atividades dessa pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas por tal autoridade adjudicante;

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Considera-se que uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na aceção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada. Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa coletiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante.

2. O n.º 1 aplica-se igualmente quando a pessoa controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem poder de bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

3. Uma autoridade adjudicante que não exerce controlo sobre uma pessoa coletiva regida por direito público ou privado na aceção do n.º 1 pode, no entanto, adjudicar um contrato público sem aplicar a presente diretiva a essa pessoa coletiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

a) A autoridade adjudicante exerce conjuntamente com outras autoridades adjudicantes sobre essa pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) Mais de 80 % das atividades dessa pessoa coletiva são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pelas autoridades adjudicantes que a controlam ou por outras pessoas coletivas controladas pelas mesmas autoridades adjudicantes;

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Para efeitos da alínea a) do primeiro parágrafo, considera-se que as autoridades adjudicantes exercem conjuntamente um controlo sobre uma entidade jurídica quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

i) os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes. Várias ou todas as autoridades adjudicantes participantes podem fazer-se representar por representantes individuais,

ii) essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada,

iii) a pessoa coletiva controlada não visa quaisquer interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.

4. Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando se verificarem todas as seguintes condições:

a) O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum;

b) A execução dessa cooperação é regida unicamente por considerações de interesse público;

c) As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação.

5. Para determinar a percentagem de atividades referida no n.º 1, primeiro parágrafo, alínea b), no n.º 3, primeiro parágrafo, alínea b), e no n.º 4, alínea c), é tida em conta a média do volume de negócios, ou uma adequada medida alternativa baseada na atividade, por exemplo os custos suportados pela pessoa coletiva em causa no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato.

Se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios ou a adequada medida alternativa baseada na atividade não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades”.



sistematização e clarificação das hipóteses que a jurisprudência comunitária vinha desenvolvendo. Aliás, expressamente afirmadas no considerando 31: *“Existe uma considerável insegurança jurídica quanto a saber em que medida os contratos celebrados entre entidades do setor público deverão estar sujeitos às regras da contratação pública. A jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia é interpretada de forma diferente pelos Estados-Membros e mesmo pelas autoridades adjudicantes. Por conseguinte, é necessário clarificar em que casos os contratos celebrados dentro do setor público não estão sujeitos à aplicação das regras da contratação pública”*.

De todo modo, LAURENT RICHER não hesita em, ao analisar a opção legislativa contida na Diretiva 2014/24, sustentar que *“a jurisprudência Hamburg, como a jurisprudência sobre a “in house”, tem fundamentos políticos”*⁶⁵.

A solução jurídica vertida designadamente no artigo 12.º da Diretiva 2014/24 (e que também mereceu atenção das Diretivas dos setores especiais e das concessões) sistematiza a doutrina pretoriana, pretendendo conferir-lhe coerência mas foi mais além, inovando a construção jurisprudencial em alguns aspetos⁶⁶. Algumas das disposições do artigo 12.º são criticados pela doutrina, designadamente pela dispersão normativa como MARTIN BURGI^{67 68}. Além disso, a própria inserção sistemática do artigo 12.º é alvo de críticas: *“apenas o que em princípio é aplicável pode ser excluído”*⁶⁹.

Ora, é precisamente as inovações do legislador comunitário que iremos sublinhar e que porventura impõem, aquando da transposição para o ordenamento português, alterações no CCP.

O artigo 12.º da Diretiva 2014/24 veio verter em lei a construção jurisprudencial que atrás brevemente enunciamos. O teor das disposições, mais do que excepcionar a aplicação da Diretiva, prevê a possibilidade de ela não ser de aplicar...

3.1. Os n.ºs 1 a 3 do referido artigo consagram a doutrina Teckal, ou a cooperação vertical⁷⁰:

“1. Um contrato público adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

⁶⁵ RICHER, 2014, 143, p. 33. No mesmo sentido, DABRETEAU, 2015, p. 1.

⁶⁶ BURGI, 2014, p. 51. No mesmo sentido, RICHER, 2014, 143, p. 32; DABRETEAU, 2015, p. 1; WIGGEN, *Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector*, 2014, 3, p. 84; MCGOWAN, 2013, 6, p. 234.

⁶⁷ MARTIN BURGI critica a dispersão normativa pelos vários n.ºs do artigo 12.º, sublinhando que a disposição não cumpre os objetivos da própria diretiva relacionados com a simplificação e certeza e segurança jurídica (BURGI, 2014, pp. 52-53).

⁶⁸ *Vide*, por exemplo, ARROWSMITH, 2014, p. 501.

⁶⁹ BURGI, 2014, p. 53.

⁷⁰ De qualquer modo, o n.º 2 do artigo 12.º, na opinião de JANICKE WIGGEN, estabelece que a exceção da doutrina *in house* “pode ser aplicada à cooperação institucionalizadas nas constelações horizontal e vertical reversa”, WIGGEN, *Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector*, 2014, 3, p. 87.



a) A autoridade adjudicante exerce sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) Mais de 80 % das atividades da pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante; e

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Considera-se que uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na aceção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada. Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa coletiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante"⁷¹.

Consegue-se desde logo identificar as condições pretorianas:

i) Condição de controlo - influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada e quando uma pessoa coletiva controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada (n.º 2 do artigo 12.º).

Impõe-se todavia sublinhar que o n.º 3 do artigo 12.º, referindo-se às situações em que não há o controlo previsto no n.º 1, ainda assim a Diretiva pode ser afastada se se verificarem os requisitos elencados nos n.ºs anteriores: controlo conjunto [alínea a)], esclarecendo-se de seguida que "para efeitos da alínea a) do primeiro parágrafo, considera-se que as autoridades adjudicantes exercem conjuntamente um controlo sobre uma pessoa coletiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

i) Os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes. Várias ou todas as autoridades adjudicantes participantes podem fazer-se representar por representantes individuais,

⁷¹ Referindo-se à alteração da legislação quanto às implicações da presença direta ou indireta de capital privado, WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 85.



ii) Essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada,

iii) A pessoa coletiva controlada não persegue quaisquer interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.”⁷²

ii) Condição da essencialidade da atividade - Mais de 80 % das atividades da pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante; o legislador optou pelo critério quantitativo, mais certo, admitindo uma atividade residual mas exigindo que a atividade se relacione diretamente com a entidade adjudicante que exerce o controlo⁷³. O requisito da atividade não parece aplicar-se nas situações previstas no n.º 2 do artigo 12.º, o que tem merecido críticas da doutrina⁷⁴. Veja-se o que se dispõe no n.º 2: “O n.º 1 aplica-se igualmente quando uma pessoa coletiva controlada que é uma autoridade adjudicante adjudica um contrato à autoridade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma autoridade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada”. Trata-se da designada cooperação vertical invertida. A remissão da disposição é para o n.º 1 que engloba três alíneas ou apenas para o corpo do n.º 1? De todo modo, a doutrina que critica a falta de clareza, entende que o requisito da atividade se deveria aplicar.

O n.º 5 do artigo 12.º vem esclarecer que critério se deve utilizar para integrar os 80% é “o volume médio total de negócios, ou uma medida alternativa adequada, baseada na atividade, por exemplo os custos suportados pela pessoa coletiva em causa ou pela autoridade contratante no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato”, acrescentando e resolvendo a questão da não manutenção do preenchimento do requisito que “se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou a autoridade contratante devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios, ou a medida alternativa adequada baseada na atividade, não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades”⁷⁵.

O Tribunal de Justiça tem evitado a definição de uma percentagem fixa.

⁷² Para WAUTERS, trata-se da consagração da jurisprudência contida no Acórdão *Coditel* (in WAUTERS, 2014, p. 188.)

⁷³ Resulta do n.º 3 do artigo 12.º e tem origem nos Acórdãos *Asemfo*, *Coditel*, *Sea* e *Econord*.

⁷⁴ ARROWSMITH, 2014, p. 519); WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3.

⁷⁵ Comentando a opção do legislador comunitário, a propósito do Acórdão C -574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal*, BROWN, 2014 (n.º 5), p. 137.



iii) De forma expressa, a Diretiva prescreve a terceira condição – ausência de capital privado: “*não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada*”. A proposta inicial da Comissão ia no sentido de total ausência de capital privado, mas foi criticada tal opção devido a soluções internas de Estados membros cuja legislação, em algumas situações requeriam precisamente a participação de capital privado. A versão definitiva não foi nesse sentido, tendo ficado por uma formulação que não rigidifica o sistema.

A prescrição da Diretiva, na linha do que decorre do considerando 32, significa que “o capital privado indireto na pessoa controlada não excluiu a doutrina in-house”, significando inclusive, que pode haver capital privado, desde que nos termos da letra c) do n.º 1⁷⁶. Esta opção legislativa vem flexibilizar a atuação das entidades públicas. A flexibilidade consagrada pode contudo ser nefasta para o interesse público da concorrência. Contudo, a alínea b), ao consagrar uma percentagem de capital vem, por seu turno, dar alguma segurança jurídica nesta matéria⁷⁷.

3.2. A doutrina Hamburg, ou cooperação horizontal, está vertida no artigo 12.º, n.º 4, como uma “limitação do objetivo da diretiva mais do que uma exceção” (SUE ARROWSMITH)⁷⁸. Originalmente, o artigo 12.º impunha uma cooperação genuína entre entidades contratantes, o que acabou por não ficar vertido na versão final. As entidades públicas têm liberdade de escolha da forma de cooperação⁷⁹. O legislador comunitário alargou subjetivamente os potenciais contratantes, deixando de ser requisito ser entidade pública. Pode ser entre uma entidade desta natureza com outro poder adjudicatário⁸⁰.

Estão consagradas as várias condições pretorianas (*Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições*):

i) Desempenho conjunto de tarefas públicas: “*O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum*” – apenas estão mencionados os objetivos que, aparentemente não precisam de ser idênticos, podendo ser complementares⁸¹;

⁷⁶ WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, pp. 85-86.

⁷⁷ Referindo-se a estes dois aspetos, WIGGEN, Diretiva 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector, 2014, 3, p. 86. Vide também OLYKKE & ANDERSEN, 2015 (n.º 1), p. 9.

⁷⁸ ARROWSMITH, 2014, p. 527. No sentido de que, mais do que exceção, as construções jurisprudenciais caem fora do escopo das diretivas, KARAYIGIT, 2010, 6, p. 197; WILLIAMS, 2012, 1, p. 8.

⁷⁹ Isto mesmo foi sublinhado no Acórdão *Hamburg*, parágrafo 47.

⁸⁰ Parece contudo que este alargamento se basta na Diretiva concessões.

⁸¹ Cfr. Considerando 33.



ii) Condição da atividade [c) *As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação*], que deve ser interpretado com recurso ao critério estabelecido no n.º 5 do mesmo artigo.

A Diretiva não se refere especificamente à participação de capital privado na doutrina Hamburg, embora estivesse na proposta da Comissão. SUE ARROWSMITH entende que a ausência apenas pode significar que o requisito não se aplica a esta limitação⁸².

iii) Condição de atividade pública - *A execução da referida cooperação é unicamente regida por considerações de interesse público.*

Na construção jurisprudencial, deveria existir competência das entidades em relação ao serviço público. O legislador comunitário também aqui foi mais longe e, no considerando 47 da Diretiva das concessões, por exemplo, disse: *“Os serviços prestados pelas diferentes autoridades ou entidades participantes não têm de ser necessariamente idênticos, podendo ser também complementares”*; o mesmo reafirmado no artigo 17.º, n.º 4: *“Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes a que se refere o artigo 7.º, n.º 1, alínea a), não é abrangido pelo âmbito de aplicação da presente diretiva se estiverem preenchidas todas as seguintes condições:*

a) *O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum”*.

A codificação destas duas exceções mereceu, apesar das críticas pontuais, uma apreciação positiva global⁸³.

3.3. No que respeita aos contratos de transferência de atribuições e competências, a Diretiva é explícita no n.º 6 do artigo 1.º: *“Os acordos, decisões ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre autoridades adjudicantes ou agrupamentos de autoridades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração pela execução dos contratos, são considerados uma questão de organização interna dos Estado-Membro em causa e, como tal, não são de forma alguma afetados pela presente diretiva”*. Repare-se que não se trata de excecionar/limitar a aplicação da Diretiva; estruturalmente, esta prescrição normativa encontra-se no âmbito de definição de aplicação da Diretiva.

3.4. Relativamente aos contratos com entidades que detêm direitos exclusivos, a Diretiva de 2014 não alterou as disposições da Diretiva anterior: *“a presente diretiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços adjudicados por uma autoridade adjudicante a outra autoridade adjudicante ou a uma associação de autoridades adjudicantes com base num direito exclusivo*

⁸² ARROWSMITH, 2014, p. 528.

⁸³ BURGI, 2014, p. 65.



de que estas beneficiem em virtude de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas publicadas, desde que essas disposições sejam compatíveis com o TFUE”.

3.5. O mesmo já não se poderá dizer do regime das centrais de compras. Está previsto no artigo 37.º da Diretiva. Uma das principais alterações respeita à responsabilidade assumida por estas entidades para cumprir a Diretiva aquando compra bens e serviços para revender a autoridades contratantes, retirando-se a estes últimos a responsabilidade pelo incumprimento dos procedimentos: *“A autoridade adjudicante cumpre as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva ao adquirir fornecimentos ou serviços de uma central de compras que ofereça a atividade de compras centralizadas referida no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alínea a).*

Além disso, a autoridade adjudicante cumpre igualmente as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva ao adquirir obras, fornecimentos ou serviços, utilizando contratos adjudicados pela central de compras, recorrendo a sistemas de aquisição dinâmicos operados pela central de compras ou, na medida estabelecida no artigo 33º, n.º 2, segundo parágrafo, utilizando um acordo-quadro celebrado pela central de compras que oferece a atividade de compra referida no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alínea b). (artigo 37.º, n.º 2).

Sob a égide do n.º 4 do artigo 37.º, é admissível a aquisição de serviços centralizados a uma central de compras, sem observância da Diretiva, incluindo atividades auxiliares: *“As autoridades adjudicantes podem adjudicar um contrato público de serviços para a prestação de atividades de compras centralizadas a uma central de compras, sem aplicar os procedimentos previstos na presente diretiva.*

Esses contratos públicos de serviços podem também incluir a prestação de atividades de aquisição auxiliares”. Por fim, cabe sublinhar que a Diretiva prevê no n.º 2 do artigo 39.º que *“os Estados-Membros não podem proibir as suas autoridades adjudicantes de recorrer a atividades de compras centralizadas oferecidas por centrais de compras situadas noutro Estado-Membro.*

No que diz respeito às atividades de compras centralizadas oferecidas por uma central de compras situada num Estado-Membro que não o da autoridade adjudicante, os Estados-Membros podem, no entanto, optar por especificar que as respetivas autoridades adjudicantes só podem recorrer às atividades de compras centralizadas definidas no artigo 2.º, n.º 1, ponto 14, alíneas a) ou b)”.

4. Questões que se podem colocar a propósito das formas de cooperação entre entidades adjudicantes

Podia pensar-se que pelo facto de estarmos perante contratos celebrados em cooperação, tais contratos não colocariam problemas de resolução de litígios.



Há desde logo as questões relativas ao procedimento de formação desses mesmos contratos e as questões de legitimidade na intervenção nesse procedimento.

4.1. Procedimentalização

A formação dos contratos entre entidades adjudicantes está sujeito a procedimento de formação da vontade de ambas as partes. Trata-se de um procedimento interno a cada uma das partes contratuais, pelo que haverá tantos procedimentos internos quantas as partes⁸⁴, variando a natureza de tal procedimento com a natureza das entidades envolvidas.

Ora esta específica circunstância aumenta a possibilidade de litigiosidade, na medida em que em cada procedimento podem surgir atos suscetíveis de impugnação judicial. O que nos reconduz de imediato à questão da legitimidade para o efeito. Ora a legitimidade impugnativa está, por sua vez, implicada na legitimidade de intervenção no procedimento. Dependendo do tipo de cooperação, haverá, na perspetiva da legitimidade procedimental, que ter em consideração a nova regulamentação da relação procedimental que consta do CPA, designadamente dos artigos 65.º e ss.:

Artigo 65.º Sujeitos da relação jurídica procedimental

1 - São sujeitos da relação jurídica procedimental:

- a) Os órgãos das entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º, quando competentes para a tomada de decisões ou para a prática de atos preparatórios;*
- b) Os particulares legitimados nos termos do n.º 1 do artigo 68.º;*
- c) Pessoas singulares e coletivas de direito privado, em defesa de interesses difusos, segundo o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 68.º;*
- d) Os órgãos que exerçam funções administrativas, nas condições previstas no n.º 4 do artigo 68.º*

2 - Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se interessados no procedimento os sujeitos da relação jurídica procedimental referidos nas alíneas b), c) e d) do número anterior que como tal nele se constituam, ao abrigo de um dos títulos de legitimação previstos no artigo 68.º

(...)

Artigo 68.º Legitimidade procedimental

⁸⁴ Estes contratos podem integrar mais do que duas partes. Pense-se na modalidade de acordos endoprocedimentais, por exemplo.



1 - *Têm legitimidade para iniciar o procedimento ou para nele se constituírem como interessados os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins.*

2 - *Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural:*

a) *Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;*

b) *As associações e fundações representativas de tais interesses;*

c) *As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respetivas circunscrições.*

3 - *Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e de autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localizado o bem defendido.*

4 - *Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões.*

Portanto, na formação dos contratos que concretizam cooperação entre entes públicos, designadamente as que seja entidades adjudicantes na perspetiva do CCP, e em tudo o que não contenda com regimes especiais, deverão ter-se em consideração as novas formulações de legitimidade. Em particular, a prevista na alínea d) do n.º 1 do artigo 65.º e depois concretizada no n.º 4 do artigo 68.º

De qualquer modo, há acordos de cooperação, por exemplo no domínio de transferência de atribuições/competências que implicam interesses tutelados pela lei de participação procedimental e ação popular (educação, saúde, urbanismo, ambiente) que deverão acolher a participação de titulares de interesses deste tipo.

Do mesmo passo, os acordos de cooperação ao nível do procedimento, designadamente os relativos à concretização de conferências procedimentais.



Estas questões são da maior relevância porquanto a legitimidade procedimental será importante para determinar a legitimidade processual.

Nos contratos de cooperação que implicam relações multipolares, a complexidade do procedimento de formação transmite-se à execução do contrato e à eventual litigiosidade do mesmo.

Apesar de, como diz ALEXANDRA LEITÃO, a “formação dos contratos interadministrativos tem sido marcada, desde sempre, por uma significativa informalidade”⁸⁵, a verdade é que os ventos de mudança em sede procedimental quanto à proteção dos sujeitos da relação jurídica, ditarão a necessidade de algum cuidado naqueles procedimentos. Veja-se por exemplo os contratos previstos na Lei 75/2013.

Acresce que após a formação “interna” da vontade de uma das entidades contratantes, pode surgir a fase de controlo extrínseco, formalizada por atos de aprovação ou autorização de cabimento orçamental. Estamos no domínio das relações de tutela e superintendência. Trata-se de atos que tem consequências ao nível da eficácia.

Quanto ao procedimento externo, a maior parte destes contratos, como vimos, têm uma natureza intrinsecamente pessoal, pelo que fora dos casos em que os contratos entre entidades públicas estão submetidas as regras da Parte II do CCP, há, como vimos, uma certa informalidade procedimental.

Contudo, o artigo 5.º do CCP, no seu n.º 6, impõe que os contratos excluídos da aplicação do CCP, entre outros, se sujeitem às regras do CPA. Continua o legislador a querer evitar que o recurso ao contrato signifique a tentativa de subtração às regras procedimentais ou ao cumprimento de regras que, não fora a opção de escolha de formas de atuação, sempre teriam de ser cumpridas. E há terceiros a ser protegidos. Tem particular aplicabilidade a contratos que substituam atos administrativos ou sobre o exercício de poderes públicos ou contratos que concretizam a doutrina Teckal ou Hamburg.

Ora é precisamente pelo facto de terceiros poderem ser afetados que se deve permitir que intervenham no procedimento – trata-se da concretização do critério de legitimidade procedimental que o CPA veio alargar não só a associações, independentemente dos interesses que prossigam, mas também a órgãos “*peças coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões.*”

4.2. Exemplos de questões sobre contratos de cooperação⁸⁶

⁸⁵ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 314.

⁸⁶ Socorremo-nos para ilustração deste § da obra de ALEXANDRA LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 528 e ss.



- a) Uma das mais pertinentes questões prende-se com a questão da legitimidade processual ativa para as ações administrativas comuns (sobre validade ou execução) relativas a contratos interorgânicos. Pode um órgão propor ação contra outro órgão?
- b) Nos contratos relativos à conclusão de uma conferência procedimental, ALEXANDRA LEITÃO coloca a dúvida de saber se as partes participantes podem impugná-lo⁸⁷. Como as conferências procedimentais não são identificáveis como órgãos, não haverá razões para não poder o resultado contratual de tal instrumento ser impugnado como contrato que é;
- c) Contratos celebrados no domínio da doutrina Teckal ou Hamburg: os particulares afastados de um procedimento pré-adjudicatário podem impugnar o procedimento por falta de preenchimento dos pressupostos daquela doutrina. No mesmo universo, ainda que perfeitamente admissível a celebração do contrato, podem colocar-se outras questões de validade do contrato celebrado;
- d) Contratos sobre o exercício de poderes públicos (para a produção de atos administrativos e contratos normativos), podem terceiros impugnar o próprio contrato se lesados pelo ato ou norma? E quem são terceiros? Não serão só particulares, podendo ser entidades públicas (exemplo, os municípios nos contratos de concessão de gestão de resíduos nos sistemas multimunicipais)⁸⁸;
- e) Contratos de transferência de atribuições: terceiros encontrarão fonte de legitimidade? Talvez à luz das regras da ação popular.

4.3. Contencioso destes contratos

A abordagem à luz deste tópico destina-se em exclusivo a tentar fazer a ligação entre as questões de legitimidade procedimental às soluções presentes e, brevemente futuras, de legitimidade processual aquando da existência de litígios provenientes de contratos entre entidades adjudicantes do tipo que temos vindo a falar.

A questão de legitimidade processual nesta sede releva nas ações sobre contratos – artigo 40.º do CPTA:

“ 1 - Os pedidos relativos à validade, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos:

- a) Pelas partes na relação contratual;*

⁸⁷ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 531.

⁸⁸ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 533.



- b) Pelo Ministério Público e pelas demais pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;⁸⁹*
- c) Por quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adotado o procedimento pré-contratual legalmente exigido;*
- d) Por quem tenha impugnado um ato administrativo relativo à formação do contrato;*
- e) Por quem, tendo participado no procedimento que precedeu a celebração do contrato, alegue que o clausulado não corresponde aos termos da adjudicação;*
- f) Por quem alegue que o clausulado do contrato não corresponde aos termos inicialmente estabelecidos e que justificadamente o tinham levado a não participar no procedimento pré-contratual, embora preenchesse os requisitos necessários para o efeito;*
- g) Pelas pessoas singulares ou coletivas titulares ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos aos quais a execução do contrato cause ou possa previsivelmente causar prejuízos.*

2 - Os pedidos relativos à execução de contratos podem ser deduzidos:

- a) Pelas partes na relação contratual;*
- b) Pelas pessoas singulares e coletivas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas.*
- c) Pelo Ministério Público, quando se trate de cláusulas cujo incumprimento possa afetar um interesse público especialmente relevante;*
- d) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;*
- e) Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato.*

Portanto, o legislador diferencia a legitimidade em função do pedido: mais amplo se o pedido disser respeito à validade; mais restrita no caso de pedidos relativos à execução.

De qualquer dos modos, há remissão expressa para o artigo 9.º do CPTA que disciplina genericamente a questão da legitimidade e que deve ser lido com a legitimidade procedimental.

⁸⁹ No sentido de que esta alínea “mais não faz, portanto, do que consagrar a ação popular no âmbito das ações relativas à validade dos contratos”, ALMEIDA & CADILHA, 2010, p. 265.



Claro que há fontes de legitimidade que não se aplicarão. Por exemplo, nos contratos que caíam nas exceções de aplicação das regras de contratação pública, designadamente os contratos celebrados no domínio das relações *in house*, parece não ser aplicável às posições de legitimidade que decorrem da existência de um procedimento pré-contratual (externo).

Contudo, como sustenta ALEXANDRA LEITÃO, na sequência do entendimento de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA⁹⁰, parece que será de aplicar a regra do artigo 37.º, n.º 2, alínea j), do CPTA⁹¹. Nos contratos interorgânicos, afirma-se a legitimidade dos órgãos envolvidos no artigo 55.º, n.º 1, alínea d), em relação a atos administrativos e que hoje deve ser lida em relação à legitimidade procedimental prevista no artigo 68.º, n.º 4, do CPA. A legitimidade dos órgãos releva por exemplo para efeitos dos contratos que podem ser firmados no âmbito de conferências procedimentais⁹².

No projeto de revisão do CPTA, constante da página do Governo, o artigo 77.ºA regula a questão da legitimidade para os contratos:

“Artigo 77.º-A Legitimidade 1 – Os pedidos relativos à validade, total ou parcial, de contratos podem ser deduzidos:

a) Pelas partes na relação contratual;

b) Pelo Ministério Público, em situações de grande relevância jurídica ou social ou de ilegalidade grave e ostensiva;

c) Por quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adotado o procedimento pré-contratual legalmente exigido;

d) Por quem tenha impugnado um ato administrativo relativo ao respetivo procedimento e alegue que a invalidade decorre das ilegalidades cometidas no âmbito desse procedimento;

e) Por quem, tendo participado no procedimento que precedeu a celebração do contrato, alegue que o clausulado não corresponde aos termos da adjudicação;

f) Por quem alegue que o clausulado do contrato não corresponde aos termos inicialmente estabelecidos e que justificadamente o tinham levado a não participar no procedimento pré-contratual, embora preenchesse os requisitos necessários para o efeito;

g) Pelas pessoas singulares ou coletivas titulares ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos aos quais a execução do contrato cause ou possa causar prejuízos;

⁹⁰ ALMEIDA & CADILHA, 2010, p. 251.

⁹¹ LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 530. No sentido da legitimidade dos órgãos, GONÇALVES, 2002, n.º 35; em sentido contrário, ANDRADE, 2014, p. 199.

⁹² Colocando esta hipótese, LEITÃO, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 531. A favor da legitimidade dos órgãos, GONÇALVES, 2002, n.º 35.



*h) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º.
(...)*

3 – Os pedidos relativos à execução de contratos podem ser deduzidos:

a) Pelas partes na relação contratual;

b) Pelas pessoas singulares e coletivas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas;

c) Pelo Ministério Público, quando se trate de cláusulas cujo incumprimento possa afetar um interesse público especialmente relevante;

d) Pelas pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º;

e) Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato”.

5. Os agrupamentos de entidades adjudicantes e as questões da fase do procedimento - nótulas

A propósito desta forma de cooperação, as questões que se podem vir a colocar relacionam-se com a formação do contrato público e com as imposições que resultam ainda hoje do artigo 39.º do CCP.

Vamos então enunciá-las:

a) *“A decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a decisão de qualificação dos candidatos e a decisão de adjudicação devem ser tomadas conjuntamente pelos órgãos competentes de todas as entidades adjudicantes que integram o agrupamento” – n.º 3 do artigo 39.º;*

A doutrina aponta no sentido do exercício da competência ser por unanimidade. Este agrupamento, por força das razões que levaram à sua formação, ainda que informal, apresenta-se como uma única entidade face aos opositores do concurso. Daí, inclusive, a existência de um responsável que representa o agrupamento no procedimento.

A propósito de cada ato (que funciona na minha perspetiva como ato pressuposto da adjudicação), todas as questões de vícios quanto ao sujeito (atribuições, competência e legitimação – e aqui a problemática da regularidade de formação de vontade de órgãos colegiais) se colocam: para a decisão de contratar, decisão de escolha do procedimento, qualificação de candidatos (quando aplicável) e adjudicação.



b) Decisão de contratar: prevista no artigo 36.º do CCP⁹³. Nesta situação em concreta, há exigências específicas de fundamentação – a decisão há-de demonstrar o tal propósito comum que justifica o agrupamento; *quid iuris*, se não existir o dito fundamento [artigo 39.º, n.º 1, alínea a)];

c) Escolha do procedimento: existem desde logo as limitações imperativas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 39.º

Mas releva aqui também a escolha dos documentos do suporte do procedimento, uma vez que estamos a falar de uma decisão complexa. Se tradicionalmente é uma decisão objetivamente complexa, pelo que implica de decisões, na situação de agrupamento, junta-se-lhe a complexidade subjetiva. Não há apenas a decisão de escolha do procedimento mas também dos documentos do concurso onde poderá constar, por exemplo, o regime da responsabilidade de cada entidade integrante do agrupamento.

Este tipo de atos – administrativos, na minha perspetiva, mesmo perante a nova noção de ato administrativo constante do artigo 148.º do CPA – se não cumprirem os requisitos legais, em particular o do tipo de procedimento, estarão sujeitos à regra da nulidade da adjudicação, por preterição do procedimento devido – cfr. o disposto na alínea j) do n.º 2 do artigo 161.º.

Ora a verificação da invalidade de atos do procedimento pré-contratual depende de meio processual específico e a questão da legitimidade processual ativa será resolvida pelo artigo 55.º (são atos administrativos) e a passiva, questão aqui mais complexa, pelo artigo 10.º do CPTA⁹⁴. A legitimidade prevista no processo é já alargada, indo nesta matéria ao encontro das opções do legislador do procedimento.

Por exemplo, se outro órgão de uma pessoa coletiva que integra o agrupamento entender que deve reagir contra algum destes atos, poderá fazê-lo se houver conexão com as suas competências. Mas já não o órgão que integra, em representação da entidade, o agrupamento, uma vez que todos têm de participar efetivamente na tomada de decisão. A complexidade será ainda mais evidente quando estamos a falar de órgãos colegiais ou em pessoas coletivas onde operam fenómenos de delegação de poderes.

No projeto de revisão do CPTA disponível na página do Governo, a questão da legitimidade processual quanto aos atos administrativos está tratada da seguinte forma:

" 1 - Tem legitimidade para impugnar um ato administrativo:

a) *Quem alegue ser titular de um interesse direto e pessoal, designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos;*

⁹³ " 1 - O procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, podendo essa decisão estar implícita nesta última. 2 - Quando o contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, a decisão de contratar cabe ao órgão desta que for competente para o efeito nos termos da respectiva Lei Orgânica ou dos seus estatutos".

⁹⁴ Cfr. o disposto no artigo 100.º, n.º 1.



b) O Ministério Público, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º;

c) Entidades públicas e privadas, quanto aos direitos e interesses que lhes cumpra defender;

d) Órgãos administrativos, relativamente a atos praticados por outros órgãos da mesma pessoa coletiva pública que alegadamente comprometam as condições do exercício de competências legalmente conferidas aos primeiros para a prossecução de interesses pelos quais esses órgãos sejam directamente responsáveis;

e) Presidentes de órgãos colegiais, em relação a atos praticados pelo respetivo órgão, bem como outras autoridades, em defesa da legalidade administrativa, nos casos previstos na lei;

f) Pessoas e entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 9.º.

2 - A qualquer eleitor, no gozo dos seus direitos civis e políticos, é permitido impugnar as decisões e deliberações adoptadas por órgãos das autarquias locais sediadas na circunscrição onde se encontre recenseado, assim como das entidades instituídas por autarquias locais ou que destas dependam.

3 - A intervenção do interessado no procedimento em que tenha sido praticado o ato administrativo constitui mera presunção de legitimidade para a sua impugnação".



6. Conclusões

- 1.^a A questão da cooperação entre entidades adjudicantes é muito complexa;
- 2.^a Em ordem a esclarecer alguma dessa complexidade, importa situar a reflexão nos conceitos de entidade adjudicante e cooperação;
- 3.^a O conceito de entidade adjudicante (ou autoridade adjudicante) resulta da construção comunitária e foi recebida na legislação nacional no artigo 2.º do CCP;
- 4.^a A nova Diretiva não pretende alterar o conceito já implementado mas apenas reforçar os respetivos contornos;
- 5.^a O conceito de cooperação pode ser analisado – foi esta a opção – numa dupla vertente: a cooperação entre entidades adjudicantes e a cooperação como entidade adjudicante;
- 6.^a Cada um dos tipos de cooperação coloca diferentes problemas;
- 7.^a A cooperação entre entidades adjudicantes foi a que mais atenção recebeu na nova Diretiva;
- 8.^a Quanto à cooperação entre entidades adjudicantes, importa identificar tipos de contratos:
 - a. Contratos sobre competências;
 - b. Contratos procedimentais;
 - c. Contratos normativos;
 - d. Contratos-Plano;
 - e. Contratos institucionais
 - f. Contratos sujeitos à concorrência de mercado;
 - g. Contratos sobre imóveis.
- 9.^a A reflexão centrou-se nos contratos entre entidades que as Diretivas excluem a aplicação das suas regras;
- 10.^a Foi analisada então a doutrina jurisprudencial sobre as relações *in house*, cooperação vertical; as relações de cooperação horizontal; os contratos sobre a transferência de competências; os contratos sobre direitos exclusivos e as centrais de compras;



11.^a A Diretiva 2014/24 veio, num esforço de certeza e segurança jurídicas, detalhar os requisitos de aplicação das exceções, no artigo 12.º;

12.^a Trata-se da consagração da doutrina Teckal nos n.ºs 1 a 3 do artigo 12.º; da doutrina Hamburg no n.º 4 do artigo 12.º;

13.^a O n.º 6 do artigo 1.º regula os contratos sobre exercício de competências;

14.^a As centrais de compras estão reguladas no artigo 37.º;

15.^a Tentou-se por fim identificar as questões jurídicas, em particular de validade, que estas formas de cooperação podiam levantar;

16.^a Permitiu concluir que são muitas, complexas e diversificadas consoante o tipo de cooperação de que estamos a falar que ficaram muitas outras questões por identificar.

