

COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA

CONTRATAÇÃO PÚBLICA - I

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

FEVEREIRO 2017



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ e elétrico n.º 28



Dentro da vastidão de matérias que constituem hoje em dia o Direito Administrativo, a matéria da Contratação Pública é das que mais questões suscita e, como tal, das que têm merecido mais atenção no âmbito dos Planos de Formação anuais do Centro de Estudos Judiciários.

De forma a procurar sistematizar o trabalho realizado, as intervenções sobre esta temática feitas nas Acções de Formação, desde 2013, são agora reunidas em dois E-books (sendo este o primeiro), no qual se incluem os textos e vídeogravações das AFCs de Fevereiro de 2013 a Março de 2015 (mesmo que já antes publicadas noutras publicações do CEJ). "Contratação Pública II" em breve terá também a sua publicação, contendo as intervenções ocorridas no decurso do Plano de Formação 2015-2016.

O resultado final obtido cumpre o objectivo de ser útil aos juízes e magistrados do MP que têm de lidar com a matéria, mas também para advogados, juristas e estudantes de Direito.

O Centro de Estudos Judiciários dá, assim, mais este contributo para que a Comunidade Jurídica tenha acesso aos conteúdos das acções de formação que organiza.

(ETL)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Ana Celeste Carvalho (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição)

Sofia David (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Cristina Flora (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Margarida Reis (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Nome:

Contratação Pública - I

Categoria: Formação Contínua

Conceção e organização:

Ana Celeste Carvalho

Sofia David

Plano de Formação 2014/2015:

– As novas Diretivas sobre Contratação Pública - 20 de março 2015 (programa)

Plano de Formação 2013/2014:

– Contratação Pública - 28 de fevereiro 2014 (programa)

Plano de Formação 2012/2013:

– Contratação Pública - 1 e 8 de fevereiro 2013 (programa)

– Temas de Direito Administrativo - 22 de março 2013 (programa)

Intervenientes:

Pedro Fernández Sánchez – Advogado

Ana Celeste Carvalho – Juíza Desembargadora no Tribunal Central Administrativo Sul, docente do Centro de Estudos Judiciários

Luís Fábrica – Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Alexandra Leitão – Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (à data da ação de formação)

Luís Verde de Sousa – Mestre em Direito, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Advogado

Raquel Carvalho – 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

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos seus Autores não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet:<URL>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de actualização
1.ª edição – 10/02/2017	

CONTRATAÇÃO PÚBLICA - I

Índice

1. O âmbito de aplicação do regime de contratação pública: Organismos de Direito Público e Entidades Privadas.....	9
Pedro Fernández Sánchez	
2. A Decisão de Adjudicação e o Dever de Adjudicação	25
Ana Celeste Carvalho	
3. Contrato administrativo - Regime de invalidade	47
Luís Fábrica	
4. Contratos Interadministrativos	53
Alexandra Leitão	
5. Contratação Eletrónica	93
Luís Verde de Sousa	
6. O regime da alteração das circunstâncias no âmbito do procedimento pré-contratual	97
Pedro Fernández Sánchez	
7. Cooperação entre entidades adjudicantes	111
Raquel Carvalho	



3. Contrato administrativo - Regime de invalidade

Luís Fábrica

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONTRATO ADMINISTRATIVO - REGIME DE INVALIDADE***Luís Fábrica****

- 1. Sumário;
- 2. Bibliografia.

1. Sumário

- 1. A distinção estruturante entre invalidade derivada e invalidade originária
 - 1.1. O relevo da pronúncia jurisdicional
 - 1.2. O paralelismo de invalidades
- 2. Invalidade derivada
 - 2.1. A nulidade consequente
 - 2.1.1. O acto antecedente
 - 2.1.2. O nexo de causalidade
 - 2.1.3. O carácter atípico da nulidade
 - 2.2. A anulabilidade consequente
 - 2.2.1. Comparação com o regime dos actos administrativos
 - 2.2.2. Invalidade e anulação prévia
 - 2.2.3. Confronto entre o regime dos actos nulos e dos actos anuláveis
- 2.3. A pretensa especificidade do regime do n.º 3 do art. 283.º
- 2.4. Invalidade sem efeito anulatório: o regime do n.º 4 do art. 283.º
- 2.5. Vícios procedimentais do acto antecedente e invalidade do contrato
 - 2.5.1. Especificidades dos vícios procedimentais
 - 2.5.2. A Directiva 2007/66/CE
 - 2.5.3. O regime do novo artigo 283.º-A
- 3. Invalidade originária
 - 3.1. Forma de invalidade e regime de invalidade
 - 3.2. A determinação da forma da invalidade; a regra da anulabilidade
 - 3.3. Segue. Âmbito da remissão para o Código Civil
 - 3.4. O regime da invalidade: regime comum e regimes específicos

* Exposição efectuada no dia 22 de Março de 2013, no CEJ, Lisboa, no âmbito do “Curso de Especialização Temas de Direito Administrativo”.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.



2. Bibliografia

Carvalho, Raquel – *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Coimbra, 2010

- “A invalidade derivada nos contratos administrativos: para além da aparência... (Ac. do TCA Norte de 15/4/2010, P. 1480/09.4BEBRG)”, *CJA* 84 (2010)

- O regime da invalidade derivada nos contratos administrativos. Da alteração operada pela transposição da Directiva 2007/66/CE, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3 (Setembro-Dezembro de 2011)

Estorninho, Maria João – *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012

Fonseca, Isabel – *Direito da Contratação Pública – Uma Introdução em Dez Aulas*, Coimbra, 2009

Pacheco de Amorim, João - «A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos», in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de contratação pública*, Coimbra, 2008

Silva, Jorge Pereira da - «A invalidade dos contratos administrativo», *DJ X-2* (1996)

Vieira de Andrade, José Carlos – “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de contratação pública - II*, Coimbra, 2010

Vídeo da apresentação



➔ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/19q26r5j8g/flash.html>

Vídeo do debate



➔ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/zzai5lttv/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



4. Contratos Interadministrativos

Alexandra Leitão

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS*

Alexandra Leitão **

1. Contratos interadministrativos: conceito e fundamento;
 2. Tipos de contratos interadministrativos: em especial, contratos de cooperação paritária e contratos de subordinação;
 3. Regime jurídico dos contratos interadministrativos;
 - 3.1. Procedimento de formação;
 - 3.1.1. Âmbito de aplicação da Parte II do Código dos Contratos Públicos;
 - 3.1.2. Contratos interadministrativos sujeitos à concorrência de mercado e contratos excluídos;
 - 3.1.3. Relações “*in house providing*”;
 - 3.1.4. Inovações dos novos projetos de Diretivas;
 - 3.2. Execução dos contratos interadministrativos;
 - 3.2.1. O artigo 338.º do Código dos Contratos Públicos;
 - 3.2.2. Poderes de conformação da relação contratual;
 - 3.2.3. Exigibilidade das obrigações contratuais decorrentes de contratos interadministrativos;
 4. Breves notas sobre o contencioso dos contratos interadministrativos: algumas especificidades;
- Bibliografia.

1. Contratos interadministrativos: conceito e fundamento

Os contratos interadministrativos são acordos de vontades entre duas ou mais entidades administrativas, entendidas enquanto pessoas coletivas, de forma pública ou privada, que se integrem na Administração Pública em sentido orgânico.

Trata-se de acordos de vontades que assumem natureza contratual, visto que têm uma estrutura consensual, que produzem efeitos juridicamente vinculantes, que resultam da natureza das cláusulas pactuadas pelas partes quando estas tenham um conteúdo obrigacional (ou real). Por sua vez, as cláusulas têm efeitos obrigacionais sempre que:

(i) versem sobre a atividade das entidades intervenientes; (ii) o seu conteúdo se inclua na esfera própria de atuação das entidades contratantes; (iii) estabeleçam direitos e deveres para as partes; (iv) estes direitos e deveres tenham um mínimo grau de concretização.

O facto de haver grande indefinição terminológica quanto a estes contratos - encontram referências aos conceitos de “acordo”, “pacto”, “convénio”, “protocolo”, “convenção”, entre outros - não afasta a natureza contratual dessas figuras.

* O presente texto, já publicado no e-book “[Temas de Direito Administrativo](#)”, de Agosto de 2014, corresponde à sessão lecionada no Centro de Estudos Judiciários, em 22 de Março de 2013, numa ação de formação contínua dedicada a “Temas de Direito Administrativo”. Agradeço à Senhora Desembargadora Ana Celeste Carvalho e ao Senhor Dr. Edgar Taborda Lopes, Coordenador do Departamento de Formação do Centro de Estudos Judiciários, o convite para intervir naquele curso, que muito me honrou.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (à data de ação de formação).



Assim, um acordo entre duas entidades públicas que constitua, modifique ou extinga direitos e deveres recíprocos para as partes, constituindo uma relação jurídica entre elas, assume natureza jurídica contratual.

Acresce que os contratos interadministrativos são contratos públicos, na aceção do artigo 1.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP), e são também contratos administrativos¹, nos termos do n.º 6 do mesmo preceito. No caso dos contratos celebrados entre duas entidades públicas, a possibilidade de o contrato assumir natureza privada suscita ainda mais dúvidas².

Em primeiro lugar, relativamente aos contratos que tenham como fundamento o princípio da cooperação entre entidades públicas, a sua natureza jurídico-pública é indiscutível, desde logo, porque resultam da aplicação direta e imediata de normas de *indirizzo* constitucional e legal, tais como o princípio da solidariedade e da lealdade institucional³.

Por sua vez, quanto aos contratos cujo objeto pode também ser prosseguido através de um contrato celebrado entre a Administração e os particulares, a verdade é que também nesses existem especificidades, decorrentes de as partes contratantes prosseguirem fins de interesse público e de o Direito “normalmente aplicável” às relações jurídicas estabelecidas entre elas ser o Direito Administrativo. Por outro lado, o objeto desses contratos está forçosamente limitado às atribuições das partes, de acordo com o princípio da especialidade.

De qualquer forma, a administratividade dos contratos interadministrativos resulta da circunstância de o seu objeto se integrar no âmbito da função administrativa e de visarem a realização de interesses públicos cuja prossecução está cometida à Administração Pública nos termos da Constituição e da lei, além de se traduzirem sempre e de forma direta no exercício das competências das entidades contratantes.

A administratividade do contrato resulta, assim, da funcionalização do seu regime jurídico à prossecução de um interesse público inserido na função administrativa. O facto de todos os contratos celebrados pela Administração, e por maioria de razão, aqueles que são celebrados entre duas entidades administrativas, terem como causa um fim público conduz à “desnaturalização” do contrato privado, que se afasta das características típicas do Direito Comum⁴.

¹ Sobre a distinção entre contrato público e contrato administrativo, com a qual, aliás, discordamos, v. MARIA JOÃO ESTORNHINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012, págs. 29 e seguintes.

² Apesar de apenas as entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 1, do CCP serem sempre contraentes públicos para efeitos do artigo 3.º do mesmo diploma, a verdade é que as entidades do artigo 2.º, n.º 2, têm, obrigatoriamente, que utilizar a figura do contrato administrativo quando celebrem contratos *no exercício de funções materialmente administrativas* (artigo 3.º, n.º 2, do CCP). Ora, nos contratos interadministrativos são sempre funções desse tipo que estão a ser exercidas.

³ Neste sentido, v. MARIE-HÉLÈNE BERNARD-DOUCHEZ, *Recherche sur la Coopération entre Personnes Publiques*, tese inédita, Toulouse, 1979, pág. 180.

⁴ V. JOSÉ MARÍA DE SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, 1990, pág. 28.

Aliás, os critérios aplicáveis aos contratos interadministrativos não podem ser exatamente os mesmos a que se recorre para qualificar os contratos celebrados entre a Administração e os particulares, designadamente, no que respeita ao critério das cláusulas exorbitantes⁵, uma vez que há contratos interadministrativos paritários, nos quais não existem poderes de conformação da relação contratual a favor de uma das partes.

Contudo, as prerrogativas de autoridade são cláusulas exorbitantes específicas do Direito Público, mas também o são aquelas (outras) cláusulas que sejam impossíveis, ilícitas ou pura e simplesmente pouco habituais nos contratos privados, mesmo que não traduzam uma relação de autoridade e de subordinação, sendo que basta a existência de uma cláusula deste tipo para o contrato se poder considerar administrativo⁶.

Com efeito, mesmo que as partes se pretendessem despir completamente do regime de Direito Público que as envolve, não só não o poderiam fazer, atendendo ao caráter imperativo de muitas das normas de Direito Administrativo, como a sujeição ao Direito Privado se revelaria desadequada à prossecução direta do interesse público, que é sempre o objeto destes contratos.

Isto significa que a figura do contrato interadministrativo contribui definitivamente para a superação da tese segundo a qual o conceito de contrato administrativo assenta na desigualdade das partes e na sujeição de uma delas ao poder da outra. Pelo contrário, tendo os contratos de cooperação paritária entre entidades administrativas uma natureza inequivocamente administrativa, verifica-se que o binómio sujeição/autoridade não é essencial à definição daquela natureza.

Propõe-se, assim, a seguinte definição de contrato administrativo: *“acordo de vontades celebrado entre duas entidades administrativas através do qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”*. Esta definição parte do conceito de contrato administrativo anteriormente adotado no artigo 178.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e remete, naturalmente, para a figura da relação jurídica administrativa, assente num critério material orientado em função da prossecução do

⁵ A discussão em torno deste critério foi muito desenvolvida em França, atendendo ao significado que a jurisprudência e a doutrina francesas atribuem ao critério do regime exorbitante. Ora, até 1983 - data em que foi proferido, pelo Tribunal de Conflitos, o importantíssimo Acórdão *“Union Assurances de Paris”*, de 21 de março de 1983 - eram aplicados aos contratos interadministrativos os critérios tradicionais. Mas, chegou-se à conclusão paradoxal de que, sendo muitos destes contratos paritários, eles não comportam prerrogativas de autoridade, pelo que não seriam qualificáveis como administrativos. Por isso mesmo, o Tribunal de Conflitos entendeu, naquele aresto, que independentemente dos critérios tradicionais, um contrato celebrado entre pessoas públicas deve receber a qualificação de contrato público, bastando para tal que *“se situe na esfera do Direito Público”*.

⁶ Neste sentido, v. JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES, “Os contratos administrativos. Critérios doutrinários, qualificações legais, critérios jurisprudenciais, in *Revista de Direito Público*, Ano VIII, n.º 15, 1995 págs. 65 e seguintes, em especial a pág. 72. No mesmo sentido, v. MATERNE STAUB, *L’Indivisibilité en Droit Administratif*, Paris, 1999, págs. 518 e 519. O Autor refere que *“uma vez detetado o elemento público [no contrato], opera-se um mecanismo de atração do conjunto das cláusulas em favor da natureza globalmente administrativa da convenção”*.



interesse público, nos termos do qual se exige apenas que a relação jurídica seja regida essencialmente pelo Direito Administrativo, mas não exclusivamente⁷.

Assim, são contratos interadministrativos aqueles que sejam celebrados entre pessoas coletivas de base territorial – Estado, regiões autónomas e autarquias locais; entre estas e outras entidades administrativas, designadamente pessoas coletivas públicas, de natureza associativa, fundacional ou empresarial; e entre órgãos da mesma pessoa coletiva, desde que não estejam integrados numa relação hierárquica.

No conceito de contrato interadministrativo proposto incluem-se, portanto, os contratos celebrados entre dois órgãos ou serviços que, apesar de desprovidos de personalidade jurídica, tenham suficiente autonomia para atuarem como centros de imputação de direitos e deveres.

Nestes termos, os contratos interadministrativos podem ser intersubjetivos (se as partes possuírem personalidade jurídica) ou interorgânicos (se as partes forem sujeitos de direito desprovidos de personalidade jurídica), designadamente, aqueles que se integram na pessoa coletiva Estado.

Quanto ao fundamento jurídico-político dos contratos entre entidades administrativas, existem essencialmente duas perspetivas de abordagem: uma organizativa e outra contratualista.

Na perspetiva organizativa os contratos interadministrativos não são verdadeiros contratos, são antes formas consensualizadas de organização administrativa, que ainda se integram na gestão direta, visto que não implicam o recurso à colaboração de particulares.

De acordo com a perspetiva contratualista, o fundamento dos contratos entre entidades públicas é, tal como acontece entre privados, a autonomia da vontade⁸. A liberdade contratual decorre do facto de as entidades administrativas possuírem uma capacidade jurídica que inclui a possibilidade de estabelecimento de relações contratuais, desde que tal não seja proibido pela lei, não estando sujeita a um *numerus clausus* de contratos típicos. Isso decorre presentemente do disposto no artigo 278.º do CCP, tal como antes resultava do artigo 179.º, n.º 1, do CPA.

⁷ Já antes defendi a seguinte definição de relação jurídica administrativa: “relação entre dois ou mais sujeitos de Direito, públicos ou privados, visando a prossecução do interesse público, regulada essencialmente pelo Direito Administrativo, e cujo conteúdo são as situações jurídicas activas e passivas dos sujeitos envolvidos”. V. ALEXANDRA LEITÃO, *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, pág. 63.

⁸ Neste sentido, v. ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, “Los convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 2, 1990, pág. 73 e ANGEL MENÉNDEZ REXACH, “La cooperación, un concepto Jurídico?”, in *Documentación Administrativa*, n.º 240, 1994, pág. 41. Em sentido diferente, acentuando a componente funcional, na lógica da doutrina italiana, que contrapõe competência a autonomia pública, v. BARBARA LILLA BOSCHETTI, “Gli accordi organizzativi nell’equilibrio del sistema giuridico tra unità e differenziazione”, in *Amministrare*, Ano XXXVIII, n.ºs 1 e 2, 2008, pág. 54.



Quanto a mim, o fundamento dos contratos interadministrativos reside, efetivamente, na autonomia pública contratual das entidades contratantes. Como refere SÉRVULO CORREIA, também cabe no âmbito da autonomia pública contratual a celebração de contratos entre duas pessoas coletivas públicas regidos pelo Direito Administrativo⁹.

Por isso, nos casos em que a autonomia da vontade esteja totalmente suprimida, como, por exemplo, entre entidades sujeitas a hierarquia administrativa, não existe verdadeiramente um contrato¹⁰. Nestas situações, podem ser celebrados acordos, pactos, protocolos ou acordos de cavalheiros, mas sem natureza vinculativa.

Aliás, pode mesmo dizer-se que a existência de hierarquia administrativa se opõe às ideias de cooperação e de colaboração, uma vez que estas pressupõem que as entidades envolvidas mantenham alguma capacidade decisória sobre a matéria.

Assim, tem de existir pelo menos liberdade de celebração, ou seja, não há obrigação de uma entidade pública celebrar uma convenção sempre que isso lhe seja requerido por outra entidade, exceto quando essa obrigação resultar da lei¹¹, sem prejuízo de essa recusa ter de ser fundamentada, designadamente, pelo facto de a celebração do contrato prejudicar os interesses da própria entidade a quem isso é solicitado¹².

Refira-se que a decisão de recusar colaborar com outra entidade pública pode ser sindicada judicialmente por pôr em causa o dever de assistência e auxílio que decorre do princípio da colaboração entre entidades públicas, bem como tendo em conta o princípio da eficácia, pelo menos quando existe legislação setorial que o imponha de forma concreta e específica. No entanto, a apreciação judicial só pode recair sobre a recusa em colaborar, independentemente da forma adotada para efetivar essa colaboração, e não concretamente sobre a decisão de celebrar ou não o contrato, que é sempre voluntária, exceto nos casos em que a celebração do contrato é legalmente imposta¹³.

Em Portugal, a autonomia pública contratual e a liberdade de organização da Administração não estão expressamente previstas na CRP, mas retiram-se quer do artigo 6.º, n.º 1, sobre a descentralização democrática da Administração, quer dos artigos 266.º e 267.º. Aliás, do elenco das tarefas do Estado, consagrado no artigo 9.º da CRP, resulta uma ampla liberdade de meios de que a Administração Pública pode lançar mão para alcançar aqueles

⁹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, págs. 406 e seguintes.

¹⁰ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 407, também refere que as pessoas coletivas públicas contratantes não podem estar ligadas entre si por uma relação de sujeição.

¹¹ Neste sentido, v. PABLO MARTÍN HUERTA, *Los convenios interadministrativos*, Madrid, 2000, págs. 59 e 60.

¹² GIUSEPPE MANFREDI, “Le intese e gli accordi tra Stato e Regioni in Itália”, in *Accordi e Intese nell’Ordinamento Regionale*, obra coletiva, Milão, 1993, págs. 141 e 142 refere, a este propósito, que a recusa de cooperar deve ser tornada pública, em nome da transparência, e também da responsabilização por parte da opinião pública.

¹³ Neste sentido, v. LUCIANO PAREJO ALFONSO, “Las relaciones entre las Administraciones Públicas en el Título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común”, in *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración*, obra coletiva, Barcelona, 1993, págs. 38 e 39.

objetivos, extraindo-se, assim, uma vinculação quanto aos fins, mas uma liberdade quanto aos meios e formas a adotar para os prosseguir.

Os fenómenos da desconcentração e da descentralização, que conduzem à criação de vários pólos de decisão administrativa contribuem também muito para a relevância dos contratos interadministrativos.

É que todas as situações de repartição de atribuições e de competências administrativas, seja essa repartição territorial, setorial ou por diferentes níveis de Administração, exigem inevitavelmente a criação de formas de colaboração e de cooperação entre entidades administrativas, para garantir a unidade de ação e evitar a ineficácia decorrente da multiplicação dos centros decisórios.

Por fim, a reconfiguração do tipo de intervenção do Estado na economia, quer como prestador, quer como regulador, traduz-se na criação de empresas públicas, independentemente da sua forma, cuja gestão é contratualizada, bem como de entidades reguladoras, justificando o aparecimento dos designados contratos regulatórios.

2. Tipos de contratos interadministrativos: em especial, contratos de cooperação paritária e contratos de subordinação

A classificação dos tipos de contratos interadministrativos assenta numa dicotomia base, distinguindo-se aqueles que só podem ser celebrados entre entidades administrativas como forma de cooperação paritária; e os contratos que estão sujeitos a uma lógica de mercado, celebrados entre duas entidades administrativas, mas cujo objeto poderia ser contratualizado igualmente entre um contraente público e um particular.

Esta distinção assenta na estrutura e no fundamento da relação contratual, permitindo a classificação dos contratos em paritários, se as partes estiverem numa situação de igualdade, ou de subordinação, se houver uma relação de sujeição entre os contraentes, sendo que se integrarão no primeiro grupo os contratos através dos quais se vise a prossecução de interesses comuns das partes, e nos segundos aqueles cujo fim se inscreve apenas nas atribuições de uma das partes contratantes.

Por outras palavras: os contratos cujo fim se enquadra no exercício de competências concorrentes são paritários, enquanto os contratos que prossigam fins que relevam apenas da competência de uma das partes não são, em princípio, paritários, na medida em que um dos contraentes apenas auxilia o outro na prossecução dos seus fins.

O objeto de qualquer um destes contratos pode ser muito diverso, incluindo contratos de colaboração em sentido estrito; contratos sobre competências; contratos sobre o exercício de poderes públicos; contratos normativos; contratos-plano; contratos



institucionais; contratos sujeitos à concorrência de mercado e contratos sobre bens imóveis¹⁴.

A distinção entre contratos interadministrativos de cooperação e de subordinação tem consequências ao nível do respetivo regime jurídico, quer no que respeita à sujeição a um procedimento pré-contratual, quer à existência ou não de cláusulas exorbitantes que prevejam poderes de conformação da relação contratual em favor de uma das partes na relação contratual.

3. Regime jurídico dos contratos interadministrativos

3.1. Procedimento de formação

3.1.1. Âmbito de aplicação da Parte II do Código dos Contratos Públicos: contratos interadministrativos sujeitos à concorrência de mercado e contratos excluídos.

O procedimento externo de formação de um contrato interadministrativo prende-se com a problemática da seleção do co-contratante. A questão que se coloca à partida é a de saber se, sendo ambos os contraentes públicos e tendo a relação contratual como fundamento uma ideia de cooperação interadministrativa, se justifica sequer proceder à escolha do contratante. Por outras palavras: existindo uma relação de cooperação entre duas entidades públicas, o contrato, que constitui essa relação, será celebrado, na maior parte dos casos, *intuitu personae*.

Contudo, nesta matéria é extremamente difícil traçar um regime unitário aplicável a todos os contratos interadministrativos, uma vez que depende do tipo de contrato que esteja em causa, justificando-se distinguir, designadamente, entre os contratos que assentam num fundamento cooperativo e aqueles que estão sujeitos à concorrência de mercado.

Estão sujeitos à concorrência de mercado, mesmo que sejam celebrados por duas (ou mais) entidades administrativas, os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, e ainda os contratos de concessão de serviços públicos, visto que, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do CCP, são os únicos que estão sujeitos às regras da Parte II deste diploma mesmo quando sejam celebrados entre entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 1.º, do mesmo diploma. O contrato de sociedade não é referido no artigo 6.º, n.º 1, do CCP, pelo que este diploma não se aplica aos contratos de sociedade celebrados entre entidades do artigo 2.º, n.º 1, do CCP.

¹⁴ Para mais desenvolvimentos, v. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, Coimbra, 2011, págs. 192 e seguintes.

Esta solução acaba por se aplicar também quando intervenham entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 2, do CCP. De facto, nos contratos celebrados entre duas entidades adjudicantes elencadas no artigo 2.º, n.º 2, ou entre uma destas entidades e uma entidade do artigo 2.º, n.º 1, mas em que a primeira seja adjudicante e a segunda adjudicatária, as regras da Parte II do CCP também só se aplicam se o objeto contiver prestações típicas dos contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

É que, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do CCP, as entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 2, só estão submetidas às regras da contratação pública quando pretendem celebrar contratos que incluam prestações específicas daqueles tipos contratuais.

Finalmente, se for um contrato interadministrativo celebrado entre uma entidade elencada no artigo 2.º, n.º 1, e uma entidade referida no artigo 2.º, n.º 2, do CCP, sendo a primeira a entidade adjudicante, o contrato não cabe em nenhuma das exceções nem do número 1, nem do número 2 do artigo 6.º, aplicando-se as regras do Código relativas à formação dos contratos.

Assim, uma entidade adjudicante na aceção do CCP pode candidatar-se à adjudicação de um contrato que outra entidade adjudicante pretenda celebrar, atuando como prestadora de bens ou serviços, empreiteira ou concessionária. Contudo, nesta circunstância, o facto de a Parte II do CCP ser, em princípio, aplicável não preclui a possibilidade de a mesma ser afastada em função de outros critérios, de natureza material.

É o que acontece se o contrato for excluído devido à verificação de uma das exceções previstas no artigo 5.º, n.ºs 1 e 2 (este último consagra a figura das relações “*in house providing*”, desenvolvida *infra* no ponto seguinte).

Nos termos do n.º 1 daquele preceito, são excluídos da Parte II do Código os contratos cujo objeto abranja prestações insuscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, o que se aplica a todos os contratos interadministrativos que sejam forçosamente celebrados *intuitu personae*, quer pela natureza infungível das prestações, quer porque a sua celebração resulta de uma lógica cooperativa e não de mercado.

Pode, contudo, questionar-se se, em alguma eventualidade, os contratos que são, em princípio, concorrenciais – designadamente os mencionados no artigo 6.º, n.º 1, do CCP – podem, em função das circunstâncias concretas (“*a posição relativa das partes no contrato*” ou “*o contexto da sua própria formação*”) caber também na previsão do n.º 1 do artigo 5.º do CCP.

Parece-me que a resposta deve ser positiva¹⁵.

¹⁵ No mesmo sentido, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, págs. 646 e seguintes.

Em primeiro lugar, porque se o artigo 5.º, n.º 1, não pudesse incluir contratos desse tipo, ficaria, na prática, esvaziado, na medida em que nunca se aplicaria a contratos celebrados entre entidades adjudicantes do n.º 1 do artigo 2.º do CCP.

Em segundo lugar, tem de se fazer uma interpretação restritiva do artigo 6.º, n.º 1, do CCP, estabelecendo uma distinção entre, por um lado, contratos que abranjam prestações típicas de uma empreitada de obras públicas, de uma concessão de obras públicas, de uma concessão de serviços públicos, de uma locação ou aquisição de bens móveis e de uma aquisição de serviços e, por outro lado, os próprios contratos que *no seu todo* possam ser qualificados como tal.

Por outras palavras: um contrato de aquisição de serviços não cabe, em princípio, na previsão do n.º 1 do artigo 5.º, mas um contrato que, apesar de conter prestações típicas de um contrato de aquisição de serviços, não seja, no seu todo, subsumível naquele tipo contratual está excluído da aplicação das regras da Parte II do Código se os requisitos do n.º 1 do artigo 5.º se verificarem em concreto.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou, no Acórdão de 9 de Junho de 2009, que um contrato entre entidades adjudicantes, mesmo contendo cláusulas típicas de um contrato de prestação de serviços, estava excluído das regras da contratação pública por se concluir, atendendo ao contexto envolvente e ao conjunto das suas cláusulas, que era *“o culminar de um processo de cooperação intermunicipal entre as partes no contrato”* e *“desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objetivos de interesse público”*¹⁶.

Este entendimento, retomado, aliás, nas Diretivas recentemente aprovadas pelo Parlamento Europeu (v. o ponto 3.1.3.), vem confirmar que não existe uma imposição comunitária no sentido de a Administração contratualizar preferencialmente com particulares, como modo de fomentar e dinamizar um mercado de contratação pública, que, por sua vez, funcionaria como motor da própria economia¹⁷.

O Direito da União Europeia visa assegurar a concorrência quando a Administração opta por recorrer a particulares para a realização de certas tarefas públicas, mas não impõe aos Estados-membros que tomem essa opção¹⁸.

Nos sistemas anglo-saxónicos, aplica-se mesmo um *teste de eficácia* prévio à opção de contratar com privados, que se traduz num estudo comparativo dos custos da contratação

¹⁶ Cfr. o Acórdão *Comissão contra a República Federal da Alemanha*, Processo n.º C-480/06, in <http://eur-lex.europa.eu>. V. ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos entre entidades adjudicantes (Acórdão do TJUE, de 9 de junho de 2009, Processo n.º C-480/06)”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, 2011, págs. 111 e seguintes.

¹⁷ V., por todos, ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN, “Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Barcelona, 2009, pág. 73.

¹⁸ V., neste sentido, MARCO GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra Diritto Comunitario e Diritto Italiano*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Ano 14, n.ºs 3-4, 2004, pág. 937.

interadministrativa em comparação com o *outsourcing*, só se optando por este último se for mais favorável, em termos económicos¹⁹. Este *market test* é conhecido pelo teste dos três “es”: eficiência, eficácia e economia dos serviços e obras realizados pela Administração Pública. É aplicável quer à Administração central, quer à Administração local, devendo cada departamento examinar, de 5 em 5 anos, se a atividade em causa é privatizada, prestada diretamente ou prestada através da celebração de contratos com particulares²⁰.

Em Portugal, a Administração Pública goza do poder discricionário de optar por contratar com privados, sem necessidade de estar sujeita a um teste de eficácia e eficiência, ao contrário do que acontece nos países anglo-saxónicos²¹.

Contudo, na hipótese remota de se enveredar sempre pela contratação interadministrativa, deve considerar-se que o direito à livre iniciativa económica e a regra da coexistência do setor privado com o setor público constituem limites a essa opção sistemática (cfr. artigos 61.º, 80.º, alíneas b) e c) e 82.º da CRP)²².

Em contrapartida, a imposição constitucional da coexistência do setor privado com o setor público, a par com o princípio da livre organização dos serviços da Administração Pública, também afastam a ideia, referida por alguma doutrina, de que existiria, no espaço europeu, uma *opção normativa orientada para a privatização*²³.

Aliás, a opção sistemática pela *externalização* pode mesmo pôr em causa a capacidade de resposta da Administração Pública, a experiência e o *know-how* dos funcionários públicos²⁴, conduzindo à perda de controlo sobre o resultado final e à eventual diminuição da qualidade dos serviços prestados.

Nesta linha, muitos Autores norte-americanos têm vindo a questionar este recurso numa escala sem precedentes à contratação com privados – o *outsourcing* –, que, nos Estados Unidos da América, inclui mesmo setores como a defesa, o sistema prisional, o controlo de fronteiras e a segurança interna²⁵, defendendo, pelo contrário, a procura de soluções dentro

¹⁹ V. PETER VINCENT-JONES, *The new Public Contracting*, Oxford, 2006, págs. 51 e 52.

²⁰ Cfr. ANNE C. L. DAVIES, *Accountability. A Public Law Analysis of Government y Contract*, Oxford, 2001, págs. 3 e 35 e EVA NIETO GARRIDO, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, in *Revista de la Administración Pública*, n.º 162, 2003, pág. 393. Este teste começou a ser aplicado no Reino Unido a partir da década de ’80 com o “*Local Government Planning and Land Act*” de 1980.

²¹ Neste sentido, v. BERNARDO AZEVEDO, “Contratação *in house*: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra, 2008, pág. 120.

²² Referindo-se, por isto, a uma “reserva de Direito Administrativo” assente na cláusula constitucional de bem-estar ou de Estado social; na reserva dos poderes de soberania em favor das entidades públicas; bem como nos artigos 212.º, n.º 3, e 268.º, n.º 4, da CRP, entre outros aspetos, de natureza económica, tais como a garantia constitucional de apropriação pública de meios de produção, v. PAULO OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, obra colectiva, Coimbra, 2001, págs. 53 a 56.

²³ V. GUIDO CRECO, “Imprese pubbliche, organismi di Diritto Pubblico, affidamenti “*in house*”: ampliamento o limitazione della concorrenza?”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 1, 2005, pág. 76.

²⁴ Como salientam JODY FREEMAN e MARTHA MINOW, “Introduction: reframing the outsourcing debates”, in *Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*, obra coletiva, Cambridge (Massachusetts), 2009, págs. 1 e 2.

²⁵ V. por todos, JODY FREEMAN e MARTHA MINOW, *op. cit.*, pág. 20.

da Administração, designadamente através da contratualização com agências ou empresas públicas²⁶.

A circunstância de um contrato não se integrar na exceção do artigo 5.º, n.º 1, do CCP, não significa que não se verifiquem os requisitos para que se recorra ao ajuste direto como forma de seleção do co-contratante. Com efeito, deve distinguir-se entre os contratos excluídos da aplicação das regras relativas aos procedimentos pré-contratuais daqueles outros que estão submetidos àquelas regras, mas relativamente aos quais é permitida a sua celebração por ajuste direto em função da natureza *personalíssima* das prestações em causa. É que o ajuste direto constitui ainda um procedimento administrativo pré-contratual tipificado, que culmina com a prática de um ato administrativo de adjudicação e ao qual se aplicam as regras do CCP, designadamente, os artigos 112.º, 113.º e 127.º deste diploma.

Pelo contrário, na formação dos contratos excluídos da Parte II do Código, a entidade adjudicante pode optar por utilizar qualquer procedimento pré-contratual, tipificado ou não, ou limitar-se a celebrar o contrato sem qualquer tipo de procedimento.

Assim, todos os contratos de cooperação paritária entre entidades administrativas integram-se na exclusão do artigo 5.º, n.º 1, do CCP, uma vez que as prestações que são objeto de tais contratos não estão, nem são, suscetíveis de estar, submetidas à concorrência de mercado.

Aliás, dificilmente estes contratos se podem considerar onerosos para efeitos de aplicação das regras dos mercados públicos. Apesar de, mesmo no Direito Civil, o conceito de contrato prescindir quer do valor económico das prestações [artigo 391.º, n.º 2, do Código Civil (CC)], quer da patrimonialidade dos interesses das partes, a verdade é que esses contratos não estão sujeitos aos procedimentos pré-contratuais de escolha do adjudicatário. É que estes contratos nem são passíveis de valoração económica para efeitos do artigo 17.º do CCP, nem despertam o interesse concorrencial de uma diversidade de agentes que atuam no mercado²⁷.

Assim, a formação dos contratos entre entidades do artigo 2.º, n.º 1, do CCP, que estão excluídos das regras da Parte II do CCP, por via do disposto no artigo 6.º, n.º 1, acabam por se pautar por uma certa informalidade.

²⁶ V. MARK FREEDLAND, "Government by contract and Public Law", in *Public Law*, 1994, em especial as págs. 86 a 89.

²⁷ Cfr. MARK KIRKBY, "Aspectos relativos à aplicabilidade objectiva e subjectiva das novas regras da contratação pública", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLIX, n.ºs 1 e 2, Coimbra, 2008, pág. 156. Sobre o conceito de contrato sujeito à concorrência de mercado, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *op. cit.*, págs. 587 e seguintes.

Mas a verdade é que nem mesmo a atividade administrativa informal é um espaço liberto do princípio da legalidade, pelo que se aplicam sempre algumas regras de Direito Público²⁸.

Neste sentido, as alíneas a) e b) do n.º 6 do artigo 5.º do CCP estabelecem que os contratos excluídos do âmbito de aplicação do CCP estão submetidos quer aos princípios gerais da atividade administrativa e às normas do CPA que concretizem preceitos constitucionais, quer a outro tipo de procedimentos, por exemplo, se se tratar de um contrato substitutivo de um ato administrativo ou de uma norma de Direito Administrativo, caso em que é aplicável o mesmo procedimento a que estariam sujeitas estas atuações unilaterais. A *ratio* desta solução é fácil de descortinar e prende-se com a necessidade de evitar a utilização da forma contratual como fuga às regras procedimentais.

3.1.2. Em especial, as relações “*in house providing*”

A celebração de contratos entre entidades adjudicantes pode ainda ser excecionada da aplicação da Parte II do CCP por se tratar de relações *in house providing*, teoria construída pretorianamente pelo TJUE e acolhida no artigo 5.º, n.º 2, do Código²⁹.

A figura das relações “*in house*” foi adotada pela primeira vez pelo TJUE no Acórdão “*Teckal*”³⁰. De acordo com esta teoria, todos os contratos de prestação de bens e serviços estão sujeitos às regras dos mercados públicos constantes (à data) das Diretivas n.º 93/36/CEE e n.º 92/50/CEE, mesmo quando as partes no contrato sejam ambas entidades adjudicantes, exceto quando a entidade adjudicante exerça sobre o adjudicatário um “*controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*” e esse adjudicatário “*realize o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante*”.

Refira-se que no Acórdão “*Teckal*” estava em causa um contrato de fornecimento de bens, regido pela Diretiva n.º 93/36/CEE, tendo o TJUE salientado que a doutrina aí adotada não se aplica aos contratos públicos de serviços, uma vez que o artigo 6.º da Diretiva n.º 92/50/CEE exclui do seu âmbito de aplicação os contratos atribuídos, em certas condições, a entidades adjudicantes. No entanto, posteriormente, o TJUE alargou este entendimento também aos contratos de prestação de serviços (não às concessões de serviços públicos), através do seu Acórdão “*Stadt Halle*”³¹.

A *ratio* subjacente à teoria das relações “*in house providing*” prende-se com o entendimento segundo o qual as regras dos mercados públicos, que são, em princípio,

²⁸ Como refere EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Recenti sviluppi del Diritto Amministrativo generale in Germania”, in *Diritto Pubblico*, 1997, pág. 69.

²⁹ A teoria das relações “*in house*” foi também consagrada na Espanha no artigo 24.º, n.º 6, da *Ley de Contratos del Sector Público*; na França, artigo 3.º, n.º 1, do *Code des Marchés Publics*; e ainda na Itália, através do artigo 13.º da Lei n.º 326/2003, de 24 de novembro, com a alteração introduzida pela Lei n.º 248/2006, de 4 de agosto de 2006, embora só ao nível local.

³⁰ Acórdão do TJUE de 18 de novembro de 1999, proferido no Processo C-107/98 (*Teckal SRL contra Comune di Viano e Azienda Gas Acqua Consorziale – AGAC - di Reggio Emilia*), in <http://eur-lex.europa.eu>.

³¹ Acórdão do TJUE de 11 de janeiro de 2005, proferido no Processo C-26/03, in <http://europa.eu.int/eur-lex>.

aplicáveis a todos os contratos de prestação de bens e serviços e de empreitadas de obras públicas celebrados por entidades adjudicantes, só não o serão quando esses contratos se assumam como uma operação meramente interna. Por outras palavras: a necessidade de abrir um procedimento pré-contratual só é afastada se, apesar de haver um acordo entre dois sujeitos de Direito formalmente diferentes, existir na verdade - no plano substantivo - uma relação de dependência entre eles que elimine completamente a autonomia da vontade de um desses sujeitos.

Os dois critérios consagrados no Acórdão “Teckal” são cumulativos e assumem um conteúdo muito fluido, de difícil densificação, como acontece com todos os conceitos de construção jurisprudencial, que, aliás, se caracterizam por estar em permanente evolução. A indefinição dos critérios provoca, aliás, uma certa incerteza na aplicação do Direito, nada desejável do ponto de vista da segurança jurídica, até porque põe em causa a uniformidade do Direito da União Europeia, na medida em que são os tribunais nacionais de cada Estado-membro que vão aplicar esses critérios aos casos concretos³².

Quanto ao conceito de “controlo análogo”, a jurisprudência comunitária tem entendido que este não pressupõe que o poder público tenha formalmente as mesmas possibilidades jurídicas de influência que tem sobre os seus próprios serviços, por exemplo, o direito de dar instruções no caso concreto. O que é determinante é saber se a entidade adjudicante está, efetivamente, em condições de impor integralmente a prossecução dos objetivos de interesse público na empresa em causa. Neste sentido, o TJUE considerou, no Acórdão “Parking Brixen”³³, que a empresa adjudicatária pode ter autonomia, mas a entidade adjudicante tem de possuir uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões significativas da empresa, o que é mais do que o mero controlo societário.

Este conceito não é, por isso, sinónimo de “influência dominante” - a que se refere o artigo 9.º do RJSEE³⁴ -, mas sim algo mais intenso, traduzindo-se num absoluto domínio sobre a autodeterminação da vontade do prestador do bem ou serviço.

Contudo, também não pressupõe a existência de hierarquia administrativa, ou seja, do poder de direção e do correlativo dever de obediência³⁵, até porque o controlo análogo tem a ver com a convergência de interesses, não sendo necessária a equiparação total ao controlo que é exercido sobre os serviços sem personalidade jurídica.

No projeto de diretiva em matéria de contratos públicos (Projeto n.º 2011/0896, já aprovado pelo Parlamento Europeu em 15 de janeiro de 2014), o artigo 11.º consagra a

³² Como assinala MARIA RANGEL MESQUITA, “In house: desenvolvimentos recentes da jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias, separata da obra *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*, Coimbra, 2007, pág. 903.

³³ Trata-se do Acórdão do TJUE de 13 de outubro de 2005, proferido no Processo n.º C-458/03, in <http://eur-lex.europa.eu>.

³⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 113/2013, de 3 de outubro.

³⁵ Como defende, por exemplo, CLÁUDIA VIANA, “Contratos Públicos “in house” – em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais”, in *Direito Regional e Local*, n.º 00, 2007, págs. 37.

figura das relações “*in house*” e o segundo parágrafo do n.º 1 deste preceito esclarece 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*”.

Pode dizer-se, com segurança, que os contratos celebrados entre o Estado e um instituto público são sempre contratos “*in house*”, uma vez que os poderes de tutela e de superintendência se subsumem claramente no conceito de “controlo análogo”.

Diversamente, a questão afigura-se muito mais complexa no que se refere às empresas integradas no Setor Empresarial do Estado, no Setor Empresarial Local ou no Setor Empresarial Regional.

A contratação direta por um ente público de uma sociedade por ele participada depende de dois requisitos: a participação pública maioritária ou dominante e o desenvolvimento de uma atividade fora do jogo da livre concorrência, o que ocorre, por exemplo – mas não apenas –, quando a empresa é criada especificamente para fornecer bens ou serviços em setores especiais, subtraídos à total livre concorrência.

Na apreciação do requisito do controlo análogo deve destringir-se consoante as empresas públicas adjudicatárias sejam unipessoais ou pluripessoais, ou seja, se apenas uma entidade pública – o Estado ou uma autarquia local – participa no seu capital social ou se, pelo contrário, a empresa é constituída por diferentes entidades. Por sua vez, neste último caso, ainda há que distinguir consoante todos os sócios sejam públicos ou, pelo contrário, nela participem também sócios privados.

No caso das empresas unipessoais, basta verificar se o único subscritor do capital exerce o controlo análogo nos moldes referidos *supra*.

Mais complexa é a situação no caso das empresas pluripessoais, ainda que todos os sócios sejam entidades públicas. Nestes casos, há dois entendimentos possíveis: considerar que apenas são “*in house*” os contratos celebrados entre a empresa e o sócio (público) maioritário; ou, pelo contrário, que podem ser “*in house*” todos os contratos celebrados entre a empresa pública e qualquer das entidades públicas que participam no seu capital social. Contudo, neste último caso, tal só ocorre se existir uma coincidência de interesses entre todas as Administrações-matriz, em termos tais que a empresa seja instrumental relativamente a todas elas.

De facto, por vezes o que está subjacente à constituição de uma empresa pública pluripessoal, independentemente da forma adotada, são instrumentos de cooperação entre as entidades “*sócias*”. Aliás, a constituição da empresa pode, inclusivamente, ser precedida da celebração de um contrato interadministrativo entre estas entidades, como forma de garantir a existência de interesses, objetivos e meios de ação comuns.

Contudo, a existência de uma situação deste tipo não prescinde da verificação em concreto do requisito do controlo análogo relativamente a cada uma das empresas, mesmo que este não decorra da detenção da maioria do capital social, mas sim do facto de haver um instrumento de concertação entre as entidades subscritoras do capital social no sentido de todas terem os mesmos poderes sobre a empresa.

Por isso mesmo, excluídos aqueles casos em que exista um contrato interadministrativo de cooperação entre as entidades detentoras do capital da empresa, quer este contrato constitua ou não uma associação através da qual o capital seja subscrito, dificilmente se poderão considerar *“in house”* os contratos celebrados entre a empresa adjudicatária e todas as entidades que nela participam.

A pré-existência de um contrato interadministrativo de cooperação entre as entidades que detêm o capital da empresa diferencia-se, por sua vez, da situação prevista no artigo 39.º do CCP, que admite a possibilidade de as entidades adjudicantes se agruparem para formarem um contrato no interesse de todas. É que, neste caso, apesar de o agrupamento poder resultar também da celebração de um contrato interadministrativo, não só este é celebrado exclusivamente para proceder à adjudicação daquele contrato, como as entidades incluídas no agrupamento não são detentoras do capital da entidade adjudicatária. Por isso mesmo, aquele preceito não é referido em sede de operações *“in house”*.

Daí que, tendencialmente, possam considerar-se relações *“in house”* as que se estabelecem com empresas públicas (estatais ou municipais) unipessoais, e, no caso das empresas pluripessoais, só com o ente público dominante – como aliás, já foi reconhecido pelo TJUE no Acórdão *“ARGE”*³⁶.

É verdade que aquele Tribunal já aceitou uma interpretação mais ampla do conceito de relações *“in house”* no Acórdão *“Tragsa”*³⁷, no qual considerou que o contrato celebrado com uma empresa que era detida a 99% pelo Estado e a 1% por quatro comunidades autónomas espanholas era *“in house”* relativamente a todas as entidades subscritoras do seu capital social. No entanto, este acórdão não só vai ao arrepio da restante jurisprudência do TJUE, como tem sido alvo de profundas críticas por parte da doutrina.

No mesmo sentido, aparentemente, o CCP admite um controlo análogo conjunto, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, o que parece permitir a contratação *“in house”* por qualquer uma das entidades detentoras de capital de uma empresa pública, mesmo que minoritariamente.

Contudo, só existe controlo conjunto quando este resulte de formas institucionalizadas de colaboração interadministrativa, que decorram da lei ou de um contrato

³⁶ Acórdão do TJUE *ARGE*, de 7 de dezembro de 2000, proferido no Processo C-94/99, in <http://eur-lex.europa.eu>.

³⁷ Acórdão de 19 de abril de 2007, proferido no Processo n.º C - 295/05, in <http://eur-lex.europa.eu>.

interadministrativo de cooperação celebrado anteriormente entre vários municípios ou o município e o Estado. O contrato, por sua vez, pode ter conteúdos diversos: definir objetivos e meios de ação comuns; permitir que a entidade que detém a maioria do capital social da empresa a coloque ao serviço de uma outra entidade pública, através de um contrato semelhante ao mandato; ou criar um ente instrumental – por exemplo, uma associação ou um consórcio – que exerce o controlo sobre a empresa pública. O controlo conjunto como forma de cooperação interadministrativa pressupõe também que haja uma coincidência de fins entre todas as Administrações-matrizes e a entidade por estas controlada.

Na mesma linha, o TJUE entendeu, no Acórdão *Coditel Brabant*³⁸, que o controlo análogo pode ser exercido conjuntamente por várias entidades adjudicantes participantes no capital da entidade adjudicatária, na medida em que não o admitir seria impor a abertura dos contratos à concorrência sempre que as entidades adjudicantes pertencessem a um agrupamento, o que constituiria uma limitação inaceitável ao princípio da colaboração interadministrativa.

Com efeito, a exigência de controlo análogo não pode funcionar como um obstáculo à colaboração interadministrativa, pelo que tem de se admitir que aquele controlo seja exercido em conjunto por diversas entidades-matrizes, quando isso resulte claramente de modelos de cooperação. Neste sentido, o controlo conjunto é uma manifestação de colaboração interadministrativa.

No caso do SEE, pode discutir-se se a celebração de um contrato “*in house*” com um determinado ministério implica, automaticamente, que o mesmo se aplica a toda a Administração central, visto que os ministérios não têm personalidade jurídica e se inserem todos no Estado, mas a verdade é que isso poria em causa a ideia de controlo análogo.

Sobre este aspeto, o artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva aprovada em 15 de janeiro de 2014, vem admitir o exercício conjunto, por várias autoridades adjudicantes, do controlo análogo, desde que esse controlo decorra (i) da existência de órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes; (ii) do exercício conjunto de uma influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada; e (iii) de a pessoa coletiva controlada não prosseguir interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.

Quando as empresas adjudicatárias sejam meramente participadas - ou seja, naqueles casos em que a entidade adjudicante detém a maioria do capital social ou o controlo da gestão -, o TJUE entendeu, no Acórdão “*Stadt Halle*”³⁹, que a participação ainda que

³⁸ Acórdão do TJUE de 13 de novembro de 2008, Processo n.º C 324/07, in <http://eur-lex.europa.eu>.

³⁹ V. também o Acórdão do TJUE “*Modling*”, de 10 de novembro de 2005, proferido no Processo C- 29/04, relativo a uma ação de incumprimento contra República da Áustria, in <http://europa.eu.int/eur-lex/> e o Acórdão “*Carbotermo*”, de 11 de maio de 2006, proferido no Processo C-340/04, <http://eur-lex.europa.eu>, no qual se

minoritária de uma empresa privada no capital social da empresa adjudicatária afasta de imediato o requisito do controlo análogo porque a presença de uma entidade privada implica sempre a prossecução de interesses privados.

Além disso, a adjudicação nestas condições viola o princípio da igualdade de tratamento face a outras empresas privadas que poderiam pretender contratar com a Administração.

Na verdade, a adjudicação de contratos “*in house*” a sociedades que incluem empresas privadas no seu capital social constitui uma forma de favorecimento destas últimas, em violação dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da não discriminação.

Não obstante o entendimento restritivo que o TJUE tem nesta matéria, exigindo que o capital social da empresa adjudicatária permaneça totalmente público durante toda a duração do contrato⁴⁰, a verdade é que não me parece que a presença de privados constitua um óbice à celebração de contratos “*in house*” se a(s) empresa(s) privada(s) que participa(m) no capital social da empresa pública forem escolhidas, por sua vez, através de mecanismos respeitadores do princípio da livre concorrência⁴¹.

Aliás, o TJUE já aceitou este entendimento, no Acórdão “*Acoset*”⁴², a propósito da adjudicação de um contrato de gestão do serviço integrado de águas a uma sociedade anónima de capitais mistos, maioritariamente públicos, tendo considerado que se o parceiro privado nesta sociedade tiver sido escolhido através de um procedimento concorrencial não é necessário lançar outro procedimento para a adjudicação do contrato.

Por outras palavras: se a concorrência foi já assegurada num momento anterior, aquando da seleção do parceiro privado, não é necessário voltar a sujeitar a adjudicação do contrato de concessão de serviço público a essa mesma empresa a um novo procedimento concorrencial.

Ora, de acordo com o artigo 16.º, n.º 2, a adjudicação de um contrato de sociedade (ou seja, a seleção do sócio privado) está sujeita às regras da contratação pública, exceto quando o capital social se destine a ser integralmente subscrito por outras entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 1, nos termos do artigo 5.º, n.º 4, alínea d) do CCP.

consagra o entendimento de que a participação pública além de ser total tem de ser direta, não pode ser através de uma “*holding*”, a não ser que esta também seja detida a 100% por uma entidade pública.

⁴⁰ Cfr. o Acórdão “*Mödling*”, já citado, e o Acórdão “*ANAV*”, de 6 de abril de 2006, proferido no Processo n.º C-410/04, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴¹ Cfr., neste sentido, o Acórdão *SeaSrl contra Comune do Ponte Nossa*, de 10 de setembro de 2009, Processo n.º C-573/07, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴² Acórdão de 5 de outubro de 2009, proferido no Processo n.º C-196/08, in <http://eur-lex.europa.eu>. Sobre este acórdão v. ALEXANDRA LEITÃO, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de outubro de 2009, Processo n.º C-196/08 (*Acoset SpA c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e o.*)”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Cunha Rodrigues*, Lisboa, 2013 e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Acórdão *Acoset*: as alternativas procedimentais na constituição de uma PPPI vistas à luz do Direito Comunitário”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 92, 2012.



Trata-se de evitar a sujeição a um “duplo procedimento”, que a Comissão já considerou inútil e difícil de aplicar, na comunicação interpretativa sobre a aplicação do Direito da União Europeia em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPIs), publicada no JOUE n.º C 91/4, de 12 de abril de 2008.

Saliente-se, contudo, que, apesar de o TJUE referir, neste Acórdão, que a solução adotada visa (também) salvar a própria viabilidade das parcerias público-privadas institucionalizadas, uma vez que a exigência de um duplo procedimento seria um fator dissuasor para os privados concorrerem, a verdade é que o alcance do Acórdão se estende para lá da figura das parcerias.

Efetivamente, a *ratio decidendi* do aresto tem uma aplicação mais ampla, a todas as situações em que possa ocorrer um duplo procedimento concorrencial.

A solução adotada no Acórdão é semelhante à que está prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), para as entidades que gozam de direitos especiais ou exclusivos, que, por sua vez, só estão sujeitas às regras da contratação pública quando esses direitos *não* tenham sido atribuídos no âmbito de um procedimento concursal. Isto significa, *a contrario sensu*, que, quando esses direitos tenham sido concedidos através de um procedimento concursal, as entidades que os detenham não são consideradas entidades adjudicantes, visto que a concorrência já foi assegurada através daquele procedimento, sem prejuízo da obrigação de cumprir o disposto no artigo 277.º do CCP.

É verdade que, mesmo quando o sócio privado é escolhido de forma concorrencial, a adjudicação do contrato sem sujeição a um procedimento pré-contratual pode sempre causar distorções à concorrência⁴³, mas essas distorções são afastadas ou minimizadas se no primeiro procedimento – de escolha do sócio privado – se incluírem critérios de seleção relativos ao objeto do contrato a celebrar subsequentemente com a sociedade. Apreciar-se-á, assim, não apenas a capacidade financeira dos candidatos, mas também a sua capacidade técnica em função do objeto concreto do contrato, em termos tais que quando escolhe o sócio, a entidade adjudicante está também, simultaneamente, a escolher o melhor co-contratante para executar o contrato em apreço⁴⁴.

Contudo, na Diretiva aprovada pelo Parlamento Europeu em 15 de janeiro de 2014, o artigo 11.º, n.º 1, alínea c), estabelece que só serão considerados “*in house*” os contratos celebrados entre uma entidade adjudicante e outra pessoa coletiva quando não haja “...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.”

⁴³ Como salienta MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra, 2007, pág. 184.

⁴⁴ V. DIOGO DUARTE CAMPOS, “Parcerias público-privadas institucionais e duplo (triplo) concurso”, in *Estudos de Contratação Pública*, volume III, obra colectiva, Coimbra, 2010, págs. 436 e 437.



Na minha opinião, deveria admitir-se a celebração de contratos *“in house”* quando a empresa adjudicatária seja ela própria um organismo de Direito Público e, consequentemente, uma entidade adjudicante, independentemente do capital ser totalmente público ou não. Isto não prescinde, contudo, da verificação dos dois requisitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a) e, além disso, se se tratar de uma empresa de capitais mistos, de o sócio privado ter sido escolhido de acordo com regras concorrenciais. Por isso, é duvidoso que a mera existência de uma obrigação legal (v.g. nos estatutos da empresa) de abrir o capital a privados afaste, por si só, o preenchimento dos critérios *“in house”*, desde que, depois, na escolha dos privados se observe, por sua vez, a concorrência.

Esta conclusão parte também de um entendimento da concorrência como um valor muito importante, mas não absoluto, designadamente, quando se encontrar em confronto com o princípio da prossecução do interesse público.

Por outras palavras, o princípio da concorrência não pode pôr em causa nem a liberdade de auto-organização administrativa, nem a escolha de opções que se revelem mais eficazes para o interesse público⁴⁵.

O segundo critério avançado pela jurisprudência comunitária reside na exigência de que a empresa adjudicatária realize o essencial da sua atividade para a entidade pública que a detém. Para tal, deve ter-se em conta a *“atividade efetiva”* e não aquela que resulta do seu objeto social.

A jurisprudência comunitária sobre esta matéria não é muito abundante, uma vez que, adotando o TJUE uma interpretação restritiva do requisito do controlo análogo, as suas decisões acabam por afastar muitas vezes a figura das relações *“in house”* logo pela análise daquele primeiro requisito, tornando inútil a apreciação do segundo.

De qualquer modo, na prática, a verificação deste critério pressupõe que a atividade da empresa esteja tão fortemente ligada ao poder público que os contratos podem ser equiparados a relações internas, o que não sucede se a empresa atuar no mercado como qualquer empresa comercial. Isto significa que a empresa pode realizar prestações para terceiros, mas isso tem de ter uma relevância mínima no contexto geral do seu volume de negócios.

O TJUE já entendeu, no Acórdão *“Carbotermo”*⁴⁶, que na determinação do volume de negócios relevante, deve ter-se em conta quer as prestações realizadas para a própria entidade adjudicante, quer em favor de terceiros (por exemplo, no caso de uma concessão de serviços públicos), sendo irrelevante o âmbito territorial em que a atividade é desenvolvida.

⁴⁵ Como sempre tenho vindo a defender. V., por exemplo, ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direitos dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2014, págs. 73 e seguintes.

⁴⁶ Acórdão de 11 de maio de 2006, proferido no Processo n.º C-340/04, in <http://eur-lex.europa.eu>.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas tem sempre afastado a possibilidade de celebração de contratos “*in house*” quando a empresa, apesar de controlada pela entidade com a qual pretende contratar, desenvolva um relevante volume de negócios com o sector privado⁴⁷.

Todavia, noutras decisões, o Tribunal de Contas salientou que, além do critério do volume de negócios, é ainda determinante – talvez mais determinante mesmo – apurar se a empresa adjudicatária atua no mercado como concorrente de outras empresas privadas, em termos tais que o Estado poderia contratar com qualquer uma delas⁴⁸. Entendeu aquele Tribunal que “[A] condição da essencialidade tem por objetivo assegurar que a Diretiva comunitária relativa aos processos de adjudicação de contratos públicos continue a ser aplicável quando esteja ativa no mercado uma empresa relativamente à qual seja exercido um controlo análogo, e que, em virtude dessa atividade no mercado, possa entrar em concorrência com outras empresas”.

Na nova Diretiva sobre contratos públicos, já referida *supra*, estabelece-se, no artigo 11.º, n.º 1, alínea b), que aquele requisito verifica-se quando “[M]ais 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.”

Por outro lado, nos casos de empresas pluripessoais, coloca-se a questão de saber se a empresa adjudicatária tem de realizar o essencial da sua atividade apenas para a entidade que efetivamente exerce o controlo análogo e não para o conjunto dos “sócios” públicos; ou se, pelo contrário, se admite que o essencial do volume de negócios seja aferido em função do conjunto das entidades subscritoras do capital social da empresa. Na minha opinião, deve admitir-se esta última hipótese exatamente nos mesmos termos em que se admite um controlo conjunto, ou seja, por existir uma repartição em partes iguais do capital social ou por haver um contrato de cooperação entre as entidades-matriz que precede a criação da empresa pública.

Verifica-se ainda um outro conjunto de situações que, em princípio, permitem a celebração de contratos “*in house providing*”, a saber: quando o próprio objeto social da empresa adjudicatária inclui, por determinação legal, em regime de exclusividade ou não, a realização da atividade que é contratualizada⁴⁹.

⁴⁷ Cfr., por todos, o Acórdão n.º 151/09, de 22 de setembro, proferido no Processo n.º 1249/09, in www.tcontas.pt.

⁴⁸ V. os Acórdãos n.º 106/2009 e n.º 1/2010, de 11 de maio de 2009 e de 19 de janeiro de 2010, respetivamente, ambos proferidos no Processo n.º 193/09, in www.tcontas.pt.

⁴⁹ Esta situação aproxima-se daquelas outras em que uma entidade goza de direitos exclusivos ou especiais, por determinação legal ou através de um ato (ou contrato) adotado mediante habilitação legal [estes direitos são definidos na Diretiva n.º 2004/17/CE como “os direitos concedidos por uma autoridade competente do Estado-membro em questão, por meio de qualquer disposição legislativa, regulamentar ou administrativa que tenha por efeito reservar a uma ou mais entidades o exercício de uma atividade definida nos artigos 3.º a 7.º e afetar substancialmente a capacidade de outras entidades exercerem essa mesma atividade” (artigo 2.º, n.º 3)]. Esta exceção só se aplica, contudo, relativamente aos contratos de prestação de serviços e não aos de fornecimentos e de locação de bens, em face do disposto no artigo 18.º da Diretiva n.º 2004/18/CE.



A criação de empresas destinadas exclusivamente ao desenvolvimento de determinadas tarefas ou atividades tem lugar sobretudo no caso das concessões de serviços públicos.

Mesmo antes da aprovação da Diretiva sobre concessões, a 15 de janeiro de 2014, não existia uma total “*indiferença comunitária*”⁵⁰ relativamente às concessões, tendo a Comissão Europeia aprovado duas Comunicações Interpretativas sobre as Concessões em Direito Comunitário. Nestas Comunicações é acentuado que os Estados- membros estão obrigados a respeitar os princípios gerais e as regras do Tratado, designadamente, a livre circulação de mercadorias (artigos 23.º e seguintes do TFUE), o direito de estabelecimento (artigos 49.º e seguintes do TFUE), a livre prestação de serviços (artigos 56.º e seguintes do TFUE) e os princípios da não-discriminação e da igualdade de tratamento, da transparência, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo.

O tratamento diferenciado que o Direito da União Europeia confere aos contratos de concessão compreende-se pela sua natureza *intuitu personae*, dado que o elemento fiduciário assume aí elevada relevância, justificando a livre escolha do concessionário pela Administração concedente.

Nesta linha, e indo além do Direito da União Europeia (à data), o artigo 6.º, n.º 1, consagra expressamente a sujeição dos contratos de concessão às regras da concorrência, independentemente da natureza das partes contratantes, o que os aproxima, pelo menos ao nível do regime jurídico aplicável à formação do contrato, dos contratos de prestação de serviços, de fornecimento de bens e das empreitadas de obras públicas. Aliás, isto já resultava do artigo 180.º do CPA, enquanto princípio geral, mas a verdade é que este preceito nunca se aplicou verdadeiramente às concessões de serviços públicos.

Sendo assim, os contratos de concessão de serviços públicos só são excluídos da Parte II do CCP se preencherem os requisitos da doutrina “*in house*” ou se resultarem da atribuição de direitos exclusivos.

A figura da contratação “*in house providing*” é uma forma de alcançar um equilíbrio entre o Direito da União Europeia e o Direito interno, entre os princípios comunitários da concorrência e da transparência e os princípios da prossecução de interesse público e da liberdade de auto-organização da Administração⁵¹.

3.1.3. Inovações dos novos projetos de Diretivas

A nova Diretiva sobre contratos públicos dedica um preceito – o artigo 11.º - à matéria da contratação entre “*entidades no setor público*”, demonstrando, mais uma vez, a indiferença do Direito da União Europeia quanto às classificações nacionais sobre a natureza pública ou privada das pessoas coletivas, bastando que estejam integradas no “setor público”.

⁵⁰ A expressão é de MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Concessão de serviço público – Que futuro?”, VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, separata do volume especial de *Direito e Justiça*, Lisboa, 2005, pág. 25.

⁵¹ V. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos ...*, cit., pág. 290.



O preceito consagra a teoria das relações *“in house providing”* no seu n.º 1, alíneas a) b) e c), mantendo a exigência do controlo análogo, bem como o critério de que mais de 80% das atividades da pessoa coletiva adjudicatária sejam 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 ainda que não haja *“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”*.

O preceito esclarece ainda que se *“[C]onsidera 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”*. Isto significa que a Diretiva admite o controlo indireto, tal como acontece no caso dos *“organismos de direito público de segunda geração”*⁵².

Por sua vez, o n.º 2 alarga o instituto das relações *“in house providing”* aos contratos em que é a entidade controlada que adjudica o contrato à entidade que a controla (o preceito determina que *“[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”*).

Mas, além de consagrar expressamente pela primeira vez a teoria das relações *“in house”*, a nova Diretiva sobre contratos públicos prevê ainda uma outra exceção à aplicação das regras da contratação pública quando estejam em causa contratos entre entidades públicas, também na linha do que já havia sido preconizado pelo TJUE no Acórdão de Acórdão de 9 de junho de 2009, acima citado.

Trata-se de admitir a celebração, sem sujeição a quaisquer procedimentos pré-contratuais, de contratos entre uma autoridade adjudicante e uma pessoa coletiva de direito público ou privado integrada no setor público, mesmo que a primeira não exerça controlo análogo sobre esta última, desde que estejam preenchidas as seguintes condições cumulativas (n.º 4 do artigo 11.º):

⁵² V. RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008. cit., págs. 20 e 21.

- i) o contrato tenha sido celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes;
- ii) o contrato estabeleça ou execute 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;
- iii) a execução da referida cooperação seja unicamente regida por considerações de interesse público; e
- iv) as autoridades adjudicantes participantes exerçam no mercado livre menos de 20% das atividades abrangidas pela cooperação.

A grande dificuldade na aplicação desta figura prende-se com a distinção, por vezes muito ténue, entre um contrato de cooperação interadministrativa e um verdadeiro e próprio contrato de prestação de serviços, de fornecimento de bens ou, inclusivamente, uma empreitada de obras públicas.

No acórdão em apreço o TJUE utilizou dois critérios essenciais: o tipo de prestações pactuadas entre as partes⁵³ e a circunstância de o contrato controvertido visar a realização de uma missão de interesse público comum, a saber, a eliminação de resíduos. Estes aspetos correspondem a cláusulas contratuais que permitem demonstrar que o contrato em apreço não se subsume num contrato de prestação de serviços na aceção das diretivas comunitárias, designadamente, por não ter natureza onerosa para efeitos de aplicação das regras da contratação pública [alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva n.º 2004/18/CE].

O TJUE mostrou-se, assim, sensível ao fundamento cooperativo do contrato, salientando que *“o Direito Comunitário de maneira nenhuma impõe às autoridades públicas, para assegurar conjuntamente as suas missões de serviço público, que recorram a uma forma jurídica especial”*. Esta afirmação tem subjacente a ideia de que a sujeição deste tipo de contratos às regras comunitárias da contratação pública equivaleria a impedir a adoção de formas contratualizadas de cooperação interadministrativa, pondo em causa o princípio da liberdade de auto-organização da Administração Pública.

O alargamento das situações em que se permite a duas entidades públicas estabelecer diretamente formas de cooperação contratual ou institucional sem ter de recorrer necessariamente ao mercado merece o meu aplauso, na lógica do aproveitamento de sinergias dentro da Administração Pública e de evitar o endividamento de longo prazo perante privados.

⁵³ No Acórdão acentua-se o facto de o preço a pagar ser apenas o reembolso pelos custos suportados pela outra entidade e não uma remuneração pelo serviço. Contudo, mesmo essa exigência foi abandonada na última versão da Diretiva recentemente aprovada.

3.2. Execução dos contratos interadministrativos

3.2.1. O artigo 338.º do Código dos Contratos Públicos. Em especial, os poderes de conformação da relação contratual nos contratos interadministrativos

O artigo 338.º trata do regime aplicável aos contratos interadministrativos⁵⁴, estabelecendo que a Parte III do Código, ou seja, a parte relativa ao regime substantivo dos contratos administrativos, não é diretamente aplicável *“aos contraentes públicos que contratam entre si num plano de igualdade jurídica, segundo uma ótica de harmonização do desempenho das respetivas atribuições”* (cfr. o n.º 1 daquele artigo).

Na verdade, o regime substantivo dos contratos administrativos só é aplicável, com as necessárias adaptações, aos *“contratos celebrados entre contraentes públicos pelos quais um deles se submeta ao exercício de poderes de autoridade pelo outro”* (cfr. o n.º 2).

Deste preceito retiram-se várias ilações.

Em primeiro lugar, que o legislador partiu do pressuposto de que os contratos interadministrativos são, em regra, paritários e equiordenados e que a situação inversa é excecional.

Em segundo lugar, que a celebração do contrato num plano de igualdade jurídica não afasta apenas a existência de poderes de conformação da relação contratual, mas também impede a aplicação (pelo menos direta) de todos os preceitos da Parte III do CCP, ou seja, do regime substantivo dos contratos administrativos.

Assim, aparentemente, a Parte III do Código só seria suscetível de aplicação aos contratos interadministrativos de subordinação, isto é, àqueles em que uma das partes detém poderes de conformação da relação contratual sobre a outra parte.

Ora, não me parece que seja necessariamente assim.

Efetivamente, o caráter absolutamente paritário de um contrato interadministrativo afasta, naturalmente, aqueles poderes, mas não exclui a possibilidade de aplicação de outros aspetos do regime jurídico do contrato administrativo tal como é traçado na Parte III do CCP.

Isto significa que a associação direta e necessária que o legislador do Código estabelece entre a existência de poderes de conformação da relação contratual e a aplicação do regime geral do contrato administrativo não se justifica.

A referida solução cria uma lacuna, deixando o intérprete e o aplicador sem saber qual o regime jurídico dos contratos administrativos que se integram no n.º 1 do artigo 338.º e,

⁵⁴ Ou “contratos entre contraentes públicos”, designações que são, aparentemente, sinónimos para efeitos do Código.

mesmo relativamente aos que cabem no n.º 2 do mesmo preceito, sem conseguir descortinar quais as “*adaptações necessárias*”.

Este preceito acaba por consagrar a dicotomia entre os contratos interadministrativos que estabelecem formas de cooperação paritária; e os que estão sujeitos a uma lógica de mercado, sendo comuns contratos administrativos de sujeição.

Deve, por isso, distinguir-se, dentro do título I da Parte III do Código - que é aplicável aos “[C]ontratos administrativos em geral” -, aqueles aspetos que, sendo específicos dos contratos de colaboração subordinada, não se podem aplicar a contratos interadministrativos paritários, daqueles outros cuja aplicação faz sentido em qualquer tipo de contrato.

O regime jurídico traçado pelo Código para a invalidade, execução, cumprimento e incumprimento, modificação e extinção dos contratos são aplicáveis aos contratos interadministrativos referidos no n.º 1 do artigo 338.º, à exceção daquelas disposições que pressupõem a utilização de poderes de autoridade.

Por outro lado, mesmo os contratos interadministrativos de subordinação comportam especificidades relativamente aos contratos administrativos celebrados entre a Administração e os particulares que, apesar de não impedirem a aplicação de vários aspetos do regime jurídico consagrado no Código, traduzem a autonomia daqueles contratos.

Em primeiro lugar, no que concerne aos poderes de conformação da relação contratual, é de salientar que a prossecução de interesses públicos pelas partes nos contratos interadministrativos não afasta, por si só, a existência de tais poderes em favor de um dos contraentes, desde logo porque nada obsta a que um desses interesses deva prevalecer sobre o segundo, o que implica que o contraente que prossegue o interesse prevalecente tenha sobre o outro poderes de autoridade.

Outra especificidade dos contratos entre entidades administrativas prende-se com a verificação de situações qualificáveis como *factum principis*, visto que, sendo as partes públicas, as mesmas podem, no exercício das suas prerrogativas de autoridade extracontratuais, tomar decisões que afetem as condições que estiveram na base do negócio. Na sequência disso, ambas as partes podem resolver unilateralmente o contrato – quer o contraente público a quem é imputável a alteração, quer o outro – mas só o primeiro é que tem obrigação de indemnizar o co-contratante.

Pelo contrário, nos contratos celebrados entre a Administração e os particulares, só a primeira goza de poderes de autoridade cujo exercício consubstancia, eventualmente, uma situação de *factum principis*.

Ao nível do cumprimento do contrato, apesar da natureza vinculativa dos contratos interadministrativos e da sua potencialidade para criar verdadeiros direitos e obrigações

para as partes, a verdade é que as prestações acordadas têm muitas vezes natureza infungível ou consubstanciam meras obrigações de meios. Isto não se traduz numa menor exigibilidade *jurídica* daquelas prestações, mas tornam muito mais difícil a sua exigibilidade *judicial*. Em contrapartida, sempre que um contraente público se recusa a cumprir as obrigações que assumiu contratualmente perante outro contraente público está também a violar os princípios da cooperação, da solidariedade e da lealdade institucionais. Ou seja: a posição institucional dos contraentes torna mais intensa a vinculação à obrigação contratualmente assumida.

No mesmo sentido, também as hipóteses de se verificar uma situação de impossibilidade subjetiva de cumprimento do contrato, que determinaria a extinção do mesmo, são mais reduzidas, visto que, apesar de as prestações terem muitas vezes natureza infungível, o facto as partes serem sempre pessoas coletivas públicas, assegura a sua manutenção e continuidade.

Ainda a propósito do cumprimento do contrato, cumpre referir que nos contratos de cooperação paritária a exceção de não cumprimento do contrato pode ser invocada por todos os contraentes, visto que a aplicação da figura não depende de quem são as partes, mas sim da natureza sinalagmática do contrato, ou seja, aquele direito pode ser exercido desde que exista um nexo sinalagmático entre as prestações em causa que preencha os requisitos do artigo 428.º, n.º 1, do CC. No entanto, ambos os contraentes podem bloquear a sua utilização, reconhecendo, através de resolução fundamentada, a existência de grave prejuízo para o interesse público. Esta solução compagina-se com a circunstância de o contrato prosseguir interesses públicos integrados nas atribuições de todos os contraentes públicos. Existindo, assim, um entendimento diverso quanto à adequação do contrato para prosseguir os fins públicos que são comuns às partes, só os tribunais podem dirimir o litígio daí emergente.

A invalidade dos contratos interadministrativos comporta, por sua vez, dois aspetos distintivos: por um lado, a menor força invalidante dos vícios procedimentais pré-contratuais, atendendo à circunstância de, em regra, aqueles contratos não serem precedidos de procedimentos de seleção do co-contratante; e, por outro lado, a (quase) não aplicação dos vícios da vontade, por força da objetivação da formação da vontade de ambos os contraentes, atendendo à sua natureza pública.

No que se refere à modificação objetiva e subjetiva dos contratos, existem diversas especificidades a apontar.

Em primeiro lugar, a redução do alcance da cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que a invocação da mesma poderia pôr em causa os princípios da solidariedade e da cooperação institucionais entre entidades públicas, razão pela qual se opta, em regra, por prever que a modificação do contrato em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias compete ao órgão de acompanhamento e fiscalização do mesmo, quer este seja um órgão externo ao qual as partes atribuíram essa função, quer seja um órgão de composição mista.



Em segundo lugar, das regras legais destinadas a garantir a concorrência não resultam limites tão significativos para a modificação objetiva dos contratos interadministrativos como acontece relativamente aos contratos celebrados com particulares, exatamente devido ao facto de a maioria destes contratos serem celebrados *intuitu personae*.

Em terceiro lugar, e relativamente à modificação subjetiva, pode enunciar-se um princípio segundo o qual nos contratos interadministrativos a cessão da posição contratual e a subcontratação não são admitidas, uma vez que a isso se opõe a natureza pessoal e fiduciária do contrato. Tal só será admissível nos contratos sujeitos a uma lógica de mercado que não tiverem sido celebrados *“in house providing”* ou com recurso ao ajuste direto. As mutações subjetivas decorrentes da sucessão de competências, fusão ou cisão de uma das entidades públicas contratantes não configuram uma verdadeira cessão da posição contratual, desde logo, porque não existe um *negócio causal*.

3.2.2. Exigibilidade das obrigações contratuais decorrentes de contratos interadministrativos

A principal questão que se coloca a propósito do cumprimento dos contratos interadministrativos – e que é pressuposto da aplicação das regras gerais do CCP sobre essa matéria - prende-se com a exigibilidade jurídica das obrigações assumidas contratualmente.

Trata-se de uma questão que se coloca sobretudo quanto aos contratos que têm como fundamento a cooperação institucional e não aos que se integram numa lógica de mercado, que podem ser celebrados quer entre entidades públicas, quer entre estas e os particulares. Nestes últimos, que incluem os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, não há dúvida de que as obrigações assumidas pelas partes são exigíveis juridicamente e judicialmente.

Relativamente aos contratos cujo fundamento é a cooperação interadministrativa, pelo contrário, a dúvida coloca-se de forma mais pertinente.

Na verdade, para que as obrigações estabelecidas pelas partes sejam juridicamente vinculantes é necessário que o conteúdo do contrato seja preciso e as cláusulas suficientemente concretas para que as prestações a que as partes se obrigam estejam bem determinadas ou, pelo menos, sejam determináveis, independentemente de terem ou não natureza patrimonial.

Assim, não são exigíveis as obrigações dos contratos que contenham apenas cláusulas de natureza programática ou de conteúdo essencialmente político.

Diversamente, é dispensável que o contrato seja sinalagmático, uma vez que a natureza obrigacional dos compromissos assumidos não depende da reciprocidade.

Da mesma forma, a circunstância de as obrigações assumidas serem de meios e não de resultado – o que acontece em muitos tipos de contratos interadministrativos – tão pouco afasta a natureza vinculativa dessas obrigações.

Cumpre, contudo, distinguir a vinculatividade jurídica do contrato, que faz incorrer em responsabilidade contratual a parte que não cumprir ou cumprir defeituosamente o contrato, da possibilidade de execução coerciva através do recurso aos tribunais⁵⁵.

Efetivamente, não restam dúvidas de que os contratos geradores de *obbligazioni* e não de meros *obblighi* acarretam responsabilidade contratual em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso⁵⁶.

De facto, não restam dúvidas de que mesmo quando se trate de meras obrigações de meios, há lugar a responsabilidade contratual quando não forem adotados todos os comportamentos necessários para o bom cumprimento do contrato⁵⁷.

Problema distinto é o da exigibilidade judicial dos contratos interadministrativos, atendendo à especial natureza dos direitos e deveres que são objeto dos mesmos.

Trata-se, muitas vezes, de obrigações cuja execução coerciva através do recurso aos tribunais se afigura difícil ou mesmo impossível, devido a duas razões fundamentais: à sua natureza infungível e *personalíssima*; e por corresponderem ao exercício de competências administrativas⁵⁸.

Alguma doutrina considera que nenhuma decisão judicial pode obrigar uma entidade pública a cumprir aquele tipo de contratos, na medida em que tal poria em causa o livre exercício das competências administrativas, referindo-se mesmo ao “caráter platónico” de tais contratos⁵⁹.

No entanto, este “caráter platónico” tem mais a ver com a circunstância de não ser prática corrente os contraentes públicos intentarem ações judiciais, por razões de natureza institucional e até política, do que com a (não) exigibilidade jurídica do contrato.

É que não se pode deixar de lembrar que foram as entidades públicas contratantes que optaram por se vincular contratualmente, no exercício da sua autonomia da vontade,

⁵⁵ Como salienta ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, “Los Convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 2, Murcia, 1990, págs. 89 e 90, são exigíveis as obrigações decorrentes dos contratos que versem sobre atividades das entidades administrativas envolvidas e que estabeleçam direitos e obrigações recíprocos e suficientemente concretizados, embora a exigibilidade jurídica seja diferente da execução judicial.

⁵⁶ Sobre esta matéria, v. ALEXANDRA LEITÃO, “Da natureza vinculativa dos contratos interadministrativos” (Anotação ao Acórdão do STA de 28 de março de 2012, Processo n.º 01151/11), in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 95, dezembro de 2012, págs. 26 e seguintes.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Cfr. PABLO MARTÍN HUERTA, *op. cit.*, pág. 330.

⁵⁹ Cfr., por todos, JACQUES MOREAU, « Les matières contractuelles », in *Actualité Juridique Droit Administratif*, Ano 54 (10), 1998, pág. 747, citando o Acórdão do “Conseil d’État” de 25 de outubro de 1996.

pelo que o cumprimento das obrigações que se traduzam no exercício de poderes públicos é exigível jurídica e judicialmente, desde que se trate de competências vinculadas.

Ou seja: o limite à execução coerciva das prestações não tem a ver com a circunstância de se tratar de um contrato interadministrativo, mas sim com a natureza discricionária ou vinculada das competências que são exercidas com vista à execução das prestações.

Trata-se, assim, de um limite geral aos poderes dos tribunais administrativos em sede de execução das sentenças [artigo 168.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)] e não de um limite específico que decorra da natureza destes contratos.

De facto, também há incumprimento do contrato quando uma das partes adote comportamentos, designadamente, atos administrativos incompatíveis com o objeto do contrato ou que dificultem a execução do mesmo.

Assim, a forma de conciliar o princípio da irrenunciabilidade da competência com o *pacta sunt servanda* e com o próprio princípio da colaboração passa por tutelar o co-contratante através da efetivação da responsabilidade contratual do contraente que viola o contrato ao aprovar unilateralmente um ato contrário ao estipulado.

A destriça assenta essencialmente na natureza fungível ou infungível das prestações, visto que no primeiro caso, a prestação é suscetível de execução por terceiro a expensas do devedor e no segundo caso tal não pode ocorrer, sem prejuízo de o artigo 829.º-A do CC prever a possibilidade de impor uma sanção pecuniária compulsória como forma de obrigar o devedor a cumprir no caso de prestações infungíveis, o que não tem paralelo no CCP⁶⁰.

Ora, é verdade que nos contratos interadministrativos há mais probabilidade de serem contratualizadas prestações infungíveis, o que torna a imposição coerciva do seu cumprimento mais complexa, designadamente, quando estão em causa prestações de facto que se traduzem na prática de atos jurídicos e não de factos materiais. Mas isso não é uma especificidade absoluta dos contratos interadministrativos, colocando-se também nos contratos sobre o exercício de poderes públicos celebrados entre a Administração e particulares e até nos contratos celebrados entre privados ao abrigo do Direito Civil, porque, também nestes, a execução específica é impossível quando não possa ocorrer a substituição do devedor.

⁶⁰ Embora a figura não seja desconhecida no CCP, uma vez que está prevista no artigo 372.º, n.º 4, alínea a), no caso de recusa do empreiteiro em executar os trabalhos a mais, mas tem uma consagração muito limitada e só pode ser exercida contra o contraente particular.

4. Breves notas sobre o contencioso dos contratos interadministrativos: algumas especificidades

A primeira questão que se pode colocar a propósito do contencioso dos contratos interadministrativos prende-se com a determinação da jurisdição competente, podendo questionar-se se a resolução dos litígios resultantes daqueles contratos cabe aos tribunais administrativos ou aos tribunais civis.

O problema não suscita especial complexidade, atendendo ao que defendi sobre a natureza administrativa dos contratos celebrados entre entidades públicas, mesmo nos casos em que essa natureza jurídico-pública é, aparentemente mais duvidosa, como acontece em alguns contratos sobre bens imóveis e em alguns contratos institucionais para constituição de pessoas coletivas com forma privada, mas integradas na Administração Pública em sentido orgânico.

Assim, sendo os contratos interadministrativos, antes de mais, contratos administrativos, os tribunais competentes para apreciar litígios sobre a respetiva interpretação, validade, execução são os tribunais administrativos, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alíneas e) e f), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF).

Da análise daquele preceito resulta que, de entre os vários tipos de contratos interadministrativos, todos cabem no âmbito de aplicação de, pelo menos, um dos vários segmentos daquelas normas:

- (i) por serem precedidos de um procedimento pré-contratual;
- (ii) por terem objeto passível de ato administrativo;
- (iii) por serem regulados por normas de Direito Público, e;
- (iv) por as partes os terem submetido a um regime substantivo de Direito Público.

Aliás, sendo contratos entre duas entidades administrativas, o Direito Administrativo é o Direito comum aplicável às partes contraentes, independentemente até do regime que estas pretendam convencionar.

Por isso, o artigo 4.º, n.º 1, alínea j), do ETAF atribui competência à jurisdição administrativa para conhecer dos litígios emergentes de relações jurídicas entre pessoas coletivas de Direito Público ou entre órgãos públicos, no âmbito dos interesses que lhes cumpram prosseguir. Isto significa que, mesmo que subsistissem dúvidas quanto à natureza do contrato celebrado entre duas entidades públicas, a competência caberia sempre aos tribunais administrativos em virtude do disposto neste preceito.

Cumprе agora analisar algumas questões de natureza processual.

Tratando-se de verdadeiros e próprios contratos – excluindo-se, assim, os meros acordos de cavalheiros – o meio processual principal é a ação administrativa comum sobre a

interpretação, a validade e a execução de contratos, prevista nos artigos 37.º, n.º 1, alínea h) e 40.º do CPTA.

Quanto à legitimidade ativa, algumas das alíneas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 40.º podem não se aplicar a certos contratos interadministrativos, como, por exemplo, as que pressupõem um procedimento pré-contratual quando o contrato não esteja submetido às regras da concorrência ou seja celebrado *“in house”*.

Contudo, nada obsta a que a ação seja intentada por uma entidade pública contra outra, desde logo, atendendo ao disposto no artigo 37.º, n.º 2, alínea j), do CPTA, que é uma norma de legitimação processual que permite a qualquer entidade administrativa propor uma ação administrativa comum no âmbito de relação jurídica interadministrativa⁶¹.

Mesmo que se trate de um contrato interorgânico, tem de se admitir a legitimidade ativa e passiva dos órgãos no âmbito de uma ação administrativa (especial ou comum).

PEDRO GONÇALVES, apesar de não atribuir personalidade jurídica aos órgãos, defende que estes são detentores de uma “capacidade jurídica parcial”, visto que, em alguns casos, são titulares de direitos subjetivos, no âmbito da relação que está subjacente ao litígio⁶². O Autor defende a existência de um princípio geral da *“justiciabilidade dos litígios interorgânicos”*⁶³, que, aliás, resulta expressamente do artigo 55.º, n.º 1, alínea d), do CPTA, embora limitado à ação administrativa especial de impugnação de atos administrativos.

No mesmo sentido, pode acrescentar-se o argumento de que não existe uma total coincidência entre a personalidade jurídica e a atribuição de personalidade e capacidade judiciárias, admitindo-se que dois serviços litiguem entre si na defesa dos interesses públicos que lhes compete prosseguir, ainda que sejam todos fins do Estado.

O artigo 40.º do CPTA contém também regras relativas à possibilidade de terceiros impugnarem o contrato, seja por terem sido lesados no procedimento pré-contratual ou pela ausência deste – alíneas d), e) e f) do n.º 1 – ou para evitar prejuízos decorrentes da respetiva execução – alínea g) do n.º 1 –, seja para obter o cumprimento integral do mesmo – alínea b) do n.º 2. Estas regras aplicam-se aos contratos interadministrativos.

Efetivamente, não pode deixar de se admitir que terceiros intentem ações de impugnação e de cumprimento dos contratos interadministrativos, na linha do que acontece relativamente aos contratos administrativos.

⁶¹ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005, pág. 186.

⁶² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A justiciabilidade dos litígios entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 35, 2002, págs. 22 e 23.

⁶³ Idem, pág. 14.

No que respeita às ações de impugnação, pode estar em causa, por exemplo, a celebração “*in house*” do contrato, afastando a possibilidade de particulares concorrerem à adjudicação do mesmo, mas também pode colocar-se a questão da própria validade intrínseca do contrato.

Por sua vez, a execução dos contratos interadministrativos também diz respeito a terceiros, designadamente, quando se trate de um contrato de concessão de serviços públicos, mas não só.

De facto, apesar de a norma do artigo 40.º, n.º 2, alínea b), do CPTA ser um pouco restritiva, uma vez que se refere aos terceiros “*em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas*”, o que, para a doutrina maioritária, limita o alcance do preceito aos utentes de serviços públicos geridos em regime de concessão⁶⁴, a verdade é que faz sentido alargar também a legitimidade ativa a outros particulares, em várias situações. É o caso, por exemplo, das empresas que seriam beneficiadas por um projeto previsto num contrato-plano que não esteja a ser cumprido. Por vezes, o terceiro é, ele próprio, uma entidade pública.

Alguns Autores admitem, inclusivamente, que um terceiro - por exemplo, um utente - venha exigir a celebração de um contrato interadministrativo por considerar que tal é necessário para melhoria da eficiência da Administração Pública num dado setor, por exemplo, na gestão de um serviço⁶⁵.

Parece-me, no entanto, que, exceto nas situações em que a própria lei impõe a celebração de determinado contrato, nenhuma entidade administrativa pode ser obrigada a celebrar um contrato interadministrativo, tendo em conta a autonomia pública.

A sindicabilidade da violação do dever de colaboração é extremamente discutível, exatamente devido ao carácter voluntário da maioria das formas de colaboração, limitando-se quase exclusivamente à vertente negativa daquele dever, ou seja, à impugnação da validade das condutas adotadas por entidades públicas que prejudiquem diretamente a realização de competências e tarefas cometidas a outras entidades públicas⁶⁶.

Apesar disso, pode haver lugar a algum tipo de responsabilidade perante os utentes de um serviço público, em virtude dos danos provocados pela deficiente gestão do mesmo, à luz das regras gerais da responsabilidade civil e do dever de boa administração.

Ainda a propósito da legitimidade de terceiros, pode questionar-se se faria sentido criar mecanismos acrescidos de controlo da legalidade dos contratos interadministrativos, permitindo a uma entidade pública alheia ao contrato impugná-lo com fundamento em

⁶⁴ V., por todos, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *op. cit.*, págs. 205 e 206.

⁶⁵ V., por todos, FRANCESCO LONGO, *Collaborazioni tra enti locali nella logica dell'economicità dell'azione Amministrativa*, Milão, 2000, pág. 120.

⁶⁶ Neste sentido, v. ENOCH ALBERTÍ ROVIRA, “Relaciones entre las Administraciones Públicas”, in *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, obra coletiva, Madrid, 1993, pág. 52.

violação de lei. Contudo, não existe nenhum meio processual que permita esse tipo de controlo, tendo em consideração o disposto no artigo 40.º do CPTA, sem prejuízo da tutela de legalidade sobre as autarquias locais, através dos meios estabelecidos na Lei n.º 27/96, de 1 de agosto, bem como da legitimidade ativa do Ministério Público para exercício da ação pública, nos termos do artigo 40.º, n.º 1, alínea b), do CPTA.

A propósito da ação de contratos, pode colocar-se um outro problema de natureza processual que se prende com a legitimidade ativa e passiva no caso dos contratos interorgânicos.

De facto, o artigo 10.º, n.º 2, do CPTA determina que nas ações comuns a legitimidade cabe às pessoas coletivas de Direito Público, pelo que, no caso dos contratos interorgânicos – entre ministérios ou entidades administrativas independentes sem personalidade jurídica –, seria só o Estado a estar em juízo. Ora, não pode haver uma relação processual “consigo próprio”, pelo que tem de se aplicar o disposto no artigo 10.º, n.º 6, do CPTA, nos termos do qual nos litígios que oponham órgãos da mesma pessoa coletiva, a ação é proposta contra o órgão cuja atuação está na base do litígio.

É verdade que, no que respeita aos ministérios, o artigo 42.º do CPA determina a competência do Primeiro-Ministro para resolver conflitos de atribuições. No entanto, nem todos os litígios entre ministérios se reconduzem a esse tipo de conflitos, nem aquele preceito do CPA afasta a aplicação das regras do contencioso administrativo, de acordo com o disposto no artigo 135.º do CPTA.

Ainda no âmbito da ação administrativa comum, pode questionar-se a aplicabilidade do artigo 37.º, n.º 3, do CPTA aos contratos interadministrativos, designadamente, aos contratos de concessão. É que este preceito refere expressamente “particulares”, o que exclui as entidades públicas⁶⁷.

Ora, parece-me que o fundamento desta exclusão prende-se com a circunstância de a condenação à adoção ou à abstenção de comportamentos por parte de entidades públicas já estar contemplada nas alíneas c), d) e e) do n.º 2 do artigo 37.º do CPTA, pelo que o n.º 3 não traz nada de novo.

Assim, mesmo no caso do contrato de concessão, quando o concessionário for uma entidade pública, este pode ser demandado diretamente ao abrigo daquelas alíneas do artigo 37.º, n.º 2, e não do n.º 3 do mesmo preceito, com a vantagem para o particular ou para a entidade pública lesada de não precisar de se dirigir previamente às autoridades competentes.

No entanto, deve ter-se presente que a circunstância de nos contratos interadministrativos estar vedada a utilização por terceiros do meio previsto no artigo 37.º, n.º 3, do CPTA, em virtude de as entidades contratantes serem públicas, exige uma

⁶⁷ No mesmo sentido, v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *op. cit.*, pág. 187.

interpretação mais ampliativa do âmbito da legitimidade ativa para intentar uma ação de contratos, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 40.º. Se assim não se entender, a tutela judicial efetiva dos terceiros – públicos ou privados – que sejam afetados pela execução de um contrato interadministrativo fica diminuída relativamente aos terceiros que sejam lesados por um contrato celebrado entre a Administração e um particular.

Além da ação administrativa comum sobre contratos, há outros meios processuais principais que integram o contencioso dos contratos, a saber: a ação administrativa especial de impugnação de atos administrativos pré-contratuais e de atos que violem o disposto no próprio contrato; a ação de condenação à prática de ato devido, no caso dos contratos com objeto passível de ato administrativo; e o contencioso pré-contratual.

No que respeita à ação de condenação à prática de ato devido, é praticamente consensual que este é o meio adequado para obter a condenação do contraente que se tenha comprometido a praticar determinado ato administrativo⁶⁸.

No entanto, a utilização desta ação num contrato interadministrativo está limitada pelo facto de o artigo 68.º do CPTA não conferir legitimidade ativa a órgãos relativamente à atuação de outros órgãos. É que, apesar de nos contratos entre pessoas coletivas diferentes se poder considerar que a legitimidade para intentar ações de condenação à prática de ato devido está consagrada na alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º, o mesmo não acontece para os órgãos, atendendo a que este preceito não contempla uma solução paralela à do artigo 55.º, n.º 1, alínea d), do CPTA para a ação de impugnação.

Por outro lado, também não existe um meio processual adequado para obter a condenação na emissão de uma norma regulamentar no caso dos contratos normativos, visto que a ação de condenação à prática de ato administrativo, tal como está prevista nos artigos 66.º e seguintes do CPTA, não parece apta para esse fim.

Efetivamente, quer o argumento literal - os preceitos do CPTA referem-se sempre e só a “atos” e não a “normas” -, quer a circunstância de existir um meio processual específico para o caso de omissão de normas – a declaração de ilegalidade por omissão, prevista no artigo 77.º do CPTA -, parecem corroborar aquele entendimento.

É verdade que a ação administrativa especial de declaração de ilegalidade por omissão de normas administrativas se cinge às situações em que a adoção da norma seja necessária para dar exequibilidade a atos legislativos carecidos de regulamentação, o que leva alguns Autores a afastar a possibilidade de se obter a condenação na emissão de uma norma contratualmente devida através deste meio⁶⁹. Contudo, os mesmos argumentos que levam a aplicar a ação de condenação à prática de ato devido concorrem para a aplicação da ação prevista no artigo 77.º do CPTA se o “ato” devido for uma norma.

⁶⁸ V., por todos, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato...*, cit., págs. 166 a 168.

⁶⁹ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pág. 456.



Bibliografia

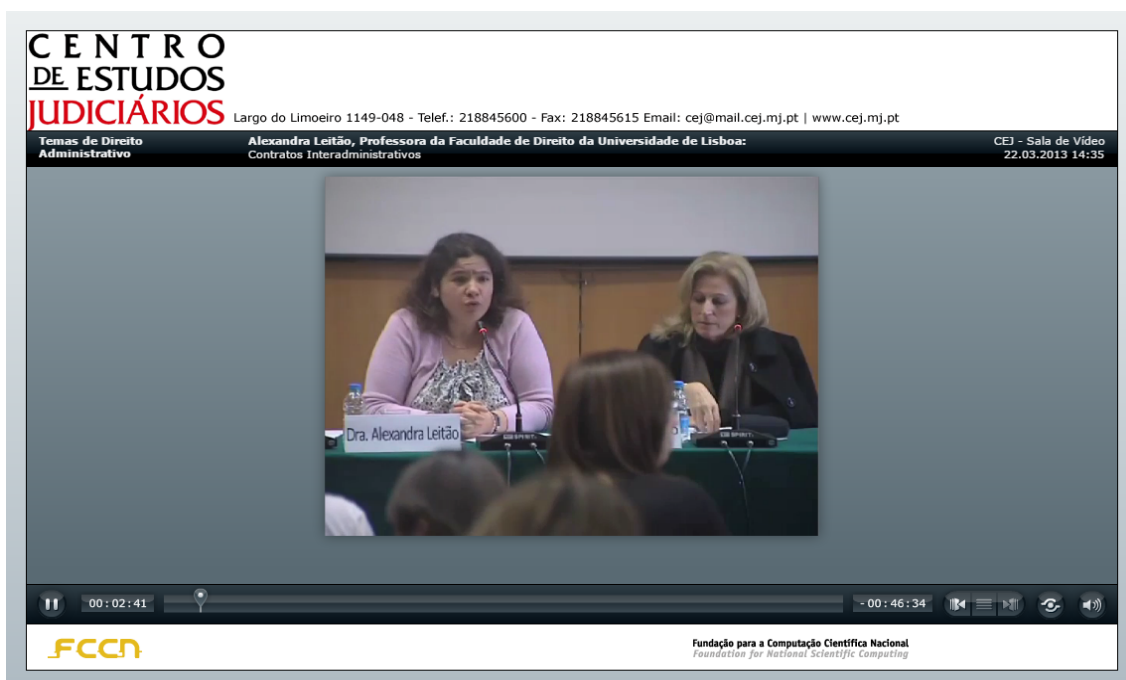
- Agranoff, Robert / McGuire, Michael – *Collaborative Public Management*, Washington D.C., 2003
- Ávila Orive, José Luís – *Los Convenios de Colaboración Excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2002
- Azevedo, Bernardo – “Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra, 2008
- Dente, Nuno Monteiro / Tavares, Gonçalo Guerra – *Código dos Contratos Públicos. Âmbito da sua Aplicação*, Coimbra, 2008
- Dreyfus, Jean-David – *Contribution a une Théorie Générale des Contrats entre Personnes Publiques*, Paris, 1997
- Estorninho, Maria João - *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2012
- González-Antón Álvarez, Carlos – *Los Convenios Interadministrativos de los Entes Locales*, Madrid, 2002
- Leitão, Alexandra – “Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, 2007
- *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011
- “Contratos entre entidades adjudicantes (Acórdão do TJUE, de 9 de Junho de 2009, Processo n.º C-480/06)”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, 2011
- “Da natureza vinculativa dos contratos interadministrativos (Anotação ao Acórdão do STA de 28 de março de 2012, Processo n.º 01151/11), in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 95, dezembro de 2012
- Maçãs, Maria Fernanda – “As parcerias Estado/autarquias locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão dos serviços municipais de águas e resíduos”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011
- Macieirinha, Tiago – “De Teckal a Coditel Brabant: evolução da jurisprudência comunitária sobre o conceito de controlo análogo”, in *O Direito*, Ano 141 Martins, Licínio Lopes - *Contrato Público e Organização Administrativa*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra, 2008, págs. 671 a 732
- Medeiros, Rui – Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008



- Mesquita, Maria José Rangel de – “*In House*: desenvolvimentos recentes da jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*, obra colectiva, Coimbra, 2007
- Moderne, Franck - *Les Conventions de Prestations de Services entre les Collectivités Locales et l'État*, Paris, 1996
- Raimundo, Miguel Assis, *A Formação dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2013
- Rodríguez de Santiago, José Maria - *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, 1998
- Viana, Cláudia - “Contratos públicos “*in house*” – em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais, in *Direito Regional e Local*, n.º 00, 2007
- “A participação de entes públicos (e equiparados) como concorrentes em procedimentos de contratação pública, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 75, 2009



Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/15fpzj57mc/flash.html>

Vídeo do debate



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/16ltcp1ghu/flash.html>