



UNIVERSIDADE | FACULDADE
CATÓLICA | DE DIREITO
PORTUGUESA |
ESCOLA DE LISBOA

**MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO
VERTENTE ENERGIA**

**OS CONTRATOS DE GESTÃO DE EFICIÊNCIA
ENERGÉTICA: NATUREZA JURÍDICA E REGIME
SUBSTANTIVO**

PAULO PINTO PEREIRA

ORIENTADOR: LINO TORRAL

ABRIL DE 2012



UNIVERSIDADE | FACULDADE
CATÓLICA | DE DIREITO
PORTUGUESA |
ESCOLA DE LISBOA

**MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO
VERTENTE ENERGIA**

**OS CONTRATOS DE GESTÃO DE EFICIÊNCIA
ENERGÉTICA: NATUREZA JURÍDICA E REGIME
SUBSTANTIVO**

PAULO PINTO PEREIRA

ORIENTADOR: LINO TORRAL

ABRIL DE 2012

ÍNDICE

1 – INTRODUÇÃO	5
2 – A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA ENERGÉTICA E A SUA REGULAÇÃO JURÍDICA	6
2.1 - A crescente relevância da eficiência energética: um novo paradigma.....	6
2.2 - Conceito de eficiência energética	7
2.3 - Documentos relevantes	8
2.4 - A contratualização da eficiência energética.....	12
3 – O CONTRATO DE GESTÃO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA.....	16
3.1 - Preliminares	16
3.2 – Características do contrato	17
3.2.1 – Tipo legal de sujeitos.....	18
3.2.2 – Tipo legal de objecto.....	20
3.2.3 – Tipo legal de Conteúdo.....	21
3.3 - O modelo de negócio	24
3.4 – Procedimento de formação do contrato.....	27
4 - A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTÃO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA.....	29
4.1 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de empreitada de obras públicas	29
4.2 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de aquisição de serviços.....	31
4.3 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de aquisição de bens móveis	34
4.4 – O contrato de gestão de eficiência energética e regime do contrato misto.....	35
4.5 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de concessão de obras públicas	36
4.6 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de concessão de serviços públicos	37
4.7 - Posição adoptada: um contrato típico de cariz concessório	38
5 - O CONTRATO DE GESTÃO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA: REGIME SUBSTANTIVO	42
5.1 – Enquadramento	42
5.2 – O contrato de gestão de eficiência energética como contrato público	43
5.3 – O contrato de gestão de eficiência energética como contrato administrativo	45
5.3.1 – Os poderes de direcção e fiscalização.....	48

5.3.2 – Poder de modificação unilateral do contrato.....	48
5.3.3 – Poder sancionatório.....	49
5.3.4 – Poder de resolução unilateral.....	50
5.3.5 – Outros poderes exorbitantes.....	50
6 - CONCLUSÕES	53
BIBLIOGRAFIA	54

1 – INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei n.º 29/2011, de 28 de Fevereiro, introduziu na ordem jurídica portuguesa uma nova figura contratual: o contrato de gestão de eficiência energética. Este diploma, que constitui novidade no panorama legislativo português, estabelece o regime jurídico aplicável à formação e execução deste tipo de contratos, que tenham por objecto a implementação de medidas de eficiência energética nos edifícios públicos e equipamentos afectos à prestação de serviços públicos.

Uma vez que se trata de uma nova figura contratual ao serviço das entidades públicas, o contrato de gestão de eficiência energética ainda não foi objecto de qualquer análise, nem pela doutrina, nem pela jurisprudência.

No entanto, atendendo à sua actualidade e relevância prática no âmbito público-administrativo¹, a figura contratual em causa – o contrato de gestão de eficiência energética – merece ser objecto de uma primeira consideração, que aqui nos propomos fazer.

Assim, quanto ao contrato de gestão de eficiência energética iremos proceder da maneira seguinte: (i) confrontá-lo com figuras contratuais afins, com vista a apurar a sua autonomia em face dos demais contratos administrativos especialmente previstos no Código dos Contratos Públicos; (ii) apurar a sua natureza jurídica; e (iii) determinar se este contrato consiste num novo contrato administrativo.

Antes, porém, de nos debruçarmos sobre estes aspectos centrais do estudo, iremos abordar, sucintamente e a título introdutório, a temática da eficiência energética e da crescente relevância jurídico-económica, centrando, posteriormente, a nossa atenção no regime do contrato de gestão de eficiência energética, na perspectiva da relação jurídica que constitui, analisando os seus elementos essenciais.

¹ Na alínea b) do n.º 2 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 2/2011, que lançou o Programa de Eficiência Energética na Administração Pública – ECO.AP, o Governo assumiu o compromisso de que *“cada ministério deve seleccionar, até ao final do 1.º semestre de 2011, entidades na sua dependência que, em conjunto, representem pelos menos 20 % do consumo de energia desse ministério e que, individualmente ou agrupadas, tenham consumos superiores equivalentes a 100 MWh/ano, com vista ao lançamento de procedimentos concursais tendentes à celebração de contratos de gestão de eficiência energética”*.

2 – A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA ENERGÉTICA E A SUA REGULAÇÃO JURÍDICA

2.1 - A crescente relevância da eficiência energética: um novo paradigma

A eficiência energética vinha sendo tratada como um parente pobre no sector da energia. Na verdade, o consumo de energia nem sempre foi pautado por critérios de racionalidade e de eficiência, nem considerado um relevante factor de competitividade. O respectivo custo era tido pelos agentes económicos como um dado fixo, necessário e inevitável.

Esta visão desconsiderava, pura e simplesmente, a eficiência energética como algo relevante no leque dos custos de produção de bens e prestação de serviços. Era uma perspectiva que estava, em grande medida, associada ao facto de o custo da energia, até finais do século XX, ter sido relativamente pouco oneroso para os agentes económicos.

Além disso, também os benefícios ambientais associados à eficiência energética, nomeadamente os respeitantes da redução de emissão de CO₂, foram sempre marginalizados pelos agentes económicos, quer por desinteresse, quer por desconhecimento.

No entanto, esta perspectiva alterou-se no sentido da crescente importância da eficiência energética², devido à conjuntura económica mais debilitada, à procura insistente de redução de custos pelos agentes económicos e à maior consciencialização dos aspectos ambientais. Os agentes económicos escrutinam, agora, todos os custos de produção, pelo que o preço pago pelo factor energia deixou de ser desconsiderado, como sucedia anteriormente. Porém, salvo casos limitados, a fixação do preço da energia obedece a critérios que não podem ser influenciados directamente pelos consumidores. Assim, apenas pela via da redução do consumo de energia pode, em regra, o consumidor reduzir factura final a pagar pelo factor energia. Neste contexto, a

² Como salienta J. E. FIGUEIREDO DIAS “a problemática da energia, da crise energética e da necessidade de levar a cabo políticas e medidas de poupanças de energia é, cada vez mais, um assunto da “ordem do dia”, não apenas com reflexos globais – que incluem algumas decisões fundamentais nos fóruns políticos internacionais, passando pela celebração de tratados sobre o tema – mas também regionais e locais” (in “A certificação e a eficiência energética dos edifícios”, Temas de Direito da Energia, Cadernos o Direito, n.º 3, Almedina, 2008, pág. 140).

eficiência energética continua a ser a forma mais eficaz de redução do consumo de energia e de emissão de CO₂.

Creemos, nesse sentido, que se tem assistido, paulatinamente é certo, a uma mudança de paradigma no sector energético, com a assunção de uma maior relevância dada à eficiência energética, e com essa relevância crescente um maior interesse legislativo³. Esta recente mudança de paradigma tem resultado em instrumentos jurídicos relevantes no domínio da eficiência energética. Exemplo dessa recente mudança de paradigma advém da legislação comunitária, sempre atenta aos novos fenómenos, mas que apenas desde 1996 se tem debruçado mais seriamente sobre esta temática⁴.

2.2 - Conceito de eficiência energética

Importa, pois, antes de abordarmos os contratos de gestão de eficiência energética, delimitar o conceito de eficiência energética.

A Directiva n.º 2006/32/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril, relativa à eficiência energética na utilização final de energia e serviços energéticos define eficiência energética como “*o rácio entre o resultado em termos do desempenho e dos serviços, bens ou energia gerados e a energia utilizada para o efeito*”⁵.

Esta definição apresentada pela Directiva n.º 2006/32/CE aparece enunciada de forma restritiva, desconsiderando aspectos que, a nosso ver, são manifestamente relevantes no conceito de eficiência energética. Assim, entendemos a eficiência energética como a obtenção de um consumo inferior de energia para um mesmo nível de conforto. No entanto, ao binómio poupança de energia e nível de conforto, devemos aliar igualmente um terceiro aspecto: a utilização racional de energia. Sendo que, por

³ A tal ponto que, como salienta SUZANA TAVARES DA SILVA, alguns autores têm afirmado “*a autonomização de ramos de especialização dentro do direito da energia, de entre os quais tem ganho especial destaque o direito da eficiência energética, que hoje se espraia por diversas áreas, desde o urbanismo à produção industrial*” (SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito da Energia*, Coimbra Editora, 2011, pág. 205).

⁴ Encontramos referência à eficiência energética no seio da União Europeia desde 1974, através de diversas Comunicações do Conselho, ainda que de forma indirecta ou insípida. Neste âmbito, assume especial relevância a Comunicação do Conselho de 7 de Dezembro de 1998, sobre eficiência energética na Comunidade Europeia (98/C 394/01), na sequência da Resolução do Conselho, de 8 de Julho, de 1996, relativa ao Livro Branco sobre /a eficiência energética na União Europeia (JO C 224 de 1.8.1996).

⁵ A mesma definição encontramos na h) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 319/2009, de 3 de Novembro.

utilização racional de energia, se deve entender o conjunto de acções e medidas, que têm como objectivo a melhor utilização da energia, no sentido da redução dos custos.

Da conjugação destes três elementos propomos a seguinte noção de eficiência energética: a obtenção de um consumo inferior de energia para um mesmo nível de conforto, por intermédio da utilização racional de energia.

A eficiência energética deve acompanhar todo o procedimento de produção, distribuição e consumo da energia. No entanto, assume especial relevância para o presente estudo, a eficiência energética na fase do consumo final de energia, associada ao conceito de utilização racional da energia, pois é para esta fase que estão previstos os contratos de gestão de eficiência energética, cujo regime jurídico consta do Decreto-Lei n.º 29/2011.

Com efeito, por intermédio da escolha, aquisição e utilização adequada dos equipamentos, é possível obter significativas poupanças de energia e manter o conforto, sem descurar as inegáveis vantagens do ponto de vista económico e ambiental.

2.3 - Documentos relevantes

O primeiro marco legislativo relevante no domínio da eficiência energética apenas surgiu com a Directiva n.º 2006/32/CE. Os considerandos desta Directiva apontam, desde logo, para (i) a necessidade de melhoria da eficiência na utilização final de energia dada a existência de uma margem limitada para exercer outro tipo de influência sobre as condições de aprovisionamento, (ii) o seu contributo para a redução do consumo de energia primária e da emissão de CO₂ e outros gases com efeitos de estufa, e ainda (iii) a exploração de potenciais economias de energia, numa perspectiva de custo-eficácia, contribuindo para a redução da dependência energética europeia.

O artigo 4.º dessa Directiva estabelece que os Estados-membros devem *“adoptar e procurar atingir um objectivo global nacional indicativo de economias de energia⁶ de 9% para o nono ano de aplicação da presente directiva, a alcançar através de serviços energéticos e de outras medidas de melhoria da eficiência energética”*. A

⁶ A alínea d) do artigo 2.º definia economia de energia como *“uma quantidade de energia economizada determinada pela medição e/ou estimativa do consumo antes e após a aplicação de uma ou mais medidas de melhoria da eficiência energética, garantindo simultaneamente a normalização das condições externas que afectam o consumo de energia”*.

Directiva em causa, por um lado, apresentava um objectivo – economia de 9% de energia no nono ano da sua aplicação – e, por outro, indicava os meios pelos quais se poderia atingir esse fim – pelo uso de (empresas de) serviços energéticos e de outras medidas de melhoria da eficiência energética⁷.

A transposição para a ordem jurídica portuguesa da Directiva n.º 2006/32/CE foi efectuada pelo Decreto-Lei n.º 319/2009, de 3 de Novembro, que (i) estabeleceu objectivos indicativos, mecanismos, incentivos e os quadros institucionais, financeiros e jurídicos necessários para eliminação das deficiências e obstáculos do mercado que impediam uma utilização final eficiente da energia, e (ii) criou as condições para o desenvolvimento e promoção de um mercado de serviços energéticos e para o desenvolvimento de outras medidas de melhoria da eficiência energética destinadas aos consumidores finais.

Importa salientar que, para a concretização do objectivo geral indicativo de economias de energia de, pelo menos, 9% para 2016, tal como definido na Directiva n.º 2006/32/CE, foi aprovado o Plano Nacional de Acção para a Eficiência Energética (PNAEE)⁸, que determinou a criação de incentivos, penalizações e outras condições adequadas para a eficácia das medidas de poupança energética. Com efeito, o PNAEE nacional consistia num grande número de programas e medidas que visavam o cumprimento das metas fixadas pela união europeia para a eficiência energética.

No PNAEE está previsto, como mecanismo de incentivo à eficiência energética, a constituição do Fundo de Eficiência Energética⁹, imposto pelo artigo 11.º da Directiva n.º 2006/32/CE, para apoio das políticas, programas e medidas de eficiência energética aí previstas. No entanto, de forma a operacionalizar a implementação das medidas de eficiência energética e a criar as condições necessárias ao seu desenvolvimento, o PNAEE atribui às empresas de serviços de energia um papel central.

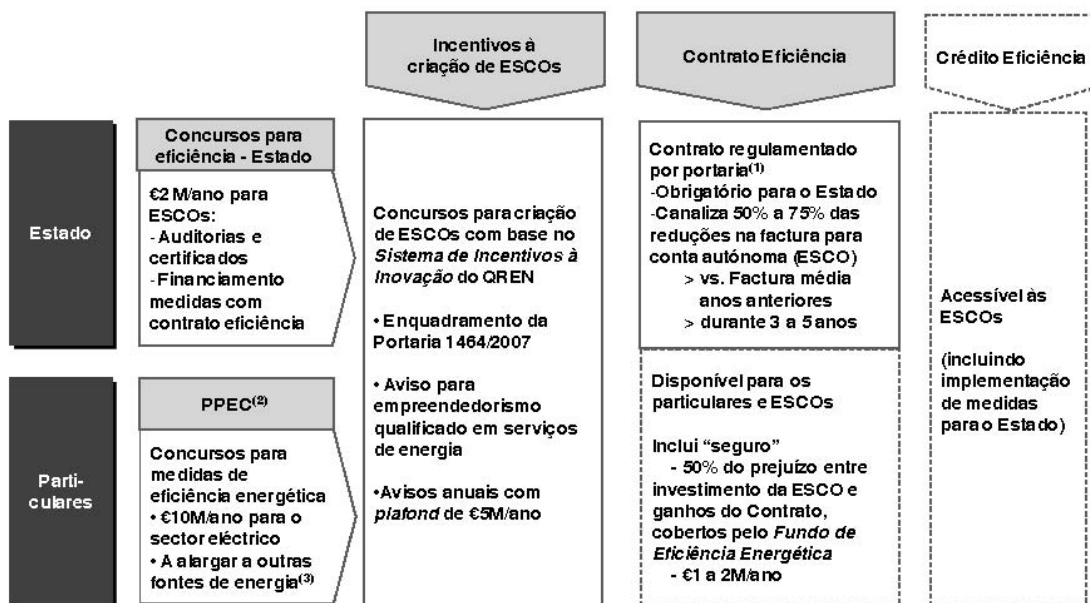
⁷ A Directiva definia medidas de melhoria da eficiência energética como “ *todas as acções que, em princípio, conduzam a uma melhoria verificável e mensurável ou estimável da eficiência energética*”.

⁸ O PNAEE foi aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 80/2008, de Maio, que estabeleceu ainda “ *como meta a alcançar até 2015 a implementação de medidas de melhoria de eficiência da energética equivalentes a 10% do consumo final de energia*”, que deveria funcionar em articulação com o Programa Nacional para as Alterações Climáticas (PNAC), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 119/2004, de 31 de Julho, revisto pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 104/2006, de 23 de Agosto, e com o Plano Nacional de Atribuição de Licenças de Emissão (PNALE), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/2008, de 4 de Janeiro.

⁹ O Fundo de Eficiência Energético foi constituído pelo Decreto-Lei n.º 50/2010, de 20 de Maio, tendo por objectivo o financiamento dos programas e medidas previstos no PNAEE.

De facto, o ponto 8.1.1.4 deste plano, relativo à dinamização de empresas de serviços de energia, refere que tal iria suceder com “*recurso a concursos e fortes incentivos (...), enquadrados por Contratos de Eficiência que visam dar enquadramento jurídico à relação. Pretende-se dar um forte incentivo à criação de um sector fundamental para a dinamização da eficiência energética, através da criação de empresas que invistam na eficiência energética e possam criar relações contratuais entre comercializadores de energia e consumidores finais, sejam eles privados, empresariais ou estatais*”¹⁰.

Figura 1 – quadro constante do PNAEE



(1) Ao abrigo do artigo 33º do Decreto-Lei nº 172/2006

(2) Plano para a Promoção da Eficiência no Consumo de Electricidade (ERSE)

(3) Dimensão e critérios de elegibilidade dependentes da dimensão e critérios para medidas internas do Fundo Português de Carbono

Na sequência da Directiva n.º 2006/32/CE, o legislador comunitário continuou a trilhar o caminho de enquadramento e regulação do sector da eficiência energética, associado a matérias como as energias renováveis e o ambiente. Neste esforço regulatório, para além de outros instrumentos mais específicos, vocacionados para determinadas áreas da eficiência energética, destacam-se alguns documentos

¹⁰ À semelhança do PNAEE alemão, aprovado em 2007, que aponta o contrato de desempenho energético como um dos instrumentos relevantes para cumprimento das metas de eficiência energética, em especial no sector público.

estratégicos que vieram consolidar a posição europeia e que importa, sucintamente, sublinhar.

Desde logo, destaque para a Comunicação da Comissão, de 19 de Outubro de 2006, denominada *“Plano de Acção para a Eficiência Energética: Concretizar o Potencial”*, aprovada pelo Conselho Europeu de Março de 2007 e pelo Parlamento Europeu, em 31 de Janeiro de 2008, no qual se delineava *“um quadro de políticas e medidas, com vista a intensificar o processo de concretização do potencial, estimado em mais de 20%, de poupança no consumo anual de energia primária da EU até 2020”*.

Para alcançar o objectivo dos 20% de poupança no consumo anual de energia, primária a Comissão publicou um comunicado denominado *“Eficiência Energética: Atingir o objectivo de 20%”*, no qual se assumia que a *“eficiência energética é a forma com melhor relação custo-eficácia para reduzir o consumo energético, mantendo simultaneamente um nível equivalente de actividade económica”* e que contribui *“para enfrentar os desafios-chave no sector da energia relacionados com as alterações climáticas, a segurança energética e a competitividade”*.

Em 19 de Maio de 2010 é aprovada a Directiva n.º 2010/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, com o objectivo de promover a melhoria do desempenho energético dos edifícios na União, tendo em conta as condições climáticas externas e as condições locais, bem como as exigências em matéria de clima interior e de rentabilidade.

Posteriormente, em 8 de Março de 2011, a Comissão Europeia fez publicar um memorando designado *“O novo Plano de Eficiência Energético da Comissão”*, reiterando o objectivo dos 20%, traduzido numa economia de 368 milhões de toneladas de equivalente de petróleo até 2010 em relação ao consumo previsto para esse ano num cenário de *“business as usual”*. Este memorando assumia, ainda, os parcos progressos realizados nesta matéria e propunha o desencadear de um processo de renovação de bens imóveis públicos e privados, com vista a melhorar o desempenho energético dos equipamentos e promover a eficiência energética.

Pouco depois deste memorando foi aprovada, em 22 de Junho de 2011, a proposta de *“Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa eficiência energética e que revoga as Directivas 2004/8/CE e 2006/32/CE”*, que no n.º 1 do artigo

1.º assume expressamente “*que estabelece um quadro comum para a promoção da eficiência energética na União a fim de assegurar a realização do objectivo da União de 20% de poupança de energia primária até 2020 e prepara a via para novas melhorias da eficiência energética para além dessa data*”.

2.4 - A contratualização da eficiência energética

A contratualização da eficiência energética ou da implementação de medidas de eficiência energética não é algo novo, em especial na Europa. Na verdade, as primeiras referências de empresas dedicadas a estas actividades surgem na Europa no século XIX, mais concretamente em França. Este conceito de actividade foi posteriormente transposto para os Estados Unidos da América, durante o século XX, em especial após as crises energéticas da década de 1970, com grande sucesso, sobretudo devido ao apoio governamental.

No entanto, o grande desenvolvimento da contratualização da eficiência energética deu-se com a proliferação das empresas de serviços energéticos – designadas internacionalmente por ESCO (*energy saving companies*) – durante a década de 1980¹¹, associadas à celebração de contratos de desempenho energético (“*energy performance contracts*”).

O conceito de empresas de serviços energéticos variou e continua a variar de país para país. No entanto, podemos, desde já, concluir que, tradicionalmente, as empresas de serviços energéticos não se limitam ao mero estudo e execução de medidas de eficiência energética em edifícios, como simples prestadoras de serviços.

Estas empresas baseiam a sua actuação no denominado “*performance-based contracting concept*”, ou seja, um modelo contratual em que fornecem aos seus clientes as soluções técnicas e o financiamento das medidas de eficiência energética, recebendo como contrapartida uma remuneração assente nas poupanças obtidas, durante um determinado período de tempo. Com efeito, tal remuneração depende directamente da

¹¹ Cfr. “*Energy Service Companies Market in Europe - Status Report 2010*”, elaborado por ANGELICA MARINO, PAOLO BERTOLDI e SILVIA REZESSY, disponível em: http://www.managenergy.net/lib/documents/119/original_ESCO_Market_Europe_Status_Report_2010.pdf

quantidade de energia poupada na execução do contrato¹² que, por sua vez, está associado ao desempenho das medidas de eficiência energética aplicadas.

Tipicamente, as empresas de serviços energéticos obrigam-se contratualmente a um conjunto de serviços variados, dos quais se destacam a elaboração de auditorias energéticas, gestão de energia, fornecimento de equipamentos e serviços, fornecimento de energia, desenvolvimento, projecto e financiamento de projectos de eficiência energética, bem como a medição, monitorização e verificação de projectos de eficiência energética. Isto não significa que tais empresas tenham que exercer, no âmbito de um único contrato, todas as actividades acima elencadas. Efectivamente, os contratos que as empresas de serviços energéticos celebram podem abranger apenas parte destas matérias, de acordo com o interesse da contraparte.

O n.º 3 do artigo 6.º da Directiva n.º 2006/32/CE menciona que os *“Estados-Membros devem assegurar a existência de incentivos suficientes, a igualdade de concorrência e condições de concorrência leais para que os agentes do mercado que não sejam distribuidores de energia, operadores de redes de distribuição e comercializadores de energia a retalho, como empresas de serviços energéticos, instaladores de equipamento energético, conselheiros energéticos e consultores energéticos, ofereçam e apliquem independentemente os serviços energéticos, as auditorias energéticas e as medidas de melhoria da eficiência energética”*.

Vê-se, pois, que o legislador comunitário estava ciente que os agentes ligados aos sectores tradicionais da electricidade, como os distribuidores, comercializadores e operadores de redes, teriam vantagens competitivas relevantes em face de novos *“players”* que pudessem surgir, especializados na implementação de medidas de eficiência energética e de serviços de energia, designadamente as empresas de serviços energéticos¹³. Assim, o legislador comunitário impôs a obrigação de os Estados-Membros assegurarem a criação de condições de concorrência leal e tratamento igualitário entre os diversos agentes no mercado da eficiência energética.

¹² Cfr. *“An Assessment of on Energy Service Companies (ESCOs) Worldwide”*, elaborado por DIANA URGE-VORSATZ e outros, Central European University, Março, 2007, disponível em: http://www.worldenergy.org/documents/esco_synthesis.pdf

¹³ A alínea i) do artigo 2.º da Directiva considerava empresas de serviços energéticos *“uma pessoa singular ou colectiva que fornece serviços energéticos e/ou outras medidas de melhoria da eficiência energética nas instalações de um utilizador e que, ao fazê-lo, aceita um certo grau de risco financeiro. O pagamento dos serviços prestados deve basear-se (quer total, quer parcialmente) na consecução da melhoria da eficiência energética e na satisfação dos outros critérios de desempenho acordados”* (cfr.).

Semelhante cuidado teve o legislador português ao impor no Decreto-Lei n.º 29/2011 um procedimento concursal próprio para a formação de contratos de gestão de eficiência energética, assente num princípio concorrencial.

Com efeito, da alínea j) do artigo 3.º da Directiva em questão resulta ainda que os serviços a serem prestados pelas empresas de serviços energéticos deveriam assentar num título contratual, denominado por contrato de desempenho energético. No mesmo sentido, o legislador português também prevê a celebração vínculos contratuais para aplicação de medidas de eficiência energética¹⁴.

Por intermédio da alínea e) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 319/2009 é introduzido na ordem jurídica portuguesa o conceito de contrato de desempenho energético, correspondendo a *“um acordo contratual celebrado entre o beneficiário e o fornecedor, geralmente uma empresa de serviços energéticos, relativo a uma medida de melhoria da eficiência energética em que os investimentos nessa medida são pagos por contrapartida de um nível de melhoria da eficiência energética, definido contratualmente”*¹⁵.

Note-se ainda que a proposta de Directiva referente à eficiência energética com vista a revogar as Directivas 2004/8/CE e 2006/32/CE afirma no seu considerando 31 que é *“necessário prosseguir o desenvolvimento do mercado dos serviços energéticos”* e que *“num contrato de desempenho energético o beneficiário do serviço energético evita custos de investimento utilizando parte do valor financeiro das poupanças de energia para reembolsar o investimento realizado total ou parcialmente por terceiros”*.

Com efeito, esta proposta legislativa da Comissão continua a preservar a relevância das empresas de serviços energéticos, agora designadas por *“prestador de serviços energéticos”*, definidas como *“uma pessoa singular ou colectiva que fornece serviços energéticos ou outras medidas de melhoria da eficiência energética nas instalações de um consumidor final”*.

A proposta de Directiva é clara no sentido que os serviços energéticos devem ser objecto de contratualização, através da figura jurídica do contrato de desempenho

¹⁴ Também o legislador espanhol, no n.º 2 do artigo 19.º do *“Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo”* refere que *“El servicio energético así definido deberá prestarse basándose en un contrato que deberá llevar asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable”*.

¹⁵ Esta noção corresponde à definição de contrato de desempenho energético constante da alínea j) do artigo 3.º da Directiva n.º 2006/32/CE.

energético, aqui entendida como *“um acordo contratual celebrado entre o beneficiário e o fornecedor de uma medida de melhoria da eficiência energética, nos termos do qual o investimento feito pelo fornecedor é pago por contrapartida de um nível de melhoria da eficiência energética definido contratualmente ou de outro critério acordado de desempenho energético, como as poupanças de carácter financeiro”*¹⁶.

Assim, o exercício da actividade das empresas de serviços energéticos está, pois, associada à celebração de contratos, cujo regime jurídico de formação e execução consta do Decreto-Lei n.º 29/2011. É nestes contratos que são definidos os níveis de poupança garantidos, as medidas de eficiência energética a executar, o protocolo de aferição das poupanças geradas, o prazo de execução, entre outros aspectos, como veremos adiante.

¹⁶ O Anexo XIII à proposta de Directiva apresenta os elementos mínimos a incluir nos contratos de desempenho energético celebrados com o sector público, dos quais se destacam: lista das medidas de eficiência a aplicar; poupanças garantidas com a aplicação das medidas previstas no contrato; duração e etapas do contrato, condições e prazo de pré-aviso; lista das obrigações de cada parte contratante; data(s) de referência para a determinação das poupanças alcançadas; apresentação das implicações financeiras do projecto e da forma como se reparte a quota de ambas as partes nas poupanças monetárias alcançadas; disposições em matéria de medição e verificação das poupanças garantidas alcançadas, controlos de qualidade e garantias.

3 – O CONTRATO DE GESTÃO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA

3.1 - Preliminares

Como temos vindo a referir, a legislação comunitária e portuguesa primeiramente consagraram o contrato de desempenho energético. Adicionalmente, o Decreto-Lei n.º 29/2011 veio estabelecer o regime jurídico aplicável à formação e à execução dos contratos de desempenho energético que revistam a natureza de contrato de gestão de eficiência energética. Surge, assim, pela primeira vez a referência ao contrato de gestão de eficiência energética – que difere do contrato de desempenho energético.

Deste modo, o legislador português não quis regular a formação e execução dos contratos de desempenho energéticos na acepção dada pelo Decreto-Lei n.º 319/2009 (e da Directiva n.º 2006/32/CE), mas antes regular a formação e execução do contrato de gestão de eficiência energética, que possui algumas especificidades em relação ao primeiro.

Com efeito, o contrato de desempenho energético, nos termos do Decreto-Lei n.º 319/2009, tem por objecto *“uma medida de melhoria de eficiência energética”*, ao passo que o contrato de gestão de eficiência energética, previsto pelo Decreto-Lei n.º 29/2011, implica, em regra, a realização de mais do que uma medida de eficiência energética (cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º deste diploma).

Por outro lado, no contrato de desempenho energético, regulado no Decreto-Lei n.º 319/2009, os investimentos *“são pagos por contrapartida de um nível de melhoria da eficiência energética, definido contratualmente”*. Neste caso, parece subentender-se que o pagamento do investimento é feito directamente pelo beneficiário. Esta ideia é corroborada pelo facto de a contraparte do beneficiário ser designado por fornecedor. Estamos aqui perante um tipo contratual semelhante à aquisição de bens móveis, em que a contrapartida do investimento realizado é a redução da factura energética a pagar pelo beneficiário, e que contribuirá para a amortização do investimento realizado por este.

Ora, um dos traços marcantes do contrato de gestão de eficiência energética, previsto pelo Decreto-Lei n.º 29/2011, é o facto de ser a empresa de serviços

energéticos a realizar os investimentos necessários às poupanças de energias contratualmente asseguradas para o beneficiário, cuja amortização e remuneração são obtidos pelas economias de energia geradas por esses investimentos.

Assim, o contrato de desempenho energético assemelha-se a um contrato de fornecimento de bens móveis, enquanto que o contrato de gestão de eficiência energética assume uma vertente mais concessória e de gestão. É sobre esta última figura contratual – o contrato de gestão de eficiência energética – que nos iremos debruçar ao longo deste trabalho.

3.2 – Características do contrato

A teoria civilista mais recente considera o negócio jurídico como um facto jurídico voluntário lícito, que ocorre quando as partes *“põem em vigor uma regulação jurídica vinculante para os seus autores, com o conteúdo que estes lhe quiserem dar”*¹⁷.

Dentro dos negócios jurídicos assume especial relevância a figura do contrato, enquanto negócio jurídico bilateral ou plurilateral, correspondendo a acordos ou convenções que são celebrados entre duas ou mais partes, que assim regem entre si os seus interesses como entendem¹⁸.

O contrato de gestão de eficiência energética, como qualquer contrato, pode ser definido como o *“acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”*¹⁹. Assim, o contrato é uma fonte de direitos e obrigações para quem o celebra, dando origem a uma ou mais relações jurídicas, sabendo-se que uma relação jurídica é uma *“relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”*²⁰.

¹⁷ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *“Teoria...”*, pág. 247.

¹⁸ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *“Teoria...”*, pág. 363.

¹⁹ cfr. ANTUNES VARELA, *“Das obrigações em geral”*, Vol. I, Almedina, 8.^a edição, pág. 221).

²⁰ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *“Teoria Geral da Relação Jurídica”*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1974, pág. 2.

O contrato de gestão de eficiência energética é, pois, um contrato bilateral, na medida em que gera obrigações para ambos os contraentes²¹ (cfr. artigos 31.º a 34.º do Decreto-Lei n.º 29/2011). Além disso, é um contrato oneroso²², nominado²³ e típico (cuja disciplina jurídica consta da lei, “*pelo menos tendencialmente completa e suficiente para a contratação por referência*”²⁴).

O contrato de gestão de eficiência energética enquanto negócio jurídico fonte de relações jurídicas administrativas, tem elementos específicos quanto (i) ao tipo legal de sujeitos; (ii) tipo legal de objecto; e (iii) tipo de legal de conteúdo²⁵, que analisaremos neste estudo. Além disso, abordaremos ainda o procedimento de formação do contrato de gestão de eficiência energética.

3.2.1 – Tipo legal de sujeitos

Os sujeitos ou partes no contrato de gestão de eficiência energética são as pessoas ou entidades entre as quais se estabelece essa mesma relação ou vínculo contratual. Em especial, o contrato de gestão de eficiência energética é, neste aspecto, um contrato que tem sujeitos necessários, específicos e legalmente determinados.

²¹ Cfr. ALMEIDA COSTA, “*Direito das Obrigações*”, 6.ª Edição, Almedina, pág. 298.

²² Na medida em que implica “*esforços económicos para ambas as partes, em simultâneo e com vantagens correlativas*” (MENEZES CORDEIRO, “*Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral*”, Tomo I, Almedina, 1999, pág. 266). No contrato de gestão de eficiência energética a empresa de serviços energéticos assume obrigação de financiar as medidas de eficiência energética a implementar (cfr. alínea a) do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 29/2011).

²³ Porquanto “*a lei designa-o pelo seu nome – nomem iuris*” (MENEZES CORDEIRO, “*Tratado...*”, pág. 265), designando-o como contrato de gestão de eficiência energética..

²⁴ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Teoria...*”, pág. 367.

²⁵ A doutrina mais recente, de índole civil, tem afastado a apresentação da relação jurídica assente nos seus quatro elementos típicos: sujeitos, objecto, facto e garantia (destaque, entre todos, para MENEZES CORDEIRO, “*Tratado...*” e PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª Edição, Almedina, 2005). Em especial, critica-se a na “*subalternização da pessoa*” que “*deriva da consideração dogmática da pessoa como um elementos – entre outro - da relação jurídica, em vez de a colocar no centro de gravidade de todo o civilismo*” (cfr. MENEZES CORDEIRO, “*Tratado...*”, pág. 229). Assim, na esteira da doutrina civil mais recente, optamos por analisar o contrato de gestão de eficiência energética, na perspectiva do negócio jurídico, abordando os sujeitos, objecto e conteúdo. De referir ainda que, a “*subalternização*” do particular tem levado, também, alguns autores a criticar a noção de relação jurídica administrativa, que FREITAS DO AMARAL define como a “*relação entre sujeitos de direito, públicos e privados, que actuem no exercício de poderes e deveres públicos, conferidos por normas de direito administrativo*” (in “*Curso de Direito Administrativo*”, Vol. II, 2.ª Edição, Almedina, págs. 167 – 168). Esta noção tradicional tem sido questionada, designadamente apontando a necessidade de alargamento dos direitos subjectivos públicos dos particulares (Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, “*Em busca do acto administrativo perdido*”, Almedida, 1996) ou da consideração que as mesmas são estabelecidas com base numa relação paritária (cfr. FREITAS DO AMARAL, “*Curso...*”, págs. 170-171).

Na verdade, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, é obrigatório que os sujeitos do contrato de gestão de eficiência energética sejam, por um lado, o que designa por contraente público (cfr. artigo 34.º), correspondendo aos serviços e organismos da Administração Pública directa²⁶, indirecta²⁷ e autónoma²⁸ e, por outro, as empresas de serviços energéticos. Falhando estes sujeitos, não estamos perante um contrato de gestão de eficiência energética, na acepção do Decreto-Lei n.º 29/2011. Centrando apenas a nossa atenção nas empresas de serviços energéticos, cuja definição consta da alínea i) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 319/2009: *“pessoa singular ou colectiva que fornece serviços energéticos e ou outras medidas de melhoria da eficiência energética nas instalações de um utilizador e que, ao fazê-lo, aceita um certo grau de risco financeiro, devendo o pagamento dos serviços prestados basear -se, quer total quer parcialmente, no grau de concretização da melhoria da eficiência energética e na satisfação dos outros critérios de desempenho acordados”*²⁹, concluímos que

²⁶ Como salienta JOÃO CAUPERS *“a administração directa é integrada, na sua maior parte, por órgãos e serviços submetidos à hierarquia do governo”* (in *“Introdução ao Direito Administrativo”*, 5.ª Edição, 2000, págs. 91 e 92).

²⁷ NUNO ALBUQUERQUE SOUSA esclarece que *“a administração indirecta é constituída pelas pessoas colectivas (de estatuto público ou estatuto privado) distintas do Estado que exercem uma actividade administrativa que visa realizar fins determinados do Estado”* (in *“Noções de Direito Administrativo”*, Coimbra Editora, 2011, pág. 266), estando normalmente associada às empresas públicas e institutos públicos. Salientamos a posição de J. E. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA dado que sustentam que a Administração Estadual indirecta pública abrange os institutos públicos e as entidades públicas empresariais, ao passo que a Administração Estadual indirecta privada abrange as empresas públicas (in *“Noções fundamentais de Direito Administrativo”*, 2.ª Edição, Almedina, 2011, págs. 67 a 71).

²⁸ A Administração autónoma *“pode ter substrato territorial ou associativo. Os entes que integram a Administração autónoma de base territorial são as regiões autónomas (autonomia reforçada) e as autarquias locais (municípios e freguesias)”* – cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *“Código do Processo Administrativo Anotado e Comentado”*, 2.ª Edição, Quid Juris Editora, 2010, pág. 31. No substrato associativo temos as Associações Públicas, *“como pessoas colectivas públicas, de natureza associativa, criadas por acto do poder público, que desempenham tarefas administrativas próprias, relacionadas com os interesses dos próprios membros e que em princípio se governam a si mesmas (...)”* – cfr. J. E. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *“Noções ...”*, pág. 79.

²⁹ O legislador espanhol definiu como empresas de serviços energético como *“aquella persona física o jurídica que pueda proporcionar servicios energéticos, en la forma definida en el párrafo siguiente, en las instalaciones o locales de un usuario y afronte cierto grado de riesgo económico al hacerlo. Todo ello, siempre que el pago de los servicios prestados se base, ya sea en parte o totalmente, en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos”* (cfr. n.º 1 do artigo 19.º do Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril). O legislador italiano, definiu no Decreto Legislativo n.º 115, de 30 de Maio de 2008, empresa de serviços energéticos como: *“persona física o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti”*. Ao invés, os ordenamentos jurídicos alemão e francês não contêm nenhuma definição de empresa de serviços energética, fazendo uso da noção constante da Directiva n.º

apenas podem ser consideradas como tal as pessoas singulares³⁰ ou colectivas que (i) possuam apólice de seguro de responsabilidade destinado a cobrir os riscos decorrentes do exercício da respectiva actividade; (ii) cumpram os requisitos de pessoal técnico previsto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 29/2011³¹; e (iii) procedam à comunicação prévia, por intermédio do seu registo electrónico, na Direcção-Geral de Energia e Geologia.

3.2.2 – Tipo legal de objecto

O objecto do contrato de gestão de eficiência energética é “*a implementação de medidas de eficiência energética nos edifícios públicos e equipamentos afectos à prestação de serviços públicos*” (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 29/2011). De facto, considerando o objecto da relação jurídica contratual, verificamos que este consiste no direito do contraente público à prestação³² pela empresa de serviços energéticos de um conjunto de medidas, a acordar entre as partes, tendente a um objectivo de poupança energética.

Neste tipo contratual, o objecto não se refere a um bem, mas à realização de uma prestação de facto positivo a realizar pela empresa de serviços energéticos, no sentido de uma acção positiva a ser realizada por esta no interesse do seu co-contratante. O sujeito empresa de serviços energéticos não assume uma mera obrigação de meios, no sentido de apenas actuar adequadamente com vista a um determinado resultado. Pelo contrário, a empresa de serviços energéticos assume uma obrigação de resultado, dado que esta se vincula a um objectivo (as poupanças garantidas contratualmente), tendo o dever de ressarcir o contraente público na diferença entre as poupanças garantidas e não alcançadas, como resulta do n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 29/2011.

2006/32/CE. No entanto, o recente estudo levado a cabo por OLIVIER ORTEGA para o governo francês, aponta como recomendação da definição legal desta figura contratual (disponível em <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000135/0000.pdf>).

³⁰ Ainda que uma pessoa singular não possa ser considerada como uma empresa.

³¹ As empresas de serviços energéticos devem dispor de peritos qualificados e técnicos ou entidades credenciados, nos termos e para os efeitos previstos nos Decretos-Lei n.º 78/2006, de 4 de Abril, e 71/2008, de 15 de Abril, respectivamente.

³² Nas palavras de ALMEIDA COSTA a prestação consiste “*na actividade ou conduta a que o devedor se acha adstrito com vista à satisfação do interesse do credor*” (in “*Direito...*”, pág. 121)

3.2.3 – Tipo legal de Conteúdo

O conteúdo dos negócios jurídicos corresponde a regulação que nele é posta em vigor³³. Neste campo, importa salientar que o Decreto-Lei n.º 29/2011 fixa um conteúdo mínimo obrigatório do contrato de gestão de eficiência energética.

Desde logo, e sem prejuízo do disposto no artigo 96.º do Código dos Contratos Públicos, o Decreto-Lei n.º 29/2011 indica que são cláusulas obrigatórias no contrato de gestão de eficiência energética: o (i) prazo de execução do contrato³⁴; (ii) os critérios de avaliação do desempenho energético, para efeitos de aferição do contrato, de acordo com um protocolo de medição e verificação do desempenho energético³⁵; (iii) a periodicidade relevante para a medição do cumprimento do contrato; (iv) as consequências do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato; (v) os fundamentos para a resolução do contrato por razões de interesse público. O Decreto-Lei n.º 29/2011 sanciona com nulidade a omissão destas cláusulas no contrato de gestão de eficiência energética.

Destaca-se ainda neste âmbito o disposto no seu n.º 1 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, que sob a epígrafe de “*Partilha de riscos*”, esclarece que “*o contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para a empresa de serviços energéticos*”. O n.º 2 deste artigo concretiza a regra constante do n.º 1, identificando três princípios que devem nortear as partes na celebração destes contratos: (i) os diferentes riscos inerentes ao contrato devem ser repartidos de acordo com a sua capacidade ou vocação para os gerir; (ii) deve ser evitada a criação de riscos que não tenham adequada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes; (iii) o risco de insustentabilidade financeira, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo contraente público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para a empresa de serviços energéticos.

³³ Cfr. PEDRO PAIS VASCONCELOS, “*Teoria...*”, pág. 417.

³⁴ O artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 refere que “*o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para a amortização e remuneração, em condições normais de rentabilidade da exploração, do capital investido pela empresa de serviços energéticos*”.

³⁵ Na medição e verificação são utilizados métodos de forma a determinar a poupança através da implementação de medidas que melhoram a eficiência energética. Esta poupança não pode ser medida directamente, sendo, portanto, obtida pela comparação do consumo medido antes (consumo de referência de energia) e depois (consumo do período de reporte) da execução das acções de melhoria, fazendo ajustes adequados tendo em conta possíveis alterações nas condições de utilização do edifício.

Neste particular, nota-se claramente a influência que o legislador foi colher do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, que tem por objecto a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas. De facto, a inspiração no Decreto-Lei n.º 86/2003 não causa estranheza. Na verdade, para efeitos deste diploma, *“entende-se por parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”*.

O que se compreende, pois em boa parte, o contrato de gestão de eficiência energética enquadra-se na definição de parceria público-privada. Aliás, a alínea e) do n.º 4 do artigo 2.º do regime jurídico das parcerias público-privadas apresenta o contrato de gestão como instrumento de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados. Porém, a empresa de serviços energéticos apenas assume a gestão das infra-estruturas e equipamentos necessários para a poupança de energia e não todo o restante do edifício intervencionado. Além disso, cremos que fica excluída, em regra, a aplicação deste diploma ao contrato de gestão de eficiência energética ao abrigo da alínea d) do n.º 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, atentos os montantes geralmente envolvidos neste contrato.

O legislador referiu ainda no Decreto-Lei n.º 29/2011 os direitos das empresas de serviços energéticos (e os seus limites) e as suas obrigações, bem como os direitos do contraente público.

Assim, a empresa de serviços energéticos tem direito, nos termos do Decreto-Lei n.º 29/2011, entre outros, a (i) explorar, em regime de exclusivo, a eficiência energética no âmbito do contrato; (ii) receber o preço contratual; (iii) utilizar os bens do domínio público necessários à execução do contrato; (iv) propor medidas de melhoria da eficiência energética que não impliquem uma redução das economias de energia anuais ou o alargamento do prazo contratual.

No artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 o legislador consagrou dois limites aos direitos conferidos às empresas de serviços energéticos no âmbito contratual.

Assim, na execução do contrato a empresa de serviços energéticos está, por um lado, sujeita ao poder de direcção e de fiscalização do contraente público e, por outro, proibida de adoptar quaisquer medidas susceptíveis de afectar a autonomia da actividade do contraente público na prossecução das suas atribuições e competências.

No que diz respeito às obrigações das empresas de serviços energéticos, podemos encontrar no artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 as seguintes: (i) financiar todas as medidas de melhoria da eficiência energética a implementar; (ii) entregar o certificado energético e da qualidade do ar interior dos edifícios objecto de intervenção; (iii) informar o contraente público de quaisquer circunstâncias que possa condicionar a execução do contrato; (iv) aplicar os critérios de avaliação do desempenho energético, para aferição do cumprimento do contrato; (v) fornecer informações e elaborar relatórios específicos sobre a execução do contrato; (vi) obter as licenças, certificações, credenciações e autorizações necessárias ao exercício das actividades integradas ou relacionadas com a execução do contrato.

Ao leque das obrigações das empresas de serviços energéticos referidas no artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, acrescem ainda duas obrigações essenciais: (i) pagamento do valor correspondente à diferença entre as economias de energia garantidas e não alcançadas; e (ii) a prestação de caução, nos termos previstos dos artigos 88.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos, para garantia, em especial, do pagamento dessa diferença entre as economias de energia garantidas e não alcançadas.

O artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, “*sem prejuízo dos direitos consagrados no Código dos Contratos Públicos*”, identifica dois direitos do contraente público: (i) exigir o valor correspondente às economias de energia garantidas contratualmente para o contraente público, quando estas não sejam alcançadas, aferidas nos termos do protocolo de medição e verificação previsto no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, podendo para o efeito recorrer à caução prestada; e (ii) ser indemnizado em caso de incumprimento defeituoso ou incumprimento contratual.

Finda esta análise, podemos desde já traçar uma definição do contrato de gestão de eficiência energética, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 29/2011. Assim, entendemos por contrato de gestão de eficiência energética o acordo de vontades entre um contraente público e uma empresa de serviços energéticos para a implementação de medidas de

eficiência energética nos edifícios públicos e equipamentos afectos à prestação de serviços públicos, implicando uma significativa transferência de risco para a empresa de serviços energéticos, por via do estabelecimento de um mínimo de economias de energia a garantir, em que os investimentos são feitos pela empresa de serviços energéticos e cuja amortização e remuneração desta são obtidos pelas economias de energia geradas por esses investimentos.

3.3 - O modelo de negócio

O legislador foi confrontado com uma questão prévia na definição do modelo contratual de gestão de eficiência energética, dados os impactos que essa opção acarretava na definição da natureza do contrato e na determinação do respectivo modelo contratual. Havia, primeiro, que definir o modelo de negócio a implementar.

Uma análise supranacional do mercado das empresas de serviços energéticos permitia apontar diversas opções possíveis para o modelo de negócio da gestão de eficiência energética³⁶.

A primeira opção, e a mais imediata, passaria pelo investimento directo do Estado ou das entidades públicas na implementação das medidas de eficiência energética, restando às empresas de serviços energéticos uma intervenção mais reduzida, circunscrita ao aconselhamento das medidas a adoptar ou à gestão dos equipamentos e das medidas adoptadas³⁷. Este tipo de modelo negocial implica um papel mais activo do Estado e das entidades públicas, para além de uma maior capacidade financeira para fazer face aos custos associados aos investimentos.

No entanto, o legislador português optou por não seguir este caminho, provavelmente estribado nos elevados custos para o erário público associado à implementação deste modelo, especialmente relevante num contexto de crise económica e de redução do défice público.

Em face destes constrangimentos havia que chamar os privados a contratar com o Estado e as entidades públicas para se obter essas economias de energia. Os privados

³⁶ Tomámos como referência o “*Energy...*”, elaborado por ANGELICA MARINO, PAOLO BERTOLDI, SILVIA REZESSY.

³⁷ Nem sempre assim é, como é o caso da Bélgica que criou, por decisão do governo federal, em 2005, uma sociedade anónima de direito público, denominada Fedesco, encarregue de gerir a eficiência energética nos edifícios públicos.

teriam que se assumir como um parceiro do Estado e das entidades públicas, mediante a celebração dos contratos de gestão de eficiência energética. Neste contexto, tradicionalmente, foram se sedimentando dois modelos alternativos: o “*guaranteed savings*” e o “*shared savings*”. Vejamos.

O modelo de “*guaranteed savings*” ou das poupanças garantidas caracteriza-se pelo facto de a empresa de serviços energéticos se obrigar a determinado nível de poupança, assumindo apenas o risco de desempenho até esse valor. Assim, neste modelo de negócio, o contraente público paga uma prestação pecuniária, anual ou mensal, durante o período de vigência do contrato, correspondente ao valor proposto e garantido pela empresa de serviços energéticos, de acordo com análise que esta faz do potencial de poupança de determinado edifício.

Este valor garantido de poupanças deve permitir não só pagar os investimentos necessários à obtenção das poupanças garantidas e os custos de energia do edifício, como ainda assegurar a remuneração da empresa de serviços energéticos. Caso as poupanças fiquem aquém do esperado, cabe à empresa de serviços energéticos ressarcir o contraente público no montante correspondente à diferença entre o valor da poupança garantida e a poupança efectiva, na medida em que este é um risco que assume.

Este modelo tem como vantagem a tendencial redução dos prazos de amortização, ao passo que tem como desvantagem o facto de que toda a economia de energia para além do garantido caber à empresa de serviço energético. Para além deste aspecto, não existe uma redução significativa de custos das entidades públicas no imediato, facto que será compensado com um edifício totalmente equipado e mais eficiente no final do contrato.

Um segundo modelo possível é o “*shared savings*” ou das poupanças partilhadas, em que as entidades públicas e as empresas de serviços energéticos partilham uma percentagem das poupanças registadas, desde o início do contrato e durante a vigência do mesmo. Na verdade, este modelo funciona partindo de um objectivo de poupanças garantido pela empresa de serviços energético, sendo as poupanças adicionais partilhadas pelas partes ou pela inexistência de poupanças garantidas com a partilha integral das poupanças registadas. No entanto, na primeira vertente deste modelo contratual, a empresa de serviços energéticos assume o risco pelas poupanças que garante, devendo ressarcir a entidade pública no valor

correspondente à diferença entre as economias de energia garantidas e as alcançadas, quando estas sejam inferiores às garantidas.

Este modelo tem a vantagem de o contraente público ter uma efectiva redução dos seus custos energéticos desde o início da vigência do contrato, sem ter que realizar investir para tal. Acresce que, a empresa de serviços energéticos assume o risco nas poupanças garantidas e que a responsabiliza perante o contraente público ao pagamento da diferença entre as poupanças reais e as garantidas.

As desvantagens deste modelo passam, por um lado, pela necessidade de um maior prazo de amortização dos investimentos assegurados pela empresa de serviços energéticos, o que acarreta uma maior extensão da vigência do contrato e, por outro, no possível retraimento da empresa de serviços energéticos na sua proposta de poupança garantida, atentos os riscos contratuais que assume.

Ora, em face destas opções de modelo de negócio, o legislador optou pelo modelo do “*shared savings*”. Esta conclusão decorre do disposto nos artigos 13.º, 15.º, 16.º, 20.º, 24.º, 34.º do Decreto-Lei n.º 29/2011³⁸.

Com efeito, o contraente público deve fixar no caderno de encargos o mínimo de economias de energia que deve ser garantido pela empresa de serviços energéticos, sendo adjudicado o contrato à proposta economicamente mais vantajosa aferida em função da maior economia de energia garantida, e em que o preço contratual corresponde ao que o contraente público se dispõe a pagar à empresa adjudicatária, que na falta de disposição contratual, equivale à diferença entre o valor, ou parte do valor, de acréscimo de economias de energia alcançado pela empresa de serviços energéticos e o valor das economias de energia anuais garantidas contratualmente para o contraente público.

A que acresce o disposto no n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-lei n.º 29/2011 do qual se pode respigar que “*é definido no contrato a celebrar se e em que termos à partilha equitativa do acréscimo de benefícios financeiros, nos termos do disposto no artigo 341.º do Código dos Contratos Públicos*”.

³⁸ Esta ideia decorre ainda do caderno de encargos tipo posto a consulta pública pela ADENE, disponível em <http://www.adene.pt/pt-pt/NavegacaoDeTopo/EnergiaNoEstado/EcoAP/Paginas/DiscPublica.aspx>

3.4 – Procedimento de formação do contrato

O contrato de gestão de eficiência energético, por força do Decreto-Lei n.º 29/2011, é celebrado na sequência de um procedimento concursal, concorrencial e transparente, destinado a selecção da empresa de serviços energéticos e da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade pública.

Sem prejuízo da possibilidade de implementação de medidas de melhoria da eficiência energética directamente pelo Estado e pelas demais entidades públicas, afigurava-se especialmente relevante, ao mesmo tempo, criar condições bastantes que conduzissem os privados a colaborarem com o Estado, e com o sector público em geral, na prossecução dos objectivos de melhoria da eficiência na utilização final da energia.

Para o efeito, tornou-se incontornável criar um quadro normativo próprio que enquadrasse a formação e execução dos contratos de gestão de eficiência energética, e que, por essa via, potenciase a criação de um mercado de gestão de eficiência energética nos edifícios e equipamentos públicos. De salientar a opção tomada pelo legislador de não submeter a formação deste contrato ao regime do Código dos Contratos Públicos, que apenas figura como regime subsidiário³⁹.

Notoriamente virado para a dinamização deste mercado, o legislador optou, tendo em vista o objectivo de agilizar e conferir maior celeridade ao procedimento de formação dos contratos de gestão de eficiência, pela criação de um ou vários sistemas de qualificação de empresas de serviços energéticos, ficando as entidades seleccionadas habilitadas a participar nos posteriores procedimentos de formação de contratos a lançar pelo Estado e demais entidades públicas, ao abrigo deste regime jurídico⁴⁰.

Todo o procedimento de formação do contrato se destaca pela sua flexibilidade, simplicidade e celeridade. Note-se que, finda a qualificação, e para a escolha da melhor proposta entre os interessados qualificados, podem as entidades adjudicantes socorrer-se

³⁹ O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 refere expressamente que o procedimento de formação dos contratos de gestão de eficiência energética, rege-se pelo disposto nos capítulos II e III deste diploma ou, em alternativa, pelo disposto na parte II do Código dos Contratos Públicos, sempre que a mesma seja aplicável por força da parte I do mesmo Código. A aplicação subsidiária do Código dos Contratos Públicos, na fase de formação do contrato, resulta ainda dos artigos 9.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 29/2011.

⁴⁰ O legislador espanhol optou por regular estas matérias no Real Decreto-ley 6/2010, estabelecendo no artigo 20.º deste diploma algumas normas especiais de contratação de serviços energéticos, assente num modelo de diálogo concorrencial, para a celebração do “*contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*” ou de outros tipos contratuais para a contratação de serviços energéticos.

do procedimento previsto no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, do qual se destacam as seguintes fases do procedimento:

- a) Convite a empresas de serviços energéticos qualificadas;
- b) Apresentação e análise das propostas iniciais⁴¹;
- c) Apresentação e análise das propostas finais e adjudicação, incluindo:
 - i) Realização de auditoria energética⁴², por parte do ou dos concorrentes cujas propostas iniciais tenham sido seleccionadas;
 - ii) Negociação, quando tenha lugar;
 - iii) Apresentação das propostas finais⁴³;
 - iv) Adjudicação.

Fixou-se como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, aferida em função da maior economia de energia para a entidade adjudicante, incumbindo à entidade adjudicante estabelecer no caderno de encargos um mínimo de economias de energia que deve ser garantido pelo concorrente.

⁴¹ A apresentar na sequência da realização de uma vistoria preliminar no modelo de “*walking through*”.

⁴² Destinada a obter o perfil do consume e de energia dos edifícios ou equipamentos postos a concurso e quantificar as oportunidades de economias de energia, de modo a proporcionar a elaboração das propostas finais – cfr. artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 29/2011

⁴³ A proposta final deve ser elaborada nos termos do n.º 1 do artigo 20.º e acompanhada do preço contratual, bem como do modelo financeiro de gestão do contrato que contenha a definição do conjunto de pressupostos e das projecções económico-financeiras subjacentes ao contrato a celebrar – cfr. artigo 24.º.

4 - A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTÃO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA

Atento o que se tem vindo a considerar podemos observar que o contrato de gestão de eficiência energética é um contrato complexo, que envolve a realização de diversas prestações pela empresa de serviços energéticos. Entre essas prestações destacam-se a realização de auditorias, a elaboração de projectos e obras necessárias, o fornecimento dos equipamentos necessários à geração das economias de energia, para além dos aspectos relacionados com a manutenção desses equipamentos. A tudo isto acresce ainda a monitorização para efeitos de aferição do cumprimento do contrato, de acordo com o protocolo de medição e verificação definido no caderno de encargos.

Do exposto, podemos concluir que a execução do contrato de gestão de eficiência energética compreende a verificação de prestações típicas de contratos administrativos especialmente regulados no Código dos Contratos Públicos, como sejam o contrato de empreitada, contrato de aquisição de bens móveis, contrato de aquisição de serviços, concessão de obras públicas ou a concessão de serviços públicos.

A questão a que tentaremos dar agora resposta prende-se com determinar se o contrato de gestão de eficiência energética configura um dos contratos administrativos típicos do título II da Parte III do Código dos Contratos Públicos. Isto é, determinar se este contrato se subsume num destes tipos contratuais ou se, pelo contrário, estamos perante uma figura contratual autónoma.

4.1 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de empreitada de obras públicas

O Código dos Contratos Públicos define empreitada de obras públicas como “*o contrato oneroso que tenha por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência da actividade de construção*” (cfr. artigo 343.º)⁴⁴⁵.

⁴⁴ Como salienta LINO TORRAL “o CCP rompe, pois, com a tradição da existência de um diploma legal dedicado à regulamentação do contrato administrativo de empreitada de obras públicas. A disciplina desta figura passará, doravante, a constar de um diploma codificador que não apenas regula a

O conceito de empreitada de obras públicas não se afasta substancialmente do conceito que nos era dado pelo Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas⁴⁶ e do que resulta da Directiva n.º 2004/18/CE. Em todos os casos, a empreitada de obras públicas está intrinsecamente ligada à realização de uma obra pública⁴⁷.

A noção de obra é nos fornecida pela alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º da Directiva n.º 2004/18/CE como “o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a preencher, por si mesmo, uma função económica ou técnica”. Um pouco mais detalhada é a definição de obra que encontramos do n.º 2 do artigo 343.º do Código dos Contratos Públicos, que considera “obra pública o resultado de quaisquer trabalho de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público”.

Tradicionalmente a doutrina tem identificado três critérios para a qualificação de um contrato como de empreitada de obra pública⁴⁸, a saber:

- (i) Elemento material – que respeita ao objecto da empreitada e que deve traduzir-se numa obra, nos termos do n.º 2 do artigo 343.º do Código dos Contratos Públicos;
- (ii) Elemento intencional – que se traduz no fim de interesse público colectivo que com a obra se pretende satisfazer;
- (iii) Elemento pessoal – em função da qual a obra só pode ser adjudicada por um contraente público.

fase de formação da generalidade dos contratos públicos, como consagra o regime substantivos dos contratos administrativos” (LINO TORGAL, “A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Público”, Caderno de Justiça Administrativa, n.º 64, Julho/Agosto, 2007, pág. 56.

⁴⁵ Como ensinam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS a empreitada de obras públicas “é contrato administrativo pelo qual alguém (o empreiteiro) se obriga perante a administração pública (dona da obra) a executar, ou a conceber e executar, uma obra pública, mediante o pagamento de um preço” (in “Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral – Tomo III, D. Quixote, 2.ª Edição, 2008, pág. 63).

⁴⁶ Nesse sentido também JORGE ANDRADE E SILVA, “Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado, Almedina, 3.ª Edição, 2010, pág. 844.

⁴⁷ Esclarece LÍCINIO LOPES que “o CCP acolhe o (já) clássico conceito de obra pública, nos termos do qual a qualificação de uma obra como obra pública baseia-se: (1) na qualidade da entidade que a promove (tem de tratar-se de um “contraente público”) – n.º 2 do artigo 343.º, in fine); (2) no interesse de quem é realizada e por conta de quem é executada (“resultado de quaisquer trabalhos...executados por conta de um contraente público” – n.º 2 do artigo 343.º)” (in “Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas”, Estudos de Contratação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, pág. 350).

⁴⁸ Ver JORGE ANDRADE E SILVA, “Dicionário dos Contratos Públicos”, Almedina, 2010, pág. 188.

Assim, para determinar se o contrato de gestão de eficiência energética é uma modalidade do contrato de empreitada de obras públicas, este terá que preencher os seus elementos qualificadores. De facto, existem algumas prestações típicas do contrato de empreitada de obra pública no contrato de gestão de eficiência energética. Desde logo, no que diz respeito à realização de trabalhos de construção, reconstrução, alteração, adaptação, conservação, reabilitação ou beneficiação de bens imóveis públicos tendentes à geração de poupanças de energia.

No entanto, o contrato de gestão de eficiência energética não tem como objecto a realização de uma obra ou, pelo menos, não é este o seu objecto principal ou imediato, como já tivemos oportunidade de nos pronunciar. Pelo que, não se preenche o elemento material de qualificação do contrato de gestão de eficiência energética como um verdadeiro contrato de empreitada de obras públicas.

Por outro lado, também o regime do preço nos conduz ao afastamento do contrato de empreitada de obras públicas. Enquanto neste, o preço terá que corresponder ao volume dos trabalhos realizados, sujeito a medição, no contrato de gestão de eficiência energética o preço corresponde à diferença entre o valor de acréscimo de economias de energia alcançado pela empresa de serviços energéticos e o valor das economias de energias anuais garantidas contratualmente para o contraente público.

Estes aspectos, entre outros que poderíamos ainda aduzir, levam-nos a concluir que o contrato de gestão de eficiência energética não é um contrato de empreitada de obras públicas.

4.2 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de aquisição de serviços

O artigo 450.º do Código dos Contratos Públicos define o contrato de aquisição de serviços como “*o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço*”⁴⁹.

⁴⁹ A definição de contrato de prestação de serviços que nos é dada pelo artigo 450.º do Código dos Contratos Públicos é fruto de uma evolução que se registou, sobretudo a nível legislativo. Inicialmente este tipo contratual estava restringido aos contratos de transporte e de provimento (cfr. FREITAS DO AMARAL, “*Direito Administrativo*”, Vol. III, Lisboa, 1989, pág. 447). Actualmente, o leque de contratos abrangido por este tipo de contratual é mais alargado, abrangendo os vulgares contratos de prestação de serviços jurídicos ou de consultoria técnica. Este tipo contratual corresponde ao que a

Actualmente, aderimos à noção que foi aventada por JORGE ANDRADE DA SILVA que define este contrato como *“aquele através do qual um particular se obriga a prestar um determinado serviço para fins de utilidade pública”*⁵⁰.

O artigo 1154.º do Código Civil oferece-nos igualmente uma noção deste tipo contratual, referindo que *“é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual, com ou sem retribuição”*.

Como salienta MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS *“estes contratos correspondem fundamentalmente à categoria privatista da prestação de serviços: através de um contrato de aquisição de serviços uma das partes obriga-se a proporcionar à outra um certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual (art. 874.º CC)”*⁵¹. Salientam ainda estes autores que a prestação de serviços é mais restrita do que a prestação de serviços civil, por dois motivos: (i) no contrato administrativo é obrigatoriamente oneroso, o que não sucede na prestação de serviços civil e (ii) pelo facto de o credor no contrato administrativo ter que ser uma entidade pública.

Este tipo contratual, juntamente com o contrato de aquisição de bens móveis, sobre o qual nos debruçaremos de seguida, nasceu *“da necessidade de as organizações administrativas obterem bens ou serviços fornecidos e prestados por actores privados segundo as leis e princípios de mercado”*⁵² e surge *“no contexto das tendências actuais para a privatização da Administração e para a busca da sua maior eficiência económica, bem como da cada vez mais forte interpenetração entre a sociedade civil e as entidades públicas, da diminuição do peso do Estado empresário e, em geral, da redução do seu papel na actividade económica”*⁵³.

O interesse nesta figura contratual pela doutrina nacional não foi seguido pelo legislador comunitário, que lhe atribuiu um papel secundário ou residual na Directiva

doutrina vinha classificando como *“contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública”*, que MARCELLO CAETANO entendia ter como *“traço característico [...] a associação duradoura e especial do particular à realização do fim administrativo de tal modo que a sua actividade fique vinculada à regularidade e continuidade do serviço”* (in *“Manual de Direito Administrativo”*, Vol. I, Almedina, Coimbra, pág. 585).

⁵⁰ Cfr. JORGE ANDRADE E SILVA, *“Código...”*, pág. 1077.

⁵¹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *“Contratos Públicos...”*, pág. 69.

⁵² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *“O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Nosso Tempo”*, Almedina, 2003.

⁵³ Cfr. J. E. FIGUEIREDO DIAS, *“Os contratos de locação e aquisição de bens e serviços e de alienação de bens”*, Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Coimbra Editora, pág. 431.

n.º 2004/38/CE, correspondendo aos “*contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo II*”.

Feito este enquadramento do contrato de prestação de serviços, importa apurar se o contrato de gestão de eficiência energética se subsume neste. Adiantando a nossa posição, diremos, desde já, que não. Isto sem prejuízo de considerarmos que existe no contrato de gestão de eficiência energética um conjunto de prestações típicas do contrato de prestação de serviços.

Porém, o afastamento dos dois regimes contratuais torna-se evidente em três aspectos essenciais: (i) o termo do contrato; o (ii) regime do preço; e a (iii) componente relevante de empreitada e fornecimento de bens.

O contrato de prestação de serviços tem o seu termo com a conclusão da prestação contratualizada, ao passo que o contrato de gestão de eficiência energética apenas tem o seu termo após a amortização e remuneração, em termos normais de rentabilidade da exploração, do capital investido pela empresa de serviços energéticos (cfr. artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 29/2011).

Por outro lado, o preço contratual do contrato de gestão de eficiência energética corresponde, na falta de estipulação contratual em contrário, à diferença entre o valor de acréscimo de economia de energia alcançado pela empresa de serviços energéticos e o valor das economias garantidas contratualmente para o contraente público (cfr. artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 29/2011). Este regime do preço é substancialmente diferente do regime do preço no contrato de prestação de serviços, que neste, corresponde ao valor pecuniário das prestações que constituem o objecto do contrato, não estando dependente do resultado alcançado.

Por fim, o contrato de gestão de eficiência energética, por norma e como já tivemos oportunidade de referir, apresenta características típicas do contrato de empreitada e de fornecimento de bens, que o afastam do contrato de aquisição de serviços.

Em face do exposto, somos forçados a concluir que o contrato de gestão de eficiência energética, não é na sua essência, um contrato de prestação de serviços.

4.3 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de aquisição de bens móveis

O artigo 437.º do Código dos Contratos Públicos indica que se deve entender “*por aquisição de bens móveis o contrato pelo qual um contraente público compra bens móveis a um fornecedor*”. Esta definição deve ser complementada com o disposto no artigo 439.º, do qual consta que o contrato pode ter por objecto a aquisição de bens móveis já fabricados ou “*bens a fabricar ou a adaptar em momento posterior à celebração do contrato, de acordo com as características específicas estabelecidas pelo contraente público*”⁵⁴.

O legislador comunitário preferiu designar este tipo contratual de “*contratos públicos de fornecimento*”, mencionando que corresponde aos “*contratos públicos que não os abrangidos pela alínea b), que têm por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos*”.

O legislador português foi mais prosaico e apresentou uma definição deste contrato do qual se destacam as suas duas características essenciais: um especial âmbito (i) subjectivo, dado que tem que ser celebrado por um contraente público e (ii) objectivo, por poder incidir sobre bens móveis a fabricar ou a adaptar⁵⁵.

O contrato de gestão de eficiência energética apresenta algumas similitudes com o contrato de aquisição de bens móveis. Na verdade, e por regra, a empresa de serviços energéticos, com vista a obter as economias de energia propostas e garantidas contratualmente, necessita de fornecer bem imóveis à entidade adjudicante. Poder-se-ão tratar de bens móveis de pequena dimensão, como lâmpadas economizadoras, ou de bens móveis de maior dimensão, como caldeiras mais eficientes.

No entanto, parece-nos ser de aplicar aqui o que tivemos oportunidade de dizer acima sobre o contrato de aquisição de serviços. Aspectos como o prazo, o preço e prestações típicas de outros contratos como a empreitada e a aquisição de serviços,

⁵⁴ Esclarecem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS que “*estes contratos correspondem fundamentalmente à categoria privatista da compra e venda (artigo 874.º CC): através do contrato de aquisição de bens móveis, uma das partes transmite à outra um direito (real) sobre uma coisa, mediante um preço*” (in “*Contratos Públicos...*”, pág. 68). De facto, o contrato de compra e venda, de cariz privatista, caracteriza-se pela “*transmissão correspectiva de duas prestações: por um lado, a transmissão do direito de propriedade ou de outro direito; por outro lado, o pagamento do preço*” (Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “*Código Civil Anotado*”, Vol. II, 4.ª Edição, Coimbra Editora, pág. 160).

⁵⁵ Cfr. JORGE ANDRADE E SILVA, “*Dicionário...*”, pág. 66.

permitem-nos apartar os dois regimes. Além disso, ainda que a parte relativa ao fornecimento de bens móveis possa assumir grande relevância (financeira) no contrato de gestão de eficiência energética, nos casos em que a intervenção nos edifícios públicos possa ser mais necessária, ainda assim os respectivos objectos contratuais seriam suficientes para afastar as duas figuras contratuais.

4.4 – O contrato de gestão de eficiência energética e regime do contrato misto

Como temos vindo a notar, o contrato de gestão de eficiência energética contém prestações típicas dos contratos de empreitada de obras públicas, aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, sem, no entanto, com estes se confundir. A questão que se coloca agora é determinar se estamos perante um contrato misto, que integra prestações típicas de outros tipos contratuais.

Como salienta JORGE ANDRADE DA SILVA um contrato misto é aquele *“cujo objecto é integrado por prestações típicas de vários contratos nominados”*⁵⁶. Essa definição decorre do disposto no n.º 1 do artigo 32.º do Código dos Contratos Públicos. Em sentido complementar afirmam GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE que para estarmos perante *“um contrato misto é necessário que as prestações que constituem o seu objecto sejam técnica e funcionalmente incidíveis (ou não separáveis) ou que, não sendo incidíveis, a separação das prestações causasse graves inconvenientes para a entidade adjudicante”*⁵⁷.

De facto, da análise do contrato de gestão de eficiência energética poderemos distinguir prestações típicas de vários contratos administrativos. No entanto, o contrato de gestão de eficiência energética apresenta especificidades em relação ao regime do contrato misto, dado que não é objectivo deste apenas beneficiar-se da não celebração de tantos contratos quantos os tipos de prestações em causa. Esta figura contratual não é apenas a agregação de prestações típicas de vários tipos contratuais. A sua natureza é unitária e assente numa lógica própria de gestão de eficiência energética.

⁵⁶ Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *“Dicionário...”*, pág. 146.

⁵⁷ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *“Código dos Contratos Públicos Anotado”*, Vol. I, Almedina, 2009, pág. 187.

4.5 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de concessão de obras públicas

O n.º 1 do artigo 407.º do Código dos Contratos Públicos apresenta-nos o contrato de concessão de obra pública como aquele em que o *“co-contratante se obriga à execução ou à concepção de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito a proceder, durante determinado período, à respectiva exploração, e, se assim for estipulado, o direito ao pagamento de um preço”*⁵⁸.

Este tipo contratual, que já constava do n.º 2 do artigo 178.º do Código de Procedimento Administrativo, é aquele *“por via do qual um particular se encarrega de construir e explorar uma obra pública mediante uma retribuição a pagar pelos utentes sob a forma de taxas de utilização”*⁵⁹.

Em complemento, acrescenta FREITAS DO AMARAL que esta figura é geralmente usada *“para obras maiores, exigente de avultados capitais (v.g., pontes rodoviárias, auto-estradas, centrais eléctricas, pipe-lines, etc, e cuja realização possa, pela sua natureza, beneficiar da iniciativa privada”*⁶⁰.

Assim, este tipo contratual tem as seguintes características: (i) transferência de uma entidade pública para outra entidade do poder de execução (e conceber) uma obra pública; (ii) que passa a poder explorá-la; (iii) mediante a cobrança de taxas aos utentes.

Ora, o contrato de gestão de eficiência energética apresenta algumas similitudes com a concessão de obra pública. Desde logo, por caber à empresa de serviços energéticos a execução das obras necessárias à obtenção das poupanças de energia contratadas.

No entanto, no contrato de gestão de eficiência energética dificilmente estaríamos perante uma exploração de uma obra considerada pública. Além disso, a concessão de obra pública resume-se à construção de uma determinada obra e à sua exploração, descurando outros aspectos essenciais do contrato de gestão de eficiência

⁵⁸ Como salienta MARCELLO CAETANO *“dá-se o contrato de concessão de obras públicas quando uma pessoa colectiva de direito público transfere para outra pessoa o poder de construir, por conta própria, determinadas coisas públicas artificiais, destinadas ao uso público directo ou ao estabelecimento de um serviço público, as quais ficarão na posse do concessionário durante certo número de anos para que este cobre aos utentes as taxas que forem fixadas”* (in *“Manual...”*, Vol. I, pág. 583).

⁵⁹ Cfr. JOÃO CAUPERS, *“Introdução...”*, pág. 225.

⁶⁰ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *“Direito Administrativo”*, Vol. II, Almedina, 2004, pág. 531.

energética, como sejam o fornecimento de bens e a aquisição dos serviços da empresa de serviços energéticos. Além disso, a remuneração da empresa de serviços energéticos não consiste na cobrança de taxas pela utilização da respectiva obra, mas advém da geração de poupanças energéticas.

Estes aspectos permitem-nos afastar o contrato de gestão de eficiência energética do contrato de concessão de obra pública.

4.6 – O contrato de gestão de eficiência energética e o contrato de concessão de serviços públicos

O n.º 2 do artigo 407.º do Código dos Contratos Públicos define de contrato de concessão de serviços públicos como *“o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público”*⁶¹.

A concessão de serviço público tem como características: (i) uma entidade pública atribuir a uma entidade privada a exploração de um serviço público; (ii) por sua conta e risco; (iii) como se fora o concedente; (iv) durante um determinado período; (v) sendo remunerada por taxas ou tarifas pagas pelos utente, pelos resultado financeira adveniente dessa gestão ou directamente pelo concedente.

Também aqui encontramos algumas semelhanças com o contrato de gestão de eficiência energética, advenientes do regime concessório. No entanto, as empresas de serviços energéticos não passam, por via da celebração deste contrato, a explorar um serviço público⁶². Na verdade, não estamos perante uma actividade administrativa de

⁶¹ Aderimos à definição de contrato de concessão de serviço público avançada por PEDRO GONÇALVES que o descreve como o *“acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa, titular de um serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço”* (in *“A Concessão de Serviços Públicos”*, Almedina, 1999, pág. 130). Em sentido semelhante FERNANDA MAÇÃS afirma que na concessão de serviços públicos *“o Estado confere temporariamente, a uma entidade privada, os poderes bastantes para explorar um serviço público, sob fiscalização do concedente, durante o prazo estipulado, incluindo os investimentos necessários para a sua manutenção. A entidade concessionária actua por sua conta e risco, como se fora o concedente, sendo remunerada por meio de taxas ou tarifas a pagar pelos utentes ou consumidores do respectivo serviço público”*⁶¹ (in *“A Concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos”*, Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Coimbra Editora, pág. 379).

⁶² Ou como refere JEAN RIVERO *“um modo de gestão de um serviço”*, in *“Direito Administrativo”* - Tradução de Rogério Soares, Almedina, Coimbra, 1981, pág. 515.

prestação de um serviço que caiba à administração efectuar, de forma regular e contínua, e sujeita a um regime de direito público, que a empresa de serviços energéticos passa a explorar, por sua conta e risco.

Pelo que, o contrato de gestão de eficiência energética não configura contrato de concessão de serviços energéticos.

4.7 - Posição adoptada: um contrato típico de cariz concessório

Feita a análise comparativa dos contratos especialmente regulados no Código dos Contratos Públicos com o contrato de gestão de eficiência energética podemos traçar algumas conclusões.

A primeira conclusão é que o contrato de gestão de eficiência energética não se subsume em nenhum dos tipos contratuais especialmente previstos no Código dos Contratos Públicos, ainda que seja um contrato que se caracteriza por compreender um conjunto de prestações típicas de outros tipos contratuais.

A segunda conclusão a que chegamos é que o contrato de gestão de eficiência energética é um contrato típico, na medida em que é, por força do Decreto-Lei n.º 29/2011, um contrato especificamente previsto na lei

A terceira conclusão a que chegamos prende-se com o cariz concessório que identificamos no contrato de gestão de eficiência energética. Essa natureza concessória é especialmente notória no risco que é assumido pela empresa de serviços energéticos.

De facto, o conceito tradicional de concessão que nos é dado pela doutrina enfatiza que o direito que é concedido ao particular deve ser exercido por sua conta e risco. Note-se que para MARCELLO CAETANO a concessão é o *“acto administrativo pelo qual é permitido a um particular o exercício temporário, por sua conta e risco, de um ou mais direitos exclusivos de certa pessoa colectiva de direito público, para esse efeito transferidos para o concessionário”*⁶³. Por seu turno, PEDRO GONÇALVES define concessão como *“um acto jurídico que promove a translação ou transmissão de direitos existentes na esfera jurídica do concedente (concessão translativa) ou que, no*

⁶³ Cfr. MARCELLO CAETANO, “Manual ...”, Vol. I, pág. 460.

mínimo, se associa à constituição de direitos novos derivados de uma nova situação jurídica na titularidade do concedente (concessão constitutiva)”⁶⁴.

Ora, como tivemos oportunidade de referir acima, o Código dos Contratos Públicos tipifica o contrato de concessão de obra pública e o contrato de concessão de serviço público. Concluímos, todavia, que o contrato de gestão de eficiência energética não se subsume a nenhum destes tipos contratuais.

Contudo, como salienta JORGE ANDRADE E SILVA, as noções dadas pelos n.º 1 e 2 do artigo 407.º do Código dos Contratos Público apresentam algumas especificidades em relação às noções constantes das Directivas comunitárias que transpõe⁶⁵. Destas Directivas comunitárias subentende-se por concessão a atribuição a um particular de um encargo ou tarefa, inicialmente a cargo da administração pública, em que a remuneração do particular esteja, de alguma forma, ligado à exploração de um activo ou de um determinado serviço público⁶⁶.

De facto, é essencial para a concepção comunitária de concessão o designado risco de exploração a cargo do contraente privado. Como bem explica CLÁUDIA VIANA *“a intervenção e participação da administração nos custos do contrato não deve pôr em crise a existência de um «risco económico» a suportar pelo concessionário, enquanto factor estreitamente associados aos rendimentos que este visa obter com o contrato, risco esse que se apresenta, assim, como elemento distintivo principal”⁶⁷.*

Neste mesmo sentido, PEDRO SIZA VIEIRA refere que o elemento distintivo entre as concessões e os outros tipos contratuais é a *“fortuna do concessionário, a possibilidade de ganhar ou perder dinheiro com o contrato, [que] está vinculado à forma como evoluir a exploração de um determinado serviço ou de um determinado activo”⁶⁸.* Ainda que, como este autor expressa, esta noção comunitária não seja expressamente afirmada no conceito de concessão constante do Código dos Contratos

⁶⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *“Regulação e regulação pública do sector eléctrico”*, Estudos de Direito Administrativo da Regulação, Coimbra Editora, pág. 152.

⁶⁵ Cfr. JORGE ANDRADE E SILVA, *“Código ...”*, pág. 1018.

⁶⁶ Cfr. PEDRO SIZA VIEIRA, *“Regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos”*, Cadernos de justiça Administrativa, n.º 64, pág. 47.

⁶⁷ Cfr. CLÁUDIA VIANA; *“Os princípios comunitários na contratação pública”*, Coimbra Editora, 2007, pág. 382.

⁶⁸ Cfr. PEDRO SIZA VIEIRA, *“Regime ...”*, pág. 48.

Públicos, existem diversos indícios que apontam nesse sentido ao longo do regime substantivo desses contratos.

Este entendimento é, aliás, consentâneo com a posição assumida na Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário que expressamente refere que *“incluem-se sempre na definição de concessão as hipóteses em que o Estado paga um preço em contrapartida das obras realizadas, desde que esse preço não elimine o risco inerente à exploração”* e que ainda que *“na maior parte dos casos, a origem dos recursos - cobrados directamente ao utente da obra - seja um elemento significativo, é a presença do risco de exploração, ligada ao investimento realizado ou aos capitais investidos, que é determinante, especialmente quando a entidade concedente paga um preço”*⁶⁹.

O legislador optou por consagrar no contrato de gestão de eficiência energética um modelo contratual assente no *“shared savings”*, em que a empresa de serviços energéticos garante um determinado objectivo de poupanças e em que assume o risco de exploração, cabendo-lhe compensar o co-contratante no caso de não conseguir atingir esse objectivo de poupança de energia. Esta transferência de riscos para a empresa de serviços energéticos é expressamente prevista no n.º 1 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, onde se pode respigar que *“o contrato deve implicar um significativa e efectiva transferência do risco para a empresa de serviços energéticos”*⁷⁰. De igual forma, a alínea a) do n.º 1 do artigo 34.º deste diploma confere ao contraente público o direito a exigir do co-contratante o valor correspondente às economias de energia garantidas contratualmente para o contraente público e não alcançadas, podendo para o efeito recorrer à caução prestada.

Outro indício da natureza concessória do contrato de gestão de eficiência energética resulta ainda da disposição constante do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, que refere que o prazo contratual deve ser *“fixado em função do tempo necessário para a amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pela empresa de serviços energéticos”*⁷¹.

⁶⁹ Cfr. Jornal Oficial n.º C 121 de 29/04/2000 p. 0002 - 0013 (2000/C 121/02)

⁷⁰ Semelhante disposição encontramos no artigo 413.º do Código dos Contratos Públicos, na secção das disposições gerais das concessões de obra pública e de serviços.

⁷¹ Esta disposição corresponde ao n.º 1 do artigo 410.º do Código dos Contratos Públicos, na secção das disposições gerais das concessões de obra pública e de serviços.

Além destes aspectos podemos vislumbrar traços do regime do regime da concessão no n.º 8 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 relativo ao regime de bens. Desta disposição consta que os bens afectos pela empresa de serviços energéticos ao contrato de gestão de eficiência energética e que sejam essenciais para o futuro das melhorias da eficiência energética tornam-se propriedade do contraente público no termo do contrato, não havendo, na falta de estipulação contratual em contrário, lugar ao pagamento de qualquer indemnização.

A este propósito nota-se ainda a semelhança entre a redacção dos artigos 31.º e 33.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 e os artigos 415.º e 414.º do Código dos Contratos Públicos, respectivamente, que configuram indícios adicionais do regime concessório.

Por fim, o próprio legislador entendeu ser de aplicar ao contrato de gestão de eficiência energética, subsidiariamente, o disposto na parte III do Código dos Contratos Públicos (regime substantivo dos contratos administrativos), e em especial o respectivo capítulo II do título II, relativo aos contratos de concessão de obras públicas e de serviços (cfr. artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 29/2011).

Assim, estes aspectos (transferência do risco de exploração, o prazo contratual, o regime de bens, semelhanças de redacção com o disposto para os contratos de concessão e a remissão em especial para os contratos de concessão de obras públicas e de serviços) são indícios suficientes para concluirmos que o contrato de gestão de eficiência energética é um contrato típico de cariz concessório, na acepção de concessão comunitária⁷².

⁷² Estes são dois dos três os indícios apontados por PEDRO SIZA VIEIRA no regime substantivo dos contratos que acolhem o conceito de concessão – que implica que a remuneração dos concessionários esteja vinculada à sorte da exploração (in “Regime das concessões...”, pág. 49).

5 - O CONTRATO DE GESTÃO DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA: REGIME SUBSTANTIVO

5.1 – Enquadramento

Em face das conclusões que fomos extraindo ao longo deste trabalho, resta-nos uma última missão a que nos propomos: determinar se o contrato de gestão de eficiência energética constitui, ainda assim, um contrato administrativo.

Poder-se-ia argumentar que esta questão não assume especial relevância. Há até quem tenha defendido a “morte” dos designados contratos administrativos⁷³. Porém, em sentido oposto, outros autores vêm defendendo a autonomia do contrato administrativo⁷⁴. Além do conceito de contrato administrativo surge igualmente o do contrato público, de clara influência comunitária e com grande acolhimento na doutrina⁷⁵.

⁷³ Entre nós, destacamos a posição de MARIA JOÃO ESTORNINHO para quem “o contrato administrativo sucumbiu de “morte natural”” (in “Requiem pelo Contrato Administrativo”, Almedina, 2003, pág. 184) e que não se justifica a autonomização do contrato administrativo face ao contrato de direito privado. O mesmo é reiterado pela autora in “Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português” Almedina, 2006, págs. 222 e seguintes.

⁷⁴ Dentre estes destacamos PEDRO GONÇALVES, que afirmou que até à data “o contrato administrativo mantém-se como instituição essencial do direito administrativo português, que tem vida própria e autónoma e que não sofreu qualquer processo de dissolução, nem tão-pouco foi absorvido por uma qualquer categoria contratual genérica. – v.g., contratos públicos, contratos da Administração – em cujo seio tivesse perdido as suas características ou a sua identidade” (in “O Contrato...”, pág. 9). FREITAS DO AMARAL discorda igualmente da posição de Maria João Estorninho salientando que “há efectivamente bastantes diferenças – e diferenças importantes – entre os contratos administrativos e os de direito privado, pelo que se justifica plenamente recortar uma figura autónoma de contrato administrativo” (in “Curso...”, Vol. II, pág. 518). Também RAQUEL CARVALHO afirmou que “o contrato administrativo é um conceito operativo no direito administrativo que mereceu acolhimento pelo legislador, confirmando a sua autonomia estrutural” (“As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços”, Almedina, 2010, pág. 507). No mesmo sentido parece ir também MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA para quem “continuará a exigir-se no nosso ordenamento jurídico, após a entrada em vigor do anunciado CCP, a distinção, dentre os contratos celebrados pelas Administrações Públicas, daqueles que são de marca e regime administrativos, daqueles que são de natureza e regime jusprivatista” (in “A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração Pública, no projecto do CCP”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, 2007, pág. 35).

⁷⁵ Destacamos a posição assumida em 2003 por AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS que, marcadamente influenciado pelo direito comunitário, propôs o conceito de contrato público, numa acepção mais ampla do que o contrato administrativo, “reflectindo a necessidade de se considerar que determinados contratos, para além de não serem administrativos, também não se confundirem com os contratos privados” (in “Para um Conceito de Contrato Público”, Separata dos “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles”, Vol. V, Almedina, 2003, pág. 475). No mesmo diapasão, JOÃO CAUPERS (in “Introdução ao Direito Administrativo”, Editora Âncora, 2005, pág. 233 e seguintes) e VASCO PEREIRA DA SILVA (in “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2005). Posição

De facto, o Código dos Contratos Públicos dá acolhimento aos conceitos de contrato administrativo e contrato público. No artigo 1.º deste código, relativo ao seu âmbito de aplicação, podemos ver que este diploma traça a *“disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo”* (n.º 1), sendo que por contratos públicos se deve entender *“todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código”* (n.º 2)⁷⁶.

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA resume a posição tomada pelo Código dos Contratos Públicos da seguinte forma: *“da contraposição dos conceitos de contratos públicos e contratos administrativos resulta, pois, que um contrato celebrado por uma entidade pública pode não ser um contrato administrativo e, no entanto, ser um contrato público”*⁷⁷.

5.2 – O contrato de gestão de eficiência energética como contrato público

Centrando a nossa atenção nos contratos públicos, podemos concluir que *“o legislador estendeu o âmbito de aplicação objectivo do CCP a todos os contratos, qualquer que seja a sua designação e natureza, administrativa ou privada, sempre e quando tais contratos sejam outorgados por entidades adjudicantes. Esta previsão abrangente encontra-se, claramente, consagrada no n.º 2 do artigo 1.º do CCP, extraindo-se da norma que contratos públicos são todas e quaisquer relações jurídicas bilaterais, em que uma das partes seja uma entidade adjudicante”*⁷⁸.

diferente vem assumindo PEDRO GONÇALVES para quem o conceito de contrato público *“nada pretende sugerir sobre a natureza jurídica – pública – de um determinado contrato: Trata-se de um conceito juridicamente neutro, que se tem desenvolvido essencialmente por força do direito comunitário da contratação pública (...) e que corresponde, na língua francesa, ao conceito de marchés publics”* (in *“O Contrato...”*, pág. 53). De referir ainda a tese de doutoramento de SÉRVULO CORREIA que aborda a questão da autonomia do contrato administrativo (in *“Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos”*, Almedina, 1987).

⁷⁶ Como salientam GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE *“a lei, para estes efeitos, delimitou o conceito de contratos públicos não em função da respectiva natureza mas basicamente em função dos sujeitos que os celebram”* (in *“Código dos Contratos Públicos – Âmbito da sua aplicação”*, Almedina, 2008, pág. 19).

⁷⁷ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *“Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”*, Revista de Contratos Públicos, n.º 2, 2011, pág. 6.

⁷⁸ Cfr. JOÃO HENRIQUES PINHEIRO, *“Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e normas comuns de adjudicação”*, Publicações CEDIPRE ONLINE, 5, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Fevereiro, 2011

Os artigos 2.º e 7.º do Código dos Contratos Públicos procedem à identificação das entidades adjudicantes para efeitos da sua aplicação (sem descurar os agrupamentos de entidades adjudicantes previstas no artigo 39.º)⁷⁹. Como salientam MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA a “*entidade adjudicante é o primeiro dos sujeitos da relação jurídica, a pessoa colectiva – ou então (...) o agrupamento de pessoas colectivas – no interesse de quem o procedimento de contratação é lançado e que será a parte pública, digamos assim, no contrato a celebrar no seu termo*”⁸⁰.

Em face do exposto, devem ser considerados públicos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes definidas no Código dos Contratos Públicos. Ora, como vimos a propósito dos sujeitos, o contrato de gestão de eficiência energética são celebrados pelos serviços e organismos públicos da Administração Pública directa, indirecta e autónoma, que constam da lista de entidades adjudicantes mencionadas nos n.º 1 e 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos⁸¹. O que serve por dizer que, em regra, o contrato de gestão de eficiência energética deve ser considerado, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos, um contrato público. Só assim não será quando celebrado por empresas públicas e entidades públicas empresariais que, por força do disposto nos n.º 2 e 3 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos não sejam consideradas como entidades adjudicantes.

⁷⁹ Na opinião de ALEXANDRA LEITÃO este conceito é “*essencialmente funcional e substantivo, que torna irrelevante a forma jurídica, na medida em que depende dos interesses prosseguidos e da natureza da actividade desenvolvida*” (in “*Contratos entre entidades adjudicantes*”, Revista de Contratos Públicos n.º 2, CEDIPRE, 2011, pág. 114).

⁸⁰ Cfr. MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Concurso e outros procedimentos de contratação pública*”, Almedina, 2011, pág. 386.

⁸¹ Como afirmam GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE “*as únicas pessoas colectivas que ficam de fora do elenco do n.º 1 do artigo 2.º são actualmente designadas “entidades públicas empresariais (...) e as entidades empresariais locais”* (in “*Código ...*”, pág. 78). Porém, o legislador introduziu, para além da categoria de Administração em sentido orgânico constante do n.º 1 do artigo 2.º, o conceito de organismo público previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos (Sobre o conceito de “*organismo de direito público*” e os seus elementos constitutivos BERNARDO AZEVEDO, “*Organismos de direito público*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, pág. 51 e seguintes). As empresas públicas e as entidades públicas empresariais enquadram-se neste conceito de organismo público atendendo ao “*modo de actuação da entidade no mercado: se a empresa satisfaz necessidades de interesse geral com carácter industrial e comercial, se sempre que actue no mercado numa situação livre e plena concorrência com outros operadores económicos privados com os mesmos fins, então, não poderá ser classificada como um organismo de direito público, pelo que não será considerada uma entidade adjudicante para efeitos do CCP*” (J. E. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções...*, pág. 290. Quando assim não for, deve ser considerada como entidade adjudicante para efeitos do Código dos Contratos Públicos.

5.3 – O contrato de gestão de eficiência energética como contrato administrativo

Assente que o contrato de gestão de eficiência energética constitui um contrato público na acepção do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos, resta apurar, para efeitos da missão a que nos propusemos, se estamos perante um contrato administrativo. Isto por que, como afirmava PEDRO GONÇALVES, a propósito do projecto do Código dos Contratos Públicos e que se veio a confirmar na versão final “*o contrato administrativo se apresenta como uma categoria ou uma espécie de contrato público*”⁸².

O Código dos Contratos Públicos estabelece no n.º 6 do seu artigo 1.º que “*reveste a natureza de contrato administrativo o acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes*”, que se integre numa das categorias aí elencadas⁸⁴.

Seguindo o entendimento de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA “*em bom rigor, pode dizer-se que essas categorias podem ser reconduzidas a três grandes grupos*” a saber: (i) os contratos administrativos por natureza; (ii) os contratos administrativos por qualificação das partes; e (iii) os contratos administrativos por determinação da lei⁸⁵.

⁸² Cfr. PEDRO GONÇALVES, “*A relação jurídica fundada em contrato administrativo*”, Cadernos de Justiça Administrativa, 64, 2007, pág. 36.

⁸³ Na mesma senda GONÇALO GUERRA TAVARES E NUNO MONTEIRO DENTE quando atestam que “*o conceito de contrato público na acepção do Código não equivale ao conceito de contrato administrativo. (...) Ou seja, o conceito de contrato público nada pretende indiciar sobre a natureza jurídica pública de um contrato*” (in “*Código...*”, pág. 62). FREITAS DO AMARAL também sustenta a separação dos dois critérios: “*convém não identificar as expressões «contrato público» e «contratos administrativo»: a primeira representa o género de que a segunda é uma espécie*” (in “*Curso...*”, Vol. II, pág. 498).

⁸⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA esclarece que “*na determinação do âmbito do contrato administrativo, o CCP adoptou (...) o método de delimitar o âmbito da figura por referência um conjunto de categorias de situações contratuais, que identifica nas quatro alíneas do n.º 6 do artigo 1.º*” (in “*Apontamento...*”, pág. 11). Também MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS concluem que “*o CCP não formulou expressamente um noção de contrato administrativo, tendo antes optado por enunciar, no seu art. 1º, 6, diversos critérios alternativos para a sua identificação: os critérios da qualificação, do regime substantivo e do objecto de direito público, bem como o critério misto do regime pré-contratual de direito público e do fim da prestação do co-contratante*” (in “*Contratos...*”, pág. 36). Na mesma senda, J. E. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA afirmam que “*na impossibilidade de estabelecer um critério unitário capaz de absorver um tão vasto leque de figuras contratuais, o legislador consagrou um método tipológico que pudesse garantir o mínimo de segurança no que concerne à aplicação do regime substantivo da contratação pública*” (in “*Noções...*”, pág. 273.). Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE “*o CCP retoma a antiga ideia de uma enumeração, ainda que agora substancial e aberta, nos “contratos administrativos”, identificados por “factores de administratividade”*” (in “*A propósito do regime do contrato administrativo...*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, 2010, pág. 9).

⁸⁵ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*Apontamento...*”, págs. 11 e seguintes.

A primeira categoria engloba os contratos sujeitos a um regime de direito administrativo, em razão da natureza pública do seu objecto, nos termos das alíneas b), c) e d) do n.º 6 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos. Estão neste leque três tipos de contratos: (i) contratos passíveis de acto administrativo; (ii) os relativos ao exercício de poderes públicos; e (iii) os que confirmam poderes especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções de órgãos do contraente público⁸⁶.

Ora, o contrato de gestão de eficiência energética, assente na implementação de medidas de eficiência energética, não possui um objecto de natureza pública, pelo que não se insere nesta categoria de contratos administrativos.

A segunda categoria abrange os “*contratos que, não sendo administrativos por natureza, a lei também não os qualifica como administrativos, mas são administrativos por qualificação das partes*”⁸⁷. cremos também não se inserir o contrato de gestão energética nesta categoria, dado que o Decreto-Lei n.º 29/2011 procede à criação de regras que vinculam as partes aquando da sua celebração e que nos dão pistas suficientes para aferir se estamos ou não perante um novo tipo de contrato administrativo, não carecendo de qualificação das partes.

A terceira categoria encontra-se prevista da primeira parte da alínea a) do n.º 6 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos, abrangendo “*os contratos típicos, que determinação legal expressa, contida no Título II da parte III do Código ou em lei avulsa, submeta a um específico regime substantivo de direito público, assim como os contratos nominados, que lei expressa qualifique como administrativos sem para eles prever um regime específico, desse modo submetendo-os ao regime do Título I da Parte III do CCP*”⁸⁸. Estamos, neste caso, perante um critério de qualificação que ocorre por força da lei ou do contrato, não sendo, no entanto, “*exigido que a qualificação seja directamente legal ou contratual, mas que ocorra por força da lei ou do contrato; a qualificação pode, assim, estar apenas implícita no regime legal ou no conteúdo estipulado no contrato*”⁸⁹.

⁸⁶ Trata-se do critério do objecto de direito público nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, referindo-se à constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas administrativas (in “*Contratos...*”, pág. 37).

⁸⁷ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*Apontamento...*”, pág. 12.

⁸⁸ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*Apontamento...*”, pág. 21.

⁸⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “*Contratos...*”, pág. 36.

De facto, do Decreto-Lei n.º 29/2011 não decorre uma qualificação expressa do contrato de gestão de eficiência energética como um contrato administrativo. No entanto, este regime jurídico deu-nos algumas pistas para podermos aferir se, implicitamente, o legislador o quis qualificar como contrato administrativo.

Como recorda MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *“o CCP optou decididamente por uma configuração própria dos contratos administrativos, estabelecendo para eles um regime específico, profundamente diferenciado e “exorbitante” do regime dos contratos privados da Administração – caracterizado essencialmente pela atribuição de prerrogativas relativas à sua execução e extinção”*⁹⁰. Com efeito, *“a articulação entre Administração e particulares não se faz sem assegurar a supremacia do contraente público através do reconhecimento de um conjunto de poderes que lhe permite, se e quando necessário, garantir eficazmente a realização do interesse público subjacente ao contrato”*⁹¹.

Deste modo, teremos que analisar o regime jurídico constante do Decreto-Lei n.º 29/2011 para apurar se nele se vislumbra a consagração de poderes “exorbitantes” ao contraente público que permita qualificar o contrato de gestão de eficiência energética como contrato administrativo.

O artigo 302.º do Código dos Contratos Públicos, na senda do consagrado no artigo 180.º do Código de Procedimento Administrativo, elenca alguns dos poderes de conformação da relação contratual administrativa⁹² a cargo do contraente público, a saber: (i) o poder de direcção; (ii) o poder de fiscalização; (iii) a modificação unilateral do contrato; (iv) aplicação de sanções; e a (v) resolução unilateral do contrato.

Estes poderes de autoridade são típicos dos contratos administrativos e afiguram-se necessários para a qualificação de um contrato como administrativo. Ainda assim, *“o próprio conceito esclarece que tais poderes não têm necessariamente que existir sempre em qualquer contrato administrativo, pois que podem ser afastados, todos ou alguns, por lei especial ou pela própria natureza do contrato”*⁹³.

⁹⁰ In *“A necessidade”*, pág. 32.

⁹¹ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *“A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”*, Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Coimbra Editora, pág. 521.

⁹² Poderes cuja existência *“é imposta pela necessidade de assegurar a efectiva primazia do interesse público, designadamente mediante a adequação daquilo que tiver sido contratualmente estipulado às mutações do interesse público que sobrevenham durante a fase de execução do contrato”* (MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *“Contratos...”*, pág. 151).

⁹³ Cfr. JORGE ANDRADE E SILVA, *“Código...”*, pág. 721.

5.3.1 – Os poderes de direcção e fiscalização

O n.º 1 do artigo 303.º do Código dos Contratos Públicos esclarece que *“cabe ao contraente público assegurar, mediante o exercício de poderes de direcção e de fiscalização, a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado pela decisão de contratar”*.

Assim, por um lado, o poder de direcção, desenvolvido pelo artigo 304.º do Código dos Contratos Públicos consiste, para além de outras prerrogativas contratuais, na emissão de ordens, directivas ou instruções ao contraente privado no âmbito da execução contratual sobre os domínios técnicos, financeiros ou jurídicos das prestações em causa (n.º 2)⁹⁴.

Por outro lado, através do poder de fiscalização *“a administração acompanha de forma permanente as actividades pelas quais o contratante procede à execução do contrato, designadamente os âmbitos técnicos, financeiro e jurídico”*⁹⁵. Como salienta CARLA AMADO GOMES, este poder *“configura uma prerrogativa instrumental aos poderes sancionatório e de resolução do contrato por incumprimento, pois depende do seu exercício a constatação de factos que originam a aplicação de sanções ou a decisão de rescindir unilateralmente o contrato”*⁹⁶.

Ora, o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 indica que *“na execução do contrato, a empresa de serviços energéticos está sujeita ao poder de direcção e de fiscalização do contraente público”*. A consagração destes poderes de direcção e de fiscalização são indício de que o legislador quis configurar o contrato de gestão de eficiência energética como um contrato administrativo.

5.3.2 – Poder de modificação unilateral do contrato

Como acentua BERNARDO DINIZ AYALA o regime substantivo do contrato administrativo tenta articular a lógica do *“pactum”* com a lógica da função (protecção do interesse público), sendo que *“a base do poder de modificação unilateral é legal e,*

⁹⁴ O exercício do poder de direcção *“pretende assegurar a funcionalidade da execução do interesse público (...) devendo limitar-se ao estritamente necessário para a prossecução do interesse público”* (cfr. J. E. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *“Noções...”*, pág. 302 e 303).

⁹⁵ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *“Código...”*, pág. 151.

⁹⁶ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *“A conformação...”*, pág. 529.

justamente por isso, a competência subjacente é irrenunciável e inalienável. É uma vez mais a “lógica da função” a imperar”⁹⁷.

Ora, o n.º 2 do artigo 311.º do Código dos Contratos Públicos indica que “*o contrato pode ainda ser modificado por acto administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público*”⁹⁸.

A alínea c) do n.º 2 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 atribui expressamente este direito ao contraentes público no contrato de gestão de eficiência energética, não podendo a empresa de serviços energéticos assumir o risco adveniente dessa modificação unilateral, o que constitui mais um indícios da natureza administrativa deste contrato.

5.3.3 – Poder sancionatório

O poder sancionatório do contraente público, de acordo com a alínea c) do n.º 2 do artigo 307.º do Código dos Contratos Públicos, é exercido por acto administrativo praticado na execução do contrato, através do qual se aplicam as sanções⁹⁹ previstas para a sua inexecução. Com efeito, “*a Administração é dotada da faculdade de aplicar sanções ao seu contraente público devido a faltas cometidas por este, sejam elas a própria inexecução do contrato, atraso na execução, o cumprimento defeituoso ou o transpasse do contrato sem a necessária autorização da Administração*”¹⁰⁰.

Ora, a alínea d) do Decreto-Lei n.º 29/2011 impõe que o contrato de gestão de eficiência energética deve conter, sob pena de nulidade, as consequências do não cumprimento e do cumprimento defeituoso do contrato¹⁰¹. Por outro lado, as alíneas a) e

⁹⁷ Cfr. BERNARDO DINIZ AYALA, “*O poder de modificação unilateral do contrato administrativo*”, Revista dos Contratos Públicos, n.º 2, CEDIPRE, pág. 65.

⁹⁸ PEDRO GONÇALVES refere que “*se trata de um poder fundado em razões de interesse público, em cujos termos a entidade pública contratante fica autorizada a impor uma alteração quando, do seu ponto de vista, o interesse público a reclama*” (in “*O Contrato...*”, pág. 107).

⁹⁹ O leque das sanções a que o contraente público pode deitar mão abrange medidas de carácter pecuniário, através da aplicação de multas contratuais (cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Requiem...*”, pág. 128), mas também a resolução sancionatória, sanções compulsórias e o sequestro do contrato (cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “*Contratos...*”, pág.s .157 a 159).

¹⁰⁰ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Requiem...*”, pág. 127.

¹⁰¹ De facto, ensina PEDRO GONÇALVES que “*embora sempre com base na lei, o contrato pode ser a fonte imediata de poderes públicos da Administração contratante. Quer isto dizer que a existência de um concreto poder público (previsto na lei) pode depender da sua estipulação no próprio contrato*” (in “*O Contrato...*”, pág. 110).

b) do n.º 1 do artigo 34.º consagram o direito dos contraentes públicos a (i) exigir o valor correspondente às economias de energia garantidas contratualmente que não sejam alcançadas, podendo para o efeito recorrer à caução prestada pela empresa de serviços energéticos e a (ii) ser indemnizado em caso de incumprimento defeituoso. A estes aspectos acrescem, ainda, a remissão operada pelo artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 para o regime dos contratos de concessão de obra pública e de serviços, do qual resulta o direito ao sequestro¹⁰² da concessão.

Estes são, em nosso ver, laivos do poder sancionatório que o legislador pretendeu atribuir ao contraente público e que contribuem para a qualificação do contrato de gestão de eficiência energética como contrato administrativo.

5.3.4 – Poder de resolução unilateral

O poder de resolução unilateral *“consiste na faculdade de a administração resolver um contrato administrativo, sem necessidade de acordo do seu co-contratante ou de intervenção judicial, por razões de interesse público sem carácter sancionatório”*¹⁰³.

Na alínea e) do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, o legislador determinou que, no conteúdo do contrato de gestão de eficiência energética, devem constar obrigatoriamente *“os fundamentos específicos para a resolução do contrato por razões de interesse público”*. Assim, a consagração deste poder constitui mais um indício de que estamos perante um contrato administrativo.

5.3.5 – Outros poderes exorbitantes

Estes indícios que fomos recolhendo apontam para a qualificação do contrato de gestão de eficiência energética como um contrato administrativo. Porém, outros indícios

¹⁰² O sequestro do contrato *“que se traduz no poder público que a Administração tem de, em substituição do seu concessionário e à custa dele, retomar a gestão do serviço sempre que existam graves deficiências de organização que afectem a regularidade e a continuidade da prestação do serviço público”* (cfr. PEDRO GONÇALVES, *“O Contrato...”*, pág. 111).

¹⁰³ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *“Contratos...”*, pág. 159.

constantes do regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 29/2011 apontam nesse mesmo sentido.

Com efeito, como bem ensina MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, para além da distinção clássica entre contrato administrativo e contrato privado assente na existência ou inexistência de prerrogativas legais ou contratuais exorbitantes, *“há muitos outros aspectos da execução dos contratos administrativos – correspondentes ou a direitos ou a deveres exorbitantes – que também os caracterizam e distinguem dos de direito privado”*¹⁰⁴.

Este autor identifica, entre outros, dois aspectos que caracterizam, nos termos do regulado no Código dos Contratos Públicos, os contratos administrativos e que assumem especial relevância no contrato de gestão de eficiência energética: (i) a partilha de benefícios; e (ii) a regulação expressa do dever de informação.

O n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 indica que *“é definido no contrato se e em que termos há lugar à partilha equitativa do acréscimo de benefícios financeiros, nos termos do disposto no artigo 341.º do Código dos Contratos Públicos”*. Ainda que o n.º 2 do artigo 34.º saliente que a existência de partilha de benefícios deve ser definida contratualmente, o n.º 3 do artigo 13.º esclarece que cabe ao contraente público indicar no caderno de encargos *“os mecanismos de partilha de benefícios aplicáveis”*. Deste modo, a determinação da existência de partilha de benefícios é um poder que está conferido, por via legal, ao contraente público.

Outro aspecto relevante são as obrigações de informação que impendem sobre a empresa de serviços energéticos. Com efeito, as alíneas c) e e) do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 estabelecem as obrigações de informações do contraente privado, designadamente quanto aos aspectos de execução e fiscalização do contrato. Sucede que, este dever de informação *“não se coloca em pé de igualdade relativamente a ambas as partes contratuais: enquanto que para o co-contratante isso constitui um seu dever geral, sem necessidade de especial comunicação do contraente público nesse sentido, para este, o dever de informação só existe se o co-contratante lhe solicitar”*¹⁰⁵.

Também estes dois aspectos constituem, em nosso entender, indícios de que o contrato de gestão de eficiência energética constitui um contrato administrativo.

¹⁰⁴ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *“A necessidade...”*, pág. 34.

¹⁰⁵ Cfr. JORGE ANDRADE E SILVA, *“Código...”*, pág. 692.

Note-se ainda que, o recurso pelo contraente público à caução prestada pela empresa de serviços energéticos, previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 29/2011, para a obtenção das economias de energia garantidas contratualmente não alcançadas, na medida em que não carece de autorização do co-contraente ou de decisão judicial nesse sentido, consiste num poder “exorbitante” do contraente público, que nos fornece mais uma pista no sentido de concluirmos que o contrato de gestão de eficiência energética é um contrato administrativo.

Realce, igualmente, para o facto de o legislador ter submetido a celebração deste tipo contratual a um procedimento concursal específico, o que indicia também a natureza pública e administrativa deste contrato.

Por fim, a remissão constante do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 29/2011 para o disposto na parte III do Código dos Contratos Públicos, relativo ao regime substantivo dos contratos públicos é, a nosso ver, paradigmático da vontade do legislador em qualificar como contrato administrativo o contrato de gestão de eficiência energética. Note-se que o n.º 5 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos refere que “*o regime substantivo dos contratos públicos estabelecido na parte III do presente código é aplicável aos que revistam a natureza de contrato administrativo*”.

Assim, em face de todos estes indícios, somos forçados a concluir que o contrato de gestão de eficiência energética é um novo tipo de contrato administrativo de colaboração¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Os contratos administrativos de colaboração são aqueles em que a Administração recorre a particulares para a prossecução de tarefas ou atribuições públicas, obrigando-se estes a proporcionar uma colaboração temporária no desempenho de tais tarefas (cfr. J.E. FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “*Noções...*”, pág. 277).

6 - CONCLUSÕES

Do presente estudo do contrato de gestão de eficiência energética e do regime jurídico da sua formação e execução, previsto no Decreto-Lei n.º 29/2011, podemos concluir que, pese embora este compreenda um conjunto de prestações típicas de outros tipos contratuais especialmente previstos no Código dos Contratos Públicos, estamos perante um novo contrato autónomo, típico e inominado ao serviços dos contraentes públicos para a implementação de medidas de melhoria de eficiência energética nos edifícios e equipamentos públicos.

Este novo tipo contratual caracteriza-se pelo patente cariz concessório, na acepção de concessão que nos é dada pelo direito comunitário, designadamente tendo em conta o risco de exploração que é assumido pela empresa de serviços energéticos no contrato de gestão de eficiência energética. Além disso, verificamos ainda esse cariz concessório do contrato de gestão de eficiência energética no (i) regime de bens, (ii) nas semelhanças de redacção do Decreto-Lei n.º 29/2011 com o disposto para os contratos de concessão no Código dos Contratos Públicos e (iii) na remissão, em especial, para os contratos de concessão de obras públicas e de serviços constante do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 29/2011.

Por último, concluímos que estamos perante mais um novo contrato administrativo de colaboração, que vem alargar o leque dos contratos administrativos clássicos. Nesse sentido apontam diversos indícios que recolhemos no Decreto-Lei n.º 29/2011, que consagra diversos poderes “exorbitantes” do contraente públicos, que são um dos traços distintivos dos contratos administrativos.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, “*Contratos I*”, 2.^a Edição, Almedina, 2003;
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE:
 - “*Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*”, Revista de Contratos Públicos, n.º 2, 2011;
 - “*Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos*”, Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Editora, 2010;
- AMARAL, FREITAS DO:
 - “*Direito Administrativo*”, Vol. II, Almedina, 2004;
 - “*Direito Administrativo*”, Vol. III, Lisboa, 1989;
 - “*Curso de Direito Administrativo*”, Vol. II, Almedina. 2.^a Edição, 2011;
- ANDRADE, MANUEL DE, “*Teoria Geral da Relação Jurídica*”, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1974;
- ANDRADE, VIEIRA DE, “*A propósito do regime do contrato administrativo...*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. II, Coimbra Editora, 2010;
- ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, Vol. II, Coimbra Editora, 1999;
- AYALA, BERNARDO DINIZ, “*O poder de modificação unilateral do contrato administrativo*”, Revista dos Contratos Públicos, n.º 2, CEDIPRE;
- AZEVEDO, BERNARDO, “*Organismos de direito público*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. III, Coimbra Editora, 2010;
- CAETANO, MARCELLO, “*Manual de Direito Administrativo*”, Vol. I, Almedina, Coimbra;
- CARVALHO, RAQUEL, “*As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*”, Almedina, 2010;
- CAUPERS, JOÃO:
 - “*Âmbito de aplicação subjectiva do Código dos Contratos Públicos*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, 2007;
 - “*Introdução ao Direito Administrativo*”, 5.^a Edição, 2000;

- *“O contrato administrativo no pensamento de José Manuel Sérvulo Correia”*, Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Editora, 2010;
- CORDEIRO, MENEZES *“Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral”*, Tomo I, Almedina, 1999;
- CORREIA, SÉRVULO, *“Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos”*, Almedina, 1987;
- COSTA, ALMEIDA, *“Direito das Obrigações”*, 6.ª Edição, Almedina;
- DIANA URGE e outros *“An Assessment of on Energy Service Companies (ESCOs) Worldwide”*, VORSATZ, , Central European University, Março, 2007;
- DIAS, J. E. FIGUEIREDO:
 - *A certificação e a eficiência energética dos edifícios*, in *Temas de Direito da Energia*, Cadernos o Direito, n.º 3, Almedina, 2008;
 - *“Os contratos de locação e aquisição de bens e serviços e de alienação de bens”*, Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Coimbra Editora;
- DIAS, J. E. FIGUEIREDO e OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, *“Noções fundamentais de Direito Administrativo”*, 2.ª Edição, Almedina, 2011;
- ESQUÍVEL, JOSÉ LUÍS, *“Os contratos administrativos e a arbitragem”*, Almedina, 2004;
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO:
 - *“Requiem pelo Contrato Administrativo”*, Almedina, 2003;
 - *“Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português”* Almedina, 2006;
- GOMES, CARLA AMADO, *“A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”*, Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Coimbra Editora;
- GONÇALVES, PEDRO:
 - *“A Concessão de Serviços Públicos”*, Almedina, 1999;
 - *“A relação jurídica fundada em contrato administrativo”*, Cadernos de Justiça Administrativa, 64, 2007;
 - *“O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Nosso Tempo”*, Almedina, 2003.
 - *“Regulação e regulação pública do sector eléctrico”*, Estudos de Direito Administrativo da Regulação, Coimbra Editora;
- KIRKBY, MARK, *“Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor*

Sérvulo Correia – Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP – uma alteração do paradigma de qualificação?”, Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Coimbra Editora, 2010;

- LEITÃO, ALEXANDRA, “*Contratos entre entidades adjudicantes*”, Revista de Contratos Públicos n.º 2, CEDIPRE, 2011;
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, “*Direito das Obrigações*”, Vol. I, Almedina, 2000.
- LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, “*Código Civil Anotado*”, Vol. II, 4.ª Edição, Coimbra Editora;
- LOPES, LÍCINIO, “*Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. II, Coimbra Editora;
- MAÇÃS, FERNANDA, “*A Concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Coimbra Editora;
- MARINO, ANGELICA, BERTOLDI, PAOLO e REZESSY, SILVIA. “*Energy Service Companies Market in Europe - Status Report 2010*”;
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “*Direito das Obrigações – Apontamentos*”, AAFDL, 2.ª Edição, 2004;
- MARTINS, AFONSO D’OLIVEIRA, “*Para um Conceito de Contrato Público*”, Separata dos “*Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*”, Vol. V, Almedina, 2003;
- MEDEIROS, RUI, “*O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. II, Coimbra Editora;
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE:
 - “*Agrupamento de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública*”, Estudos de Contratação Pública, Vol. II, Coimbra Editora;
 - “*A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração Pública, no projecto do CCP*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, 2007;
- OLIVEIRA, MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE, “*Concurso e outros procedimentos de contratação pública*”, Almedina, 2011;

- OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*O acto administrativo contratual*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, 2007;
- PIMENTA, COSTA, “*Competência e incompetência dos Tribunais Administrativos*”, Petrony, 1991;
- PINHEIRO, JOÃO HENRIQUES, “*Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e normas comuns de adjudicação*”, Publicações CEDIPRE ONLINE, 5, <http://cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, Fevereiro, 2011;
- PINTO, MOTA, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, Coimbra Editora, 1976;
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “*Estudos sobre contratos públicos*”, AAFDL, Lisboa, 2010;
- RIVERO, JEAN “*um modo de gestão de um serviço*”, in “*Direito Administrativo*” - Tradução de Rogério Soares, Almedina, Coimbra, 1981;
- SILVA, JORGE ANDRADE E:
- “*Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, Almedina, 3.ª Edição, 2010
- “*Dicionário dos Contratos Públicos*”, Almedina, 2010;
- SILVA, SUZANA TAVARES DA, *Direito da Energia*, Coimbra Editora, 2011;
- SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE, “*Código do Processo Administrativo Anotado e Comentado*”, 2.ª Edição, Quid Juris Editora, 2010;
- SOUSA, MARCELO REBELO DE e MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, “*Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral – Tomo III*, D. Quixote, 2.ª Edição, 2008;
- SOUSA, NUNO ALBUQUERQUE, “*Noções de Direito Administrativo*”, Coimbra Editora, 2011;
- SILVA, VASCO PEREIRA DA, “*O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*”, Almedina, Coimbra, 2005;
- TAVARES, GONÇALO GUERRA e DENTE, NUNO MONTEIRO:
- “*Código dos Contratos Públicos Anotado*”, Vol. I, Almedina, 2009;
- “*Código dos Contratos Públicos – Âmbito da sua aplicação*”, Almedina, 2008;
- TORGAL, LINO, “*A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Público*”, Caderno de Justiça Administrativa, n.º 64, Julho/Agosto, 2007;
- VARELA, ANTUNES, “*Das obrigações em geral*”, Vol. I, Almedina, 8.ª edição;

- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE:
 - *“Teoria geral do Direito Civil”*, 5.ª Edição, Almedina, 2005;
 - *“Contratos Atípicos”*, Almedina, 1995
- VIANA, CLÁUDIA; *“Os princípios comunitários na contratação pública”*, Coimbra Editora, 2007;
- VIEIRA, PEDRO SIZA, *“Regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos”*, Cadernos de justiça Administrativa, n.º 64;