



**Faculdade de Direito
da Universidade do Porto**

**De que forma poderão as entidades privadas
referidas no n.º 2 do artigo 3º recorrer à
Contratação Pública?**

Tânia Soares da Silva

Mestrado em Direito de Ciências Jurídico-Administrativas

Trabalho realizado sob a orientação do Dr. Prof. João Pacheco de Amorim

31 de Julho de 2012

De que forma poderão as entidades privadas referidas no n.º 2 do artigo 3º recorrer à Contratação Pública?

Análise do artigo 2º, n.º2, al. a), e subalíneas i) e ii), e do artigo 3º do CCP

Tânia Soares da Silva

Mestrado em Direito de Ciências Jurídico-administrativas

Trabalho realizado sob a orientação do Dr. Prof. João Pacheco de Amorim

31 de Julho de 2012

SUMÁRIO

A presente dissertação versa sobre a análise do âmbito subjetivo e a aplicação das regras impostas pelo Código de Contratos Públicos, sob a perspectiva do direito da União Europeia, uma vez que esta regulação provém da transposição de Diretivas europeias.

A grande novidade que acompanhou esta rigorosa transposição das Diretivas diz respeito à imposição do conceito “*organismo de direito público*”, conceito que tem vindo a ser desenvolvido pela jurisprudência comunitária e portuguesa.

Promove-se então a sujeição às regras dos procedimentos précontratuais, não só das entidades administrativas por excelência, cuja natureza jurídico-pública não se discute, bem como das entidades instrumentais da Administração Pública.

Assim, é incluído no âmbito subjetivo do código qualquer pessoa coletiva que, independentemente da sua natureza pública ou privada preencha certos requisitos legais.

Concretamente, é necessário que a entidade em questão tenha sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal, aqueles cuja atividade não se submeta à concorrência do mercado, e que seja financiada maioritariamente pelas entidades adjudicantes do setor público administrativo tradicional ou esteja sujeita ao seu controlo de gestão ou tenha um órgão de administração, direção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de metade designados, direta ou indiretamente, por aquelas entidades.

Com a observação cumulativa dos requisitos mencionados, o código admite a intervenção de entidades privadas no âmbito do direito público, admitindo que estas mesmas entidades privadas possam recorrer à figura da contratação pública, dentro do que é legalmente imposto e permitido, uma vez que há uma clara preferência pelo critério funcional sob o critério orgânico-jurídico, não sendo relevante a natureza jurídica da entidade em questão.

SUMMARY

The present essay discusses the analysis of the subjective bound and the application of rules imposed by the Portuguese *Public Contracts Code*, under the perspective of the European Union law, since this regulation proceeds from the transposition of European Directives.

The rigorous transposition of the Directives enforced the innovation related with the concept of “*organism of public law*”, which has been developed by European and Portuguese jurisprudence.

As such, the subjection to the rules of pre-contractual procedures is promoted, not only for the traditional administrative entities, which their public nature is undeniable, but also for Public Administrative instrumental entities.

Thus, the subjective bound imposed by the code includes and comprehends any collective person, despite their public or private nature, as long as they fill certain legal requirements.

It is actually necessary that the entity in question would have been created to specifically satisfy the needs of public interest, without having any type of industrial or commercial disposition, perceiving that this fact would imply that the activities pursued by this entity would not be submitted to the market competition, and it must also be financed mostly by the adjudicative (contracting) entities from the traditional administrative public sector or, as such, it has to be subordinated either to their management control or one of their administrative, management or a superintended organism has to be composed in more than half (of that organism) by the designated entities that belong to the traditional administrative public sector.

Once all these legal requirements are completely and cumulatively filled, the *code of public contracts* admits and allows that all private entities included and created within the bound of public law, can resort to *public contracts* and conclude these, within all legal impositions, since there is clear preference for the functional criteria, as opposed to the legal organizational criteria, since the nature of the entity in question is irrelevant.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Abreviaturas | 7 |
| Introdução | 8 |
| Capítulo I: Âmbito de aplicação do CCP | 9 |
| Capítulo II: Desenvolvimento do conceito <i>organismo de direito público</i> – entidades privadas consideradas enquanto tal? | 14 |
| Capítulo III: Critérios qualificadores da Pessoa Coletiva Pública e Privada | 18 |
| Capítulo IV: Sinais da privatização da Administração | 20 |
| Capítulo V: Indicativos da “Publicidade” e Administratividade dos contratos | 23 |
| Capítulo VI: Admissibilidade dos Contratos Administrativos entre Pessoas Singulares ou Coletivas de Direito Privado | 28 |
| Capítulo VII: Análise aprofundada das subalíneas i) e ii) da alínea a) do n.º 2 do art.2º do CCP | 32 |
| 1 – Um “olhar europeu” sobre a contratação pública | 32 |

| | |
|---|----|
| 2 – Perspetiva nacional da contratação pública | 36 |
| <u>Capítulo VIII:</u> Análise do art.3º do CCP | 48 |
| <u>Conclusão</u> | 52 |
| <u>Bibliografia</u> | 57 |

ABREVIATURAS UTILIZADAS NA EXPOSIÇÃO

CCP – Código dos Contratos Públicos

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

CRP – Constituição da República Portuguesa

EU – União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

CJA – Cadernos de Justiça Administrativa

DL – Decreto-lei

STA – Supremo Tribunal Administrativo

Ac. – Acórdão

Proc. - Processo

Cfr. – Confirmar

Pág. – Página

Ss – Seguintes

Vol. – Volume

Art. – Artigo

N.º - Número

Al. – Alínea

INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho pretendo apresentar uma análise crítica do âmbito subjetivo de aplicação das regras da contratação pública estabelecido no CCP, sobre a perpetiva e definição estabelecida pelo Direito da U.E, uma vez que este código resultou da transposição da Diretiva n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

É minha ideia analisar as diversas entidades referidas no CCP, explorando um pouco os conceitos aí definidos e que levantam certas discussões, conceitos esses referidos no código como: *entidades adjudicantes e contraentes públicos*, incluindo igualmente uma análise ao conceito de *organismo de direito público*, proveniente das directivas comunitárias, explicitando as suas diversas implicações e influências que este conceito causou na definição do regime do Código de Contratos Públicos.

Não obstante, o ponto fulcral do presente trabalho será a análise crítica da previsão das subalíneas i) e ii) da alínea a) do n.º2 do art. 2º e n.º2 do art. 3º, ambos do CCP, onde se colocam algumas questões relativamente à expressão “independentemente da sua natureza pública”, empregue nos artigos citados.

Na sequência da minha análise, levantei algumas questões. Questiono se deveremos efetivamente aceitar, sem mais, o dato do CCP admitir a possibilidade de entidades privadas serem consideradas verdadeiras entidades administrativas, ou melhor, *organismos de direito público* (tal como vem referido nas Directivas comunitárias), pelo simples fato de exercerem “funções materialmente administrativas”, como ora dispões o n.º2 do art.3º, podendo essas entidades privadas, nesses casos previstos na lei, recorrer à figura da contratação pública.

Será que o simples fato de estarem preenchidos os requisitos do fim, do financiamento ou do controlo estabelecidos no CCP, serão suficientes para se explicar que entidades privadas possam recorrer à figura do contrato público e com isso serem equiparadas, inclusive, aos restantes contraentes públicos ditos *tradicionais*? Será que com isto estaremos perante uma verdadeira Revolução administrativa? Será que poderemos estar a entrar num ponto de crise ou num abismo no direito administrativo?

Espero com este trabalho de investigação alcançar respostas satisfatórias a todas estas questões aqui levantadas.

CAPÍTULO I

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO CCP

O Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro aprova o Código dos Contratos Públicos (CCP), que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

O CCP representa uma transposição da Diretiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e da Diretiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, alteradas pela Diretiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e retificadas pela Diretiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da comissão, de 16 de Novembro.

O CCP assinala um importante marco histórico na evolução do direito administrativo nacional, em especial no âmbito da atividade contratual da Administração.

Este diploma, para além de estabelecer o alinhamento com as mais recentes diretivas comunitárias, o CCP procede ainda a uma nova sistematização e uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos que eram previstos em diplomas separados até agora.

Este código representa um instrumento de codificação da disciplina aplicável à contratação pública e do regime substantivo dos contratos administrativos, motivado pela necessidade de uniformização de regras outrora dispersas, de regulamentação de vazios jurídicos, de simplificação procedimental e de modernização legislativa, prosseguindo o objectivo de introduzir um maior rigor e celeridade em matéria de contratação pública e de execução de contratos administrativos, tendo em conta a relevância da atividade administrativa contratualizada, bem como a indispensabilidade do controlo da despesa pública.

O código estabelece um conjunto homogéneo de normas relativas aos procedimentos pré-contratuais públicos, tendo o legislador nacional ido muito além daquilo que as directivas comunitárias estabelecem, regulando também todos os procedimentos que não se encontram abrangidos pelos âmbitos objetivo e subjetivo das diretivas.

Analisando a disciplina aplicável à contratação pública, destaca-se o seu âmbito objetivo que trata da fase de formação dos contratos, qualquer que seja a sua designação e a sua natureza administrativa ou privada a celebrar pelas “entidades adjudicantes” (assim referidas no CCP). A dita disciplina aplica-se, em especial, à formação de contratos cujo objeto abranja prestações que, particularmente em razão das suas características ou da sua natureza, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação, estejam ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.

A opção deste código compreende-se à luz deste princípio da concorrência, que confere justamente unidade de sentido às soluções estabelecidas no código no âmbito deste domínio, e encorpa e estabelece a determinação legal do âmbito de aplicação da Parte II do Código.

Importa destacar que esta solução *amiga e em prol* da concorrência¹ tem plena justificação perante o Direito da União Europeia (UE), uma vez que este Princípio da Concorrência é consagrado no âmbito do Direito da UE como um princípio fundamental e estruturante, conhecido como o princípio de uma “economia aberta e de livre concorrência”, tal como vem estabelecido no nº3 do artigo 3º do Tratado da UE. Embora seja clara a ausência de normas específicas sobre a formação dos contratos públicos nos tratados que regem a UE, apesar de existirem Diretivas sobre contratação pública, surge de forma natural em certa tendência e tentação por uma transposição acrítica e de mera reprodução da normação comunitária, sem grandes discussões ou desenvolvimento de ideias aí estabelecidas.

Porém, é de notar que o Código de Contratos Públicos recusou ceder a tal tentação, tendo plena consciência da *incompletude estrutural* das diretivas n.º

¹ Rui Medeiros, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz da concorrência*, in CJA nº 69 Maio/Junho 2008

2004/18/CE e 2004/17/CE. Esta *incompletude estrutural* é proveniente da relativização das próprias normas que se extraem provisoriamente do texto das directivas por apelo aos princípios basilares da contratação pública. Esta *incompletude* torna-se ainda mais clara quando se verifica que a formação dos contratos públicos não abrangidos pelas directivas que tratam da contratação pública, ou em relação aos contratos das directivas de valor inferior aos limiares comunitários, não se pode ignorar as reflexões e os princípios estruturantes de um mercado interno assente numa ideia de “economia social de mercado altamente competitiva”, ou seja, a contratação (total ou parcialmente) excluída das directivas, não equivale à total exclusão do âmbito de aplicação do Direito da UE.

No entanto, isto levará a que a formação de uma parte importante dos contratos públicos no espaço da UE fique submetida a um mero enquadramento dito “principiológico”, ou seja, aplica-se apenas um certo regime legal baseado apenas em princípios pré-estabelecidos.

Nesta perspetiva, o legislador português é chamado a assegurar, no domínio das compras públicas relevantes no espaço da União Europeia e da atuação do Estado Nacional no mercado concorrencial, uma economia de mercado altamente competitiva. A delimitação do âmbito das normas sobre a formação de contratos que se extraem do CCP pretende, precisamente, fornecer uma resposta adequada a um tal desafio.

Estão, assim, aqui abrangidos todos os contratos típicos regulados pelas directivas comunitárias, bem como todos os contratos de concessão de serviços e de sociedade, em relação aos quais o CCP autonomiza, designadamente, o regime substantivo.²

No que diz respeito ao âmbito subjetivo de aplicação das regras da contratação pública, verificamos uma novidade neste recente CCP que tem que ver com a rigorosa transposição da noção comunitária de *Organismo de Direito Público*.

Dá-se a conseqüente sujeição das entidades instrumentais da Administração Pública às regras dos procedimentos précontratuais públicos. É precisamente esta ideia

² Gonçalo Guerra Tavares – Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, vol I, 2009 Almedina. Rui Medeiros, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in CJA nº 69 Maio/Junho 2008.

de **entidade instrumental da Administração Pública** que ilumina o âmbito de aplicação subjetiva do CCP.

Inclui-se no âmbito subjetivo de aplicação, qualquer pessoa coletiva que, independentemente da sua natureza pública ou privada, “tenha sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal, aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência; e que seja financiada maioritariamente pelas entidades adjudicantes do setor público administrativo tradicional ou esteja sujeita ao seu controlo de gestão ou tenha um órgão de administração, direção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de metade designados, direta ou indiretamente, por aquelas entidades”, (ideia que será desenvolvida mais adiante neste trabalho de investigação).³

Há que ter em conta ainda que são consideradas “pessoas colectivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial”, aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado da livre concorrência.

Denota-se, no âmbito do Direito da União Europeia, a clara tendência para uma conceção de contrato público que dispensa quaisquer tipo de exigências ou imposições relacionadas com a sua natureza jurídico-pública das entidades que outorgam contratos cujo objeto se prende com a prossecução de interesses públicos. Trata-se no fundo de uma concepção que “desloca o centro da gravidade do conceito do plano orgânico-jurídico para o funcional - económico.”⁴

O direito administrativo português, respeitando e indo ao encontro das imposições da EU, foi abdicando progressivamente da tradicional distinção entre pessoa coletiva pública e pessoa coletiva privada neste âmbito, sempre que estas prossigam a sua atividade em prol da satisfação de interesses de natureza pública.

O critério da personalidade jurídica pública vai deixando, cada vez mais, de ser o critério definidor que traça a fronteira da atividade contratual pública e isto deve-se não

³ Gonçalo Guerra Tavares – Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, vol. I, 2009 Almedina

⁴ João Caupers, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código de contratos Público*, in CJA nº 64 Julho/Agosto 2007

só às influências provenientes do direito europeu, como também a outras causas, nomeadamente como a já tão conhecida “fuga do direito administrativo para o direito privado”, cujas razões são bem conhecidas: “a hiperponderação dos interesses no procedimento administrativo, com efeitos constitutivos a nível do ato administrativo (final) ”; “uso abusivo do direito privado, com consequências nefastas ao nível da tipicidade dos atos – privatização na forma da atividade Administrativa”⁵; desconstrução das estruturas administrativas para iludir a legalidade das decisões – privatização na forma de organização”; afastamento do estatuto da função pública; “privatização (orgânica e substantiva) do direito administrativo que coloca o problema da reserva constitucional do direito administrativo e da Administração”; “perda da centralidade da Administração por atos, com a consequente privatização da interpretação e qualificação jurídicas do ato administrativo”; a vontade de *escapar* aos controlos públicos, nomeadamente de natureza financeira e orçamental; procura de uma acrescida flexibilidade de gestão.⁶

⁵ Como refere ainda o professor Colaço Antunes em nota de rodapé pág. 37: “desaparece a primariedade do critério orgânico - subjectivo como característica intrínseca do direito administrativo, o que pressupunha a coincidência (quase) total entre entidades, funções, fins e regime jurídico, no sentido de que só as entidades administrativas desempenhavam funções administrativas para fins públicos em regime de direito público. Ora estas características estão a desvanecer-se”, in *Direito Administrativo Sem Estado*.

⁶ Cfr. Colaço Antunes, *O Direito Administrativo sem Estado Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, 2008, pág. 36 e ss.

CAPÍTULO II

DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO *ORGANISMOS DE DIREITO PÚBLICO* – entidades privadas consideradas enquanto tal?

Começando com a apresentação de exemplo claro da já referida “fuga da Administração para o direito privado”, e relacionado com o tema aqui igualmente em discussão - *Organismos de Direito Público* – considerando-se que no âmbito do Direito Europeu a criação de certas entidades, tendo em conta o seu critério funcional, i.e., o objetivo previsto no ato de criação dessa mesma entidade, é fundamental na sua definição como *Organismos de Direito Público*, por forma a garantir-se assim, o efeito útil do Direito Europeu. Embora alguns Estados-Membros criem certos mecanismos que possibilitem a dita “fuga para o direito privado”, e na minha humilde opinião, ousou até dizer com um claro intuito de “*escapar*” ao cumprimento de certas exigências que se pretende impor.

O exemplo ao qual recorro e que é notório no ordenamento jurídico português que explana muito bem aquilo que acabo de referir é precisamente a criação do Decreto-lei n.º 59/99, de 2 de Março, com a última alteração pelo DL n.º 245/2003, de 7 de Outubro, e mais tarde revogado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (que implementou o atual Código de Contractos Públicos no nosso sistema jurídico), que definia o regime jurídico das empreitadas de obras públicas.

Embora com a criação deste DL o legislador não adoptasse uma solução uniforme em relação às empresas públicas, o certo é que no regime de empreitadas e concessões de obras públicas, durante a vigência deste diploma, o legislador adotou o conceito de *organismo de direito público*, tal como constante nas Diretivas, considerando-se então à data, que as empresas públicas e as sociedades anónimas de capitais maioritária e exclusivamente públicas estariam sujeitas às suas disposições (cfr. Art. 3º, n.º 1, al. g) do DL citado), apesar de que o art. 4º, n.º 3 do mesmo diploma, previsse a possibilidade das referidas entidades serem isentas da aplicação do Diploma sempre que se tratasse de contratos de valor inferior aos dos limiares comunitários.

Outro exemplo claro terá sido a criação do DL n.º 197/99, de 8 de Julho, com a última alteração pelo DL n.º 1/2005, de 4 de Janeiro (apesar de revogado com a entrada em vigor do já citado DL n.º 18/2008 – Código de Contratos Públicos), que estabelecia

o “regime jurídico de realização de despesas públicas e da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços (...) para garantir a concorrência e assegurar a boa gestão dos dinheiros públicos”. Durante o tempo em que este diploma esteve em vigor, tudo que estivesse relacionado com “fornecimentos e serviços”, as pessoas coletivas com *natureza empresarial* eram expressamente excluídas pelo legislador do âmbito de aplicação do diploma citado, tendo o legislador com isso descurado o entendimento jurisprudencial comunitário.

Outros Estados teriam seguido o mesmo método através de ato legislativo, permitindo que certas entidades *escapassem* à aplicação de regras comunitárias de contratação pública.

A título de exemplo e por forma a fundamentar o explanado, cita-se o art. 2º do DL n.º 197/99, que estabelece que o diploma se aplica, entre outras entidades, a “organismos públicos (...) que não revistam natureza, forma e designação de empresa pública”; e o art. 3º, ao alargar o âmbito de aplicação das regras do capítulo XIII a outras entidades, ainda assim, necessita que se trate de “pessoas coletivas sem natureza empresarial”. Ainda que o n.º 4 do art.77º determine que os organismos públicos dotados de personalidade jurídica, com autonomia financeira e administrativa, que tenham carácter industrial ou comercial, não estariam obrigados a adotar procedimentos pré-contratuais nele previstos, o n.º 6 do mesmo artigo menciona que tais entidades devem, “sempre que possível”, adotar os referidos procedimentos, ainda que simplificando alguns procedimentos e reduzindo os prazos previstos.

No seguimento deste entendimento da *exclusão* das empresas públicas do âmbito de aplicação do DL 197/99, é claro o sentido no qual os Tribunais Administrativos se têm pronunciado; por exemplo, o Ac. do STA, de 5 de Abril de 2005, Proc. n.º 266/05, em que se refere no ponto II e III do sumário que “sendo a recorrente uma sociedade em que o Estado ou outras entidades públicas estaduais exercem uma influência dominante por deterem, na situação, a totalidade do seu capital, face ao estabelecido no art. 3º do DL n.º 558/99, de 17/12 estamos por conseguinte perante uma empresa pública.”; “O art.2º al. b) do DL 197/99 (...) ao estabelecer que esse diploma se aplica aos organismos públicos, que não revistam natureza e designação de empresas públicas expressamente está a afastar a sua aplicação às empresas públicas”; e assim, considerou então o Tribunal que a entidade em questão não se encontraria abrangida pelo DL supra

referenciado, optando, no entanto, por uma solução totalmente desconforme o Direito Europeu, sendo certo que importará sempre referir a este propósito, que tendo em conta o efeito direto reconhecido às diretivas comunitárias, é dada a possibilidade aos particulares de poderem invocá-las perante tribunais nacionais e autoridades administrativas, que por sua vez, estes terão a obrigação de as aplicar e de se abster da aplicação de disposições que sejam contrárias às diretivas comunitárias. Aliás, neste sentido, pronunciou-se o Tribunal de Justiça, no Acórdão Kobler, de 30 de Setembro de 2003, proc. n.º 224/01, no sentido de, perante uma incorreta transposição da Diretiva (...) é dada a possibilidade aos particulares de a invocar perante tribunais nacionais.

Não obstante, e sem *fugir* à questão que frisei inicialmente, perante constatação de tais exemplos específicos, é óbvia o intento de *fuga* para o direito privado, e até intuito de, como a autora MARIA JOÃO ESTORNINHO refere na sua obra e com a qual partilho da mesma opinião, que “opções nacionais dos Estados (...) têm procurado *escapar* ao cumprimento das exigências comunitárias.

Conquanto, esta tendência de *fuga* para o direito privado é óbvia em todo o Direito Administrativo considerado na sua globalidade, em que a conjugação de vários fatores supra referidos levou a que fossem substituídas as considerações orgânicas pelas funcionais no âmbito da atividade administrativa pública, interessando mais a observação daquilo que *se faz*, do que mais propriamente aquilo que *se é* – que pode ser tido como “público” - sendo este termo entendido essencialmente no sentido de vinculação à ideia de *autoridade* que está associada ao Estado.

Tomando o já mencionado em consideração, mais não serve do que fundamento para a opinião que aqui tento defender humildemente (salvo, com o devido respeito, por opinião contrária), entendo que se admite, no âmbito subjetivo do CCP, como contraentes públicos “*quaisquer entidades que, independentemente da sua natureza pública ou privada, celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas*”, abrangendo claramente as pessoas coletivas privadas envolvidas no exercício da atividade administrativa pública, tendo estas possibilidade de recorrer à figura da contratação pública.

Porém, no seio desta questão, não poderá deixar de se perguntar com que legitimidade é que estas entidades, que são entidades formalmente privadas, poderão recorrer à figura do contrato público?

Qual o fundamento para a admissibilidade dos contratos administrativos entre pessoas singulares ou coletivas de direito privado?

Será isso de todo possível?

Será que estas entidades poderão ser consideradas verdadeiras entidades administrativas pelo simples facto de exercerem “funções materialmente administrativas”, sendo assim, consideradas entidades administrativas e encontrarem-se numa posição tal em que lhes é permitido o recurso à figura da contratação Pública, podendo celebrar tais contratos entre si?

São questões que se levantam com a interpretação das disposições legais do CCP, em que certos conceitos levantam dúvidas que necessitam de ser desenvolvidas e dissipadas, estabelecendo-se critérios que possam servir de resposta.

Tentaremos solucionar estas questões, no desenvolvimento desta investigação, procurando critérios definidores que possam explicar a admissibilidade de tal fenómeno.

Pese embora o exposto, importa fazer uma referência ainda ao conceito de *organismo de direito público*, no âmbito do direito europeu, que teve uma clara influência no nosso ordenamento jurídico, este é considerado como sendo a entidade que é criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral e que por isso se apresentam sem carácter industrial ou comercial, não estando assim, a sua atividade sujeita à concorrência de mercado, implicando com isto que se faça sempre um juízo de ponderação adequada de cada caso concreto que se apresente para ter a certeza se é um *organismo de direito público* que está em causa.

Importa ainda mencionar que, mediante o estudo das disposições legais presentes no CCP, e mediante a observância de certos requisitos impostos no art.2º, n.º2 e art.3º, parece que é indiferente a natureza pública ou privada das entidades para que estas possam ser consideradas *organismos de direito público*, desde que preenchidos certos requisitos que a lei impõe (requisitos esses aqui desenvolvidos mais adiante).

CAPÍTULO III

CRITÉRIOS QUALIFICADORES DE PESSOA COLETIVA PÚBLICA E PRIVADA

Talvez seja oportuno, a este ponto, revisitar a problemática da distinção entre saber o que é uma Pessoa Coletiva de Direito Público e Pessoa Coletiva de Direito Privado, embora a questão de fundo deste trabalho precede esta antiga querela, uma vez que o ponto fulcral deste trabalho é saber precisamente se as entidades privadas, mediante as condições referidas no código, podem ser consideradas entidades administrativas. No entanto, será interessante mencionar resumidamente esta questão: saber quando é que estaremos perante uma pessoa coletiva pública ou privada, sendo que estará em causa um problema de qualificação, uma vez que esta questão só é suscitada em relação às entidades criadas por entidades públicas, ditas *primárias*, cuja natureza se revela híbrida/mista.

Têm sido mencionados diferentes critérios de identificação, os “índices, sintomas, sinais ou marcas decisivas para proceder à sua identificação”. É de notar a multiplicidade de critérios que a Jurisprudência e a Doutrina foram estabelecendo ao longo do tempo, e entre os mais difundidos contam-se nomeadamente: o da iniciativa de criação – seriam pessoas coletivas públicas, as criadas por ato do Estado; o critério do fim – seriam pessoas coletivas públicas as que têm por finalidade a satisfação de interesses públicos; o critério dos poderes exorbitantes – seriam pessoas coletivas públicas as dotadas de poderes públicos, nomeadamente poderes de império; o critério da participação no grupo – seriam pessoas coletivas públicas as pessoas coletivas associativas de filiação obrigatória, e privadas as demais; o critério da necessidade da existência – seriam pessoas coletivas públicas as que estão legalmente obrigadas a existir e a prosseguir os seus fins, não podendo extinguir-se a elas mesmas; o critério do regime específico de direito público, segundo o qual são entidades públicas as submetidas a um regime jurídico especial distinto do regime comum das entidades privadas.⁷

⁷ VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, pág. 255 e ss.

A perspetiva atual muito corrente na doutrina portuguesa propende para a insuficiência de cada um dos critérios singularmente considerados.

Vários autores reconhecidos na nossa doutrina conjugam diferentes critérios já mencionados. Assim, a título de exemplo, para MARCELLO CAETANO “são pessoas coletivas de direito público as que criadas por ato do poder público, existem para a prossecução necessária de interesse público e exercem em nome próprio poderes de autoridade”. O autor refere, portanto, três requisitos cumulativos.

Já FREITAS DO AMARAL refere a necessidade de um “critério misto”, na sua terminologia seriam pessoas coletivas públicas “as pessoas coletivas criadas por iniciativa pública, para assegurar a prossecução necessária de interesses públicos e por isso dotadas em nome próprio de poderes e deveres públicos.”

VITAL MOREIRA faz a conjugação de dois requisitos, afirmando que “são de considerar entidades públicas, na falta de qualificação legislativa, as que, tendo sido criadas pelo Estado ou outro ente público “primário”, detenham o predicado fundamental das entidades públicas, que é a posse de prerrogativas de direito público, isto é, exorbitantes do direito privado.”

Todavia, o professor Colaço Antunes discorda da opinião deste autor, referindo que desde logo falta o critério da finalidade de prosseguir o interesse público, sendo este um critério fundamental para a qualificação de uma entidade como pública, e além disso, o fato de mencionar “os poderes exorbitantes do direito privado”, não é fato suficiente para justificar que a entidade é pública ou privada. Assim, e concordando com a opinião do professor Colaço Antunes, os critérios mais importantes e qualificadores da natureza pública ou privada da entidade serão o critério da iniciativa e da finalidade.⁸

⁸ – VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, pág. 255 e ss.

CAPÍTULO IV

SINAIS DE PRIVATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

Contudo, no âmbito desta questão, será relevante aludir a um fenómeno que está bem presente na questão de diferenciação entre pessoa coletiva pública e pessoa coletiva privada, mais uma vez denunciador da *fuga* do direito administrativo para o direito privado, pelo que hoje em dia não nos causa muita estranheza o fato de certas entidades públicas administrativas possam desempenhar atividades jurídico-privadas, sendo esta uma realidade cada vez mais corrente e crescente, pelo que uma boa parte das relações “assumidas” pela Administração são de direito privado com a ampliação da sua atividade sujeita ao direito privado.

Como refere VITAL MOREIRA, “isso começou por ocorrer com a atividade empresarial do Estado, tanto sob a forma de entidades de personalidade pública (“empresas públicas”), como sob a forma jurídica privada de sociedades de capitais públicos”, embora posteriormente, este fenómeno ter-se-á estendido a outros sujeitos administrativos e não apenas no ordenamento jurídico português, mas tomando como exemplo a Espanha, em que terá ocorrido fenómeno semelhante.

Igualmente em França, como menciona o autor supra referenciado, “ao prefaciá-la obra de Spiliotopoulos sobre a distinção entre instituições públicas e as instituições privadas no direito francês (1959), Charles Eisenmann sublinhava o fim da equação entre entidade administrativa, regime de direito administrativo e tribunais administrativos, e da equação entre entidade privada, regime de direito privado e tribunais judiciais”. Sendo certo que, terá sido sempre reconhecida às entidades públicas a capacidade de recorrer aos contratos privados e envolverem-se noutros domínios do direito privado, podendo igualmente ficarem sujeitos aos tribunais comuns. A verdadeira inovação estaria no fato de entidades públicas “ficarem sujeitos predominantemente a regimes de direito privado e só marginalmente a regimes de direito público”, por diversas razões, também consideradas no ordenamento jurídico português. Desde logo: facilidade na criação e extinção dos entes; flexibilidade organizativa interna; limitação de responsabilidade pública; economicidade e rentabilidade; razões a nível fiscal; entre outras.

Esta realidade foi-se difundindo no nosso ordenamento de tal modo, que a própria doutrina e jurisprudência, e em consequência o próprio legislador, viram-se impelidos a estabelecer uma distinção entre entidades administrativas de regime privado e entidades administrativas de regime administrativo, i.e., a atividade administrativa poderia ser levada a cabo por entes privados e, por sua vez, entes públicos poderiam ser geridos de acordo com o direito privado, explanando assim, mais uma vez, a clara *fuga* do direito administrativo para o direito privado.

Não obstante esta tão mencionada *fuga*, importa salientar que esse fato não implicará o *escape* por parte da Administração às garantias dos cidadãos constitucionalmente tuteladas devendo sempre respeitarem, no âmbito da sua atividade, os direitos fundamentais de cada um. Aliás, assim dispõe a CRP no seu art. 266º, n.º2 que a Administração está subordinada “à Constituição e à lei e devem atuar, (...), com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. Cita-se igualmente o art. 2º, n.º 5 do CPA: “os princípios gerais da atividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.”

Neste seguimento, importa fazer uma pequena referência à doutrina alemã, destacando-se o nome do autor WOLFF que conciliou o conceito de “direito privado administrativo” com o intuito de demonstrar que, apesar da possibilidade dada à Administração de recorrer a formas jurídico-privadas, esta deverá estar sempre imbuída de elementos de direito público, por forma a salvaguardar os princípios inerentes à administração pública, nomeadamente o da imparcialidade, igualdade e proporcionalidade.

Como VITAL MOREIRA refere, citando MAURER: “nas vestes de direito privado, «a Administração dispõe das formas de direito privado, mas não da liberdade e das possibilidades de autonomia privada»”.

Fazendo uma breve análise a outros ordenamentos, verificamos que em França terá sido estabelecida a distinção entre *estabelecimentos públicos administrativos* e *estabelecimentos públicos industriais e comerciais*; e em Itália a distinção é estabelecida entre *entes públicos administrativos* (*enti di amministrazione*) e *entes*

públicos económicos (enti pubblici economici), sendo os primeiros as entidades públicas ditas tradicionais – Estado e demais entes dotados de poderes caracteristicamente administrativos, sujeitos ao contencioso administrativo, e os segundos representam a participação do Estado, operando na economia através do direito privado, desprovidos do seu *ius imperi*.

Por todo o exposto, “permitiu-se” a criação das chamadas *entidades administrativas privadas*, sendo prática corrente a criação e formação de entidades privadas por parte das próprias entidades administrativas pelas mesmas razões supra referidas, nomeadamente, maior flexibilidade na criação e dissolução, mais flexibilidade no regime financeiro, na sua actividade, (...)

É certo que a Constituição não proíbe a criação de tais entidades, embora obrigue sempre ao respeito pelos princípios que tutela. Contudo, a doutrina não deixa de salientar que devem ser impostos sempre limites e aponta para o fato de certas *tarefas públicas* não poderem deixar de ser levadas a cabo por entidades administrativas públicas.

Todavia, há que salientar a este ponto que, apesar na natureza privada de certas entidades administrativas, estas não deixam de ser parte da Administração, integrando a sua organização administrativa, sendo certo que esta possibilidade de recorrer ao estatuto jurídico-privado nunca servirá como *válvula de escape* à sua vinculação aos direitos fundamentais e ao controlo a que está sujeita.

Não obstante, existem outras formas que manifestam claramente a “privatização da Administração” e apresentam-se com contornos diferentes. Refiro-me à possibilidade do exercício de funções administrativas por particulares. Trata-se de pessoas físicas ou jurídicas, consideradas privadas, i.e., criadas e formadas por particulares, nunca se tratando de pessoas estaduais ou públicas, em que lhes são atribuídos, para os devidos e legais efeitos, poderes públicos para o desempenho de tarefas público-administrativas, que poderá traduzir a ampliação da esfera administrativa e de publicização de certas áreas antes intocáveis pelo Estado, ou por outro, e a manifestação da desestadualização e privatização das tarefas incumbidas à administração pública.

CAPÍTULO V

INDICATIVOS DA “PUBLICIDADE” E ADMINISTRATIVIDADE DOS CONTRATOS

A identificação de um contrato como administrativo baseia-se em certos fatores indiciadores dessa *administratividade*. A lei portuguesa normalmente aponta como fator de referência - *a relação jurídica administrativa* – sendo que o intérprete terá de certificar-se que o contrato em questão constitui, modifica ou extingue uma relação de direito administrativo (podendo ser essa a vontade das partes e estipulada por acordo).

Certamente, esta questão apenas se coloca quando o contrato não é definido legalmente como sendo um contrato administrativo. Será significativo fazer uma pequena referência ao art. 178º, n.º 2 do CPA, que definia os contratos que eram expressamente designados como administrativos, embora este artigo seja obsoleto uma vez que terá sido revogado pelo DL 18/2008, que aprovou o regime dos contratos públicos, estabelecendo um regime legal específico para cada tipo de contrato aí referidos.

No entanto, são indicados outros fatores na lei, nomeadamente os que constam do art. 1º, n.º 6 do CCP e do art. 4º, n.º1, alínea f) do ETAF, delimitando o âmbito de jurisdição administrativa e estipulando que um contrato administrativo é qualificado enquanto tal sempre que: o contrato tenha um objeto público, sendo celebrado no âmbito de uma relação que já, em si mesma, regulada pelo Direito Administrativo; ou então sempre que haja vontade do legislador de definir um regime substantivo especial para um tipo de contrato pelo fato de a Administração ser parte, pelo que nas palavras de PEDRO GONÇALVES, dá-se uma “administrativização da relação contratual”; ou ainda sempre que o contrato é expressamente submetido pelas partes a um regime substantivo de direito público, sucedendo-se nos casos em que - como refere SÉRVULO CORREIA: “quando o contrato é expressamente qualificado pelas partes como contrato administrativo”; ou quando o contrato contém “cláusulas de direito administrativo”, sendo estas cláusulas apenas concebíveis numa relação em que pelo menos uma das partes seja ente administrativo, tomando como caso exemplificativo uma cláusula que atribua à Administração o poder de modificar ou rescindir o contrato através de ato administrativo ou outra via administrativa; ou ainda quando a

Administração é investida de todos ou alguns poderes que constam do art. 180º do CPA, sendo certo que nesse caso o contrato deverá fazer menção direta ao artigo mencionado.

Apesar deste conceito de contrato administrativo, diga-se *por natureza*, estar implementado na nossa doutrina, importa fazer referência a uma qualificação de diferentes contratos aos quais a Administração recorre frequentemente hoje em dia, são esses contratos os muito debatidos “contratos privados da Administração”, sendo mais uma expressão da tendencial *fuga* para o direito privado.

Importa frisar que os conceitos de contrato administrativo e contrato privado da Administração não equivalem, e a dicotomia existente entre direito público e direito privado possibilita a explicação dessa distinção. A imposição desta distinção deriva da implicação direta da existência de regime próprio do contrato administrativo, que não se aplica aos contratos de direito privado, mesmo que uma das partes seja a Administração.

Embora o direito privado usado pela Administração não seja um direito privado na sua forma pura, uma vez que, nessas situações, estará mais próximo do direito administrativo, o fato é que esta dicotomia impõe-se, apesar do direito público administrativo manter sempre a sua autonomia enquanto direito “próprio” da administração, mesmo que este direito próprio seja o que inquina e modifica a pureza do direito privado, fazendo com que sempre que um dos contraentes seja uma entidade pública, este direito próprio da administração se torne um “direito especial” dessa relação jurídica.

Na esteira deste pensamento importa referir que “a Administração quando usa o direito privado continua a ser Administração, razão pela qual se tem de concluir que uma coisa é o direito privado enquanto direito dos privados, outra diferente é o direito privado enquanto direito utilizado pela Administração: é o que resulta da administração, em qualquer caso, atuar nesse sentido para prosseguir interesses alheios (o interesse público) ...”

Como já referido no desenvolvimento deste trabalho, este recurso ao direito privado por parte da Administração é viável, tendo em conta a previsão do art. 266º da CRP, nunca distinguindo que a atividade administrativa deverá ser exercida segundo o direito público ou privado, sendo esse fator indiferente, desde que respeitem os princípios fundamentais e basilares da atividade administrativa consagrados no art. 2º

n.º 5 do CPA, princípios esses aplicados “a toda a atuação da Administração pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

O recurso ao direito privado por parte da Administração tem-se tornado cada vez mais frequente, devendo-se esse fato à atual “desconstrução do direito administrativo” como refere o professor COLAÇO ANTUNES, que proveio da “morte da pessoa coletiva de direito público por excelência – o Estado”, sendo certo que “a crescente contratualização-privatização (...) e a desadministrativização do aparelho institucional da Administração pública e a abertura crescente aos instrumentos privatísticos, pode conduzir a um novo modo de ser da função administrativa”.

Daí que seja dada a possibilidade aos particulares de recorrerem à celebração de contratos administrativos, embora seja necessário que pelo menos um dos entes privados contraentes esteja munido de uma capacidade de direito público.

Entende-se que a capacidade destas entidades privadas de celebrarem contratos administrativos resume-se a todas as situações em que estas estejam autorizadas para a prática de atos administrativos ou, de forma genérica, autorizadas a exercerem competências e poderes que se manifestem através de atos jurídicos que possam ser, eventualmente, identificados como atos administrativos (servem como exemplo os casos em que essas entidades são incumbidas da responsabilidade de executar uma tarefa administrativa e atuam no âmbito das relações que estabelecem com terceiros, como “elementos da Administração”, e os contratos por elas celebrados, no âmbito dessa capacidade, serão sempre de natureza administrativa).

Ora, tendo em conta todo o exposto, importa ainda chamar a atenção para um outro conceito que não equivale com o de *contrato administrativo*, que é o de *contrato público*.

Analisando o contexto do CCP, parece que o critério qualificador de um contrato público será a natureza concorrencial das respetivas prestações, pelo que logo aí será um indício que este conceito não equivale ao conceito de contrato administrativo, uma vez o art. 16º do CCP prevê que o regime estabelecido apenas se aplica a contratos que sejam susceptíveis de estarem sujeitos à concorrência do mercado. Embora o CCP também preveja a possibilidade de aplicação desse mesmo regime a contratos administrativos, será imprescindível que as suas prestações sejam susceptíveis de ficarem sujeitas à

concorrência de mercado e que respeitem os requisitos impostos nas alíneas no n.º6 do art.1º do CCP, caso contrário, e seguindo-se o disposto pelo art.5º, n.º1 do CCP, estes ficarão excluídos da aplicação da parte II do código.

Pelo exposto, é notório que o conceito de contrato público é muito abrangente, podendo abarcar não só os contratos administrativos, bem como alguns contratos privados celebrados por entes públicos que se integrem no disposto do art.16º n.º1, quer ainda alguns contratos privados celebrados entre privados mas que consigam integrar-se no âmbito de aplicação do código (cfr. art.7º, n.º1 do CCP).

O critério da natureza concorrencial apresenta-se, assim, como critério de excelência da definição de contrato público, entendendo-se que existirá natureza concorrencial sempre que as prestações provenientes do contrato em causa tenham um valor económico e sejam de natureza fungível, sendo que o art.17º n.º1 do CCP supõe que nestes casos existirá sempre um “benefício económico” que será determinante na estipulação do valor do contrato. Este princípio da concorrência encontra previsão legal no art.1º, n.º4 do CCP e postula que seja sempre garantido o mais amplo acesso aos respetivos procedimentos na formação dos contratos, a todos os interessados em contratar, podendo as entidades públicas assegurar e garantir uma mais vantajosa satisfação dos interesses públicos que lhes estão confiados.

Alguns autores, nomeadamente PEDRO GONÇALVES, referem-se a este conceito de contratos públicos classificando-o, não apenas como sendo um conceito amplo, mas também como sendo um “conceito juridicamente neutro”, que tem vindo a ser, inclusivamente, muito trabalhado pelo direito europeu, na esteira do conceito francês de “marchés publics”.

Considerando-se a amplitude e abrangência deste conceito, percebe-se então a inclusão de alguns contratos privados celebrados entre sujeitos privados possam ser considerados contratos públicos, servindo de exemplo disso mesmo os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes que operam nos denominados setores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, como refere o art. 7º do CCP no seu n.º 1, admitindo-se que (e indo ao encontro do ponto fulcral que pretendo esclarecer no desenvolvimento deste trabalho) essas entidades adjudicantes possam ser entidades de natureza privada, permitido o recurso à contratação pública por parte

destas, desde que observados certos requisitos, nomeadamente os previstos nas subalíneas i) e ii), da alínea a), do art. 2º do CCP.

Apesar do exposto, nunca se poderá considerar este critério subjetivo como sendo o critério qualificador e definidor de um contrato público, embora o art.1º do CCP no seu n.º 2 nos possa levar a considerar essa ideia, o certo é que o critério da natureza concorrencial das prestações desses contratos será o critério por excelência a ser considerado, tal como prevê o art.5º, n.º.1 *a contrario* e o art.16º do CCP.

Com isto, as entidades adjudicantes têm um papel interventivo no mercado, e não apenas a nível nacional, mas também a nível do espaço abrangido pelo direito europeu, o que implica que essas entidades por vezes se comportem como adquirentes / clientes. Porquanto, como a regulação estabelecida pelo CCP proveio de uma imposição comunitária, isso também garante a publicidade das regras procedimentais em todo o território europeu sempre que haja manifestações públicas do interesse de contratar, impondo assim, às autoridades nacionais, o dever de aceitarem propostas de todos os potenciais candidatos, garantindo outros princípios fundamentais como o da igualdade e imparcialidade.

Estas imposições comunitárias geraram algumas alterações a nível processual e uma certa abrangência destes casos no nosso ordenamento jurídico. As constatações dessas alterações são claras, desde logo o ETAF preferiu por uma extensão da jurisdição administrativa a todos os conflitos gerados pela celebração de contratos da Administração aos quais sejam aplicadas normas de direito público, mesmo que o seu regime geral seja privado; e constata-se ainda no âmbito do CPTA a supressão do meio próprio ao qual se recorria para o conhecimento e resolução de litígios originados em contratos, conhecido como a “ação sobre contratos”, tendo sido substituída pela “ação administrativa comum”, previsto no art.37º do CPTA, dispondo o seu n.º 3 o seguinte: “quando (...) particulares, nomeadamente concessionários, violem vínculos jurídico-administrativos decorrentes de (...) contratos (...) qualquer pessoa ou entidade cujos direitos ou interesses sejam diretamente ofendidos pode pedir ao tribunal que condene os mesmos adotarem ou a absterem-se de certo comportamento, por forma a assegurar o cumprimento dos vínculos em causa.

CAPÍTULO VI

ADMISSIBILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ENTRE PESSOAS SINGULARES OU COLETIVAS DE DIREITO PRIVADO.

Quando a maioria da doutrina portuguesa, dita tradicional, se refere aos contratos administrativos, fá-lo pressupondo explícita ou implicitamente de que ele só é possível entre duas ou mais pessoas coletivas de direito público ou então entre uma destas e uma pessoa privada, singular ou coletiva, negando insistentemente a possibilidade de celebração de um contrato administrativo entre duas ou mais pessoas coletivas de direito privado, afirmando como requisito do contrato administrativo a presença, pelo menos num dos lados, de uma pessoa coletiva pública administrativa.

Apesar deste pensamento tendencial, não é esta a opinião pela qual propendo mais, sendo que em minha modesta opinião, outros autores tais como Mário Esteves de Oliveira ou ainda Sérvulo Correia, parecem ter a apreciação mais acertada neste âmbito quando refutam este requisito e afirmam ser uma condição demasiado rígida.

Não obstante, como refere MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “desde das origens do conceito de contrato administrativo que a doutrina busca um critério que permita proceder à delimitação em face dos contratos de direito privado celebrados pela administração, ..., há mais de um século que o problema da descoberta de um critério individualizador do contrato administrativo, designadamente para efeitos de distinção em face dos contratos de direito privado da administração, ocupa a doutrina,, os critérios mais significativos, ..., são o da taxatividade legal, o da natureza dos sujeitos, ...”⁹

“Segundo o critério da natureza dos sujeitos são administrativos os contratos em que a administração seja parte e não administrativos os restantes. Deve ter-se em atenção que, à data da formulação deste critério, não era geralmente aceite a integração de privados na administração pública em sentido orgânico, ao contrário do que sucede atualmente. Admita-se ou não aquela integração, o critério mostra-se imprestável: caso não se admita, o critério da natureza dos sujeitos resulta na exclusão do conceito de contrato administrativo de todo e qualquer contrato celebrado por entes administrativos,

⁹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral Actividade Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, 2006. Pág. 268 e ss.

apenas formal ou também substancialmente privados, quando a própria lei admite a celebração de contratos administrativos entre privados. Em todo o caso, ..., a capacidade jurídica de direito privado não é incompatível com a pertença à administração pública ou, sequer, com a personalidade jurídica pública.”¹⁰

Já no início dos anos 80, alguns autores começaram a refutar esta visão da doutrina portuguesa, dita tradicional (que admitia a possibilidade de celebração de um contrato administrativo apenas entre pessoas coletivas públicas ou que, pelo menos um dos contraentes fosse uma pessoa coletiva pública). Foi o caso do autor Mário Esteves de Oliveira que questiona a necessidade da presença de uma pessoa coletiva pública administrativa, pelo menos num dos lados da celebração do contrato administrativo.

Concordando com esta apreciação, este autor entendia que deveria dispensar-se este requisito admitindo ainda a possibilidade da celebração de contratos administrativos entre simples particulares.

Mário Esteves de Oliveira justifica a sua perspectiva com base na doutrina e jurisprudência do direito comparado, referindo nomeadamente a doutrina e jurisprudência francesas “desde há muito que admitem que os contratos de empreitada celebrados entre empresas privadas concessionárias de serviços públicos e empreiteiros privados são administrativos, se têm por objecto uma obra afeta à exploração do serviço”, sendo que parte da doutrina francesa justifica esta possibilidade com base na figura do mandato, visto que o concessionário seria o mandatário da pessoa coletiva que lhe concedeu a exploração do serviço.

Também na doutrina e jurisprudência alemã se aceita “que são de direito público contratos semelhantes ao referido, mesmo que celebrados entre particulares.”¹¹

É de notar que a análise deste autor é prévia à elaboração do CCP, baseando assim a sua análise nas figuras que prevaleciam no seu tempo, o autor recorre ao exemplo que era mais frequente no seu tempo: o da existência de contratos de empreitada pública celebrados por pessoas coletivas de direito privado pertencentes ao Estado e a particulares, que *nomine próprio* ou em nome duma pessoa coletiva pública,

¹⁰ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral Actividade Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, 2006. Pág. 268 e ss

¹¹ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, VOL. I, Almedina-Coimbra, Lisboa 1980

exercem atribuições administrativas e para cuja prossecução se socorrem de empreiteiros privados. A título de exemplo o nº3 do art. 1º do decreto-lei nº 235/86, de 18 de Agosto, previa a “possibilidade da celebração de contratos administrativos por pessoas coletivas de direito privado,, e que se aplica diretamente às empreitadas de obras do Estado e dos institutos públicos.”¹²

É de notar, portanto, a *corrosão*, o constante desgaste da ideia que prevalecia na doutrina tradicional de que os contratos administrativos apenas poderiam ser celebrados entre duas ou mais pessoas coletivas de direito público, sendo viável a possibilidade de serem considerados administrativos os contratos em que só intervêm pessoas coletivas privadas desde que, como afirma o autor, se verifiquem cumulativamente dois requisitos: “uma das partes no contrato está (legal, estatutária ou contratualmente) obrigada a prosseguir um interesse público administrativo” (critério do fim) e “o contrato ser qualificável como administrativo se, em vez dessa pessoa privada, interviesse a pessoa coletiva pública que a habilitou a prosseguir esse interesse.”¹³

No seguimento do pensamento de Mário Esteves de Oliveira, Sérvulo Correia afirma que “no Direito português, são também possíveis contratos administrativos entre particulares, desde que um deles seja uma pessoa coletiva privada e regime administrativo”, querendo significar com isto que será possível a intervenção de uma pessoa coletiva privada desde que esta faça parte da Administração Pública e intervenha nessa qualidade. “A intervenção de uma pessoa coletiva privada na qualidade de elemento orgânico da Administração significa que, pela sua natureza, a relação jurídica criada, modificada ou extinta pelo contrato pressupõe a participação da Administração, não se adequando às situações recíprocas dos particulares enquanto tais.”¹⁴

O autor faz uma breve referência às doutrinas alemã e suíça, admitindo não só a celebração de contratos administrativos por pessoas coletivas privadas desde que lhes estejam confiadas poderes de autoridade para que, através do seu exercício em nome próprio, prossigam fins de interesse público, satisfaçam interesses alheios, como

¹² Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina-Coimbra, 1987 pág. 416 e ss.

¹³ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, VOL. I, Almedina-Coimbra, LISBOA 1980.

¹⁴ José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos contratos administrativos*, Almedina Coimbra, 1987

admitem ainda que celebração de contratos administrativos entre particulares, nessa qualidade, que tenham por objeto poderes ou deveres de direito administrativo, sejam qualificados como contratos administrativos, constituindo como exemplos: “contratos pelos quais os vizinhos repartem entre si os encargos de conservação de uma estrada ou de um curso de água; contratos em que estudantes trocam matrículas em diferentes universidades”.

No entanto, concordo com Sérvulo Correia quando este afirma que tal alargamento do âmbito subjetivo é algo a ser criticado, pois um contrato entre pessoas coletivas privadas só poderá ser qualificado como administrativo quando uma dessas pessoas privadas esteja investida na situação de *elemento da Administração*, dotada de poderes públicos e estipule o contrato com base nessa posição.¹⁵

Esta capacidade para a prática de atos administrativos, nomeadamente a possibilidade de recorrerem à figura do contrato administrativo, demonstra que “apesar de ser de direito privado, a pessoa coletiva se encontra abrangida por aquele complexo orgânico que tem o Direito Administrativo como regime próprio (embora não o único). Sendo o contrato administrativo uma forma de constituir, modificar ou extinguir relações jurídico-administrativas, a capacidade para a sua celebração é uma consequência lógica da titularidade do regime substantivo que ele serve como instrumento funcional”, como afirma SÉRVULO CORREIA.¹⁶

Desta forma, indica-se indícios sólidos que possam garantir a possibilidade de celebração de contratos administrativos por pessoas colectivas privadas. Embora seja inevitável questionar: será que poderemos afirmar o mesmo em relação aos contratos públicos, (sendo que já foi aqui salientada a importância para o fato de ambos os conceitos não coincidirem, e terem implicações distintas), será que as entidades privadas terão legitimidade para recorrer a tal figura? E pergunta-se com base em que fundamentos, em que critérios? Por conseguinte, irei agora focar a minha análise sobre esta questão.

¹⁵ Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina-Coimbra, 1987 pág. 413 e ss.

¹⁶ Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina-Coimbra, 1987 pág. 413 e ss.

CAPÍTULO VII

ANÁLISE APROFUNDADA DAS SUBALÍNEAS i) E ii) DA ALÍNEA a) DO N.º 2 DO ART. 2.º DO CCP.

1 – Um “olhar europeu” sobre a contratação pública.

O presente art.2.º do CCP, juntamente com o art.7.º, determinam o âmbito subjetivo de aplicação da Parte II do CCP definindo assim, as entidades que ficam sujeitas aos procedimentos précontratuais de formação dos contratos públicos que o código prevê.

Esta determinação estabelecida pelo código provem de uma imposição comunitária, como já aqui tantas vezes referido, e demonstra o claro esforço que as instâncias comunitárias têm depositado, por forma a combater as várias tentativas de manipulação das categorias jurídico-organizativas do direito administrativo que têm sido levadas a cabo pelos governos, manipulações essas que eram notórias, sobretudo a nível das garantias de concorrência, como forma de limitarem e condicionarem a aplicabilidade do direito europeu.

Não obstante, as instâncias europeias têm vindo a impor a definição do conceito “contrato público”, sobretudo através de diretivas mas também com a abrangência de resolução de litígios emergentes da celebração de contratos públicos, conceito esse em relação ao qual se evidencia, mais propriamente, o seu critério funcional-económico, do que propriamente o critério orgânico-jurídico.

Analisando as Diretivas em questão, é notório que, na perspectiva de aplicação do âmbito subjetivo, o conceito de contrato público nem sempre equivale apenas e somente à celebração de contratos por entidades públicas, observando-se assim, como afirma a Dr.ª Maria João Estorninho “uma evolução no sentido da adoção de um conceito amplo de poderes adjudicatórios.

Nas palavras da autora citada, estes *poderes adjudicatórios*, na perspectiva do direito europeu, são considerados atribuíveis não apenas ao Estado e demais entidades públicas territoriais, mas também a todas entidades consideradas enquanto *organismos de direito público*, incluindo todas as associações das quais façam parte pelo menos um

ou mais dos referidos entes ou *organismos de direito público* (conceção que aliás vem consagrada na alínea g) do n.º1 do art.2º do CCP português).

A este propósito, importa fazer uma pequena menção à jurisprudência comunitária, tendo o TJCE se pronunciado no Ac. *Beentjes*, de 20 de Setembro de 1988, no qual considerou um determinado organismo como *poder adjudicador*, apesar deste organismo não estar formalmente integrado na Administração do Estado holandês. É ainda de referir o Ac. *Teckal*, de 18 de Novembro de 1999, expondo com isto, a clara tendência do Tribunal em preferir o critério funcional em vez do critério da personalidade, para a definição de uma entidade como *poder adjudicador*

Na esteira desta perspectiva, é notável a indiferença, por parte do direito europeu, da natureza pública ou privada do ente em causa, pois importará apenas o critério funcional, ou seja, avaliar se em concreto, as entidades em questão têm como ulterior objetivo a prossecução de interesses gerais, pelo que não devem atuar no mercado na mesma medida que os restantes operadores económicos gerais. Dá-se assim, um alargamento do conceito de entidade de direito público, como afirma a Dr.ª Maria João Estorninho “através da técnica do *disregard of legal entity*”.

Desenvolvendo um pouco este conceito de *organismo de direito público*, é notório que as Diretivas impõem que, sempre que se trate de uma entidade privada, para que esta seja considerada como um *organismo de direito público*, é necessário que estejam preenchidos certos requisitos. Desde logo, é necessário que esse organismo a) tenha sido criado para satisfazer necessidades de interesse geral b) que seja dotado de personalidade jurídica c) e cuja atividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas Autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos, ou ainda cujos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelos entes de natureza pública já referidos, devendo estes três requisitos aqui mencionados, serem considerados, na sua globalidade, como cumulativos, de acordo com a definição e interpretação das Diretivas.

Relativamente aos requisitos aqui mencionados e estabelecidos pelas Diretivas, o TJCE tem-se pronunciado através de vários Acórdãos e, mediante a análise de alguns, designadamente o Ac. *Mannesmann*, de 15 de Janeiro de 1998, constata-se que o TJCE

vem afirmar e impor a observação em concreto do requisito da “satisfação de necessidades de interesse geral” e advoga que esta prossecução de interesses gerais poderá ser levada a cabo por entidades privadas inclusive (desde que criadas com tal intuito), podendo estas serem qualificadas como *organismos de direito público*, demonstrando-se assim a clara preferência em dar mais importância ao requisito da funcionalidade/finalidade, em vez da qualificação pública ou privada do ente em causa.

O Tribunal “acrescentou ser ainda indiferente que, simultaneamente com a satisfação de necessidades públicas, tal organismo exerça outras atividades, designadamente de carácter industrial ou comercial.” Seria este o caso da entidade em causa no Acórdão supra referido, “o *Osterreichische Staatsdruckerei*, encarregada pela Administração federal austríaca da produção de material impresso de carácter confidencial e sujeito a normas de segurança, como passaportes, cartas de condução, documentos de identidade e que, em simultâneo, se dedicaria a outras tarefas, como a edição e distribuição de livros.

Neste sentido o Tribunal terá igualmente se pronunciado no *Ac. BFI Holding*, de 10 de Novembro de 1998, no qual afirma, mais uma vez, que a satisfação de interesses gerais pode ser desempenhada e satisfeita também por entidades privadas, qualificando então essa entidade como *organismo de direito público*. Neste Acórdão estava em causa a qualificação de uma sociedade anónima constituída por iniciativa de dois municípios dos Países Baixos – *ARA* – que tratava da recolha e tratamento de lixo doméstico, mais se afirmando que, somente pelo fato de esta desempenhar a satisfação de um necessidade de interesse geral (não obstante se tratar de uma entidade privada) e ter sido considerada um *organismo de direito público*, isso não implicará “a falta de concorrência no setor da atividade em causa”.

Por conseguinte, analisando uma situação contrária (para se entender melhor a perspectiva que o Tribunal adota) em que uma entidade não é considerada como sendo um *organismo de direito público* pelo fato de não estar preenchido um dos requisitos exigíveis, temos como exemplo o *Ac. Agorà*, de 10 de Maio de 2001, em que o TJCE negou a atribuição de qualificação de *organismo de direito público* ao *Ente Fiera di Milano*, pelo fato de ao exercício da sua actividade, estar associado um risco, apesar de não haver especificamente um fim lucrativo, havia um risco de mercado específico, fato que demonstrava a natureza comercial da atividade desenvolvida pela entidade em

questão, não tendo, assim, como finalidade, a satisfação de interesses gerais e por isso mesmo, nunca poderia ser qualificada como *organismo de direito público*. É imperativo que a actividade (mesmo que económica) desempenhada por um *organismo de direito público*, não seja subsumível à lógica do mercado e da livre concorrência – conceção que aliás, vem consagrada na subalínea i), da alínea a) do n.º2 do art.2º do CCP português.

Já no Ac. *Comissão/Espanha*, de 16 de Outubro de 2003, o Tribunal já considerou que o fim lucrativo prosseguido pela *Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA*, não constituía a sua finalidade principal, tendo considerado antes a atividade desenvolvida e relacionada com a construção, gestão e liquidação do património penitenciário do Estado, sendo esta atividade considerada como prossecução de um interesse que se revelava público e geral, como a satisfação de uma necessidade que poderia dizer respeito a qualquer cidadão.

Importa salientar que o Ac. *Comissão/França*, de 1 de Fevereiro de 2001, veio corroborar e atestar o entendimento seguido no Ac. de *Mannesmaan*, afirmando o efeito prático do direito europeu, que deverá ser seguido pelos Estados-Membros, chamando a atenção para o conceito funcional como critério definidor de *organismo de direito público*, evitando que este conceito ficasse dependente de diferentes conceções nacionais que os vários Estados pudessem estabelecer, garantindo assim, o princípio da igualdade inerente ao âmbito da contratação pública. Neste sentido estabelecem as Diretivas comunitárias, que têm o objetivo de “excluir simultaneamente o risco de preferência dos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos públicos por entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público se deixar levar por considerações não económicas”.

Na perspectiva do Tribunal de Justiça, as listas anexas às Diretivas das quais constam as entidades que estão obrigadas a seguir os procedimentos nelas estabelecidas, essas listas são meramente indicativas, devendo-se fazer sempre uma análise caso a caso, tendo em conta a situação fatural que se apresente.

Importará ainda neste ponto, *esmiuçar* um pouco o último requisito que as Diretivas estabelecem, segundo o qual é qualificado como *organismo de direito público*,

sempre que se tratar, inclusivamente, de uma entidade cujo financiamento, gestão ou controlo caibam, em mais de metade, a outro *poder adjudicador*. Estes três factores apresentam-se como alternativos, e a sua interpretação e desenvolvimento terá sido estabelecido pelo Acórdão *Universidade de Cambridge*, de 3 de Outubro de 2000, no qual o Tribunal admitiu como sendo um *financiamento público* as subvenções e bolsas a fim de, nomeadamente, apoiar e incentivar investigações ou bolsas atribuídas à Universidade para fazer face a despesas académicas de certos estudantes.

Implica, assim, que estas entidades em questão sejam compostas por órgãos de administração, de direção ou de fiscalização, órgãos esses constituídos, *em mais de metade*, por membros designados pelo Estado, pelas Autarquias locais ou por outros organismos de direito público.

Relativamente ao critério da gestão e do controlo, tem-se entendido que este critério consubstancia uma relação de dependência da entidade em causa face a um ente público, por forma a possibilitar e permitir que o ente público tenha influência nas decisões da primeira entidade referida, em matéria de contratação pública, sendo que este controlo poderá ser meramente indireto, não sendo necessário que exista uma previsão expressa dessa possibilidade de poder controlar a adjudicação em causa.

Com isto, o âmbito subjetivo das Diretivas mostra-se bastante amplo, podendo considerar e abranger quer entidades públicas quer entidades privadas, desde que observados os requisitos explanados, provando-se assim, a possibilidade do recurso por parte de entidades privadas, à figura da contratação pública (tal como aqui tão humildemente defendo).

2 – Perspetiva nacional da contratação pública.

Por todo o exposto, e com a influência exercida pelo direito europeu, tem-se vindo a notar ao longo dos anos, uma tendência nacional para a *abandono* da velha distinção entre pessoas coletivas públicas e pessoas coletivas privadas, sempre que estas prossigam interesses de natureza pública. É óbvio que o critério da personalidade jurídica pública já não é considerado o critério definidor da atividade contratual pública, e isto não se deve apenas à influência do direito europeu, mas também a já tão mencionada *fuga* do direito administrativo para o direito privado, nomeadamente, a nível contratual, tem-se verificado um desvio da atividade administrativa para o mundo

jurídico-privado (pelas várias razões já mencionadas em capítulos anteriores deste trabalho).

Daí que se constate uma substituição das considerações orgânicas pelas funcionais, sendo que, hoje em dia, é mais relevante “apurar-se aquilo que se faz – e já não aquilo que se é”, como refere o autor JOÃO CAUPERS, admitindo-se que por inclusão deste fator, ficarão sempre sujeitas às regras procedimentais précontratuais estabelecidas pelo CCP, os contratos cujas prestações sejam suscetíveis de serem submetidas à concorrência do mercado.

Ora admitindo-se tal reflexão e procurando a base de fundamento legal, importará fazer uma análise aprofundada e desenvolvida do art.2º do CCP, por forma a descortinar o âmbito subjetivo imposto pelo código português, sendo que a novidade aqui está relacionada com a transposição do conceito europeu de *organismo de direito público*, que tem vindo a ser discutida, aprofundada e transportada para o nosso ordenamento jurídico, não só pela jurisprudência comunitária mas também pela jurisprudência e doutrina portuguesas.

Este conceito de *organismo de direito público*, na esteira do pensamento do Dr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, explica-se em função do critério de atuação em livre concorrência, acrescentando que “se uma entidade dependente da Administração Pública dispõe de benefícios ou privilégios concedidos por esta para o exercício da sua atividade, é mais do que evidente que exista uma vinculação que a obriga a submeter-se globalmente às normas que disciplinam a contratação da própria Administração Pública...”.

Na aceção do código, a delimitação do âmbito subjetivo foi estabelecida por via da definição de *entidade adjudicante e contraente público*, e tendo em atenção as epígrafes dos dois artigos do CCP português que estabelecem estes conceitos, deparamo-nos desde logo com a dicotomia destes conceitos presentes na lei: o conceito de *entidades adjudicantes* previsto no art.2º e o conceito de *contraentes públicos* que o art.3º dispõe respectivamente.

A explicação para esta dicotomia está no nº 1 do art. 1º do CCP, no qual se prevê, desde logo: “a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo

dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo”, chamando assim, a atenção para a existência de uma diferenciação.

Esta disciplina referida “é aplicável à formação de quaisquer contratos públicos que sejam celebrados pelas *entidades adjudicantes* mencionadas no art. 2º, já o regime substantivo dos contratos públicos somente se aplica aos contratos que revistam a natureza de contrato administrativo.” Isto é, “enquanto aos *contraentes públicos* são aplicáveis as disposições da Parte II e da Parte III do CCP – abrangendo tanto o regime procedimental relativo à fase da formação do contrato, como regime substantivo -, já às *entidades adjudicantes* que não sejam *contraentes públicos* somente se aplica aquele regime procedimental, constante da Parte II do código.”¹⁷

Esta distinção encontra a sua razão de ser na esteira de uma tradição que, apesar das críticas de alguns autores, ainda prevalece, chamando assim a atenção para a autonomia que o conceito do *contrato administrativo* ainda apresenta.

Porquanto, a aplicação do regime substantivo que consta da Parte III do código, depende da natureza administrativa do contrato, assim se depreende do n.º 5 do art.1º do CCP (sendo que n.º 6 desse mesmo artigo estabelece os fatores indiciadores dessa administratividade dos contratos) e que sejam celebrados por um *contraente público*, na aceção do art.3º e 8º do código. Embora se admita a possibilidade de certas entidades possam celebrar contratos no exercício de funções materialmente administrativas, e que por isso são *contraentes públicos*, embora não sejam consideradas *entidades adjudicantes* para efeitos do código, e que nesse caso, não lhes é aplicável o regime da Parte II, mas pelo simples fato de celebrarem contratos administrativos, já lhes é aplicável o regime substantivo que consta da Parte III, assim acontece também com as *entidades adjudicantes* que não sejam consideradas *contraentes públicas*, apenas é-lhes aplicável o regime da Parte II do código.

Com esta brevíssima análise da Parte III do CCP, constata-se que “o regime substantivo dos contratos administrativos apenas se aplica aos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo deixando-se, desta forma, à margem dos mesmos instrumentos contratuais cuja fase de formação se encontra sujeita às regras

¹⁷ João Caupers, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código de contratos Público*, in CJA nº 64 Julho/Agosto 2007.

estabelecidas na Parte II do código”, considerando-se como contrato administrativo aquele que preencher os requisitos estabelecidos no art.1º, n.º6 do CCP. Ora, pelo exposto, poder-se-á concordar com o autor JOÃO CAUPERS, quando este afirma que “assim se reacende o fogo da distinção, que muitos julgavam moribunda, entre os contratos administrativos e os chamados *contratos privados da Administração Pública*.”¹⁸

Não descorando esta matéria, aliás já tratada e discutida em capítulos anteriores do presente trabalho, importa agora proceder então a uma análise mais aprofundada do art.2º do CCP, por forma também a fundamentar a opinião que humildemente tento explanar aqui, fazendo-se uma delimitação do universo das *entidades adjudicantes* de acordo com diversos critérios legalmente previstos.

Ora, o nº 1 deste preceito legal começa por elencar uma série de entidades considerando-as, por si só, *entidades adjudicantes*, e que praticamente todo o elenco faz parte do chamado setor público administrativo dito “tradicional”, ou seja, aquelas que integram a Administração Pública em sentido orgânico, que é o caso do Estado (e a sua administração directa), das Regiões Autónomas, das autarquias locais, dos institutos públicos, das fundações públicas e das associações públicas, entidades essas dotadas de personalidade jurídica pública, consideradas então pela doutrina tradicional como sendo partes integrantes da Administração Pública em sentido orgânico.

Relacionado com a temática em discussão neste estudo, interessará fazer uma pequena referência à alínea g) deste n.º1 do art.2º, no qual admite que também as *associações públicas* possam ser consideradas *entidades adjudicantes*, desde que observados os requisitos que aí impõe.

Tomando como referência as lições do Prof. FREITAS DO AMARAL, existem três espécies de associações públicas: as associações de entidades públicas, as associações públicas de entidades privadas e associações de carácter misto, sendo que as associações referidas pelo legislador na alínea g) são pessoas coletivas privadas, embora delas façam parte uma ou mais pessoas coletivas públicas constantes das alíneas a) a f) desse mesmo n.º1 do art.2º. Servirá como exemplo, a fim de demonstrar a

¹⁸ João Caupers, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código de contratos Público*, in CJA nº 64 Julho/Agosto 2007.

admissibilidade destas figuras no nosso ordenamento jurídico: as associações representativas dos municípios e das freguesias, estabelecido inicialmente pela Lei n.º 54/98, de 18 de Agosto; outro exemplo claro será a Associação Nacional de Municípios, e das agências de desenvolvimento regional também inicialmente imposto pelo DL n.º 88/99, de 19 de Março.

Como refere a alínea g), para que seja aplicável a Parte II do CCP, é necessário que as associações em causa sejam maioritariamente financiadas por uma dessas pessoas coletivas públicas, estejam sujeitas ao respetivo controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designado pelas mesmas – demonstrando assim, que uma entidade de natureza pública terá sempre influência nas decisões e atividades desempenhadas por estas entidades privadas, podendo-se então considera-las como *entidades adjudicantes*, admitindo o recurso, por parte destas, à contratação pública.

Tomando em consideração o exposto, já se começa a indiciar aquilo que pretendo defender, ou seja, a possibilidade de entidades privadas poderem recorrer à figura da contratação pública, ficando sujeita a todos os trâmites legais que este implique, sem que essa possibilidade seja vista como uma subversão ou manipulação daquilo que o CCP pretende estabelecer.

Senão vejamos, fazendo uma análise mais atenta do nº2 do art.2º, verificamos desde logo que há uma inclusão de uma serie de outras entidades que são acrescentadas ao elenco referido no nº 1, entidades essas que ficam igualmente sujeitas aos procedimentos de contratação da Parte II do código, embora não na mesma medida. É que em relação a estas entidades, apenas se aplica a Parte II quanto à formação dos respetivos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, ficando de fora outros contratos públicos que estas entidades celebrem – neste mesmo sentido cfr. o art.6º, nº2 do CCP. ¹⁹

Nesta análise do nº2 do art. 2º do CCP (e tendo em atenção a recente alteração sofrida nesta disposição legal, imposta pelo DL n.º 149/2012, de 12 de Julho) refere-se na alínea a) – e respectivas subalíneas i) e ii) – que são entidades adjudicantes,

¹⁹ Cfr. nº 2 do art. 6º do CCP.

“quaisquer pessoas coletivas (públicas ou privadas) que tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal, aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência e; que sejam maioritariamente financiadas por uma das entidades referidas no nº1 deste mesmo artigo, estejam sujeitas ao respectivo controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por uma daquelas entidades.”²⁰ Estas entidades são denominadas e reconhecidas no ordenamento jurídico português (tal como já inicialmente referido neste trabalho e na sequência da transposição das Diretivas comunitárias) de *organismos de direito público*.²¹

Tendo em conta este conceito de *organismo de direito público* presente nas Diretivas comunitárias, o legislador do CCP veio esclarecer, no respectivo preâmbulo que “relativamente ao âmbito subjetivo de aplicação das regras da contratação pública, a novidade fundamental diz respeito à rigorosa transposição da noção comunitária de *organismo de direito público* – introduzida de forma a acompanhar o entendimento que tem sido veiculado pela jurisprudência comunitária e portuguesa.” Promove-se assim, a sujeição das entidades instrumentais da Administração Pública às regras dos procedimentos précontratuais públicos, sendo que todas as entidades, independentemente de serem de natureza pública ou privada, desde que reúnam os requisitos estabelecidos nas diretivas comunitárias, estão vinculados a cumprir os procedimentos précontratuais nelas estabelecidos.²²

O conceito de *organismos de direito público* proveniente do direito comunitário, foi inicialmente estabelecido pela Diretiva 89/440/CEE, de 27 de Março de 1989, no âmbito de uma alteração à Diretiva 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971. Este conceito continuou a vigorar mais tarde com as Diretivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE. A transposição destas Diretivas para o direito interno foi feita pelo DL n.º 55/95, de 29

²⁰ Cfr. Subalíneas i) e ii) do nº 2 do art. 2º CCP

²¹ Gonçalo Guerra Tavares – Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, vol. I, 2009 Almedina. Pág. 82 e ss.

²² Gonçalo Guerra Tavares – Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, vol. I, 2009 Almedina. Pág. 84 e ss.

de Março, mais tarde completado pelo DL n.º 197/99, e através da transposição da Diretiva 93/37/CEE corretamente efetuada pelo DL n.º 59/99, embora não se possa dizer o mesmo em relação ao DL n.º 197/99, que excluía deste conceito de *organismo de direito público* as pessoas coletivas com natureza empresarial. Esta opção legislativa foi altamente criticada na altura pela doutrina portuguesa que defendia, com base na jurisprudência do TJCE – nomeadamente os Acórdãos *Mannesmann*, de 15 de Janeiro de 1998, Proc. n.º C-44/96 e *BFI Holding*, de 10 de Novembro de 1998, Proc. n.º C-360/96 – que deveriam subsumir-se ao conceito de *organismos de direito público* estas entidades de natureza empresarial, sempre que a sua atividade económica não se encontrasse submetida à lógica do mercado e da livre concorrência, de acordo com um interpretação conforme às Diretivas comunitárias.

Neste mesmo sentido, e fazendo referência à jurisprudência nacional, destaca-se o Acórdão do STA de 17 de Junho de 2006, Proc. n.º 980/05, no qual o tribunal considerou que os CTT, S.A., se subsumiam ao conceito de *organismos de direito público*, sendo-lhes aplicável o DL n.º 197/99, embora em anos anteriores tenha decidido em sentido contrário, como por exemplo no Acórdão de 5 de Abril de 2005, Proc. n.º 266/05, relativamente à Casa da Música/Porto 2001, S.A.

Contudo, este DL 197/99 foi entretanto revogado com a entrada em vigor do CCP, que aliás adotou na íntegra o conceito de *organismo de direito público* referido nas diretivas comunitárias, estabelecendo no art.2º, n.º 2, alínea a) e subalíneas i) e ii), os três requisitos cumulativos exactamente como consta do art.1º n.º 9 da Diretiva 2004/18/CE.

Esta visão comunitária influenciou inteiramente o regime de contratação pública que vigora atualmente no nosso ordenamento jurídico, o qual permite aceitar certas conceções e noções como seja a que refere a autora MARIA JOÃO ESTORNINHO quando afirma que: “a noção de contrato público é independente da natureza jurídica das partes, o que significa que podem existir contratos públicos celebrados quer por entidades públicas quer por entidades privadas. Do ponto de vista do âmbito subjetivo de aplicação das Diretivas, contrato público não é sinónimo de contrato celebrado por entidade pública, tendo-se, nesta matéria, paulatinamente, verificado uma evolução no sentido da adoção de um conceito amplo de poderes adjudicatórios.”

Concordando com a constatação da autora, “o que importa, da perspectiva comunitária, é que estes entes, como as restantes entidades adjudicantes, não atuem no mercado do mesmo modo que a generalidade dos operadores económicos. Opta-se, assim, em termos comunitários, por um conceito funcional e alargado de *ente de direito público*, para o qual é indiferente a natureza jurídica pública ou privada de que tais entidades se revestem, do ponto de vista do ordenamento jurídico nacional.”

Segundo as diretivas substantivas, será *organismo de direito público* qualquer organismo a) criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, b) dotado de personalidade jurídica, c) e cuja atividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, ou cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos, ou ainda, cujos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público.

São assim, mencionados 3 requisitos para que possam ser considerados *organismos de direito público*, admitindo a possibilidade do âmbito de aplicação das diretivas abranger as entidades privadas que, mediante o preenchimento destes requisitos, possam ser igualmente consideradas como *organismos de direito público*. Assim se refere o TJCE, no já citado Acórdão *Mannesmann*, de 15 de Janeiro de 1998, afirmando que “a diretiva delimita o seu âmbito de aplicação *ratione personae* em função não só das entidades ... de direito público, ..., mas também de entidades privadas, que prossigam um objetivo de interesse geral que não seja comercial ou industrial” – ou seja, pessoas coletivas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência.²³

São, assim, qualificadas como “*organismos de direito público*”, salientando o critério da existência de personalidade jurídica – tal como referido na alínea a) do art.2º do CCP; e o critério do fim – assim explicitado na subalínea i) da alínea a) do n.º2 no art.2º do CCP.²⁴

²³ Cfr. n.º 3 do art. 2º do CCP

²⁴ Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, 2006, pág. 72 e ss

Concordando com a opinião do Dr. JOÃO AMARAL e ALMEIDA, este conceito de *organismo de direito público* que consta nas diretivas tem sido trabalhado pela jurisprudência do TJCE, constituindo-se um conceito funcional, com vista a evitar quaisquer restrições quanto ao âmbito subjetivo de aplicação das próprias diretivas.²⁵

Portanto, as Diretivas comunitárias prevêm não apenas o critério do financiamento, gestão ou controlo, que devem caber maioritariamente a outro poder adjudicador, referindo-se ainda aos casos de qualificação como *organismos de direito público* de certas entidades cujos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público.

Assim, seguindo-se esta linha de pensamento e conceção defendida no âmbito do direito europeu, o legislador do CCP português, na subalínea ii) da alínea a) do nº2 do art. 2º prevê o último dos três requisitos (requisito esse que deve, na opinião de certos autores, ser considerado na sua globalidade e julgado como requisito cumulativo aos restantes presentes na subalínea i) da alínea a) do art.2º - que prevê o critério do fim) para a qualificação de uma entidade, do qual dispões que, mesmo que se trate de uma entidade de natureza privada, esta poderá ser considerada um *organismo de direito público* sempre que se verifique uma situação de dependência efetiva em relação a uma ou mais entidades adjudicantes, e que pode resultar de estas últimas financiarem maioritariamente a respectiva atividade, de exercer controlo da respetiva gestão ou de poderem designar, direta ou indiretamente, “mais de metade” dos membros dos respetivos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização.

Importa salientar ainda que o primeiro critério referido neste último requisito deve tratar-se de um “auxílio financeiro, sem contrapartida específica”, sendo que o conceito “maioritariamente”, presente nas diretivas, “deve ser interpretado no sentido de que se trata mais de metade”, tal como o TJCE referiu no Acórdão *Universidade de Cambridge*, de 3 de Outubro de 2000.²⁶

²⁵ João Amaral e Almeida, *os “organismos de direito público” e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, em Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, vol. I, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pág. 633 e ss.

²⁶ Gonçalo Guerra Tavares – Nuno Monteiro Dente, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, vol. I, 2009 Almedina. Pág. 88 e ss.

Quanto ao segundo critério alternativo: o do controlo e gestão, o TJCE afirma em alguns dos seus acórdãos também já aqui citados, entre os quais se conta o Acórdão *Comissão/França*, de 1 de Fevereiro de 2001 e o Acórdão *Adolf Truley*, que este “deve criar uma dependência do organismo em causa em relação aos poderes públicos, equivalente à que existe quando um dos outros dois critérios alternativos está preenchido, ou seja, um financiamento proveniente maioritariamente dos poderes públicos ou a nomeação por estes da maioria dos membros que compõem o órgão de administração, de direção ou de fiscalização deste organismo, de modo a permitir aos poderes públicos influenciarem as decisões do referido organismo em matéria de contratos públicos.”

Também se depreende, de ambos os Acórdão citados, que estas entidades, mesmo que privadas, para que sejam consideradas *organismos de direito público*, é necessário que estas desempenhem a sua actividade em prol da satisfação de necessidades de interesse geral, sendo este conceito entendido enquanto atividades das quais beneficiam diretamente a coletividade, por oposição aos interesses individuais ou de um grupo específico. Como já referido, esse interesse geral não poderá ter carácter industrial ou comercial, nunca podendo se subsumir à lógica concorrencial de mercado, entendendo-se que a sua atividade terá um carácter industrial ou comercial sempre que prossiga um fim lucrativo e suporte as perdas associadas ao exercício da sua atividade – neste sentido decidiu o TJCE no Ac. *Korhonen Oy*, de 22 de Maio de 2003, Proc. n.º C-18/01 - sendo certo que, nesse caso, já não será considerada entidade adjudicante, uma vez atua no mercado na mesma posição dos restantes operadores económicos. Para que seja considerada entidade adjudicante e se submeta às normas da contratação pública, é necessário que disponha de certos benefícios e privilégios concedidos por outros entes públicos (servindo como exemplo: compensações financeiras que possam suportar eventuais prejuízos da actividade).

Só assim se poderá compreender (com o preenchimento deste requisito inicial de prossecução de interesses públicos) a possibilidade de um ente público financiar a atividade desempenhada por uma entidade privada, e que esse mesmo ente público possa exercer uma gestão e controlo sobre a entidade em questão (mesmo que se trate de uma entidade privada).

Portanto, deverá existir uma *dependência efetiva* da entidade em questão perante uma ou mais entes públicos/adjudicantes, tal como consta da subalínea ii) da alínea a), do n.º2 do art.2º do CCP, sendo certo que essa *dependência efetiva* pode resultar, como já mencionado, destas últimas entidades financiarem maioritariamente a respetiva atividade, entendendo-se esse financiamento como sendo – na perspetiva do Ac. *Universidade de Cambridge*, de 3 de Outubro de 2000 – um “auxílio financeiro, sem contrapartida específica”, e o conceito de “maioritariamente” deve ser interpretado no sentido “de que se trata de «mais de metade».

O conceito de *dependência efetiva* poderá implicar ainda o exercer o controlo da respetiva gestão da entidade, por parte de um ente público, ou de poderem designar, direta ou indiretamente, mais de metade dos membros dos respetivos órgãos da administração, de direção ou de fiscalização.

Este critério do controlo de gestão, é entendido pelo TJCE – na esteira do Ac. *Adolf Truley* – que este “deve criar uma dependência do organismo em causa em relação aos poderes públicos, equivalente à que existe quando um dos outros dois critérios alternativos está preenchido, ou seja, um financiamento proveniente maioritariamente dos poderes público ou a nomeação por estes da maioria dos membros que compõem o órgão de administração, de direção ou de fiscalização deste organismo, de modo a permitir aos poderes públicos influenciarem as decisões do referido organismo em matéria de contratos públicos”. Assim sendo, parece um pouco contraditório, não se podendo validar certas decisões tomadas e posições anteriormente assumidas pelo STA já tendo considerado, designadamente no seu Acórdão de 8 de Outubro de 2002, Proc. n.º 1308/02, no âmbito da vigência do DL 59/99, que “equivaleria a uma situação de controlo de gestão o fato de as instituições particulares de solidariedade social estarem sujeitas à tutela do Estado”. É uma ideia contraditória à que se advoga no âmbito do direito europeu, e agora com a vigência do CCP.

Ainda em relação a este critério de controlo que poderá ser exercido por poderes públicos, importa ainda dizer que o ente público/adjudicador que exerça este controlo de gestão, deverá constar-se a existência desse controlo *ab initio*, só assim esse ente público poderá exercer uma verdadeira influência nas decisões da entidade em causa, antes mesmo de tomarem essas decisões definitivamente e antes de desempenharem qualquer tipo de atividade. Concordo com a autora CLÁUDIA VIANA quando afirma

que “o mero controlo de regularidade, ..., ou um simples controlo à posteriori”, será insuficiente, uma vez que não basta para concluir que existe de fato “um controlo de gestão”, já que este implica que seja permanente e deve resultar daí a possibilidade de um poder público influenciar as decisões do organismo em causa.²⁷

Quanto ao terceiro critério alternativo deste último requisito presente na subalínea ii) da alínea a) do n.º 2: “de os órgãos de administração, de direção ou de fiscalização da entidade em causa serem designados, mais de metade, por uma ou mais entidades adjudicantes”, não levanta questões de maior, embora seja de salientar que este poder de fiscalização, não deve ser encarada como uma situação de dependência total de uma entidade face a uma entidade adjudicante.²⁸

Em última instância, não se poderá elencar com precisão quais as diferentes entidades que podem ser sempre consideradas como entidades adjudicantes, devendo-se fazer sempre uma análise de cada caso concreto que se afigure, para ver se e em que medida estarão preenchidos, ou não, os requisitos cumulativos da alínea a) e respetivas subalíneas i) e ii) do n.º 2 do art. 2.º do CCP.

²⁷ Cláudia Viana, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra-Editora, 2007.

²⁸ Pedro Gonçalves, *Regime jurídico das empresas municipais*, Almedina, 2007.

CAPÍTULO VIII

ANÁLISE DO ARTIGO 3º DO CCP

O art.3º do CCP apresenta um elenco de entidades que são consideradas “contraentes públicos” para efeitos de aplicação do presente código. Em conjugação com este preceito legal, importará confrontar o disposto no nº 6 do art.1º do CCP que impõe a condição de para que um contrato seja qualificado como contrato administrativo é necessário, em primeiro lugar, que o mesmo seja celebrado por entre *contraentes públicos* ou então que, pelo menos num dos pólos esteja um *contraente público*, na acepção do art. 3º e 8º do CCP.²⁹ Sempre que haja a celebração de um contrato público entre *contraentes públicos*, tratar-se-á nesse caso de um contrato interadministrativo (como decorre da parte final do nº6 do art. 1º).³⁰

O conceito de *contraente público* definido no código pretende designar e especificar quais as entidades que têm capacidade específica de vinculação jurídico-administrativa e que, por isso, são considerados co-contraentes públicos, às quais é permitida o recurso à celebração de contratos administrativos.

Por conseguinte, é-lhes aplicável o regime previsto na Parte III do código, não apenas por se tratar de *contraentes públicos*, mas também pelo fato dos contratos em questão tratarem-se de contratos administrativos, sendo este critério – da natureza administrativa contrato – o critério definidor da aplicação do regime substantivo presente na Parte III do CCP.

Prosseguindo então com a análise do art. 3º do CCP, a alínea a) do seu nº 1 dispõe que serão contraentes públicos, as entidades referidas no nº 1 do art. 2º, ou seja, entidades que fazem parte do chamado setor público administrativo tradicional, que dispõem de personalidade jurídica pública, como já mencionei.

Já o disposto da alínea b) do nº 1 do mesmo artigo (e que interessa mais para a temática que está aqui a ser discutida) refere-se às entidades mencionadas no nº2 do art. 2º do CCP, já analisado no capítulo, sendo que estas *entidades adjudicantes* são consideradas igualmente *contraentes públicos* sempre que os contratos que celebrem sejam, por sua vontade, qualificados como contratos administrativos ou submetidos a

²⁹ Cfr. Art. 3º e 8º do CCP.

³⁰ Cfr. nº 6 do art. 1º CCP.

um regime substantivo de direito público³¹, noutras palavras, o código permite que estas entidades, quando celebrem um determinado contrato público, confirmem, por sua vontade, carácter de administratividade ao mesmo, qualificando-o especificamente como tal ou então, submetendo o mesmo ao regime de direito público, sendo-lhes assim, aplicável o regime substantivo da Parte III do CCP.

É de salientar que esta alínea b) deverá ser conjugada com o n.º 2 do art. 3.º, sendo que sempre que as entidades referidas neste n.º 2 celebrem contratos no *exercício de funções materialmente administrativas*, são sempre consideradas *contraentes públicos*, estando sempre possibilitado o recurso, por parte destas entidades, à contratação pública, nunca relevando pra tal a natureza jurídica destas, ou seja, mesmo que se trate de uma entidade de natureza privada, desde que esteja a exercer funções consideradas “materialmente administrativas”, são tidas como *contraentes públicos*.

Todas as situações que sejam susceptíveis de integrarem a disposição legal do art.3.º n.º2, as entidades em questão serão sempre consideradas *contraentes públicos*, e esse fato nunca está dependente da qualificação por vontade das partes (como acontece na alínea b) do n.º1 do art.3.º), mas sim da observação em cada caso concreto se a atuação destas entidades integra-se no “exercício de funções materialmente administrativas”

Esta previsão legal constitui uma ampliação do universo de entidades aqui consideradas, sendo o critério de natureza jurídico-publica irrelevante uma vez que, até as entidades de natureza privada podem recorrer à celebração de contratos administrativos ficando assim, abrangidos pelo regime substantivo, desde que preencham os requisitos legalmente definidos.³²

Fazendo-se uma conjugação da alínea a) do n.º 2 do art. 2.º do CCP, com o art.3.º, n.º2, é notório que ambos os preceitos legais levantam certas dúvidas susceptíveis de discussão, e em torno das quais, precisamente, este trabalho de investigação tomou rumo, em busca de alguns critérios definidores que possam ajudar a chegar a algumas

³¹ Cfr. b) do n.º 1 do art. 3 CCP

³² Gonçalo Guerra Tavares – Nuno Monteiro Dente, Código dos Contratos Públicos Comentado, vol. I, 2009 Almedina. Pág. 94 e ss.

conclusões e respostas, conjugando-se os diferentes requisitos que a alínea a) no nº 2 do art. 2º estabelece, bem como o art.3º, n.º2 ambos do CCP.

Uma vez já analisados os critérios presentes nas subalíneas da alínea a), n.º2 do art.2º, cumpre então dissecar um pouco e perceber o que o legislador intencionou ao estabelecer que: “são também contraentes públicos quaisquer entidades que, independentemente da sua natureza pública, celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas.”

Este preceito, em conjugação com outros, leva-nos a entender que pessoas colectivas privadas possam ser consideradas não apenas como *entidades adjudicantes* (como já afirmado na minha humilde opinião), mas também *contraentes públicos*, desde que atuem no exercício de poderes públicos que lhes hajam sido atribuídas.

A expressão “no exercício de funções materialmente administrativas” significa no exercício de atividades de funções públicas, com os respetivos poderes de autoridade que lhes são atribuídos. Este nº 2 vem reforçar a ideia que também os *particulares* podem ser *contraentes públicos*, quando celebrem os contratos no âmbito do exercício destas funções, reconhecendo-se assim a possibilidade de existência de contratos administrativos celebrados entre particulares apenas, sem estar presente uma entidade na natureza pública “por natureza” digamos assim.

Sempre que uma entidade particular esteja incumbida de funções que implique a satisfação de interesses gerais e esteja munida de poderes para desempenhar essas funções ditas “públicas”, é automaticamente qualificada pela lei como *contraente público* e, como tal, consequentemente, o contrato administrativo que outorgará, estará sujeito à Parte III do código.

Fora do âmbito de exercício destas funções, essa entidade já é considerada uma entidade particular como outra qualquer, sujeita apenas ao regime do direito privado, estando-lhe consequentemente vedada a possibilidade de recorrer à figura jurídica do contrato administrativo, mesmo que tal fosse a vontade da entidade privada – a não ser que esteja em causa entidades referidas na alínea b) do nº 1 do art.3º do CCP, sendo que nesse caso já seria viável o exercício dessa vontade, mesmo que se tratasse de uma entidade privada. Esta interpretação do art.3º é também sugestivo e serve igualmente de fundamento para a ideia que defendo aqui, mostrando mais uma vez a intenção do

legislador de permitir o recurso à contratação pública por excelência, não apenas às entidades públicas, mas também às entidades privadas, desde que preenchidos os requisitos e trâmites já mencionados e desenvolvidos.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho apresentado e da análise procedida, verifica-se efectivamente que o CCP admite a possibilidade de pessoas colectivas privadas possam recorrer à figura do contrato público.

Estas pessoas coletivas privadas, que vêm implicitamente referidas no código, dispondo a alínea a) do nº 2 do art. 2º: “quaisquer pessoas colectivas ... independentemente da sua natureza pública ou privada”, e o nº 2 do art. 3º: “independentemente da sua natureza pública ou privada”; são entidades com forma privada, ou seja, a sua forma organizatória é segundo o direito privado, não têm verdadeira natureza jurídica pública, embora o código admita que estas recorram à figura do contrato público, desde que verificados certos requisitos.

No entanto, não se poderá deixar de questionar: será que estas entidades privadas, com base no recurso a estes requisitos legais podem efectivamente recorrerem à contratação pública, e sendo assim, serem consideradas verdadeiras entidades administrativas? E se assim for, quais serão os critérios que devem ser considerados interpretados como definidores e relevantes? Qual será, no fundo, a verdadeira natureza jurídica destas entidades que atuam em tais circunstâncias?

Numa modesta tentativa de resposta a estas questões levantadas, procurei, com base nos critérios delimitados na lei, jurisprudência e doutrina citada ao longo deste trabalho, definir a natureza jurídica destas entidades privadas que vão, de certa forma, vivendo “às custas do Estado”.

Como já demonstrei ao longo e no desenvolver do presente trabalho, mostra-se clara a possibilidade de celebração de contratos administrativos entre particulares, isso será um ponto que poderá tomar-se como assente.

Na lição de SÉRVULO CORREIA sustenta-se que os particulares que detêm capacidade para praticar atos administrativos, podem também celebrar contratos administrativos. Penso que o mesmo se aplica em relação aos contratos públicos, sempre que verificados os requisitos a ter-se em conta nessas situações concretas, e daí ser-lhes aplicável, obrigatoriamente, as regras de procedimentos précontratuais que o código estabelece.

Começando pelo primeiro requisito enunciado na lei – o critério do fim – estabelecido pela primeira subalínea da alínea a), n.º2 do art. 2º do CCP, no qual se consideram ser *entidades adjudicantes*, entidades privadas que “tenham sido criadas...para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal, aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência”, querendo com isto significar que, como já referi, a atividade económica levada a cabo por essas pessoas colectivas não se submeta à lógica do mercado e da livre concorrência, entendendo-se que este critério *concorrencial* pressupõe uma natureza fungível à actividade desempenhada, com um valor económico. Ora, se essas entidades fossem criadas unicamente com esse fim concorrencial, seriam consideradas entidades privadas na sua forma pura, nunca podendo ser consideradas *entidades adjudicantes* (figuras públicas), estando-lhes vedado o recurso à contratação pública, só o podendo fazer no caso de terem como finalidade o desempenho de uma actividade que leve à satisfação de “interesses gerais”.

Considerando o exposto, importa no entanto, chamar a atenção para o fato de apesar deste critério do fim estabelecer que são *entidades adjudicantes* as pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada, tenham sido criadas para levarem a cabo a satisfação de interesses gerais, embora excluindo a natureza concorrencial da atividade desempenhada por estas, uma vez que o legislador define que não tenham carácter industrial ou comercial, em nada afeta ou contraria a natureza concorrencial que está implícita à aplicação do CCP, uma vez que, e como já referido em capítulos anteriores, o critério definidor para a qualificação de um contrato como contrato público é o critério da natureza concorrencial, entendendo-se como tal (e tendo em atenção o disposto no art.16º do CCP) os contratos cujas prestações se considerem suscetíveis de serem submetidas à concorrência do mercado, sendo nesse caso aplicável a Parte II do CCP que define os procedimentos pré-contratuais a serem observados. Fazendo uma última referência a este respeito, ao art.17º do CCP, que nos ajuda a perceber este critério *concorrencial* estará presente sempre que as prestações provenientes do contrato tenham natureza fungível e apresentem um valor económico, atribuindo inclusivamente, um valor ao contrato. É importante que isto não se confunda com a exclusão da natureza concorrencial mencionado no critério do fim estabelecido na subalínea i), da alínea a), do n.º 2 no art.2º, uma vez que se tratam de questões diferentes.

Porquanto, voltando à análise do critério mencionado no artigo supra referido, creio que este requisito do fim não é suficiente, quando singularmente considerado, para definir possíveis entidades privadas que estejam nesta situação, como entidades administrativas, nomeadamente *entidades adjudicantes*, como mencionado no art. 2º ou *contraentes públicos* como refere o art. 3º. Apesar de que este critério do fim conjugado com a existência da atribuição de poderes públicos, por parte dessa entidade privada, já nos aproximamos mais de uma figura pública.

Com esta expressão de “poderes”, refiro-me às situações em que exista uma investida de poderes públicos nessa entidade privada, por parte de uma entidade pública. Justificando a minha humilde opinião, e seguindo o pensamento de PEDRO GONÇALVES, concordo com o autor quando este afirma “uma lei que, eventualmente atribuísse a uma entidade privada capacidade para praticar atos administrativos revelar-se-ia inconsequente se não investisse essa mesma entidade de poderes públicos de decisão. Deve por isso entender-se que a entidade beneficiária apenas fica autorizada a administrativizar os contratos que celebra na execução direta das funções públicas de que esteja incumbida: a capacidade para celebrar contratos administrativos não pode ser exercida para a prossecução de fins privados ou, de qualquer modo, fins alheios ao interesse público.”

Este autor afirma ainda que “a circunstância de uma entidade privada se encontrar investida de funções públicas não basta, pois, para considerá-la autorizada a celebrar contratos administrativos; mas isso não significa que se possa prescindir da ideia segundo a qual se qualificam como administrativos apenas os contratos que ela celebra ao abrigo de normas que expressamente se lhe dirigem enquanto titular de funções públicas. Este constitui, na verdade, um requisito essencial, o qual, além do mais, esclarece que, decisivo nesta matéria, é o critério estatutário e não o critério do objectivo.”³³

Quanto aos restantes critérios definidos na lei, nomeadamente o critério do financiamento creio que nos casos em que apenas esteja presente este critério, este mostra-se insuficiente para considerar uma entidade privada, como entidade

³³ Pedro Gonçalves, “*Entidades Privadas com poderes públicos*”. *Exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Almedina – reimpressão da edição Out./2005 (2008); pp 1063 e ss.

administrativa e recorrendo a um exemplo que talvez possa esclarecer este meu entendimento: imaginando um grupo de particulares que se reúne para angariar fundos para uma associação de carácter civil, e essa tentativa de angariação de fundos revela-se frustrada e uma entidade pública decide, então, financiar com “dinheiros públicos”, esta associação privada, não me parece que isso tornará a dita associação numa entidade administrativa. É certo que o Tribunal de Contas iria *perseguir* os “dinheiros públicos”, mas a este não lhe interessa a natureza jurídica da entidade para a qual o dinheiro foi revertido, mas somente o destino e intenção de uso desses “dinheiros públicos”

O critério do financiamento é defendido como requisito suficiente no âmbito do direito da UE para se poder afirmar estar mediante um *organismo de direito público*, como já foi aqui analisado. Talvez esteja na lógica deste pensamento um melhor controlo destes “dinheiros públicos”, e controlar ou até conter os seus gastos, mas creio que este critério é insuficiente por si só, e deverá ser sempre conjugado com critério do controlo que também está definido no CCP, sendo que nas situações em que existe o critério do fim e do financiamento, presume-se o controlo que uma entidade pública irá exercer sobre essa entidade privada.

De facto, este critério do controlo revela ser um critério sólido, que por si só será suficiente para se poder afirmar que a entidade privada em causa possa efectivamente ser considerada uma entidade administrativa. Sem dúvida que os poderes de intervenção através da superintendência e supervisão são muito fortes e mais relevantes em comparação com a mera existência de simples prerrogativas de direito público (ou de manifestações de vontade no sentido de se sujeitarem às normas de direito público).

Concordo com o que vem referido no CPA anotado quando refere que “para poder ser sujeito administrativo de um contrato administrativo basta, pois, que o ente jurídico-privado (ou com forma jurídico-privada) se encontre adstrito por título jurídico-público ao exercício de uma actividade que, por lei ou por natureza, deva ser realizada (total ou parcialmente) em regime jurídico-administrativo, ou seja, que se trate de entes de direito privado e regime administrativo: nessa parte, tais particulares podem ser sujeitos administrativos de um contrato administrativo e ligarem-se administrativamente com outros particulares, ficando (nessa medida) supra-ordenados juridicamente em

relação a estes, como o ficaria o ente público principal, que celebrasse o mesmo contrato.”³⁴

Na minha despreziosa opinião, deverá sempre prevalecer o critério do controlo, mesmo que este seja conjugado com os demais requisitos referidos na lei – do fim e do financiamento - uma vez que estes se revelam insuficientes e débeis quando considerados singularmente, sem a presença do requisito do controlo.

Fazendo uma última referência ao nº2 do art. 3º, nos casos em que estejam em causa entidades privadas, estas serão sempre consideradas então *contraentes públicos*, quando tenham por objecto matérias relativas ao “exercício de funções materialmente administrativas”, sendo que fora do exercício destas funções são consideradas entidades particulares como outras quaisquer, não beneficiando de nenhuma prerrogativa de direito público, estando-lhes então vedada a possibilidade de celebrar um contrato administrativo.

Não obstante, o fato é que o legislador do CCP empregou a expressão “independentemente da sua natureza pública ou privada”, não apenas na definição de *entidades adjudicantes*, bem como na definição de *contraentes públicos*, querendo com isso possibilitar, claramente, a intervenção de entidades privadas (apenas em situações específicas e observados todos os critérios legais), no âmbito do direito público, podendo, na medida do legalmente imposto e permitido, recorrer à contratação pública.

³⁴ NOTA DE RODAPÉ: Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e João Pacheco de Amorim, *O Código de Procedimento Administrativo*, 2º Edição Actualizado, revisto e aumentado, Almedina, 1997, pp 813 e ss

BIBLIOGRAFIA

RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz da concorrência*, in CJA n° 69 Maio/Junho 2008

GONÇALO GUERRA TAVARES – NUNO MONTEIRO DANTE, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, vol I, 2009 Almedina.

JOÃO CAUPERS, *Âmbito de aplicação subjectiva do Código de contratos Público*, in CJA n° 64 Julho/Agosto 2007

COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, 2008, pág. 36 e ss.

COLAÇO ANTUNES, *A Teoria do Acto e da Justiça Administrativa. O novo contrato natural*. Almedina. 2006

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, vol. II, Coimbra 2001*

VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, pág. 255 e ss.

PEDRO GONÇALVES, em *O Contrato Administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Almedina, 2003, p. 53

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral Actividade Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, 2006.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, VOL. I, Almedina-Coimbra, Lisboa 1980

SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina-Coimbra, 1987

PAULO OTERO, “*A Administração Pública nacional como administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-membros do direito comunitário*”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra 2002.

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Almedina, 2006, pág. 72 e ss

JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *os “organismos de direito público” e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. I, FDUL, Coimbra Editora, 2006

CLAÚDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra-Editora, 2007.

PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, Almedina, 2007.

PEDRO GONÇALVES, *“Entidades Privadas com Poderes Públicos”. Exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Almedina – reimpressão da edição Out./2005 (2008).

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES E JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O Código de Procedimento Administrativo*, 2º Edição actualizada, revista e aumentada. Almedina. 2007.

J. M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios en la Unión Europea*. Bosch. 2005.

D. MARRAMA, *Contributo suul’interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»*, *Diritto Amministrativo*. 2000.

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Arenzadi, 2002.

SANTIAGO GONZÁLEZ- VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Europeo*.

CLASSEN, C.D., *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1996.

COING, HELMUT, *Europäisches Privatrecht*, vol. I (1985), vol. II (1989), München