

BREVES NOTAS^[1] SOBRE A EXTENSÃO DO ÂMBITO DE CONTRATAÇÃO NOS SECTORES ESPECIAIS

(À FORMAÇÃO DOS CONTRATOS A CELEBRAR PELAS ENTIDADES
ADJUDICANTES PREVISTAS NO N.º 2 DO ARTIGO 2.º DO CÓDIGO DOS
CONTRATOS PÚBLICOS)

Carlos de Almeida Farinha^[2]

Temos presente que estas questões, apesar de não serem, verdadeiramente, “novas” para os advogados e jurisperitos mais *focados* na área da contratação pública, têm deixado o debate em aberto, há já alguns anos se evidenciando em argumentos que continuam a *esgrimir-se*, inclusivamente em processos de inúmeras entidades adjudicantes junto do Tribunal de Contas.

Entendemos, por isso, poder ser útil tentar sumariar o que, no essencial, tem resultado da prática dos casos concretos e da constatação (de permanência) de uma *nuvem* ainda existente no nosso ordenamento jurídico, primordialmente à luz do Código dos Contratos Públicos (CCP)^[3] quanto à *vexata quaestio* que consiste em

[1] Desde logo, um esclarecimento e um agradecimento: não temos a pretensão de *esgotar* o tema (por isso destacamos o plano de “breves notas...”). Depois, em concretização de elementar *dever deontológico*, enquanto no desenvolvimento da profissão, vinculados ao dever especial de sigilo, próprio dos casos concretos e das partes que representamos, nem sempre identificaremos, no texto as decisões concretas do Tribunal de Contas, designadamente nas situações de *visto prévio* em que interviemos – quando não publicadas, apenas às mesmas aludiremos para sustentar as cautelas que evidenciamos, acreditando que a nossa referência suscite a confiança de que as mesmas existem, de facto. De outro modo, exporíamos as situações concretas que patrocinamos. Finalmente, o agradecimento vai (por *horas de discussões* em torno da complexidade do direito da contratação pública) para o Dr. **Pedro Jorge Januário Dourado Ramos** (sem ele, esta reflexão não teria sido possível) ilustre jurista, quantas vezes o alicerce da credibilidade técnica do que sustentamos no presente artigo jurídico.

[2] Sócio de capital e administrador da “MSAF - Morais Sarmiento, Almeida Farinha & Associados, Sociedade de Advogados SP, RL”. Consultor jurídico de diversas entidades públicas e privadas, desenvolvendo ações na área do Planeamento, Urbanismo, Construção, Empreitadas de Obras Públicas e Parcerias Público-Privadas. Publicou os volumes “Poder Local - Pareceres Jurídicos”, I e II, 1997 e 1998; “A Constituição e o Sistema Eleitoral nas Regiões Autónomas e os círculos plurinominais inconstitucionais”, 2002; “Direito Administrativo e Poder Local, 2006”; “Programa de Concurso de Empreitadas de Obras Públicas – Modelo-Tipo”, 2010, sendo autor de diversos artigos sobre temas jurídicos em jornais e revistas de especialidade.

[3] Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, com as seguintes alterações, por ordem decrescente:

1. [Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020 - Diário da República n.º 56/2020, Série I de 2020-03-19](#)
2. [Decreto-Lei n.º 170/2019 - Diário da República n.º 233/2019, Série I de 2019-12-04](#)
3. [Decreto-Lei n.º 33/2018 - Diário da República n.º 93/2018, Série I de 2018-05-15](#)
4. [Declaração de Retificação n.º 42/2017 - Diário da República n.º 231/2017, Série I de 2017-11-30](#)
5. [Declaração de Retificação n.º 36-A/2017 - Diário da República n.º 209/2017, 2.º Suplemento, Série I de 2017-10-30](#)

saber como deva ser concretamente *procedimentalizada* - em bom rigor - *publicitada* - a contratação a que as entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP podem recorrer quando exercem uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, comumente denominados por *setores especiais*, sempre que aquelas contratações digam *direta e principalmente* respeito a uma ou várias dessas atividades e, por consequência, possa ser convocado o regime *mais favorável* de contratação apontado nos artigos 11.º e 12.º^[4] do CCP.

-
6. [Decreto-Lei n.º 111-B/2017 - Diário da República n.º 168/2017, 2.º Suplemento, Série I de 2017-08-31](#)
 7. [Decreto-Lei n.º 214-G/2015 - Diário da República n.º 193/2015, 3.º Suplemento, Série I de 2015-10-02](#)
 8. [Decreto-Lei n.º 149/2012 - Diário da República n.º 134/2012, Série I de 2012-07-12](#)
 9. [Lei n.º 64-B/2011 - Diário da República n.º 250/2011, 1.º Suplemento, Série I de 2011-12-30](#)
 10. [Decreto-Lei n.º 131/2010 - Diário da República n.º 240/2010, Série I de 2010-12-14](#)
 11. [Lei n.º 3/2010 - Diário da República n.º 81/2010, Série I de 2010-04-27](#)
 12. [Decreto-Lei n.º 278/2009 - Diário da República n.º 192/2009, Série I de 2009-10-02](#)
 13. [Decreto-Lei n.º 223/2009 - Diário da República n.º 177/2009, Série I de 2009-09-11](#)
 14. [Lei n.º 59/2008 - Diário da República n.º 176/2008, Série I de 2008-09-11](#)
 15. [Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008 - Diário da República n.º 62/2008, 1.º Suplemento, Série I de 2008-03-28](#)

[4] Artigo 11.º

Âmbito da contratação nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

1 - A parte ii do presente Código só é aplicável à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º desde que:

- a) Esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou a várias das atividades por elas exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e
- b) O objeto desses contratos abranja prestações típicas dos seguintes contratos:
 - i) Empreitada de obras públicas cujo valor seja igual ou superior ao limiar referido na alínea a) do n.º 4 do artigo 474.º;
 - ii) Concessão de obras públicas;
 - iii) Concessão de serviços públicos;
 - iv) Locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços cujo valor seja igual ou superior ao limiar referido na alínea b) do n.º 4 do artigo 474.º;
 - v) Aquisição de serviços sociais ou outros específicos enumerados no anexo ix ao presente Código, cujo valor seja igual ou superior ao limiar referido na alínea c) do n.º 4 do artigo 474.º

2 - A parte ii do presente Código é sempre aplicável à formação de contratos, a celebrar por quaisquer entidades adjudicantes, quando estes digam direta e principalmente respeito a uma ou a várias das atividades por elas exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, nos seguintes casos:

- a) Contratos de aquisição de serviços de carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal;
- b) Contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à coprodução de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão.

3 - A parte ii do presente Código é sempre aplicável à formação dos seguintes contratos, a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, quando estas exerçam uma ou várias atividades no sector da água:

- a) Contratos relacionados com projetos de engenharia hidráulica, de irrigação ou de drenagem, desde que o volume de água destinada ao abastecimento de água potável represente mais de 20

Desde logo, estamos a reportar aquelas entidades adjudicantes que não são, diretamente, tidas como pertencendo aos *sectores especiais* - são, pelo contrário, entidades abrangidas pelo n.º 2 do artigo 2.º do CCP, mas que, porque podem desenvolver atividades próprias daqueles setores especiais, assim também podem beneficiar do seu respetivo regime, ou seja, para o que verdadeiramente importa, igualmente do regime estabelecido no artigo 11.º do CCP.

Recorde-se, pois, que, por referência aos denominados *setores especiais* (*da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*) e por aplicação das Diretivas Comunitárias relativas à *coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*[5], o legislador do CCP estipula, no n.º 1 do seu artigo 7.º, que são *entidades adjudicantes*, logo submetidas[6] igualmente à Parte II do mesmo Código:

- a) *Quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º, ainda que criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, com carácter industrial ou comercial, que exerçam uma ou várias atividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e em relação às quais qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º possa exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante;*
- b) *Quaisquer pessoas coletivas não abrangidas pelo artigo 2.º que gozem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito*

% do volume total de água fornecida de acordo com aqueles projetos ou por instalações de irrigação ou de drenagem;
b) (Revogada.)

Alterações

Alterado pelo Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 - Diário da República n.º 168/2017, 2º Suplemento, Série I de 2017-08-31, em vigor a partir de 2018-01-01

Artigo 12.º

Extensão do âmbito da contratação nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

À formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º que exerçam uma ou várias atividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais são aplicáveis as regras especiais previstas no presente Código relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou a várias dessas atividades.

[5] DIRETIVA 2014/25/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE

[6] “Embora com um regime mais flexível, que se consubstancia essencialmente na liberdade de escolha do procedimento de negociação em alternativa ao concurso público e ao concurso limitado (cf. Artigo 33.º, n.º 1 do CCP, (...))” - Gonçalo Guerra Tavares, Nuno Monteiro Dente, in “Código dos Contratos Públicos – âmbito da sua aplicação”, Almedina, pp 72; e Gonçalo Guerra Tavares, em “Comentário ao Código dos Contratos Públicos, Almedina, pp 116.

de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional e que tenham por efeito:

- i) Reservar-lhes, isolada ou conjuntamente com outras entidades, o exercício de uma ou várias atividades nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais; e*
- ii) Afetar substancialmente a capacidade de quaisquer outras entidades exercerem uma ou várias dessas atividades;*
- c) Quaisquer pessoas coletivas constituídas exclusivamente por entidades adjudicantes referidas nas alíneas anteriores ou que sejam por elas maioritariamente financiadas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades, desde que se destinem ao exercício em comum de actividade nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.*

E, no nº 2 do mesmo artigo 7º do CCP, o legislador determina que, *para os efeitos do disposto na alínea a) do número anterior, considera-se que uma entidade adjudicante pode exercer influência dominante quando detiver, nomeadamente, a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito de designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, de direção ou de fiscalização.*

Aquelas entidades adjudicantes (do artigo 7º do CCP) não são, como ora se evidencia, as previstas no nº 2 do artigo 2º do CCP, ou seja não são entidades que, como estas últimas, sejam passíveis de se reconduzir, *v.g.* ao conceito de “*organismo de direito público*”, tal qual este conceito tem sido tratado pela doutrina e pela jurisprudência[7].

[7] Em regra, como sabemos, não atuam no mercado numa situação de livre e plena concorrência com outros operadores económicos, são criados para, no âmbito da “persecução específica de necessidades públicas” que se identificam com as respetivas atribuições, satisfazer *necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial*, relevando de atividades não submetidas à lógica do mercado e da livre concorrência pura e, amiúde, atenta a especial e exclusiva participação de entidades estaduais/regionais/autárquicas no seu capital social, não suportando as eventuais perdas associadas ao exercício das mesmas atividades. Ou seja - e por outras palavras - reconduzem-se (e integram) (a) o conceito de *organismo de direito público*, tal como este tem vindo a ser consagrado pelo direito comunitário e é acolhido pelo CCP.

Hoje, a DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revogou a Diretiva 2004/18/CE, faz sobressair, no ponto (10) das suas disposições introdutórias que “o conceito de «autoridades adjudicantes» e, em particular, o de «organismos de direito público» foram examinados diversas vezes na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. A fim de clarificar que o âmbito de aplicação *ratione personae* da presente diretiva se deverá manter inalterado, afigura-se conveniente manter as definições em que o Tribunal de Justiça se baseou e integrar um certo número de precisões, conferidas pela referida jurisprudência, que são essenciais para a compreensão das próprias definições, sem intenção de alterar a compreensão do conceito tal como elaborado pela jurisprudência. Para o efeito, importa esclarecer que um organismo que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua atividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito

Trata-se, na verdade, de “*quaisquer empresas ou sociedades anónimas públicas (estatais ou municipais) que operem nos sectores especiais e que não sejam qualificáveis como organismos de direito público (...). Ou seja, pretende-se abranger empresas (públicas) que actuem no mercado numa situação de plena concorrência com os restantes operadores económicos*” e/ou empresas “*que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais com direitos especiais ou exclusivos (que reservam para elas as actividades exercidas) e ou afectem de forma substancial a capacidade de outras empresas exercerem essas mesmas actividades (cf. subalíneas i e ii da mencionada alínea b do artigo 7º do Código)*”[8]

Sobre a *extensão do âmbito nos setores especiais* (da contratação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais) às entidades adjudicantes previstas no nº 2 do artigo 2º do CCP, indica-nos o artigo 12º do Código, desta feita

público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas como tendo carácter industrial ou comercial./Do mesmo modo, a condição relativa à origem do financiamento do organismo em causa foi igualmente objeto de jurisprudência, que clarificou nomeadamente que por «financiado maioritariamente» se entende financiado em mais de metade, e que este tipo de financiamento pode incluir pagamentos impostos, calculados e cobrados aos utilizadores de acordo com as regras de direito público.”

Neste particular, já a anterior Diretiva (2004/17/CE), na alínea a) do nº 1 do seu artigo 2º, e a anterior Diretiva 2004/18/CE, no nº 9 do seu artigo 1º, ambas de 31 de Março de 2004, consideravam «Organismo de direito público», como sendo qualquer organismo:

- *criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial,*
- *dotado de personalidade jurídica e*
- *cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.*

Também nas *disposições preambulares do diploma de aprovação do CCP* (o DL nº 18/2008, de 29/1) o legislador faz sobressair que, *relativamente ao âmbito subjectivo 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, pois, a sujeição das entidades instrumentais da Administração Pública às regras dos procedimentos pré-contratuais públicos. Concretamente, inclui-se no âmbito subjectivo de aplicação qualquer pessoa colectiva que, independentemente da sua natureza pública ou privada, tenha sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, e que seja financiada maioritariamente pelas entidades adjudicantes do sector público administrativo tradicional ou esteja sujeita ao seu controlo de gestão ou tenha um órgão de administração, direcção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de metade designados, directa ou indirectamente, por aquelas entidades. Acrescentando-se, a título explicativo, que são consideradas pessoas colectivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, aquelas cuja actividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência.* Nessa medida, em matéria de *contratação pública*, as entidades adjudicantes referidas no nº 2 do artigo 2º do CCP estão sujeitas à disciplina aplicável à contratação Pública estabelecida na Parte II do CCP.

[8] Gonçalo Guerra Tavares, Nuno Monteiro Dente, in “Código dos Contratos Públicos – âmbito da sua aplicação”, Almedina, pp 75 e 78; e Gonçalo Guerra Tavares, em “Comentário ao Código dos Contratos Públicos”, Almedina, pp 117.

na versão *Revista/2018* que “À formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2º que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais são aplicáveis as regras especiais previstas no presente Código relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7º, desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou a várias dessas atividades.” [9]

Assim, sublinha-se de novo, aos contratos celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2º do CCP não é aplicável, *originariamente* e por princípio-regra, o regime dos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, porquanto as mesmas não se enquadram em nenhuma das categorias de entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º do Código dos Contratos Públicos, sendo-lhes, por consequência, aplicável o *regime geral* de formação dos contratos evidenciado na Parte II do CCP, embora possam também vir a beneficiar, fundamentadamente, do regime *mais flexível* de contratação, nomeadamente conforme o previsto no artigo 11º do CCP.

O que nos conduz à antecipação de uma primeira conclusão, tal seja a de, em função do valor do contrato concretamente estimado em determinados procedimentos, a Parte II do Código poder não ser logo imediatamente considerada para a sua formação, precisamente por aquele valor ser inferior aos *limiares* atualmente previstos nas diversas subalíneas da alínea b) do n.º 1 do artigo 11º do CCP – cfr. Mário Esteves de Oliveira, e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública” (colaboração de Miguel Neiva de Oliveira), Almedina, pp 141-142), o que significa que o regime dos chamados *setores especiais* apenas será aplicável de forma *derivada* a um contrato celebrado pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2º do CCP, isto é, apenas *se e quando e nos termos* em que estas entendam, fundamentadamente, submeter esse contrato ao regime previsto nos artigos 7.º a 15.º do CCP – e sempre na perspetiva de, com isso, se conferir ou ver reconhecida uma prerrogativa de maior *flexibilidade de contratação*, de não aplicação imediata da Parte II do CCP às entidades que, justificadamente, possam beneficiar daquela *prerrogativa*, conforme ao disposto nos arts. 11º e 12º do CCP.

A haver alguma “vantagem” (naquela *extensão de regime*), a par do reconhecimento fundamentado das razões pelas quais a atividade que estiver concretamente em apreço deva beneficiar da extensão do regime previsto para as entidades contempladas pelo artigo 7º do CCP, será, desde logo, a de uma menor “burocratização”, digamos deste modo, para simplificação de análise, do procedimento de contratação, por inaplicabilidade da Parte II do CCP.

[9] Já no Regime Jurídico dos Contratos Públicos da Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA), aprovado pelo Decreto Legislativo Regional (DLR) n.º 27/2015/A, de 19 de dezembro, dispensou-se a verificação duma **relação direta e principal** do contrato com uma das atividades dos setores especiais, bastando-se que se verifique essa relação, mesmo que indiretamente:
“Artigo 11.º

Extensão do âmbito da contratação nos setores da água, da energia e dos transportes

Sem prejuízo pelo disposto no artigo 12.º do Código dos Contratos Públicos, à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes regionais que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia e dos transportes, são aplicáveis as regras especiais previstas naquele Código, relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º desse mesmo Código, desde que esses contratos digam respeito a uma ou a várias dessas atividades.”

Aliás, recorde-se que, de acordo com o entendimento decorrente de conhecidas decisões do Tribunal de Contas em variados processos de *fiscalização prévia* de contratos, relativamente à aplicabilidade do regime dos setores especiais, sempre se mostrou essencial a justificação e cabal demonstração dos pressupostos dessa subsunção, sob pena de, não se verificando os respetivos pressupostos, o procedimento pré-contratual dever obedecer ao estabelecido na Parte II do CCP – sempre seria esta a consequência, quando a entidade adjudicante não demonstrasse o preenchimento dos requisitos necessários para a extensão desse regime nos termos referidos no artigo 12.º do CCP.

Ou seja, a extensão do regime dos setores especiais aos contratos celebrados por entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP será uma *faculdade* apenas possível se se demonstrar estarem concretamente reunidos os pressupostos definidos no artigo 12.º do CCP.^[10] Desse modo, não sendo *atuada* tal *faculdade*, deverá, pois, o procedimento pré-contratual seguir o regime aplicável nos termos gerais, o regime previsto na Parte II do Código, designadamente adotando o procedimento de contratação que ao caso couber, v.g. de acordo com o estabelecido nos artigos 18º e seguintes do CCP.

No quadro das contratações ao abrigo do regime próprio dos *sectores especiais*, para o efeito de realização de obras, aquisição de serviços e bens, e locação que relevem desses setores especiais pode, assim, sempre fundamentadamente, a entidade adjudicante que se insira na previsão do n.º 2 do artigo 2º do CCP vir a beneficiar do regime *especial* ou mais *flexível* de contratação (v.g., o que resulta, conjugadamente, dos artigos 12º e 11º, b) do CCP, o que, inclusivamente, sustenta o cenário de, em função da matéria e do valor concretamente em causa (ABAIXO DOS LIMIARES COMUNITÁRIOS referidos no citado artigo 11º), total inaplicabilidade, como se disse, da Parte II do CCP às contratações.

Colocar-se-á, porém, a questão *da concorrência*, porquanto, nomeadamente o Tribunal de Contas, usa recomendar às entidades adjudicantes que a devam ter sempre por *diapásão* mesmo nesses casos em que a contratação se encontra *excecionada* da Parte II do CCP – ou seja, *na prática*, mais uma vez, pode haver um procedimento de adjudicação sem *recurso formal* a qualquer procedimento da Parte II do CCP, desde que, no respeito dos *limiares* indicados no artigo 11º do CCP e no respeito da necessária fundamentação prevista no artigo 12º do mesmo CCP, haja consulta a mais do que um agente económico no mercado. *Na prática*, chamamos a isto uma forma de, por um procedimento do tipo de uma “consulta prévia” (ao mercado), se adotar o procedimento de contratação em concreto. Mas, como dizemos, *na prática*...

Do contrário o facto de as entidades adjudicantes adotarem um procedimento que *não integre qualquer nível de concorrência* e que possa ser identificado como *fora de um ambiente concorrencial*, *permitirá a conclusão*^[11] de ***não existirem garantias de que a entidade adjudicante colha especiais benefícios das condições particulares de que dispõe o adjudicatário, nomeadamente quanto ao preço que vai pagar, considerando-se ainda que a entidade adjudicante deve assegurar aos potenciais concorrentes um grau de publicidade adequado (determinado em função das características***

[10] Ou do artigo 11.º do citado Regime Jurídico dos Contratos Públicos da Região Autónoma dos Açores (R)CPRAA), aprovado pelo Decreto Legislativo Regional (DLR) n.º 27/2015/A, de 19 de dezembro.

[11] Tal como tem sustentado o Tribunal de Contas em processos concretos de *visto prévio* em procedimentos de contratação em que intervimos...

da contratação a realizar), que promova uma abertura à concorrência, só sendo de admitir a realização de procedimentos fechados quando não haja alternativa concorrencial possível.

O Tribunal de Contas usa, ainda considerar que a realização de procedimentos que não façam apelo à concorrência, sendo esta possível, é suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato.

Por outro lado, em matéria de transparência/publicitação, acerca de diferentes graus de exigência de publicidade e concorrência, se temos para nós certo que - e acompanhando-se entendimentos abalizados (cfr., por exemplo, a Advogada-Geral Christine Stix-Hackl) -, se pode preconizar que “é óbvio que esta obrigação [ndr: de assegurar um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência] deve ser cumprida não apenas no contexto de adjudicações que escapam ao âmbito de aplicação da Directiva (...) mas também de adjudicações que, por outros motivos, não são reguladas por esta ou por outras directivas em matéria de contratos públicos (...) - [e acrescentando-se] - apenas a título de esclarecimento, que não se aplica a mesma bitola a todas as adjudicações, independentemente do seu objecto e do seu valor^[12];

E que, com a mesma Advogada, “o entendimento segundo o qual a adjudicação sem aviso (de concurso) e o estabelecimento de contactos directos com certas empresas são, de maneira geral, inadmissíveis não pode ser acolhido, porque mesmo as directivas em matéria de contratos públicos estabelecem excepções a esta obrigação de publicidade;

E, ainda, que “(...) se o direito primário exigisse sempre um aviso de adjudicação, as entidades adjudicantes estariam sujeitas a regras mais rigorosas fora do âmbito de aplicação das directivas em matéria de contratos públicos que dentro dele,^[13] não é menos certo que, da Comunicação Interpretativa da Comissão 2006/C 179/02, também resulta o entendimento seguinte:

O TJCE refere expressamente que «ainda que tais contratos estejam excluídos do âmbito de aplicação das directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado»^[14]

Assim, segundo ainda a Comissão:

Se a entidade adjudicante chegar à conclusão que o contrato em questão é pertinente para o mercado interno, terá de proceder à respectiva adjudicação no respeito dos princípios fundamentais do direito comunitário.^[15]

[12] Conclusões apresentadas em 14 de Setembro de 2006, Processo Comissão/Irlanda, n.º C-532/03, Coletânea da Jurisprudência, 2007, página I-11353.

[13] *Idem* (sublinhado nosso). Apesar de, no texto de onde se retiram as passagens citadas, a autora não desenvolver ao limite a ideia nelas explanada, as mesmas servem, ainda assim, para traduzir a ideia base que com elas se pretende ilustrar: face à divergência de regimes prevista na, então, Directiva 2004/17/CE e CCP quanto a contratos de sectores especiais, conforme estes fossem de valor inferior ou igual/superior ao limiar definido, será de admitir que as exigências de publicidade e concorrência não coincidam, naturalmente.

[14] Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, publicada no Jornal Oficial da União Europeia n.º C 179/2, de 01-08-2006.

[15] Comunicação Interpretativa da Comissão n.º 2006/C 179/02, de 01-08-2006.

E também é um facto, o despertar da jurisprudência do Tribunal de Contas no sentido de preconizar que, “*mesmo quando os procedimentos típicos estabelecidos nas directivas ou na legislação nacional não sejam aplicáveis, a entidade pública está vinculada a adotar práticas de contratação que salvaguardem a concorrência.*”^[16]

Sem embargo, enfatizamos nós, sempre será de evidenciar que as exigências de publicidade não serão certamente as mesmas, como se se tratasse da formação de um contrato a que fossem aplicáveis as *Diretivas-Contratos* em toda a sua expressão *concursal-procedimental* – como, aliás, se retira do mesmo Aresto quando nele se lê que “*(...) teria também de demonstrar-se inequivocamente no caso concreto que não podia utilizar-se qualquer forma de concorrência, mesmo que mitigada.*”^[17]. Parecem, mesmo, resultar *exigências*, v.g. do Tribunal de Contas, que a própria lei material reguladora da contratação pública (CCP) afasta, o que, quanto a nós, contribui para uma assinalável *insegurança jurídica*, uma vez que as entidades adjudicantes, ao estribarem-se na letra da lei (citados artigos 11º e 12º do CCP) – e presumindo-se uma sua atuação de boa fé -, não pretenderão furtar-se ao cumprimento dos princípios essenciais da contratação pública, mas tão-só colher os benefícios de um regime que haveria de ser tido, em toda a sua plenitude, por reconhecidamente mais *flexível*, no quadro do que os próprios normativos estipulam.

Nesse sentido, também importa reter, com igual importância, o entendimento da Comissão, produzido no mesmo âmbito, sobre a relevância dos contratos para o Mercado Interno:

Os princípios derivados do Tratado CE apenas se aplicam às adjudicações de contratos que tenham uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno. A este respeito, o TJCE considerou que, em determinados casos, «devido a circunstâncias especiais, tais como um interesse económico muito reduzido», uma adjudicação de contrato pode não apresentar qualquer interesse para operadores económicos localizados em outros Estados-Membros. ^[18]

Face ao disposto no artigo 15.º da Diretiva 2014/25/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 26 de fevereiro de 2014 (“*Diretiva setores*”) e no artigo 11.º n.º 1, als. *a)* e *b)*, *subals. i)*, *iv)* e *v)* do CCP, impõe-se ponderar se o *interesse económico reduzido* não corresponderá a um valor contratual inferior ao limiar em vigor.

Apesar de não existir um critério objetivo definido expressamente, será de admitir uma resposta afirmativa à questão, lembrando o que dispõe a legislação nacional.

Na verdade, nos termos dos artigos 19.º, al. *b)* e 20º, al. *b)*, do CCP, o **curso público ou o curso limitado por prévia qualificação**, mesmo **não sendo publicitados no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)** nos casos ali mencionados, **permitem celebrar contratos com valores inferiores aos limiares a partir dos quais se imporiam procedimentos de concursos internacionais**. Ou seja, resulta de tais disposições que o legislador presume que **um contrato de valor**

[16] Acórdão n.º 39/2010 – 3 de Novembro – 1.ª S/SS, publicado n DR, 2.ª Série, n.º 251, de 29 de Dezembro de 2010, pp. 63089.

[17] *Idem*, pp. 63090.

[18] *Idem*, anotação [12].

inferior aos limiares internacionais não tem relevância para o mercado interno da União, o interesse económico que lhe estará subjacente não interessará aos operadores económicos de outros Estados-Membros. **Não sendo assim, o legislador não permitiria que um contrato abaixo dos limiares pudesse ser adjudicado sem que esta adjudicação fosse sempre precedida de publicidade internacional** – ou é relevante para o mercado interno europeu, e portanto deve ser sujeito a publicidade internacional, ou então não é relevante, permitindo-se a sua adjudicação sem que disso se dê conhecimento aos operadores de outros Estados-Membros. [19]

Não obstante tal posição parecer mais consentânea com o que dispõe a lei reguladora da contratação pública, admite-se, a título meramente hipotético e por mera cautela de raciocínio, que o *limiar* possa não ser o critério único a ser convocado para o efeito da questão subjacente a esta nossa reflexão, mas, em tal caso, não deixará de ter um elevado peso na definição do que terá *interesse económico relevante* para o mercado interno europeu. Neste sentido, refere a Comissão:

Cabe a cada entidade adjudicante decidir se o contrato a adjudicar pode apresentar um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-Membros. Do ponto de vista da Comissão, a decisão tem de ser sustentada numa avaliação das circunstâncias particulares do caso, como sejam o objecto do contrato, o seu valor, as particularidades do sector em questão (dimensão e estrutura do mercado, das práticas comerciais, etc.) e também da localização geográfica do lugar de execução. [20]

Porém, ainda assim, mesmo numa análise *casuística*, as condições da generalidade dos contratos convocados pela aplicação conjugada dos artigos 11º e 12º do CCP apontam para que, em regra, não exista relevância para o Mercado Interno que justifique as exigências de publicidade impostas à generalidade dos contratos com essa relevância (estes, sim, a que se aplique, incondicionalmente, a Parte II do CCP).

Pelo que se conclui que a generalidade dos contratos convocados pela aplicação conjugada dos artigos 11º e 12º do CCP parece não apresentarem *relevância para o Mercado Interno*, na aceção da Comissão Europeia contida na Comunicação Interpretativa n.º 2006/C 179/02, de 01-08-2006.

Assim, segundo ainda a Comissão:

[19] Eis a primeira expressão do que vimos alertando, sucessivamente: de forma incongruente com a *ratio* da excecionalidade dos *setores especiais*, resulta, na prática, da posição comumente veiculada pelo Tribunal de Conta, precisamente nos contratos dos *setores especiais* e valor inferior aos limiares comunitários - onde poderia haver maior *flexibilidade* -, uma exigência dum grau de publicidade e concorrência que já não se exigirá aos mesmos contratos, no caso de se adotar o regime previsto na parte II do CCP. Ou seja, um mesmo contrato, de valor inferior aos limiares comunitários, se for enquadrado na Parte II, poderá conhecer publicidade apenas de âmbito nacional, mas se “beneficiar” da extensão do regime dos *setores especiais*, é-lhe imposto um grau de publicidade incerto - na ausência de qualquer densificação, como se verifica até à presente data -, cuja não verificação pode motivar “irregularidades do contrato” ou fundamentar uma decisão de não concessão de visto prévio, como já ocorreu.

[20] *Idem, ibidem*. A solução casuística apontada pela Comissão não nos parece, de qualquer modo, a melhor, na medida em que com ela não se evita a **insegurança jurídica**, como seria desejável.

Se a entidade adjudicante chegar à conclusão que o contrato em questão é pertinente para o mercado interno, terá de proceder à respectiva adjudicação no respeito dos princípios fundamentais do direito comunitário. [21]

Pelo que, *a contrario sensu*, não se revelando pertinente para o mercado interno europeu, não é exigível que a generalidade dos contratos convocados pela aplicação conjugada dos artigos 11º e 12º do CCP se encontrem sujeitos às mesmas imposições.

Acrescente-se, ainda, que o que se segue no citado documento da Comissão refere-se aos contratos que, ao invés, mostram-se relevantes para o Mercado Interno (*cfr.* título do ponto 2. da Comunicação Interpretativa, no âmbito do qual se produzem as restantes considerações até final).

Assim, voltando a uma perspectiva mais geral, será de admitir que os *limiares* das *Diretivas* constituem a referência a partir da qual a *relevância para o mercado interno europeu* é aferida: em contratos de valor igual ou superior, deverá ser adotado um procedimento *aberto*, de entre os especificados no CCP; para os contratos de valor inferior, poderá adotar-se um outro procedimento no qual se salvasse um certo nível de concorrência, ainda que mitigado.

Poderá concluir-se, desta forma, que estará subjacente a este regime o princípio de, no âmbito dos contratos relativos aos setores especiais, os *procedimentos abertos* só serem exigíveis para os contratos de maior valor (superiores aos *limiares*) – e esta é, de facto, também a ideia plasmada no artigo 33.º do CCP.

Não sendo assim, repete-se, não se vislumbra qual seria então o valor de tais disposições, que excluem os contratos de valor inferior aos *limiares* da obrigatoriedade de procedimentos *abertos*, se, depois, os mesmos formalismos tivessem de ser adotados por esses mesmos contratos excluídos.

Por outro lado, a jurisprudência comunitária parece acolher o entendimento exposto quanto aos contratos relativamente aos quais são inaplicáveis certas exigências de publicidade e concorrência.

A título exemplificativo, refere o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de Novembro de 2007, relativo ao processo n.º C-507/03:

Em contrapartida, as outras normas processuais previstas nessa directiva [ndr: Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1992], nomeadamente as relativas às obrigações de sujeição à concorrência com publicidade prévia, não são aplicáveis a esses contratos.

Com efeito, (...) o legislador comunitário parte da presunção de que os contratos relativos a tais serviços não apresentam, a priori, tendo em conta a sua natureza específica, um interesse transfronteiriço susceptível de justificar que a sua atribuição se faça após um processo de concurso que seja suposto permitir a empresas de outros Estados-Membros tomarem conhecimento do anúncio de concurso e apresentarem propostas.[22]

Mutatis mutandis, também para os contratos excluídos do âmbito de aplicação das *Diretivas*, por serem inferiores aos *limiares* nelas definidos, não serão exigíveis

[21] Comunicação Interpretativa da Comissão n.º 2006/C 179/02, de 01-08-2006.

[22] Processo Comissão/Irlanda, n.º C-507/03, Colectânea da Jurisprudência, 2007, página I-09777, parágrafos 24 e 25 (sublinhado nosso). No mesmo sentido, *vd.* ainda Ac. do Tribunal de Justiça 13.11.2010, Processo Comissão/Irlanda n.º C-226/09, Colectânea da Jurisprudência, 2010, página 00000, parágrafo 27.

as obrigações impostas aos contratos de valor igual ou superior, remetendo-se ainda para o *supra* exposto quanto ao *interesse económico reduzido* e quanto à *relevância para o mercado interno europeu*.

Não se rejeita de modo algum que, no âmbito dos setores especiais, a celebração desses contratos públicos *inferiores ao limiar* continua sujeita às regras fundamentais do direito comunitário, nomeadamente aos princípios consagrados no Tratado.^[23]

Porém, face ao estipulado, tanto na *Diretiva/Setores especiais*, como no CCP, importa encontrar um critério objetivo que defina a necessidade de publicitação prévia de modo (totalmente) aberto.

Ora, se a Diretiva 2014/25/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014 concretiza os princípios do Tratado, é lógico que respeite a sua *ratio*. Nessa perspectiva, deverá entender-se que os contratos de valor inferior aos limiares na mesma apontados não revelam um *interesse transfronteiriço* e assim, não têm relevância para o *Mercado Interno*, residindo nessa circunstância o fundamento da inaplicabilidade do regime da Diretiva a tais contratos.

Por essa razão, não terá sentido fazer-se, para os contratos excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva, as mesmas exigências de publicidade que vigoram para contratos de valor igual ou superior aos limiares, pois, segundo o legislador, estes, ao contrário daqueles, já se revelam interessantes para operadores de outro Estado-Membro – e por isso se impõe que seja adotado um dos procedimentos de contratação que garantem uma publicidade adequada a tal circunstância (ao contrário dos primeiros que, por serem inferiores aos limiares, já não terão o mesmo interesse *transfronteiriço* e, por isso, não carecem do mesmo grau de publicidade ou de concorrência).

Como refere o Tribunal de Justiça, é certo que o regime de publicidade para tais contratos “*não pode ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação dos princípios que resultam dos artigos 43.º CE e 49.º CE, no caso de esses contratos apresentarem, não obstante, um interesse transfronteiriço certo.*”^[24]

Mas, para isso, é necessário demonstrar que, de facto, aquele contrato se revela *interessante* para empresas de outros Estados Membros.

Só se demonstrando que esse *interesse transfronteiriço* se verifica em concreto é que haverá, então, fundamento para se proceder a maiores exigências de publicidade e transparência^[25] – aliás, no seguimento do que vem sendo entendido pelo Tribunal de Justiça: “*o contrato em causa apresentava, para uma empresa situada num Estado-Membro diferente do da entidade adjudicante, um interesse certo, e que essa empresa, não tendo tido acesso às informações adequadas antes de o contrato ser atribuído, não teve a possibilidade de manifestar o seu interesse nesse contrato.*”^[26]

[23] Processo n.º C-507/03, parágrafo 26.

[24] *Idem*, parágrafo 29 (sublinhado nosso). No mesmo sentido, Processo Comissão/Irlanda n.º C-226/09, parágrafo 31.

[25] Processo Comissão/Irlanda n.º C-226/09, parágrafo 32.

[26] Processo n.º C-507/03, parágrafo 32.

Prossegue, afirmando:

“Com efeito, segundo jurisprudência assente, a Comissão deve apresentar ao Tribunal de Justiça todos os elementos necessários para este verificar a existência do incumprimento, sem se poder basear em qualquer presunção (v., neste sentido, nomeadamente, acórdãos de 6 de Novembro de 2003, Comissão/Reino Unido, C-434/01, Colect., p. I-13239, n.º 21; de 29 de Abril de 2004, Comissão/Portugal, C-117/02, Colect., p. I-5517, n.º 80; e de 26 de Abril de 2007, Comissão/Itália, C-135/05, ainda não publicado na Colectânea, n.º 26), no caso, uma presunção de que um contrato relativo a serviços abrangidos pelo anexo I B da Directiva 92/50 e sujeito às regras descritas no n.º24 do presente acórdão apresenta necessariamente um interesse transfronteiriço certo.”[27]

Deste modo, é por demais avisado fundamentar-se com muito rigor, desde logo que (i) o objeto dos contratos concretos em adjudicação beneficiam efetivamente de um regime excecional de contratação semelhante aos das *entidades-tipo* dos sectores especiais; depois, (ii) como e em que termos específicos foi ou não possível recorrer a mais do que uma entidade no mercado; finalmente, lograr (iii) fundamentar criteriosamente o *preço base* (no espírito do disposto no n.º 3 do artigo 47º do CCP - que, no N/ entendimento, consagra um princípio-regra geral *transversal* a todo e qualquer procedimento aquisitivo por parte dos *organismos públicos*).

Nestes termos, considerando, em geral as Diretivas Comunitárias da contratação pública e os Regulamentos complementares *Delegados*[28], as entidades adjudicantes previstas no n.º 2 do artigo 2º do CCP, quando desenvolvam atividades nas áreas dos *setores especiais* e sempre que pretendam recorrer ao mercado para celebração de contratos que possam, fundamentadamente, dizer direta e principalmente respeito a esses mesmos setores, não estão obrigadas a nortear o procedimento de contratação pelo que se dispõe na Parte II do CCP desde que o valor do "preço base" que norteia as contratações seja inferior aos valores que resultam expressos no artigo 11º do CCP - a justificação de que o objeto dos contratos diz *direta e principalmente*, como demanda o CCP, respeito ao sector especial cabe(rá), naturalmente, sempre à entidade adjudicante densificar, à luz dos casos concretos - não podemos olvidar que, no juízo concreto de diversas situações contratuais que são dadas apreciar no nosso ordenamento jurídico, v.g. ao Tribunal de Contas, parece, todavia, resultar o entendimento que, nos casos em que os procedimentos pré-contratuais *típicos* não sejam aplicáveis, a possibilidade de concorrência, mesmo que limitada ou atenuada, deve ser sempre (prudentemente) considerada na ponderação prévia à aplicação desses regimes de excepção[29] - admitindo-se como aceitável, não tanto um procedimento (*totalmente*) *aberto*, mas já um nível concorrencial "mitigado", o que reforça a necessidade da densificação do que deva ser ou no que deva consistir essa "forma de concorrência ou publicidade mitigada".

[27] *Idem*, parágrafo 33.

[28] Para o que ora releva, cfr., v.g. o REGULAMENTO DELEGADO (UE) 2019/1829 DA COMISSÃO de 30 de outubro de 2019 que altera a Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos limiares para os contratos de fornecimento, os contratos de serviços e os contratos de empreitada, bem como para os concursos de conceção

[29] No caso do Acórdão citado, bastará ser possível proporcionar um nível concorrencial, mesmo que mitigado...

Não é demais acentuar que o Tribunal de Contas, apesar de também ser, em princípio, de entendimento “semelhante” (e até continuar a fazer referência, em algumas decisões de *visto prévio*, aos valores dos limiares das Diretivas Comunitárias), é muito exigente no que tange à convocação do *princípio da concorrência* – uma vez mais, *na prática*, demandando (podemos ser tentados a *adjetivar*, mas é efetivamente com isto que temos de contar...) os mesmos, ou quase, *formalismos* que para um concurso público ou para um concurso limitado...em nome de se assegurar a aplicação dos princípios gerais do direito comunitário relacionados com os *Tratados constitutivos (direito comunitário derivado)*, ou seja deve saber-se se o contrato importa ou deve importar ao *mercado interno* - concretizando, teria, *v.g.* de se publicitar os procedimentos de modo a garantir o seu conhecimento potencial por qualquer empresa de qualquer Estado Membro, o que, *na prática*, aproxima os procedimentos (destinados a beneficiar da *extensão do âmbito de contratação*) de qualquer concurso público, o que não deixará de se traduzir por algum *contrassenso*. E, nisto, reside o *busílis*, pois não se concretiza, depois, necessariamente o procedimento como se de um *típico concurso público* se trate (estamos situados, acentue-se, no plano da “publicitação” prévia ao contrato a celebrar).

De outro lado, temos o legislador do CCP, que parece não ter adotado aquele entendimento, pois literalmente consagra determinados *limiares* abaixo dos quais não é exigível à contratação a aplicação da Parte II do CCP.

Poderia, deste modo, interpretar-se - e é essa também a N/ opinião - no sentido de, face ao CCP, nas situações previstas nos artigos 11º e 12º, desde que esteja previamente dirimida, fundamentada cabalmente, a questão de saber se deparamos ou não com uma contratação que diga respeito, *direta e principalmente*, a atividade do setor especial, o procedimento de contratação seria mais ou menos “livre.”

O entendimento (apenas) acima (muito) sumariado merecerá conforto na doutrina, por exemplo Margarida Olazabal Cabral e Mark Bobela-Mota Kirkby, respectivamente em "Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos, in CJA, nº 64, p 18; e "A contratação pública nos sectores especiais", Cedipre, II, pp 41 a 102.

Atento todo o supra exposto, pelo menos dois cenários poderão colocar-se:

a) O recurso à fundamentação, criteriosa e exaustiva, no sentido de determinado contrato ser subsumível no regime de extensão do âmbito da contratação dos setores especiais, mas sempre cuidando-se de conferir a maior publicitação e a recolha do maior número de propostas possível - *v.g.* por não estarem reunidos os pressupostos de que apenas e só um determinado adjudicatário possa realizar o objeto contratual, em síntese, por não se verificarem, *in casu*, “critérios materiais” de adjudicação por ajuste direto a um só concorrente;

b) Recorrer-se ao concurso público ou ao concurso limitado por prévia qualificação (como paradigma dos procedimentos que asseguram, à partida, a maior concorrência possível)

Duma maneira ou de outra, a exigência de publicitação e, sendo o caso, de envio de convites a diversos agentes económicos, é a mesma – mais valeria, assim, dizemos nós, então adotar-se logo o procedimento do concurso público [30]... Na

[30] Como, aliás, tem sido usual para algumas entidades adjudicantes concluírem, na medida em que se veem confrontadas com iguais exigências de publicitação como se se tratasse dum contrato

verdade, não obstante o teor claro das normas do CCP sobre a inaplicabilidade da Parte II aos contratos de valor inferior aos limiares comunitários referidos no artigo 11º, sabemos que o Tribunal de Contas usa adotar uma interpretação muito restritiva desse regime, culminando em *recomendações* no sentido de, no caso dos contratos referentes aos setores especiais de valor inferior aos limiares comunitários, embora não se lhes aplicando as regras da Parte II do CCP, ainda assim deverem convocar-se igualmente as regras próprias dos procedimentos *totalmente abertos*, com o máximo de publicidade – este é, no fundo, o *resultado prático* para que apontam várias *recomendações* de que temos tido conhecimento em casos concretos (e cuja não observância futura resultará tanto em recusa do *visto prévio*, quando for esse o caso (de subsunção dos contratos ao visto, *ope legis*), como em eventual imputação de *responsabilidades financeiras* que sobressaiam da realização das respetivas despesas.

Tendo presente que o legislador aponta um regime de contratação reconhecidamente mais flexível para as entidades que possam beneficiar da extensão de aplicação do regime de contratação próprio das *entidades-tipo* dos setores especiais, verificamos, todavia, que *da teoria à prática...vai um abismo*, porquanto, desde logo o legislador não cuidou de *densificar* mais adequadamente o que seria então necessário fazer-se (como *procedimentalizar*) quando se recorre a esse regime dito “mais flexível.”

Se podemos aqui conferir algum contributo, quanto mais não seja à discussão sobre esta temática, preconizamos, há muito, uma alteração à redação do artigo 12º do CCP que viesse conferir a, para nós – e, estamos seguros, para parte significativa da doutrina – tão desejada *densificação*.

Arriscamos lançar os termos seguintes, *de iure condendo*:

Artigo 12º

Extensão do âmbito da contratação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

1 - À formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2º que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais são aplicáveis as regras especiais previstas no presente Código relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou a várias dessas atividades.

2 - Quando, nas situações previstas no número anterior, estejam em causa contratos de valor inferior aos limiares fixados no n.º 4 do artigo 474º, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, os princípios gerais da contratação pública previstos no artigo 1.º-A, não se impondo, porém, à formação dos respetivos contratos as mesmas formas ou exigências de publicitação e de promoção da concorrência que normalmente seriam convocadas para contratos de valor igual ou superior àqueles limiares.

do dito “regime-regra”. Dessa forma, quando tais entidades se deparam com contratos suscetíveis de seguir o regime previsto para os *sectores especiais*, numa perspetiva essencialmente pragmática, e de forma a assegurar a regularidade de tais contratos (e ausência de quaisquer responsabilidades, v.g. de *natureza financeira*, dos respetivos “decisores”), acabam por ser *compelidas* a não recorrer ao referido regime especial, mantendo-se no “regime-regra” – e acabando, a final, por uma questão de cautela (mesmo excessiva cautela) e de segurança jurídica, por se inutilizar/obstaculizar o recurso a uma ferramenta que, de forma meritória, o legislador nacional pretendeu conferir às entidades adjudicantes nacionais...

3 - Para o efeito do estabelecido no número anterior, para a formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º que exerçam uma ou várias atividades nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, deverá a entidade adjudicante, por um período mínimo de 10 dias^[31], proceder à publicitação da sua intenção de contratar em pelo menos dois órgãos de comunicação social da imprensa escrita de expansão nacional^[32], além de no sítio oficial da internet da entidade adjudicante, com indicação do prazo de aceitação de propostas e das condições essenciais do procedimento, nomeadamente do modelo de avaliação de propostas adotado e com expressa indicação da disponibilidade de fornecimento do Caderno de Encargos ou das especificações técnicas que presidem ao procedimento.

E é com a presente proposta que, por ora, nos quedamos, que teria ao menos a prerrogativa de conferir maior objetividade, menor dúvida ao intérprete aplicador do direito, e, senão mesmo, menor discricionariedade do “julgador” na apreciação concreta dos pressupostos e requisitos da norma.

Setembro de 2020

Carlos de Almeida Farinha

[31] Prazo este *alinhado* – embora, não se prevendo que corram por *dias úteis* - com o que se consagra no n.º 3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º e no n.º 3 do artigo 470.º, todos do CCP, porém com o alcance conferido no n.º 2 deste mesmo artigo 104.º do CCP quando estipula que “o prazo de 10 dias previsto na alínea a) do número anterior não é aplicável quando (...) o contrato tenha sido celebrado ao abrigo de um procedimento de ajuste direto ou de consulta prévia ou, nos demais procedimentos, **quando o anúncio não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia.**

[32] Exatamente, porque, sendo procedimentos abaixo dos limiares comunitários, não importarão ao *mercado interno*...