

Conferência  
Cooperação Inter-administrativa  
Aspectos da contratação pública associados à partilha de serviços

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – 22 de Novembro de 2013

Contratação excluída da concorrência:  
desenvolvimentos recentes de direito nacional e europeu

Miguel Assis Raimundo  
*Professor Auxiliar da FDUL. Advogado*

Resumo da intervenção

**1. Contextualização.** Um problema de delimitação do âmbito de aplicação das normas sobre contratação pública. Diferentes respostas, consoante o tempo e lugar, ao problema da celebração de contratos entre entidades públicas: (i) indiferença/inconsciência do mesmo; (ii) posições doutrinárias, sem base legal expressa, no sentido da exclusão “por natureza” dos procedimentos de contratação pública; (iii) elencos taxativos de contratos sujeitos, acompanhados de discussão acerca da recondução ou não a esses tipos contratuais (em alguns casos com recusa de reconhecimento do próprio carácter contratual aos acordos entre entidades públicas); (iv) previsão legal como simples casos de ajuste directo ou dispensa de concorrência.

**2. O sistema europeu.** Um sistema virado para a abertura de mercados e para a desmontagem de preferências directas ou indirectas em razão da nacionalidade. Dificuldades na relação com os ordenamentos nacionais, que até aqui evoluíam em separado. Uma afirmação de base: a circunstância de um contrato público ser celebrado entre duas entidades adjudicantes não é, em abstracto, impeditiva da concorrência. Decisivo é saber se existe ali um *mercado público* (*marché public*) – exemplo desta metodologia nos serviços sociais e de saúde na proposta de nova directiva.

**3. A “revolução” da excepção *in-house*.** Uma excepção de revelação jurisprudencial, com todas as consequências inerentes: imprevisibilidade e dependência do caso concreto, o que é bem patente na constante afinação da figura desde *Teckal* (1999). O centro desta construção é a negação da existência de dois sujeitos autónomos e portanto, de algum modo, a desconsideração da personalidade colectiva da entidade *in-house*.

**4. O sistema do Código dos Contratos Públicos.** O amplíssimo artigo 1.º n.º 2 do Código, logo limitado, de forma correcta, pelo artigo 5.º, n.º 1, do CCP. A susceptibilidade ou insusceptibilidade de concorrência é uma ideia geral norteadora, enunciada de forma ampla no n.º 1 e da qual a excepção *in-house* prevista no n.º 2 é uma manifestação *entre outras* – por exemplo, a alínea d) do n.º 4 do artigo 5.º, que recorta negativamente o âmbito do artigo 16.º, n.º 2, alínea f), do Código).

**5. Comissão c. Alemanha (proc. C-480/06).** Transformou o tema da colaboração público-público em tema autónomo e multifacetado, também à luz do Direito Europeu. O caso não apresentava os pressupostos de uma operação *in-house*: havia uma relação de cooperação e entreajuda e um verdadeiro contrato, não uma relação de tipo vertical e para-hierárquica. O Tribunal considerou que não havia, contudo, *naquele* contrato, um problema de concorrência, invocando uma argumentação marcante: *o Direito europeu não visa impedir que as entidades públicas dos Estados Membros se organizem para prosseguir em conjunto missões de interesse público, antes quer evitar que um agente económico fique numa posição de vantagem ilegítima face aos demais* (cf. n.º 47 do acórdão).

**6. A positivação da colaboração público-público no Direito Europeu.** As três novas directivas em curso de aprovação prevêm normas sobre contratos de colaboração público-público, que procuram uma síntese entre a jurisprudência do TJ, as posições das demais instituições europeias (por vezes divergentes) e a procura de segurança jurídica (cf. artigo 11.º da directiva sectores gerais; artigo 21º da directiva sectores especiais; artigo 15.º da directiva concessões). Tudo isto é patente não só na redacção inicial das propostas como também na evolução que sofreram durante o processo legislativo. O processo denota uma tendência recente do Direito Europeu para um maior equilíbrio.

**6.1. In-house tradicional (institucional):** (i) o requisito do essencial da actividade é quantificado em 80% (e não 90% como resultava da proposta inicial); (ii) na versão actual dos preceitos, não há uma proibição absoluta de participação de capital privado na entidade *in-house* (permitem-se participações impostas por lei que não confirmam influência).

**6.2. Cooperação contratual:** (i) entre duas ou mais entidades adjudicantes; (ii) para uma cooperação dirigida à prossecução das missões de serviço público atribuídas às partes tendo em vista objectivos comuns; (iii) regida unicamente por considerações de interesse público; (iv) as partes exercem no mercado livre menos de 20% (e não 10% como na proposta inicial) das actividades abrangidas pela cooperação. Na versão final saíram dois pressupostos que eram altamente restritivos: o de que a remuneração só podia cobrir os custos e o de que as entidades adjudicantes não podiam ter participação privada.

**7. O sentido da limitação da cooperação unicamente a considerações, missões, objectivos de interesse público.** A questão do controlo material do *objecto* das actividades incluídas na cooperação, levantada no acórdão Comissão c. Alemanha e retomada depois pelo TJUE (e entre nós, pelo Tribunal de Contas, nos acórdãos sobre o contrato MAOTDR/Parque Expo e nos acórdãos sobre os contratos com o SUCH). Necessidade de distinção entre o controlo da igualdade de tratamento entre os agentes do mercado (que faz sentido e é imposto pelo direito europeu e nacional) e o controlo das opções de organização e gestão das entidades adjudicantes (que não são da competência das instituições europeias nem dos tribunais). A via das novas directivas parece ser razoável, ao estabelecer, como requisito da exclusão da concorrência, um limite máximo para a actividade igual à da cooperação em regime de mercado livre. Da jurisprudência mais recente do TJUE retira-se também que deve existir uma conexão normativa entre os fins das entidades cooperantes e deve ainda estar claramente assegurado que nenhuma empresa privada é colocada em posição de vantagem ilegítima. Desta forma, poder-se-á encontrar o equilíbrio entre a necessária protecção do mercado e a salvaguarda da liberdade de auto-organização da Administração Pública.

## Jurisprudência

**Tribunal de Justiça da União Europeia:** *Teckal*, proc. C-360/96; *Stadt Halle*, proc. C-26/03; *Comissão c. Espanha*, proc. 84/03; *Coname*, proc. C-231/03; *Parking Brixen*, proc. C-458/03; *Carbotermo*, proc. C-340/04; *Asemfo*, proc. C-295/05; *Coditel Brabant*, proc. C-324/07; *Comissão c. Alemanha*, proc. C-480/06; *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, proc. C-159/11; *Piepenbrock*, proc. C-386/11

**Tribunal de Contas:** acórdãos n.ºs 1/2010; 6/2010; 7/2010; 13/2010; 31/2010; 35/2010; 70/2011.

**Tribunal Central Administrativo do Sul:** acórdão de 26-04-2012, proc. 8720/12.

## Bibliografia

AMARAL E ALMEIDA, JOÃO/FERNANDEZ SÁNCHEZ, PEDRO, "A aplicação do regime de contratação pública e a protecção de direitos exclusivos", in *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 17 ss.

IDEM, "A inexistência de concorrência e a aplicação do regime de contratação pública", in *Temas...*, I, pp. 219 ss.

AZEVEDO, BERNARDO, "Contratação "in house": entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado", in PEDRO GONÇALVES (COORD.), *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 115-145.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina, 2012.

KARAYIGIT, MUSTAFA, "A new type of exemption from the EU rules on public procurement established: "in thy neighbour's house" provision of public

interest tasks", *Public Procurement Law Review*, (6), 2010, pp. 183-197.

LEITÃO, ALEXANDRA, "Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE)", *Revista de Contratos Públicos*, (2), 2011, pp. 111 ss.

IDEM, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra: Almedina, 2011.

MACIEIRINHA, TIAGO, "De Teckal a Coditel Brabant: evolução da jurisprudência comunitária sobre o conceito de controlo análogo", *O Direito*, Ano 141º, (V), 2009.

MCGOWAN, DAVID, "EU - clarification of permissible public cooperation and pecuniary interest: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Universita del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (C-159/11)", *Public Procurement Law Review*, (3), 2013, pp. NA61-NA64.

IDEM, "Further clarification of permissible public cooperation: Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis

Duren", *Public Procurement Law Review*, (6), 2013, pp. NA158-NA160.

MEDEIROS DE CARVALHO, CARLOS LUÍS, "Breves notas a propósito das relações «in house» no âmbito do regime da contratação pública", *Revista de Contratos Públicos*, (1), 2011, pp. 85 ss.

PEDERSEN, KRISTIAN, "Azienda - the creation of an exemption from public procurement law", *Public Procurement Law Review*, (6), 2013, pp. 225-235.

PEDERSEN, KRISTIAN/OLSSON, ERIK, "Commission v Germany - a new approach to in-house providing?", *Public Procurement Law Review*, (1), 2010, pp. 33-45.

RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, "O objeto sujeito à concorrência de mercado no Código dos Contratos Públicos", in AA/VV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, Lisboa: FDUL/Coimbra Editora, 2012, pp. 675 ss.

IDEM, "As «exceções» da contratação pública e da concorrência", in CLÁUDIA TRABUCO/VERA EIRÓ (COORDS.), *Contratação Pública e Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 117 ss.

IDEM, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013.

IDEM, "Os fundamentos de afastamento da concorrência na contratação pública: diálogo luso-brasileiro", *Revista de Contratos Públicos (Brasil)*, ano 2, (2), set. 2012/fev. 2013, pp. 137 ss.

SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987.

VIANA, CLÁUDIA, "A influência do «mercado relevante» na contratação *in house*", in CLÁUDIA TRABUCO/VERA EIRÓ (COORDS.), *Contratação Pública e Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 63 ss.

WIGGEN, JANICKE, "Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law", *Public Procurement Law Review*, (5), 2011, pp. 157-172.

WIGGEN, JANICKE, "Public procurement law and public-public co-operation: reduced flexibility but greater legal certainty ahead? The Commission's Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive", *Public Procurement Law Review*, (5), 2012, pp. NA225-NA233.

WILLIAMS, RHODRI, "Public-public cooperation - Teckal in practice", *Public Procurement Law Review*, (1), 2012, pp. NA1-NA10.