e-pública
Revista Eletrónica de Direito Público

CONTRATOS PÚBLICOS SUSCETÍVEIS DE CONCORRÊNCIA – EM PARTICULAR, A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA AOS CONTRATOS URBANÍSTICOS

PUBLIC CONTRACTS SUSCEPTIBLE TO COMPETITION – THE APPLICATION OF PUBLIC PROCUREMENT RULES TO PLANNING AND LAND DEVELOPMENT AGREEMENTS

Ricardo Prelhaz Fonseca
Número 3, 2015
ISSN 2183-184x

E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO

www.e-publica.pt

e-Pública **Vol. II** No. 3, Dezembro 2015 (240-271)

CONTRATOS PÚBLICOS SUSCETÍVEIS DE CONCORRÊNCIA – EM PARTICULAR, A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA AOS CONTRATOS URBANÍSTICOS[1]

PUBLIC CONTRACTS SUSCEPTIBLE TO COMPETITION – THE APPLICATION OF PUBLIC PROCUREMENT RULES TO PLANNING AND LAND DEVELOPMENT AGREEMENTS

RICARDO PRELHAZ FONSECA[2]
Rua de Santo António, n.º 2-A, 1.º
8000-283 Faro
ricardo@prelhaz.com

Resumo: Nos últimos anos, tem sido notória uma tendência da administração pública em privilegiar, no domínio das suas atribuições de planeamento e gestão urbanísticos, formas de atuação contratualizada com os particulares, em detrimento das tradicionais atuações impositivas e unilaterais. A emergência deste fenómeno de contratualização, aliada à ampla diversidade de contratos com objetos relacionados com o urbanismo e com o ordenamento do território, suscitou na Comissão e no TJUE a necessidade de agir para evitar que tais contratos escapassem à malha das normas de contratação pública – o que deu origem a soluções muito questionáveis do ponto de vista jurídico e que ainda não se encontram ainda definitivamente resolvidas. O presente artigo pretende contribuir para o estudo e discussão destas problemáticas, propondo-se analisar os critérios que permitem identificar os contratos urbanísticos cujas prestações são suscetíveis de serem submetidas à concorrência e que, nessa medida, ficarão sujeitos às regras da contratação pública nacionais.

Palavras chave: "Contratos públicos" / "Contratação Pública" / "Contratos Urbanísticos" / "Direito do Urbanismo" / "Concorrência"

Abstract: Over the past recent years, a trend of public administration to exercise its power (within the fields of planning and urban development) by means of contracts or other bilateral ways of cooperation with individuals, instead of using (the traditional) unilateral actions, has become noticeable The emergence of this tendency, coupled with the wide diversity of contracts with objects related to planning and land development, has urged the Commission and the ECJ to act in order to prevent such type of contracts from escaping the application

1. O presente artigo corresponde, com algumas alterações, ao trabalho final do curso "Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito do Urbanismo e da Construção", organizado, em 2015, pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Um agradecimento especial ao Prof. João Miranda, pelo incentivo à publicação do trabalho e pelos comentários formulados ao texto que em muito contribuíram para o seu enriquecimento. As posições adotadas e conclusões formuladas no artigo são, naturalmente, da responsabilidade exclusiva do seu autor.

2. Advogado. Email: ricardo@prelhaz.com

of European public procurement rules – which has given rise to very debateable decisions, a discussion which, in fact, has not yet been definitively settled. This article seeks to contribute to such debate and aims at analysing the criteria that is able to identify planning and land development agreements susceptible to competition and, to that extent, that shall be subject to the Portuguese public procurement rules.

Keywords: "Public contracts" / "Public procurement" / Planning and land development agreements" / "Planning and urban law" / "Competition".

Sumário: 1. Introdução: a atividade contratual da administração no domínio do direito do urbanismo 2. Os contratos urbanísticos na encruzilhada entre o direito do ordenamento do território e o direito europeu da contratação pública 3. O conceito de "contrato público" no CCP e a "suscetibilidade de concorrência" como elemento determinante para a aplicação das regras de contratação pública 4. Elementos indiciadores da "suscetibilidade de concorrência" das prestações contratuais 4.1. Enquadramento 4.2. A irrelevância do "interesse económico direto" no conceito de contrato público suscetível de concorrência previsto no CCP 4.3. A liberdade de escolha do cocontratante 4.4. O interesse concorrencial para os operadores: o "ganho económico" 4.5. A Acessoriedade e autonomia das prestações 4.5.a) Enquadramento 4.5.b) As prestações acessórias não suscetíveis de concorrência 4.5.c) As prestações autónomas incindíveis de prestações não suscetíveis de concorrência 5. Contratos urbanísticos suscetíveis de concorrência: aplicação dos critérios enunciados a exemplos de contratos 5.1. Enquadramento 5.2. contratos para planeamento 5.3. contrato de construção de infraestruturas gerais

1. Introdução: A Atividade Contratual Da Administração No Domínio Do Direito Do Urbanismo

O princípio da contratualização no âmbito do direito do ordenamento do território e do urbanismo[3], consagrado inicialmente na Lei n.º 48/98, de 11.08[4] (Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e Urbanismo - LBPOTU), encontra-se atualmente plasmado no artigo 3.º, n.º 1, alínea h) da Lei n.º 31/2014, de 30.05, que revogou a LBPOTU e aprovou a lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo (doravante "Lei de Bases"). Em relação à LBPOTU, a Lei de Bases representa uma clara evolução na concretização do princípio, o qual deixa de assentar numa ideia genérica de mera concertação entre entidades públicas e particulares, passando a corporizar uma verdadeira exortação, dirigida primacialmente às entidades públicas, à adoção de "modelos de atuação baseados na vinculação recíproca entre a iniciativa pública e a privada".

Resulta hoje em dia evidente que a opção por modelos contratuais no domínio do ordenamento do território e urbanismo apresenta diversas vantagens[5], pelo que o progressivo abandono da conceção unilateral e autoritária da administração, na definição dos modos de ocupação, uso e transformação do solo, constituiu um passo natural no processo de desenvolvimento e maturação do direito do ordenamento do território e do urbanismo[6].

Apesar do fenómeno da contratualização não se ter cingido à atividade administrativa exercida no domínio do ordenamento do território[7], foi, porém, neste âmbito – caracterizado por uma vasta amplitude de atuação discricionária (maior ao nível do planeamento, mas igualmente lata na atividade de gestão e execução urbanísticas) – que se sentiu mais fortemente a proliferação de for-

---

3. Sobre esta temática, João Teixeira Freire, A contratualização do conteúdo do plano urbanístico – reflexões em torno dos chamados acordos de planeamento entre os Municípios e os particulares, *in Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º XLV – n.ºs 1 e 2,* Coimbra, 2004, pp.423-439; Alexandra Leitão, A contratualização no Direito do Urbanismo, *in Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente,* n.ºs 25 e 26 (Ano XII), janeiro/ dezembro, 2006, pp. 9-32; Jorge André Alves Correia, *Contratos Urbanísticos – Concertação, Contratação e neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Coimbra, 2009; Maria Cristina Guimarães, Os contratos para planeamento *ad hoc*, *in O urbanismo, o ordenamento do território e os tribunais*, coord. Fernanda Paula Oliveira, Coimbra, 2010, pp. 593-613; Micaela Marques Giestas, Urbanismo concertado: entre a promessa e o contrato", *in O urbanismo, o ordenamento do território e os tribunais*, coord. Fernanda Paula Oliveira, Coimbra, 2010, pp. 615-660; João Miranda, *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra, 2012; e Jorge Silva Sampaio, Contratos Urbanísticos de Cariz Atributivo-Ressarcitório, *in Direito do Urbanismo e Ordenamento do Território – Estudos,* II, Coimbra, 2012, pp. 439-490.

4. Na alínea h) do artigo 5.º.

5. Para um elenco ilustrativo dessas vantagens, João Teixeira Freire, A contratualização, 2004, p. 424; Alexandra Leitão, A contratualização, p. 11; João Miranda, *A função*, pp. 113 e ss.; e Jorge Silva Sampaio, Contratos Urbanísticos, p. 448.

6. Sobre esta matéria no direito português, ver por todos, Alexandra Leitão, A contratualização, 2006, pp. 9-32 e, desenvolvidamente, Jorge Alves Correia, *Contratos Urbanísticos – Concertação, Contratação e neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Coimbra, 2009 e João Miranda, *A função*, 2012.

7. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas,* Coimbra, 2008, reimpressão, p. 203.

mas e mecanismos de concertação bilateral. Sucede que a heterogeneidade de matérias relacionadas com o urbanismo e ordenamento do território acabou por dar origem a uma diversidade de acordos sobre atuações urbanísticas, celebrados entre entidades públicas e particulares, com objetos, configurações e naturezas muito distintas. O que tem impedido a construção de uma figura jurídica unitária[8] de contratos urbanísticos e, consequentemente, o tratamento jurídico uniforme desta realidade.

Conforme refere Jorge Alves Correia, o "conceito de contrato urbanístico é variável, elástico e complexo, englobando um conjunto de negócios jurídicos diversos que, *lato sensu*, têm o denominador comum de serem celebrados em ordem ao cumprimento de tarefas jurídico-urbanísticas"[9]. Este Autor propõe, assim, uma noção de "contrato urbanístico" que se traduz num "(…) acordo de vontades, juridicamente vinculativo celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo um deles necessariamente membro da Administração Pública que age nessa qualidade (enquanto tal), submetido a um regime substantivo de direito público, que tem em vista disciplinar o regular exercício da atividade urbanística"[10]. Não obstante ensaiar esta definição, Jorge Alves Correia reconhece, no entanto, ser possível adotar uma noção ampla de contrato urbanístico, que designa por contrato de fins urbanísticos e que abrange todas as realidades contratuais, independentemente da sua natureza e da dos contraentes, que tenham por finalidade regular o exercício da função urbanística ou versem sobre matéria conexa com o urbanismo[11].

A análise do conceito de contrato urbanístico não cabe no âmbito do presente trabalho. Com efeito, o objetivo a que nos propomos é, sobretudo, identificar os elementos que nos permitem aferir as circunstâncias em que um contrato urbanístico se encontra sujeito às normas aplicáveis à contratação pública. Ou, dito de outro modo, os elementos que revelem as prestações suscetíveis de concorrência, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º e do n.º 1 do artigo 16.º, ambos do Código dos Contratos Públicos[12] (doravante CCP). Em face deste desígnio, e por força da noção de contrato público consagrada no n.º 2 do artigo 1.º do CCP, as conclusões do presente trabalho aplicar-se-ão necessariamente a realidades contratuais que excedem a noção de "contratos urbanísticos" enquanto contratos submetidos a um regime substantivo de direito público, tal como avançada por Jorge Alves Correia[13].

Por sua vez, também não se irá aqui adotar a noção de contrato de fins urbanísticos, por referência à sua conexão finalística com matéria urbanística, a que se fez referência *supra*. Em primeiro lugar, o n.º 1 do artigo 16.º, n.º 1 do CCP é de aplicação genérica a todos os contratos públicos celebrados pelas entidades

8. Neste sentido, Alejandro Huergo Lora, *Los convénios urbanísticos,* Madrid, 1998, p. 28; Alexandra Leitão, A contratualização, p. 10; Jorge Alves Correia, *Contratos Urbanísticos,* p. 51; Jorge Silva Sampaio, Contratos Urbanísticos, p. 441.

9. Jorge Alves Correia, *Contratos Urbanísticos*, p. 51; Alejandro Huergo Lora, *Los convénios*, pp. 27-28; Alexandra Leitão, A contratualização, p. 10.

10. Jorge Alves Correia, *Contratos Urbanísticos*, p. 83.

11. Jorge Alves Correia, *Contratos Urbanísticos,* pp. 83-84

12. Aprovado pelo Decreto-lei n.º 18/2008, de 29.01, atualmente na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 02.10.

13. Jorge Alves Correia, *Contratos Urbanísticos,* pp. 75-80.

referidas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP (em cujo elenco constam os municípios, que, por excelência, são as entidades com maiores responsabilidades no domínio do planeamento e gestão urbanísticas) e não apenas aos contratos administrativos. Em segundo lugar, atendendo a que um dos principais objetivos das normas de contratação pública é impedir que as entidades públicas adotem condutas discriminatórias entre os operadores económicos, só fará sentido aferir da "suscetibilidade de concorrência" quando uma entidade pública tenha algum tipo de envolvimento, ainda que de forma ténue ou mínima, na constituição da relação jurídica urbanística em apreço[14].

Assim, para efeitos do presente artigo, a expressão "contratos urbanísticos" será usada sem preocupações de rigor conceptual, destinando-se a abarcar as realidades contratuais que, independentemente da sua natureza, versem sobre matéria urbanística e em que uma das partes seja uma entidade pública – em particular, um das referidas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP.

14. Neste sentido, Conclusões do Advogado-geral Paolo Mengozzi, apresentadas em 17.11.2009, no âmbito do processo C-451/08 - Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (*Helmut Müller*), disponíveis em http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=76772&doclang=PT .

2. Os Contratos Urbanísticos Na Encruzilhada Entre O Direito Do Ordenamento Do Território E O Direito Europeu Da Contratação Pública

A problemática relacionada com a aplicação das regras de contratação pública aos contratos urbanísticos tem vindo a assumir, na última década, uma importância jurídica cada vez maior, seja no âmbito do direito dos contratos públicos, seja no domínio do direito do ordenamento do território. A este fenómeno não será alheia a já referida tendência da administração pública em privilegiar, no domínio das suas atribuições de planeamento e gestão urbanísticos, formas de atuação contratualizadas com os particulares, em detrimento das tradicionais condutas unilaterais. A isto acresce o enorme contributo que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) assumiu para o aprofundamento da discussão (e, bem assim, para o adensar das problemáticas com ela relacionadas), o que tem ocorrido na sequência dos impulsos da Comissão Europeia, bem como em resposta às solicitações dos órgãos jurisdicionais estaduais, no âmbito do reenvio prejudicial[15].

Se, por um lado, as matérias do uso e afetação do solo e do planeamento urbano se encontram quase exclusivamente cometidas aos direitos internos dos Estados-membros[16], com a generalização da utilização de formas contratuais que têm por objeto relações jurídicas urbanísticas, aquelas matérias ganharam rapidamente a atenção do direito europeu. Por outro lado, sendo certo que o direito do ordenamento do território e o da contratação pública nasceram e cresceram sob a égide do direito administrativo – gozando por isso de uma estrutura de princípios comum -, também parece ser inegável que ambos visam realidades e objetos de estudo completamente distintos, submetidos a lógicas, interesses e dinâmicas próprias, que já não se confundem nem coincidem entre si. Pelo que não é de estranhar que ambos tenham vindo progressivamente a fazer o seu caminho tendente a uma autonomização dogmática em relação ao direito administrativo "tradicional", criando e desenvolvendo institutos próprios, sem qualquer paralelo nos demais ramos do direito.

O que se acaba de expor permite antever que o cerne da questão se localiza numa encruzilhada difícil, onde se intersecionam o direito do ordenamento do território e o direito da contratação pública, por um lado, e o direito europeu e os direitos nacionais dos Estados-membros, por outro. Esta circunstância, cremos nós, tem sido um dos grandes óbices à busca de soluções coerentes, adequadas e equilibradas no contexto dos diferentes interesses em jogo.

No plano europeu, a questão sobre a aplicação das regras de contratação pública a contratos urbanísticos orientou-se sempre para a defesa dos objetivos dos Tratados Europeus (em particular, a realização do mercado único que, para tal, exigia a promoção da não discriminação entre operadores económicos[17]). Com este pano de fundo, o TJUE construiu a sua jurisprudência em torno da noção de

15. Para uma análise da evolução jurisprudencial do TJUE, Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas – o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial o equilíbrio económico financeiro*, Coimbra, 2015, reimpressão da edição de 2014, em especial pp. 36-110.

16. Advogado-geral Niilo Jääskinen nas conclusões apresentadas em 16.09.2010, no âmbito do processo C-306/08 (*Comissão c. Reino de Espanha*), §68, disponíveis em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CC0306&from=PT

17. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 29-30

"contrato público"[18] consagrada nas diretivas. Da nossa perspetiva, este ponto de partida afigurava-se metodologicamente acertado, não fosse o facto de o TJUE ter permitido que o propósito da salvaguarda do efeito útil das diretivas sobre contratos públicos[19] toldasse a sua tarefa interpretativa e condicionasse excessivamente as suas decisões. De facto, várias foram os acórdãos em que muito duvidosamente se qualificou como "contrato de empreitada de obras públicas" diversas modalidades de contratos urbanísticos que, até então, eram pacificamente aceites nos respetivos Estados-membros como estando excluídos da aplicação das referidas diretivas[20].

Esta posição do TJUE foi muito potenciada pela excessiva rigidez na tipificação dos contratos abrangidos pelas diretivas, o que tornou a sua malha excessivamente aberta e, nessa medida, mais suscetível a deixar escapar realidades contratuais atípicas ou mistas materialmente idênticas (do ponto de vista do objeto, conteúdo e fins) aos contratos ali plasmados. Foi, aliás, o receio de proliferação de situações de fraude à lei promovidas pelas entidades adjudicantes dos Estados-membros e, até, por parte dos legisladores nacionais[21], que impeliu o TJUE a reduzir as complexas operações interpretativas e de qualificação a meras apreciações funcionais dos contratos em face dos objetivos das diretivas[22]. Final-

18. Como muito acertadamente refere Miguel Raimundo, a jurisprudência europeia sobre a empreitada de obra pública é, no fundo, «*jurisprudência sobre o que é um contrato público suscetível de concorrência*» - Miguel Raimundo, *A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, p. 670.

19. No Acórdão proferido em 12.07.2001, no âmbito do processo C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi contra Comune di Milano (*Teatro alla Scala*), referiu-se no § 52 que, "*sendo a existência de um «contrato de empreitada de obras públicas» uma condição para a aplicação da diretiva, o artigo 1.º, alínea a), deve ser interpretado de forma a garantir o efeito útil desta*". Ver ainda no mesmo sentido o parágrafo 75. Acórdão disponível em
http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dde33ced5fa285413395f-7d08c460d150a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQax50?docid=46535&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=774692.

20. Sobre a temática Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, p. 36-37. Ilustrativo do que se disse no texto, ver o Acórdão *Teatro alla Scala* e o Acórdão proferido em 18.01.2007, no âmbito do processo C-220/05, Jean Auroux c. Communne de Rouanne (*Jean Auroux*) (disponível em http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30ddee36a-35f33d64c5ebc1dd813596e7af2.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTbxb0?docid=61270&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=123909) e com o Acórdão proferido em 21.02.2008, no âmbito do processo C-412/04 (*Comissão c. República Italiana*), disponível em
http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70680&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=804041.

21. Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, proferidas no âmbito do processo C-399/98 (*Teatro alla Scala*), onde, no § 59 refere: "(…)*Os Estados-membros podem ser tentados a incluir nas respetivas legislações de urbanismo categorias inteiras de obras públicas a fim de as subtraírem ao direito comunitário de empreitadas de obras públicas, considerado constrangedor e dispendioso em tempo e dinheiro*" – disponíveis em
http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db18af67d-5fb5441ed8327b68cb6a34d0e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLc390?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=45855&occ=first&dir=&cid=778940.

22. Ver, a este propósito, o Acórdão *Comissão c. República Italiana*, § 70; para uma apreciação crítica deste critério, ver as Conclusões do Advogado-geral Paolo Mengozzi, (*Helmut Müller*), em especial § 35, § 38 e §39. Igualmente, Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, p.36, denominando tal operação interpretativa de pragmático-funcional.

mente, o facto de os contratos urbanísticos envolverem quase sempre (direta ou indiretamente) a realização de obras com uma função pública, a recondução ao tipo contratual "empreitada"[23] tornou-se, ainda, mais facilitada.

A opção do TJUE por uma interpretação funcional das diretivas, que descura as concretas particularidades das relações jurídicas constituídas e, bem assim, o facto de o modelo urbanístico estar ligado à propriedade e não a uma visão empresarial ou puramente económica[24], traduziu-se, pelo menos num primeiro momento, num alargamento incomensurável do campo de aplicação das normas de contratação pública. Em face disto, o âmbito da contratação passou a abranger contratos urbanísticos que, não obstante a similitude com as realidades tipificadas nas diretivas, careciam de um elemento implícito central inerente ao conceito de contrato público europeu – a "suscetibilidade" das suas prestações estarem sujeitas à concorrência. É que o princípio da não discriminação – que os regimes de contratação pública visam, em primeira linha, proteger -, só se revela operativo quando os operadores económicos se encontrem, em concreto, numa situação de igualdade passível de ser desvirtuada por via de uma atuação dos Estados-membros (seja a nível legislativo seja no plano da função administrativa). O que ocorrerá quando o objeto do contrato em causa seja apto a suscitar um interesse potencial na sua realização, por parte de vários operadores económicos, em número superior aos que efetivamente irão realizar as prestações, sendo indiferente para a entidade pública, em termos abstratos, quem irá realizar tal a prestação.

3. O Conceito De "Contrato Público" No Ccp E A "Suscetibilidade De Concorrência" Como Elemento Determinante Para A Aplicação Das Regras De Contratação Pública

Até 2008, o figurino dos contratos sujeitos às regras de contratação pública vigentes no nosso ordenamento era coincidente com os tipos contratuais consagrados nas diretivas europeias. Com a entrada em vigor do CCP, a nossa ordem jurídica passou a acolher um conceito lato de "contrato público" (baseado na natureza de

23. A este propósito, as decisões do TJUE proferidas sobre a matéria desde o Acórdão *Teatro alla Scala*, até ao Acórdão proferido em 26.05.2011, no âmbito do processo C-306/08 (*Comissão c. Reino de Espanha*) disponível em http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=81536&doclang=PT, passando pelo Acórdão *Jean Auroux*, pelo Acórdão *Comissão c. República Italiana*, pelo Acórdão proferido em 29.10.2009, proferido no âmbito do processo C-536/07 (*Comissão c. República Federal da Alemanha*) – disponível em http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30ddf136b487b2864aaabb48b717c578c835.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTbN10?text=&docid=80166&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=47324 e, finalmente, pelo Acórdão de 25.03.2010, proferido no âmbito do processo C-451/08 Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (*Helmut Müller*), disponível em http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dbbe0690cc97824594af9ba1550d786d56.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbxb0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=80477&occ=first&dir=&cid=404072 .

24. Fazendo referência a esta distinção, João Miranda, *A função*, p. 228 e p. 234, e, bem assim, João Miranda, Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) 25 de março de 2010 C-451/08 Helmut Müller GmbH c. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, *in Jurisprudência Cunha Rodrigues – Comentários*, org. Eduardo Paz Ferreira *et al*., Lisboa, 2013, p.219.

um dos sujeitos da relação jurídica), postulando-se, para as entidades elencadas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP, um princípio de aplicação tendencialmente universal das normas de contratação pública a toda a sua atividade contratual. Assim, salvo os contratos excluídos e as situações de contratação excluída (previstas, respetivamente, no artigo 4.º e nos n.ºs 2 e 4 do artigo 5.º do CCP[25]), a atividade contratual daquelas entidades só não ficará sujeita às regras de contratação pública previstas no CCP quando as prestações em causa não se encontrarem sujeitas (nem forem suscetíveis de estar sujeitas) à concorrência.

Esta opção legislativa denota uma clara pretensão do legislador em elevar a "concorrência" à condição de elemento nuclear na noção de contrato público, para efeitos de aplicação de um regime de contratação pública. O que se percebe, pois o principal desígnio destes regimes é impedir atuações públicas discriminatórias, pelo que as suas normas só têm aplicação em situações suscetíveis de discriminação entre vários operadores.

A "suscetibilidade de concorrência" representa, assim, o elemento cuja ausência desqualifica um determinado contrato como "contrato público" para efeitos do CCP, o que, na linha do que se tem vindo a dizer, constituirá o critério adequado para traçar a fronteira entre os campos em que a contratação pública pode e deve funcionar em articulação com o direito do ordenamento do território, e aqueles em que este se impõe exclusivamente. Pelo que a realização deste juízo de concorrência se exige a montante de qualquer operação de recondução dos contratos aos tipos previstos nas diretivas e, bem assim, no n.º 2, do artigo 6.º do CCP.

A essencialidade de tal tarefa na resolução da encruzilhada a que se aludiu *supra*, justifica que se identifiquem criteriosamente os elementos verdadeiramente decisivos na identificação de contratos "suscetíveis de concorrência", expurgando todos aqueles critérios inaptos a traçar de forma clara a fronteira das zonas de intervenção e de exclusão das regras de contratação pública.

É o que se procurará fazer de seguida, partindo da análise crítica da noção de contrato público tal como desenvolvida pelo TJUE, mas conferindo-lhe o devido enquadramento à luz do n.º 1 do artigo 5.º e o n.º 1 do artigo 16.º, ambos do CCP.

4. Elementos Indiciadores Da "Suscetibilidade De Concorrência" Das Prestações Contratuais

4.1. Enquadramento

A ideia central do CCP é a de que a sujeição dos contratos urbanísticos às regras de contratação pública nele consagradas dependerá de as suas prestações gozarem da suscetibilidade de serem submetidas à concorrência[26]. Só assim não será nos casos em que o legislador, por razões de política legislativa, subtraia determinados contratos ao âmbito de aplicação das regras de contratação pública.

25. Não sendo despicienda a discussão - que, contudo, não cabe neste âmbito – sobre se o elenco das situações previstas no n.º 2 e no n.º 4 do artigo 5.º não serão, na sua esmagadora maioria, meros exemplos de contratos não suscetíveis de concorrência.

26. Para uma análise muito exaustiva e detalhada desta questão, não apenas por referência aos contratos urbanísticos, mas numa perspetiva geral, ver Miguel Raimundo, *A formação,* em particular, p. 607 e ss.

Esta circunstância, porém, não afeta as conclusões a que se venha eventualmente a chegar no presente texto. É que caso se detete a presença dos elementos que caracterizam a suscetibilidade de concorrência, e sempre que se os contratos em causa abranjam prestações típicas dos consagrados nas diretivas, a não sujeição a um regime de contratação pública consubstanciará uma situação de desconformidade com o direito europeu[27], com consequências jurídicas próprias, mas que são totalmente alheias das questões que aqui pretendemos tratar.

A consagração legal da "suscetibilidade" de concorrência encontra-se no n.º 1 do artigo 5.º do CCP, o qual impõe que a mesma seja aferida tendo em consideração o projeto contratual por referência ao desenho do seu objeto, a posição jurídica futura das partes na relação jurídica, o contexto da sua formação e a sua finalidade, devendo, a nosso ver, analisar-se, ainda, a natureza e tipos de prestações a serem realizadas pela entidade pública e pela contraparte, a existência ou não de regulação legal do contrato e, em caso afirmativo, a intensidade desta regulação. Esta tarefa reclama, assim, uma abordagem de três perspetivas diferentes: a do prisma da entidade pública, a do prisma dos potenciais concorrentes e a do prisma das prestações e da sua autonomia em face da relação jurídica em que se integre.

Conforme teremos oportunidade de concluir, estes três prismas acabarão por confluir na ideia já sumariamente abordada *supra* e que se resume ao seguinte postulado: haverá concorrência quando se detete a existência de um interesse objetivo de vários operadores económicos na realização de uma prestação limitada a um número inferior dos potenciais interessados, que confira, em abstrato, à entidade pública uma opção de escolha do cocontratante, e, nessa medida, potencie a oportunidade de serem adotadas condutas discriminatórias que reclamem uma regulação legal no sentido de as evitar.

Este juízo de concorrência não se poderá, porém, cingir, apenas, ao contrato em si mesmo, devendo abranger a relação jurídica globalmente considerada que o contrato integra. Poderá dar-se o caso de nos deparamos com prestações contratuais (ou mesmo contratos) que, considerados autónoma e isoladamente, têm um interesse concorrencial claro para operadores económicos, mas que pela circunstância de integrarem uma relação jurídica mais lata, em que se posicionam numa relação de subordinação ou incindibilidade com outros atos ou prestações não concorrenciais, passam a cair fora do âmbito das normas de contratação pública.

4.2. A irrelevância do "interesse económico direto" no conceito de contrato público suscetível de concorrência previsto no CCP

A análise da "suscetibilidade de concorrência" e, por inerência, da imposição de um procedimento de escolha do cocontratante aberto, transparente e igualitário, só se justifica quando da relação contratual projetada resulte um qualquer interesse público que justifique a intervenção ou envolvimento de uma entidade pública.

Se, como vimos, as normas de contratação pública surgiram com o fito de im-

27. No sentido de que para o direito europeu é irrelevante a concreta qualificação dos contratos, ver Acórdão *Jean Auroux,* § 40.

pedir que os Estados-membros promovessem situações discriminatórias entre operadores económicos que reclamassem um tratamento igual entre si, as mesmas só serão aplicáveis quando houver uma conexão entre uma entidade pública e a fonte potencial de discriminação, no sentido de aquela poder, através da sua intervenção individual ou conjugada, desencadear esta última. Se assim não for, a concorrência conter-se-á dentro do foro meramente privado de operadores económicos, não havendo, por isso, necessidade de a submeter ao jugo das normas de contratação pública.

Há, por isso, que encontrar os critérios que permitam traçar a fronteira, no âmbito dos poderes de atuação administrativa, a partir da qual uma conduta da entidade pública deixa de ser inócua para as posições jurídicas dos operadores económicos, e assume relevância na criação de um interesse concorrencial, passando a ser potencialmente discriminatória.

Este aspeto exige a análise do ganho que um operador económico pode retirar da prestação pública, o que, na jurisprudência europeia, tem sido discutido a propósito da onerosidade enquanto elemento da noção de "contrato público".

Até ao Acórdão *Helmut Müller*[28], o TJUE sempre definiu a onerosidade como a "contraprestação à qual procede a autoridade pública devido à realização das obras que são objeto do contrato"[29]. Conforme veremos adiante[30], o exame da prestação da entidade pública é essencial para determinar se esta é suscetível de criar o dito interesse concorrencial. No entanto, no Acórdão *Helmut Müller*, o TJUE vem introduzir uma perturbação na noção de onerosidade até ali vigente, sugerindo que "o carácter oneroso do contrato implica que a entidade adjudicante que celebrou um contrato de empreitada de obras públicas receba, com base no mesmo, uma prestação mediante uma contrapartida. Esta prestação consiste na realização das obras pretendidas pela entidade adjudicante"[31].

O TJUE inclui no juízo sobre a onerosidade do contrato a perspetiva do que a entidade pública recebe e não, como seria normal, daquilo que ela presta a título de contrapartida por aquilo que recebe do particular. Sucede que foi neste contexto (no referido Acórdão *Helmut Müller*) que o TJUE desenvolveu o conceito de "interesse económico direto"[32]. Nas suas palavras, a definição de "contrato de empreitada de obras públicas" impõe, em concreto, que da relação contratual em apreço resulte um "interesse económico direto" para a entidade pública[33], cuja falta o desqualificaria enquanto tal, com a consequência de não se lhe aplicarem, por isso, as diretivas sobre contratos públicos.

Na mesma decisão, veio afirmar que "o simples exercício de competências de regulação em matéria de urbanismo, visando a realização do interesse geral" [34] não é suficiente para reconhecer um "interesse económico direto" – o que

28. Acórdão *Helmut Müller* § 49 a § 57, cuja posição foi acompanhada recentemente nas conclusões do Advogado-geral Melchior Wathelet, apresentadas em 11.04.2013, no âmbito do processo C-576/10 (Comissão Europeia c. Reino dos Países Baixos), § 176, disponível em http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=136124&doclang=PT.

29. Acórdão *Teatro Alla Scala*, § 77

30. Cf. ponto 4.4.

31. Acórdão *Helmut Müller*, §48

32. Acórdão *Helmut Müller*, §48.

33. Acórdão *Helmut Müller* § 48.

34. Acórdão *Helmut Müller*, §57.

nos parece ser a conclusão mais importante do Acórdão à qual não se atribui a relevância merecida pelo facto de ter sido tratada enquanto elemento negativo do conceito "interesse económico direto", quando pouca ou nenhuma conexão tem com o mesmo, dado que incide sobre a contraprestação da entidade pública e não sobre a do particular.

Parece-nos, de facto, que no Acórdão *Helmut Müller* o TJUE confunde os planos, ao incluir no elemento de onerosidade um conceito que apenas releva enquanto concretização do conceito de obra pública para efeitos das diretivas. Esta conclusão é facilmente percetível se atentarmos no contexto histórico em que tal conceito surge. Esta construção do TJUE surge em resposta à jurisprudência *Teatro Alla Scala*[35] e *Auroux*[36], em que o TJUE havia sustentado uma interpretação funcional das diretivas, propugnando que o juízo sobre se estaríamos na presença de uma obra pública se fizesse à luz da sua função económica ou técnica, bastando que a obra satisfizesse necessidades gerais indicadas pela entidade pública, para que assim fosse considerada.

O que o TJUE vem procurar fazer no Acórdão *Helmut Müller* nada mais é do que densificar o conceito de "obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante" constante da definição de contrato de obras públicas constante das diretivas sobre contratos públicos[37], passando agora a exigir, para que a prestação recebida possa qualificar-se como obra, a existência de um "interesse económico direto".

De acordo com as palavras do TJUE – e que constitui, neste momento, a jurisprudência que faz fé a nível europeu[38] -, existirá um "interesse económico direto" quando o contrato preveja que a entidade pública será "a proprietária dos trabalhos ou da obra objeto do contrato[39]", disporá de "um título jurídico que lhe garanta a disponibilidade das obras objeto do contrato tendo em vista a sua afetação pública"[40] ou do contrato decorram para a entidade pública "vantagens económicas que a entidade adjudicante poderá retirar da utilização ou da cessão futuras da obra, no facto de ter participado financeiramente na realização da obra ou nos riscos que assume em caso de insucesso económico da obra".[41]

Em suma, para efeitos de sujeitar um contrato urbanístico às regras das diretivas, o TJUE passou a exigir que a prestação do particular criasse um concreto interesse da entidade pública que transcendesse o mero beneficio que, para a comu-

35. Acórdão Teatro *Alla Scala*, § 58-75.

36. Acórdão *Jean Auroux*, § 41 e § 42 – 1.

37. Atualmente a Diretiva 2014/24/UE do parlamento europeu e do conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos consagra na alínea c) do n.º 6 do artigo 2.º, que além da obra ter de satisfazer necessidades especificadas pela entidade adjudicante, esta terá de exercer uma influência decisiva sobre o tipo ou a conceção da obra.

38. No Acórdão *Comissão c. Reino de Espanha*, o TJUE mantém o mesmo entendimento; o mesmo se diga das Conclusões do Advogado-geral Melchior Wathelet, (*Comissão Europeia c. Reino dos Países Baixos*). Esta questão acabou por não ser tratada no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11.07.2013, proferido no âmbito do processo C-576/10 (Comissão c. Países Baixos), disponível em http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dbac1472008ba5408c9678e75b5d8b1652.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLbNz0?text=&docid=140243&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8191520

39. Acórdão *Helmut Müller*, §50.

40. Acórdão *Helmut Müller*, §51.

41. Acórdão *Helmut Müller*, §52.

nidade em geral, decorre da atuação pública nos termos da lei e do princípio da prossecução do interesse público[42]. A utilidade subjacente a este interesse direto teria de ser suscetível de um valor económico concreto para a entidade pública, o que afastaria todos os benefícios gerais e quaisquer utilidades meramente imateriais e indiretas (como o sejam, a organização do território, o planeamento, a gestão urbanística, o crescimento ordenado dos aglomerados urbanos, a qualidade de vida das populações, o acesso à saúde, à educação, etc...) sob pena de um alargamento incontrolado do âmbito da diretiva a todo e qualquer ato da administração[43].

Ora, em linha do que já antevimos, este conceito de "interesse económico direto" é útil apenas para efeitos da densificação do conceito de obra pública e na operação de qualificação dos contratos para efeitos da sua recondução ao tipo "empreitada de obras públicas". Porém, não é exigível (nem útil) no juízo de concorrência realizado a montante e reclamado pelo n.º 1 do artigo 5.º do CCP.

Em primeiro lugar, apesar da terminologia inovadora, os três aspetos que o compõem não são originais, podendo ser encontrados no Acórdão *Teatro Alla Scala*[44](os dois primeiros acima enunciados) e no Acórdão *Auroux*[45] (o último). Ou seja, a definição positiva do conceito de "interesse económico direto", em si mesmo pouco acrescenta ao que havia sido a jurisprudência anterior[46].

Por outro lado, o critério em causa analisa a questão da perspetiva do que a entidade pública recebe, o que não se afigura como elemento da onerosidade, pois neste contexto cabe analisar as prestações da entidade pública a favor do particular e não o inverso. Ao colocar o tema do "interesse económico direto" no âmbito da onerosidade, das duas uma: ou o TJUE enquadrou mal a questão, ou pretendeu intencionalmente introduzir a ideia de que um contrato oneroso terá de comportar sempre um benefício económico para ambas as partes. Ora, se tal seria defensável numa relação entre dois operadores privados, uma vez que neste caso os objetivos últimos comuns a ambos serão necessariamente de cariz económico, não poderá merecer acolhimento no contexto das relações contratuais em que intervenha uma entidade pública. Afinal, o interesse principal das entidades públicas e orientador da sua atividade não é primacialmente económico, antes visando o interesse público (por vezes, imaterial) e o benefício geral da comunidade. Ora, excluir, sem mais, das regras da contratação pública, todos os contratos que não traduzam uma vantagem económica direta para a entidade pública, significará deixar escapar à partida e sem qualquer indagação, parte considerável da atividade administrativa. Esta posição, que não perfilhamos, teria como consequência ir de um extremo da solução (em que tudo entra na contratação pública) ao outro (em que muito da atividade de administração não lhe ficaria sujeita), o que não consubstancia uma solução equilibrada e adequada para esta problemática.

Parece-nos que o "interesse económico direto" só tem utilidade enquanto critério

42. Tomás Ramon Fernandez, La gestion urbanística y las directivas de contratos: el final de un enredo?, in *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional,* WP IDEIR n.º 3, 2011, disponível em https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20gesti%C3%B3n%20urbanistica.pdf

43. Conclusões do Advogado-geral Paolo Mengozzi (*Helmut Müller*),§ 53.

44. Acórdão *Teatro alla Scala,* § 67, § 71 e § 77.

45. Acórdão *Jean Auroux*, §13, 17, 18 e 45.

46. Neste sentido, João Miranda, *A função,* p. 235.

de qualificação do contrato, sendo irrelevante no juízo de concorrência vertido no n.º 1 do artigo 5.º do CCP. Aqui não releva o conceito de obra pública, porquanto a sujeição dos contratos urbanísticos celebrados pelas entidade previstas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP às regras da contratação pública não depende da sua qualificação enquanto "contrato de empreitada" nem sequer da sua eventual sujeição às diretivas europeias. Na verdade, a qualificação enquanto empreitada poderá ter, de facto, relevância no contexto de aplicação do direito europeu, mas já não para a operacionalização do conceito de contrato público sujeito ao CCP. Conforme referimos *supra*, o juízo de concorrência opera a montante deste processo, pelo que prescinde da análise do "interesse económico direto" que não transporta qualquer elemento indiciador de concorrência.

A solução do problema não depende da existência de um "interesse económico direto" da entidade pública, uma vez que esta poderá possuir um interesse genérico e imaterial e, ainda assim, no exercício dessas funções, criar um ganho potencial para os particulares que suscite o interesse concorrencial.

Aquilo que, da nossa ótica, se deve retirar do Acórdão *Helmut Müller*, é o elemento negativo que o TJUE atribuiu ao conceito de "interesse económico direto", ou seja, o reconhecimento implícito da existência de um campo de atuação da entidade pública dentro do qual, por estar em causa um exercício de competências de regulação previamente definidas, não permitir à entidade pública introduzir um qualquer elemento discriminatório entre agentes económicos. Esta conclusão seria suficiente, aliás, para evitar o alargamento incomensurável da aplicação das regras de contratação pública. É que, mais do que se aferir se existe um ganho para a entidade pública e se este tem uma natureza económica, o que importa é apurar o modo como a atuação da entidade pública afeta a posição dos operadores económicos. De facto, a principal preocupação em relação à posição do TJUE nos Acórdãos *Teatro alla Scala* e *Auroux*, radicava, essencialmente, na necessidade de determinar a origem do ganho contratual, apurando se o mesmo é o resultado de uma atuação da entidade pública e se tal atuação transcendeu os poderes normais de regulação urbanística - caso em que considera que o ganho potencial para os operadores económicos teria fundamento direto numa atuação da entidade pública, justificando a intermediação de normas contratação pública no sentido de evitar discriminações.

Daí que seja fundamental, na análise da "suscetibilidade de concorrência", analisar o elemento da onerosidade do contrato como o mesmo deve ser enquadrado, i.e., da perspetiva da prestação da entidade pública e do interesse que esta poderá criar para a concorrência.

É que, vistas bem as coisas, pode efetivamente existir um "interesse económico direto" da entidade pública, sem que a contraprestação da administração possa ser encarada como uma contrapartida para os particulares, seja porque a entidade não excedeu os limites das suas competências de regulação em matéria de urbanismo, seja por não ter criado um qualquer interesse concorrencial entre os operadores.

O contrário do que se acabou de dizer é igualmente válido, pois poderá dar-se a circunstância de o mero interesse público urbanístico geral reclamar uma conduta da entidade pública potencialmente discriminatória (e criadora de um interesse concorrencial), sem que tal implique para aquela um interesse económico direto na prestação do particular.

Pelo que, o cerne da questão consiste, sim, na identificação de um "interesse concorrencial para os operadores económicos", que se traduz, da perspetiva da entidade pública, na denominada "liberdade de escolha do cocontratante". Ou seja, só há possibilidade da entidade pública discriminar entre operadores se tiver a faculdade abstrata (liberdade) de escolher entre vários operadores. Mas só haverá liberdade de escolha, se a prestação em causa puder gerar a perspetiva de um ganho económico em vários operadores abstratamente considerados. São estes os dois elementos que analisaremos em seguida.

4.3. A liberdade de escolha do cocontratante

A liberdade de escolha do cocontratante constitui um elemento decisivo na aferição da suscetibilidade de concorrência[47]. Bastará pensar que se a entidade adjudicante não tiver, em abstrato, qualquer alternativa de escolha para a realização das prestações de que necessita, não existirá qualquer possibilidade de discriminação entre agentes económicos, reputando-se desnecessária a aplicação das regras de contratação pública.

No entanto, convém precisar que a falta de liberdade de escolha poderá ocorrer por força das prestações em causa abstratamente consideradas ou por razões concretas relacionadas com o mercado e com as características e capacidade dos operadores económicos que nele atuam. No primeiro caso, estão em causa prestações insuscetíveis de concorrência, não se aplicando, assim, as regras de contratação pública. No segundo caso, as prestações são suscetíveis de gerar concorrência e interesse concorrencial, pelo que deverão ser seguidas as regras de contratação pública, ainda que depois se venha a concluir que só um operador tem os meios, a capacidade, a aptidão ou o direito de as realizar. Nesta última situação, não se prescinde da aplicação das regras de contratação pública, mas, eventualmente, poderá não se afigurar útil (ou possível) a implementação de procedimentos concorrenciais abertos.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos[48], ensaiam, a este propósito, uma distinção entre as situações abrangidas pelo artigo 5.º n.º 1 do CCP e aquelas que caem nos fundamentos de ajuste direto, considerando que a suscetibilidade de concorrência seria, no primeiro caso, analisada em abstrato, ao passo que os segundos só se aplicariam quando, após a aplicação da Parte II do CCP, em concreto, se chegasse à conclusão de que só existe um agente económico capaz de levar a cabo a execução do contrato. Miguel Raimundo, ainda que admitindo chegar à mesma solução que os Autores referidos anteriormente, considera que a análise terá de ser efetuada em concreto e por referência às necessidades ou exigências de controlo que existirão nas situações em que a lei diga que "o bem tal pode ser fornecido por quem quer que seja, mas no concreto se sabe que há só uma pessoa nessas condições" [49] e não já quando a "a lei diz que o bem ou serviço tal só pode ser fornecido ou prestado pela entidade tal"[50].

47. Conclusões do Advogado-geral Philippe Léger (*Teatro alla Scala)*, § 68.

48. Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, III - *Actividade administrativa*, Lisboa, 2009, p. 341

49. Miguel Raimundo, *A formação*, 2013, p. 638.

50. Miguel Raimundo, *A formação*, 2013, p. 638.

Parece-nos a nós que a opção correta é aquela que analisa a concreta relação jurídica a criar – conforme sustenta Miguel Raimundo[51] - , analisando o seu objeto, prestações e finalidade, abstraindo, porém, das características especificas do mercado em causa e da capacidade e qualidade concretas dos agentes económicos que nele operam. No fundo, a aferição da existência de uma liberdade de escolha resume-se à resposta positiva à seguinte questão:

> Em face das prestações concretas objeto do contrato e da sua finalidade, caso, em teoria, existissem no mercado vários prestadores idênticos, com iguais qualidades e capacidades, e todos eles aptos a realizarem as prestações concretamente consagradas, seria totalmente indiferente à entidade administrativa celebrar o contrato com qualquer um deles?

Conforme se vê, uma vez que o que se está a analisar é a suscetibilidade de concorrência para o cumprimento, em abstrato, de um tipo de prestação, e não a aptidão ou capacidade efetiva de um ou vários operadores económicos para a sua execução em concreto – aspeto que deve ser tratado a jusante, já em sede de escolha do procedimento ou em fase de avaliação dos concorrentes e/ou das propostas, mas sempre depois de efetuado o juízo de concorrência.
Assim, há que proceder a uma clara distinção entre o n.º 1 do artigo 5.º do CCP (ausência de concorrência) e os critérios materiais de ajuste direto consagrados na Parte II do CCP (ausência concreta de operadores com capacidade para realizar a prestação). No primeiro caso, a análise, ainda que incida sobre as concretas prestações do contrato e atendendo às suas finalidades e economia, adota uma visão do mercado puramente abstrata, desconsiderando os concretos operadores existentes, as suas características e capacidades; ao passo que no segundo caso, se analisam as prestações contratuais em face dos concretos operadores disponíveis, da sua capacidade específica para a sua execução ou mesmo habilitação legal para tal.
No fundo o que se pretende aqui aferir é da suscetibilidade do contrato poder (em abstrato) ser celebrado com mais do que um operador[52], o que implica que se afira da indiferença ou não para a entidade pública quanto ao operador que possa vir a realizar a prestação.
É bastante elucidativo, a este propósito, o exemplo que Miguel Raimundo apresenta de um contrato de transação em que o fornecimento de bens serve para pagar uma indemnização devida por um operador económico sem capacidade financeira para o fazer em dinheiro. De facto, não tem a ver com qualidades ou capacidades dos operadores para realizar a prestação do serviço em causa, mas apenas com o facto de a concreta situação exigir que apenas possa ser celebrado com aquele operador, pois de outro modo a finalidade pretendida por tal contrato não seria atingida.
É o que explica, por exemplo, que um contrato para planeamento em que a entidade pública se comprometa com a consagração no plano de determinados parâmetros urbanísticos, em relação a uma área em que só existe um proprietário,

51. Miguel Raimundo, *A formação*, 2013, p. 643.
52. Miguel Raimundo, *A formação*, 2013, p. 634.

não seja suscetível de concorrência. É que não obstante poder identificar-se um ganho económico potencial para o proprietário, não se gera uma situação de concorrência, pois é naquele local que a entidade pública, no âmbito da sua discricionariedade de planeamento, pretende implementar a solução urbanística, pelo que não existe nenhum outro operador na mesma posição que aquele. Ou seja, neste caso, o cocontratante não é indiferente para a entidade pública, em face dos objetivos de planeamento concretamente prosseguidos para aquela área. Atento o exposto, e em suma, não existirá suscetibilidade de concorrência quando a introdução da concorrência numa determinada relação jurídica tenha a aptidão de impedir a satisfação de um interesse legítimo que a entidade pública contratante vise prosseguir[53] - desde que esse interesse seja legítimo e justificável à luz dos princípios gerais da atividade administrativa. Naturalmente, quando a insusceptibilidade de concorrência seja causada por concretas opções de vontade da entidade administrativa, no uso de poderes discricionários, há que aferir se esta atuação discricionária se encontra legitimada pelo interesse público e devidamente contida dentro dos limites definidos pelos princípios gerais da atividade administrativa.

4.4. O interesse concorrencial para os operadores: O "ganho económico"

O critério da liberdade de escolha do cocontratante não poderá, porém, desligar-se de um outro elemento – a que já aludimos genericamente - que é o interesse concorrencial, materializado na existência de uma "oportunidade de ganho criado por uma entidade pública"[54]. Com efeito, só existirá verdadeira liberdade de escolha quando exista alternativa, ou seja, se, atendendo aos termos do projeto contratual, existir um potencialmente para vários operadores económicos. O que apenas ocorrerá se da referida relação jurídica resultar um ganho económico para aqueles.

Sem prejuízo do que se referiu anteriormente, certo é que por mais critérios que possam ser usados como indício de suscetibilidade de concorrência, aquele que se afigura determinante e central é o do "interesse concorrencial" para os operadores económicos, pois só neste caso se poderá reconhecer à entidade pública uma alternativa abstrata de escolha.

Conforme vimos anteriormente, esta questão não tem tido um tratamento totalmente autónomo na jurisprudência do TJUE, tendo sido analisada no âmbito da onerosidade[55], elemento que tanto é analisado da perspetiva da vantagem para o operador económico, como do interesse económico direto para a entidade pública ou, até, de ambas as perspetivas conjugadamente[56]. No Acórdão *Teatro Alla Scala*, o TJUE considerou verificar-se o elemento de onerosidade para a entidade adjudicante, uma vez que o particular realiza uma contribuição para as despesas de equipamento, sem que a natureza alternativa da obrigação, contribuição em dinheiro ou execução direta das obras, possa diferenciar a causa consoante a

53. Miguel Raimundo, *A formação*, 2013, p. 637.

54. Miguel Raimundo, *A formação*, 2013, p. 642.

55. Ver a este propósito o Acórdão *Teatro alla Scala*, § 84.

56. A confusão é notória no § 48 do Acórdão *Helmut Müller*, onde a onerosidade é vista não do ponto de vista do ganho para o particular, mas sim, daquilo que a entidade pública recebe.

modalidade de execução escolhida[57], dai resultando o elemento de onerosidade do contrato[58]. O TJUE encontrou, assim, a onerosidade do contrato no facto de a realização das obras de infraestruturas constituir a contrapartida em espécie da atribuição da licença, porquanto o particular teria tido a oportunidade de alternativamente efetuar uma prestação em dinheiro.

Por outro lado, já se entendeu – no Acórdão *Auroux* - que a noção de onerosidade deveria ser interpretada de forma ampla, para abranger "não só contraprestações em dinheiro, mas também qualquer tipo de obrigações assumidas pela entidade adjudicante em contrapartida da execução da obra, como por exemplo a garantia de contribuições concretas para o financiamento do projeto"[59]. Ainda que esta posição se afigurasse correta perante os concretos factos discutidos naquele aresto[60], este entendimento não deverá ser assumido como um critério de aplicação geral. Com efeito, o critério deverá estar intrinsecamente ligado com a noção de concorrência, não bastando que a entidade pública realize uma qualquer prestação ou conceda ao particular uma concreta vantagem económica.

A este propósito, subscrevemos inteiramente a opinião do Advogado-geral Philippe Léger, no âmbito do processo que deu origem ao Acórdão *Teatro Alla Scala*, o qual questionou, muito acertadamente, se existiria uma infração às liberdades de circulação e concorrência quando não existisse contrapartida pecuniária para a execução da obra[61]. A ideia do Advogado-geral é a de que os agentes económicos são motivados pela perspetiva de obter um benefício económico com a obra, pelo que não existindo "financiamento da empreitada pela entidade adjudicante, será difícil imaginar qualquer favoritismo em relação ao escolhido".[62] Neste ponto, apela-se claramente à perspetiva de ganho económico, que no entendimento do Advogado-geral não existiria no caso discutido no Acórdão *Teatro alla Scala*, pois "uma vez concluída a obra, o património da comuna é acrescido do valor desta mesma obra, sem despesas da sua parte, enquanto o património do requerente do loteamento se vê diminuído deste mesmo valor, sem outra contrapartida financeira que não seja a dispensa do pagamento da contribuição"[63]

Ou seja, ainda que de forma algo subtil, o Philippe Léger parece considerar (ainda que reconheça que o contrato era oneroso) que a inexistência de um concreto ganho económico, por parte dos particulares, decorrente da atuação da entidade pública determina a não aplicação das diretivas sobre contratação pública, pelo facto de não se colocarem questões de discriminação entre operadores.

No nosso entendimento, a apreciação do Advogado-geral Philippe Léger afigu-

57. Acórdão *Teatro alla Scala*, § 84.

58. Acórdão *Teatro alla Scala,* § 86.

59. Conclusões do Advogada-geral Juliane Kokott, apresentadas em 15.06.2006, e proferidas no âmbito do processo C-220/05 (*Auroux*), § 57, disponíveis em http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5f9e196313aea41d3be218d5bce64e659.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuObxj0?text=&docid=55367&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=53381.

60. A questão não se colocava na questão da onerosidade, mas sim no facto de não existir interesse económico direto para a entidade adjudicante, pelo que a questão é apenas de subsidiação a uma atividade que está excluída pelas diretivas e pela concorrência.

61. Conclusões do Advogado-geral Philippe Léger (*Teatro alla Scala)* § 93

62. Conclusões do Advogado-geral Philippe Léger (*Teatro alla Scala)* § 94

63. Conclusões do Advogado-geral Philippe Léger (*Teatro alla Scala)* §101

ra-se acertada. Com efeito, a noção de contrato público consagrada nas diretivas implica que a prestação da entidade pública possa representar um benefício motivador de interesse por parte de operadores económicos abstratos, que vários operadores económicos possam, em termos abstratos, aproveitar e, finalmente, que tal prestação não seja suscetível de ser atribuída a todos quanto possam nela ter interesse (aquilo a que MIGUEL RAIMUNDO denomina de "escassez do objeto do contrato"[64]). Tal benefício deverá ter um cariz essencialmente económico, pois a ideia de concorrência emerge da noção de mercado onde operam agentes que prosseguem o lucro económico. Um interesse meramente altruísta ou social não pode motivar um interesse concorrencial de mercado, ainda que o acesso a tal benefício seja limitado.

No caso concreto discutido no Acórdão *Teatro alla Scala*, o TJUE considerou que a realização da obra correspondia a um pagamento em espécie das taxas urbanísticas devidas, em alternativa ao pagamento em dinheiro, sendo esta a contrapartida pela emissão da licença. Ou seja, o raciocínio do TJUE foi este: se a atribuição da licença impõe um pagamento de taxas e se estas são pagas através da realização de uma obra, então a obra é contrapartida da licença, não tendo, por isso, um caráter gratuito[65].

Ora, esta posição apresenta fragilidades, desde logo porque encontrar na realização de obras de urbanização uma contrapartida pela licença de loteamento não se afigura correto se atendermos à própria estruturação da relação jurídica. As obras de urbanização são instrumentais e acessórias do loteamento e não constituem a atividade que decorra da licença de loteamento, pelo que inexistiria, desde logo, o sinalagma entre as duas prestações subjacente ao conceito de contrapartida que o próprio TJUE criou e defende[66]. Acresce, ainda, que neste caso concreto inexistia uma qualquer potencialidade discriminatória entre operadores económicos, pela ausência de um ganho económico com a realização de tais obras. É que a redução das taxas urbanísticas opera por referência aos "custos" de construção que o particular terá de suportar, sendo-lhe totalmente alheia uma qualquer componente de lucro que seja gerador de interesse concorrencial[67]. Por outras palavras, a redução das taxas urbanísticas tem um caráter meramente compensatório do particular, não possuindo um cariz remuneratório que consubstancie um ganho económico com interesse para o mercado. De facto, sendo verdade que o particular deixa de pagar as taxas ou deixa de contribuir para os custos, também o é o facto de aquilo que o particular "poupa" de um lado, afetar integralmente à realização da obra. No fundo, trata-se de um mero mecanismo de compensação por custos com o fito de assegurar a inexistência de um enriquecimento sem causa da administração pública.

É aqui que reside a diferença entre o elemento da onerosidade conforme configurado pelo TJUE e o do ganho económico potencial que gera interesse para o mercado: é que o ganho económico não se pode limitar a ser compensatório, deven-

64. MIGUEL RAIMUNDO, *A formação,* p.645-646

65. Acórdão *Teatro alla Scala*

66. Neste sentido, JOÃO MIRANDA, *A função*, pp. 232-233

67. Aliás, na situação descrita a propósito do caso que deu origem ao Acórdão *Teatro Alla Scala*, o particular poderia optar por realizar uma contribuição para os custos meramente parcial.

do configurar um benefício com caráter remuneratório, ainda que seja indireto.
Por outro lado, a inexistência de paridade entre o valor da contribuição e o preço das obras formado no mercado, não permite sustentar a existência de uma verdadeira alternatividade entre a realização das obras pelo particular loteador ou pela entidade administrativa, tornando a prestação em causa totalmente singular, deixando de ser indiferente à entidade pública o operador económico que irá realizar a obra – não concedendo à entidade pública uma verdadeira liberdade de escolha.
Finalmente, o facto de a realização da obra constituir uma obrigação alternativa, cuja decisão cabia exclusivamente ao operador económico, revela que o fulcro da relação jurídica em causa é a atribuição da licença de loteamento e não a obra em si mesma, cuja realização o particular poderia sempre dispensar. No fundo, a obra é apenas uma prestação alternativa compensatória da atribuição de uma licença de loteamento.
Pelo exposto, e em linha com o que expusemos *supra,* o elemento "onerosidade", tal como construído pelo TJUE e definido enquanto toda e qualquer benefício para o particular suscetível de valor económico, não se deve considerar verificado perante a inexistência concreta de um ganho económico para os operadores, gerador de interesse concorrencial[68], e que pressupõe que vários operadores económicos estejam em posição de poder beneficiar daquela concreta prestação e que a entidade pública não a possa realizar a todos os que a queiram.
Caso algum destes elementos não se verifique, a prestação considera-se insuscetível de concorrência, seja por ser singular (quando, por força da sua posição única e exclusiva do particular, no contexto da relação com a entidade pública, não se permite outro prestador possa receber a prestação) ou por carecer da "escassez" necessária à criação de concorrência (pois neste caso a prestação pode gerar um interesse económico, mas o facto de todos quanto a queriam poderem ilimitadamente dela beneficiar, retira-lhe o caráter concorrencial.

4.5. A Acessoriedade e autonomia das prestações

a) Enquadramento

Os critérios indicados *supra*, uma vez aplicados aos contratos urbanísticos, permitem identificar a suscetibilidade de as prestações contratuais de um contrato projetado se sujeitarem às regras da contratação pública. No entanto, por si só, tais critérios não permitem resolver as situações de coexistência entre prestações concorrenciais e outras não suscetíveis de concorrência.
Desde logo, o problema coloca-se ao nível das prestações suscetíveis de concorrência que se encontrem numa relação de acessoriedade ou subordinação com uma prestação principal ou com prestações que, mesmo que não consagradas no mesmo contrato, integrem a mesma relação jurídica latamente considerada. É o caso típico do contrato de urbanização em face de uma operação de loteamento[69].
Situação similar, mas igualmente problemática, ocorre quando estão em causa da

68. Conclusões do Advogado-geral Philippe Léger (*Teatro alla Scala)*, § 94
69. Para um tratamento detalhado desta questão, João Miranda, *A função*, pp. 226-242.

parte do particular diversas prestações incindíveis entre si, em que só algumas delas são suscetíveis de estarem sujeitas à concorrência.
A identificação das duas situações acima referidas exige a delimitação das concretas prestações que a relação contratual envolve, no sentido de determinar (i) se se trata de uma ou várias prestações, de parte a parte; (ii) se existe uma conexão entre todas as prestações, i.e., se todas elas são tributárias ou visam contribuir direta ou indiretamente para o mesmo fim no contexto da relação jurídica subjacente; (iii) se as prestações contratuais são autonomizáveis entre si, ou se, pelo contrário, não o são, e neste caso se (iv) se encontram numa relação de acessoriedade (v) ou se são técnica ou economicamente incindíveis.
Vejamos concretamente as situações em causa.

b) As prestações acessórias suscetíveis de concorrência

A análise de suscetibilidade de concorrência implica a identificação e o isolamento das prestações que, ficando a cargo do particular, não cumpram uma finalidade própria no contexto da relação jurídica criada ou se limitem a um papel meramente facilitador ou de remoção de obstáculos para o cumprimento de outras finalidades prosseguidas. Tais prestações (ditas acessórias, embora possam constituir a prestação principal de um contrato, desde que este se integre numa relação jurídica mais lata entre as mesmas partes) não gozam de autonomia tipológica em face das finalidades cuja prossecução visam permitir, e, como tal, não se sujeitam a qualquer juízo de concorrência, beneficiando da condição aplicável ao objeto principal da relação jurídica criada[70].
No entanto, é preciso ser muito criterioso na concreta delimitação do que é acessório, para que nesta definição não entrem prestações com verdadeira autonomia e, por essa via, conseguirem escapar ao juízo concorrencial e a um regime de contratação pública. É, por isso, determinante identificar os elementos caracterizadores de prestações ditas instrumentais em face das demais.
Em primeiro lugar, pressupõe-se uma relação de subordinação de sentido único, em que a prestação encontra a sua razão de ser exclusivamente no objeto principal da relação jurídica, tendo a missão de contribuir decisivamente para a sua prossecução. Estão, assim, presentes, por isso, dois critérios que devem ser tomados em conta: a relação de subordinação e a essencialidade (necessidade) para a prossecução das finalidades da prestação principal[71]. Ou seja, sendo a sua função servir a finalidade principal, perderá toda a sua razão de ser se desacompanhada desta.
A concreta relação entre obras de urbanização e uma operação de loteamento (cuja finalidade é a criação de lotes para construção) é um bom exemplo. Se o contrato de urbanização constitui um contrato autónomo é inegável que o mesmo se integra dentro de uma relação jurídica mais lata cujo objeto principal é loteamento. Ou seja, sem o loteamento as prestações do contrato de urbanização

70. Utilizando este raciocínio para considerar que as obras de urbanização não se subsumem ao artigo 5.º, n.º 1 do CCP, João Miranda, *A função,* p. 237.

71. Fernanda Paula Oliveira, "A contratação pública no direito do urbanismo", *in Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra, 2008, org. Pedro Gonçalves, p. 818, utiliza o conceito de necessidade para traduzir esta ideia de acessoriedade.

não cumprem qualquer finalidade (subordinação) sendo essenciais para que o loteamento possa cumprir em pleno as suas finalidades (essencialidade).
De facto, para que os lotes sejam aptos à construção, terão de ser dotados dos elementos básicos que decisivamente contribuem para que a construção seja viável, como o sejam, as infraestruturas básicas de abastecimento de água, saneamento, eletricidade e telecomunicações[72]. Por outro lado, também de nada serve possuir áreas infraestruturadas se não se destinarem a servir solo destinado a construção. Assim, parece-nos acertado, na esteira de João Miranda, considerar, no contexto do loteamento, que as obras de urbanização constituem prestações acessórias, i.e., obras sem as quais "as construções não reúnem as condições mínimas de habitabilidade ou (…) obras necessárias a assegurar os *standards* urbanísticos de qualidade de vida, entendidos não apenas aqueles cujo cumprimento é obrigatório mas todos aqueles que se encontram funcionalmente ligados às edificações"[73]. Nas palavras deste Autor, está em causa a exigência de um nexo de racionalidade[74] entre as prestações que são exigidas ao particular no âmbito das obras de urbanização e o projeto que este levará a cabo.
Este juízo de acessoriedade deverá ser realizado em concreto, não sendo recomendável a utilização acrítica de categorias abstratas de obras, como sucede com a distinção tradicionalmente utilizada no ordenamento jurídico italiano, entre obras de urbanização primária e obras de urbanização secundária[75]. É que a adoção de um elenco fechado, demasiado rígido, não permite aferir da finalidade da prestação (neste caso obra) por referência à concreta relação jurídica criada, operação que deverá convocar sempre o princípio de proporcionalidade, em particular na sua vertente de adequação e proibição do excesso. O raciocínio que deverá ser adotado passa pela identificação concreta de um nexo de causal entre as necessidades criadas pela prestação principal e as obras concretas a realizar.
A título de exemplo, e sendo inegável que os lugares de estacionamento são por definição infraestruturas primárias, não parece, porém, admissível considerar acessória (por ser desproporcional) a obrigatoriedade de construção de um parque de estacionamento, suportado pelo loteador, com número de lugares largamente superior aos necessários para as necessidades dos proprietários dos lotes, tendo em vista poder também complementar as necessidades de um estádio de futebol já construído nas proximidades da área abrangida pela operação de loteamento.
Exemplo contrário será o de uma escola - considerada, por norma, um equipamento secundário (usando a dicotomia vigente no ordenamento italiano) – que poderá, a nosso ver, constituir uma obra acessória de um loteamento, quando este venha a ser autorizado numa zona em que os equipamentos escolares mais próximos se encontrem no limite da sua capacidade, e não existam alternativas para absorção da nova população que ali passará a residir na sequência das operações urbanísticas que vierem a ser licenciadas ao abrigo do loteamento. Neste caso, parece-nos de sustentar a existência de uma relação causa-efeito entre a necessidade de construção da escola e o loteamento que habilita que se possa exigir ao loteador que suporte a sua construção.

72. João Miranda, *A função*, pp. 239-240
73. João Miranda, *A função*, p. 240
74. João Miranda, *A função*, p. 239
75. João Miranda, *A função*, p. 230.

O teste da causalidade permite, desde logo, identificar situações de fraude à lei, em que, sob a aparência de instrumentalidade, se consagrem prestações que deveriam ser autonomizadas, porquanto prosseguem finalidades próprias, não perdendo relevância no caso de a prestação dita principal não se realizar. Por exemplo, a construção de uma estrada que atravessa um novo loteamento será considerada acessória do loteamento se visar, por exemplo, ligar o loteamento a uma estrada municipal, e sem a qual, os proprietário dos lotes ficariam isolados. Diferente solução deverá ser dada no caso em que tal estrada cumpra uma finalidade própria que subsiste independentemente da realização da operação de loteamento – caso de uma estrada que constitua um trajeto alternativo que permite aliviar o tráfego de uma dada zona e que, apenas por coincidência, deverá ser construída (ou parcialmente) construída dentro da área do loteamento.
Neste juízo não é, por isso, decisivo o facto de o equipamento a construir poder exceder os limites da área em que se insere o loteamento, desde que a necessidade da sua construção decorra primacialmente da operação principal.
As dificuldades surgem, porém, em zonas mais cinzentas, quando, por exemplo, a infraestrutura em causa venha a cumprir uma função dentro das finalidades de loteamento mas, ao mesmo tempo, seja apta a prosseguir finalidades próprias. Neste caso, consideramos que, no caso em que a obra em causa seja indivisível (isto é, não seja possível de dividir em função das finalidades próprias e acessórias que prossegue sem que ponha em causa total ou parcialmente a sua utilidade) bastará o facto de cumprir uma função acessória do objeto principal – no caso, o loteamento - para que se encontre subtraída à necessidade de concorrência. Se, por sua vez, se reputar divisível, apenas poderá ser exigido ao loteador a realização da parte que seja essencial ao loteamento.

c) As prestações autónomas incindíveis de prestações não suscetíveis de concorrência

Questão relacionada com a que ficou anteriormente tratada é a de saber se será admissível que, por exemplo, num contrato que envolva a realização de obras de urbanização no contexto de uma operação de loteamento, possam ser integradas, sem violar as regras da contratação pública, prestações que, embora não sejam acessórias do loteamento (i.e., cumpram finalidades próprias que, autonomamente consideradas, seriam suscetíveis de concorrência), no contexto concreto da relação jurídica se venham a revelar (tecnicamente ou por razões de interesse público[76]) incindíveis do objeto principal da relação jurídica não suscetível de concorrência.
A este propósito, parece-nos ser de admitir que a exclusão da concorrência de tais prestações é possível, desde que as mesmas sejam técnica ou funcionalmente incindíveis com as demais prestações do contrato ou, não o sendo, quando a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade pública.
A solução passa, a nosso ver, pela aplicação a esta situação concreta do raciocí-

76. Sustentando que a expressão "graves convenientes para a entidade adjudicante" consagrado no artigo 32.º do CCP se refere apenas a graves prejuízos para o interesse público, v. Jorge Andrade Silva, *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 2009, p. 143.

nio subjacente à noção e regime dos contratos mistos consagrados no artigo 32.º do CCP. As normas consagradas neste artigo assumem-se, no contexto do CCP, como apertadas regras anti abuso cujo fito é evitar que a concreta configuração das prestações contratuais por parte das entidades públicas possa conduzir à não aplicação das normas de contratação pública consagradas no CCP ou à utilização de procedimentos pré-contratuais menos abertos e concorrenciais do que os devidos. Como tal, atentas a *ratio legis* e as preocupações subjacentes à norma, será esta a indicada a resolver a questão da sujeição ao CCP de prestações concorrenciais incindíveis de prestações não concorrenciais.

Ora, na alínea b) do n.º 2 do artigo 32.º, o CCP reconhece-se que, perante uma situação de incindibilidade entre várias prestações (técnica, funcional ou "económica", nos termos do n.º 1 do mesmo artigo), poder-se-á adotar, por exemplo, o ajuste direto ao abrigo de critérios materiais, mesmo que algumas dessas prestações, se separadamente consideradas, exigissem um procedimento concorrencial diferente. O regime traduzido nesta norma é consequência da própria condição de incindibilidade das prestações em jogo. Se em relação a uma delas (num juízo autónomo) não é possível, pelas suas características, adotar um procedimento concorrencial aberto, por força da incindibilidade, a ausência de concorrência terá de se alastrar para as demais prestações. Ora, se assim é em relação a prestações que, em abstrato, são concorrenciais (uma vez que a aplicação do ajuste direto só se coloca num segundo momento após um juízo positivo de suscetibilidade de concorrência), por identidade de razão (ou, mesmo até, por maioria razão), o mesmo ocorrerá no caso de prestações incindíveis em que uma delas não seja, logo à partida, suscetível de ser submetida a uma lógica concorrencial.

Assim, e voltando ao exemplo das obras de urbanização, uma determinada obra que, não sendo acessória do loteamento, seja considerada incindível (de acordo como conceito do artigo 32.º do CCP) de outras prestações acessórias desse loteamento, deverá considerar-se excluída, igualmente, das normas de contratação pública, podendo ser realizada pelo loteador. Será o caso (pouco frequente, admite-se) em que a construção de um determinado equipamento (não essencial) se encontre no caminho crítico de outros trabalhos de uma empreitada de obras de urbanização (caso de incindibilidade técnica ou funcional) e não possa realizar-se fora do contexto daquelas obras.

5. Contratos Urbanísticos Suscetíveis De Concorrência: Aplicação Dos Critérios Enunciados (Exemplos)

5.1. Enquadramento

O âmbito limitado do presente artigo não permite analisar todas as realidades de contratos urbanísticos à luz dos critérios *supra* identificados. Deste modo, optámos por escolher duas realidades distintas em que é possível discernir o modo como os critérios *supra* enunciados se poderão operacionalizar. De um lado, abordaremos os contratos para planeamento, o que se justifica pelas especificidades concretas resultantes do facto de se tratar de um contrato em que, muitas vezes não se deteta qualquer interesse económico direto para a entidade pública, e

em que os poderes discricionários da administração atravessam todos os momentos contratuais relevantes, i.e., desde a decisão de celebração até à aprovação de um plano urbanístico e, bem assim, durante a execução deste. De outro lado, os contratos para assunção de encargos relativos a infraestruturas gerais, celebrado no contexto de um procedimento de controlo prévio de operações urbanísticas, e que envolve para os particulares a assunção de obrigações de realização de obras de urbanização de que beneficiarão não apenas o concreto titular da operação urbanística que tais obras irão viabilizar, mas também futuros titulares de futuras operações a realizar na mesma área geográfica.

5.2. Contratos para planeamento

A figura dos contratos para planeamento foi legalmente consagrada no nosso ordenamento por via do Decreto-lei n.º 316/2007, de 19.09, o qual introduziu no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (atualmente revogado)[77] os artigos 6.º-A e 6.º-B. Hoje em dia, por força do Decreto-lei n.º 80/2015, de 14.05 (doravante RJIGT), os contratos para planeamento vêm consagrados no artigo 79.º de tal diploma.

Deste regime resulta, desde logo, que os contratos para planeamento têm por objeto a elaboração de um plano municipal, sendo que a sua celebração constitui uma faculdade discricionária do município e não uma imposição. Assim, o município, em alternativa à celebração de um contrato para planeamento e à sua vinculação à elaboração de um plano com determinado conteúdo, pode proceder de sua iniciativa exclusiva à elaboração do referido plano, conformando as opções de planeamento que entender, tendo apenas a obrigatoriedade de ponderar os interesses que possam ser afetados pelo mesmo.

Ora, o legislador parece assumir os contratos para planeamento como um contrato não suscetível de concorrência. Com efeito, à semelhança do que havia sucedido anteriormente no âmbito do Decreto-lei n.º 316/2007, não foi consagrado qualquer procedimento pré-contratual, apenas se exigindo a adequada publicitação, não para efeitos de dar conhecimento do contrato a potenciais concorrentes interessados na celebração do contrato, mas apenas para permitir um escrutínio por parte da generalidade dos cidadãos no âmbito da necessária ponderação de interesses[78] envolvidos.

Assim sendo, cumpre analisar se (e, em caso afirmativo, em que circunstâncias) a celebração de um contrato para planeamento poderá estar sujeita a um regime pré-contratual concorrencial.

Na doutrina, as posições não são unânimes. De um lado, Fernanda Paula Oliveira entende que tal exigência não se verifica, porquanto não está em causa a atribuição ao particular de uma tarefa pública de elaboração de um plano[79], a qual se mantém pública e na esfera do município mesmo no caso da celebração do contrato. Sustenta esta Autora que como a administração vai exercer poderes que

77. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22.09, hoje em dia revogado pelo Decreto-lei n.º 80/2015, de 14.05.

78. Jorge Alves Correia, *Contratos Urbanísticos*, p. 235.

79. Fernanda Paula Oliveira, A contratação, p. 800.

são seus, ela própria é que é "prestadora de serviços" que o interessado procura[80], pelo que, cabendo à administração realizar a prestação, esta escapará à lógica de mercado. Parece-nos que o que Fernanda Paula Oliveira pretende explicar é que, uma vez que cabe sempre, em última análise, ao município definir o conteúdo do plano, ele poderia sempre impor aos proprietários das parcelas integradas em tal plano uma determinada solução urbanística, pelo que independentemente de o concertar com os particulares, a celebração do contrato com um particular constitui uma decisão totalmente discricionária e alternativa ao exercício dos seus poderes públicos de planeamento.

Estaria, assim, em causa não a ausência de uma liberdade de escolha do cocontratante, mas um caso de desnecessidade da escolha pelo facto de se tratar de uma tarefa eminentemente pública em que a alternativa à contratualização prescindiria sempre de um cocontratante.

Por sua vez, e com um entendimento distinto, João Miranda considera não existir uma solução universal para a questão a partir da tipologia dos contratos para planeamento, considerando que a resposta deverá ser aferida no caso concreto[81]. Sustenta este Autor que pode justificar-se a adoção de um procedimento concorrencial em virtude de existir mais do que um proprietário com condições de oferecer à administração o que ela pretende, em virtude do leque de interessados ser plural[82] e poder oferecer um conjunto de diferentes contrapartidas à administração. Finalmente, considera o referido Autor que não estará sujeito à concorrência o contrato que seja celebrado com o proprietário único do terreno a abranger pelo plano, ou quando a elaboração do plano apenas possa ser assegurada por um único interessado, por ser este que possui o terreno com as características consideradas essenciais pela administração para a concreta solução urbanística que esta pretende implementar.

Uma terceira posição é a de Jorge Alves Correia, que sustenta existir suscetibilidade de concorrência nos contratos para planeamento, mas apenas quando se trate de um projeto global de urbanização de uma determinada área, naquilo que o Autor denomina de "contratos para planeamento em sentido estrito e contratos urbanísticos integrais"[83].

O que dizer sobre esta questão?

Em primeiro lugar, há que referir que o CCP não exclui de forma alguma (expressa ou implícita) a sua aplicação aos contratos para planeamento. O facto de os contratos para planeamento se integrarem na categoria de contratos sobre o exercício de poderes públicos não é decisivo para concluir pela não aplicação do CCP. De facto, a referência a esta categoria de contratos efetuada na alínea b) do n.º 5 do artigo 5.º do CCP deverá ser interpretada no sentido de que a mesma se aplica, não a todos os contratos sobre o exercício de poderes públicos, mas apenas aqueles que caibam na previsão dos ns. 1, 2 e 4 do artigo 5.º do CCP, ou seja, apenas aos que se encontrem excluídos da sua aplicação[84]. O que permite *a*

80. Fernanda Paula Oliveira, *Contratos para planeamento – da consagração legal de uma prática, as dúvidas práticas do enquadramento legal*, Almedina, 2009, p. 40.

81. João Miranda, *A função*, pp. 344-345.

82. João Miranda, *A função*, p. 345.

83. Jorge Alves Correia, *Contratos Urbanísticos*, pp. 237-239.

84. Aparentemente defendendo, igualmente, que os contratos sobre exercícios de poderes públicos não estão, enquanto categoria de contratos, isentos da suscetibilidade de concorrência,

contrario concluir que o CCP se aplica a todos os contratos sobre o exercício de poderes públicos cujas prestações não caibam na previsão do artigo 5.º do CCP e possam ser suscetíveis de concorrência. Ou seja, a não sujeição dos contratos para planeamento às regras da contratação pública não resulta automaticamente do CCP nem tais contratos estão isentos do teste de concorrência.

Por outro lado, e na linha do que temos vindo a sustentar, não existirá – tal como defende João Miranda - uma resposta unívoca para todas as realidades que a figura dos contratos para planeamento abarcam, tal dependendo das concretas prestações que compõem a relação jurídica e da existência de uma efetiva concorrência em abstrato.

Em face disto, e conforme vimos, para que os contratos se encontrem sujeitos às regras da contratação pública, terão de se verificar os seguintes requisitos: (i) liberdade de escolha do cocontratante; (ii) interesse para a concorrência materializado num ganho (remuneratório) suscetível de ser aproveitado por vários operadores mas limitado a alguns - escassez de objeto; (iii) ausência de acessoriedade ou incindibilidade com outras prestações não concorrenciais.

Desde logo seria necessário identificar a criação de um interesse para a concorrência, materializado na existência de uma liberdade de escolha do contratante, o que implica identificar um conjunto de operadores económicos que, em abstrato, estejam em posição de aproveitar o ganho económico decorrente da atuação da entidade pública, devendo este ganho ser limitado, ou seja, não poder ser satisfeito em relação a todos.

É verdade que as entidades públicas (em particular os Municípios) gozam de um poder discricionário amplo quanto à definição do uso do solo, tendo uma vasta liberdade para definir, conformar, alterar o seu uso e afetação e / ou estabelecer limitações quanto à sua transformação. Tal espaço de liberdade é, por regra, independente e alheio aos particulares que em concreto sejam titulares de direitos sobre o solo em causa, pelo que o modo como tal espaço é conformado pela entidade pública partirá da sua conceção própria quanto à organização do território. Nestes casos, a atividade de planeamento e, conforme veremos, a celebração de um contato para planeamento, não se encontrarão sujeitos às regras da contratação pública. De facto, nas mais das vezes a iniciativa é do particular e a entidade administrativa teria sempre a liberdade de, por sua livre iniciativa e independentemente dos concretos desígnios dos particulares, consagrar num plano a solução urbanística que depois virá a consagrar no contrato para planeamento – o que corresponderia ao exercício de poderes normais de regulação urbanística que escapariam, por natureza, à concorrência.

Assim, parece-nos que um contrato para planeamento não estará sujeito às regras da contratação pública quando o contrato for celebrado com um único proprietário ou, em simultâneo, com todos os proprietários das parcelas da área objeto do plano, em consequência do exercício normal da função de planeamento urbanístico. Basicamente, quando a entidade pública não tenha atuado fora dos seus poderes normais de planeamento no sentido de introduzir um qualquer elemento gerador de interesse concorrencial para um conjunto abstrato de operadores económicos, não terá qualquer alternativa de escolha, logo não existirá qualquer discriminação. Esta será a situação mais recorrente no domínio dos

cf. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, p.68.

contratos para planeamento.

No entanto, tal conclusão poderá assumir contornos diferentes nos casos em que, seja mediante hétero-vinculação (por via legislativa ou regulamentar, por exemplo) ou através de mecanismos de autovinculação, a margem de discricionariedade de planeamento da entidade pública venha a ser limitada para níveis em que a sua intervenção possa ser apta a criar situações discriminatórias. Conforme se defendeu ao longo deste texto, tal será o caso em que se introduzam elementos vinculados criadores de situações de interesse potencial para vários operadores económicos, mas cuja prestação apenas por alguns poderá vir a ser satisfeita[85], surgindo assim, por força da escassez de objeto gerada, uma situação potencialmente discriminatória[86].

É o que sucederá, por exemplo, quando a entidade pública, numa determinada circunscrição do território, preveja diversos espaços passíveis de ser afetos a um determinado uso, cujo desenvolvimento se encontre sujeito a quotas[87], ou a limites quanto ao número e/ou à área de construção de certo tipo de equipamentos[88], que seriam excedidos se todos os particulares em posição de implementar tal uso ou equipamentos manifestassem interesse em realizá-los. Naturalmente, que é o ato de iniciativa pública limitador da discricionariedade de planeamento que cria um interesse concorrencial potencial, que justifica que a celebração de um eventual contrato para planeamento no sentido de concretizar tal solução, possa encontrar-se sujeito às regras de contratação pública.

E neste exemplo, sendo notório o interesse concorrencial que reclama a intervenção da contratação pública, continua sem resultar necessariamente da celebração deste contrato para planeamento (e da sua futura execução) um qualquer "interesse económico direto" para a entidade pública, além, claro está, dos atinentes ao exercício da função urbanística previstos na legislação aplicável.

Em suma, e nestas situações, parece-nos inegável que o objeto dos contratos para planeamento a celebrar nestas circunstâncias é suscetível de concorrência[89], enquadrando-se, por isso, na previsão do artigo 16.º, n.º 1 do CCP, pelo que à falta de um regime especial próprio, a sua celebração deverá ser antecedida de um procedimento pré-contratual previsto no CCP.

---

85. Miguel Raimundo, *A formação,* p. 645.

86. Usando aqui a expressão feliz de Miguel Raimundo, *A formação,* p. 645., que define a escassez de objeto como a "insusceptibilidade e todos os que têm uma pretensão a esse objeto verem essa pretensão satisfeita".

87. Veja-se, como um exemplo ilustrativo do que se pretende afirmar, a figura dos Núcleos de Desenvolvimento Turístico consagrados no Plano de Ordenamento Regional do Algarve, aprovado Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2007, de 03.08, muito embora, neste caso, tenha sido o próprio Plano a impor que os PDM's consagrassem procedimentos contratuais concorrenciais para a atribuição dos direitos em causa.

88. Seria o caso de um município prever no seu plano diversas áreas em que podem ser construídas grandes superfícies de comércio, mas deliberar fixar - à luz do interesse público de não destruição do comércio local - um número limite máximo de unidades de comerciais a licenciar na área do concelho e que seja em número inferior às áreas previstas para tais equipamentos.

89. Neste sentido, Jorge Alves Correia, considerando que os contratos para planeamento em sentido estrito e os contratos urbanísticos integrais estarão sujeitos às regras da contratação pública, *in Contratos Urbanísticos,* p.238. Defendendo o mesmo para alguns contratos para planeamento, João Miranda, *A função*, p.345.

5.3. Contrato de construção de infraestruturas gerais

Nos termos do n.º 3 do artigo 25.º do RJUE, em face de um projeto de indeferimento com fundamento na alínea b) do n.º 2 do artigo 24.º do RJUE, poderá o promotor assumir a responsabilidade da execução das infraestruturas gerais em falta, bem como os encargos do seu funcionamento por um período mínimo de 10 anos, o que será formalizado num contrato celebrado entre o município e o particular. Neste contrato, está implícita a emissão da licença, por força da realização das obras e, bem assim, uma redução proporcional ou eliminação da taxa de urbanização.

Em face destes dados, o que dizer quanto à existência de uma relação contratual com caráter concorrencial?

Na nossa doutrina, e no seguimento das diversas decisões jurisprudenciais do TJUE já devidamente enunciadas, João Ilhão Moreira veio defender estarem preenchidos, neste caso, os elementos constitutivos do contrato público de empreitada de obras públicas. Partindo da consideração de que a definição de obras públicas pertence ao direito europeu[90], encontra na relação a constituir todos os elementos do tipo contratual de empreitada de obras públicas[91] conforme construída pelo TJUE. Assim, considerando não existir um direito subjetivo do particular à realização das obras em causa (o que, subentende-se, servirá para o Autor excluir a infungibilidade do prestador), este Autor encontra na relação jurídica em análise um elemento de onerosidade, concluindo não existir uma intenção de liberalidade por parte do particular. Conclui, depois, João Ilhão Moreira, que este contrato reúne todos os elementos do contrato de "empreitada de obras públicas", pelo que os contratos com este objeto deverão ser submetidos a um procedimento pré-contratual prévio[92].

O que dizer desta interpretação?

Em primeiro lugar, e salvo melhor opinião, parece-nos que tal interpretação corre o risco de esvaziar o escopo do artigo 25.º, n.º 3 do RJUE. De facto, o que está em causa são infraestruturas que não estavam programadas pela entidade pública e que não era suposto a esta realizá-la num horizonte temporal próximo. Ora, se a entidade pública tiver de lançar um procedimento pré-contratual para a realização das obras, terá um incentivo a manter a decisão de indeferimento, pois será difícil que tenha interesse em suportar os custos de construção e manutenção de uma infraestrutura não programada.

Por outro lado, a norma está configurada para que seja o particular a realizar as obras e a suportar os custos de manutenção durante 10 anos. Ora, perante o lançamento de um procedimento concorrencial, o particular com grande probabilidade não terá interesse em concorrer, mas mesmo que o fizesse, veria, na maio-

90. João Ilhão Moreira, Os contratos urbanísticos como atividade económica e mercado público: a influência da jurisprudência comunitária, *in O urbanismo, o ordenamento do território e os tribunais*, coord. Fernanda Paula Oliveira, Dezembro 2010, pp. 553-591, p. 583, nota 63, invocando o Acórdão Auroux.

91. João Ilhão Moreira, Os contratos, p. 584.

92. João Ilhão Moreira, Os contratos, p. 585. De referir que este Autor, apesar de aparentemente identificar uma desconformidade do artigo 25.º, n.º 3 com o direito europeu ao não consagrar um procedimento pré-contratual, acaba por não retirar qualquer consequência de tal circunstância.

ria das vezes, a sua participação impedida, por não ser detentor de um alvará de construção. Fica, ainda, por clarificar, neste contexto, quais serão as prestações submetidas à concorrência no procedimento pré-contratual a lançar: a realização das obras ou, além destas, a incumbência da manutenção das infraestruturas pelo período de 10 anos? Se for apenas a obra, fica por esclarecer quem fica com o encargo de manter as infraestruturas pelos 10 anos? Se, pelo contrário, incluir a manutenção da infraestrutura, deverá ser o particular a remunerar o empreiteiro / prestador, quando a decisão de lançar um procedimento pré-contratual e contratar um terceiro foi da entidade pública?

Em face disto, a figura em causa parece completamente avessa, pela sua natureza, à aplicação das regras da contratação pública.

Acresce, ainda, que o entendimento sufragado pelo mencionado Autor se baseia na consideração de que o contrato é oneroso, porque não contempla nenhuma intenção de liberalidade por parte do particular. Ora, a onerosidade não é, tal como configurada pelo TJUE; critério relevante para aferir da "suscetibilidade de concorrência" das prestações contratuais. Com efeito, e tal como sustentámos *supra*, o que releva para este juízo, em primeiro lugar, é a existência de uma verdadeira liberdade de escolha por parte da entidade administrativa a qual se consubstancia, do lado dos operadores económicos, num interesse que determinada prestação concreta gerará para um universo abstrato de potenciais concorrentes – ou seja, a possibilidade de um ganho económico que possa ser aproveitado por vários potenciais operadores económicos.

Ora, se a "contrapartida" da entidade pública pela realização das obras em causa poderá ser a emissão da licença (na linha do que foi sugerido no Acórdão *Teatro Alla Scala*), em si mesma, esta prestação encerra uma total ausência de liberdade de escolha, uma vez que, por natureza, só poderá ser atribuída ao proprietário do prédio onde se realizará a operação urbanística, pelo que nunca seria suscetível de gerar qualquer tipo de interesse concorrencial nem potenciar qualquer ganho.

Por outro lado, a isenção ou redução de taxas urbanísticas, como compensação pelo facto de ser o particular a realizar as infraestruturas, só aparentemente constituirá um benefício económico. Com efeito, o que está em causa é a substituição das taxas devidas por uma espécie de pagamento em espécie, que corresponde ao custo da realização das infraestruturas. Ora, conforme já ficou exposto *supra,* a formação do valor da contrapartida (isenção ou redução de taxas) por referência aos custos de construção não é feita num contexto concorrencial, não possuindo qualquer componente de lucro. Por sua vez, a ausência de uma componente financeira com caráter remuneratório - e não apenas compensatório, como é o caso -, torna concorrencialmente desinteressante a terceiros a realização daquela prestação. Sendo verdade que o particular deixa de pagar as taxas ou deixa de contribuir para os custos, também o é o facto de aquilo que o particular "poupa" de um lado, gasta na realização da obra.

Ademais, sempre se dirá que o compromisso de realização das obras constitui obrigação acessória que se reputa necessária e essencial no contexto da relação jurídica mais lata consubstanciada na atribuição da licença para a realização da operação urbanística, sendo certo que sem ela a operação urbanística principal não seria possível. O que nos permite descortinar aqui uma relação de subordinação e um nexo de causal entre as necessidades criadas pela licença para a realização da operação urbanística e as infraestruturas concretas a realizar. Desta

feita, a realização das infraestruturas assumem um papel de acessoriedade ou instrumentalidade em relação a outras prestações que, de qualquer modo – conforme se defendeu acima -, escapariam ao juízo de "suscetibilidade de concorrência".

Com o mesmo entendimento aqui exposto, embora com argumentos diferentes, veja-se a posição de Fernanda Paula Oliveira, que, não obstante reconhecer que se tratam de obras públicas, aduz dois argumentos que afastam a "suscetibilidade de concorrência": (i) tratam-se de infraestruturas que viabilizam a operação urbanística do promotor e, por isso, tornar-se-ia bastante gravoso para o particular aguardar pela sua execução na sequência de um procedimento de contratação pública[93]; (ii) o particular encontra-se numa situação de *infungibilidade* e *irrepetibilidade*, pelo facto de as infraestruturas terem por causa imediata e serem justificadas pela operação que visam viabilizar.[94], exigindo-se que a realização das infraestruturas decorram de forma necessária da operação urbanística de modo a que a compensação devida ao particular corresponda estritamente ao valor dos encargos que tinha de assumir[95]. Ou seja, a Autora identifica na sua exposição os elementos acima decompostos – a infungibilidade do particular, a ausência de um ganho económico da prestação da administração e a necessidade de realização da prestação (nexo de acessoriedade).

Pelo exposto, e aplicados os critérios aventados, deve concluir-se que os contratos de urbanização previstos no n.º 3 do artigo 25.º do RJUE, não se encontram sujeitos a uma lógica concorrencial, pelo que não se lhes são aplicáveis as normas de contratação pública.

***

93. Fernanda Paula Oliveira A contratação pública, p. 817; Fernanda Paula Oliveira *et. al.*, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Comentado*, Coimbra, 2012, p. 323.

94. Fernanda Paula Oliveira, A contratação pública no direito do urbanismo, p. 817 e Fernanda Paula Oliveira *et. al.*, *Regime Jurídico*, pp. 323-324.

95. Fernanda Paula Oliveira A contratação pública, pp. 817-818; Fernanda Paula Oliveira *et. al.*, *Regime Jurídico*, p. 323.