

SOBRE

A

**(IN)APLICABILIDADE DOS REGIMES DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA
(DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, DO DECRETO-LEI Nº
280/2007 E DOS PRINCÍPIOS CONCESSÓRIOS ADOPTADOS EM DI-
RECTIVAS E INSTÂNCIAS COMUNITÁRIAS) À FORMAÇÃO DO
CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DA UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DO
DOMÍNIO PÚBLICO E ÁREAS AFECTAS À CONCESSÃO DOMINIAL
DA “ESTALEIROS NAVAIS DE VIANA DO CASTELO, S.A.”**

ÍNDICE

CONSULTA

PARECER

A) INTRODUÇÃO

a1) Da concorrência de regimes legais de contratação pública

a1.1) O Código dos Contratos Públicos e o Decreto-Lei n.º 280/2007

a1.2) Da vigência do Decreto-Lei n.º 280/2007 face às normas revogatórias do CCP

a2) Razão de ordem

B) A HIPÓTESE DA SUJEIÇÃO SUBJECTIVA DA CONSULENTE AO REGIME DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

b1) O conceito de *entidades adjudicantes* no CCP: em especial, a espécie “*organismos de direito público*”

b.2) Os requisitos legais da qualificação como “*organismo de direito público*”: sua aplicação à situação da ENVC

b2.1) Enunciado e contexto normativo

b2.2) O requisito da “influência dominante” do Estado sobre a ENVC

b2.3) O requisito da finalidade da criação do organismo de direito público – a satisfação de “necessidades de interesse geral”: factores determinantes

b2.4) A qualificação da ENVC como entidade criada para satisfazer necessidades de interesse geral

b2.5) O requisito do “carácter não industrial ou comercial” da actividade exercida: o conceito e seus factores determinantes

b2.6) A qualificação da ENVC como entidade sem carácter comercial ou industrial

C) A HIPÓTESE DA SUJEIÇÃO OBJECTIVA DO CONTRATO *SUB IUDICE* AO CCP

c1) A qualificação do presente contrato de subconcessão

c1.1) A necessidade dessa qualificação

c1.2) A qualificação do contrato segundo a vontade das partes

c1.3) A qualificação do contrato em função das prestações do seu objecto

c1.4) A qualificação do contrato em função da subconcessão de uma área não dominial e a irrelevância da questão

c1.5) A figura do contratos de (sub)concessão e distinção de tipos contratuais afins, incluindo a concessão de exploração dominial

c1.6) Conclusão: a qualificação do Contrato de Subconcessão como uma subconcessão do uso privativo de bens do domínio público

c2) Os contratos sujeitos ao regime de contratação do CCP

c.2.1) O pressuposto académico desta reflexão e a cláusula geral do art. 1º/2 do CCP

c2.2) A interpretação e integração da cláusula geral do art. 1º/2 do CCP à luz das normas concorrentes dele constantes: enunciado das normas relevantes

c2.3) cont. A disposição do art. 6º/2 do CCP

c2.4) cont. A disposição do art. 4º do CCP

c2.5) Conclusão quanto a esta parte

D) OS EVENTUAIS CONSTRANGIMENTOS RESULTANTES DA APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

d1) Os parâmetros comunitários do direito interno da contratação pública: enunciado geral

d2) Os diversos parâmetros comunitários: a sua aplicação ou desaplicação ao caso *sub iudice*

d2.1) A inaplicabilidade da Directiva 2004/18/CE

d2.2) A inaplicabilidade da jurisprudência do TJUE sobre os princípios comunitários em matéria de contratação pública aplicáveis a contratos não abrangidos pela Directiva 2004/18/CE

d2.3) A inaplicabilidade das Comunicações da Comissão em matéria de contratação pública

d2.4) Conclusão

E) A TESE DA SUJEIÇÃO DA CONTRATAÇÃO *SUB IUDICE* AO DECRETO-LEI Nº 280/2007

e1) A vigência do Decreto-Lei nº 280/2007: remissão

e2) As exigências do diploma em matéria de contratação dominial

e2.1) Os princípios gerais nele revelados

e2.1) As principais implicações procedimentais das normas e princípios do Decreto-Lei nº 280/2007

e3) A observância das exigências concursais no caso concreto

CONCLUSÕES

CONSULTA^(*)

1.- São os seguintes os factos da hipótese sobre a qual a Consulente, a **Estaleiros Navais de Viana do Castelo, S.A.**, pretende conhecer a minha opinião:

- a) Por contrato de concessão celebrado em 2 de Maio de 1946 e subsequentemente alterado⁽¹⁾, a então designada Junta Autónoma dos Portos do Norte (actualmente na esfera da Administração do Porto de Viana do Castelo, S.A.) – concedeu à Estaleiros Navais de Viana do Castelo, Lda. – actualmente Estaleiros Navais de Viana do Castelo, S.A. (doravante “ENVC” ou “concessionária”) – o direito de ocupação de uma parcela de terreno do domínio público, bem como de uma área afectada à concessão, totalizando, actualmente, 351.832,00 m²;
- b) À data da atribuição dessa concessão, destinava-se ela, exclusivamente, ao exercício da indústria de construção e reparação naval;
- c) Em alterações subsequentes ao contrato de concessão, foi ampliado o âmbito das actividades cujo exercício era permitido à ENVC, passando a abranger igualmente a indústria de fabrico de componentes para aerogeradores eólicos e

* O primeiro signatário, independentemente de ele lhe aprazer ou não, ainda não escreve segundo as regras do Acordo Ortográfico.

1 Contrato aprovado pelo Decreto-Lei n.º 35570, de 1 de Abril de 1946, alterado pelos Decretos-Lei n.º 36950, de 30 de Junho de 1948, Decreto-Lei n.º 37626, de 23 de Novembro de 1949, Decreto-Lei n.º 654/74, de 22 de Novembro de 1974, Decreto-Lei n.º 11/89, de 6 de Janeiro de 1989, Decreto-Lei n.º 145/2005, de 26 de Agosto de 2005, Decreto-Lei n.º 297/2007, de 22 de Agosto de 2007, e Decreto-Lei n.º 98/2013, de 24 de Julho de 2013, e rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 95/2007, de 19 de Outubro de 2007.

(com a alteração de 2013) a indústria metalomecânica, e, bem assim, actividades complementares ou conexas com estas;

- d) O prazo da concessão termina em 2031;
- e) Por contrato de subconcessão celebrado em 2 de Junho de 2006, entre a ENVC e a Enerconpor – Energias Renováveis de Portugal, Sociedade Unipessoal, Lda., foi atribuído a esta o direito de uso privativo de uma parcela de terreno não dominial da concessão de 106.670,00 m²;
- f) No âmbito da subconcessão, a Enerconpor exerce a actividade de fabrico de componentes para aerogeradores eólicos;
- g) Nos termos do Decreto-Lei n.º 98/2013, de 24 de Junho, a ENVC foi autorizada a subconcessionar a área dominial e a área afectada à sua concessão (na parte não abrangida pela subconcessão da Enerconpor) para a exploração das actividades de construção e reparação naval, de fabrico de componentes para aerogeradores eólicos, de indústria metalomecânica e outras actividades complementares ou conexas com essas ;
- h) Por anúncio de 31 de Julho de 2013, publicado em 3 jornais nacionais de grande circulação (“Jornal de Notícias”, “Diário Económico” e “Público”) – e divulgado nos “sítios” da internet da ENVC e da Agência para o Investimento e Comércio Externo Português –, a Consulente lançou um procedimento concursal (doravante “concurso”) para a atribuição dessa subconcessão de uso privativo abrangendo uma parcela de terreno que integra a concessão dominial e, na

referida parte sobranete, a área que lhe está afectada, num total de 245.162 m² (doravante “subconcessão concursada”) para exploração de qualquer das actividades permitidas pela concessão;

- i) A ENVC é uma sociedade de capitais exclusivamente públicos, totalmente detida pela Empordef – Empresa Portuguesa de Defesa, SGPS, S.A. (doravante “Empordef”), a qual é, por sua vez, totalmente detida pelo Estado;
- j) Na área dominial e área afectada à concessão, a ENVC dedica-se actualmente à actividade de construção e reparação de navios.

2.- Perante os factos descritos, e perante os documentos do concurso lançado – Anúncio do Concurso, Programa do Procedimento e Caderno de Encargos –, pretende a Consulente saber se é legal o procedimento encetado pela ENVC, e, designadamente, se é legal a não sujeição do referido procedimento às regras constantes do Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”) ou a quaisquer outros constrangimentos nacionais ou comunitários.

Quid iuris, então?

PARECER

A)

INTRODUÇÃO

a1) Da concorrência de regimes legais de contratação pública

*a1.1) O Código dos Contratos Públicos e o
Decreto-Lei n° 280/2007*

1. Para aferir, como se nos pede, da legalidade do procedimento adoptado para atribuição da subconcessão ora concursada, cumpre determinar quais as regras e princípios legais que ao mesmo se aplicam.

Sucedem que as regras legais sobre contratação pública, que vigoram actualmente em Portugal, constam de diplomas vários, distinguindo-se subjectiva e objectivamente o respectivo âmbito de aplicação.

Entre esses diplomas, destaca-se sobremaneira o Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”), aprovado pelo Decreto-Lei n° 18/2008, de 29 de Janeiro – que transpõe para o ordenamento jurídico nacional as Directivas comunitárias 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004⁽²⁾ – e que é de vasta aplicação.

Uns degraus abaixo do referido CCP, quer no que se refere ao respectivo

² Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (doravante “Directiva 2004/17/CE”), e Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (doravante “Directiva 2004/18/CE”).

universo subjectivo quer em relação à sua amplitude objectiva, encontramos o Decreto-Lei nº 280/2007, de 7 de Agosto, contendo-se nele “*as disposições gerais e comuns sobre a gestão dos bens imóveis dos domínios públicos do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais*” e, bem assim, o “*regime jurídico da gestão dos bens imóveis do domínio privado do Estado e dos institutos públicos*”.

Como por aqui já se vê, pode então dar-se por assente que os referidos diplomas legais, tanto internos como comunitários, fazem depender o respectivo âmbito de aplicação de factores de ordem subjectiva, uns deles, referentes à (natureza da) entidade que pretende contratar, outros de ordem objectiva, relativos ao respectivo objecto, às prestações e aos bens sobre que recaem, isto é, ao *tipo* de contrato a celebrar, e ao seu *valor*.

*a1.2) Da vigência do Decreto-Lei nº 280/2007
face às normas revogatórias do CCP*

2. É natural, porém, que nos interroguemos sobre se o citado Decreto-Lei nº 280/2007 sobreviveu à ampla revogação de anteriores regimes de contratação pública a que o Decreto-Lei nº 18/2008, que aprovou o CCP, procedeu no respectivo art. 14º.

Aponta no sentido da sua sobrevivência, desde logo, o facto de, entre os inúmeros diplomas nominadamente incluídos no nº 1 desse art. 14º, como sendo objecto de revogação expressa, não se encontrar o referido Decreto-Lei nº 280/2007, quando outros, de muito menor densidade e importância jurídico-prática, foram abrangidos pelo rol daí constante.

É certo que no nº 2 daquele mesmo art. 14º se procedeu à revogação tácita de “*toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível*”.

Sucedem porém que as matérias a que se refere o art. 1º do Decreto-Lei nº 280/2007, acima transcritas – todas respeitantes à gestão de “*imóveis*” – e que as suas subseqüentes disposições regulam, constituem matérias não reguladas no CCP.

Aliás, dispõe-se expressamente na alínea *c*) do art. 4º/2 do Código não se aplicar ele aos “[*c*]ontratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares”, donde decorre, não apenas por força desta cláusula final da norma, mas também por maioria de razão jurídica, não se aplicar também o CCP – pelo menos, o respectivo regime de contratação pública – a *contratos similares* a esses que tenham por objecto a constituição de direitos de utilização sobre bens *imóveis* do domínio público.

Nem pode considerar-se despiciendo a este propósito o facto de, na enumeração dos nºs 1 e 2 do art. 6º do CCP, não virem referidos, a par das *concessões de obras e de serviços públicos*, os contratos de *concessão de uso privativo de bens dominiais*, muito mais frequentes, aliás, no caso do respectivo nº 1 – respeitante aos contratos **entre** entidades adjudicantes, como o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, etc. – do que os contratos daquelas outras duas espécies de concessões.

Nem se diga que a subconcessão ora concursada não tem por objecto apenas a cedência do uso privativo de bens dominiais, indo nela incluídas também parcelas de imóveis do domínio privado do Estado, por isso que, como se viu, a tal alínea *c*) do art. 4º/2 exclui do âmbito de aplicação do CCP os contratos de cedência de utilização de imóveis celebrados através de “*arrendamentos ou contratos similares*”.

a2) Razão de ordem

3. Entende-se portanto que as disposições do Decreto-Lei nº 280/2007, seja quanto a bens imóveis *dominiais* ou quanto aos bens imóveis *patrimoniais* – usando a clássica distinção terminológica entre bens do domínio público e privado do Estado e de outras pessoas colectivas públicas *de população e território* –, que tais disposições, dizia-se, não foram revogadas pelo art. 14º do diploma que aprovou o CCP.

Pelo que também teremos que tomar em conta as regras e princípios desse diploma de 2007 – e de outros com ele conexos – para responder à questão formulada na Consulta.

Sem prejuízo, claro, de nos arrimarmos também ao regime de contratação estabelecido no CCP, à delimitação do seu âmbito subjectivo e objectivo, de maneira a dar resposta a todas as preocupações com que a Consulente se debate para poder levar a cabo, sem correr o risco de ver posta em causa a respectiva validade, o procedimento de atribuição concursada da subconcessão aqui em causa.

Por razões de método – até porque é natural pressupor que a atenção do leitor se centre, primeiro, na questão da (in)aplicabilidade do CCP a esse procedimento de contratação –, é com ele que nos confrontamos inicialmente, acautelando, assim, a hipótese que julgamos meramente académica, de afinal o Decreto-Lei nº 280/2007 ter mesmo sido revogado pelo citado art. 14º/2 do Decreto-Lei nº 18/2008.

Sem perder de vista, jamais, que são razões de cautela deontológica que nos impelem a tal e que a solução da questão há-de ser procurada, ou procurada também, no regime estabelecido no referido Decreto-Lei nº 280/2007.

B)

**A HIPÓTESE DA SUJEIÇÃO SUBJECTIVA DA CONSULENTE AO REGIME DO
CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

b1) O conceito de *entidades adjudicantes* no CCP: em especial, a espécie “*organismos de direito público*”

1. A resposta à questão da Consulta passa, em primeira linha, por saber se a ENVC, enquanto entidade contratante da subconcessão concursada do uso privativo de bens imóveis do domínio público e do domínio privado que lhe estão concedidos e afectos, se enquadra no âmbito subjectivo de aplicação do CCP, isto é, se deve ser qualificada como uma das entidades adjudicantes abrangidas pelo Código e, em segundo lugar – caso a resposta a esta primeira questão seja afirmativa –, se o contrato de subconcessão a celebrar está sujeito às regras de contratação pública dele constantes.

No caso de se concluir pela não aplicação dessas *regras*, cabe ainda averiguar, primeiro, da eventual sujeição do procedimento aos *princípios* comunitários fundamentais nessa matéria e/ou aos princípios jurídicos gerais de direito interno português e, seguidamente, das respectivas repercussões na organização e modelação das peças regulamentares do concurso ⁽³⁾.

São essas as matérias que analisaremos, e pela ordem enunciada, nas páginas subsequentes.

3 As peças procedimentais mais relevantes, o programa do procedimento e o caderno de encargos, assumem efectivamente carácter normativo, sendo juridicamente vinculativas para todos os intervenientes procedimentais. O programa do procedimento é, de acordo com o art. 41º do CCP, o “*regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato*”. Também o caderno de encargos partilha deste carácter normativo, na medida em que aí se prevê a disciplina jurídica do conteúdo do contrato a celebrar, ou, como se diz no art. 42º do CCP, “*as cláusulas a incluir no contrato a celebrar*”. Sobre o carácter normativo das peças procedimentais, veja-se Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, “*Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*”, Almedina, 2011, pág. 277.

2. Nos termos do art. 2º do CCP, são consideradas *entidades adjudicantes* – ficando, por isso, sujeitas ao respectivo regime de contratação –, para além do Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, institutos públicos, fundações públicas, associações públicas e associações formadas por estas categorias de entidades, também os designados “*organismos de direito público*” e outras associações, aos quais se refere o art. 2º/2.

Claro é que a ENVC não se enquadra em qualquer uma das primeiras cinco categorias acima referidas, nem tem a natureza de associação.

Resta assim saber se a mesma se qualifica como “*organismo de direito público*”.

b.2) Os requisitos legais da qualificação como “*organismo de direito público*”: sua aplicação à situação da ENVC

b.2.1) Enunciado e contexto normativo

3. A categoria dos designados (pelo direito comunitário) “*organismos de direito público*”, a que se referem as várias alíneas do art. 2º/2 do CCP, vem aí descrita do seguinte modo:

“2. *São também entidades adjudicantes*

- a) “*Quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:*
 - i) *Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência e;*
 - ii) *Sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu*

controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades;

- b) Quaisquer pessoas coletivas que se encontrem na situação referida na alínea anterior relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante nos termos do disposto na mesma alínea;”.*

Esta caracterização dos ditos “*organismos de direito público*” – ou entidades adjudicantes do art. 2º/2 do CCP –, através da descrição dos requisitos de que depende a subsunção nesse conceito de uma determinada entidade, resulta de uma transposição do direito comunitário, não só do direito positivado nas citadas Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (e das anteriores gerações de Directivas por elas revogadas) como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (ou “TJUE”), – e são espelho (tais características) dessas fontes de direito, normativa, a primeira, e para-normativa, a segunda.

Tratando-se de um conceito de origem comunitária – daí que não se estranhe a denominação de *organismos de direito público* (trata-se de uma referência ao direito público comunitário da contratação), quando, na verdade, cabem aí entidades de direito público e de direito privado – tratando-se de um conceito comunitário, dizia-se, temos que uma entidade qualificável como *organismo de direito público* ao abrigo das Directivas comunitárias deve ser considerada como *entidade adjudicante* para efeitos do CCP, mesmo que porventura houvesse discrepâncias entre ambos os ordenamentos.

Isso, por força da prevalência do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados membros da União Europeia.

Por outro lado, como as referidas categorias estão prenes de conceitos

vagos e indeterminados – cujo conteúdo e alcance é, tantas vezes, difícil de descortinar, permitindo interpretações diversas –, elas (a primeira, naturalmente, e a segunda derivadamente) têm sido, nas últimas décadas, bastante trabalhadas e densificadas pela jurisprudência comunitária, a qual constitui, assim, um elemento importantíssimo da fixação do conteúdo e alcance dos respectivos requisitos, no âmbito do direito nacional.

4. A ideia central subjacente a tal qualificação é simples.

Consiste no facto de, muitas vezes, a natureza pública ou privada de uma determinada pessoa colectiva não revelar, de uma forma clara, os seus traços fisionómicos e estruturais essenciais, o seu verdadeiro enquadramento e funcionamento no universo jurídico e no seio do mercado e da concorrência comunitários.

A questão assume naturalmente particular relevância nesses domínios – ou seja, em ambientes típicos de mercado, onde avulta o elemento concorrencial –, no âmbito dos quais se exige que os respectivos operadores se encontrem em situação de igualdade, senão de facto, pelo menos de direito.

Na verdade, por detrás de um concreto modelo de organização jurídico-económica, de natureza pública ou privada, existem, por vezes, poderes públicos a desempenhar, directa ou indirectamente⁽⁴⁾, um papel central, com distorção relevante no funcionamento do mercado. Poderemos, assim, nesses casos, estar perante entidades equiparadas ou substitutivas do Estado ou de outros entes do sector público administrativo – sujeitos por natureza às regras de contratação das Directivas e do CCP –, razão bastante para as submeter ao direito administrativo

4 Por exemplo, através de entidades por si criadas, porventura para se furtarem às regras da contratação concorrencial a que eles próprios – ao contrário dos entes empresariais – estariam sujeitos.

dos procedimentos de contratação pública, independentemente de terem intuito lucrativo e de actuarem em mercado ou à margem dele.

Pretende-se portanto, com o apelo ao conceito *organismos de direito público*, sujeitar a essas regras de contratação pública as empresas que sejam como que uma emanção do Estado ou de outros poderes públicos sendo, portanto, susceptíveis de pautar a sua actuação no mercado, de proceder à contratação com esta ou aquela entidade, por motivos diferentes da mera eficiência económica, através de uma procura concorrencial.

Refira-se aqui, confirmando este entendimento, a clarificação a que o TJUE procedeu, ao assinalar que "[o] *objectivo das directivas é excluir simultaneamente o risco de preferência dos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos públicos por entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público se deixar levar por considerações não económicas*" ⁽⁵⁾.

O caso dos organismos de direito público é um bom exemplo desse fenómeno: sensível à intrincada configuração jurídica dos operadores económicos, o legislador enunciou, e o TJUE adoptou (às vezes, adaptou) um conjunto de “pistas” que permitem aferir se uma dada entidade se comporta efectivamente no mercado em condições de igualdade com qualquer outra ou se, pelo contrário, mais não traduz do que uma extensão artificial, um *alter-ego* ou uma *longa manus* dos poderes públicos – “pistas” ou requisitos, esses, que se condensam nas diversas subalíneas da alínea a) do art. 2º/2 do CCP, acima transcritas.

É importante notar, para rematar, que, como aliás resulta claramente do

5 Acórdãos de 1 de Fevereiro de 2001, no processo C-237/99, “*Comissão contra República Francesa*”, e de 3 de Outubro de 2000, no processo C-380/98, “*University of Cambridge*”. No mesmo sentido, *vide* os Acórdãos de 10 de Novembro de 1998, no processo C-360/96, “*BFI Holding BV*”, e de 15 de Janeiro de 1998, no processo C-44/96, “*Mannesmann Anlagenbau Austria AG e Outros*”.

próprio preceito da lei, os requisitos aí enunciados são de *aplicação cumulativa*, o que significa que, caso não se verifique, numa dada situação concreta, qualquer um deles, a entidade em causa não será qualificada como uma *entidade adjudicante* para efeitos da aplicação do regime de contratação pública constante do CCP.

Nem o será, bem assim, para efeitos da aplicação dos regimes comunitários de contratação pública, pois que o elenco dos *organismos de direito público* deles constante não é, antes pelo contrário, mais lato.

Vejamos então em que consistem os requisitos acima enunciados para determinar se a ENVC, subsumindo-se ou não neles, deve ser considerada uma entidade adjudicante ao abrigo do art. 2º/2 do CCP.

Começaremos – optando assim por uma exposição ordenada de forma diferente do enunciado legal – pelo requisito cuja interpretação suscita menos dúvidas, seguindo depois para aqueles que oferecem maiores dificuldades de aplicação ao caso concreto, detendo-nos aí, por isso, mais extensa e detalhadamente.

b2.2) O requisito da “influência dominante” do Estado sobre a ENVC

5. Sobre este requisito, da subalínea *ii*) da alínea *a*) do art. 2º/2 do CCP, basta-nos, dada a certeza e evidência da conclusão, asseverar e justificar, de forma sumária, estar o mesmo claramente preenchido no caso da ENVC.

Na verdade, a *influência dominante* exercida pelo Estado e demais entes do art. 2º/1 do CCP ou por qualquer outro *organismo de direito público* (deste mesmo art. 2º/2) sobre uma determinada entidade – que é o conceito básico da respectiva previsão legal –, pode resultar de um de três elementos: *i*) da proveniência do seu financiamento maioritário; *ii*) da sua sujeição ao controlo da respec-

tiva gestão; ou *iii*) da designação, directa ou indirectamente, da maioria dos titulares de um dos seus órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização.

Ora, para não falar já do seu financiamento maioritário – que, é público e notório, vem sendo assegurado, de há longa data, pelo Estado –, certo é que a ENVC é uma entidade de capitais totalmente públicos, detidos pela Empordef – ela própria um organismo de direito público⁽⁶⁾ – e, indirectamente pelo Estado.

Os membros do Conselho de Administração, incluindo o Presidente, são eleitos pela Assembleia Geral e, portanto, pelo accionista único, a Empordef.

É, por isso, claro que o controlo de gestão da ENVC é igualmente detido pela Empordef e, indirectamente, pelo Estado⁽⁷⁾.

E o que fica dito basta, por si só, para se considerar preenchido este primeiro requisito – o da sujeição da ENVC à *influência dominante* da Empordef e, indirectamente, do Estado – o que até tornaria desnecessário, pelo menos, para este efeito, apelar ao referido facto de a ENVC ser maioritariamente financiada com recursos públicos, estatais ou para-estatais.

b2.3) O requisito da finalidade da criação do organismo de direito público – a satisfação de “necessidades de interesse geral”: factores determinantes

6. O que se entende por “*necessidades de interesse geral*” – a cuja satisfação vai votada a actividades destes organismos, de acordo com o disposto na parte inicial da subalínea *i*) da alínea *a*) do art. 2º/2 do CCP – é talvez uma das

6 *Vide*, a tal propósito, o Parecer n.º 19/2012, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 13 de Setembro de 2012, sobre a aplicação do regime da contratação pública constante do CCP à Empordef e às empresas por esta participadas.

7 *Cf.* art. 7º/2 do CCP.

questões mais difíceis de determinar no contexto da aplicação dos regimes de contratação pública.

A tarefa de definir o que são “*necessidades de interesse geral*” tem sido levada a cabo pela jurisprudência do TJUE de forma intensa e bastante estabilizada ao longo dos tempos (e, em menor parte, pelos tribunais administrativos portugueses), tendo-se consolidado algumas ideias-chave que passamos a expor.

Em primeiro lugar, o TJUE esclareceu que a noção de *necessidades de interesse geral* é uma noção de direito comunitário, que deve ser apreciada *autonomamente*, sem referência à ordem jurídica dos Estados membros⁽⁸⁾. Por outro lado, fazendo referência ao anterior Acórdão “*BFI Holding BV*”, o Tribunal acentuou que tal noção deve ser apreciada de modo *objectivo*, sem ter em conta a forma jurídica das disposições em que tais necessidades ou finalidades vêm expressas e atribuídas.

O que significa, desde logo, precisamente por isso, que o respectivo conceito não tem necessariamente de estar ligado à noção de “*interesse público*” ou, mais concretamente, a necessidades reconhecidas por lei – pela lei nacional – como sendo de interesse público⁽⁹⁾.

Assim, tem sido entendido que a noção de “*necessidades de interesse geral*” pode ser apreendida através da ideia de “*actividades que beneficiam directamente a colectividade, por oposição aos interesses individuais ou de grupo*”⁽¹⁰⁾.

Ou seja, estaremos perante necessidades dessas sempre que os interesses a prosseguir não tenham em vista a apropriação individual dos bens ou serviços respectivos, não digam respeito apenas a um conjunto circunscrito de pessoas

8 Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, no processo C-373/00, “*Adolf Truley*”.

9 Neste sentido, nos pronunciámos já em “*Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*”, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, pág. 102.

10 No mesmo sentido, pronunciou-se o Advogado-Geral Léger, nas Conclusões apresentadas no âmbito do Acórdão do TJUE, “*Mannesmann*”, acima referido.

determinadas ou determináveis, e, se reportem, antes, à colectividade considerada no seu todo, quer esse “todo” seja de âmbito nacional, regional ou local.

Isto, naturalmente, sem prejuízo da possibilidade de a actividade desenvolvida acabar por beneficiar, em termos *práticos e concretos*, apenas um número limitado de pessoas⁽¹¹⁾ ou até, no limite, uma única pessoa⁽¹²⁾, desde que a entidade que a(s) serve haja sido criada para salvaguardar um interesse geral do Estado, servindo-lhe de suporte e podendo portanto, a todo o momento, ter benefícios mais alargados⁽¹³⁾.

Mais do que a delimitação dos efectivos beneficiários ou dos meios utilizados para satisfazer as necessidades em causa, o que é decisivo é portanto a presença de interesses gerais e/ou colectivos (característicos da actividade desenvolvida ou das necessidades a satisfazer) que o Estado pretende assegurar (ou garantir que um terceiro assegure), tendo em conta os benefícios daí resultantes para a colectividade.

Por outro lado, o facto de tais actividades serem também desenvolvidas por algumas empresas privadas e de, portanto, não serem exercidas em regime de monopólio, não invalida que as mesmas sejam qualificadas como “*necessidades de interesse geral*”⁽¹⁴⁾.

Acresce ser indiferente que, para além da missão de satisfação de necessidades de interesse geral, uma determinada entidade tenha a liberdade de exercer outras actividades que não correspondam a tal qualificação. O facto de a satisfação das necessidades de interesse geral constituir apenas uma parte – ainda que relativamente pequena – das actividades efectivamente exercidas não tem rele-

11 *Vide* o Acórdão do TJUE, de 10 de Maio de 2001, nos processos apensos C-223/99 e C-260/99, “*Agorà v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*”.

12 *Vide* o Acórdão do TJUE, de 22 de Maio de 2003, no processo C-18/01, “*Arkkitehuuritoimitisto Riitta Korhonen Oy v. Verlauden Taitotalo Oy*”.

13 *Vide* também o Acórdão do TJUE “*Mannesman*”, acima referido.

14 Acórdão *BFI Holding BV*, acima referido.

vância excludente nesta sede, pois que tal entidade continua a encarregar-se das necessidades que especificamente se destinam à defesa de interesses gerais ou colectivos, tanto bastando para que seja considerada um “*organismo de direito público*”⁽¹⁵⁾.

Refira-se, por fim, que é igualmente irrelevante o facto de determinada entidade não ter sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral. Basta que venha, posteriormente, a assumir tal missão⁽¹⁶⁾. E isso quer ela esteja estatutariamente prevista ou não.

7. Resulta da confluência de todas estas proposições jurisprudencialmente assumidas pelo TJUE poder defender-se que o conceito de “*necessidade de interesse geral*” deve ser interpretado num sentido amplo⁽¹⁷⁾.

Trata-se, em suma, de actividades de cujo exercício está incumbido o Estado ou entes públicos com vista a garantir a realização de interesses colectivos maiores ou menores, desde os nacionais aos paroquiais, inclusivamente através da sua atribuição a entidades privadas, para serem prosseguidos como se de eles próprios (entes públicos) se tratasse.

Repescando tudo quanto antes se escreveu, diríamos então que estão aqui em causa actividades que, “*por razões ligadas ao interesse geral, o Estado opta por satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante*”⁽¹⁸⁾, independentemente:

- da forma jurídica ou das normas com base nas quais a entidade em causa exerce essa actividade;

¹⁵ Vide, a este propósito, o já citado Acórdão “*Mannesmann Anlagenbau Austria AG*”.

¹⁶ Vide o Acórdão do TJUE, de 12 de Dezembro de 2002, no proc. C-470/99, “*Universale-Bau*”.

¹⁷ No mesmo sentido, Rui Medeiros, “*Âmbito do novo regime de Contratação Pública à luz do princípio da concorrência*”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008, pág. 22.

¹⁸ Acórdão *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v. Varkauden Taitotalo*, acima referido.

- de prosseguir também outro tipo de actividades, em maior ou menor parte; de a respectiva actividade beneficiar em *concreto* apenas algumas, ou mesmo apenas uma, entidade;
- de ela ter assumido a prossecução da mesma em momento posterior à sua criação;
- de a actividade não ser prosseguida em regime de monopólio mas ser também exercida por entidades privadas sem qualquer intuito pró-colectividade ⁽¹⁹⁾.

Ficarão assim excluídas de tal conceito apenas as actividades relativamente às quais o mercado já se encarrega de suprir as necessidades do público em geral ou do Estado, e em que este apenas se envolve, eventualmente, na sua realização com fins lucrativos ou como um passo tendente à privatização, dado a sua intervenção não ser então necessária para a prossecução dos interesses em causa ⁽²⁰⁾.

19 Em decisões anteriores, foram consideradas *necessidades de interesse geral*, entre outras, as actividades de:

- **Recolha de lixo**, dado que, por razões de saúde pública e ambiente, esta actividade não poderia ser adequadamente prestada por empresas privadas (Acórdão “*BFI Holding BV*”, acima referido);
- **Exploração de instalações de eliminação de resíduos poluentes** (Acórdão “*Universale-Bau*”, acima referido);
- **Produção de impressos para a administração federal** em relação aos quais se exige sigilo ou o respeito de normas de segurança, como passaportes ou outros (Acórdão “*Mannesman Anlagenbau Austria AG*” acima referido);
- **Serviços mortuários**, dado que interessa ao Estado controlar a emissão de certidões de nascimento e de óbito e controlar a respectiva actividade por razões de saúde (Acórdão “*Adolf Truley*”, acima referido);
- **Gestão de universidades** (Acórdão “*University of Cambridge*”, acima referido);
- Operação de **redes públicas de telecomunicações** e prestação de **serviços públicos de telecomunicações** (Acórdão “*Telaustria*”, de 7 de Dezembro de 2000, no processo C- 324/98);
- **Construção e aquisição de imóveis** para disponibilização a empresas com o intuito de estimular a actividade económica num município (Acórdão “*Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v. Varkauden Taitotalo*”, acima referido);
- **Organização de feiras e exposições**, com vista a promover o intercâmbio, a produção de bens e serviços e o comércio (Acórdão de 10 de Maio de 2001, nos processos C- 223/99 e C-260/99, “*Agora v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*”).

20 “*The law of public and utilities procurement*”, Sue Arrowsmith, ponto 5.13.

b2.4) A qualificação da ENVC como entidade criada para satisfazer necessidades de interesse geral

8. Cumpre então averiguar, olhando ao que ficou explanado, se a ENVC é uma “*entidade criada para satisfazer necessidades de interesse geral*”.

A ENVC tem por objecto, de acordo com o art. 3º dos seus Estatutos, “[a] *construção e reparação navais, bem como o exercício de todas as actividades comerciais e industriais com ela conexas e as actividades de indústria e comércio de bens e tecnologias militares*”, podendo ainda “*desenvolver as actividades de fabricação, construção, e montagem de estruturas metálicas*”.

E como referido supra, ela é exclusivamente detida pela Empordef, uma sociedade gestora de participações sociais.

Ora, conforme resulta do regime jurídico das SGPS ⁽²¹⁾, estas têm por único objecto social a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indirecta de exercício de actividades económicas, não se antevendo que, só por isso, ela devesse ser considerada como uma entidade criada para satisfazer *necessidades de interesse geral*.

Sucedo contudo que – como bem se assinalou no já citado Parecer nº 19/2012, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República – a Empordef foi criada e enquadra-se no âmbito de um “*sector estratégico – a defesa nacional –, directamente relacionado com as funções de soberania que, como é acentuado no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 235-B/96, de 12 de Dezembro [que criou a Empordef], “devem permanecer no sector público”. E visando aquela empresa prosseguir os objectivos estratégicos do Estado português, essa actividade é, obviamente, de interesse geral*”, invocando-se aí, para o efeito, o que se

21 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro, alterado pelos Decreto-Lei n.º 318/94, de 23 de Dezembro, Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de Novembro e Decreto-Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro.

escreveu no preâmbulo desse diploma e o que se dispõe no respectivo art. 9º.

Poder-se-ia então pensar que, como os “*organismos de direito público*” podem dedicar-se parcialmente, mesmo que em percentagem elevada, a actividades que não satisfazem necessidades de interesse geral, não deve excluir-se a possibilidade de uma SGPS de interesse geral exercer essa parte da sua actividade através de uma empresa por si detida, que se dedicasse exclusivamente à tal parcela de interesse particular da sua actividade – isto é, aquela que não corresponde a necessidades de interesse geral. Nesse caso, dir-se-ia que essa “empresa-filha”, entidade juridicamente autónoma, não seria de qualificar como um organismo de direito público, uma entidade adjudicante, apesar de a sua “empresa-mãe” ter tal natureza.

Sucedem que as fórmulas organizatórias através das quais os entes sujeitos aos regimes comunitários (ou nacionais) de contratação públicas se furtam à sua aplicação, criando entes não abrangidos por tais regimes, tem sido objecto de censura pela jurisprudência comunitária e nacional – especialmente pelo Tribunal de Contas –, considerando as referidas fórmulas como impotentes para servir esse desígnio, submetendo-as aos regimes da entidade-mãe e evitando assim o sucesso da utilização desse expediente em *fraude à lei* (intencional ou não).

O que significaria que, sendo a Empordef, em virtude do seu próprio objecto ou actividade, qualificada como “*organismo de direito público*”, então também as sociedades por ela criadas instrumentalmente – incluindo a ENVC – deveriam necessariamente obedecer à mesma qualificação ⁽²²⁾.

22 O referido parecer do Concelho Consultivo da PGR parece conduzir a conclusão diferente, ao dizer que as empresas participadas pela Empordef terão a natureza de organismos de direito público se “*prosseguiem uma actividade idêntica à da Empordef*”. Apesar de a formulação deste passo da reflexão daquele prestigiado Conselho não ser inteiramente claro quanto ao seu alcance, parece, pelo menos, admitir-se aí que nem todas as empresas participadas pela Empordef seriam “*organismos de direito público*”.

9. No mínimo, entenderíamos que a resposta à questão de que ora curamos pressupõe um olhar mais aturado sobre a actividade da ENVC e o seu eventual enquadramento nos objectivos estratégicos prosseguidos pelo Estado, via Empordef.

Como se viu, a Empordef tem como objecto legal e estatutário a gestão de participações sociais detidas pelo Estado em sociedades ligadas directa ou indirectamente às actividades de *defesa* (como forma indirecta de exercício de actividades económicas⁽²³⁾), que é precisamente, como também se viu, uma das parcelas do objecto das actividades da ENVC, relativa à “*indústria e comércio de bens e tecnologia militares* (art. 3º dos respectivos Estatutos).

Aliás, a actividade da ENVC começou por dirigir-se exclusiva ou essencialmente aos navios de guerra encomendados pelo Governo português, aos navios de carga e petroleiros, em claro “apoio” à marinha de guerra, à marinha mercante e à frota pesqueira nacionais.

Bastaria isso para a Consulente já ser considerada como tendo sido criada para satisfação das necessidades de interesse geral.

Mas não é tudo.

10. Também a sua actividade ligada à *construção e reparação naval* – sendo embora uma actividade exercida em regime de concorrência através da qual ela prossegue intuits exclusivamente lucrativos – assume características próprias das actividades de interesse geral.

23 Art. 3.º/1, dos respectivos Estatutos, publicados em anexo ao diploma que procedeu à criação da Empordef.

Assim, no preâmbulo do Decreto-Lei nº 35.570, de 1 de Abril de 1946, e nos pontos 1 e 3 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 36950, de 30 de Junho de 1948, fazia-se expressa referência

- aos objectivos de “*valorização das obras portuárias, o auxílio à indústria da pesca do bacalhau e o fomento da marinha mercante nacional*”;
- “*à indústria de construção e reparação de navios, como complemento indispensável da exploração portuária e valioso meio de fomento da marinha mercante nacional*”;
- ao facto de ser “*dever do Governo envidar todos os esforços para que uma indústria com importância vital esteja o mais rapidamente possível em condições de satisfazer as necessidades do País*”.

Do exposto, resulta que o Estado considera efectivamente a actividade de construção e reparação naval, embora não a tome como sua atribuição própria, como sendo uma actividade essencial à indústria da pesca e à marinha mercante nacional, à exploração portuária e, em termos mais abrangentes, à economia nacional – como uma actividade destinada a satisfazer portanto “*necessidades de interesse geral*” em conformidade com as características que acima lhes assacámos⁽²⁴⁾.

A mesma filosofia aflora no Decreto-Lei nº 478/75, de 1 de Setembro, que procedeu à nacionalização da ENVC, o qual se refere ao “*papel vital desempenhado pela indústria da construção naval na economia portuguesa*” e à “*necessidade de um papel integrado no sector da construção e reparação naval com outros sectores básicos da economia*”.

24 E, provavelmente por essa razão, ao atribuir à ENVC a concessão de cuja subconcessão aqui concursada se trata, o Estado impôs que a parcela de terreno cujo uso privativo se estava a conceder se destinasse exclusivamente ao exercício da indústria de construção e reparação de navios.

Não devendo esquecer-se, tal como acima se referiu, que a jurisprudência comunitária considerou já que actividades cujo exercício se destina à promoção da indústria ou do comércio em determinado país ou região são actividades que têm por finalidade a satisfação de “*necessidades de interesse geral*”⁽²⁵⁾ – o que, repete-se, não significa que sejam actividades de interesse público, que constituam uma atribuição que ele próprio deva prosseguir.

11. Assim, apesar de a actividade da ENVC se encontrar significativamente reduzida face a outras épocas e de os seus actuais clientes serem, de acordo com as informações que nos foram facultadas, essencialmente, entidades privadas, não temos elementos que nos permitam concluir que a actividade da ENVC, mesmo se hoje em dimensão bem mais reduzida, deixou de ter por finalidade impulsionar, incentivar o comércio e economia nacionais (estando aí o Estado apenas como accionista).

Não estamos a esquecer, note-se, nem que o facto de uma actividade ser importante para a economia nacional não significa que a mesma se destine a satisfazer *necessidades de interesse geral*, nem que o facto de a ENVC ter sido criada para satisfazer necessidades que hoje qualificaríamos como sendo de interesse geral tenha ainda a mesma relevância.

Mas a verdade é que todos os elementos coligidos apontam decididamente no sentido de, mesmo hoje, dever qualificar-se a actividade própria da ENVC – independentemente da sua pertença a uma entidade adjudicante criada para satisfazer necessidades de manifesto interesse geral – como sendo uma actividade para aí teleologicamente orientada.

²⁵ Vide a este propósito os Acórdãos *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v. Varkauden Taitotalo* e “*Agora v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*”, acima referidos.

b2.5) O requisito do “carácter não industrial ou comercial” da actividade exercida: o conceito e seus factores determinantes

12. Aventando-se então, como melhor hipótese, a de que a ENVC continua a prosseguir uma actividade destinada a satisfazer necessidades de interesse geral – e dado como cumprido também o requisito da *influência dominante* –, ela apenas será qualificada como *entidade adjudicante* ou “*organismo de direito público*” se essa actividade não tiver “*carácter industrial ou comercial*”.

É o que resulta da parte final da sublínea *i*) da alínea *a*) do art. 2º/2 do CCP.

O requisito em apreço assenta na distinção avançada pelo legislador (comunitário e nacional) entre necessidades de interesse geral que têm carácter industrial ou comercial e as que não possuem esse carácter.

Consciente da ambiguidade do conceito de “*carácter industrial ou comercial*” associado ao exercício de uma determinada actividade – e dos problemas interpretativos que, a este propósito, há muito vêm ocupando a jurisprudência comunitária –, o legislador nacional (acolhendo aquela mesma jurisprudência) optou por dar um contributo para a sua compreensão, esclarecendo, na parte final da referida sublínea *i*), que “*são consideradas pessoas colectivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, aquelas cuja actividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência*”.

Ou seja, utilizando a mesma ideia mas na formulação contrária, uma entidade satisfaz necessidades de interesse geral com *carácter industrial ou comercial* sempre que actue no mercado numa situação de livre e plena concorrência, efectiva ou potencial, com outros operadores económicos privados.

Do mesmo modo, de acordo com a jurisprudência comunitária ⁽²⁶⁾ — e, na mesma linha, a jurisprudência nacional ⁽²⁷⁾ —, o conceito de entidades “*com carácter industrial ou comercial*” deve interpretar-se não como sinónimo de empresa em sentido económico, mas com o sentido de pessoa que actua plenamente submetida à lógica do mercado e da livre concorrência.

Neste contexto, uma entidade não terá “*carácter industrial ou comercial*” quando exerce a sua actividade fora do mercado concorrencial, sem ter como objectivo primordial o lucro e não suporta (ou não suporta sozinha) o risco económico e financeiro da sua actividade.

E, nesse caso, ela já não seria uma *entidade adjudicante* do art. 2º/2 do CCP e não estaria, portanto, sujeita às regras de contratação pública daí constantes.

O TJUE teve, no entanto, a oportunidade de advertir que a circunstância de uma dada entidade actuar numa situação de concorrência (e até de concorrência desenvolvida) no mercado apenas pode constituir um *indício* de que as necessidades de interesse geral que prossegue têm carácter industrial ou comercial.

Na verdade, para apurar se estamos (ou não) perante uma situação de verdadeira concorrência, é preciso proceder a uma análise do caso concreto, aí considerando “*a totalidade dos elementos de facto e de direito relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua actividade. Se o organismo opera em condições normais de mercado, prossegue um fim lucrativo e suporta as perdas associadas ao exercício da sua actividade, é pouco provável que as necessidades que*

26 Vide os Acórdãos *BFI Holding BV e Mannesman Anlagenbau Áustria AG v. Strohal Rotationsdruck GmbH*, acima referidos, entre outros.

27 Vide os acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”), no processo relativo aos CTT - Correios de Portugal, SA, de 17 de Janeiro de 2006; Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Sul, relativos aos hospitais, S.A., de 16 de Março de 2005, no processo 560/05; de 7 de Abril de 2005, no processo 559/05; de 14 de Abril de 2005, no processo 1004/04.0BESNT.

visa satisfazer não sejam de natureza industrial ou comercial”⁽²⁸⁾ (negritos nossos).

Assim, se a actuação da entidade em causa se der em regime de concorrência com outros operadores económicos privados, estaremos perante um importante indício do “*carácter industrial ou comercial*” da actividade desenvolvida.

Decisivo, porém, é saber se essa actuação se desenvolve num ambiente e em condições de verdadeira, integral e livre concorrência, ou se, sob a capa de uma concorrência (entre a actividade em causa e os outros operadores económicos privados), existem, afinal, circunstâncias que desvirtuam a sua natureza formalmente empresarial e a transformam num “*operador especial*”, com privilégios de actuação que não estão ao alcance de qualquer sociedade comercial privada ou com especificidades que a distanciam dos demais operadores do mercado.

A jurisprudência comunitária tem considerado também que o requisito em causa (não ter a actividade de interesse geral em causa “*carácter industrial ou comercial*”) deve dar-se como preenchido sempre que o risco da actividade desenvolvida não corra exclusivamente por conta da entidade que dela se incumbem. Por essa razão, mesmo numa situação de actuação concorrencial, a circunstância de estar prevista, por exemplo, a possibilidade de compensações públicas para suportar os prejuízos decorrentes da actividade da empresa impede a sua qualificação como tendo “*carácter industrial ou comercial*”⁽²⁹⁾, levando assim a submetê-la às regras da contratação pública do CCP.

A jurisprudência do TJUE refere até que “*embora tais sociedades apresentem, no plano jurídico, poucas diferenças relativamente às sociedades anó-*

²⁸ Vide Acórdão “*Arkkitehuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v. Verlauden Taitotalo Oy*” acima mencionado.

²⁹ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, ponto 5.15.

nimas detidas por operadores privados, na medida em que suportam os mesmos riscos económicos que estas últimas e podem, da mesma forma, ser objecto de declaração de falência, [os poderes públicos aos quais pertencem] raramente permitirão que isso ocorra e procederão, sendo esse o caso, a uma recapitalização dessas sociedades para que estas possam continuar a assumir as tarefas para as quais foram constituídas, ou seja, (...) e ainda que, apesar de não estar excluída a possibilidade de tais sociedades gerarem lucros, a procura desses lucros não pode, em caso algum, constituir o objectivo principal dessas sociedades” (30).

*b2.6) A qualificação da ENVC como entidade
sem carácter comercial ou industrial*

13. No caso concreto, é verdade, por um lado, que a ENVC tem a natureza de sociedade comercial, tendo assim, em princípio, o intuito da obtenção de um lucro.

É também verdade que não existem constrangimentos legais à entrada no mercado de outras entidades no exercício da actividade levada a cabo pela ENVC – como existem, efectivamente, entre nós.

A actividade da ENVC é puramente privatística no sentido de que não está submetida a fiscalização ou controlo orçamental, não está submetida a regulação legal ou contratual ou a qualquer intervenção nas condições com base nas quais presta tal actividade, designadamente, por via da fixação de preços ou de níveis de serviço – para além, obviamente da intervenção da Empordef e do Estado na sua qualidade de accionistas (directo, a primeira, e indirecto, o segundo) da ENVC.

Note-se, porém, que o facto de a ENVC actuar “num mercado concorren-

30 Acórdão *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy v. Varkauden Taitotalo*, acima referido.

cial” – pelo menos na acepção que acima se expôs – não significa que actue no mercado em condições de plena concorrência.

Na verdade, ela não assume – não tem assumido – o risco da sua actuação e das perdas associadas à sua actividade. Nem de facto, nem *de iure*.

Comprova-o, desde logo, o disposto no art. 9º do Decreto-Lei nº 235-B/96, que criou a Empordef, no qual se dispõe que:

“A gestão estratégica do grupo deverá ter em conta os seguintes objectivos de política:

[...]

*e) Recurso ao crédito bancário, para redução do esforço exigido ao Orçamento do Estado, com utilização conjugada de **aval do Estado**, dos recursos imobiliários, a alienação de activos e a privatização de empresas na óptica do saneamento financeiro;*

*f) Utilização do orçamento de aquisições das **Forças Armadas** para assegurar uma base estável, a médio prazo, para financiamento do sector;*

*g) Contratualização da manutenção das capacidades estratégicas **financiada pelo orçamento do Ministério da Defesa Nacional**, que apoiará também, se necessário, o saneamento financeiro;”* (sem destaque no original).

Do exposto resulta claro que a actividade do grupo Empordef e, por isso, indirectamente, a actividade da ENVC são apoiadas pelo orçamento público, por avales do Estado, enfim, por apoios financeiros que se consideram necessários à “gestão estratégica do grupo”.

É verdade igualmente, agora no plano dos factos, que a ENVC tem tido sucessivos resultados negativos, sendo a sua actividade suportada, em grande

medida, e ao longo de vários anos, por recurso a fundos públicos, não podendo portanto afirmar-se que ela exerce a sua actividade em condições de plena e livre concorrência e de igualdade com as demais entidades efectiva ou potencialmente existentes no mercado.

Não tem, por isso, a ENCV carácter industrial ou comercial.

b2.7) Conclusão

14. Considerando o exposto, é nossa opinião não existirem elementos que nos permitam concluir que a ENVC deixou de ser uma *entidade adjudicante*, um *organismo de direito público*, para efeitos do art. 1º/2 do CCP ⁽³¹⁾, por se terem dado como preenchidos os requisitos (positivos e negativos) de que, nos termos das alíneas *a)* e *b)* do respectivo art. 2º/2, depende a qualificação de uma qualquer entidade como tal.

Deve, assim, entender-se que a ENVC é uma *entidade adjudicante* para efeitos de aplicação das regras de contratação pública constantes do CCP, ficando então o procedimento de formação do contrato de subconcessão *sub iudice*, se olhada a questão apenas do ponto de vista subjectivo, sujeita ao regime pré-contratual do CCP.

C)

A HIPÓTESE DA SUJEIÇÃO OBJECTIVA DO CONTRATO *SUB IUDICE* AO CCP

c1) A qualificação do presente contrato de subconcessão

c1.1) A necessidade dessa qualificação

1. Para saber se a celebração do contrato de subconcessão, dado o seu ob-

31 O qual, como se verá adiante, não deve porém ser tomado no rigor dos seus termos literais – impedem-no outras disposições do próprio CCP.

jecto, deve, ou não, ser precedida de um dos procedimentos pré-contratuais previstos na Parte II do CCP, importa qualificar esse mesmo contrato, averiguar de que espécie é, dentro dos contratos abrangidos pela sua Parte I.

Qualificação essa que se reveste, aliás, da maior relevância, na medida em que, como mais adiante se verá, a circunstância de a ENVC ser considerada, à luz do art. 2º/2 do CCP, uma *entidade adjudicante*, para efeitos da aplicação do regime de contratação pública do CCP, não implica a sujeição automática de todo e qualquer contrato seu a esse regime.

Há, efectivamente, na referida Parte I, normas que excluem de tal sujeição uma série mais ou menos extensa de contratos, em função, umas vezes, apenas do seu objecto, outras, em função desse objecto e da espécie de entidades adjudicantes envolvidas.

c1.2) A qualificação do contrato segundo a vontade das partes

2. O primeiro factor relevante para determinação da categoria ou espécie de um contrato faz apelo à vontade das partes.

Compreensivelmente, aliás.

É que, consubstanciando um contrato um acto de expressão de uma *vontade* – a vontade fundida das vontades recíprocas das partes contratantes –, a tarefa de qualificação de um contrato deve ter como ponto de partida a averiguação da espécie de negócio jurídico que as partes pretenderam celebrar, tarefa que se cumpre fixando o sentido de cada uma dessas declarações de vontade e da sua conjugação.

Sendo então a vontade das partes um elemento revelante na qualificação de um contrato, ela não é contudo um factor determinante, por si só, tornando-se

necessário saber se tal vontade encontra uma expressão adequada nas próprias prestações que se obrigam a realizar uma em favor da outra (eventualmente, de terceiro) ou se, porventura, o objecto de tais prestações arreda a qualificação voluntarista, por o respectivo objecto corresponder às de um contrato legalmente nominado diverso daquele cujo *nomem* se escolhera – ou, então, por não corresponderem tais prestações àquelas que a lei liga necessariamente a esse *nomem*.

Ora, se, em teoria, a vontade das partes nem sempre é fácil de apurar, no caso em apreço tal análise não se afigura complexa, atenta a clareza dos documentos do concurso, e não só, em que tal vontade vem vazada.

Com efeito, escreveu-se, em termos idênticos, no Programa do Procedimento e no Caderno de Encargos, que o procedimento agora lançado tem por objecto a atribuição da *subconcessão da utilização privativa* de uma parcela de terreno que integra a área dominial concessionada à ENVC, com uma superfície total de 126.232 m², assim como das parcelas de terreno (com 118.930 m²), dos edifícios, das infraestruturas e dos equipamentos afetos à referida concessão.

Qualificação essa que corresponde, aliás, àquela que, nos já longínquos anos da década de 40 do Séc. XX – não havia ainda as preocupações concorrenciais dos regimes de contratação de hoje –, o Estado e a ENVC atribuíram ao contrato de concessão entre si celebrado, como manifestado no Decreto-Lei n^o 35.570, de 1 de Abril de 1946, e de que a presente subconcessão é derivada.

Pode, assim, afirmar-se com segurança que a ENVC – pois é ela que promove o concurso e a quem compete definir os termos e as soluções vertidas nos respectivos documentos conformadores –, bem como o seu futuro co-contratante, cuja vontade adere, nessa parte, à formulada pela entidade adjudicante, pretendem precisamente celebrar um contrato de subconcessão do uso privativo de bens do domínio público (e de outros bens seus acessórios ou complementares).

c1.3) A qualificação do contrato em função das prestações do seu objecto

3. Apurada qual a espécie contratual que a ENVC (e o seu futuro contraente) pretendem celebrar – à qual estão obrigados, aliás, por se tratar de um contrato derivado, de um subcontrato, portanto – importa agora verificar se o conteúdo do contrato de subconcessão concursado corresponde efectivamente à vontade assim manifestada.

Para tal, ter-se-á que proceder à análise das prestações descritas no Anexo A do Caderno de Encargos, pois é aí que encontramos, conforme se dispõe no seu art. 3º, a minuta do contrato em apreço.

Não obstante se conterem na referida minuta muito mais cláusulas respeitantes ao conteúdo das prestações e ao modo de execução do contrato, cingimos a presente análise àquelas que têm maior relevância para determinação da qualificação da subconcessão de uso privativo, sem prejuízo de se poder asseverar que nenhuma das que excluímos da reflexão subsequente se revela incompatível com a qualificação adoptada.

4. Estipula-se então na cláusula 4.1 dessa minuta, e passamos a citar, que “[a] Subconcessão tem por objecto a utilização privativa de uma parcela de terreno que integra a área de concessão dominial concessionada à Estaleiros Navais de Viana do Castelo, S.A., com a área de 126.232 m², assim como das parcelas de terreno com a área de 118.930 m², dos edifícios, das infraestruturas e dos equipamentos afetos à referida concessão, que totaliza 245.162 m²”.

Por sua vez, na cláusula 5.1 da minuta – que tem, precisamente, por epígrafe “*Estabelecimento da subconcessão*” – dispõe-se que (sem destaques no original):

“Integram o Estabelecimento da Subconcessão:

- a) uma parcela do domínio público com a área de 126.232 m², identificada no Anexo II;*
- b) os edifícios, infra-estruturas e equipamentos no actual estado em que os mesmos se encontram na data do presente Contrato, instaladas na área identificada na alínea a) da Cláusula 5.1 e constantes do Anexo VI e indicados no Inventário;*
- c) a área afectada à referida concessão com a dimensão de 118.930 m², conforme identificada no Anexo II, assim como os respectivos edifícios, infra-estruturas e equipamentos no actual estado em que os mesmos se encontram na data do presente Contrato, identificados no Anexo VII e constantes do Inventário;*
- d) todas as infraestruturas, instalações e equipamentos que venham a ser instalados pela Subconcessionária na Subconcessão”.*

Quanto às diversas parcelas desse estabelecimento, prevê-se, na cláusula 5.4, que a subconcessionária não poderá, salvo autorização expressa da ENVC, celebrar qualquer contrato que tenha por efeito a promessa ou a efectiva cedência, alienação ou oneração de quaisquer dos bens que estejam instalados ou que integram o estabelecimento da subconcessão ⁽³²⁾.

A isso acresce o facto de quaisquer obras que a subconcessionária pretenda fazer na área da concessão (incluindo as de remoção ou demolição), respeitantes a instalações, infraestruturas, equipamentos fixos e exploração de actividades,

³² Adicionalmente, determina a cláusula 5.7 que “[o]s bens e direitos da Subconcessionária não abrangidos [nessa cláusula 5] e que sejam utilizados no desenvolvimento das suas actividades na subconcessão, poderão ser livremente alienados, onerados e substituídos por aquela”.

bem como os investimentos em activos fixos, ficarem dependentes da apresentação dos respectivos projectos à ENVC e da aprovação expressa desta ⁽³³⁾.

É o que resulta, nomeadamente, das Cláusulas 14.1 e 19.1 da minuta do contrato de subconcessão anexa ao Caderno de Encargos do concurso.

Talvez não aparente ser muita coisa, pois, aquilo que se contém nessa minuta em matéria de definição das prestações envolvidas.

Mas também é verdade que – além dos demais que, de seguida, se tomam igualmente para este efeito – os elementos indicados já bastariam para sustentar a qualificação do contrato tal qual vem definida nos documentos do concurso, como uma *subconcessão da utilização privativa de um bem dominial* ⁽³⁴⁾ e dos demais bens dela complementares que se encontram afectos à concessão a subconceder.

São elementos desses

- o facto de o contrato ter como objecto a constituição, a favor de uma pessoa, de direitos de utilização de um *bem dominial* – os quais só podem ser cedidos, por força de lei imperativa, mediante um acto administrativo de *licença* ou de um *contrato de (sub)concessão de utilização ou de exploração do bem* ⁽³⁵⁾;
- o facto de a área dominial cedida se destinar a ser utilizada ou explorada *privativamente* (ou exclusivamente) pelo subconcessionário para o exercício das actividades contratual-

33 O que significa ficar tudo isso dependente, também, de aprovação pelo próprio concedente, o Estado ou a Administração Portuária de Viana do Castelo (nos termos dos arts. 32º e 41º do Decreto-Lei nº 654/74, de 22 de Novembro).

34 Ou de subconcessão de *exploração de um bem dominial*, o que no entanto é indiferente para efeitos do presente parecer, por esses dois contratos terem no CCP, em sede de contratação, exactamente o mesmo regime.

35 De acordo com a distinção entre essas figuras (sub)concessórias adiante feita, em *c1.4*) e *c1.5*).

mente estabelecidas (de qualquer uma, de algumas ou de todas elas, como ele entender);

Essas duas características do presente (sub)contrato só por si implicam a sua submissão a um conjunto de regras, e o concessionário a um conjunto de *deveres e sujeições* jurídicas, legalmente inerentes à cedência de direitos privativos sobre bens da referida natureza.

5. Há, porém, como já se alvitrou, outros elementos a contribuir para se dar como replicadas nas prestações do presente contrato, aquelas que caracterizam os contratos de subconcessão do uso privativo (ou exploração privativa) de bens dominiais.

Resultam eles da disciplina vertida no contrato de concessão de que a presente subconcessão deriva e dos diplomas que lhe são aplicáveis (a ela, concessão).

Com efeito, não pode ignorar-se que o contrato de subconcessão tem, forçosamente, que respeitar a disciplina contida no contrato de concessão, celebrado em Maio de 1946 pela ENVC, e tem que se submeter aos diplomas legais a que já acima, no enquadramento da presente Consulta, fizemos referência, nomeadamente ao regime instituído pelo Decreto-Lei nº 98/2013, de 24 de Julho.

Recorde-se, assim, que esse contrato de concessão teve por objecto, já então, a atribuição à ENVC do direito de utilização privativa de uma parcela de terreno do domínio público.

Inicialmente, tal concessão destinava-se exclusivamente ao exercício da indústria de construção e reparação naval. Actualmente, por via de várias alterações subsequentes de que a mesma foi objecto, a parcela de terreno dominial concessionada e a que a complementa podem ser também utilizadas para a insta-

lação da indústria de fabricação de componentes para aerogeradores eólicos e para o exercício da indústria metalomecânica, bem como de actividades complementares ou conexas a todas estas.

Por outro lado, no art. 4º do citado Decreto-Lei nº 98/2013, dispõe-se que “[f]ica autorizada a ENVC, S.A., a subconcessionar as áreas definidas no n.º 2 do artigo anterior, para o exercício de quaisquer actividades permitidas ao abrigo do contrato de concessão em vigor”.

Ora, tal subconcessão tem – *rectius*, só pode ter – por objecto aquilo que constitui objecto do contrato de concessão, como aliás o refere o disposto, *maxime*, no art. 4º do Decreto-Lei nº 98/2013.

É evidente, por outro lado, que, embora a concessão da ENVC se cinja ao uso e exploração de um bem dominial, isso não arreda a possibilidade de ela celebrar contratos de empreitada de obras públicas, nos termos conjugados da alínea b) do art. 3º/1 e dos arts. 343º e ss. do CCP, mas não é menos verdade que nada no contrato *sub iudice* permite qualificá-lo como sendo de empreitada de obra pública ou de concessão de obras ou serviços públicos.

*c1.4) A qualificação do contrato em função da
subconcessão de uma área não dominial e
a irrelevância da questão*

6. Por outro lado, há que ter em consideração o facto de o contrato versar também sobre a cedência do uso ou exploração de terrenos, edifícios e equipamentos situados fora da respectiva área dominial, portanto, sobre *bens do domínio privado* do Estado – e de, em consequência disso, não poder assacar-se aos direitos ou prestações sobre eles subconcedidos a natureza de direitos privativos de utilização de um bem dominial.

Sucede que essa diferença do objecto mediato da subconcessão, na apa-

rência tão determinante, não tem qualquer relevo na qualificação do contrato. Ou, pelo menos não o tem no que respeita à sujeição ao regime de contratação pública do CCP.

Desde logo, porque a figura da concessão de uso de bens do Estado é utilizável quer em relação à cedência de imóveis dominiais quer em relação aos seus imóveis patrimoniais.

Mesmo se não se trata de um contrato frequente entre nós – melhor, mesmo se, entre nós, contratos com essa configuração não aparecem frequentemente qualificados como tais –, o que é certo é que ele é admitido no direito comparado⁽³⁶⁾ como correspondendo a uma figura com traços próprios, quando a cedência temporária de imóveis patrimoniais, nomeadamente dos chamados *indisponíveis*, assume carácter precário, podendo portanto ser objecto de cessão ou denúncia unilateral pelo cedente, o que diferencia tal figura, de maneira flagrante, da do arrendamento.

Por outro lado, face à concessão de uso de bens dominiais, a concessão de uso de bens patrimoniais, tendo a característica comum da precaridade, afasta-se daquela primeira, designadamente, por não estar sujeita às restrições dominiais que impendem sobre ela, em virtude da natureza dos bens do seu objecto mediato.

Mas não é só por isso que a existência, no objecto da concessão, de uma área dominial e outra não dominial não releva para os efeitos que aqui estão em causa.

É também porque, se se entendesse que do se que tratava em relação à parte não dominial da subconcessão era de um arrendamento (ou comodato) de imóveis do Estado, o certo é que tais contratos, como já o dissemos na Alínea A)

³⁶ Ver, por todos, A. Laubadère, F. Moderne e P. Delvolvé, *Traité des Contrats Administratifs*, 1983, tomo I, pp 329 e ss.

deste parecer, estão excluídos do âmbito objectivo de aplicação do CCP (art. 4º), não se submetendo às regras da contratação pública aí formuladas – como vamos ver ser também o caso das concessões e subconcessões de uso privativo.

Para finalizar, ainda diremos complementarmente, que, no caso de contratos que tenham por objecto prestações características de mais do que um contrato, o critério clássico da respectiva qualificação assenta na sua inserção na espécie de maior valor – não havendo aqui lugar à aplicação das regras do art. 32º do CCP, por as mesmas só funcionarem quando uma das prestações típicas dos contratos mistos aí abrangidos corresponder às das empreitadas e concessões de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis, de aquisições de serviços e de sociedade.

Quando as prestações mistas de um contrato não se incluírem em qualquer dessas espécies, nenhuma das regras do art. 32º funciona, como resulta claramente da previsão dos seus nºs 1 a 9 – sendo aliás os critérios aí referidos utilizáveis apenas para efeitos de escolha do respectivo procedimento de adjudicação.

De tudo quanto fica dito, é fácil tirar a conclusão de que o facto de a subconcessão *sub iudice* ter como objecto a cedência de uso de bens dominiais e de bens patrimoniais é irrelevante em sede de qualificação – ou é-o, pelo menos, para efeitos de não sujeição às regras de contratação do CCP, que não se aplicam nem às (sub)concessões de uso privativo nem aos arrendamentos ou comodatos e outros contratos deles similares, por força da alínea *c)* do respectivo art. 4º.

*c1.5) A figura do contratos de (sub)concessão e
distinção de tipos contratuais afins, inclu-
indo a concessão de exploração dominial*

7. As concessões de uso privativo de um bem dominial – e portanto também as respectivas subconcessões – ficaram já sumariadamente caracterizadas

nas alíneas anteriores, por referência aos concretos contratos de concessão e de subconcessão a que tange a Consulta.

Por razões de método convém, no entanto, referir tais características ao modelo estrutural e funcional típico da figura, de maneira a facilitar a sua diferenciação de outras figuras contratuais afins, nomeadamente das restantes concessões (de obras e serviços públicos e de exploração de bens dominiais) –, tarefa tão mais necessária quanto é certo que, pelo menos essas duas primeiras figuras estão sujeitas a regimes diferenciados de contratação pública.

8. As coisas públicas ou, preferivelmente, os bens do domínio público são passíveis de utilização pelos particulares, a diversos títulos e com objectivos diferentes.

Como regra geral, poderá afirmar-se que as utilidades retiradas dos bens públicos se destinam a ser aproveitadas por toda a comunidade, que deles frui *individualmente* (como no caso das vias e jardins públicos) ou *difusamente* (como no caso das instalações militares). Estamos aí, em ambos os casos, perante um *uso comum* dos bens públicos.

Por sua vez, o respectivo *uso privativo* traduz-se, como a própria designação indicia, na possibilidade de um particular usar ou fruir de um bem do domínio público exclusivamente, limitando, ou até vedando, a utilização dele por terceiros – como se dispõe no art. 28º do já citado Decreto-Lei nº 280/2007, de 7 de Agosto.

Não sendo os particulares detentores de um direito de usar privativamente as coisas públicas ⁽³⁷⁾, torna-se necessária a existência de um título jurídico-público – um acto ou contrato administrativo – por via do qual a entidade (*de*

37 Ao contrário do que sucede com o *uso comum* de bens dominiais, em relação ao qual eles detêm um direito subjectivo público (enquanto o bem se mantiver afecto a esse uso, claro).

população e território) titular do bem dominial cria *ex novo*, na esfera jurídica do particular, o direito de aproveitar privativamente as utilidades proporcionadas por um bem público.

Ou então, no caso da subconcessão, cria-se por via de um título (também) jurídico-público, pelo qual, com autorização do concedente, o concessionário constitui *derivadamente* na esfera jurídica do subconcessionário, o direito de aproveitar, no todo ou em parte, e nos mesmos termos da concessão precedente, as utilidades proporcionadas pelo uso do bem subconcedido.

Note-se, para finalizar, que a (sub)concessão de uso privativo não tem de estar ao serviço da prossecução de quaisquer interesses públicos, melhor, não tem forçosamente de se destinar ao exercício de uma actividade de natureza pública, sendo, de resto, comum, o recurso a esta figura para o exercício de actividades de interesse privado ⁽³⁸⁾.

9. Para além da possibilidade de uso privativo, as coisas públicas podem igualmente, mediante concessão, ser objecto de gestão ou exploração por particulares.

A concessão da exploração de bens do domínio público é também objecto de referência no DL n° 280/2007, dispondo-se no seu art. 30° que “[a]través de acto ou contrato administrativos podem ser transferidos para particulares, durante um período determinado de tempo e mediante o pagamento de taxas, poderes de gestão e de exploração de bens do domínio público”.

Estamos portanto perante um contrato distinto do da concessão de uso ou fruição privativos.

Enquanto aí está em causa, unicamente, a atribuição do direito de fruir o

38 Embora compatíveis com a utilidade pública a que o bem dominial está afecto.

bem público, para o exercício de uma determinada actividade, de natureza ou interesse público ou privado, é indiferente, mas *compatível* com o destino do bem, que continua a ser gerido pela entidade sua titular, já na concessão da exploração de coisas dominiais, a autoridade administrativa atribui ao particular o direito de gerir e explorar, ele próprio, uma coisa pública, em *conformidade* com o seu destino dominial, com a assunção por parte do concessionário da posição que a Administração concedente teria se gerisse e explorasse pessoalmente o bem concedido – eventualmente, prestando as utilidades daí resultantes (ao próprio concedente ou) a terceiros –, estando portanto aqui em causa a assunção de atribuições ou actividades administrativas ⁽³⁹⁾.

10. Para além das concessões de uso privativo e de exploração de bens do domínio público, importa ainda caracterizar outros dois tipos concessórios.

Enquanto a concessão da utilização privativa de um bem dominial se integra nos contratos administrativos denominados contratos de *atribuição* – que têm como causa-função a atribuição de benefícios ao contraente particular, em vista do exercício por ele de uma actividade que interessa ao contraente público, sem que haja aí a prossecução de actividades que coubesse à Administração realizar –, outras concessões, ditas de *colaboração (subordinada)*, há, porém, que associam o concessionário ao desempenho de funções administrativas em cuja realização ele fica a colaborar, destacando-se, entre estas, a *concessão de obras públicas* e a *concessão de serviços públicos* ⁽⁴⁰⁾.

É sabido que, quando pretende realizar uma obra ou prestar um serviço público, a Administração pode optar por um de *três* sistemas de execução:

- (i) fazer a obra ou prestar o serviço pelos seus próprios meios, com os

³⁹ Distinção conforme com a proposta por Freitas do Amaral, em *Curso de Direito Administrativo*, Almedina, 2ª ed., vol. II, pp. 576 e ss.

⁴⁰ E verosimilmente, também, na concessão de exploração dominial.

- seus próprios agentes e maquinaria;
- (ii) fazê-lo através de terceiro, cujos serviços contrata (no âmbito de uma empreitada ou de uma prestação de serviços) para, sobre a sua administração, eles realizarem a obra ou prestarem o serviço;
- (iii) fazê-lo mediante a concessão da obra ou do serviço.

11. Nos termos do art. 407º/1 do CCP, entende-se por “**concessão de obras públicas**” o contrato pelo qual o co-contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respectiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço”.

A concessão de obras públicas implica, assim, a assunção, pelo concessionário, das obrigações de construção e exploração da obra – sob sua própria concepção (normalmente) e administração, embora com fiscalização do concedente –, sendo ele remunerado pelas receitas obtidas com essa exploração (acrescidas, eventualmente, de um montante pago pelo concedente) ⁽⁴¹⁾.

Quanto à **concessão de serviço público**, o art. 407º/2 do CCP define-a como o “contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público”.

É sabido que a Administração pode gerir directamente qualquer *serviço público* – entendido estritamente como o exercício de uma tarefa ou actividade pública que consiste na produção (normalmente em regime de monopólio) de bens ou serviços destinados a serem prestados a quem quer que deles careça, me-

41 Enquanto no contrato de empreitada, não há qualquer exploração da obra por parte do empreiteiro contratado pela Administração, terminando o contrato logo que executados os trabalhos de construção.

diante “*preços públicos*” (ou publicamente fixados) –, podendo porém a Administração atribuir a gestão e exploração desse serviço a um terceiro, o qual fica responsável pela sua prestação, assumindo o inerente risco de exploração, e sendo, como se refere na acima transcrita norma do CCP, remunerado em função dos resultados financeiros da sua exploração.

No seu modelo típico, os contratos de concessão de obra ou de serviço público não incidem sobre bens do domínio público – e só por aí já não se confundem com as concessões de uso privativo ou de exploração de bens do domínio público –, embora eventualmente essa obra ou serviço possam assentar em (ou, mesmo, vir a constituir) bens dominiais.

É o que sucede, respectivamente, quando a concessão da obra pública tem por objecto a construção e a exploração de um troço de auto-estrada ou de uma ponte ou quando a concessão de serviço respeita à (construção e) exploração da prestação do serviço de caminhos de ferro entre determinadas localidades.

*c1.6) Conclusão: a qualificação do Contrato de
Subconcessão como uma subconcessão do
uso privativo de bens do domínio público*

12. Aqui chegados, reforça-se então, em função de tudo quanto se disse ao longo da parte anterior desta alínea C), a qualificação já proposta de que o contrato que será celebrado no culminar do concurso lançado pela ENVC tem por objecto a atribuição a um seu subconcessionário do direito de uso privativo das áreas dominiais (e não dominiais) cuja utilização lhe estava concedida.

Que na concessão feita pelo Estado à ENVC – pois é essa concessão, de que deriva a subconcessão, que imprime a esta a sua verdadeira natureza ⁽⁴²⁾ –,

42 A ENVC não pode, por exemplo, subconcessionar uma obra pública, quando não é concessionária de uma obra pública. Nem tão pouco pode subconcessionar, total ou parcialmente, a

que nessa concessão não está em causa a exploração de um bem dominial, nem uma empreitada ou uma concessão de obra ou de serviço público, é de toda a evidência.

Não está em causa uma concessão de exploração dominial, porque os contratos de concessão e subconcessão não têm como objecto a transferência dos poderes de gestão e exploração do domínio público, os quais integram as atribuições e funções da Administração concedente – que, de resto, conserva o essencial desses poderes, como resulta claramente das cláusulas 14.1 e 19.1 da minuta do contrato de subconcessão –, limitando-se ela a permitir ao concessionário e seus subconcessionários que utilizem tais bens para o exercício de actividades próprias deles (se bem que compatíveis com o destino do bem concedido) que não cabem no leque de atribuições ou actividades administrativas.

Tudo, de acordo com a distinção que há pouco estabelecemos entre essas concessões da exploração e as concessões de uso privativo de bens dominiais.

Por outro lado, o Estado não encomendou à Consulente, fosse em 1946 ou posteriormente, que construísse e lhe entregasse um estaleiro naval (e equipamentos complementares) – não temos portanto empreitada de obra pública –, nem lhe confiou o estaleiro para que ele facultasse as respectivas utilidades, em regime de concessão, a terceiros.

Do que se tratava, no seu objecto típico, era de a ENVC proceder, ela própria, à construção e reparação de embarcações por que entendesse dever responsabilizar-se, mediante empreitadas (arts. 1207º e 1212º do Código Civil) ou prestações de serviços (art. 1154º, *ibidem*) contratadas com quem quisesse adquirir tais embarcações ou com os proprietários das carecidas de reparação.

Nem havia aí, igualmente, serviço público concedido.

gestão e exploração de um serviço público, quando não é esse o objecto do seu Contrato de Concessão.

A construção e reparação navais eram uma actividade a que podia dedicar-se quem o pretendesse – desde que tivesse locais adequados a essa actividade – e o Estado não impunha à ENVC que atendesse e prestasse a sua actividade a quem aparecesse a pedi-la. Para além, claro, de não se tratar de um serviço, esse da construção e reparação naval de embarcações, que integrasse as atribuições e serviços públicos de que a Administração estava legalmente encarregada.

Coisa diferente poderia dar-se se o contrato de concessão em causa, para além de regular os termos da atribuição do uso privativo, disciplinasse também o exercício da actividade que aí iria ser exercida, impondo as regras de acordo com as quais tal actividade deveria ser levada a cabo e prestada a terceiros, assumindo, assim, que se tratava de uma sua atribuição, de uma necessidade colectiva por cuja satisfação era primária e operacionalmente responsável.

Não temos nada disso, no caso sob apreciação.

Aliás, a futura subconcessionária, assim como se permitia à concessionária, poderá, se o entender, destinar toda a área concessionada à indústria de fabricação de componentes para aerogeradores eólicos ou ao exercício da indústria metalomecânica. Ou voltar, depois, à construção e reparação naval.

É inteiramente livre de o fazer.

c2) Os contratos sujeitos ao regime de contratação do CCP

c.2.1) O pressuposto académico desta reflexão e a cláusula geral do art. 1º/2 do CCP

13. Caracterizada a ENVC como uma entidade adjudicante, por se tratar de uma entidade adjudicante ou de um *organismo de direito público*, e qualificado o contrato de subconcessão como de atribuição do uso privativo de um bem

imóvel do domínio público (e de uma área não dominial anexa), importa agora saber se este contrato deve considerar-se, ou não, sujeito ao regime de contratação pública consagrado na Parte II do CCP.

Reflexão que vai aqui feita no pressuposto – a que logo inicialmente, na alínea *a1.2)* deste parecer, se disse não aderirmos – de que a hipótese da Consulta deve ser perspectivada à luz do CCP e que deve responder-se à questão aí formulada com base nele.

Nessa pressuposição – que assumimos por dever de cautela para com a Consulente – importa então recortar primeiramente o âmbito de aplicação objetivo dessa Parte II do CCP.

À primeira vista, a resposta à questão acima enunciada parece simples e de formulação célere.

14. É que o art. 1º/2 do CCP dispõe, sem qualquer reserva, que o regime de contratação pública “*é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código*”.

A redacção de tal norma revelaria assim uma vontade legislativa de adotar uma noção tão ampla quanto possível do conceito *contratação pública*, sugerindo-se que as regras e procedimentos plasmados na Parte II do CCP são, ao menos tendencialmente, aplicáveis a todos os contratos celebrados por entidades adjudicantes ⁽⁴³⁾.

Ora, o contrato de subconcessão é celebrado por uma entidade adjudicante

43 Aliás, logo no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o legislador anuncia a intenção de projectar o conceito de *contrato público* a partir da acepção subjectiva de *entidade adjudicante*.

– a ENVC – pelo que deveria ser considerado como um *contrato público* para efeitos daquele art. 1º/2 do CCP. E, tratando-se de um contrato público, então a sua celebração teria que obedecer às regras de contratação pública vertidas no Código.

Assim, se nos tivéssemos unicamente à norma posta no citado art. 1º/2 do CCP, seríamos tentados a dar por concluída a nossa análise, asseverando que a subconcessão concursada pela ENVC seria um contrato sujeito ao regime da contratação posto na Parte II do Código.

Sucedo é que o que aí se dispõe – no sentido de que bastaria averiguar se estamos perante uma entidade adjudicante para que a sua vontade de celebrar um contrato “concorrencial” redundasse, sem mais, na submissão do mesmo ao regime de contratação pública –, induz o intérprete em erro, como, aliás, é claramente confirmado, por várias outras disposições do próprio CCP.

*c2.2) A interpretação e integração da cláusula
geral do art. 1º/2 do CCP à luz das normas
concorrentes dele constantes: enunciado
das normas relevantes*

15. Efectivamente, a noção amplamente abrangente sobre o âmbito objectivo de aplicação do CCP, proclamado no citado art. 1º/2, é contrariada pelo facto de a formação de certos contratos tendencialmente públicos, no sentido que esse conceito aparece aí empregue, se encontrar excluída da respectiva disciplina da contratação pública.

E isto, repete-se, atentando apenas nas próprias soluções gizadas pelo legislador e vertidas noutras disposições do Código.

De entre as várias normas a que recorreremos para fundamentar tal asserção

relevam, no presente caso, a do art. 6º/2 e a da alínea *c*) do art. 4º.

Vejamo-las por essa ordem.

c2.3) cont.: A disposição do art. 6º/2 do CCP

16. Estabelece-se no art. 6º/2 do CCP que o regime da contratação pública constante da sua Parte II só é aplicável à formação dos contratos das entidades adjudicantes referidas no respectivo art. 2º/2 – entre as quais a ENVC – cujo objecto abranja (por remissão para o nº 1 desse mesmo artigo) prestações típicas dos contratos *(i)* de empreitada de obras públicas, *(ii)* de concessão de obras públicas, *(iii)* de concessão de serviços públicos, *(iv)* de locação ou aquisição de bens móveis, e *(v)* de aquisição de serviços.

O que se dispõe não é portanto que só esses tipos de contratos se encontram sujeitos ao regime de contratação pública do CCP, mas sim, para que a formação de um contrato dessas entidades se considere abrangida por tal regime, que o objecto do mesmo inclua – ainda que não a título exclusivo ou principal – prestações típicas de um dos contratos arrolados no seu nº 1.

Não se faz, assim, depender a aplicação desse regime de contratação pública do *tipo* de contrato a celebrar, mas sim do conteúdo das *prestações* por ele abrangidas.

Precisamos portanto de averiguar se o contrato de subconcessão inclui prestações típicas de algum daqueles contratos nominados do art. 6º/1 do CCP, aproveitando-se para esse efeito tudo quanto se expôs na precedente alínea **c1**).

Ora, de tudo que aí se viu, resulta poder afirmar-se agora, sem necessidade de maiores explicações, que, no contrato de subconcessão, se atribui, mediante o pagamento de uma renda, o direito de o subconcessionário utilizar, a título exclusivo, os bens dominiais e complementares que constituem seu objecto.

Não há aí realização de obra pública dada de empreitada ou concedida, não há aí concessão de um serviço público (muito menos, ao público), não há compromissos relativos à aquisição ou locação de móveis – quanto muito de imóveis – nem à obrigação de prestação de serviços ao Estado.

Nem há, igualmente, pagamento de qualquer preço pela entidade adjudicante, mas, pelo contrário, há é o pagamento de uma renda à adjudicante pela entidade adjudicada.

Concluindo-se facilmente que o contrato de subconcessão em apreço não abrange qualquer prestação típica dos contratos referidos no art. 6º/1 do CCP, aqui aplicável por força do seu nº 2, não estando portanto a sua celebração, por essa razão, sujeita à observância das regras de contratação pública constantes da Parte II do CCP.

c2.4) cont. A disposição do art. 4º do CCP

17. Dispõe-se na alínea *c)* do art. 4º do CCP que “[o] presente Código não é igualmente aplicável aos seguintes contratos:

[...]

c) Contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares”.

Embora a *letra* da norma não se refira nominadamente aos contratos de cedência onerosa do uso privativo de bens imóveis do domínio público, o seu *espírito*, mais, até, a própria cláusula expressa relativa a “*contratos similares*” abrange-os também, até por maioria de razão, poderia dizer-se.

E abrange-os, porque as prestações típicas aí envolvidas correspondem exactamente às do arrendamento de bens imóveis – salvo, claro, no que respeita à natureza do imóvel seu objecto (dominial, num caso, e patrimonial, no outro) e às

decorrências de regime, de prerrogativas, digamos, daí resultantes.

Mas em ambos os casos existe a cedência, por um período de tempo, do uso ou fruição de um imóvel e o pagamento pelo cessionário (ou arrendatário) ao cedente (ou senhorio) de uma renda.

E como, para o CCP, o que releva, para efeitos de aproximação (ou diferenciação) de regimes de contratação pública de dois ou mais contratos, é o facto de eles terem (ou não) como objecto a realização das mesmas (ou de diferentes) “*prestações típicas*”, podemos concluir, sem margem para erro, que – envolvendo as concessões de uso privativo de bens dominiais e o arrendamento de bens imóveis de mercado as mesmas prestações típicas –, eles devem considerar-se como “*contratos similares*” para efeitos de desaplicação dos regimes de contratação pública do CCP, *ex vi* seu art. 4º, alínea *c*).

Quer isto dizer, que a exclusão do presente contrato de (sub)concessão do regime de contratação pública do Código, inequivocamente resultante do disposto no mencionado art. 6º/2, é preposição que ainda sairia reforçada, se necessário fosse, pelo disposto na alínea *c*) do seu art. 4º.

c2.5) Conclusão quanto a esta parte

18. Conclui-se, assim – no pressuposto (a que não aderimos) de que o CCP teria revogado o Decreto-Lei nº 280/2007 –, que, mesmo se a questão da Consulta devesse ser respondida olhando ao que nesse Código se dispõe, a resposta correcta seria a de que, em relação ao contrato de subconcessão em apreço, a ENVC, sendo embora uma entidade adjudicante, não está vinculada aos regimes de contratação pública dele constantes, resultando tal exclusão do disposto

nos respectivos arts. 6º/2 e 4º, alínea c) ⁽⁴⁴⁾.

D)

OS EVENTUAIS CONSTRANGIMENTOS RESULTANTES DA APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

d1) Os parâmetros comunitários do direito interno da contratação pública: enunciado geral

1. A tarefa que agora nos propomos desenvolver prende-se com a questão de saber se a celebração do contrato de subconcessão se encontra, por alguma forma, condicionada pelo direito comunitário – seja, por um lado, o direito positivo vertido nas Directivas em matéria de contratação pública, nomeadamente a já citada Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, sejam, por outro lado, os princípios gerais de direito da União Europeia aplicáveis, mesmo, a procedimentos de formação de contratos que não se encontram abrangidos pelas referidas directivas.

Na verdade, a contratação pública – que representa praticamente 20% do PIB da União Europeia –, instrumento fundamental da realização do mercado interno da UE, tem merecido por parte do direito comunitário uma atenção muito especial, constituindo um dos melhores exemplos da europeização do direito administrativo, da penetração do direito Europeu no direito administrativo interno dos Estados membros.

⁴⁴ Em sentido contrário, pugnando pela aplicação do Código a estes contratos, sem distinguir as entidades adjudicantes do nº 1 e 2 do respectivo art. 2º, veja-se Pedro Nuno Rodrigues, *As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular*, na Revista de Direito Público e Regulação n.º 3, CEDIPRE, Setembro de 2009.

A atenção dedicada pelas instituições comunitárias a esse tema, manifesta-se não só ao nível normativo ou para-normativo – através de directivas, regulamentos, livros verdes, comunicações interpretativas e uma série infindável de decisões da Comissão –, como também na importantíssima e incontornável jurisprudência do TJUE, que tem vindo a estabelecer paulatinamente os termos de interpretação das regras constantes das directivas, bem como as exigências que decorrem dos princípios do direito comunitário para a contratação excluída do regime das directivas.

Daí que, muitas das soluções que o legislador nacional tem adoptado no ordenamento jurídico português, nesta matéria, resultam não só da obrigatoriedade de transposição de normativos europeus, como também da necessidade de adequar as soluções adoptadas (ou adaptadas) no direito nacional àquilo que é o entendimento defendido pela Comissão e pela jurisprudência do TJUE sobre o sentido das normas estabelecidas e sobre os princípios que delas dimanam ou nelas se reflectem.

Temos pois que averiguar se impendem sobre a celebração do contrato de subconcessão em apreço quaisquer constrangimentos decorrentes do direito comunitário da contratação pública.

d2) Os diversos parâmetros comunitários: a sua aplicação ou desaplicação ao caso *sub iudice*

d2.1) A inaplicabilidade da Directiva 2004/18/CE

2. O CCP, já o dissemos antes, procedeu à transposição, para o ordenamento jurídico português, do regime constante das Directivas 2004/17/CE – esta destinada a regular a actividade de contratação pública no âmbito dos denominados sectores especiais – e 2004/18/CE, que é a que aqui releva.

Como se sabe, as *regras* da Directiva 2004/18/CE – diversamente do que porventura acontece com os *princípios* nele vertidos ou que lhe são imanentes – só servirão de parâmetro de validade das leis nacionais de contratação pública, e dos procedimentos concretos levados a cabo para o efeito, quando estejam em causa contratos que, pelo seu objecto e pela entidade adjudicante aí envolvida (e, ainda, pelo seu valor) se subsumam nessa directiva.

3. Quanto à conclusão de o CCP não ser aplicável ao contrato de subconcessão, trata-se de solução que, como agora veremos, está em plena consonância com o regime da Directiva 2004/18/CE, pelo facto de também ela excluir do seu âmbito de aplicação a formação do referido contrato.

Para suportar tal conclusão, não são necessárias superiores indagações, bastando, para o efeito, atentar no conjunto de contratos sujeitos à directiva.

É que a mesma contém uma lista exaustiva dos tipos contratuais a que se aplica, deixando de fora todos aqueles contratos – ou, se quisermos, de forma mais abrangente, todas as prestações contratuais típicas de contratos – que não se encontrem aí referidos.

Efectivamente, a Directiva 2004/18/CE é aplicável unicamente aos contratos públicos definidos na alínea *a)* do art. 1º/2 e no art. 7º, como “*contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva*”.

Ou seja, a Directiva 2004/18/CE é aplicável, somente, aos seguintes contratos: *(i)* contratos públicos de fornecimentos, *(ii)* contratos públicos de serviços, *(iii)* contratos de empreitada de obras públicas, e *(iv)* concessões de obras públicas (cf. o art. 1º da Directiva 2004/18/CE, onde encontramos igualmente a defi-

nição de cada tipo contratual).

Atenta a caracterização do presente contrato de subconcessão, e considerando que no mesmo não se incluem prestações típicas de qualquer uma dessas espécies contratuais, podemos concluir, com segurança, não lhe serem aplicáveis as regras constantes da Directiva 2004/18/CE.

d2.2) A inaplicabilidade da jurisprudência do TJUE sobre os princípios comunitários em matéria de contratação pública aplicáveis a contratos não abrangidos pela Directiva 2004/18/CE

4. Tendo-se concluído que a solução normativa resultante do CCP, no sentido da não aplicação do regime de contratação pública à formação do contrato de subconcessão, está em linha com a solução que resulta da Directiva 2004/18/CE – diploma que não é igualmente aplicável ao caso objecto da presente Consulta – poderíamos ser tentados a dar por concluída a nossa análise.

Não é, contudo, o caso.

É que as inúmeras decisões proferidas ao longo dos anos pelo TJUE, e as posições que a Comissão, a reboque dessa jurisprudência, tem vindo a assumir formalmente, quanto à celebração de contratos públicos não abrangidos pelas regras postas nas directivas de contratação pública, criam problemas angustiantes para as entidades adjudicantes.

Em duas palavras, o que o TJUE sustenta é que a adjudicação de contratos públicos não abrangidos pela disciplina das directivas comunitárias da contratação pública não é livre, sendo outrossim imprescindível assegurar o cumprimento dos princípios gerais de direito comunitário, mormente daqueles que decorrem do

Tratado.

Atente-se nesta elucidativa passagem do Acórdão do TJUE ⁽⁴⁵⁾: “*ainda que tais contratos estejam excluídos do âmbito de aplicação das directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado*”.

Posição reafirmada, por exemplo, no Acórdão do mesmo Alto Tribunal, onde se deixa claro que “*o simples facto de o legislador comunitário ter considerado que os procedimentos específicos e rigorosos previstos nas directivas relativas aos contratos públicos não são apropriados, quando se trata de contratos públicos de baixo valor, não significa que estes últimos estejam excluídos do âmbito de aplicação do direito comunitário*” ⁽⁴⁶⁾.

Pergunta-se, então, quais são esses princípios e regras fundamentais de direito comunitário, que é necessário respeitar em qualquer contrato público que as entidades adjudicantes celebram? E, mais relevante, se é necessariamente assim em relação a qualquer contrato de uma entidade adjudicante?

5. É tão vasta a jurisprudência do TJUE na matéria, que nos limitaremos a enunciar, aqui, alguns exemplos mais impressionantes a respeito de cada um dos princípios relevantes a tal propósito.

Diga-se, para começar, que o Tribunal reconhece serem os princípios e regras fundamentais do Tratado aplicáveis apenas aos contratos públicos que tenham uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno.

Mas a própria delimitação do núcleo de contratos públicos que devem

⁴⁵ Acórdão *Bent Moustén Vestergaard*, de 3 de Dezembro de 2001, no processo C-59/00.

⁴⁶ Acórdão *Comissão/França*, de 20 de Outubro de 2005, no processo C-264/03.

considerar-se como sendo potencialmente relevantes para o mercado interno é, em si mesma, uma árdua tarefa, embora esteja assente que existem contratos que, em função do seu interesse económico muito reduzido, não apresentam qualquer interesse para os operadores económicos estabelecidos noutros Estados membros⁽⁴⁷⁾.

Sucedede que a conclusão sobre se determinado contrato público é susceptível de captar o interesse de operadores económicos do espaço europeu é da incumbência de cada entidade adjudicante, não existindo quaisquer critérios objetivos e definitivos que auxiliem na matéria – o que, como é fácil de imaginar, deixa tais entidades numa posição de grande insegurança hermenêutica.

O caso concreto do processo “*Coname*” revela-o bem.

6. Nos Acórdãos “*Telaustria*”⁽⁴⁸⁾, e “*Parking Brixen*”⁽⁴⁹⁾ – e também no já citado caso “*Coname*” –, o TJUE decidiu que os princípios de igualdade de tratamento e de não discriminação em razão da nacionalidade implicam uma obrigação de transparência, por parte das entidades adjudicantes, ao procederem à adjudicação de contratos públicos.

Obrigação de transparência essa que “*consiste em garantir a abertura do mercado dos contratos de serviços à concorrência, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação*”⁽⁵⁰⁾, ou seja, garantir que todos os potenciais concorrentes, situados em qualquer dos Estados membros, têm iguais

47 *Vide* Acórdão de 21 de Julho de 2005, no processo C-231/03, “*Coname*”, relativo a um contrato de atribuição de um serviço relativo à gestão, distribuição e manutenção de instalações de distribuição de gás metano, que nem parece assim tão destituído de interesse económico quanto isso.

48 Acórdão de 7 de Dezembro de 2000, no processo C-324/98, referente a um contrato para prestação de serviço público de telecomunicações.

49 Acórdão de 13 de Outubro de 2005, no processo C-458/03, sobre um contrato de concessão de um serviço de gestão de parques de estacionamento públicos pagos.

50 *Vide* o acórdão *Telaustria*, já referido.

oportunidades de manifestar o seu interesse na obtenção do contrato em causa – dos “*contratos de serviços*” ou de “*concessão de serviços*”, note-se.

Garantia essa que só poderá ser assegurada – na situação limite – por via da publicação de um anúncio, em instrumentos de âmbito comunitário, no qual se manifeste a intenção de celebrar um determinado contrato público.

As preocupações com a garantia de uma efectiva concorrência, com uma publicidade adequada, e com a transparência – que são as que aqui nos interessam – constituem, pois, algumas das principais preocupações do TJUE, manifestadas em várias das suas decisões.

Reafirma-se, no entanto, que os acórdãos do TJUE que conhecemos nesta matéria se referem, todos eles, a *contratos de serviços* – de concessão de serviços públicos, nomeadamente.

São contratos com esse objecto que têm merecido uma atenção persistente por parte das instâncias comunitárias, que os consideram como sendo aqueles que – para além dos contratos a que se referem as Comunicações adiante mencionadas – suscitam interesse comunitário.

*d.2.3) A inaplicabilidade das Comunicações da
Comissão em matéria de contratação pública*

7. As directivas, tal como os regulamentos ou os Tratados são actos comunitários de *hard law*, no sentido de que contêm regras jurídicas vinculativas, de diversas maneiras, para os Estados membros e para os concretos procedimentos de contratação que aí são lançados.

No direito comunitário existem, contudo, também, com incidência específica na contratação pública, variadíssimos actos de *soft law*, os quais, apesar de

não serem vinculativos, expressam a opinião do órgão seu autor quanto a uma determinada questão de direito com interesse comunitário e cuja relevância não deve – não pode – ser negligenciada, porque revelam o sentido em que as instâncias europeias vão aplicar as regras e princípios daquela *hard law*, das fontes vinculativas de direito.

Exemplos maiores da *soft law* comunitária, respeitante à nossa matéria, temo-los, desde logo, na *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos* (doravante “*Comunicação Interpretativa Sobre os Contratos Não Abrangidos*”) ⁽⁵¹⁾.

E, quanto à matéria das *concessões*, sobretudo de *serviço público*, temos a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário* (doravante “*Comunicação Interpretativa Sobre as Concessões*”) ⁽⁵²⁾.

8. Na *Comunicação Interpretativa Sobre os Contratos Não Abrangidos*, a Comissão propõe-se apresentar a respectiva posição sobre a matéria objecto desse documento, bem como a sua interpretação da jurisprudência do TJUE, sugerindo ainda aos Estados membros e às entidades adjudicantes algumas pistas de actuação em relação aos contratos aí visados.

Do mesmo modo, a Comissão enuncia um conjunto de princípios cujo cumprimento deve ser assegurado pelas entidades adjudicantes aquando da formação dos contratos abrangidos pela Comunicação.

Desde logo, o *princípio da publicidade*.

Nos termos desta Comunicação, a Comissão refere que “*os princípios da*

51 Comunicação n.º 2006/C 179/02, publicada no JOUE C 179/02, de 1 de Agosto de 2006.

52 Comunicação n.º 2000/C 121/02, publicada no JOUE C 121/02, de 29 de Abril de 2000.

igualdade de tratamento e de não-discriminação implicam uma obrigação de transparência que consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos” ⁽⁵³⁾.

Também na *Comunicação Interpretativa Sobre as Concessões*, a Comissão, suportando-se parcialmente na jurisprudência do TJUE, apresenta as suas posições sobre a sujeição de alguns tipos de contratos de concessão – excluindo, pelo menos, a concessão de obras públicas, que, em alguns, poucos, aspectos (como o anúncio da intenção de adjudicação de um contrato), também está abrangida pelas directivas – aos princípios comunitários.

Como não podia deixar de ser, refere-se esta Comunicação aos mesmos princípios basilares do direito adjudicatório, que devem presidir à formação dos contratos públicos – v.g., os da igualdade de tratamento, da transparência, da proporcionalidade, do reconhecimento mútuo, entre outros.

Não vale a pena, porém, avançar nesta análise, sem antes nos determos no aspecto que aqui mais releva, o de saber a que tipo de contratos se destinam as referidas Comunicações.

9. A Comunicação Interpretativa Sobre os Contratos Não Abrangidos aplica-se:

- (i) aos contratos de valor inferior aos limiares para a aplicação das directivas relativas aos contratos públicos – *i.e.*, os contratos públicos que, em razão do seu valor, escapam à aplicação das directivas – e,
- (ii) aos contratos de serviços que constam do anexo II B da

⁵³ São ainda expressamente enunciados, entre outros, os princípios da não discriminação em razão da nacionalidade, da igualdade de acesso, do reconhecimento mútuo, da transparência e da objectividade.

Directiva 2004/18/CE e do anexo XVIIB da Directiva 2004/17/CE e que excedem os limiares para a aplicação destas directivas – todos eles qualificados como *contratos de prestação de serviços*.

Ou seja, a citada Comunicação destina-se essencialmente – para além dos contratos públicos de serviços, fornecimentos e empreitadas de obras públicas cujo valor seja inferior aos limiares de aplicação das directivas – aos contratos de serviços referidos em (ii) .

Tem, por isso, a Comunicação, um âmbito de aplicação objectivo limitado às espécies contratuais na mesma expressamente referidos, as quais não abrangem manifestamente as concessões de uso privativo de bens do domínio público (ou de sua exploração).

Quanto aos contratos visados pela *Comunicação Interpretativa Sobre as Concessões*, sabendo que o termo *concessão* tem diferentes significados em cada um dos Estados membros, a Comissão não adianta uma definição fechada da figura, optando, pelo contrário, por apresentar os elementos que permitem a subsunção nela de um determinado contrato como tal – mas referindo-se sempre, como se vê já de seguida, apenas às concessões de obras ou de serviços públicos.

Começa a Comissão por afirmar que “*na medida em que resultem de actos estatais que tenham por objecto a prestação de actividades económicas ou o fornecimento de bens, as concessões estão sujeitas às disposições pertinentes do Tratado, bem como aos princípios desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal na matéria*”, ainda que não se encontrem directamente visadas pela regulamentação prevista nas directivas.

E, mais adiante, refere a Comissão que “[o] *objecto das concessões de obras é, teoricamente, diferente do das concessões de serviços, o que pode de-*

terminar diferenças em termos de investimento e de duração entre os dois tipos de concessão. No entanto, considerando os critérios supracitados, um contrato de concessão reveste-se, em geral, das mesmas características, qualquer que seja o objecto sobre o qual incide.”

Para depois acrescentar que “[e]fectivamente, tal como para as concessões de obras, o critério da exploração constitui uma característica essencial para determinar se se está em presença de uma concessão de serviços. Segundo este critério, uma concessão existe quando o operador suporta os riscos ligados ao serviço em causa (estabelecimento do serviço e sua exploração), sendo remunerado pelo utente, nomeadamente através da cobrança de taxas, sob qualquer forma que seja”.

Tudo isto para concluir, no respectivo ponto 2.4. (“*Âmbito de aplicação da presente comunicação interpretativa*”) – onde, em boa verdade, se alcança qual a noção comunitariamente relevante de concessão de serviço público – que “*são visados pela presente comunicação os actos imputáveis ao Estado, pelos quais uma autoridade pública confie a um terceiro – quer através de um acto contratual quer através de um acto unilateral que tenha obtido o consentimento deste terceiro – a gestão total ou parcial de serviços que decorram normalmente das suas competências e em relação aos quais este terceiro assumam os riscos de exploração*” (negritos nossos).

10. Tendo em conta a descrição e análise que acima se fez sobre o conteúdo e as prestações objecto do contrato de subconcessão *sub iudice*, é para nós claro que também ele não se inclui no âmbito de aplicação desta Comunicação, pois na respectiva (sub)concessão de uso privativo de bens dominiais não há atribuição a terceiro da *gestão total ou parcial de serviços que caibam no universo normal das atribuições* da entidade adjudicante, seja ela o Estado, a Empordef ou a ENVC – sendo que estas não constituem, sequer, “*autoridades públicas*”.

Nem, de resto, a construção ou reparação naval, o fabrico de componentes para aerogeradores eólicos ou a indústria metalomecânica são “serviços” cuja gestão coubesse ao Estado concedente ou que caibam nas suas atribuições – e portanto que pudessem ser objecto de “devolução” à sua concessionária ou sub-concessionária.

d2.4) Conclusão

11. Na alínea *c1.5) supra*, defendeu-se, a respeito da não aplicação ao presente caso do regime de contratação pública previsto no CCP, que o objecto do contrato de subconcessão não inclui prestações típicas, designadamente, do contrato de empreitada ou concessão de obra pública, de concessão de serviço público, de fornecimento de bens ou de prestação de serviços – nem, aliás, do contrato de concessão de exploração de bens dominiais.

Ora, e com esse mesmo fundamento, sustenta-se a não aplicação aqui das conclusões resultantes da jurisprudência do TJUE e da posição assumida pela Comissão (na sua *Comunicação Interpretativa Sobre os Contratos Não Abrangidos*) quanto aos contratos que escapam à aplicação da Directiva 2004/18/CE – os contratos de serviços que constam dos anexos II B e XVII B, respectivamente, às Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE (e os contratos desses de valor inferior aos limiares de aplicação dessas mesmas directivas).

O mesmo se diga quanto à *Comunicação Interpretativa Sobre as Concessões*.

Pese embora não se definir aí, de modo exaustivo, a que tipos de contratos a mesma se destina, é mencionado claramente que estão em causa instrumentos contratuais – e actos unilaterais, é indiferente, para este efeito – pelos quais se confia a um terceiro a gestão total ou parcial de serviços das atribuições do concedente (assumindo o terceiro os respectivos riscos de exploração).

Ora, no contrato de subconcessão, como se viu, nada disto ocorre, bastando lembrar que ao subconcessionário não são conferidos poderes de gestão do bem concedido, nem os direitos que se lhe reconhecem se reportam a qualquer serviço ou actividades das atribuições do Estado – como é o caso da construção e reparação naval, do fabrico de peças para aerogeradores ou da indústria metalomecânica.

Conclusão que, com fundamento diverso, parece ser igualmente consistente quanto à jurisprudência emanada do TJUE em matéria de princípios aplicáveis a contratos não abrangidos pela Directiva 2004/18/CE.

Com efeito, a jurisprudência que se conhece, neste âmbito, respeita a contratos de concessão que têm por objecto, ao menos parcialmente, prestações típicas de uma concessão de obra pública ou de uma concessão de serviço público – o que, como já vimos, não sucede no caso do contrato de subconcessão em apreço.

Tudo para concluir, pois, não serem os princípios comunitários em matéria de contratação pública, do modo como os trata o TJUE e a Comissão, aplicáveis ao contrato de subconcessão que a ENVC pretende celebrar.

O que não significa, é certo, que não existam constrangimentos legais a impender sobre o procedimento de contratação, pela ENVC, da presente subconcessão – mas esses provêm de outra fonte, do direito interno português, como se avança já de seguida.

E)

**A TESE DA SUJEIÇÃO DA CONTRATAÇÃO *SUB IUDICE* AO
DECRETO-LEI Nº 280/2007**

e1) A vigência do Decreto-Lei nº 280/2007: remissão

1. Já manifestámos acima, nas alíneas *a1.2)* e *c2.1)* deste parecer, o entendimento de que o Decreto-Lei nº 280/2007 – sobre a gestão dos bens imóveis do domínio público e do domínio privado (entre outros) do Estado – não foi alvo da revogação expressa e da tácita a que os nºs 1 e 2 do art. 14º do Decreto-Lei nº 18/2008 (que aprovou o Código dos Contratos Públicos) procederam.

Reavive o leitor a memória que tenha dos fundamentos de tal proposição, se disso carecer, por remissão para o que escrevemos nessas alíneas do parecer.

e2) As exigências do diploma em matéria de contratação dominial

e2.1) Os princípios gerais nele revelados

2. É nesse Decreto-Lei nº 280/2007 que encontramos então os pilares normativos do regime da contratação a que estão sujeitos – além dos contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento dos bens do domínio privado estatal – também os “*contratos similares*” desses, cuja disciplina o CCP renegou expressamente, já se viu, na alínea *c)* do art. 4º e no art. 6º/2, como sucede com o contrato de concessão de uso privativo de um bem dominial.

Encontramos, efectivamente, neste diploma, normas e princípios variados aplicáveis à formação dos referidos contratos, como é o caso

- dos princípios (entre outros) da prossecução do interesse público, da igualdade, da proporcionalidade e da imparcialidade na gestão desses bens (art. 2º) e da equidade (art.

5º/1);

- de a ocupação de espaço nos bens imóveis do Estado estar sujeita a contrapartida (art. 4º/1);
- da exigência de o Estado (e das entidades suas delegadas na gestão desses imóveis) “*assegurar aos interessados em contratar ou em os utilizar uma concorrência efectiva*” (arts. 7º e 9º/2);
- da exigência de garantir adequada publicidade aos procedimentos respectivos (art. 8º/1);
- de as decisões desses procedimentos deverem ser documentadas, fundamentadas e notificadas a todos os neles interessados (art. 8º/2);
- de os particulares poderem adquirir direitos de uso privativo do domínio público através de licença, concessão ou subconcessão (arts. 27º e 28º/3);
- de poderem ser transferidos para particulares, por acto ou contrato administrativo, poderes de gestão e exploração de bens do domínio público (art. 30º);
- de o concessionário que confira a terceiros a utilização privativa do domínio público que lhe foi concedido dever incluir, no contrato de subconcessão, as principais cláusulas dessa utilização (art. 30º/2);
- de se incluírem na *administração* dos bens imóveis do Estado, os actos e contratos pelos quais, por diversos títulos, se cede a sua utilização a terceiros (art. 52º/2)

*e2.1) As principais implicações procedimentais
das normas e princípios do Decreto-Lei n.º
280/2007*

3. Nas normas e princípios acabados de enunciar já se contêm algumas das exigências e directrizes legais em matéria da contratação incidente sobre bens dominiais do Estado, como no caso dos bens objecto da presente subconcessão – que integram, a título principal e determinante, o estabelecimento da concessão da ENVC que agora se subconcede.

A primeira ideia que aí se colhe é a de que, no conceito de administração ou de “*gestão de bens imóveis*” (art. 1.º/1 do diploma) – através do qual se procede à delimitação do âmbito objectivo de aplicação do diploma –, cabem explicitamente os actos pelos quais se procede a concessão do uso privativo ou da exploração dos mesmos, ou até à sua alienação (no caso dos bens patrimoniais, claro).

Por outro lado, fica bem patente nas disposições acima citadas, em muitas delas, aliás, que a contratação que verse sobre a utilização de bens dominiais – não vindo, nem de longe, tão minuciosamente regulada como a respeitante a bens patrimoniais, em relação à qual se fixam e disciplinam os próprios procedimentos a adoptar nessa matéria –, fica bem patente no Decreto-Lei n.º 280/2007, dizia-se, que a cedência da utilização ou exploração desses bens a terceiros se fará, em regra, pelo menos, através de procedimentos que assegurem a “*concorrência efectiva*” de interessados.

O que, conjugado com a submissão, também, da Administração dominial, designadamente, às exigências do princípio da igualdade, também explícitas no diploma, redundam, sem mais, na imposição da adopção de procedimentos concursais (públicos ou limitados) – salvo, claro, nos casos correspondentes a cláusulas gerais de sua inaplicabilidade, como acontece com os que se enumeram nas aper-

tadas alíneas do art. 24º/1 do CCP.

As quais – é o caso sintomático da *urgência* contemplado na respectiva alínea *c)* – devem, por isso mesmo, ser objecto de modelação ou flexibilização, por não coincidirem aqui as inflexíveis preocupações de *plena concorrência europeia* dominante no direito comunitário da contratação pública.

É de destacar também, nesta sede, estarem expressamente contempladas no art. 8º do citado diploma quer a exigência de que os procedimentos a lançar para efeitos de atribuição concursada de direitos de uso privativo ou de exploração de bens dominiais (e dos patrimoniais que lhe estão agregados, claro) sejam rodeados de *adequada publicidade*, quer a de que os respectivos actos procedimentais fiquem *documentados* e de que as decisões de adjudicação (ou exclusão) aí proferidas sejam *fundamentadas e notificadas* a todas as pessoas directamente interessadas no procedimento.

São manifestações próprias, todas elas – exclusivas, mesmo, algumas – de que os procedimentos exigidos pelo Decreto-Lei nº 280/2007 têm como alvo a concorrência, de que são procedimentos concursais, portanto.

e3) A observância das exigências concursais no caso concreto

4. Olhando aos termos e ao modo do procedimento de concurso lançado pela ENVC para adjudicação da subconcessão em apreço, temos de dar como preenchidas aí as exigências procedimentais que acabámos de derivar do disposto no Decreto-Lei nº 280/2007.

Quanto à exigência de que se adopte um procedimento de concurso, deve atentar-se – embora a premissa (face ao que se disse quanto à inaplicabilidade aqui do CCP) seja óbvia – que a promoção da concorrência não tem lugar unicamente quando (se recorre a um dos procedimentos pré-contratuais plasmados no

Código e quando) se adopta *in totum* todo o conjunto de regras e fórmulas constantes da sua Parte II.

Sendo certo que a ENVC optou pela espécie de concurso público, a forma mais lúdima de assegurar uma concorrência efectiva entre todos os potenciais interessados.

E basta passar um olhar pelo índice do Programa do Procedimento para se constatar que as formalidades que o integram correspondem à realização de um concurso público sério e consistente, com disposições que vão até bastante além do mínimo exigível, adoptando-se, por exemplo, regras que facilitam uma maior concorrência, como no caso de agrupamentos informais de empresas (art. 6º/2), ou que tornam a audiência prévia dos concorrentes formalidade obrigatória (art. 19º/4).

E por aí fora.

Quanto à exigência de *publicidade adequada* – que é instrumento fundamental da concorrência, igualdade e transparência do procedimento concursal –, não há qualquer norma que defina o modo como se satisfaz o requisito legal (sobre, por exemplo, onde deve fazer-se essa publicidade, durante quantos dias, etc.).

Não sendo aqui aplicáveis as exigências de publicidade das Directivas ou das Comunicações e jurisprudência comunitárias acima referidas (transpostas pelo art. 131º do CCP) nem a regra do art. 130º/1 desse Código, considera-se que a publicação do anúncio do concurso em três jornais nacionais de grande circulação nos meios empresariais e nas embaixadas estrangeiras – e, bem assim, a divulgação do mesmo através do “sítios” da ENVC e da AICEP (este, aliás, certamente, de frequente consulta internacional) – satisfaz adequadamente a exigência de publicidade do art. 8º/1 do Decreto-Lei nº 280/2007.

Aliás, além disso, essa Agência fez distribuir uma *newsletter*, que é enviada a cerca de 20.000 contactos em todo o mundo, com referências ao lançamento deste concurso.

Tanto quanto se sabe, estiveram envolvidas na parte inicial do procedimento 16 entidades ou agrupamentos, que manifestaram formalmente o seu interesse em concorrer, 8 dos quais passaram à fase seguinte, comprando as peças do concurso, incluindo-se nesses números, além de interessados portugueses, outros de diversas nacionalidades, como noruegueses, russos, alemães e brasileiros.

De tudo, tiram-se as seguintes

CONCLUSÕES

- a) A matéria de contratação pública relativa a bens do domínio público é, à primeira vista, objecto de diplomas legais concorrentes, no caso, o Código dos Contratos Públicos e o Decreto-Lei nº 280/2007, de 7 de Agosto, no qual se estabelecem as normas e princípios aplicáveis em matéria de “*gestão dos bens imóveis do domínio público do Estado*” – como sucede com a principal parcela objecto da subconcessão em apreço, a atribuir na sequência de concurso público lançado pela ENVC, SA – e os aplicáveis também em matéria de gestão de imóveis do seu domínio privado (ditos *patrimoniais*, por oposição a *dominiais*);
- b) Sendo que, no conceito de *gestão* aí utilizado se incluem claramente, o próprio diploma o confirma, os actos e contratos de

cedência da sua utilização privativa por via de contratos de direito público e privado;

- c) O citado Decreto-Lei nº 280/2007 não foi revogado expressa ou tacitamente pelo art. 14º do Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro (que aprovou o CCP);
- d) Tendo começado a nossa reflexão, por cautela, com base no pressuposto hipotético de que o referido diploma de 2007 teria sido, afinal, revogado por aquele decreto-lei de 2008, constatámos, laboriosamente, por recurso ao CCP e às Directivas e jurisprudência comunitárias relevantes na matéria, que a ENVC integraria a categoria de *entidades adjudicantes* do art. 2º/2 do CCP, por preencher os requisitos positivos e negativos estabelecidos nas duas subalíneas da sua alínea *a*);
- e) Constatando-se portanto que, sob o ponto de vista subjectivo, o presente contrato de subconcessão ficaria sujeito às regras de contratação pública do CCP, cujo art. 1º/2 inculca enganosamente que todos os contratos das referidas entidades adjudicantes caem no âmbito de aplicação do Código –, o que, de resto, várias disposições suas expressamente desmentem;
- f) Para determinar se o contrato *sub iudice* é um daqueles que caem, por outro lado, no âmbito objectivo da aplicação do Código, fomos em busca da sua qualificação, tendo-se concluído, em função das prestações que o integram, constituir ele um contrato de subconcessão de uso privativo de um bem imóvel dominial (e de uma parcela de carácter não dominial que lhe está agregada);

- g) Como aliás, desde 1946, as leis e os contratos respeitantes à ENVC o vêm clarificando;
- h) Tendo-se demonstrado, depois, que não podia ele subsumir-se em qualquer outra das figuras jurídicas afins dessa, nomeadamente das (sub)concessões de exploração do domínio público ou de obras ou serviços públicos;
- i) E demonstrou-se igualmente que o facto de a subconcessão recair também sobre uma parcela não dominial agregada à dominial não tinha qualquer impacto sobre a qualificação proposta e, muito menos, sobre a não sujeição do contrato de subconcessão ao regime de contratação do CCP;
- j) A alínea c) do art. 4º e o nº 2 do art. 6º do CCP excluem, sem margem para dúvidas, o presente contrato, a adjudicar pela ENVC, do âmbito de aplicação das regras de contratação pública nele estabelecidas – desmentindo assim a sugestão que decorre do disposto no seu art. 1º/2;
- k) Tendo-se concluído, portanto, – no pressuposto (a que não aderimos) de que o CCP teria revogado o Decreto-Lei nº 280/2007 –, que, mesmo se a questão da Consulta devesse ser respondida olhando ao que nele (Código) se dispõe, a resposta correcta seria a de que a ENVC, sendo embora uma entidade adjudicante, não está, no que ao presente contrato respeita, vinculada aos regimes de contratação pública dali constantes;
- l) Como excluída está a sua contratação, também, do âmbito de aplicação das regras da citada Directiva nº 2004/18/CE, por não se subsumir o contrato em apreço em qualquer uma das espé-

cies a que se refere a alínea *a*) do art. 1º/2 ou o seu art. 7º;

- m) Não resulta daí que o contrato em apreço – e outros excluídos da aplicação dessa directiva – esteja automática e totalmente fora dos constrangimentos comunitários em matéria de contratação pública, vindo o TJUE a sustentar reiteradamente que a adjudicação de contratos públicos não abrangidos pela disciplina comunitária não é livre, sendo outrossim imprescindível assegurar o cumprimento dos princípios gerais de direito comunitário, mormente daqueles que decorrem do Tratado;
- n) Sucede que a jurisprudência do TJUE a tal propósito se restringe aos *contratos de serviços*, versando nomeadamente sobre as concessões de serviço público – que não estão abrangidos pela citada Directiva –, tendo como finalidade assegurar a realização dos princípios da concorrência e da transparência, por via da exigência da publicação de um anúncio que dê a conhecer a intenção de celebrar um contrato e, posteriormente, da adjudicação do mesmo;
- o) Mas isso, repete-se, quando estão em causa *contratos de serviços* – a par, menos frequentemente, das concessões de obra pública –, os únicos, note-se, sobre que se firmou a referida jurisprudência do TJUE;
- p) Por sua vez, as Comunicações Interpretativas da Comissão citadas no texto, uma delas respeitante especificamente a “*concessões*” – acentuando a necessidade da publicidade comunitária do anúncio do lançamento dos respectivos procedimentos –, têm também como objecto, *como nelas expressamente se refere* (e se transcreveu no texto deste parecer), os *contratos de servi-*

ços, num caso, dos serviços que constam do Anexo IIB da Directiva de 2004/18/CE, noutro caso, das concessões de serviços públicos;

- q) Tendo-se demonstrado que a (sub)concessão de uso privativo de um bem dominial não cabe nem naquela primeira espécie, nem na segunda – nomeadamente, por não estar em causa nessa espécie concessória “*confiar a um terceiro [...] a gestão total ou parcial de serviços que decorram normalmente das suas competências*”, das suas atribuições, dizemos entre nós;
- r) A construção e reparação navais, o fabrico de componentes para aerogeradores eólicos e a indústria metalomecânica, que são as actividades permitidas ao subconcessionário da ENVC, não constituem, nem longinquamente, serviços que caiba ao Estado estabelecer e prestar, serviços das suas atribuições que ele conceda a terceiros,
- s) Tudo para concluir, pois, não serem os princípios comunitários em matéria de contratação pública, do modo como os trata o TJUE e a Comissão, aplicáveis ao contrato de subconcessão que a ENVC pretende celebrar;
- t) Postas de lado as exigências procedimentais do CCP ou do direito comunitário, não decorre daí que o contrato em apreço não esteja sujeito a constrangimentos jurídicos, por dever submeter-se o mesmo às normas e princípios do Decreto-Lei n.º 280/2007 respeitantes à *gestão de bens imóveis dominiais*;
- u) Efectivamente, enunciamos no texto do parecer 12 disposições desse diploma em que se estabelecem os princípios e exigên-

cias a que devem obedecer os contratos versando sobre a gestão de bens imóveis dominiais, nomeadamente os de (sub)concessão da utilização privativa de tais bens;

- v) Decorre daí, desde logo, que a adjudicação de tais contratos, se fará, em regra, pelo menos, através de procedimentos que assegurem a “*concorrência efectiva*” dos interessados, o que conjugado com a submissão da Administração dominial, designadamente, às exigências do princípio da igualdade (também explícitas no diploma), redundará, sem mais, na imposição da adopção de procedimentos concursais públicos ou limitados (salvo, claro, nos casos correspondentes a cláusulas gerais de sua inaplicabilidade, como acontece com os que se enumeram nas apertadas alíneas do art. 24º/1 do CCP);
- w) É de assinalar, também, estarem expressamente contempladas no art. 8º do citado diploma quer a exigência de que os procedimentos a lançar para efeitos de atribuição concursada de direitos de uso privativo ou de exploração de bens dominiais sejam rodeados de *adequada publicidade*, quer a de que os respectivos actos procedimentais fiquem *documentados* e de que as decisões de adjudicação (ou exclusão) aí proferidas sejam *fundamentadas e notificadas* a todas as pessoas directamente interessadas no procedimento;
- x) Sendo certo que a ENVC optou pela espécie de concurso público, a forma mais lícita de assegurar uma concorrência efectiva entre todos os potenciais interessados, impregnando tal procedimento de exigências e garantias que lhe conferem seriedade e transparência, como pode ver-se através da sequência das formalidades do programa de procedimento – que incluem, é um

mero exemplo, a audiência prévia dos concorrentes sobre o relatório preliminar do júri;

- y) Quanto à exigência do Decreto-Lei nº 280/2007 de se fazer do concurso uma *publicidade adequada*, a ENVC deu-lhe cumprimento suficiente;
- z) Efectivamente, ela fez publicar o respectivo anúncio em 3 jornais nacionais de grande circulação (nos meios empresariais do norte e sul do país e nas embaixadas estrangeiras), divulgando-o também nos “sítios” da ENVC e da Agência para o Investimento e Comércio Externo Português (a AICEP) – ao qual, ao que se sabe, se ligam com frequência promotores de investimento de muitos países estrangeiros, incluindo europeus –, tendo essa Agência, além disso, distribuído uma *newsletter* que é enviada a cerca de 20.000 contactos em todo o mundo com referências ao lançamento do concurso;

Salvo melhor

Mário Esteves de Oliveira

Catarina Pinto Garcia

W. P. A.