



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Juliana Andreia Machado Azevedo

## **A concessão<sup>1</sup>**

### *The concession*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do  
2.º Ciclo de Estudos em Direito na especialidade em Ciências Jurídico-Forenses e sob a  
orientação do Professor Doutor Licínio Lopes Martins

Coimbra, Maio de 2018

---

<sup>1</sup> Este texto segue a grafia anterior ao Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

## **Agradecimentos**

Na elaboração da presente dissertação senti um apoio incomensurável.

Em primeiro lugar agradeço à nobre instituição que me acolheu, que me permitiu crescer e evoluir.

Devo um especial agradecimento ao Professor Doutor Licínio Lopes Martins, um orientador extremamente disponível e paciente.

A família foi sem dúvida o meu pilar, a gratidão para com a minha mãe e a minha irmã será sempre insuficiente perante a união e o apoio de todas as lutas!

A vida seria bem mais difícil sem bons amigos, à Isabel devo-lhe o eterno agradecimento de uma amizade da faculdade para a vida.

Anthony acompanhaste-me de perto neste final de uma etapa, obrigada por tudo.

Se o meu coração está cheio deve-se aos Figurões, ao Palácio, às Ninfas e à “D”.

À Adriana, à Juliana, ao Luís, ao André, ao Ribeiro, à Cecília, ao Barroca, à Marta, à Jaria, ao Morgado, ao Poeta e a tantos outros que marcaram Coimbra em mim. A vida pode-nos levar em direcções diferentes, mas a memória de uma bela amizade estará sempre connosco!

Por último, obrigada Coimbra! Serás eternamente minha!

## **Resumo**

A evolução da concessão está associada ao desencadear de actos legislativos, de opiniões doutrinárias e de jurisprudência importantíssima. Um estudo demarcado pelo desafio, pela sede de tentar saber sempre mais, mas sobretudo pela conclusão que nunca sabemos o suficiente.

Em primeiro plano vou abordar a história do conceito concessão, nomeadamente da concessão de serviços públicos, a sua independência da concessão de obras públicas, a teoria clássica e os elementos constituintes.

Uma dissertação que estuda a mutação do conceito concessório até à Directiva 23/2014 e consequentemente a sua transposição para o ordenamento português, tal definição passará pelas Directivas do final do Século XX até as Directivas de 2004, as últimas serão exploradas de forma mais profunda que as anteriores.

No percorrer da tese será mencionado o regime das Parcerias Público-Privadas, as Comunicações por parte do Conselho da União Europeia e os Pareceres Económicos por parte do Parlamento e do Conselho da EU. Um tema explorado através de opiniões de grandes Doutores, Acórdãos do TJUE e de análise da lei.

Por fim, analisarei se a directiva foi importante no Direito Comunitário, se correspondeu ao pretendido na Proposta, a diferenciação entre contrato público e concessão de obras públicas ou de serviços públicos será uma constante e redigirei as minhas conclusões sobre a transposição.

Desta forma, estamos perante uma tese que detém uma grande índole histórico, que permite contextualizar a criação de uma Directiva tão solicitada e afirmar a adjudicação dos contratos de concessão.

Palavras chave: Concessão de serviços públicos; Concessão de obras públicas; Directiva 2014/23/UE; Parcerias Público-Privadas; entidade adjudicantes; autoridade adjudicante; concessionário; distribuição do risco; direito de exploração; contratos públicos; Decreto-Lei 111-B/2017;

## **Abstract**

The evolution of the concession of rights is associated with the initiation of legislative acts, doctrinal opinions and relevant jurisprudence. A study marked by the challenge, the thirst to seek more knowledge, but especially by the conclusion that we will never know enough.

In the foreground, I will address the historic evolution of the concession of rights concept, namely the concession of public services, its classical theory and the constituent elements.

A dissertation examining the mutation of the concession concept up to Directive 23/2014 and consequently its transposition into the Portuguese legal system. This concept analysis will go through the Directives of the late twentieth century up to the 2004 Directives, the latter will be explored in an in-depth manner than the previous ones.

The Public-Private Partnerships regime, the Communications by the Council of the European Union and the Economic Opinions by the Parliament and the EU Council will be mentioned in the thesis. This theme will be explored through the opinions of great Doctors, judgments of the court of law and analysis of the law.

Finally, I will analyze whether the Directive in question was instrumental in Community law and if it corresponded to what was set out in the Proposal. I will also look into the differentiation between public contracts and concession of public works or public services. This will be a constant thread throughout and will lead to my conclusions on the transposition.

Thus, we are dealing with a thesis that is deeply in its historical nature, which allows us to contextualize the creation of such a requested Directive and to affirm the award of concession contracts.

**Key Words:** Concession of public services; Concession of public works; Directive 2014/23 / EU; Public-Private Partnerships; contracting authority; authority; concessionaire; distribution of risk; right of exploration; public contracts; Decree 111-B / 2017;

## **Lista de siglas e abreviaturas.**

Ac.- Acórdão

Ac(s)- Acórdãos

Al. – Alínea

Als.- Alíneas

A.P- Administração Pública

Art.- Artigo

Arts. Artigos

CCP- Código dos Contratos Públicos

CRP- Constituição da República Portuguesa

CPA- Código do Procedimento Administrativo

CPV- Common Procurement Vocabulary

DBFO- Design, Built, Finance, Operate

DCMF- Design, Construct, Maintain, Finance

Directiva 23/2014 – Directiva 2014/23/UE

Directiva 24/2014 – Directiva 2014/24/UE

Directiva 25/2014 – Directiva 2014/25/UE

JOUE- Jornal Oficial da União Europeia

P.- Páginas

PME's- Pequenas e Médias Empresas

TJUE- Tribunal de Justiça da União Europeia

## **Introdução**

A presente dissertação tem como objectivo o estudo da concessão, nomeadamente sobre a Directiva 2014/23/UE e a sua transposição para o ordenamento jurídico português.

A concessão como um contrato que se afigura num instrumento de poupança para o erário público, que permite a relação entre estado e organismos privados, em que quase todas as suas características clássicas foram postas em causa, mas mormente, implica risco, investimento e uma gestão responsável da exploração do objeto contratual.

A concessão percorreu um grande caminho até à Directiva de 2014/23/UE, diploma que consagrou pela primeira vez a adjudicação de contratos de concessão num regime próprio e sobretudo reforçou o regime aplicável à concessão de serviços públicos, tornou-o oficialmente independente perante a concessão de obras públicas.

Neste trabalho irei analisar quando a directiva nasceu e o que levou à sua consagração. A realização de uma Directiva como a 23/2014 era mesmo necessária?

A Directiva Concessões reuniu de forma precisa todas as ideias e políticas requeridas ? Ou será que ficou aquém do pretendido?

Ao longo da presente dissertação, estas e questões relacionadas com a precisão dos conceitos, assim como com os elementos e critérios delimitadores de concessão serão explorados de forma esmiuçada.

A leitura de cada ponto permitirá conhecer a evolução dos conceitos ao longo dos actos internacionais, traduzirá a tentativa de uma legislação uniformizada entre países membros e que plasme a necessidade de assegurar a efectiva concorrência no mercado, assim como a própria contratação além-fronteiras.

Desta forma, a Directiva 23/2014, não é só como um diploma de independência da adjudicação das concessões mas também como um instrumento de clarificação dos conceitos, de aplicação de medidas ambientais, de assegurar de forma mais eficiente a participação das PME's, de aplicação do princípio da concorrência e de combate à corrupção.

## 1.Introdução histórica do instituto de concessão

A primeira manifestação da concessão aconteceu nos períodos da Grécia Antiga e da Roma Clássica (séculos III a.C a IV d.C), a figura surgiu no acto de dar de arrendamento as terras públicas a particulares, sendo que, a renda ou vectigalia transformava-se na maior percentagem de receita da cidade- Estado, a outra grande fatia provinha das *societas publicanorum* " *poderosas e florescentes empresas, que tanto no período da República como nos primeiros tempos do Império foram concessionárias da lavra de minas, da cobrança de impostos, da exploração de alfandegas, de portos, de salinas, de estradas, de pontes, de aquedutos , e outras obras públicas*" <sup>2</sup>.

Distinta da época anterior, a Idade Média espelhou uma perda da actividade e concentrou-se apenas em algumas concessões de mercado <sup>3</sup>.

Na Modernidade, a técnica concessória voltou a florescer, mas sobre direitos menores e transmissíveis que surgiram em quatro domínios: *ius telonii* ( direito de impor taxas pela passagem de pessoas e bens em determinados locais), *ius monetae* (direito de cunhar moeda), *ius soli* (direito de extração de minerais e de exploração dos solo) e por fim a concessão de títulos nobiliárquicos, todos eram privilégios atribuídos pelo Príncipe, " *privilegia Principis*" que elevava o concessionário a uma posição de poder económico e social.

Na denominada Modernidade do século XVI assiste-se à formação dos Estados Modernos e à concretização de uma transferência de direitos da titularidade privada para a pública, há a centralização do poder régio e o início da distinção entre os bens próprios do Monarca e bens da Coroa.

Estas particularidades permitiram a utilização da figura concessão, a sua utilização estava intimamente ligada ao privilégio régio, mas a partir deste século, certos sectores afastaram a concessão desta característica.

---

<sup>2</sup> Sobre isto ARMANDO MARQUES GUEDES " A Concessão- Estudo de Direito, Ciência e Política Administrativa p 27 e 28; PEDRO MELLO " A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos" p 26

<sup>3</sup> " *a ausência de um domínio público (..) mas ainda assim , parece que à figura se devem reconduzir certos institutos como a piscaria, uma espécie de indústria pesqueira, tabulae, bancae, scamma, que eram verdadeiras concessões de mercado*" PEDRO COSTA GONÇALVES, " A Concessão de Serviços Públicos, p47

No século XVIII já se tinha assistido ao "*florescimento de comércio marítimo*" e sucederam-se duas revoluções importantíssimas para a utilização da técnica concessória: as revoluções liberais e a revolução industrial, ambas uniram os fundamentos ideológico-liberais com os princípios técnicos, económicos e sociais impulsionando a época de maior aplicação da técnica concessória.

No final do século XIX, a concessão surge para os particulares como um acto constitutivo de direitos, direitos estes que advêm de uma posição de substituição da Administração Pública e que permitem o investimento em infra-estruturas, assim nasce a concessão de obra pública.

O Estado prossegue o interesse público através das entidades privadas e escolhe um meio de execução indirecta de obra pública, em que o concessionário executa a sua construção, gere por um determinado tempo e depois procede à transferência da obra para a Administração Pública, um modelo que reúne características mistas (aproxima-se da empreitada de obra pública e da posterior concessão de serviços públicos) e que permite o brotar da concessão de serviços públicos, ou seja há o corte do cordão umbilical entre a construção e a exploração da actividade praticada nessa infra-estrutura.

A partir deste momento desenvolvem-se várias manifestações do conceito geral: concessão de domínio público, de obras públicas, de exploração de jogos de fortuna ou azar, de serviços públicos.

Portanto, este século caracterizou-se pelo Estado Liberal, "*do abstencionismo, do laissez-faire, do Estado mínimo, do Estado-guarda-nocturno*"<sup>4</sup>, no qual o Estado desenvolve as condições para explorar determinada actividade cabendo aos cidadãos realizá-la, uma forma de preservar os cofres e de garantir a resposta às necessidades dos cidadãos através da aplicação de dinheiros privados.

Os autores e a jurisprudência categorizaram este contrato como sinalagmático<sup>5</sup> e de direito privado, o que garantia uma paridade na relação contratual entre o concedente/concessionário e que consequentemente submetia o instituto concessório aos

---

<sup>4</sup> Segundo FREITAS DO AMARAL, também é nesta época que as autarquias locais assumem a exploração de serviços públicos e noutros casos a concessão é atribuída a empresas privadas que ingressam numa posição de colaboradores da Administração Pública subordinando-se ao interesse público. "Curso de Direito Administrativo", Vol I p 79 e 80

<sup>5</sup> PEDRO GONÇALVES, "A concessão...", p 179

ditames do direito civil das obrigações. Uma orientação com vista a assegurar os interesses do concessionário privado e a estabilidade do contrato.

O século seguinte provoca uma mudança drástica na orientação do Estado, abandona-se a tese privativista <sup>6</sup> para dar lugar à concessão como acto unilateral da Administração Pública, onde o concessionário ingressa numa posição de súbdito perante a autoridade <sup>7</sup>. No entanto, o seu desenvolvimento não se esgotou por aqui, sucederam-se teses dualistas advindas de Itália onde um primeiro momento unilateral origina a concessão e posteriormente num segundo "*degrau*" se estipula o exercício da actividade concessionada. Tudo isto culminou na concessão como "*acto jurídico de direito público, de natureza contratual, cujas cláusulas tem uma eficácia parcial ou também regulamentar*" <sup>8</sup>.

Mas, perante este contexto é necessário afirmar que a Primeira Guerra Mundial marca a viragem de um Estado Liberal para um Estado Providência, que intervém em todos os âmbitos da sociedade.

Como refere DIOGO FREITAS DO AMARAL "*a 1ª Grande Guerra dá o sinal para um novo ciclo de expansão do intervencionismo económico*", em que o Estado assume uma posição de onnipresença em todos os sectores, quer seja na produção de bens económicos, ou na prestação de serviços. Um intervencionismo levado ao extremo na duração da Segunda Guerra Mundial e que origina a falta de mão de obra, carência de bens de primeira necessidade, a concentração de uma economia direccionada para alimentar a guerra, um défice público acentuado e a manifestação de ideologias neo-liberais.

Estes resultados entoavam um grito estrídulo para acabar com o Estado intervencionista, nos finais do século os gritos traduziram-se na privatização da Administração Pública.

A "*privatização-colaboração*" <sup>9</sup> estabelecia-se entre o Estado e os particulares, encontrando o seu critério delimitador no interesse público.

---

<sup>6</sup> restam apenas algumas teses pan-privatistas advindas de Itália mas que não contém adesão significativa, PEDRO GONÇALVES "A Concessão.." p 181

<sup>7</sup> Neste âmbito surgiram opiniões mais restrictas, alguns autores como SEILER e POTSCHTER adquiriram a teoria absoluta da soberania, em que não admitiam qualquer intervenção por parte do concessionário privado enquanto que alguns autores como MAYER, FLEINER e RANELLETTI admitiam alguma intervenção por parte do ente privado e desta forma defendiam a denominada teoria relativa da soberania.

<sup>8</sup> PEDRO GONÇALVES, "A Concessão ...", pp193

<sup>9</sup> Expressão referida por PEDRO MELO, "A distribuição do risco..." p36

A partir desta altura as mudanças são drásticas, quer por necessidade nacional ou posteriormente por necessidade de uma integração na denominada Comunidade Europeia.

O contexto Comunitário, ao direccionar os contratos públicos à internacionalização e à concorrência muda-os de tal forma que em pouco se reconhecem as características da concepção clássica.

Todas as mudanças levam a uma Europa Reguladora<sup>10</sup>, que se caracteriza pelo controlo e garantia dos Estados, separação entre construção de infra-estruturas / exploração do serviço e o surgimento de novos instrumentos para a obtenção de capital.

## **2. A concessão de serviços públicos e a sua evolução.**

A concepção tradicional ou clássica.

A doutrina tradicional define concessão de serviços públicos como o "*acordo pelo qual uma pessoa colectiva de direito público transfere para outra pessoa durante o prazo estipulado, o seu poder de estabelecer e explorar determinado serviço público, para ser exercido por conta e risco do concessionário, mas sempre no interesse público*"<sup>11</sup>.

FREITAS DO AMARAL acrescenta que o pagamento do particular advém das taxas de utilização cobradas directamente aos utentes, espelhando assim, segundo a doutrina e jurisprudência Francesa, um dos elementos essenciais para a definição da concepção clássica<sup>12</sup>.

O facto de o concessionário obter remuneração através de taxas dos utentes e a questão da exploração do serviço correr por sua conta e risco, são dois factores que podem ser fatais para o cumprimento do contrato, se a execução não for acompanhada de uma forte responsabilidade e controlo.

---

<sup>10</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO " Do Estado Social à Europa Reguladora ?" Colóquio sobre os 30 anos da Constituição de 1976

<sup>11</sup> MARCELLO CAETANO para além desta definição refere que o modo de fazer as concessões é através de acto administrativo e quando estas são contratuais devem ser incluídas nos contratos administrativos, p. 583/584

<sup>12</sup> GEORGE DUPUIS, " Sur la Concession de service public", Recueil Dalloz, Année 1978,p.2220;  
FERNANDA MAÇAS " A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos" in Estudos da Contratação Pública - I, pp382

No entanto não são os únicos traços caracterizadores, há mais dois: primeiramente o ente público e o concessionário convencionam a exploração ou o funcionamento de um serviço público derivado da Administração Pública e por último a relação contratual- concessionária é estabelecida entre um contraente público (podendo ser pessoa singular ou colectiva) e o concessionário privado (pessoa colectiva ou singular)<sup>13</sup>.

Ou seja, estamos perante um compromisso conjunto, que permite a “*privatização formal de uma tarefa pública*”<sup>14</sup>, mantendo a titularidade e o controle no ente público, mas há uma transferência parcial do exercício de poderes para o concessionário. No entanto, as partes que constituem toda a definição não se mantiveram inalteradas e como em todos os ramos do Direito a estagnação não existe, situações políticas, sociais e económicas pressionam a mudança legislativa e impulsionam o surgimento de novas perspectivas doutrinárias.

Assim, a partir dos anos 40 há uma crise da concepção tradicional o que levou à mudança de quase todos os aspectos da definição, mantendo-se inalterado apenas o seu objecto.

Neste tempo (1945), ALBERTO XAVIER definiu que " No campo da doutrina, o acto de concessão de um serviço público é um contrato administrativo e os principais elementos que o caracterizam são: o longo período de tempo de duração<sup>15</sup>; a exploração decorrer com riscos e perigos para o concessionário; a remuneração do concessionário consistir no direito que lhe é conferido, durante o tempo de concessão, de cobrar, do público que se utiliza do serviço, uma taxa fixada por uma tarifa."<sup>16</sup>.

Os serviços públicos, também denominados serviços de rede, exigiam investimentos avultados, que garantissem o abastecimento desses serviços a todos os cidadãos, de forma igualitária e a preços acessíveis. Estas características delimitavam a capacidade de investidores privados e "motivavam" a que as actividades fossem exercidas em regime de monopólio.

---

<sup>13</sup> PEDRO GONÇALVES, "A concessão..." p. 104/105

<sup>14</sup> J.L: VILLAR PALLASÍ, " Concessiones Administrativas", in Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, IV, p.695

<sup>15</sup> quanto ao período de duração, ANTÓNIO CARLOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA LEITÃO MARQUES afirmam que " *o facto de os contratos de concessão preverem com frequência um longo período de validade, torna os concessionários numa espécie de colaboradores permanentes da Administração* ", Direito Económico, p. 211

<sup>16</sup> ALBERTO XAVIER, " Os caracteres jurídicos especiais dos serviços públicos concedidos e as diversas fases do regime da Concessão de caminhos de ferro à CP", in Conferência realizada na Sociedade de Geografia dia 13 de Maio de 1948.

Porém as mudanças chegaram, não só a nível das próprias características do contrato, mas também com a inserção da concorrência nos serviços públicos, ou seja, estes serviços foram abertos à iniciativa privada (*Open Network Provision*) mas caberia ao Estado continuar a assegurar as redes públicas <sup>17</sup>.

A mutação passa por diversos pontos, o concessionário deixa de ser exclusivamente um ente privado, por várias vezes a posição é adquirida por uma entidade pública, assim como nasce a possibilidade de a relação contratual se estabelecer exclusivamente entre entes privados. Quanto à primeira situação temos o exemplo das concessões de sectores rodoviários, ferroviários, transportes, e de distribuição e produção de energia eléctrica, uma nova categoria de empresas públicas gestoras de serviços públicos que posteriormente desaparecem e se transformam nas seguintes, onde se manifesta o paradigmático caso de conversão de empresas públicas em Sociedades Anónimas, algumas até recuperam a posição de concessionários de serviços públicos <sup>18</sup>.

No que se refere à remuneração, o concessionário obtém-na através dos preços pagos pelos utentes <sup>19</sup>, mas a evolução do conceito atenuou a rigidez do "*perception de redevances*", levou à integração de uma solidariedade económica das partes e à inserção de um critério de "*resultados financeiros da prestação*", questões importantes para calcular a remuneração.

Em certas situações, o concessionário continua a ser o único responsável pela exploração e pelo risco, mas pode receber uma ajuda monetária por parte do concedente, uma questão que não era totalmente desconhecida. A teoria tradicional de MARCELLO CAETANO falava na possibilidade de assistência por parte do concedente. Na mesma direcção, a lei portuguesa não pode excluir a concessão de serviço público na qual a retribuição do concessionário é suportada pelo concedente, ou seja, nasce mais uma excepção há regra clássica sobre a proveniência das remunerações.

Ora, parece-me pertinente fazer aqui um breve parêntesis quanto ao direito concessionado. A concessão recaí sobre a transferência de um direito que deriva da tarefa administrativa, tarefa esta atribuída à Administração Pública e a sua transferência pode ser constituída sobre um direito criado pela Administração apenas para aquele efeito, ou sobre um direito que já

---

<sup>17</sup> A evolução científica e tecnológica permitiu esta fragmentação entre rede e serviço. Ver sobre esta questão Ana Maria Guerra Martins, "A emergência..." p. 86 e 87.

<sup>18</sup> PEDRO GONÇALVES, "A Concessão..."p.136

existia na sua esfera jurídica. Contudo quer numa situação ou noutra, o Estado mantém a titularidade e o concessionário fica responsável pela execução desse serviço.

PEDRO COSTA GONÇALVES afirma: " *Para nós (posição adotada pela doutrina) a concessão de serviço público é um acto jurídico de direito público (não de direito privado), em princípio, de natureza contratual (não unilateral), cujas cláusulas têm uma eficácia parcial ou também regulamentar*", ou seja, um acto de actuação pertencente à esfera da Administração Pública, que reveste forma contratual, em que o concedente está numa posição de supra ordenação perante o concessionário e as cláusulas revestem deveres contratuais, enquanto que para com terceiros( desde que estes terceiros sejam titulares de um direito às prestações do serviço ) surge como um dever regulamentar, cujo deve ser satisfeito pelo concessionário mediante disposições regulamentares<sup>20</sup>.

Um conceito mais abrangente, mas não menos imperativo, que implica o cumprimento claro da lei e dos limites impostos aos contratos concessionados, tanto no seu carácter formal de acto organizatório da administração como no seu carácter vinculativo. A amplitude demonstra o início de um caminho para o culminar de uma Directiva Concessões.

---

<sup>20</sup> Pedro Costa Gonçalves " A Concessão...", p. 203

### **3. Os primeiros actos legislativos por parte da Comunidade Europeia em matéria de concessão.**

#### **3.1 As primeiras Directivas**

As Directivas, nas palavras de José Maria Fernández Astudillo, são " *el elemento normativo fundamental en la amortización de las legislaciones de los distintos Estados miembros, pudiendo ser los destinatarios de la correspondiente directiva uno, varios o todos los Estados miembros, destinatarios que están obligados a adoptar internamente las normas o medidas oportunas para alcanzar el resultado marcado por la concreta directiva*"<sup>21</sup>.

A 26 de Julho de 1971 surge a Directiva do Conselho 71/305/CEE a respeito da coordenação dos processos de adjudicação de empreitada de obras públicas e exclui a aplicação do diploma aos sectores especiais<sup>22</sup>.

A Directiva 77/62/CEE, de 17 de Dezembro de 1976 enquadra-se relativamente à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público.

As duas Directivas, apesar de consagrarem a igualdade no procedimento, ao impor certas formalidades e proibirem certos comportamentos, não garantiram a correcta transposição para os respectivos ordenamentos jurídicos nem criaram meios para fiscalizar o seu cumprimento.

Posteriormente irrompem as Directiva 89/440/ CEE e a 88/295/CEE, que correspondendo a uma atualização das anteriores, foram mais rigorosas quanto a prazos, transparência nos anúncios e mais amplas quanto às entidades públicas que abrangem <sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> José Maria Fernández Astudillo , " *La nueva Directiva reguladora de los contratos públicos*" . p.29

<sup>22</sup> "Considerando que deve evitar-se que, para os seus contratos de empreitada, os serviços de produção, de distribuição e de transporte de água e de energia fiquem sujeitos a regimes diferentes consoante dependam do Estado, das colectividades territoriais ou de outras pessoas colectivas de direito público ou possuam uma personalidade jurídica própria, e que há, portanto, que excluir do âmbito de aplicação da directiva os serviços acima mencionados, os quais por aquele seriam abrangidos devido ao seu estatuto jurídico, até , que a experiência adquirida permita adoptar uma solução definitiva" JOCE 16.8.71 NL185/5

<sup>23</sup> O Ac. TJ - Comissão / Alemanha Pro.C-433/93 reforça a imperatividade de cumprir o disposto nas Directivas 88/ 295/ CEE e 89/440/ CEE, quanto aos prazos estabelecidos.

Seguidamente surge a Directiva 90/50/CEE<sup>24</sup>, a primeira relativa à adjudicação dos sectores da água, da energia, das telecomunicações e dos transportes, os denominados sectores especiais.

A Directiva 92/50/CEE<sup>25</sup> enquadrou-se na coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de serviços e aplicava-se aos contratos cujo valor estimado, sem IVA, fosse igual ou superior a 200000 ecus, conquanto que a Directiva 92/13/CEE visava coordenar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

A propósito das duas últimas, as chamadas Directivas recursos<sup>26</sup>, VASCO PEREIRA DA SILVA defende que através da sua transposição para os ordenamentos jurídicos internos, terá resultado num Direito Cautelar Europeu que se fundamenta na apreciação do juiz dos procedimentos pré-contratuais<sup>27</sup>.

A 14 de Junho de 1993 surge a Directiva 93/36/CEE, relativamente à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, que considera os ajustamentos a ser introduzidos quanto à publicidade e à participação, clarifica os critérios de adjudicação, sublinha a opção de recurso a concurso público ou concurso limitado e acrescenta a definição funcional de entidades adjudicantes, um conjunto de mudanças que contrastam das disposições bem mais simples e elencadas na sua Directiva de origem (77/62/CEE, que já tinha sofrido várias alterações posteriores).

Mas a leitura desta Directiva e a sua aplicação conjugam-se com a Directiva 92/50/CEE e com a 93/37/CEE, relativamente à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, vêm prever casos que se apresentam como excepções à

---

<sup>24</sup>JO L 297/90

<sup>25</sup> " *Contrato oneroso celebrado por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, com exclusión de los contratos de obras y servicios*" assim é definido o contrato público nas palavras de MANUELA ESLAVA RODRIGUEZ " Contratos Públicos Internacionales".

<sup>26</sup> " *Com a adopção das directivas "Vias de Recurso", os operadores económicos dispõem, em cada Estado-membro, da possibilidade de introduzir um recurso perante uma instância nacional de natureza jurisdiccional - ou uma instância cujas decisões podem ser objecto de recurso jurisdiccional - por violação das disposições das directivas por parte dos organismos adquirentes.*" COM(96) 583, de 27 de Novembro de 1998.

<sup>27</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, "O contencioso Administrativo no Divã", p 111.

aplicação da coordenação dos processos, os limites para essas exceções e os termos em que se aplica a concorrência a estes contratos.

Ao longo de todas as Directivas vão surgindo opiniões e decisões jurisprudências, que de modo inequívoco orientam os seus destinatários, tanto na forma de aplicação de critérios fundamentais como na própria extensão de cada Directiva.

Estes diplomas, enquanto fonte de informação pretendem evitar o sucedido anteriormente, isto é, no serviço público foram criadas diversas opiniões doutrinárias, referentes tanto ao tipo de serviço que as directivas abrangiam como à própria forma da relação jurídica: autores franceses limitavam os serviços públicos em matéria de água, eletricidade, gás, transporte público <sup>28</sup> e defendiam que a sua exploração se fazia por via contratual enquanto que na Alemanha a exploração se fazia por via unilateral. Estávamos perante uma situação divergente entre países vizinhos e que contrariava o ambicionado pela Comunidade Europeia.

Desta forma, os diplomas mencionados ocupam um lugar de destaque na aplicação do Direito Comunitário e na sua uniformização, mas para que vigorem no nosso ordenamento jurídico necessitam de transposição, ou seja, não tem uma aplicação directa nos Estados Membros enquanto que os regulamentos, apesar do seu papel secundário, podem ser aplicados pelos tribunais ou pela Administração Pública, assim como podem ser invocados por qualquer entidade ( pública ou privada), de modo que revestem "um papel de concretização, desenvolvimento ou preenchimento dos regimes estabelecidos nas normas de graus superiores" <sup>29</sup>.

Alguns regulamentos bastante importantes no contexto da contratação pública: Regulamento n.º2195/2002, de 5.11.2002, sobre o Vocabulário Comum para os Contratos Públicos ( CPV, Common Procurement Vocabulary), alterado pelo Regulamento n.º2083/2005, de 19 de Dezembro de 2003 e o Regulamento n.º 213/2008, de 28 de Novembro de 2007, a CPV

---

<sup>28</sup> " *Los franceses – se dicequieren retener la configuración de los servicios públicos definidos en términos de servicios de rede(...); el Derecho comunitario fuerza a retomar La estructura misma del servicio- multitud de pequeñas concesiones municipales gestionadas por una gran empresa pública monopolista, ausencia de acceso de terceros operadores*" JOSÈ MANUEL SALA ARQUER , IV Colóquio Luso-ESpanhol de Direito Administrativo, p.57

<sup>29</sup> Para aprofundar o conhecimento quanto aos regulamentos comunitários ver " Concursos e outros procedimentos de contratação pública" p. 54 e 55.

contém um vocabulário principal que define o objecto do contrato e um vocabulário suplementar que é utilizado para acrescentar informações quantitativas.

Para além destes, surgiram outros que actualizavam os limiares de valor aplicáveis nos processos de adjudicação de contratos públicos ou que definiam a publicação de anúncios no JOUE, ao longo de toda a tese analisaremos não só as directivas, mas também os regulamentos e as alterações que provocam às próprias directivas.

### 3.2 A Comunicativa da Comissão - Comunicação Interpretativa da Comissão (2000/C 121/02).

As Directivas foram importantíssimas, mas era preciso ir mais além, era necessário garantir o respeito pelos princípios comunitários e pela jurisprudência do Tribunal De Justiça Comunitário, assim nasceu a Comunicação Interpretativa da Comissão (2000/C 121/02).

Um acto caracterizado pela transparência, com vista a clarificar a actuação do instituto concessório, esclarecendo que " *as regras e os princípios do Tratado que regem todas as formas de concessão e, por outro lado, as regras específicas da Directiva 93/37/CEE sobre empreitadas de obras públicas (...) prevê um regime específico para a concessão de obras públicas*" <sup>30</sup>.

A doutrina tem defendido, que a Comunicação constitui um acto mais político do que jurídico, não é vinculativo aos seus destinatários e pode em posteriores Comunicações sofrer alterações, no entanto pelo facto de não ser vinculativa não deve ser ignorada pelos operadores económicos.

O conteúdo de cada Comunicativa, ou esclarece sobre o direito vigente ou prepara o caminho para a aplicação de um novo direito, isto implica que os agentes ao actuarem em matérias que versem sobre os contratos de concessão possam se valer da Comunicativa da Comissão 2000/ C 121/ 02 <sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> JO n° C 121, de 29 de Abril de 2000, p. 2-13

<sup>31</sup> Sobre isto ver " A emergência de um novo Direito Comunitário da Concorrência", ANA MARIA GUERRA MARTINS p. 95 e 96

A Comunicativa reforça a noção comunitária de concessão e a sua independência de uma qualificação jurídica nacional, define-a como actos imputáveis aos Estados, em que a autoridade pública confia a um terceiro a gestão de serviços de sua responsabilidade, transferindo o risco de exploração para o concessionário. Para além disto enfatiza a aplicação de um regime específico à concessão de serviços e a sua autonomização da concessão de obra pública, quando esta atinge o limiar dos 5.000.000euros.

A Comissão retira qualquer dúvida sobre a remuneração do co-contratante, vincando o traço caracterizador de uma responsabilidade de exploração que inclui o risco proveniente da construção, gestão e utilização do equipamento, risco este que pode obter um apoio por parte do Estado, mas será um contributo social, ou seja, uma contribuição para que o preço a pagar pelo utente seja menor.

Em momento algum este apoio por parte do concedente pode ser qualificado como compensatório dos prejuízos, ou fundamentar-se na intenção de retirar parte do risco ao concessionário, se o fizer não mais estaremos perante uma concessão.

Um dos pontos mais importantes que resulta desta Comunicativa traduz-se na vinculação de todos os contratos de concessão aos princípios da não-discriminação, da transparência, do reconhecimento mútuo e da proporcionalidade, sendo que na matriz da Comunicativa, surge o Ac. Telaustria <sup>32</sup>, no qual o Tribunal de Justiça considerou que dos princípios elencados no Tratado decorrem consequências procedimentais para a formação de contratos de concessão de serviços públicos, que perante uma mencionada "indiferença comunitária" não estão plasmados em nenhuma Directiva específica.

Ou seja, o Acórdão reafirma que apesar das concessões de serviços públicos estarem excluídas da aplicação da Directiva 93/98, devem respeitar os princípios comunitário, abordando em específico o princípio da igualdade, que na sua aplicação proíbe a discriminação em razão da nacionalidade <sup>33</sup> e por sua vez impõe que situações análogas não

---

<sup>32</sup> Ac Telaustria, Proc. 324/98, de 7 de Dezembro 2000

<sup>33</sup> Ac Gebroeders Beentjes BV VS Estado dos países Baixos, Proc 31/87, de 20 de Setembro de 1988, tribunal decidiu que as normas dos artigos 20º, 26º e 29º da Directiva nº 71/305/CEE, de 26 de Julho, podiam ser invocadas por um particular perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Também afirmou a aplicação do princípio da proibição da discriminação aos Contratos Públicos.

sejam tratadas de forma diferente, ou seja, " *as regras do jogo devem ser conhecidas de todos os potenciais concessionários e devem aplicar-se a todos da mesma maneira*"<sup>34</sup>.

O princípio da transparência do procedimento consiste em todos os candidatos obterem as informações necessárias e claras sobre o negócio pré-contratualmente, como o próprio Tribunal afirma " *esta obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo de uma imparcialidade dos processos*"<sup>35</sup>.

A mesma Comunicativa exige que na aplicação do princípio da proporcionalidade, as medidas sejam necessárias e adequadas à prossecução do objetivo definido pela concedente, assim como estabelece que de entre as várias medidas possíveis devem ser escolhidas as menos onerosas.

Para além destes três princípios, a Comissão atribui a mesma importância ao reconhecimento mútuo entre Estados, o que permitiu a livre circulação de mercadorias e serviços sem uma harmonização das legislações nacionais, mas existia a obrigação dos produtos responderem, de forma equivalente, aos objectivos prosseguidos pelo Estado destinatário.

Face a todas estas regras, a liberdade de recorrer à concessão continua a fazer parte do Estado, mas na sua decisão, se positiva, terá que respeitar as modalidades de adjudicação comunitárias e os princípios elencados tanto nas Diretivas como no Tratado.

Os princípios são os pilares da concessão, levando alguns autores como BERNARDO AYALA a ponderarem se não seria mais adequado para a contratação pública comunitária, enveredar por um sistema flexível e alicerçado apenas nos princípios gerais, no entanto os mesmos autores recuaram, o sistema que seria flexível, também seria de difícil aplicação pelos Estados Membros e não se coadunaria com as regras do Comércio internacional.

Perante estas directrizes podemos concluir: os quatro princípios elencados são sempre aplicáveis, no entanto este tipo de contratos tem em vista o interesse público e se for necessário restringir os princípios da Comunidade Europeia para salvaguardar "razões imperiosas de interesse geral", os Estados garantindo a não discriminação, a necessidade, a

---

<sup>34</sup> Comunicação Interpretativa da Comissão ( 2000 /C 121/02)

<sup>35</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, " CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – que futuro?", p. 28

proporcionalidade e a realização do interesse público podem fundamentar a utilização dessas medidas restritivas nos arts 30º, 45º, 46º e 55º do Tratado.

O artigo 45º refere-se a actividades ligadas ao exercício da autoridade pública, <sup>36</sup>esta excepção deve-se limitar ao máximo de forma a garantir os interesses que a norma restringida deve proteger <sup>37</sup>, enquanto que os artigos 46º e 55º ligam-se à protecção da ordem pública, da saúde pública e da segurança.

Ao terminar esta análise à Comunicação da Comissão podemos observar, que em matéria de princípios dissiparam-se algumas dúvidas emergentes das Directivas, quanto à concretização da Directiva Concessões o reforço da sua necessidade foi sem dúvida afirmado e sobretudo foi criado mais um instrumento a ser utilizado pelos concessionários para fazer valer os direitos atribuídos pelas Directivas.

---

<sup>36</sup>Ac. Reyners , 21 de Junho de 1974 definiu o que era o autoridade pública no sentido comunitário- " *é o que resulta da soberania e autoridade do Estado; implica para quem a exerce , a faculdade de utilizar prerrogativas alheias ao direito comum , privilegio de autoridade pública e poderes de coerção sobre os cidadãos*".

<sup>37</sup> A este propósito de classificação da atividade. PEDRO COSTA GONÇALVES e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, " As Concessões Municipais..." P. 61 e 62

#### **4. O Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matérias de Contratos Públicos e Concessões , 30 de Abril de 2004.**

A concepção deste diploma foi fruto de vários actos, entre os quais o Parecer do Comité Económico e Social de 2001<sup>38</sup> que reafirmou a necessidade de uma directiva específica para as concessões<sup>39</sup> e o Parecer do Comité Económico e Social sobre a Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativamente " à coordenação dos processos de adjudicação de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitadas de obras públicas" <sup>40</sup>.

O último parecer surgiu em resposta ao Livro Verde, " Os Contratos Públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro", e tinha como ponto principal juntar as três Directivas ( 92/50/ CEE; 93/36/CEE<sup>41</sup> e 93/37/CEE) num texto único, ou seja, modificar o conteúdo das directivas clássicas para clarificar e simplificar as disposições do quadro jurídico existente.

O Livro Verde relembra o papel fiscalizador e regulador dos Estados, o seu surgimento foi através da implementação de uma Estratégia para o Mercado entre 2003-2006, chamada de Iniciativa Europeia de Crescimento e com o objectivo de clarificar em matéria de colaboração Público-Privada.

O Livro classifica as PPP como " formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão e a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço"<sup>42</sup>, uma expressão geral

---

<sup>38</sup> In JO C 14/91, de 16/1/2001

<sup>39</sup> A Directiva de 2004/ 18/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, sobre a coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obra pública, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, no entanto exclui no artigo 17º de forma expressa as concessões de serviços. O parlamento Europeu, anos antes e no mesmo sentido, convidou a Comissão a examinar a possibilidade de adoptar uma directiva para regular as concessões e as diversas formas de PPP, ( *Avis du Parlement Européen em première lecture sur la proposition de la Commission, de 10.5.2002*)

<sup>40</sup> JO C 193/7 ( 2001/ C193/02)

<sup>41</sup> O Ac. Teckal, Proc.C-107/98, de 18 de Novembro, pronunciou-se sobre os contratos in house e até que ponto o fornecedor teria que ser um terceiro relativamente à entidade adjudicante. Sobre esta questão relativamente à aplicação da Directiva 93/37/CEE importa ver MARIA JOÃO ESTORENINHO, " Por uma contratação pública sustentável" p. 88

<sup>42</sup> " Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas..." COM 2004 pp 327

que não se consubstancia numa definição Comunitária. Expressão esta que se caracteriza por diversas características:

i) As PPP podem ser de tipo institucional, quando há cooperação entre o sector público e o sector privado numa entidade distinta, ou por sua vez "puramente contratuais" quando as parcerias baseiam-se nas relações contratuais entre os diferentes agentes.

O tipo contratual aplica-se em vários modelos, os mais conhecidos são o modelo-concessivo e o *project finance*, no modelo-concessivo há uma relação directa entre o ente privado e o utente, que se estabelece através das taxas cobradas pelo serviço, podendo ser o único meio de remuneração ou ser acompanhado de subvenções públicas, enquanto que a fórmula de *project finance* é um dos modelos utilizados para a construção de infra-estruturas de utilidade pública e o seu ponto diferenciador consiste na remuneração através de pagamentos por parte do ente público. As bases diferenciadoras são estas, mas no final dos pontos caracterizadores abordarei as várias fórmulas que surgem nas PPP e que de certa forma se cruzam com a concessão.

ii) O nascimento do projecto necessita de uma elevada injeção de capital, de estudos específicos de mercado e de ajuda prestada por consultores especializados, o que por sua vez implica um arranque lento do plano e para reaver o dinheiro do investimento mais o lucro líquido objetivado, é necessária a persistência de uma relação jurídica relativamente longa;<sup>43</sup>

iii) A partilha de proveitos e de risco pelas partes de forma imparcial e justa;

iv) Um projecto caracterizado pela eficiência na racionalização dos custos (laborais e materiais), com um planeamento de manutenção das infra-estruturas duradouro e de qualidade, um método de governação e direcção transparente, igualitário e que promove a anticorrupção. Aspetos garantidos através de uma publicitação da informação e de uma técnica que promove a transparência, competição e controlo firme nos financiamentos movimentados;

---

<sup>43</sup> Segundo Estudos da National Audit Office referentes a 2007 naquela altura, implementar um projecto poderia levar até 36 meses no Reino Unido e ainda mais nos países menos experientes na aplicação das PPP. A experiência do Reino Unido teve início nos esquemas de Private Finance Initiative desenvolvidos a partir de 1992.

v) " *The grantor may look to the private sector to provide technology, innovation, and know-how*" (44), o sector privado consegue abastecer o projecto de conhecimento, inovações tecnológicas e ferramentas proporcionadas pela política de investimento/governança das PPP;

vi) As constantes evoluções tecnológicas são viabilizadas através de uma flexibilização contratual de ambas as partes, os intervenientes no contrato têm noção que um contrato longo implica o surgimento de inovações tecnológicas, e para garantirem o sucesso das concessões é necessário acompanharem/ adquirirem um pensamento de constante renovação e desenvolvimento.

vii) Na realização de mais infra-estruturas encorajadas pelas PPP há o aumento de negócios locais, a abertura de certas áreas ao desenvolvimento turístico, a multiplicação de postos de trabalho e conseqüentemente a movimentação da economia.

Por fim, abordados alguns pontos fortes e característicos, importa explicitar o que foi dito anteriormente, definindo as PPP na base do esquema de concessão e as fórmulas complexas que assumem.

A primeira fórmula é o BOT e consiste num contrato entre a entidade pública e o empreiteiro do sector privado, para projetar, construir e operar uma instalação pública, com um prazo estipulado, durante a construção a infra-estrutura continua a ser pública e findo o prazo é desenvolvida pelo sector público, no decorrer do contrato os riscos inerentes à operação são suportados pelo empreiteiro.

O DCMF ou DBFO surge como um contrato entre a entidade pública e o empreiteiro do sector privado, para projetar, construir e operar, assim como para financiar, o facto de o empreiteiro para além de deter os riscos da construção, financiar a obra e possuir a propriedade enquanto a operação durar, faz a grande diferença entre o DBFO<sup>45</sup> e o BOT.

---

<sup>44</sup> cit Jeffrey Delmon in " Public- Private Partnership Projects in Infrastructure, na essencial guide for policy makers" pp16

<sup>45</sup> FÁBIO MENDONÇA E CASTRO na sua tese " AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: O Binómio necessidade de investimento em infra-estruturas e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público" cita na pp 136 que o modelo DBFO " *se aproxima do conceito de PPP's definido no seu trabalho em sentido amplo, mas técnico-jurídico, elas podem ser definidas como arranjos entre o Poder Público e entes Privados pelo meio do qual o parceiro privado participa na implantação de atividades de interesse público, mediante a responsabilidade no todo ou parte, do financiamento, investimento e exploração.*"

Por fim surge o tipo Concessão que já referi anteriormente, assemelha-se ao DBFO, mas a grande diferença está no meio de remuneração, o concessionário recebe o pagamento directamente do utente, as taxas cobradas têm que compensar os riscos inerentes à construção do projecto e cobrir o financiamento para a sua construção.

Além disto e para finalizar no Livro Verde há três características que se devem ressaltar:

i) a aplicação de um novo processo chamado diálogo concorrencial <sup>46</sup>, que se aplica aos contratos mais complexos e que possam levantar dúvidas, as questões surgem quando o organismo adjudicante não consegue definir em concreto os meios técnicos para responder às suas necessidades e objectivos, criando por fim um diálogo em que defini essas questões. As propostas por parte dos candidatos têm que preencher o que foi definido nesse processo;

ii) outro ponto importante é a tomada de iniciativa pelos próprios candidatos, isto aconteceu em alguns Estados-Membros, e verificou-se que impulsiona o desenvolvimento e a inovação, assim como reflecte a vontade de agentes económicos privados investirem em determinados serviços e infra-estruturas;

iii) e por fim, o último ponto é a reafirmação de que, independentemente do tipo de concurso, deve haver um número mínimo de candidatos para garantir a concorrência e imparcialidade do Tratado.

---

<sup>46</sup> esta alteração surge num diploma da mesma altura- Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004.

## **5. O Decreto-Lei 86/2003, de 26 de Abril e a sua republicação pelo Decreto-Lei 141/2006, de 27 de Julho - as normas especiais aplicáveis às Parcerias Público-Privadas.**

As mudanças sociais, económicas e políticas originaram um aumento de funções do Estado, valores de dívida pública incomportáveis e serviços medíocres.

Foi no contexto da descoberta de novas fórmulas contratuais entre entidades públicas e privadas, que surgiu o Decreto-lei 86/2003, diploma que plasmou a figura das PPP em Portugal e visava garantir a satisfação de necessidades colectivas, fruto disto recorreu-se a várias figuras: à "*velha concessão*", a novos tipos de contratos com influência de Direito Privado, à privatização de certas actividades que estavam nas mãos do Estado e a uma maior desregulamentação.

Ambas as entidades têm riscos e o próprio diploma afirmou "*a necessidade de estipulação de algumas regras gerais relativas aos procedimentos de assunção de responsabilidades e de partilha de riscos no âmbito de parcerias público-privadas*"<sup>47</sup>, tendo em vista garantir a respectiva economia, eficiência e eficácia, bem como a articulação com as normas de enquadramento orçamental," ou melhor, garantir que o contrato é benéfico para as duas partes e fazer uma distribuição do risco de forma racional, a pensar não só no bem das partes, mas também dos utentes a que se destina.

O artigo 2º, afirma como PPP "*o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado*".

Ora mediante esta definição afigura-nos que uma PPP, para o ordenamento jurídico Português, consiste numa concessão. O facto do risco da exploração/ financiamento fazer parte da responsabilidade da entidade privada,<sup>48</sup> juntamente com a questão do contrato

---

<sup>47</sup> se na partilha dos riscos, o estado detiver encargos durante um período de tempo elevado, deve ser criado um orçamento plurianual.

revestir um carácter duradouro são traços caracterizadores de contratos de concessão <sup>49</sup>, o que nos obriga a concluir que mesmo que haja outras formas contratuais a regular as relações entre parceiros, o contrato principal será uma concessão.

O art 5º do diploma clarifica que a responsabilidade da entidade pública é de controlo, fiscalização e de garantia perante os interesses públicos que se pretendem alcançar, por sua vez o ente privado responde pelo financiamento e gestão da actividade contratada.

Uma repartição de funções, que vai ao encontro da repartição do risco plasmada no art 7º, norma que realça a importância de evitar a criação de riscos inadequadamente justificados pela diminuição de outros já existentes, isto visa garantir que apenas sejam criados os riscos necessários para a viabilidade do contrato e da actividade contratada. Os dois arts lavram normas quase idênticas à concessão.

Desta forma, o controlo por parte do Ministro das Finanças e da tutela sectorial para a avaliação das propostas, os estudos específicos de enquadramento de mercado, a gestão rigorosa dos financiamentos e a utilização de fundos privados para responder a necessidades da colectividade, são traços de um Estado racional nas aplicações necessárias e que aproveita a qualidade e celeridade dos serviços privados.

---

<sup>49</sup> " *a PFI não passa de uma modalidade da clássica concessão de obras e serviços públicos*" citação de VITAL MOREIRA " A tentação da private finance initiative", In : A mão invisível - mercado e regulação, p.187-190

## **6. As Directivas de 2004 e o impulsionar para a elaboração de um Código dos Contratos Públicos**

O ano de 2004 trouxe mais duas directivas a serem transpostas para o ordenamento jurídico Português, a Directiva 2004/17/CE, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimentos e dos contratos públicos de serviços e a Directiva 2004/18/CE, 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. Estes diplomas reafirmaram a necessidade de Portugal criar um Código dos Contratos Públicos, visto que o facto de contratos tão importantes no contexto da contratação pública estarem em diplomas avulsos já não fazia sentido.

### **6.1. Directiva 2004/18/CE**

A Directiva de 2004/18/CE reuniu as três Directivas (92/50/CE, 93/36/CE e 93/37/CE) num único diploma, o objectivo era responder às exigências de simplificação e modernização formuladas pelas entidades adjudicantes e pelos operadores económicos <sup>50</sup>.

O diploma atualizou as três directivas clássicas, juntou-as e formulou um texto completo, que enquadrava e valorizava a contratação pública como instrumento de prossecução das políticas Comunitárias, nomeadamente, os interesses plasmados nos art's. 3º e 6º do Tratado, assim como as preocupações ambientais na Comunicação Interpretativa: " *Direito Comunitário aplicável aos contratos públicos e a possibilidade de integrar considerações ambientais nos contratos públicos*", exigindo materiais reutilizáveis e métodos mais ecológicos e por fim as considerações da Comunicativa Interpretativa " O Direito Comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar aspectos sociais nesses contratos", alguns destes aspectos seriam a promoção de igualdade entre homens e mulheres , combate ao desemprego e a reinserção social de pessoas desfavorecidas.

O art 1º define a concessão de obras públicas e a de serviços públicos diferenciando-as, quer da empreitada de obra pública ou do contrato público de serviços, no seu meio

remuneratório, ou seja, na contrapartida, que pode consistir exclusivamente na exploração da obra/ serviço ou pode ser acompanhada de um pagamento.

Uma definição nada estranha ao ordenamento Português. O art. plasma as definições, mas para saber quais desses contratos são abrangidos pela directiva é necessário recorrer a dois critérios: o valor e a natureza.

O valor encontra-se lavrado no art. 7º da Directiva e está estipulado sem contabilizar o Imposto sobre o Valor Acrescentado, para os contratos públicos de fornecimentos e de serviços o valor tem que ser igual ou superior a 162,000 euros ou 249,000, dependendo do produto, autoridade adjudicante ou do serviço <sup>51</sup>, quanto à empreitada de obra pública deve ser igual ou superior a 6 242, 000 euros<sup>52</sup>.

O diálogo concorrencial, que já referi anteriormente no Livro Verde, foi inserido através deste diploma, uma inovação de ouro para as entidades adjudicantes que não souberam dar o devido uso.

Quando estivessem reunidas as condições do art. 29º da Directiva, as entidades adjudicantes podiam utilizar este procedimento pré-contratual, *"um procedimento flexível que salvaguarde simultaneamente a concorrência entre operadores económicos e a necessidade de as entidades adjudicantes debaterem com cada um dos candidatos todos os aspetos dos contratos"*.

Finda esta etapa segue-se a fase do diálogo técnico, uma fase que visa estudar quem se enquadra nas capacidades técnicas, financeiras e profissionais necessárias e através deste diálogo pretende-se identificar os meios que melhor satisfazem as necessidades da entidade adjudicante <sup>53</sup>, seguidamente os concorrentes são convidados pela entidade adjudicante a apresentarem uma proposta final, que deve conter as soluções definidas no diálogo e por fim

---

<sup>51</sup> Para apurar qual dos dois valores se irá aplicar é necessário ver se o contrato se enquadra na alínea b) e posteriormente na a), este raciocínio deduz-se pelo facto da própria alínea a) mencionar como primeiro requisito o contrato não estar abrangido pela alínea b), ver Directiva 2004/18/CE artigo 7º, JOUE 30.4.2004

<sup>52</sup> Os limiares mínimos alterados pelo Regulamento (CE) nº 2083/2005, de 19 de Dezembro. A Directiva foi mais exigente quanto aos valores e os Estados que já a tinham transpostos foram obrigados a mudar os valores novamente.

<sup>53</sup> a propósito dos procedimentos pré-contratuais ver MARIA JOÃO ESTORNINHO, " Direito Europeu dos Contratos Públicos....", p 348 e 349.

haverá a adjudicação do contrato que apresentar a proposta economicamente mais vantajosa  
54.

Nesta matéria de procedimentos pré-contratuais, MARIA JOÃO ESTORNINHO defende que o legislador na formulação do CCP de 2008 devia ter consagrado *um " princípio geral de obrigatoriedade de um procedimento pré-contratual destinado a assegurar a observância dos princípios gerais da contratação pública, na fase de preparação e celebração de qualquer contrato público e determinasse as regras gerais aplicáveis a tal procedimento"*, uma forma de garantir a decisão justa e fundamentada, tanto no contrato como na decisão de escolha do co-contratante.

O diploma dos sectores clássicos trouxe mais duas inovações: a inserção da técnica dos acordos-quadro e a figura central de compras.

Os acordos-quadro, mediante o plasmado no art. 1º n.º5, consistem num *" acordo entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores económicos, que tem como objectivo fixar os termos dos contratos a celebrar durante determinado período, nomeadamente em termos de preço e se necessário de quantidades previstas"*, os acordos não podem ter uma duração superior a 4 anos, a ratio desta norma surge no entendimento que um instrumento que é utilizado para poupar tempo e recursos não pode fugir do seu objectivo, ou seja, estabelece-se um prazo de vigência do acordo-quadro para assegurar ao máximo que a concorrência não é desvirtuada.

O n.º10 do mesmo art. ( 1º) ao consagrar a central de compras define-a *como " uma entidade adjudicante que : adquire fornecimentos e/ ou serviços destinados a entidades adjudicantes ; ou procede à adjudicação de contratos públicos ou celebra acordos- quadro de obras, fornecimentos ou de serviços destinados a entidades adjudicantes"*, a formulação de uma técnica para tornar a celebração de contratos públicos mais eficiente através da concentração de grandes volumes de compras.

O art. 42º n.º1 associa-se à desmaterialização dos procedimentos adjudicatórios e consagra o princípio da equiparação da utilização dos meios de comunicação electrónicos à utilização dos meios clássicos de comunicação, uma novidade que inseriu flexibilidade, celeridade e

---

<sup>54</sup> na avaliação da proposta aplica- se o critério da proposta economicamente mais vantajosa ou do preço mais baixo (CCP artigo 74º) , MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ DE MATOS, " Direito ..." p.368

eficiência no sistema. Quanto à protecção ambiental, a redução de utilização de suporte papel ajuda a política ambiental e o suporte tecnológico permite o acesso aos documentos num espaço de tempo bem mais curto.

O diploma não se aplica a determinados contratos, os contratos públicos abrangidos pela Directiva 2003/17/CE (sectores da água, energia, transportes e serviços postais), contudo aplicar-se-á aos contratos públicos das entidades adjudicantes que exerçam atividades previstas no art. 6º da Directiva 2003/17/CE.

Os contratos de exploração de redes públicas de telecomunicação ou prestação de serviços de telecomunicações estão excluídos do diploma. Do mesmo modo que os arts seguintes (14º, 15º, 16, 17º) excluem do âmbito da directiva contratos que exigem especiais medidas de segurança, contratos celebrados em virtude de regras internacionais, alguns contratos de prestação de serviços, concessões de serviços em geral e contratos de serviços atribuídos com base num direito exclusivo.

## 6.2. Directiva 2004/17/CE

Duas das razões que levaram ao surgimento desta *Directiva Sectores Especiais* enquadram-se na necessidade de coordenação de processos de adjudicação, a primeira devido às diferentes formas pelas quais as autoridades nacionais podem influenciar os comportamentos das entidades, ou seja, a sua influência pode ser imposta através de participação no capital ou mesmo representação nos órgãos de administração e a segunda razão caracteriza-se "pela natureza fechada nos mercados em que operam, devido à concessão, pelos Estados – Membros, de direitos especiais ou exclusivos de fornecimento, a abertura ou a exploração de redes de prestação de serviços em questão" <sup>55</sup>.

O presente diploma trouxe inovações quanto ao âmbito de aplicação, excluí da directiva o sector das telecomunicações e insere o dos serviços postais. Abrangeu os sectores clássicos e incluiu pela primeira vez os serviços postais fornecidos, neste processo consagrou uma definição ampla de serviços postais que concentra tanto os serviços reservados, outros serviços postais ou mesmo serviços que não sejam directamente postais, mas que são explorados pela mesma entidade.

---

<sup>55</sup> JOUE 30.4.2004

O art. 5º, relativamente aos transportes dissipou as dúvidas emergentes da antiga directiva, enquadrou a disponibilização ou a exploração de redes, enquanto que no diploma anterior estava só explanada a exploração de redes.

Também é importante salientar os limiares mínimos consagrados, estes devem ser lidos com o Regulamento (CE) nº2083/ 2005, 19 de Dezembro, através do qual os limiares baixaram, como consequência a Directiva abrangeu contratos mais baixos e tornou a sua aplicação mais ampla.

Por fim, a definição de direitos especiais ou exclusivos consagrada no art. 2º nº3 exclui certas entidades que estavam abrangidas pelas regras anteriores, esta alteração vem de encontro à jurisprudência do TJ no Acórdão British Telecom, de 12 de Dezembro de 1996 ( C-302/ 94).

Analisada a directiva, concordo que os objectivos de clarificação e flexibilização foram alcançados em alguma medida, nomeadamente na limitação do âmbito de aplicação da Directiva e na redução de prazos na contratação electrónica, mas quanto ao uso do diálogo concorrencial, aquele seria um mecanismo inovador, principalmente para as PPP, ficou bastante aquém do pretendido.

Um dos objectivos a que as Directivas se propunham era a simplificação, ao analisar ambas concluímos que a Directiva 2004/18/CE seria a que obteria melhores resultados, a principal razão é o facto de condensar as três directivas num só diploma, mas as inovações quanto aos critérios de selecção, a inserção do diálogo concorrencial e as especificações técnicas fizeram com que se desse "*um passo à frente e dois atrás*"<sup>56</sup>, certos procedimentos tornaram-se mais complexos o que dificultou a sua aplicação e compreensão pelos destinatários.

Ambos os diplomas reflectiram preocupações em torno das políticas secundárias, reafirmaram que os critérios de adjudicação devem ser objectivos em cumprimento dos princípios gerais da transparência, não discriminação, igualdade de tratamento e todas as propostas devem ser avaliadas em condições de concorrência efetiva. Para além disto, as directivas permitiram definir os custos dos produtos desde a manutenção, reciclagem até as externalidades e aplicar como únicos critérios de adjudicação o "*preço mais baixo*" e a "*proposta economicamente mais vantajosa*".

---

<sup>56</sup> SUE ARROWSMITH, ob cit, p.1325

Perante estes diplomas surgiam diversas alternativas: uma delas seria a solução "Minimalista" que consistia em elaborar um novo regime jurídico comunitário para as concessões, um regime diferente das Directivas de 2004 e que permitia ter uma única acção legislativa para coordenar os processos de adjudicação das concessões da U.E podendo criar um regime uniformizado sobre concessões ou diversos regimes consoante o tipo de concessão e outra seria a solução radical na formulação de um novo regime comunitário e uniforme sobre as concessões e demais contratos.

## **7. O caminho para o Código dos Contratos Públicos de 2008**

### **7.1. Ante-projecto do primeiro CCP.**

O Anteprojecto do CCP surgiu em maio de 2006, os objectivos e a necessidade daquele diploma foram finalmente concretizados, a dispersão legislativa já não fazia sentido, da mesma forma que era urgente simplificar os processos, reduzir os custos e fazer uma gestão eficiente do dinheiro público.

No ante-projecto, o Código iria abranger as concessões de obras públicas, a concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviço, por fim também compreenderia a empreitada de obras públicas e os contratos relativos aos sectores especiais, esta condensação vem seguir o exemplo das Directivas de 2004.

A transposição daqueles diplomas também originou a inclusão da central das compras públicas, do diálogo concorrencial e da regulação para os acordos-quadro, assim como a promoção tecnológica dos processos de aquisição e a criação de uma Plataforma Tecnológica, ponte de ligação rápida e eficaz entre todos os intervenientes do processo. Não podemos esquecer que o Código objectivava utilizar a contratação pública como instrumento de política social e ambiental, nomeadamente, para promover a protecção do ambiente e o desenvolvimento sustentável <sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Há duas Comunicações Interpretativas importantes neste tema, uma sobre a integração de considerações ambientais nos contratos públicos ( COM 4/7/2001) e outra que integra os aspectos sociais (COM 15/10/2001) ambas reafirmam a importância de levar a cabo as políticas exigidas e propõe a utilização de materiais ecológicos , rótulos ecológicos e embalagens reutilizáveis assim como a reinserção social de pessoas desfavorecidas.

O Código seria dividido por uma parte Geral, onde enquadraria as normas aplicáveis a todos os contratos públicos, e por uma parte Especial, que trataria de questões relacionadas com a execução de determinados contratos em específico. A regulação de aspectos chave como os princípios gerais da contratação pública, os procedimentos pré-contratuais e os critérios adjudicatórios também implicariam uma revisão no CPA <sup>58</sup>.

## 7.2 Código dos Contratos Públicos Decreto-Lei n.º 18/2008

O Código foi um marco na história do direito administrativo nacional, não só procedeu à transposição de Directivas da U.E <sup>59</sup>, como deu continuidade aos regimes jurídicos que regulavam a contratação pública Portuguesa <sup>60</sup> e inseriu mudanças a nível da contratação assim como na execução dos contratos administrativos.

O Código é complementado pelo Decreto-Lei n.º143-A, de 29 de Julho sobre as comunicações electrónicas e pelas Portarias sobre: os modelos de anúncios, a Comissão de Acompanhamentos do CCP, actualização dos limiares comunitários, as plataformas electrónicas, o projecto de execução de obras, o observatório das obras públicas, entre outras.

O objectivo de codificar a matéria incluía as directrizes europeias, mas não se limitava às mesmas, os Estados detinham um espaço discricionário sobre qual competência decidir, uma das mais importantes decisões seria se o caminho a traçar devia reflectir as tradições nacionais ou optar pela modernidade legislativa.

Um dos pontos que demonstrou o avanço tecnológico no DL foi o art. 4º, onde materializou a "visão regulatória sobre a contratação pública", criando o Portal BASE, uma plataforma na qual qualquer cidadão podia se informar sobre a gestão dos contratos públicos, esta publicitação continha a informação sobre a formação e execução dos contratos.

---

<sup>58</sup> O novo CPA devia incluir uma noção de contrato público, um elenco de princípios gerais da contratação pública, normas relativas à responsabilidade pré-contratual e contratual e um novo regime de invalidade. O legislador tinha a função de conseguir um Código dos Contratos Públicos que garantisse a flexibilidade necessária para conseguir a eficiência e o dinamismo na contratação pública e a intransigência necessária ao combate de desperdício de recursos públicos e à corrupção. MARIA JOÃO ESTORNINHO " Direito Europeu dos ..." p.11

<sup>59</sup> " o CCP procede à transposição das Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alteradas pela Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e retificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro" como se pode ler no preâmbulo do DL n.º18/2008.

<sup>60</sup> os Decretos-Leis n.os 59/99, de 2 de Março, 197/99, de 8 de Junho, e 223/2001, de 9 de Agosto.

De início era considerado o portal da transparência e aplicava-se apenas ao ajuste directo, no entanto, face aos efeitos positivos surgiram propostas para aplicar a todos os contratos públicos e alargar o seu âmbito ao tratamento da informação <sup>61</sup>. Outro ponto que reflecte o carácter inovador deste código surge dos arts 456º a 458º e consubstancia-se no Regime Contraordenacional, um poder que permite sancionar, maioritariamente, as acções ou omissões praticadas pelos candidatos.

### 7.2.1. O regime das concessões no DL 18/2008.

#### 7.2.1.1. Princípios comunitários.

Nesta altura, a concessão de serviços públicos não estava consagrada em nenhuma Directiva e o Tribunal de Justiça assim como a Comissão afirmavam que este tipo de contratos não tinham que obedecer a um tipo de pré-procedimento, exigia-se apenas que " as entidades adjudicantes que os celebram estivessem obrigadas a respeitar as regras do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular", como está no artigo 1º n.º4 *"À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência"*.

Desta forma, apesar de fazermos a ligação entre os princípios constitucionais e os princípios gerais do Direito Comunitário, o Código não consagrava de forma expressa a aplicação dos princípios decorrentes da CRP e do CPA. No entanto, a prossecução do interesse geral comanda uma interpretação das razões subjacentes a cada universo jurídico, o Direito Comunitário pretende garantir a concorrência e evitar entraves ao mercado único, cabendo ao estado garantir que os princípios constitucionais são respeitados e neste caso cabe a Portugal, no CPP, consagrar o princípio geral de obrigatoriedade de um procedimento pré-contratual.

Os mercados públicos têm tendência para a existência de práticas restritivas da concorrência, um desses exemplos é o caso de algumas concessões constituírem verdadeiros monopólios de longa duração, para evitar esta concessão disfarçada devem-se tomar medidas

---

<sup>61</sup> Surgiram três propostas para alteração do Portal BASE, a primeira foi a deliberação do CDC em 6 de maio de 2009, a segunda traduz-se na Resolução nº17/2010 e a última surge quando Portugal se depara com um Programa de Assistência Económica e Financeira estabelecido com a TROIKA e uma das medidas seria actualizar o Portal BASE mediante o que estava disposto na Resolução n.º17/2010 da Assembleia da República de modo a aumentar a transparência dos procedimentos de adjudicação, "A Regulação dos Contratos Públicos"

" *amigas da concorrência*"<sup>62</sup>, tais como: a exigência de transparência e publicidade dos procedimentos adjudicatórios; a limitação de duração da concessão; optar por concursos públicos; incumbir poderes a autoridades imparciais em matéria de concorrência <sup>63</sup> e a consagração de sanções para os infractores.

O Direito Comunitário adoptou determinados princípios gerais, destacam-se: o direito ao estabelecimento, livre prestação de serviços, livre circulação de trabalhadores e concorrência, impondo-os como normas " constitucionalmente comunitárias aplicáveis paramétrica e directamente pela Administração ou pelos Tribunais portugueses aos procedimentos adjudicatórios que impliquem a participação de cidadãos ou empresas de outros países comunitários" <sup>64</sup>.

A jurisprudência comunitária e as directivas, para além dos princípios acima enunciados, sublinham o princípio da transparência e da publicidade dos procedimentos de selecção, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, o princípio da igualdade de tratamento (todos os participantes devem conhecer as "*regras do jogo*" ), o princípio do reconhecimento mútuo e o princípio da proporcionalidade das medida adoptadas perante o objecto visado.

No entanto, Portugal para além de respeitar estes princípios, deve respeitar os princípios constitucionais da actividade administrativa, garantido a separação de poderes e a relação entre a Administração e os cidadãos. Não devem ser esquecidos: o princípio da legalidade quanto às competências objectiva e subjectiva na vertente administrativa e financeira, o princípio da boa-fé na formação do contrato público e por fim a CRP impõe o princípio da jurisdicionalidade efetiva e da garantia de recurso art. 268º.

---

<sup>62</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, " Direito Europeu" cit. p. 356.

<sup>63</sup> RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA num artigo que escreveu denominado " Os princípios gerais da contratação pública", refere que o princípio da concorrência surge como uma trave- mestra da contratação pública ou um umbrella principle, em que os outros princípios são interpretados na perspectiva da concorrência ou segundo a lógica da contratação pública, hoje estamos perante um respeito e promoção da concorrência que assenta nos procedimentos adjudicatórios. In Estudos de Contratação Pública- I p.67

<sup>64</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, " Concursos e outros..." p.17

### 7.2.1.2. Procedimentos de contratação pública.

Para além da referência aos princípios, o legislador nacional optou por subjugar as concessões ao regime Geral do CCP, aos arts 6º n.1º <sup>65</sup> e 16º n.º2. Os procedimentos são regulados pelos princípios e regras do direito público <sup>66</sup> e o artigo 16º n.º1 consagra taxativamente quais os procedimentos de adjudicação que as entidades adjudicantes podem optar: o ajuste direto , o concurso público , concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação ou diálogo concorrencial <sup>67</sup>.

### 7.2.1.3. A decisão de contratar e as entidades adjudicantes.

O nascimento do contrato ocorre com a decisão de contratar art. 36º, a escolha parte do órgão que tem competência para autorizar a despesa, caso não haja pagamento a competência depende de lei orgânica ou dos estatutos.

No entanto aplica-se regras diferentes às PPP na medida do art. 37º *"Quando o contrato a celebrar por uma das entidades adjudicantes referidas nas alíneas a), b) e d) do n.º 1 do artigo 2.º configure, nos termos de legislação própria, uma parceria pública-privada, a decisão de contratar compete, conjuntamente, ao ministro ou ao membro do Governo Regional responsável pela área das finanças e ao ministro ou ao membro do Governo Regional da tutela sectorial, consoante o caso"*.

As concessões de obras públicas e de serviços públicos foram consagradas nos arts 407º e seguintes, enquadram-se na categoria de contratos de colaboração, visto que o operador económico para além de fornecer o bem ou serviço próprio da Administração, substitui directamente a Administração na realização de missões de responsabilidade pública.

As definições dos contratos são as seguintes: a concessão de obras públicas, consiste no "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

---

<sup>66</sup> "O Direito público é definido como o sistema de normas jurídicas que regulam a prossecução dos interesses coletivos nacionais, regionais ou locais, através de poderes de autoridade (*jus imperii*) conferidos ao Estado, ou às entidades administrativas menores para o efeito criadas por lei "; " Os atos típicos do Direito Público são os atos unilaterais do poder aos quais os cidadãos devem obediência", contudo não existem só atos unilaterais, também se formam contratos administrativos em que por vezes as partes assumem uma posição paritária. DIOGO FREITAS DO AMARAL , Estudos em homenagem a Rui Manchete , "Direito público e poderes de autoridade".

<sup>67</sup> Sobre o diálogo concorrencial , CLÁUDIA VIANA, Revista dos Contratos Públicos nº1, CEDIPRE

período, à respectiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço" enquanto que "entende-se por concessão de serviços públicos o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público".

#### 7.2.1.4. A remuneração e o risco nas relações contratuais

As duas figuras contratuais diferenciam-se no objecto, na remuneração e na obrigação assumida <sup>68</sup>, enquanto a primeira dispõe da execução de uma obra como objecto do contrato a segunda detém a gestão e responsabilidade de uma actividade de serviço público, se o concessionário do serviço público efectuar uma obra ou montar um estabelecimento, estas actividades surgem nas " vestes" de meios instrumentais para realizar o objecto do contrato- a exploração serviço público.

O modo geral de remuneração do concessionário são as taxas pagas directamente pelos utentes da obra concedida, mas nada impede que seja a própria Administração a pagar ao concessionário, o caso mais famoso em Portugal foi o sistema de portagens virtuais ou SCUT, no entanto, mesmo neste caso, o risco da construção, exploração e gestão é distribuído, devendo uma parte significativa correr por conta e risco da concessão.

O autor PEDRO SIZA VIEIRA defende que o concessionário deve responder pelos riscos da construção, derivados de atrasos na conclusão ou entrega da obra, pelos riscos de procura e também é responsável pelos riscos da disponibilidade, estes dois últimos variam consoante o que seja acordado no contrato, a remuneração do concessionário pode ser baseada na intensidade em que o bem é explorado ou na disponibilidade do mesmo <sup>69</sup>.

Desta forma, o contrato de concessão de obras públicas contempla " significativa e efectiva transferência de risco para o concessionário", art 413º CPP, mas para definir os moldes precisos desta transferência é necessário um conceito jurídico de risco operativo <sup>70</sup>, o qual é

---

<sup>68</sup> Ambas já se apresentavam no CPA como figuras contratuais diferentes, como refere FERNANDA MAÇAS, " A concessão de serviço público..." in Revista de Estudos da Contratação Pública - I ,p 412 e 413

<sup>69</sup> LOURENÇO VILHENA DE FREITAS " Direito dos contratos públicos e administrativos" p, 681 e PEDRO SIZA VIEIRA " Regime das Concessões" , p 48 e 265

<sup>70</sup> PEDRO MELO " A distribuição do risco..." p.63.

J. BATISTA MACHADO classifica o risco como " o perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica" ; ANTONIO MENEZES CORDEIRO " risco " como uma eventualidade danosa potencial".

difícil de obter, tais são as divergências na classificação do conceito que acaba por ser um conceito indeterminado, consequências de um " conteúdo e extensão em larga medida incertos". Concluímos que por muitas vezes o risco é associado ao perigo, no entanto a diferença é consistente, no perigo o evento é incerto e de concretização provável ou até mesmo muito provável, enquanto que no risco há um evento incerto e uma concretização possível.

Neste último as probabilidades de desembocar num acontecimento negativo são exatamente iguais às probabilidades de um acontecimento positivo, enquanto que no perigo, as possibilidades de concretização negativa são muito maiores, nas palavras de PEDRO MELO " o risco deve ser entendido como um evento incerto, mas previsível e de efeitos positivos ou negativos".

Na concessão de serviços públicos, como já referi anteriormente, a doutrina entendia que a remuneração se fazia através de "*redevances*", no entanto esta concepção tradicional foi abandonada e os contratos passaram a admitir que houvessem contributos prestados pelo concedente ou por terceiros.

O elemento caracterizador desta relação contratual espelha-se na própria responsabilidade que o concessionário assume, a exploração e gestão do serviço público correm por sua conta e risco, o que implica que a relação contratual deva durar o tempo necessário para garantir a amortização e remuneração do capital investido (art 410º), mas caso não esteja estipulado nenhum prazo em específico aplica-se a norma supletiva que configura o período de 30 anos, o início do prazo é previsto no contrato e caso não o seja, conta a partir da data da assinatura. O art 416º exige que a concessão detenha viabilidade económica, "o contrato só pode atribuir ao concessionário o direito a prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efectiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário ", reforçando a transferência do risco decorrente do art. 413º e o princípio da concorrência nacional e comunitária.

#### 7.2.1.5. A transferência de bens na concessão.

Assim a consagração de ambas as concessões num regime substantivo próprio constituiu uma grande evolução, as disposições gerais estão consagradas do art. 407º ao 425º, os arts

426º, 427º e o 428º são relativamente a disposições específicas da concessão de obras públicas e os arts 429º e 430º são relativamente à concessão de serviços públicos.

Uma base normativa nascida da legislação já existente em diplomas avulsos, que no Código é regulada de forma exaustiva pelo legislador, mas que por vezes se afigura "*repetitiva e pouco clarificadora*"<sup>71</sup>, nomeadamente quanto ao sentido e extensão da reserva ou da cláusula de transferência dos bens afectos à concessão (nos arts 419º, 422n.º7, 423n.º23 e 425n.º3 do CCP).

Ora para haver a exploração de um serviço público são necessários bens móveis e bens imóveis, que estão directamente ligados à prossecução do objecto concessionado e em conjunto se denominam de estabelecimento, nas palavras de PEDRO COSTA GONÇALVES "*os bens que integram o estabelecimento formam uma unidade de destino e encontram-se por isso sujeitos ao regime especial dos bens públicos: gozam da inalienabilidade e imprescritibilidade*"<sup>72</sup>.

No entanto, a massa de bens que constituem o estabelecimento não está sujeita ao mesmo regime, o regime aplicável difere consoante quem detenha a titularidade do bem: o concessionário nos seus bens próprios, o concessionário nos bens abrangidos pela cláusula de transferência ou o concessionário nos bens próprios e intransmissíveis.

O concessionário mediante cláusula de transferência e como, nas palavras de MARCELLO CAETANO, "*proprietário perfeito pode afetar os seus bens ao serviço público e entregá-los em certas circunstâncias*" ou nas palavras de PEDRO GONÇALVES "*os bens abrangidos pela cláusula de transferência, integram um património de destino especial, (...) não pode dispor deles nos termos gerais do direito de propriedade*", quando a concessão se extingue pelo decurso do tempo a transferência é gratuita, se se extinguir prematuramente será onerosa.

O concessionário também pode utilizar na concessão bens próprios e que não estão sujeitos à cláusula de propriedade, sobre os quais detém uma propriedade plena, mas que enquanto vigora a concessão esses bens integram o estabelecimento da concessão e como tal tem que

---

<sup>71</sup> " A concessão de serviço público....", in Revista da Contratação Pública- I, p 415

<sup>72</sup> " A concessão..." , cit, p311

ser mantidos em bom estado de conservação, quando se extingue a concessão os bens continuam a pertencer ao concessionário.

#### 7.2.1.6. A figura do sequestro nas concessões.

O art 420º n.1º alínea b) e c) contempla como direitos do concedente o sequestro e o resgate da concessão.

A figura do sequestro está consagrada no art 421º e constitui uma sanção administrativa para o incumprimento do contrato de concessão de obras e serviços, este incumprimento por parte do concessionário deve ser grave o suficiente para justificar que seja o concedente a tomar a seu cargo o desenvolvimento das actividades concedidas.

*"O sequestro pode ter lugar, designadamente, nas seguintes situações:*

*a) Quando ocorra ou esteja iminente a cessação ou suspensão, total ou parcial, de actividades concedidas;*

*b) Quando se verificarem perturbações ou deficiências graves na organização e regular desenvolvimento das actividades concedidas ou no estado geral das instalações e equipamentos que comprometam a continuidade ou a regularidade daquelas actividades ou a integridade e segurança de pessoas e bens."*

Parece-me inegável que o art. consagra taxativamente as situações em que a lei permite o uso do sequestro, o concedente após verificar a existência de comportamentos presentes nas alíneas deve estabelecer um período de tempo para o concessionário possa regularizar a situação (a violação tem que ser sanável) , caso o concessionário não o faça, o concedente recorre à figura do sequestro e invoca razões de interesse público.

O sequestro mantém-se durante o tempo que for necessário, no entanto tem o limite máximo de um ano, findos os 12 meses o concessionário é notificado para retomar as suas actividades.

Outra figura importante é o resgate, consagrado no art. seguinte (422º) e refere-se a um direito que o concedente pode usar após o decurso do prazo fixado no contrato ou, quando não haja prazo mas tenha decorrida um terço do período da sua vigência.

Através do resgate a concedente assume os direitos e obrigações provenientes das actividades concessionadas pertencentes ao concessionário, por outro lado o concessionário recebe uma indemnização referente aos lucros emergentes e aos lucros cessantes <sup>73</sup>, sendo que há uma dedução do benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos, a compensação é calculada mediante o contrato mas se não houver cláusula que regule os seus termos, deve ser aplicado o disposto no n.3 do art. 566º do Código Civil.

Por fim, o CCP consagra dois regimes distintos, a Parte II é um reflexo do Direito Comunitário e de um conceito amplo de contrato público, no entanto ao longo de todo o Código as abordagens do contrato público são diversas, tanto o restringem como ampliam. A Parte III estabelece o regime substantivo dos contratos administrativos <sup>74</sup>, no capítulo II está presente os conceitos concessão de obras ou de serviços públicos e a sua inserção permitiu uma maior liberdade de escolha por parte da Administração quanto ao procedimento a utilizar e tornou a sua actuação mais segura e justa.

O Código pretendeu trazer estabilidade e segurança normativa, os diplomas avulsos deixaram de fazer sentido mas as alterações à lei continuaram a existir, até aos dias presentes houve pelo menos sete alterações <sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> A este propósito FREITAS DO AMARAL refere que a indemnização visa pagar o valor do estabelecimento que ainda não está amortizado e os lucros cessantes, pertencentes aos anos que a concessão devia durar caso o contrato fosse levado até ao fim, denominando-o como prémio de evicção ou indemnização industrial. p. 650

<sup>74</sup> O contrato administrativo foi o resultado de um "acaso" advindo de uma especial interpretação do princípio da separação dos poderes e do princípio da separação jurisdicional de competência; primeiramente verificou-se a autonomização processual de certos contratos da Administração e só depois surgiu a substantivação da figura; assim como o contrato administrativo, originário da doutrina francesa, permitiu que a Administração mante-se as suas prerrogativas de autoridade, mesmo na atividade contratual. MARIA JOÃO ESTORNINHO, "Requiem pelo Contrato Administrativo", Coimbra, 1995, p 185

<sup>75</sup> Alterações introduzidas pelos diplomas: Lei n.º 59/2008; DL n.º 278/2009; Lei n.º 3/2010 ; DL 131/2010; Lei n.º 64-B 2011; DL n.º 149/2012; DL 214-G/2015; DL n.º 111-B/2017 ( Objeto de ratificação pela Declaração de Retificação n.º 36-A/2017 e posteriormente DR n.º 42/2017;

## **8. " Acto para o Mercado Único - Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua- Juntos para um novo crescimento" e a Proposta de Directiva relativa à adjudicação de contratos de concessão.**

A iniciativa cominou num dos actos mais importantes para a Concessão - a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.12.2011, relativamente à adjudicação de contratos de concessão <sup>76</sup>.

A origem desta Proposta adveio da confusão perante o conceito de concessões e a própria aplicabilidade dos princípios gerais do Tratado, que juntamente com outros factores originaram algumas insuficiências no mercado interno. Para resolver a crise em que se contextualizava, tanto os Estados Membros como a própria União deviam proceder a reformas estruturais urgentes.

As doze alavancas constituem as directrizes dessa mudança, desde uma maior protecção das pequenas e médias empresas europeias, até à normalização dos serviços na U.E, tudo apontava que há muito se estava a criar um ambiente acolhedor para uma directiva específica das concessões. No entanto não era uma opinião unânime, a resolução do Parlamento Europeu de 25 de outubro de 2011 sobre a modernização dos contratos públicos (2011/2048 (INI)), insiste que "qualquer proposta de acto jurídico relativo à concessão de serviços apenas se justifica se tiver em vista a correção de distorções no funcionamento do mercado interno" e "nota que, até agora, não foram identificadas quaisquer distorções". Mas mesmo que houvessem incertezas, a proposta da directiva seguiu em frente, prendeu-se com a garantia dos princípios gerais do Tratado (da transparência, da justiça e da segurança jurídica) na adjudicação dos contratos de concessão e comprometeu-se a possibilitar um acesso eficaz aos mercados das concessões. A proposta define-se por diversos pontos:

- i) A proposta caracteriza o que são os contratos de concessão e alarga a maior parte das obrigações aplicáveis às concessões de obras públicas a todas as concessões de serviços;
- ii) Enquadram no direito de exploração de obras ou de serviços a transferência para o concessionário do risco substancial de exploração, "o concessionário assume o risco

---

<sup>76</sup> COM (2011) 897 final

substancial de exploração, não lhe sendo garantida a recuperação dos investimentos efectuados nem das despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços objecto da concessão. "

iii) A aplicação de critérios de adjudicação ligados ao objecto da concessão e que cumpram os princípios do Tratado, nomeadamente o da transparência, não-discriminação, de igualdade de tratamento, apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva e imparcialidade tendo em vista a determinação dos benefícios económicos para a autoridade ou entidade adjudicante;

iv) Os critérios de seleção no geral são menos restrictos que os critérios de seleção dos contratos públicos, no entanto os critérios que abrangem a capacidade técnica do concorrente, aspetos económicos e financeiros são mais exigentes do que os da contratação pública;

v) Esclarece-se quais os contratos que não ficam sujeitos ao âmbito da directiva, nomeadamente as concessões cujo objectivo principal seja permitir às autoridades adjudicantes a abertura ou exploração de redes públicas de comunicações ou a prestação ao público de um ou mais serviços de comunicações electrónicas

vi) incluem-se disposições sobre a modificação e rescisão das concessões, de forma a que não se tornem um entrave ao financiamento e celebração deste tipo de contratos;

vii) esclarece-se sobre o facto de serem os Estados Membros que aplicam as regras de execução de contratos e especificam os procedimentos de adjudicação que escolhem utilizar, a U.E manteve uma certa liberdade na esfera estadual, permitindo escolher procedimentos flexíveis às próprias tradições nacionais, mas em que todos respeitam da mesma forma a justiça, eficiência e transparência comunitária;

viii) o cálculo do valor dos contratos de concessão deve ser simplificado, racionalizado e constituir um método uno com vista garantir a segurança jurídica, assim como se prevê a obrigatoriedade de publicação dos contratos de concessão de serviços cujo valor seja igual ou superior a 2 500 000 euros mas inferior a 5 000 000 euros, com excepção das concessões relativas a serviços sociais e outros serviços específicos.

A proposta define uma Directiva direccionada para assegurar a aplicação dos princípios gerais e da jurisprudência Comunitária, que pretende aumentar a segurança jurídica através da diminuição dos entraves ao acesso a contratos de concessão e dirimir as confusões em

volta do seu objecto, âmbito e regras aplicáveis. Uma gestão eficiente do erário público e a abertura do Comércio interno a operadores económicos de todo o Espaço Comunitário.

## **9. A Directiva das Concessões - 23/2014/UE, de 23 de Fevereiro, do Parlamento Europeu e Conselho.**

O eclodir da directiva deixava no seu rasto um longo caminho percorrido, traçado através de um debate constante entre os órgãos da U.E e que permitiu não só o nascimento da directiva 23/2014, mas também a Directiva 2014/24/UE referente aos contratos públicos e a Directiva 2014/25/UE referente aos setores especiais<sup>77</sup>.

O surgir do diploma enquadrava-se na necessidade de colmatar as falhas na adjudicação dos contratos de concessões, as lacunas<sup>78</sup> originavam insegurança jurídica para as partes, obstáculos à livre prestação de serviços e à participação dos operadores económicos, nomeadamente entraves à participação das PME's no mercado interno.

Para além de corrigir estas situações, pretende-se regular uma aplicação justa e equilibrada do erário público, que os operadores económicos consigam um processo menos burocrático e igualitário, regulado por normas-regra claras e simples<sup>79</sup> que permitam a abertura a operadores económicos internacionais, impulsionando o comércio internacional.

A Directiva regula conjuntamente concessões de obras e serviços, tanto nos sectores clássicos como nos especiais<sup>80</sup>, está dividida em cinco títulos, o primeiro é " objecto, âmbito de aplicação, princípios e definições, o segundo é " regras de adjudicação da concessão", o terceiro " regras de funcionamento das concessões", o quarto alteração de duas outras diretivas e por fim o quinto "poderes delegados, competência de execução e disposições finais".

---

<sup>77</sup> MIGUEL ASSIS RAIMUNDO afirma "que a sensação que fica quando se lê as três diretivas é que se leu três vezes a mesma diretiva, com pequenas alterações" ob. Cit. " Primeira análise das novas directivas ( Parte I )." P.

<sup>78</sup> SUE ARROWSMITH, "The law of public utilities..." p.428

<sup>79</sup> " mediante normas sencillas y claras y criterios de simplificación y flexibilización de los procedimientos" JOSÉ LIZABRAGA " La Directiva..." P.98

<sup>80</sup> JOSÉ LIZABRAGA p.101

### 9.1. A definição de concessão e a consagração legal da transferência do risco.

O diploma pretende clarificar a definição do contrato de concessão, conceito que tem sido discutido ao longo dos tempos e <sup>81</sup> originou várias dúvidas no contexto europeu, as questões também surgem quanto à diferenciação entre contrato de concessão de serviços públicos e contrato público de serviços <sup>82</sup>.

Assim, tanto a jurisprudência do TJUE como a Directiva pretendem tornar a definição de concessão de obras públicas e a de serviços públicos mais claras, como também demarcar as características da concessão, principalmente para não existir confusão na qualificação do contrato e assim evitar submeter a relação contratual a um regime que não se lhe afigura.

O art 5º da Directiva afirma que concessão reside numa relação contratual onerosa e escrita, realizado entre a autoridade adjudicante ou entidade adjudicante e um ou mais operadores económicos, no qual o objecto é a adjudicação de obras ou serviços, a contrapartida é sempre o direito de exploração (que pode ser acompanhado por um pagamento) e associado a esse direito de exploração está o risco de construção, gestão e manutenção das infraestruturas<sup>83</sup>!

O art<sup>84</sup> Também diferencia os dois tipos concessórios no objeto, enquanto que a primeira concessão implica a execução de obras, a segunda traduz-se na prestação e gestão de serviços, associados à transferência de um direito de exploração diferente da execução de obras, a própria alínea b) reforça este ponto. Porém,

No entanto, as grandes dubiedades quanto à definição do contrato não se retratam entre as concessões mas sim entre a qualificação de um contrato como público de serviços ou como concessão de serviços públicos (Considerando18). Estas dúvidas manifestaram-se na jurisprudência, alguns dos casos mais famosos são: *Comissão / Irlanda* <sup>85</sup> onde serviços de transporte de ambulâncias se qualificam como concessão de serviços; *Frigerio Luigi & C* <sup>86</sup> no qual contratos de gestão de serviços de limpeza urbana são qualificados como contratos

---

<sup>81</sup> PEDRO GONÇALVES " A concessão..."; MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS "Direito Administrativo Geral I- tomo III; MARCELLO CAETANO "Manual de Direito Administrativo";

<sup>82</sup> Para a Comissão na Comunicação Interpretativa de 2000 estávamos perante um contrato público " quando o custo de grande parte da obra é suportado pela entidade adjudicante sendo que a adjudicatária se remunera através de direitos cobrados diretamente aos utentes da obra".

<sup>83</sup> Sobre o conceito , LINO TORRALBA, " Sobre a definição europeia de concessão..." p. 1073-1110

<sup>84</sup> FERNANDA MAÇAS " A concessão de serviços públicos...", in Estudos de Contratação Pública- I, p 387.

<sup>85</sup> 8-12-2007 ( C-532/03);

<sup>86</sup> 18-12-2007 ( C357/06);

públicos de serviços e o Ac. *Wall* <sup>87</sup> que qualifica como concessão de serviços <sup>88</sup>, há mais decisões para além destas, o que reflete a incerteza internacional referente aos conceitos jurídicos que qualificavam os tipos de contratos celebrados.

A Directiva trouxe sérias mudanças no critério legalmente consagrado como caracterizador de concessão, se até então o único critério expresso na lei era a transferência do direito de exploração, a partir da Directiva 23/2014, o critério da transferência do risco de exploração passa a estar retratado como um conceito central e nuclear.

Remetendo a 2000, este critério de decisão já não era desconhecido, a Comunicação Interpretativa já apontava como necessário o critério de transferência do risco<sup>89</sup>, nomeadamente em contratos nos quais a remuneração do concessionário implicava um pagamento por parte do concedente <sup>90</sup>.

O Tribunal de Justiça não individualizou o segundo critério nem permitiu que fosse critério único, antes optou por defender que é necessário haver a transferência do direito de exploração e a transferência do risco operacional <sup>91</sup> de exploração <sup>92</sup>. Contudo, a grande incerteza das partes estava no grau de risco que devia ser suportado pelo concessionário e quanto a este ponto, o Tribunal de Justiça não tomou nenhuma posição que permitisse diminuir a insegurança na aplicação do critério.

Vários Ac(s) resultaram em decisões de tal forma diferentes que em casos que se podiam apontar como claras concessões foram simplesmente negados, o caso Comissão/ Itália 2005 (Ac. de 18 de Julho de 2007, Proc. C-382/05) e o caso Hamburg (Ac. de 11 de Junho de 2009, Proc. C-300/07), ambos foram negados como contratos de concessão porque o operador económico não suportava o risco necessário para serem qualificados como tal, já noutras situações (Eurowasser e Stadler) o Tribunal sustentou a posição que *"desde que o adjudicatário assumia a totalidade ou ,pelo menos, uma parte significativa do risco de exploração suportado pelo poder público, mesmo que esse risco seja muito limitado de*

---

<sup>87</sup> 13-04-2010 ( C-91/08);

<sup>88</sup> *Acoset* 15-10-2010 ( C196/08); *Norma-A SAI* de 10-11-2011 ( C-348/10);

<sup>89</sup> plasmado no Considerando 18 da Directiva 23/2014

<sup>90</sup> VASCO MOURA RAMOS " A Diretiva 2014/23..." In Revista Contratos Públicos 115 e PEDRO SIZA VIEIRA, " Regime das..." P48.

<sup>91</sup> Sobre o conceito de risco ver o ponto 7.2.1.3. e o considerando 20 da Diretiva.

<sup>92</sup> Sobre estes dois critérios ver SUE ARROWSMITH "The law of public...", p 430.

*antemão, devido às modalidades de direito público da organização do serviço" ( Ac. de 10 de Setembro de 2009, Proc. C-206/08 e Ac. de 10 de Março de 2011, proc. n.º 274/09, ).*

Esta questão já tinha sido abordada pelo Comissão em 2011 na elaboração da proposta de uma Directiva concessões, no entanto a Comunicação seguia a linha das Directivas de 2004 e admitia que o único critério seria a transferência do direito de exploração, ora como podemos observar pela análise feita anteriormente e pelo diploma, nomeadamente no seguinte excerto: Considerando 18 “ o direito de explorar obras ou serviços, implica sempre a transferência para o concessionário de um risco de exploração de carácter”, a Directiva 23/2014 foi mais além do que a proposta e admitiu os dois critérios (direito de exploração e transferência do risco).

No diploma, o cerne da atribuição do risco encontra o seu fundamento no art. 5º, o qual tenta trazer a unanimidade e segurança jurídica que faltavam neste critério e submete o contrato à imprevisibilidade decorrente dos mercados, como também à possibilidade de os operadores económicos nunca recuperarem os seus investimentos nem as despesas efectuadas com a exploração da obra ou do serviço, caso este elemento chave seja retirado do contrato ou haja a garantia que o concessionário nunca suportará perdas e a sua remuneração será sempre possível, anulando todos os riscos correspondentes ao risco de exploração, o contrato perderá a forma de concessão!

O mesmo será dizer que se determinada operação for satisfatória, será benéfico para o concessionário, mas se for prejudicial será este que suportará o prejuízo, ou seja, a classificação da concessão partirá da sujeição aos riscos externos e incontrolláveis da imprevisibilidade dos mercados e não tanto aos factores endógenos ou próprios de todos os contratos( riscos de má gestão, força maior, incumprimento contratual) ( Considerando 20). Porém não pensemos que voltamos a um conceito de concessão proveniente do Estado Liberal, onde o concessionário é o único a suportar os riscos inerentes aos ganhos ou às perdas. A Directiva impõe que não seja eliminado o risco, como também que não seja estabelecida uma receita mínima que cubra os investimentos efectuados e as despesas realizadas na exploração.

Na relação contratual deve haver uma partilha do risco, calculado mediante o caso concreto, o equilíbrio do contrato, o objecto e o interesse público. LINO TORRALBA fala num direito

economicamente arriscado e na existência de uma presunção: “ *existirá assunção relevante do risco quando inexista uma qualquer guarantee to break even*”.

A própria Directiva admite que exista risco mesmo nos casos em que o pagamento ao concessionário não provenha da clássica taxa cobrada aos utentes, mas sim de pagamentos por parte do adjudicante: “*pagamentos são remunerados exclusivamente por uma autoridade ou entidade adjudicante , que deverão ser considerados concessões quando a recuperação dos investimentos e dos custos suportados pelo operador na execução da obra ou na prestação do serviço dependerem da procura real ou do fornecimento do serviço ou do bem*”, aqui o pagamento continua a estar dependente das imprevisibilidades do mercado e não constitui um pagamento fixo previamente estabelecido, assim como outro caso são os contratos de concessão que incluem uma indemnização por cessação do contrato devido a causas de força maior ou por motivos atribuíveis à entidade adjudicante, ou seja, pode haver um risco limitado, no entanto tal facto não impede que o risco possa ser substancial para classificar o contrato como concessão.

## 9.2. Autoridades adjudicantes e entidades adjudicantes (arts 6º e 7º)

A Directiva aplica-se aos contratos que sejam celebrados pelas autoridades adjudicantes e pelas entidades adjudicantes <sup>93</sup>, as primeiras entendem-se por “ *autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público, associações formadas por uma ou várias dessas autoridades ou por um ou vários organismos de direito público, distintas das autoridades, organismos ou associações que exercem uma das actividades referidas no Anexo II e adjudicam uma concessão para o exercício de uma dessas actividades*” enquanto que as segundas são entidades que exercem e adjudicam uma concessão para o exercício de actividades dos setores especiais, ou como referido anteriormente, actividades do Anexo II (reguladas pela Directiva 2014/25/UE , gás, electricidade, serviços de transporte, serviços postais, portos e aeroportos). Mas, podemos estar perante uma entidade adjudicante que exerça uma das actividades abrangidas pelo conceito do art 7º n.º1 a) ou de empresas públicas e que mediante esses dois âmbitos não são entidades adjudicantes, is é esse tipo de entidades ingressam na posição apenas por questão da actividade.

---

<sup>93</sup> A Directiva aplica-se aos contratos celebrados por estes dois tipos de concedentes e caracterizam-se como o elemento subjectivo das concessões. VASCO MOURA RAMOS, “ A Diretiva 2014/23,...” P.122.

As autoridades adjudicantes incluem três categorias: autoridades estatais, as autoridades regionais, os organismos de direito público, as associações formadas por uma ou mais daquelas autoridades ou organismos de direito público. As entidades adjudicantes enquanto conceito estão caracterizadas na Diretiva 2014/25/UE e abrangem as autoridades adjudicantes, empresas públicas<sup>94</sup> e qualquer entidade que beneficie de direitos especiais ou exclusivos para o exercício de atividades dos setores especiais<sup>95</sup>.

### 9.3 O limiar do valor dos contratos.

A Directiva aplica-se às concessões cujo valor seja igual ou superior a 5 186 000 euros (anterior à aplicação de modificações por parte de Regulamentos), este valor foi mais elevado do que o estabelecido na Proposta da directiva<sup>96</sup>. A limitação quantitativa do contrato assim como o método de cálculo do valor estimado das concessões está consagrado no art 8º.

O cálculo é feito através de um método objectivo: *"valor de uma concessão é o total do volume de negócios gerado ao longo da duração do contrato, sem IVA, conforme estimado pela autoridade ou entidade contratante, em contrapartida das obras e dos serviços que foram objecto da concessão, bem como dos fornecimentos relacionados com tais obras e serviços"*( 1.º parágrafo do n.º 2 do art 8.º). Ou seja, o valor baseia-se numa estimativa prevista na documentação relativa à concessão e caso na altura da adjudicação o valor da concessão for superior em 20%, o valor contabilizado é o da altura da adjudicação.

O cálculo concentra determinadas situações : as eventuais prorrogações da concessão; as receitas provenientes do pagamento de taxas e multas pelos utilizadores das obras ou dos serviços distintas das cobradas em nome da autoridade adjudicante ou da entidade adjudicante; os pagamentos ou vantagens atribuídas por qualquer autoridade pública; pagamentos de subvenções por parte de terceiros; a receita de venda de activos que façam parte da concessão; os prémios pagos a candidatos e proponentes e por fim *"valor de todos os fornecimentos e serviços postos à disposição do concessionário pelas autoridades adjudicantes ou pelas entidades adjudicantes, desde que sejam necessários à execução das*

---

<sup>94</sup> *"empresa em relação à qual as autoridades adjudicantes podem exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante, por via da propriedade, da participação financeira nessa empresa ou das regras que lhe sejam aplicáveis"* - cfr. n.º 4 do artigo 7.º da Diretiva 2014/18/CE

<sup>95</sup> PEDRO COSTA GONÇALVES "Direitos dos Contratos Públicos"p 27

<sup>96</sup> ver o ponto 8 deste trabalho, ponto referente aos limiares na Proposta de directiva.

*obras ou à prestação de serviço". Desta forma o valor tem em conta tudo o que seja referente à concessão, independentemente de quem interfira.*

Por fim não podemos esquecer que o art 9º estabelece uma revisão de limiar de dois em dois anos, a contar de 30 de junho de 2013, em que a Comissão verifica se o limiar estabelecido no art 8.º , n.º 1, corresponde ao limiar estabelecido no Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio para as concessões de obras públicas. Aliás, o Regulamento Delegado da EU 2017/2366 vem modificar os limiares : *“No artigo 8.o, n.o 1, da Diretiva 2014/23/UE, o montante 5 225 000 euros é substituído por 5 548 000 euros.”*

#### 9.4. As exclusões.

As exclusões da directiva são várias, no art 10º todos os parágrafos contêm situações de exclusão, o primeiro e segundo parágrafos excluem a aplicação se a base da concessão for um direito exclusivo, ou seja na situação em que a entidade adjudicante só o é devido a esse direito e não à qualificação mediante o art7º.

O segundo grupo de exclusões corresponde especificamente ao âmbito das comunicações electrónicas, ao sector da água e às atividades submetidas directamente à competência (este último ponto está relacionado com os artigos 34 e 35 da Directiva 2014/24/UE).

A terceira exclusão refere-se às concessões adjudicadas a uma empresa associada ( art.13º), às concessões adjudicadas a uma empresa conjunta ou a uma entidade adjudicadora que forme parte de uma empresa conjunta ( art14º) e há a obrigação de comunicação à Comissão.

Por fim, a directiva também não se aplica à contratação entre entidades do sector público: contratação in house e concertação entre órgãos adjudicadores (art 17º)<sup>97</sup>.

Neste âmbito, a pessoa colectiva regida por direito público ou privado fica excluída da aplicação da directiva se preencher todos os seguintes requisitos:

- a) autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante exerce sobre a pessoa colectiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
- b) mais de 80 % das actividades dessa pessoa colectiva são realizadas na execução de tarefas que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante ou pela entidade adjudicante que

---

<sup>97</sup> O Acórdão Teckal reconhece os contratos in house em três modalidades : operação interna; operação interna horizontal e operação interna inversa. JOSÉ LIZABRAGA " A Directiva..." P. 126.

a controla, ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante ou entidade adjudicante;

- c) não há participação directa de capital privado na pessoa colectiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado não controladoras e não bloqueadoras exigidas pelas disposições legislativas nacionais aplicáveis, de acordo com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa colectiva controlada.

## 9.5 A duração.

O art 18º afirma que a concessão tem uma duração limitada de carácter indefinido <sup>98</sup>. O cálculo cabe à autoridade ou à entidade adjudicante, que o faz mediante os serviços ou obra concessionados.

Se a concessão tiver uma duração superior a 5 anos, "*a duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos.*" Um limite temporal decidido pela entidade adjudicante, que deve ser calculado mediante o parâmetro estabelecido na directiva, nunca esquecendo que se o concessionário participa na concessão é com interesse de obter lucro e não se limitar apenas a responder aos encargos advindos da exploração, ou seja, o interesse público tem que ser satisfeito, mas o interesse próprio do concessionário não pode ser esquecido. Assim, também a entidade adjudicante não pode prolongar o prazo com vista obter qualquer tipo de benefício, a racionalização do prazo deve ser objectiva tanto quanto a norma que a estabelece.

## 9.6. Contratos mistos.

Para termos um conhecimento profundo é necessário analisar os arts. 20º e o21º.

No entanto só abordarei o caso de contratos que tenham como objecto elementos abrangidos pela presente directiva assim como outros elementos, as autoridades adjudicantes ou as entidades adjudicantes podem optar por adjudicar contratos distintos para as partes distintas. Contudo, se optarem por adjudicar contratos distintos para as partes distintas, a decisão

---

<sup>98</sup> JOSÉ LIZABRAGA , P.128.

quanto ao regime jurídico a aplicar a cada um dos contratos distintos é tomada com base nas características da parte separada em causa.

Para além disto, se *“as autoridades adjudicantes ou as entidades adjudicantes optem por adjudicar um contrato único, a presente diretiva, salvo disposição em contrário do n.º 4 do presente artigo ou do artigo 21.º, é aplicável ao contrato misto daí decorrente, independentemente do valor das partes que de outra forma teriam ficado sujeitas a um regime jurídico diferente, e independentemente do regime jurídico a que de outra forma essas partes teriam ficado sujeitas.”*

### 9.7. Os princípios.

A partir do art 30º estão consagradas "as regras de adjudicação de concessões: princípios gerais, transparência<sup>99</sup> e garantias processuais", é estabelecido que a autoridade de adjudicante ou entidade adjudicante tem a liberdade de organizar o procedimento para escolha do concessionário e ao decidir adjudicar uma concessão, a intenção deve ser quase sempre manifestada através de um anúncio, este dever só não se verifica mediante o art 31º n. 4º e 5º, situações em que a Directiva admite procedimentos por convite (ajuste directo ou consulta prévia).

No entanto, uma menor regulamentação dos procedimentos não implica uma total liberdade, durante todo o procedimento devem ser respeitados os princípios da igualdade de tratamento, não discriminação, transparência e proporcionalidade.

O último princípio foi consagrado recentemente e destacou-se como uma inovação comparativamente à regulamentação de 2004, a presente Directiva (23/2014) juntamente com as Directivas 24/2014 e 25/2014 acrescentaram o dever de as autoridades e as entidades adjudicantes actuarem de forma proporcional.

A Directiva não estabelece uma panóplia de procedimentos, apenas estabelece as regras que devem ser aplicadas à adjudicação das concessões, já o nosso CCP aplicou o disposto de forma diferente e menos liberal, optando por enumerar vários tipos de procedimentos e as entidades devem escolher um deles. Desta forma, na menor regulamentação dos

---

<sup>99</sup> Acórdão Universale -Bau AG et al. / Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, de 12.12.2002 ( C- 470/99) assume especial relevo ao não respeitar o princípio da transparência, a decisão sobre os valor dos critérios de decisão estava tomada antes do anúncio, no entanto não fez parte do texto publicitado.

procedimentos de adjudicação das concessões vigora um "princípio de liberdade de formação do procedimento de adjudicação"<sup>100</sup>, que se baseia não só nas regras da Directiva 23/2014 mas também em algumas regras da Directiva 24/2014 <sup>101</sup>.

### 9.7. As garantias processuais e as regras do funcionamento das concessões.

Antes de referir as garantias processuais em específico importa mencionar a publicação do anúncio de concessão e a publicação dos anúncios de adjudicação <sup>102</sup>, ambos devem respeitar os formulários estabelecidos pela Comissão, formulários-tipo que surgem como actos de execução adotados por meio de procedimento consultivo. O acesso a toda a informação de forma clara e transparente é um dos direitos mais valiosos de todos os operadores económicos.

A Comissão na Comunicação Interpretativa de 2000 exigia o reforço das garantias judiciais dos candidatos e dos proponentes nos procedimentos pré-contratuais dos contratos de concessão, as Directivas de 2004 não consagravam especificamente as concessões de serviços públicos e como tal a protecção judicial consagrada pelos principais diplomas europeus aplicava-se àquelas Directivas e consequentemente apenas à concessão de obras públicas.

Na Directiva 23 /2014 as garantias processuais estão consagradas a partir do art. 36º (requisitos técnicos e funcionais), a norma começa logo por ressaltar as características exigidas para a concessão das obras e serviços, devendo as mesmas constar na documentação da concessão e podem incluir exigências quanto à execução da obra ou da actividade, desde que sejam de acordo com o objecto do contrato assim como proporcionais ao valor e aos objectivos. Grande parte das exigências de execução são um meio de prosseguir os objectivos de um desenvolvimento sustentável e ecológico (duas das grandes bandeiras da Directiva).

---

<sup>100</sup> PEDRO COSTA GONÇALVES , " Direito dos", p.73

<sup>101</sup> Sobre as diretivas 25/2014 e 24/2014 ver o artigo que MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

<sup>102</sup> "Até 48 dias após a adjudicação de uma concessão, as autoridades e entidades adjudicantes enviam, de acordo com os procedimentos previstos no artigo 33.o , um anúncio de adjudicação de concessão com os resultados do procedimento." - artigo 32n.º1 Directiva 23/2014

Assim como consta do art. 37º, as propostas devem preencher os mínimos estabelecidos pela autoridade adjudicante ou pela entidade adjudicante, os candidatos não podem estar impedidos mediante o art. 38º e devem cumprir as condições de participação da Directiva. A selecção e avaliação qualitativa do candidato está consagrada no art. 38º e analisa as condições de participação dos candidatos mediante as competências profissionais e técnicas, a capacidade económica e financeira, e por fim se estão cumpridas as exigências requeridas no anúncio da concessão.

As propostas devem respeitar os critérios de adjudicação constantes do art. 41º, este art. talvez seja o que melhor reflecte a maleabilidade e flexibilidade da contratação pública na Directiva <sup>103</sup>, o n.º3 estabelece que os requisitos devem estar organizados em ordem decrescente de importância, mas caso um dos candidatos apresente uma proposta inovadora que modifique a ordem exigida, as entidades ou autoridades adjudicantes informam todos os proponentes da alteração da ordem e enviam um novo convite aos proponentes com os prazos mínimos do art. 39º n.º4.

O legislador Europeu demorou a debruçar-se sobre o tema da modificação dos contratos, tanto que anteriormente às Directivas de 2014, já existiam decisões judiciais sobre a execução e modificação dos contratos, o Acórdão Pessetext <sup>104</sup> teve início numa acção proposta por uma empresa concorrente, que considerava a cessão do “serviço OTS” e os contratos adicionais de 2001 e de 2005 casos de adjudicação de novos contratos públicos, violando as regras de adjudicação.

Esta decisão foi um marco na delimitação do conceito de " alteração substancial", na Directiva 23 /2014 ( também nas directivas 24/2014 e 25/2014) este conceito surge no enquadramento das situações em que é possível modificar objectivamente o contrato de concessão sem abrir um novo procedimento de adjudicação, as situações constam do artigo 43º e são as seguintes:

---

<sup>103</sup> VASCO MOURA RAMOS, " *o legislador pouco mais exige que a adjudicação seja feita com base em regras objetivas que respeitem os princípios gerais da contratação pública e que garantam uma concorrência efectiva* " ,A Directiva 23/2014..." p. 128

<sup>104</sup> anteriormente ao Pessetext houve outros dois acórdãos importantes neste contexto:Acórdão Comissão/França (5/10/2000, Proc. C-337/98) e Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA (29/4/2004, Proc. C-496/99), PEDRO COSTA GONÇALVES, "Acórdão Pessetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato , in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 73, janeiro-fevereiro de 2009, págs. 3 e segs.

i) se a modificação, independentemente do valor, não implicar alterações substanciais mediante o disposto no n.º4, ( i) a modificação só será substancial se transformar materialmente a concessão; ii) se essa alteração implicar uma mudança benéfica para o concessionário no equilíbrio financeiro, ou alargar o âmbito da concessão ;iii) se a substituição do concessionário não abranger o disposto na alínea d) do nº1 do artigo 43º; e por último, iv) se as alterações da concessão fossem realizadas anteriormente ao procedimento de adjudicação, permitissem atrair outros candidatos, escolher candidatos diferentes ou adjudicar uma propostas diversa da escolhida);

ii) se as modificações estiverem previstas em clausulas de revisão claras e precisas que indiquem o âmbito, <sup>105</sup> a natureza e as condições em que são aplicadas e não alterem a natureza global do contrato;

iii) se houver necessidade de obras ou serviços adicionais por parte do concessionário original e a mudança de concessionário não possa ser efetuada por razões técnico-económicas, ou porque aumenta exponencialmente os custos, no entanto essa modificação não pode ser superior ao valor de 50% da concessão original;

iv) se a alteração surge de razões imprevisíveis às autoridades ou entidades adjudicantes, não alteram a natureza global do contrato e respeitam o limite dos 50% da concessão original;

v) e por fim sem necessidade de se verificar se estão preenchidas as condições do n.º4, a concessão pode ser modificada desde que se respeitem dois valores: o do artigo 8º ( o limiar estabelecido) e 10% da concessão inicial;

Para além destas modificações objectivas do contrato de concessão, a directiva consagra a substituição do concessionário <sup>106</sup>, desde que se verifique uma das seguintes situações: a modificação decorra de cláusula de revisão ou opção inequívoca; haja a transmissão universal ou parcial da posição do concessionário inicial, na sequência de operações de reestruturação, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico

---

<sup>105</sup> "no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação, tal como as suas regras de execução, no anúncio de concurso que ela própria elaborou e que traça o quadro do desenrolar do processo, de modo que todas as empresas interessadas em participar no concurso tenham desde o início conhecimento das mesmas e se encontrem assim em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta" Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA.

<sup>106</sup> VASCO MOURA RAMOS – identifica esta modificação como subjetiva; " A Diretiva 23/2014..." P.131

que satisfaça os critérios em matéria de selecção qualitativa inicialmente estabelecidos; ou assunção pela própria autoridade adjudicante ou pela entidade adjudicante das obrigações do concessionário principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional.

A Directiva também espelhou as circunstâncias externas que não podiam ser previstas a quando da adjudicação, a imprevisibilidade implica que a adjudicação inicial tivesse decorrido de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que disponha, a natureza e as características do objecto em específico. Neste caso também não era necessário dar início a um novo procedimento, desde que a não haja uma alteração global da concessão.

Por último e não menos importante quanto aos direitos do concedente, o Art 44º consagra a possibilidade de a autoridade adjudicante e a entidade adjudicante rescindirem o contrato quando:

- a) a modificação exija novo processo de adjudicação- art43º;
- b) o concessionário à data da adjudicação se encontre nas situação do art 38º n.º4;
- c) O TJUE tendo em conta o art 258º TFUE pode considerar que o Estado não cumpriu as obrigações decorrentes do Tratado ou da Directiva mediante o facto de a entidade/ autoridade adjudicante não as ter cumprido na adjudicação da concessão.

Assim estão percorridos os pontos mais importantes da Directiva Concessões, um diploma que devia ter sido mais claro e concreto quanto a várias questões, contudo nenhuma imperfeição retira a importância retratada.

## 10. A transposição da Directiva 23/2014.

### 10.1. Sobre a transposição para o ordenamento jurídico português.

A transposição de directivas é a grande responsável pela modernização da contratação pública. Neste âmbito é necessário que as directivas sejam transpostas de forma eficiente e célere, mas olhando para o atraso de seis anos na transposição da Directiva dos Recursos e o atraso de dois anos das Directivas de 2004, tem-se mostrado uma tarefa difícil.

O facto de alguns Estados não concordarem com a existência do diploma, ou apenas, se oporem a estabelecer uma directiva que difere das suas próprias noções e regras, origina uma transposição difícil. Contudo os Estados devem olhar para a Directiva como uma forma de simplificar e racionalizar os direitos interno, de adquirirem normas trans-fronteiriças e sobretudo de romperem com “ *classical postulates*”.

No entanto, mesmo que a transposição não seja efectuada ou realizada de forma correta, há um designado “efeito direto vertical”<sup>107</sup>, desde o Ac. Van Gend and Loos (26/62) se o conteúdo de uma norma for incondicional e suficientemente preciso, pode ser exigido aos Estados o seu cumprimento <sup>108</sup>.

O Código que transpõe a Directiva 23/2014 entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2018, o seu Ante-projecto de 2015 previa a elaboração de uma reforma minimalista, o que nas palavras de MARIA JOÃO ESTORNINHO só aumentaria a “*floresta labiríntica em que se transformou o emaranhado de normas*” do CCP de 2008. Assim era necessário olhar para a transposição das Directivas como uma oportunidade para repensar todo o sistema de contratação pública e afastar aquela perspectiva.

O Decreto-Lei de 111-B/2017, de 31 de Agosto de 2017, insere as modificações das Directivas 2014, reflecte as preocupações de uma época de racionalização da despesa pública e de influência do Tribunal de Contas, circunstâncias que geraram uma maior preocupação

---

<sup>107</sup>O efeito direto vertical limita-se a regular as relações entre o estado e particulares. Em relação às Directivas 2014 e ao seu efeito direto é interessante ler o parecer da Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 15 de Março de 2016. LUIS VALADARES TAVARES “ O guia da boa contratação pública ....” p.249

<sup>108</sup> Isto aconteceu precisamente no caso Walter Tögel ( C-76/97) quanto á aplicação dos procedimentos pré-contratuais nos termos da Directiva 92/ 50/CEE

dos procedimentos pré-contratuais e uma contratação pública sustentável, com meios de prevenção de desperdício e de corrupção <sup>109</sup>.

A transposição da Diretiva implicou mudanças no nosso ordenamento jurídico, talvez menos profundas do que se estava à espera, como vamos analisar o legislador perdeu a oportunidade de adquirir regras mais amplas e flexíveis para o regime das Concessões.

Seguindo a ordem pela qual analisei a diretiva, o primeiro ponto a abordar será o conceito de concessão. O art. 407º era fruto da versão original de 2008, as únicas fontes europeias baseavam-se em decisões do Tribunal de Justiça e *soft law* produzida pela Administração Europeia, de forma que o critério diferenciador da concessão seria o direito de exploração. Na verdade, correspondia à versão tradicional de um modelo de gestão privada de actividades públicas, caracterizando-se por uma transferência temporária e parcial da responsabilidade de exercício da Administração Pública para o concessionário.

A transposição da directiva não alterou a redação do conceito, o artigo abordava na mesma concessão de obras públicas e concessão de serviços públicos<sup>110</sup>, consagrou na mesma o critério de direito de exploração no conceito do n.º.1 e em vez de incluir a transferência do risco<sup>111</sup> no n.1º continuou a estar lavrado no n.º2 ” *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*”.

O Código anterior à transposição já enquadrava uma efectiva e significativa partilha de riscos, no entanto o novo Código consagra um novo n.º.2 no art.413º, que classifica o que se entende por risco de exploração e que não enunciou os tipos de risco plasmados na Directiva ( “ *a)Em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os*

---

<sup>109</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO afirma que é necessário um repensar da contratação pública e um recentrar de prioridades, pois os contratos públicos não são oportunidades de negócios para a contratação pública mas sim instrumentos de realização de políticas públicas. In " A transposição das Diretivas europeias..." P.7

<sup>110</sup> O Dr. Lino Torgal refere que as concessões abrangidas pelo 407º do CCP não mudaram em relação à Directiva e que se deve através do princípio da interpretação em conformidade com as Diretivas, que os conceitos sejam entendidos num sentido amplo , permitindo qualificar como concessões os contratos que implicam direito de exploração e risco de exploração. “ sobre concessões”, *Comentários à Revisão...p. 877.*

<sup>111</sup> PEDRO MELO “se não houver risco não é concessão mas sim contrato público”. Também em relação risco, Dr Lino Torgal e Dr João Oliveira afirmam que mediante o tipo de risco se originam “subtipos” da concessão e que não implicará uma ilegalidade.

*investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão; ou b) A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais por ele incorridas não sejam meramente nominais ou insignificantes.”), o legislador teria concretizado a Directiva de forma mais eficaz caso tivesse enquadrado a exigência de risco de exploração no conceito do nº1 do art 407º e se os requisitos enunciados na al. a) e b) fossem lidos de forma conjunta, como requisitos cumulativos.*

Desta forma, para fazer uma leitura do conceito de Concessão e enquadrá-lo no contexto Europeu é necessário fazer uma leitura do CPP e da Directiva em conjunto.

A Directiva não vincula os Estados Membros quanto aos procedimentos que as entidades adjudicantes podem utilizar, antes afirmou uma total vinculação aos princípios enunciados no seu art.3º. A transposição trouxe para o CCP a obrigação de publicidade do procedimento, um reflexo específico do princípio de transparência e que só permite que não haja publicidade mediante o art.31ºn.º4, ou seja quando a concessão tem valor inferior a 75,000euros, duração inferior a um ano e adjudicação seja feita por ajuste directo ou consulta prévia.

Neste último ponto surgem dois dos cinco procedimentos taxativos que o CCP obriga as entidades adjudicantes a adoptar, os outros três são o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação e o diálogo concorrencial. Como se pode verificar o legislador já tinha adoptado uma visão mais exigente do que a Directiva, o facto de já ter consagrado anteriormente um regime mais exigente, estabelecendo tipos de procedimentos, não enquadrou uma visão mais liberal, flexível e baseada em princípios como a Directiva<sup>112</sup>.

Através das considerações anteriores analisamos as alterações quanto à formação dos contratos e de seguida vamos abordar quanto à execução dos contratos.

A Directiva afirma que a concessão é um “negócio a prazo”<sup>113</sup>, “limitada”. No entanto, não se define um prazo, apenas deve ser calculado mediante o art.18º da Directiva e podemos utilizar como auxiliar de interpretação o Considerando 52, o qual afirma que se possa fazer

---

<sup>112</sup> VASCO MOURA RAMOS, “A directiva...” p. 135

<sup>113</sup> LINO TORRAL, “Sobre a definição...” p.1098

um contrato de concessão com um prazo curto em relação ao tempo necessário para recuperar o investimento, desde que não se eliminem os riscos de exploração.

O Dr. LINO TORGAL afirma que a diferença de aplicação do princípio da proporcionalidade consoante o contrato tenha duração inferior ou superior a 5 anos, pode dar origem a benefícios não justificados ao operador económico que surge como concessionário num contrato inferior a 5 anos.

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado a todas as concessões, independentemente do prazo à qual estão vinculadas, o objectivo é garantir a livre circulação de serviços, liberdade de estabelecimento e sobretudo evitar que verdadeiros monopólios usem as “vestes” de uma concessão.

O art. 410º do CCP já referia a necessidade de uma duração longa e também já mencionava um critério idêntico à Directiva Concessões, contudo com a revisão de 2017 não passou a adoptar a diferenciação dos cinco anos. Mas alterou o regime, admitiu no n.º2, que se faltar um prazo definido mediante o n.1, este seria de 30 anos “*nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação<sup>114</sup> contratualmente prevista, sem prejuízo de lei especial que fixe prazo supletivo diferente, ou prazo máximo*” e por fim no n.º3 admite a prorrogação para assegurar a amortização e remuneração do concessionário.

Uma das inovações do CCP está consagrada no art. 420º-A :

*”O concedente apenas pode ampliar a quantidade de obras ou serviços abrangidos pelo contrato, com fundamento em circunstâncias não previstas, se:*

*a) As mesmas não puderem ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves ou que impliquem um aumento considerável de custos para concedente;*

*b) O valor dessas obras ou serviços não exceder 10 % do valor do contrato.*

*2 — Quando a modificação do contrato se fundar em circunstâncias imprevisíveis, o valor da modificação não pode ultrapassar 50 % do valor do contrato.”*

---

<sup>114</sup> Quanto à prorrogação dos prazos Dr. LINO TORGAL e o Dr. PEDRO GONÇALVES sustentam que a prorrogação será unicamente por interesse público e não por motivos de reequilíbrio contratual, salvo raras exceções.

O CPP parece neste âmbito seguir o entendimento da doutrina admitir que cada alínea vale independentemente da outra. O legislador europeu só exigiu o limite dos 50% para as concessões de obras ou de serviços celebradas por entidades do setor público referentes a actividades diferentes das do Anexo II, enquanto que o legislador português aplicou à globalidade das concessões. Esta alteração, juntamente com o enquadramento de limites percentuais, foram fruto do 43º n.º1 da Directiva Concessões.

No entanto há outra regra constante do CCP e que devemos ter em conta, as modificações previstas do art 312º e que deverão respeitar os requisitos do art 96º n.º1 e nunca por em causa a natureza global da concessão <sup>115</sup>.

Outra questão refere-se aos arts 42º a 44º da Directiva Concessões que são enquadrados pelos arts 71º a 72º da Directiva 24/2014, ou seja, a consagração dos limites de modificação não decorre diretamente do regime do diploma 23 /2014, mas sim do regime geral dos contratos públicos.

Por fim, quanto aos impedimentos de participar no contrato consagrados no art55º a directiva trouxe alterações, nasceu um novo art 55º-A sobre a relevância dos impedimentos que veio esclarecer quanto ao âmbito de aplicação das alíneas do art anterior.

Desta forma, podemos concluir, que a maior parte das alterações profundas do CCP , não advieram da Directiva Concessões. A Directiva 24/2014 é muito idêntica à Directiva 23/2014 e a primeira foi muito mais significativa a impor mudanças no ordenamento jurídico português. O legislador continuou na sua posição mais restricta em relação à UE quanto ao regime das concessões e podia ter sido mais claro quanto aos conceitos, assim como mais inovador quanto à modificação de execução do contrato. No entanto, a Directiva foi sem dúvida um instrumento que permitiu a harmonização dos diferentes regimes nacionais.

---

<sup>115</sup> LINO TORGAL, “ sobre concessões”. P.889

## 10.2. Breve nota sobre o enquadramento da Directiva 23 /2014 no ordenamento jurídico Espanhol.

A 17 de Abril de 2015 o Conselho de Ministros Espanhol aprovava o Anteprojecto que incluiria as modificações das Directivas 2014.

A decisão inicial seria a de não fazer uma lei nova, mas sim actualizar a existente e enquadrar a desburocratização, acabar com a corrupção, adoptar conceitos mais claros, procedimentos transparentes, fomentar a participação das pequenas e médias empresas e aplicar os objectivos de preocupação ambiental originados pela Europa 2020. Ora, para garantir a aplicação das normas decorrentes do diploma era necessário criar uma lei ou decreto-lei que enquadre as exigências comunitárias no regime jurídico já existente.

As mudanças passariam por haver uma correcta tipificação do contrato como concessão de serviços públicos e não uma mera remissão ao regime aplicável à concessão de obras públicas, como também era necessário concretizar esta realidade de uma forma uniformizada e igualitária em todo o território<sup>116</sup>.

Contudo, não transpuseram atempadamente e a Comissão decidiu recorrer ao Tribunal de Justiça e exigiu que fossem aplicadas multas coercivas de 61 964,32 euros a 123 928,64 euros.

Destarte, o que importa salientear é de que forma a *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público* transpôs a norma para o ordenamento jurídico espanhol, a lei entrou em vigor a 8 de Março de 2018.

O conceito de concessão gerou frutos, “*Se mantiene la concesión de obras públicas, pero el contrato de gestión de servicios públicos (en sus cuatro subtipos de concesión, concierto, sociedad de economía mixta y gestión interesada) es sustituido por la concesión de servicios*”<sup>117</sup>, uma das mudanças mais significativas no ordenamento jurídico. Assim como reforça a importância das políticas ambientais e sociais no contrato.

---

<sup>116</sup> Íñigo Aliaga Moreno, “*La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas directivas europeas*” in *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº45-46 p.310

<sup>117</sup> Úria Menéndés, “*Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*” p.6

Quanto a um dos elementos mais importantes da directiva, a transferência do risco operacional, a Lei já detinha o tradicional “*risco Y ventura*” sustancialmente parecido com o risco consagrado na Directiva, no entanto a transposição consagrou nos tranmites da directiva.

As alterações também se traduziram no procedimento pré-contratual tornando-o mais estável e claro, quanto á duração consagrou o carácter duradouro e limitado, enquadrou o prazo dos 5 anos e caso no contrato não esteja especificado nenhum período de duração, o prazo supletivo é de 40 anos.

Na modificação dos contratos durante o seu período de execução foi consagrado o critério de não alterar a globalidade do contrato, refletindo tudo o que a directiva dispõe. A rescisão do contrato também foi transposta mediante o disposto na Directiva.

Desta forma, a nova Lei da Contratação Pública Espanhola consagrou as mudanças que as Directivas 2014 implementavam de uma forma idêntica à nossa, o conceito de concessão actualizou os seus valores assim como a sua delimitação, o conceito de contrato de concessão reflecte parcialmente o contrato de gestão de serviços públicos, no entanto viu-se ampliado dado que não se singe somente a serviços públicos como acontecia na forma contratual anterior. O principio da proporcionalidade foi consagrado, nomeadamente na diferenciação dos prazos de duração, também plasmou o principio da concorrência, permitiu um procedimento pré-contratual mais transparente ( devido à publicitação) e por fim a maior abertura de mercado às PME’s também foi um marco.

## Conclusão

A importância desta reforma de 2014 <sup>118</sup> é inquestionável.

A evolução dos mercados, a necessidade de assegurar a efectiva aplicação dos princípios do Tratado, as poucas normas sobre concessão (grande parte direccionada apenas à concessão de obras públicas), as Comunicações Interpretativas e a proposta de Directiva, tudo isto factores que reforçavam a eminência de uma Directiva concessões.

Ao comparar a directiva com as transposições podemos dizer que efectivamente foram transpostas medidas ecológicas e socialmente importantes, quer nas disposições para a abertura de mercados como também nos incentivos à participação das PME's estamos perante o requerido respeito pelo princípio da concorrência.

A segunda conclusão que retiro da análise deste diploma, surge na diferenciação entre conceito de contrato público de serviços e contrato de concessão de serviços públicos, se um dos principais objectivos era acabar com a incerteza jurídica na aplicabilidade destes conceitos, parece-me que o critério inserido pela directiva não conseguiu o objectivado e corremos o risco de continuar a surgir um grande número de decisões judiciais internacionais.

O conceito de concessão de serviços presente no art.5º da Directiva 23/2014 e o conceito de contratos públicos de serviços presente na Directiva 24/2014 diferenciam-se mormente da seguinte forma, a concessão imperativamente implica o direito de exploração e a transferência de uma parte significativa (ou mesmo total) do risco operacional <sup>119</sup>, mas a quantidade de risco necessário para ser uma concessão é o núcleo da incerteza.

A directiva qualifica, mas não quantifica o que se entende por grau, até que ponto um determinado risco será substancial? De forma óbvia pode-se afirmar que os riscos "normais" numa relação contratual não entrarão para este conceito, ou seja os riscos nominais e perdas insignificantes, mas ainda não está esclarecido em concreto o nível de risco substancialmente necessário para qualificar o risco como concessão.

---

<sup>118</sup> PEDRO COSTA GONÇALVES "Direito dos contratos ..." p.63 e seguintes.

<sup>119</sup> " *real exposure to the vagaries of the market , such that any potential estimated loss incurred by the concessionaire is not merely nominal or negligible* ", in Implementation of 2014 procurement directives across EU Member States, p.4 ; O critério de transferência substancial do risco foi fruto do entendimento da jurisprudência.

O risco deverá ser elevado mas não tão elevado que permita um certo aproveitamento de benefícios por parte do concedente. Como tal a resolução do problema passaria por uma quantificação do risco, por o definir num grau de substancialidade ou até mesmo por balizar em termos quão concretos o Direito conseguisse fazer.

Mas dentro deste critério deparar-me com outra questão, agora que foi consagrado o critério de transferência do risco fará sentido diminuir a importância do direito de exploração enquanto critério diferenciador?

A resposta a esta questão está consagrada na própria directiva, mesmo o Considerando 18 permitindo a interpretação que em determinados casos a remuneração provenha integralmente da autoridade ou entidade adjudicante, o art. 5º tanto no n.º1 alínea b) como no parágrafo seguinte, exige a transferência de um risco de exploração associado às imprevisibilidades do mercado, mas também que o concessionário possua um direito de exploração que poderá ou não acompanhar-se do pagamento de um preço. Mesmo que no presente diploma o critério do risco se tenha afigurado como nuclear, isso não pressupõe que o direito de exploração desvalorizado.

Para além destes pontos há outro igualmente importante no contexto da Directiva, a questão da modificação e execução do contrato durante o seu período de vigência. Ora como analisamos anteriormente, o regime de execução das concessões do 23/2014 em muito se aproxima das Directivas 24/2014 e 25/2014 <sup>120</sup>, se o legislador até então se limitava a intervir nos procedimentos pré-contratuais, para esta nova Directiva, afigurava-se a consagração de um regime de execução contratual mais profundo, que devido às diferenças imanentes entre os regimes das respectivas Directivas exige uma consagração que respondesse às diferenças de cada um.

A questão da modificação da concessão implica que as alterações, independentemente do valor, não sejam substanciais mediante o art. 43 n.º4 <sup>121</sup>, dentro deste conceito não se admitem modificações que se feitas antes da adjudicação alterariam os candidatos e a própria decisão de adjudicar, ou seja, era necessário um respeito ao princípio da concorrência.

---

<sup>120</sup> VASCO MOURA RAMOS, " A Directiva.." P.133

<sup>121</sup> também está consagrado na Directiva 24/2014 art. 72 n.º1 alínea e)

A concorrência como limite da modificação deve ter em conta que os contratos de concessão são de duração longa e que desta forma precisam de uma aplicação diferente do princípio.

No entanto, abordadas as questões em que não foi tão competente, a Directiva continua a ser um diploma extremamente importante e também devemos apontar pontos positivos.

A Directiva 23/2014 prevê obrigações de publicidade e informação ampliadoras em relação à Directiva 2004/18/CE; admite um acesso gratuito, directo, completo e sem restrições aos documentos da concessão (a consulta só não será possível por motivos de segurança, razões técnicas ou de conteúdo sensível da informação, no entanto antes da apresentação das propostas podem manifestar o seu interesse e receber informação por outro meio que não eletrónico <sup>122 123</sup>); e por fim o diploma acaba com o silêncio da Directiva 2004/18/CE quanto aos critérios de adjudicação para as concessões de obras públicas, passam a estar consagrados critérios de adjudicação mais flexíveis que os dos sectores clássico e especial.

Assim, a Directiva podia ter tornado a contratação ainda mais simples e flexível, mas será sempre difícil para o legislador fazer uma mudança profunda, se foi mais exigente até agora não se lhe afigura que passe a ser plenamente liberal. Resta-nos que a próxima directiva sobre o assunto seja mais concreta quanto a alguns pressupostos e mais clara quanto a alguns.

---

<sup>122</sup> JOSÉ LIZABRAGA, p. 134

<sup>123</sup> "deverá ser assegurado o acesso total e irrestrito, por meios electrónicos, aos documentos da contratação de forma gratuita desde a data de publicação do anúncio ou do envio do convite", o autor também refere que deve haver uma listagem exemplificativa das excepções à utilização dos meios electrónicos, que cabe aos Estados garantir que a comunicação e troca de informações será feita electronicamente e por fim a correta transposição das diretivas. PEDRO VAZ PAULO, "As novas Directivas da UE...", p. 16.

## **Bibliografia**

AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino: *Estudos sobre Concessões e outros actos da Administração*, Almedina, 2002

AMARAL, Diogo Freitas do: *Direito público e poderes de autoridade*, in Livro de Homenagem ao Sr. Doutor Rui Machete

ARQUER, José Manuel Sala, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*  
IV Colóquio Luso- Espanhol de Direito Administrativo

ARROWSMITH, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement* (Vol.1), 3ª edição

ASTUDILLO, J.Mª, Fernández: *Los procedimientos de contratación de los contratos públicos de obras, ministro y de serviços de la Unión Europea*,

BRÉCHON-MOULÈNES, Christine, *La concession de service public face au droit communautaire*, Éditions Sirey, 1992

CAETANO, Marcello: *Manual de Direito Administrativo*, Vol.I, 10ª edição, Almedina, 2016

CAUPERS, João; EIRÓ, Vera: *Introdução ao Direito Administrativo*, Almedina, 12ª edição, 2012

COLLAÇO, João de Magalhães, *Concessões de Serviços Públicos- sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914

CASTRO, Fábio Mendonça e, *As Parcerias Público-Privadas: O binómio - necessidade de investimento em infra-estruturas e mais eficiência na gestão e prestação de serviços de interesse público*, UC, 2007

DELMON, Jeffrey: *Public- Private Partnership Projects in Infrastructures*, Cambridge University Press

DUPUIS, GEORGE,: *Sur la concession de service public*, Recueil Dalloz, 1978

ESTORNINHO, Maria João: *Curso de Direito dos Contratos Públicos, por uma contratação sustentável*, 2ª reimpressão de 2012 , Almedina, 2014

- ESTORNINHO, Maria João : *concessão de serviço público que futuro ? In Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso- Espanhol de Direito Administrativo
- ESTORNINHO, Maria João: *Do Estado Social à Europa Reguladora*, in Colóquio sobre os 30 anos da Constituição de 1976
- ESTORNINHO, Maria João: *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, 2003
- FREITAS, Lourenço Vilhena de: *Direito dos contratos públicos e administrativos 2014*, Almedina
- GARCÍA, Jorge Sarmiento, *Concesión de Servicios Públicos*, CIUDAD ARGENTINA
- GARRONE, Giovanni Battista, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, Università di Torino , Memorie dell' Istituto Giuridico Serie IV
- GONÇALVES, Pedro Costa: *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina 1999.
- GONÇALVES, Pedro Costa : *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato* , in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 73, janeiro-fevereiro de 2009
- GONÇALVES, Pedro Costa: *O Direito dos Contratos Públicos* , Almedina , 2018
- GONÇALVES, Pedro Costa; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de: *As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade*, Almedina
- GRAELS, Albertos Sanchez: *What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of their Economic Balance?*
- GUEDES, Armando Marques :*A Concessão*, Coimbra Editora, 1954
- LIZABRAGA, José António Razquin : *La Directiva 2014/23/EU* in Revista Juridica de Navarra nº 58
- MAÇAS, Fernanda: *A Concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública- I
- MARTINS, Ana Maria Guerra, *A emergência de um Novo Direito Comunitário da Concorrência*, Revista de Direito Público , n.º4

- MELO, António Moreira de Barbosa, *A ideia de contrato no centro do universo juridico-político*, in Estudos de Contratação Pública- I
- MELO, Pedro: *A distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas* , Almedina, 2011
- MENENDÉZ, Úria: *Principales novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*
- MOREIRA, Vital *A tentação da private finance initiative*, in *A mão invisível – mercado e regulação*, Almedina, 2003
- MORENO, Iñigo Aliaga: *La regulación de las concesiones de obras y servicios en Las Nuevas Directivas Europeas*, in *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº45-46, Zaragoza, 2015
- OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de: *Concursos e outros procedimentos de contratação pública* , reimpressão Almedina, 2016
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de : *Os princípios gerais da contratação pública* , in Estudos da Contratação Pública- I
- PALLASÌ, J.L Villar: *Concesiones Administrativas*, in *Nueva Enciclopedia Juridica SeixIV*
- KIRBY, Mark: *O diálogo concorrencial*, in Estudos da Contratação Pública -I
- RAMOS, Vasco Moura: *A Directiva 2014/23 relativa à adjudicação de contratos de concessão*, in *Revista de Contratos Públicos* nº12
- RAIMUNDO, Miguel Assis : *Primeira análise das Novas Directivas 2014 ( Parte I)*, in *Revista de Contratos Públicos* nº9, 2013
- RODRIGUÉZ, Manuela Eslava, *Contratos Públicos Internacionales*, Colección el Derecho de la Globalización
- SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Leitão: *Direito Económico*, 3ª reimpressão de Novembro de 2004

- SANTOS, José Anacleto Abduch: *O equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos*, in Revista de Direito Público da Economia, ano 13, nº51, Julho/ Setembro 2015
- SILVA, Fernando Oliveira, *A Regulação dos Contratos Públicos*, Almedina, 2016
- SILVA, Simon Riemann Costa e, *Da Gestão associada de Serviços Públicos Municipais no Brasil e em Portugal*, dissertação no Mestrado Ciências Jurídico-políticas, 2008
- SILVA, Vasco Pereira da: *O Contencioso Administrativo no Divã*
- SOUSA, António Francisco de: *Direito Administrativo Europeu*, Almedina, 2016
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de: *Direito Administrativo Geral*, Tomo III 2ª edição, D.Quixote.
- TAVARES, Luis Valadares; *O guia da boa contratação pública e, as Novas Directivas de 2014 e o Decreto-lei 111-B/2017*, OPET, IST-TAGUS PARK, 2017
- TONOLETTI, Bruno, *Beni pubblici e Concessioni*, Pubblicazioni della Università di Pavia, Volume 130
- TORGAL, Lino : *Sobre a Nova definição Europeia de Concessão ( Diretiva 23/2014)* in Homenagem a Mário Esteves de Oliveira
- VAZ, Paulo, *As novas Directivas da União Europeia para a Contratação Pública Electrónica*, Wolters Kluwer
- VIANA, Cláudia, *A Globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional*, in Estudos da Contratação Pública- I
- VIANA, Cláudia: *O diálogo concorrencial*, in Revista de Contratos Públicos n.1
- VIEIRA, Pedro Siza, *Regime das Concessões de obras públicas e serviços públicos*, in Cadernos de Justiça Administrativa, Braga 2007
- XAVIER, Alberto: *Os caracteres jurídicos especiais dos serviços públicos concedidos e as diversas fases do regime da Concessão de caminhos de ferro à CP*, in Conferência realizada na Sociedade de Geografia dia 13 de Maio de 1948

## **Diplomas**

Código dos Contratos Públicos

Comunicativa da Comissão - Comunicação Interpretativa da Comissão (2000/C 121/02)

Directiva 2014/ 23/UE

Directiva 2014/24/UE

Directiva 2014/25/EU

Directiva 71/305/CEE

Directiva 77/62/CEE

Directiva 89/440/ CEE

Directiva 88/295/CEE

Directiva 90/50/CEE

Directiva 92/13/CEE

Directiva 92/50/CEE

Directiva 2004/17/CE

Directiva 2004/18/CE

Decreto-Lei de 111-B/2017, de 31 de Agosto de 2017

Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matérias de Contratos Públicos e Concessões , 30 de Abril de 2004

*Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.*

### **Jurisprudência**

Ac. Comissão / Alemanha Proc.C-433/93, de 11 de Agosto de 1995;

Ac Telaustria, Proc. 324/98, de 7 de Dezembro 2000;

Ac Gebroeders Beentjes BV VS Estado dos países Baixos, Proc 31/87, de 20 de Setembro de 1988;

Ac. Reyners , Proc 2/ 74 21 de Junho de 1974;

Ac. Teckal, Proc.C-107/98, de 18 de Novembro;

Ac.Acoset, Proc C196/08, de 15 de Outubro de 2010;

Ac.Norma-A SAI, Proc C-348/10, de 10 de Novembro de 2011;

Ac. Comissão / Irlanda Proc C532/03, 8 de Dezembro de 2007;

Ac. Concordia Bus Finland, Proc C-513/99, de 18, Setembro de 2002;

Ac. Walter Tögel Proc. C-76/97, 24 de Setembro de 1998;

Ac. British Telecom, Proc C-302/ 94 de 12 de Dezembro de 1996;

Ac. *Frigerio Luigi & C*, Proc C357/06, 18 de Dezembro de 2007;

Ac.Comissão/ Itália 2005 , Proc C-382/05, de 18 de Julho de 2007 ;

Ac. Hamburg, Proc C-300/07, de 11 de Junho de 2009 ;

Ac. Eurowasser, Proc C- 206/08, de 10 de Setembro de 2009;

Ac. Stadler, Proc 274/09, de 10 de Março de 2011;

Ac.Universale -Bau AG et al. / Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, Proc C- 470/99, 12 de Dezembro de 2002 ;

Ac. Comissão/França, Proc. C-337/98, de 5 de Outubro de 2000;

Ac. Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA, Proc. C-496/99, 29 de Abril de 2004;

## Índice

Agradecimentos.....	2
Resumo.....	3
Abstract.....	4
Lista de siglas e abreviaturas.....	5
Introdução.....	6
1.Introdução histórica do instituto de concessão.....	7
2. A concessão de serviços públicos e a sua evolução .....	10
3. Os primeiros atos legislativos por parte da Comunidade Europeia em matéria de concessão.....	14
3.1 As primeiras Directivas .....	14
3.2 A Comunicativa da Comissão - Comunicação Interpretativa da Comissão (2000/C 121/02).....	17
4. O Livro Verde Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matérias de Contratos Públicos e Concessões , 30 de Abril de 2004. ....	21
5. O Decreto-Lei 86/2003, de 26 de Abril e a sua republicação pelo Decreto-Lei 141/2006, de 27 de Julho - as normas especiais aplicáveis às Parcerias Público-Privadas.....	25
6. As Directivas de 2004 e o impulsionar para a elaboração de um Código dos Contratos Públicos .....	27
6.1. Directiva 2004/18/CE.....	27
6.2. Directiva 2004/17/CE.....	30
7. O caminho para o Código dos Contratos Públicos de 2008.....	32
7.1. Ante-projecto do primeiro CCP. ....	32
7.2.1. O regime das concessões no DL 18/2008.....	34

7.2.1.1. Princípios comunitários.....	34
7.2.1.2. Procedimentos de contratação pública. ....	36
7.2.1.3. A decisão de contratar e as entidades adjudicantes.....	36
7.2.1.4. A remuneração e o risco nas relações contratuais.....	37
7.2.1.5. A transferência de bens na concessão.....	38
7.2.1.6. A figura do sequestro nas concessões.....	40
8. " Acto para o Mercado Único - Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua- Juntos para um novo crescimento" e a Proposta de Directiva relativa à adjudicação de contratos de concessão.....	42
9. A Directiva das Concessões - 23/2014/UE, de 23 de Fevereiro, do Parlamento Europeu e Conselho.....	44
9.1. A definição de concessão e a consagração legal da transferência do risco.....	45
9.2. Autoridades adjudicantes e entidades adjudicantes (artigos 6º e 7º da Directiva 23/2014).....	48
9.3. O limiar do valor dos contratos.....	49
9.4. As exclusões.....	50
9.5. A duração.....	51
9.6. Contratos mistos.....	52
9.7. Os princípios.....	52
9.8. As garantias processuais e as regras de funcionamento das concessões.....	53
10. A transposição da Directiva 23/2014.....	57
10.1. Sobre a transposição para o ordenamento jurídico português.....	57
10.2. Breve nota sobre o enquadramento da Directiva 23 /2014 no ordenamento jurídico Espanhol.....	62
Conclusão.....	64

Bibliografía.....	67
Índice.....	73