

Os Contratos Urbanísticos como Actividade Económica e Mercado Público: a Influência da Jurisprudência Comunitária

JOÃO ILHÃO MOREIRA¹

1. Introdução

A crescente abertura da Administração a soluções negociadas com os particulares tem proporcionado uma expansão na frequência e no âmbito de aplicação da figura do contrato administrativo. É no campo do direito do urbanismo, área com fortes repercussões no campo da economia e muito sensível a um complexo entrelaçar de interesses públicos e privados, que a abertura de soluções contratualizadas entre a Administração e os particulares, através da figura do contrato urbanístico, tem manifestado um claro efeito útil na composição dos diferentes interesses, permitindo soluções mais ágeis e de carácter menos impositivo.

Questões, porém, se levantam quanto ao procedimento a que estarão sujeitos estes contratos e até que ponto serão, a estes, aplicáveis as regras de contratação pública. Nas relações contratuais entre a Administração e os particulares tem sido atribuída crescente importância ao princípio da concorrência, apresentando-se a possibilidade de, através de propostas mais vantajosas, procurar a adjudicação de contratos públicos, como uma das manifestações mais relevantes do referido princípio.

A crescente importância da contratação pública tem sido acompanhada de uma maior atenção legislativa sobre as regras a aplicar nesta área, procurando garantir que a escolha do co-contratante se apresente transparente e respeite os princípios da igualdade e da concorrência, permitindo melhores decisões relativas à utilização de fundos públicos e incrementando a eficiência económica. Da mesma

¹ Jurista na Comissão Europeia

forma, tem o legislador comunitário dedicado a este assunto a maior atenção, visto que a possibilidade de concorrer a contratos através de linhas transnacionais se apresenta como indispensável à criação de um mercado verdadeiramente único.

Procurando simplificar o quadro comunitário aplicável à contratação pública, o legislador comunitário realizou, nas Directivas 2004/18/CE e Directivas 2004/17/CE, a coordenação das Directivas à época existentes². Este esforço de simplificação e coordenação das regras existentes foi, também, levado cabo pelo legislador nacional que através da aprovação do CCP, para além de realizar a transposição daquelas Directivas, criou o primeiro código nacional dedicado a uma regulação dos diferentes tipos de contratos públicos³.

O efeito combinado da crescente aplicação de contratos urbanísticos com o incremento de regras aplicáveis à contratação pública, com o objectivo de permitir um maior grau de abertura concorrencial nos contratos públicos, tem como resultado a criação de um verdadeiro mercado público de contratos urbanísticos⁴. Apesar de ainda se afirmar pouco claro a verdadeira extensão da aplicação das regras de contratação pública ao procedimento de formação dos contratos urbanísticos, a jurisprudência do TJUE tem desempenhado um importante papel na forma como se deverão aplicar as regras da contratação a certas decisões de gestão urbanística.

² Recorde-se que a Directiva 2004/18/CE substituiu as Directivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas. A Directiva 2004/17/CE, dedicada aos processos de adjudicação de contratos nos sectores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, substituiu a Directiva 93/38/CEE do Conselho.

³ O CCP, ao agregar a legislação aplicável à contratação pública revogou, um conjunto vasto e disperso de diplomas, entre os quais se destacam o Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de Março, o Decreto-Lei n.º 196/99 de 8 de Junho, o Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho, o Decreto-Lei n.º 223/2001 de 9 de Agosto e o Decreto-Lei n.º 1/2005, de 4 de Janeiro.

⁴ Neste sentido, para o ordenamento jurídico espanhol, JOSÉ MARIA GIMENO FELIU, «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública» in *Revista de Administración Pública*, 173, mayo-agosto, 2007, pp. 64-65.

Uma primeira e importante decisão do TJUE foi pronunciada em 12 de Julho de 2001, no conhecido acórdão *la Scala*⁵. Esta decisão do TJUE apresentou um carácter polémico⁶, despoletando um importante debate doutrinal, não só comentando a interpretação realizada pelo Tribunal, como procurando descortinar os possíveis efeitos desta sentença nos respectivos ordenamentos jurídicos⁷. As principais conclusões deste acórdão foram repetidas em nova decisão de 18 de Janeiro de 2007, no acórdão *Auroux*⁸, que permitiu não só confirmar a aplicação das regras de contratação no campo dos contratos urbanísticos, como contribuir para uma compreensão mais profunda sobre em que situações e em que termos deveria tal aplicação ser realizada.

Procuraremos neste texto, num primeiro momento, compreender e analisar os referidos documentos jurisprudenciais, tentando enquadrar as principais conclusões do TJUE, para depois, numa segunda parte, tentar antever os reflexos daquelas decisões no ordenamento

⁵ TJUE, ac. «Scala», de 12 de Julho de 2001, Proc. n.º C-399/98.

⁶ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ define-a mesmo como «una decisión explosiva». TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto «proyecto Scala 2001») y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», in *DA*, 261-262, septiembre 2001- abril 2002, p. 11.

⁷ Assim, J. M. GIMENO FELIU, «El urbanismo como actividade...», cit., pp. 63-100; JEAN-JACQUES PARADISSIS, «Planning agreements and EC public procurement law», in *Journal of Planning & Environment Law*, June, 2003, pp. 666-677; MARTA LORA-TAMAYO VALLVÉ, «Ejecución de obra urbanizadora y Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001 del Teatro de la Escala)», in *Revista de Administración Pública*, 159, septiembre – diciembre, 2002, pp. 221-256; FRANCISCO BLANC CLAVERO, «La posición jurídica del urbanizador: Urbanismo concentrado y concentración administrativa», in *DA*, 261-262, septiembre 2001- abril 2002, pp. 143-164; RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT, «Gestión del planeamiento y contratos administrativos», in *DA*, 261-262, Setembro 2001- Abril 2002, pp. 27-68; T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, «La Sentencia del TJCE...», cit., pp. 11-26; MARCOS VAQUER CABALLERÍA, «La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística» in *DA*, 261-262, septiembre 2001- abril 2002, pp. 231-255; JULIO CÉSAR TEJEDOR BIELSA, «Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación: La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001», in *Revista española de Derecho Administrativo*, 112, octubre – diciembre, 2001, pp. 597-611.

⁸ TJUE, ac. «Auroux», de 18 de Janeiro de 2007, Proc. n.º C-220/05.

jurídico-urbanístico português. Pretenderemos, também, conhecer em que circunstâncias e condições assumirá, o princípio da concorrência, relevância na figura do contrato urbanístico e mais concretamente, como se reflectirá nas exigências sobre o pré-procedimento daquele contrato.

2. A Jurisprudência Comunitária Sobre A Contratação Urbanística

2.1. O acórdão *la Scala*⁹

Na origem deste acórdão encontra-se um reenvio prejudicial por parte do *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*, ao abrigo do art. 177.º do TCE (actual art. 267.º do TFUE). Perante este Tribunal italiano tinham sido interpostos dois recursos de anulação contra as deliberações n.º 82/96, de 12 de Setembro de 1996 e n.º 6/98, de 16 e 17 de Fevereiro de 1998 do Conselho Municipal da *Comune di Milano*.

A primeira destas deliberações aprovava o denominado «*Projecto Scala 2001*» que consistia no restauro do edifício do *Teatro alla Scala*, nos edifícios municipais do complexo imobiliário *Asnaldo* e a construção de um novo teatro na zona de *la Bicocca*. Esta deliberação consistia num convénio entre a cidade de Milão, a sociedade *Pirelli* (proprietária do loteamento), o ente autónomo *Teatro alla Scala* e a *Milano Centrale Servizi SpA* (mandatária dos promotores do projecto imobiliário *Bicocca*).

No convénio referido, a *Pirelli S.p.A.* garantia a realização das operações de restauro do *Teatro alla Scala* e o arranjo dos edifícios do complexo imobiliário *Asnaldo*. A *MCS*, por seu lado, assegurava a construção do exterior do *Teatro alla Bicocca*, assim como o seu parque de estacionamento. Estas obras seriam realizadas como obras

⁹ Consultável em <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=pt&num=79989287C19980399&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>.

Para consultar as Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger para o acórdão «*la Scala*» cfr. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=pt&num=79998792C19980399&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL>

de urbanização secundária e o seu valor seria deduzido das contribuições de urbanismo a que estas entidades estavam obrigadas perante a cidade de Milão, segundo a legislação nacional e regional.

Em 1998, e na sequência de novas orientações tomadas pela nova administração pública, a deliberação n.º 6/98 aprovou o anteprojecto de construção do novo *Teatro alla Bicocca*, confirmando que a execução directa da obra seria realizada pelos requerentes do loteamento, em cumprimento das obrigações contratuais relativas ao plano de loteamento.

Considerando que estas deliberações não eram válidas à luz do direito italiano de urbanismo e de contratos e à luz do direito comunitário, a Ordem dos Arquitectos das Províncias de Milão e Lodi e o arquitecto Piero De Amicis interpuseram recurso contra estas deliberações. Defendem os requerentes que a construção do teatro, apresentando as características de uma obra pública, devia ter sido adjudicado através de concurso público e não de adjudicação directa.

O *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia* concluiu que as deliberações da comuna de Milão eram legais perante as normas italianas, contudo, não manifestou a mesma certeza em relação à compatibilidade com o ordenamento jurídico comunitário. O tribunal italiano coloca perante o TJUE duas questões prejudiciais:

1) A regulamentação estatal e regional que permite ao construtor (titular de uma licença de construção ou de um plano de loteamento aprovado) a realização directa de obras de equipamento, deduzidas total ou parcialmente da contribuição devida está ou não em contração com a Directiva 93/37/CEE, em particular com os princípios de rigorosa concorrência que o direito comunitário impõe aos Estados-Membros no âmbito das obras públicas de valor igual ou superior a 5.000.000 ECU?

2) Não obstante os princípios de concorrência expostos, podem considerar-se compatíveis com o direito comunitário os acordos entre a Administração e os particulares em matérias caracterizadas pela escolha, por parte da Administração Pública, de um interlocutor privado com o qual acorda prestações deste tipo, quando excedam o limiar previsto pelas directivas nesta matéria?

2.1.1. A decisão do TJUE

A primeira questão que se coloca neste caso é a de saber se a realização de uma obra de equipamento secundária, tendo como contrapartida a dedução da taxa urbanística devida, estará sujeita aos procedimentos previstos na Directiva 93/37/CEE, ou seja, se no caso da construção deste teatro se apresentava como obrigatória a realização de um concurso público ou de um concurso limitado previamente à sua adjudicação.

A primeira tarefa a realizar será a delimitação do âmbito da aplicação da Directiva, para, em seguida, determinar se esta será aplicável ao caso *sub iudice*. A Directiva 93/37/CEE afirmava como objectivo a coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, pretendendo-se aplicar aos contratos com esta natureza.

A definição de contrato de empreitada de obras públicas encontra-se presente no art. 1.º al. a) da Directiva que afirma que «os contratos de empreitada de obras públicas são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante.»¹⁰

¹⁰ Esta é, também, a definição presente na actual Directiva 2004/18/CE. No novo CCP, a noção presente no art. 343.º, e onde se afirma que «entende-se por empreitada de obras públicas, o contrato oneroso que tenha por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção», é, também, em tudo semelhante à noção comunitária. Desta definição, presente no CCP, podem se encontrar todos os elementos constitutivos da noção da Directiva, com a excepção de uma referência expressa à exigência da forma escrita e à figura do empreiteiro. Porém, estes elementos são, igualmente, constitutivos da noção de contrato de empreitadas públicas encontrando-se a referência à figura do empreiteiro, como parte necessária de um contrato com estas características, no art. 344.º n.º 1 do CCP. Quanto à exigência de forma, esta será apenas dispensada, segundo o art. 95.º n.º 1 al. d), no caso de contratos de empreitadas de obras públicas de complexidade técnica muito reduzida e cujo preço contratual não exceda os €15 000.

Retira-se da definição apresentada que para a existência de um contrato de empreitadas de obras públicas será necessária a presença simultânea de seis requisitos: a existência de um *contrato*; a título *oneroso*; celebrado por *escrito*, entre uma *entidade adjudicante* e um *empreiteiro*, com vista a realizar *certo tipo de obras*. Destes seis requisitos, apenas a presença do elemento contratual, a natureza onerosa e a presença da figura do empreiteiro se mostram controversas.

Não é disputado, desde logo, que a comuna de Milão se apresenta como uma entidade adjudicante. Efectivamente, as regras de contratação pública criam obrigações, não só ao Estado, em sentido estrito, como a todos os entes infra-territoriais, de carácter local ou regional, a todos os organismos de direito público e ainda a quaisquer associações formadas por autarquias locais ou organismos de direito público¹¹. Apresentando a comuna da Milão a natureza de

¹¹ Tanto as Directivas de contratação pública como o CCP contêm um abrangente âmbito de aplicação subjectiva, pretendendo-se aplicar, não apenas às pessoas colectivas de população e território (Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais), mas, também, a institutos públicas e as associações públicas em geral. Realizam as regras de contratação uma interpretação ampla e funcional da noção de Estado, sendo, por isso, aplicáveis estas regras a organismos de direito público caso se encontrem cumulativamente, presentes os seguintes requisitos: que o organismo tenha sido criado especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, que a sua actividade não se revista de carácter industrial ou comercial e seja maioritariamente financiado ou controlado por entidades adjudicantes. RUI MEDEIROS, «Âmbito do novo regime de contratação de pública à luz do princípio da concorrência» in *CJA*, 69, Maio/Junho 2008, pp. 17-21; CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 411-422. Para uma detalhada descrição do conceito de entidade adjudicante na jurisprudência comunitária, ver CHRISTOPHER BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, pp.193-227.

¹² Afirma Vaquer Caballería que a falta desta exigência de forma não significa, ao contrário dos outros critérios identificadores de um contrato de empreitadas de obras públicas, que deixaremos de estar perante um contrato de empreitadas de obras públicas, nem determina a exclusão da aplicação do direito comunitário de contratação pública. M. VAQUER CABALLERÍA «La fuente convencional...», cit., p. 236. Parece ser esta perspectiva a adoptar, visto o próprio CCP admitir a não exigência de uma forma escrita para os contratos de empreitadas de obras públicas que revistam um baixo nível de complexidade e que não atinjam um valor de €15 000, nos termos do art. 95.º n.º 1 al. d) do CCP. Não deverá, então, ser vista a forma escrita como elemento essencial do contrato de empreitadas públicas, cuja falta determinará que estaremos perante um contrato diferente do contrato de empreitadas de obras públicas. A falta de respeito pela forma

autarquia local, afirma-se como incontestado que a comuna é, para efeitos de aplicação da Directiva, uma entidade adjudicante.

Não sobram, igualmente, dúvidas sobre o carácter escrito do convénio celebrado entre estas duas entidades¹². Por último, também não se mostra contestada que a construção da fachada de um teatro corresponde a um tipo de obras susceptível de satisfazer o critério exigido na norma¹³. A construção desta fachada, apresentando-se como uma obra de equipamento, constitui uma obra de construção ou de engenharia civil, enquadrando-se no grupo 501 do anexo II da Directiva.

Não assume, porém, o mesmo grau de evidência, a presença dos restantes critérios, exigindo, por isso, cada um deles, uma análise mais cuidada.

a) Sobre a condição relativa à natureza contratual da relação jurídica

O primeiro elemento controverso em análise é se uma convenção como a descrita neste caso tem uma natureza contratual. Sobre este ponto, o Advogado-Geral Léger afirma que não estamos perante um contrato, visto a convenção descrita não apresentar aquilo que, nas palavras do Advogado-Geral, «*constitui um elemento essencial da relação contratual: a faculdade de escolher a parte contratante.*»¹⁴ Afirma, ainda, o Advogado-Geral que não existindo liberdade de escolha em relação à contraparte extinguem-se as razões que justi-

escrita, quando esta se afirma necessária, deverá determinar a nulidade do contrato, como se retira da uma leitura combinada do art. 284.º n.º 2 do CCP com o art. 133.º n.º 2 al. f) do CPA. Sobre o conceito de *actos que careçam em absoluto de forma legal*, presente naquela norma do CPA, ver MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ PEDRO GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo – comentado*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 648.

¹³ A Directiva 2004/18/CE, no seu art. 1.º n.º 2 al. b), tal como já fazia a Directiva 93/37/CEE, define obra como «o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica.»

¹⁴ Conclusões do Advogado-Geral Philip Léger, in acórdão «Scala», de 7 de Dezembro de 2000, para. 68.

ficam a aplicação das normas de contratação pública, pois, apenas, existindo esta liberdade *«existe um risco real, numerosas vezes constatado na actuação das autoridades públicas dos Estados-Membros, de que estas escolham os seus interlocutores com base em critérios que não são puramente económicos.»*¹⁵

O TJUE não concordou, porém, com a opinião expressa pelo Advogado-Geral, tendo concluído que *«os elementos definidos pela convenção de loteamento e os acordos celebrados no quadro daquela são suficientes para que o elemento contratual exigido pelo artigo 1.º, alínea a), da directiva esteja presente.»*¹⁶ Para este Tribunal, a falta de capacidade de escolher a outra parte contratante *«não é suficiente para excluir o carácter contratual do acordo celebrado entre a administração comunal e o titular do loteamento, uma vez que é a convenção de loteamento entre eles celebrada que determina as obras de equipamento que o titular do loteamento deve realizar de cada vez, assim como as condições respectivas, incluindo a aprovação pela comuna dos projectos destas obras.»*¹⁷ Na opinião do TJUE, esta interpretação é aquela que melhor se coordena com o objectivo abertura dos mercados de empreitadas de obras públicas a uma concorrência efectiva, pois *«é a abertura à concorrência comunitária segundo os procedimentos previstos pela directiva que garante a ausência de risco de favoritismo por parte dos poderes públicos.»*¹⁸

Parece-nos correcta a interpretação realizada pelo TJUE¹⁹. Efectivamente, e ao contrário do que afirma o Advogado-Geral, a faculdade de escolher a contraparte não se manifesta como elemento essencial do contrato. São diversos os casos em que essa liberdade

¹⁵ Conclusões do Advogado-Geral, cit., para. 74.

¹⁶ Ac. «Scala», cit., para. 74.

¹⁷ Ac. «Scala», cit., para. 71.

¹⁸ Ac. «Scala», cit., para. 75.

¹⁹ Não partilhando esta perspectiva e considerando que no caso *sub iudice* não se estaria perante um contrato mas perante um simples negócio jurídico de fixação de uma obrigação pré-existente onde se precisa a forma e o prazo em que esta deverá ser cumprida, T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUES, «La Sentencia del TJCE...», cit., p. 17. Considerando que o TJUE decidiu correctamente, mas criticando a argumentação por este apresentada, ver C. VIANA, *Os princípios comunitários...*, cit., pp. 377-378.

de escolher a contraparte não se encontra presente e nem por isso se duvida a presença da figura contratual. Tal acontece, desde logo, nos casos em que um direito de preferência resulta directamente da lei²⁰ ou em que a lei determina limitações subjectivas a contratar²¹.

De facto, a noção de contrato indica-nos que este se define como o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses²². Daqui se retira que é o acordo de vontades juridicamente vinculativo entre os contratantes que se apresenta como elemento essencial da figura do contrato²³. Dos autos resulta que este acordo de vontades se encontra presente, visto ter a comuna de Milão a possibilidade de aceitar ou rejeitar a proposta e ser através deste acordo realizado entre esta entidade adjudicante e os promotores imobiliários que se estabelece a data de entrega do edifício.

²⁰ A título de exemplo veja-se as preferências legais, estabelecidas no Código Civil, nos arts. 1380.º e 1381.º (dos proprietários de territórios confinantes), arts. 1409.º e 1410.º (do comproprietário), art. 1535.º (do direito de superfície), art. 1555.º (em caso da alienação de alienação do prédio encravado) e art. 2130.º (quanto ao quinhão hereditário). Veja-se, ainda, no campo do arrendamento urbano, como resultaram do Novo Regime de Arrendamento Urbano, o art. 1091.º (preferência do arrendatário na compra e venda, dação em cumprimento ou celebração de novo contrato) e art. 1112.º n.º 4 (preferência do senhorio no trespasse por venda ou dação em cumprimento). MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 452.

²¹ Veja-se, por exemplo, no Código Civil, arts. 876.º e 579.º (venda e cessão de coisas ou direitos), o art. 877.º (proibição arts. 953.º e 2192.º a 2198.º (doação a favor daqueles que se encontrem na situação de indisponibilidade relativa). M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 238-239; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almeida, Coimbra, 2000, pp. 240-241.

²² CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 647; J. M. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, cit., p. 212. Também, no campo de direito público, se mostra o acordo de vontades como um dos elementos constitutivos da noção contrato, tal como fica expresso no art.178.º do CPA. Veja-se, entre outros, JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 8.ª edição, Âncora, Lisboa, 2005, p. 233; JOSÉ FIGUEIREDO DIAS / FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 239; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 517.

Não nos parece, igualmente, ser de aceitar o argumento apresentado pelo Advogado-Geral que afirma que as formalidades processuais do direito comunitário de empreitadas de obras públicas apenas se justificam quando as entidades adjudicantes dispõem de uma margem de apreciação na designação dos agentes económicos, visto que sem esta margem de decisão cessaria a possibilidade de discriminar e consequentemente não existiria justificação para a aplicação do regime de regras de contratação pública.

No nosso entender não é exacta a afirmação de que uma norma como a descrita não permite discriminar, visto que, e ao contrário do que afirma o Advogado-Geral, esta norma permite algum espaço de escolha à entidade adjudicante. A norma, é certo, não habilita aquela entidade a escolher livremente a contraparte, mas permite-lhe a importante decisão de se adjudica aquela obra ao requerente do loteamento ou realiza um procedimento de adjudicação.

As Directivas que regulam a contratação pública têm, efectivamente, como princípios orientadores a igualdade e a não discriminação entre concorrentes²⁴. Estes princípios colocam sobre a entidade adjudicante um dever de realizar procedimentos livres, abertos e transparentes, o que não será compatível com a possibilidade da entidade adjudicante decidir se abre, ou não, um procedimento de adjudicação. Ao optar por entregar a realização de determinada obra pública a um determinado promotor imobiliário, estará a impedir que outros empreiteiros, potencialmente mais eficientes, se candidatem a essa realização, não permitindo uma efectivação do princípio da concorrência que apenas se poderia atingir através de um procedimento de adjudicação aberto a todos os concorrentes²⁵.

²³ Existem, porém, situações em que poderá existir a figura de contrato mesmo sem a presença deste acordo de vontades. É esta a situação que sucede com as empresas concessionárias de serviços públicos, a respeito dos utentes que satisfaçam as exigências legais. Ver M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 232-233; J. M. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, cit., pp. 236-237.

²⁴ Cfr. art. 2.º da Directiva 2004/18/CE e art. 1.º n.º 4 do CCP.

²⁵ Com a revogação do art. 183.º do CPA, que consagrava o concurso público como modo normal de escolha do co-contrante em contratos administrativos, e a actual paridade estabelecida pelo legislador entre o concurso público e concurso limitado por prévia

b) *Sobre a condição relativa à existência de um empreiteiro*

Como já se afirmou, a existência de um contrato de empreitada exige, para além da presença de uma entidade adjudicante, a atribuição do contrato a um empreiteiro. Também a existência deste elemento se mostra controversa, negando o Advogado-Geral que este se encontre presente no caso apresentado ao TJUE. Afirma o Advogado-Geral que o segundo motivo pelo qual deverá ser rejeitada a qualificação desta convenção como contrato de empreitada de obras públicas deriva «*do facto de o requerente do loteamento não ser sempre um empreiteiro*»²⁶. O facto de o requerente do loteamento não executar necessariamente as obras, podendo designar um empreiteiro que a realizará, tem como consequência que não existe uma ligação directa entre o empreiteiro efectivo e a entidade adjudicante, não tendo, assim, a entidade adjudicante, uma intervenção directa na obra encomendada. Afirma o Advogado-Geral que face a esta situação desaparecem as razões que justificariam a aplicação da directiva, pois o requerente do loteamento actuará segundo «*uma lógica de pura racionalidade económica que o incentiva a fazer uma escolha tendo em conta os seus próprios interesses*» encontrando-se, assim, assegurado «*de maneira quase automática, o respeito pela concorrência efectiva já que, com esta preocupação de economia, o particular com liberdade de escolher o empreiteiro, e devedor a título exclusivo do preço que irá pagar, procurará a optar pela melhor proposta ao melhor preço.*»²⁷

Contudo, também neste ponto o TJUE discorda das Conclusões apresentadas. Afirma o TJUE que a «*Directiva não exige que a pessoa que celebra um contrato com uma entidade adjudicante*

qualificação torna-se duvidoso que se possa defender a validade de um princípio do concurso público como corolário do princípio da concorrência. Poderá, contudo, afirmar-se, incontestavelmente, um princípio do acesso público aos procedimentos da contratação pública, no sentido de que, salvo circunstâncias excepcionais, qualquer interessado que preencha as condições de acesso deve poder apresentar-se à obtenção dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes. RODRIGO ESTEVES OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in org. PEDRO GONÇALVES, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 67-68.

²⁶ Conclusões do Advogado-Geral, cit., para. 86.

²⁷ Conclusões do Advogado-Geral, cit., para. 90.

²⁸ Ac. «Scala», cit., para. 90.

*esteja em condições de realizar directamente a prestação acordada com os seus próprios recursos para poder ser qualificada como empreiteiro; é suficiente que seja capaz de fazer executar a prestação em causa, fornecendo as garantias necessárias para este efeito.»*²⁸ Para este Tribunal, o facto de a MCS subscrever os acordos que a comuna de Milão concluiu com a sociedade *Pirelli*, cumpre a obrigação de fornecer garantias suficientes quanto à realização das obras programadas.

Parece ser de subscrever, igualmente neste ponto, a posição avançada pelo TJUE. A jurisprudência do TJUE, anterior a este caso, tinha já optado por uma definição ampla de empreiteiro, considerando ser possível que «*um prestador que não preenche por si só as condições mínimas exigidas para participar no processo de adjudicação de um contrato de serviços, invocar, perante a entidade adjudicante, as capacidades de terceiros a que conta recorrer se o contrato lhe for adjudicado.*»²⁹ Pode-se, então, retirar da jurisprudência comunitária que bastará, para a aplicação da directiva, que exista uma contraparte que garanta a realização de uma obra, não sendo necessário que esta a realize directamente³⁰.

O segundo argumento apresentado pelo Advogado-Geral afirma-se, porém, mais difícil de desmontar, necessitando que sobre ele se realize uma mais profunda reflexão. O Advogado-Geral argumenta, essencialmente, que ao permitir-se a um privado escolher o empreiteiro de determinada obra se assegura a escolha do empreiteiro mais eficiente, capaz de apresentar a proposta mais vantajosa para a realização da obra em questão. Na base deste argumento encontra-se a presunção de que um privado, impelido pela maximização do seu lucro, procurará, sempre, o empreiteiro que realize a obra a menor custo.

Não deverá, porém, este argumento ser considerado decisivo. Apesar de, em muitas situações, escolher o empreiteiro mais eficaz

²⁹ TJUE, ac. «*Holst Italia*», de 2 de Dezembro de 1999, Proc. n.º C-176/98, para. 27.

³⁰ Distingue-se a definição de empreiteiro realizada pelo TJUE daquela que é a realizada pela legislação portuguesa. No Decreto-Lei n.º 12/2004 de 9 de Janeiro, que assegura as condições de acesso e permanência na actividade de construção, empreiteiro é definido, no art. 3.º al. b), como o empresário em nome individual ou sociedade comercial que, nos termos daquele diploma se encontra habilitado, a exercer a actividade de construção.

ser a opção economicamente mais racional, isso não significa que este seja, na prática, aquele que será escolhido para essa realização. Desde logo um promotor imobiliário poderá ter ligações comerciais habituais com determinados empreiteiros que o poderão levar a optar por um dos seus parceiros comerciais usuais, situação que se tornará ainda mais provável no caso de existirem relações de amizade, familiaridade ou outras, entre o requerente do loteamento e o empreiteiro directo escolhido por este.

Também se poderá afirmar que, em certas situações, a escolha do empreiteiro mais eficiente não se afirmará como a opção mais barata para o requerente do loteamento. Tal sucederá porque o requerente do loteamento não estará, tal como uma entidade adjudicante, perante uma situação de informação perfeita, desconhecendo total ou parcialmente o valor das propostas que cada empreiteiro lhe apresentaria. Uma entidade adjudicante está, dentro das regras legais³¹, obrigada a suprir estas falhas de informação, promovendo procedimentos de adjudicação abertos e publicitados, suportando, assim, o custo de superação dessas falhas de informação³². Um privado, porém, poderá, num mercado em que estime que os valores apresentados pelos diversos concorrentes, interessados na realização da obra, não manifestarão assinaláveis divergências, optar por não suprir, total ou parcialmente, a sua falta de conhecimento das condições de mercado optando por entregar a realização da obra a um empreiteiro sem incorrer nos custos relacionados com a obtenção de mais informação³³.

³¹ O nível de publicidade e abertura do concurso estará dependente do valor do contrato e de critérios materiais, definidos nos art.º 17 e ss. do CCP.

³² A realização de um concurso público, ou de um outro procedimento complexo de adjudicação, envolve um conjunto diverso de custos. Existirão custos relacionados com a divulgação do procedimento de adjudicação, com a preparação desse mesmo procedimento, no esclarecimento de potenciais concorrentes, na avaliação das diferentes propostas e custos na adjudicação e celebração do contrato com o concorrente vencedor. Estes custos não se reflectirão apenas em valores financeiros a despender pela entidade adjudicante, mas também, horas dispensadas pelos serviços e trabalhadores da entidade adjudicante e custos de oportunidade derivados da extensão temporal do procedimento.

³³ A minimização de custos de uma empresa poderá dar-se em duas vertentes, na diminuição de custos de produção ou na redução de custos de transacção. Se os custos

Acrescente-se que no caso apresentado não resultará, também, forte incentivo a que o requerente do loteamento procure o empreiteiro directo que realize melhor preço, visto que poderá sempre fazer repercutir o custo superior com a realização das obras num maior nível de dedução da taxa devida. Por último, aceitar que o requerente do loteamento escolha livremente o empreiteiro directo não significará, igualmente, a escolha do empreiteiro mais eficiente, pois este, no caso de se dedicar, também, à realização de empreitadas, poderá decidir-se por uma “auto-adjudicação” não permitindo que outros empreiteiros, eventualmente interessados na realização daquela obra pública, possam aceder àquele contrato.

c) Quanto ao elemento relativo ao carácter oneroso do contrato

O último requisito controverso que se mostra necessário demonstrar para podermos afirmar estar perante um contrato de empreitadas de obras públicas é a onerosidade do contrato. A presença deste elemento é, também, negada pelo Advogado-Geral que nas suas conclusões argumenta que «*não se afigura que a comunidade pública faça um financiamento no caso de execução directa de obras “em dedução”*»³⁴. Para o Advogado-Geral não se pode con-

de transacção forem negligenciáveis a opção de uma empresa será contratar externamente a realização de determinado produto ou serviço que não represente o conteúdo essencial da actividade desta, pois a contratação externa permitirá fazer uso de economias de escala estáticas e fazer uso de benefícios derivados da agregação da procura. Porém, caso os custos de transacção, ou seja, os custos associados à contratação externa para além da aquisição do bem ou serviço em si, sejam elevados, uma empresa poderá procurar integrar a produção daquele produto ou serviço acessório à prestação essencial prestada por esta. Ver OLIVER WILLIAMSON, «Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations», in *Journal of Law and Economics*, 2, October, 1979, p. 245. Isto permite explicar porque um requerente do loteamento poderá preferir em vez de procurar exaustivamente o empreiteiro mais eficiente, contratar com um que lhe esteja mais próximo diminuindo assim os seus custos de transacção ou realizar ele mesmo a obra integrando a construção de equipamento nas suas actividades. Apesar de existir aqui uma diminuição de custos que poderia, à partida, ser vantajosa para entidade adjudicante, as regras de contratação pública não tem como função primordial a diminuição de custos da entidade adjudicante, mas sim proteger a liberdade de circulação e estabelecimento das empresas mais eficientes no mercado, oferecendo-lhes a oportunidade de, em plano de igualdade, procurar a adjudicação de contratos públicos.

³⁴ Conclusões do Advogado-Geral, cit., para. 101.

siderar que o contrato seja oneroso, visto «o património da comuna é acrescido do valor desta mesma obra, sem despesas da sua parte, enquanto o património do requerente do loteamento se vê diminuído deste mesmo valor, sem outra contrapartida financeira que não seja a dispensa do pagamento da contribuição.»³⁵

Sobre a presença deste último requisito é divergente a posição adoptada pelo TJUE em relação àquela manifestada pelo Advogado-Geral. O TJUE considera que «o titular de uma licença de construção ou de um plano de loteamento aprovado que realize as obras de equipamento não efectua qualquer prestação a título gratuito, uma vez que liquida uma dívida com o mesmo valor.»³⁶ O TJUE entende aqui, mais uma vez, que apenas a realização de um procedimento de adjudicação permitirá cumprir os objectivos da directiva, ou seja, a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas.

Mais uma vez parece-nos ser correcta a interpretação realizada pelo TJUE. Efectivamente, o que distingue um contrato gratuito de um contrato oneroso será a intenção das partes de originar vantagens para uma só parte, caso em que teremos um contrato gratuito, ou para as duas partes, caso em que teremos um contrato oneroso³⁷. Deverá, então, atender-se à existência ou não de um espírito de liberalidade, ou seja, à intenção de realizar uma prestação sem existir uma vantagem correspectiva a essa realização. Não será, certamente, esta a situação do caso *sub iudice*, pois o requerente do loteamento

³⁵ Conclusões do Advogado-Geral, cit., para. 101.

³⁶ Ac. «Scala», cit., para. 84.

³⁷ A onerosidade ou a gratuitidade de um contrato é uma classificação que não se confunde com a bilateralidade ou unilateralidade do mesmo, visto serem possíveis tanto contratos unilaterais a título oneroso (pense-se no caso do mútuo retribuído) como contratos bilaterais a título gratuito (pense-se na doação modal ou com encargos). Ver M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 368-369; J. M. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, pp. 405-406. Contudo, a proximidade entre estas duas classificações levou a que estas tenham sido identificadas, nomeadamente no seio da doutrina italiana, o que permitirá compreender o argumento avançado pela demandada que o contrato não se apresenta como oneroso visto não ter um carácter sinalagmático, ou seja, não existir nenhuma contra-prestação a cargo da comuna. Porém, como vimos, não existe uma identificação necessária destas duas classificações, não devendo por isso aceitar-se o argumento apresentado pela demandante.

não realiza a obra de equipamento com um espírito de liberalidade, mas sim, contra a dedução da taxa devida à comuna de Milão a título de encargos para equipamento.

No caso descrito, apesar de não existirem desembolsos monetários por parte da Administração, resultam claros benefícios económicos a favor dos promotores de loteamento³⁸. Efectivamente, e recuperando a linguagem do art. 17.º n.º 2 do CCP, o benefício económico não é uma noção que inclua apenas o preço a pagar por parte de uma entidade adjudicante ou por terceiros, mas deverá incluir, igualmente, qualquer vantagem que decorra directamente da execução e que possa ser configurada como contraprestação do contrato realizado.

2.1.2. Conclusões do acórdão *la Scala*

Sobre o acórdão *la Scala* poderá afirmar-se que representa um claro passo na abertura dos contratos urbanísticos à aplicação do princípio da concorrência, tendo como consequência que os operadores económicos encarem aqueles contratos como um mercado público em que a contra-parte seja escolhida por critérios de eficiência económica e capacidade de apresentar propostas mais vantajosas.

Através de uma interpretação essencialmente funcional do regime comunitário de contratação aplicável às empreitadas, o TJUE “coloca um travão” à discricionariedade da Administração quanto ao modo de determinar a selecção do empreiteiro da realização de obras de equipamento. Efectivamente, uma solução diferente por parte do TJUE significaria permitir ao município, em determinadas situações, adjudicar directamente a um particular aquela que é, para todos os efeitos, uma obra pública, não só não permitindo que empreiteiros competitivos realizassem aquelas obras em condições mais vantajosas para a entidade adjudicante, como permitindo que aquela Administração tratasse de forma discriminatória alguns particulares perante outros, autorizando que alguns realizassem aquelas

³⁸ J. C. TEJEDOR BIELSA, «Contratación de la obra...», cit., p. 601.

obras contra uma dedução nas taxas pagas e que outros não tenham essa possibilidade.

Importante é, por último, fazer referência à possibilidade, que o TJUE, admite de a entidade adjudicante não ter de realizar, directamente, um dos procedimentos previstos nas Directivas de contratação. Afirma o TJUE que o efeito útil da Directiva «*será também conseguido se a legislação nacional permitir à administração comunal obrigar o titular do loteamento detentor da licença, através dos acordos que com ele celebrar, a realizar as obras acordadas através do recurso aos processos previstos na Directiva.*»³⁹ Significa isto que o fundamental é que a escolha do empreiteiro directo seja realizada através do recurso às regras de contratação, mesmo que essa escolha não seja realizada directamente pela entidade adjudicante, mas sim através de um privado⁴⁰.

2.2. O acórdão *Auroux*⁴¹

A utilização das Directivas de contratação pública como forma de controlar a discricionariedade das entidades administrativas na realização de contratos urbanísticos foi ainda estendida no posterior acórdão *Auroux*. Apresenta-se, igualmente, esta como uma decisão importante, visto permitir esclarecer a forma como o TJUE interpreta alguns dos conceitos já abordados no acórdão *la Scala*, sobretudo, indicando como deverá ser abordado o conceito de obra. A impor-

³⁹ Ac. «*Scala*», cit., para. 100.

⁴⁰ Efectivamente nada parece impedir que um particular adopte, como regulamento de escolha de um contratante, as disposições de contratação pública, incorrendo, inclusivamente, em responsabilidade perante potenciais co-contratantes, por violação dos ditames da boa-fé, no caso de frustrar as expectativas criadas pelos diversos interessados. JOSÉ MANUAL ROUBAUD Y PUJOL «A aplicação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas às empreitadas particulares» in *ROA*, 54, Vol. II, Julho, 1994, p. 545.

⁴¹ Consultável em <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=pt&num=79929881C19050220&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>.

As conclusões do Advogado geral podem ser vistas em <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=pt&num=79939384C19050220&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL>

tância desta sentença manifestar-se-á, ainda, pois permite conhecer a posição do Tribunal sobre a cada vez mais relevante figura das empresas com capitais mistos e como a estas se aplicarão as regras de contratação pública no campo do direito de urbanismo.

2.2.1. *Antecedentes*

Na origem deste caso está, igualmente, um reenvio prejudicial, desta vez por parte do *Tribunal administratif de Lyon*. Perante este Tribunal encontrava-se um diferendo entre a Commune de Roanne e os membros da oposição no conselho municipal relativo à construção de um centro de lazer que incluía a construção de um cinema, de espaços comerciais destinados a ser cedidos a terceiros, vias de acesso, um parque de estacionamento e espaços públicos a ser entregues à entidade adjudicante

A execução deste projecto caberia à *Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, uma sociedade de desenvolvimento urbana de economia mista, que se encarregaria de procurar meios de financiamento, organizar a realização de estudos, proceder a aquisições imobiliárias e ordenar a realização das obras de construção. Nos termos da convenção celebrada entre aquela sociedade e a comuna de Roanne, em troca das construções a serem integrados no património da cidade, esta co-financiaria aquele projecto e assumiria os riscos pelas perdas e pelas parcelas não alienadas.

Os demandantes pediam ao Tribunal francês que este anulasse a convenção pública de ordenamento urbano, pois consideravam que esta representava uma violação das Directivas comunitárias de contratação, visto que a realização desta convenção de urbanismo não tinha sido antecedida da realização de um procedimento de adjudicação. Perante estes factos, o *Tribunal administratif de Lyon* optou por suspender e a instância e colocar perante o TJUE as seguintes questões prejudiciais:

1) Um contrato pelo qual uma primeira entidade adjudicante encarrega uma segunda entidade adjudicante da realização de uma operação de ordenamento urbano, no âmbito da qual esta segunda entidade adjudicante entrega à primeira obras destinadas a satisfazer as suas necessidades, constitui um contrato de empreitada de obras

públicas na acepção do disposto no art. 1.º da Directiva 93/37/CEE de 14 de Junho de 1993?

2) No caso de resposta afirmativa à primeira questão, a primeira entidade adjudicante está dispensada, para celebrar esse contrato, de aplicar os processos de adjudicação de contratos previstos pela mesma directiva, na medida em que este contrato só pode ser celebrado com determinadas pessoas colectivas e que estes mesmos procedimentos serão aplicados pela segunda entidade adjudicante para a adjudicação das respectivas empreitadas de obras?

2.2.2. Conclusões fundamentais do acórdão Auroux

Na sua sentença o TJUE reafirma a sua interpretação de contrato empreitada de obras públicas, identificando-lhe os mesmos seis elementos já enunciados no acórdão *la Scala*. Mais uma vez não se afirmaram quaisquer dúvidas perante a natureza de entidade adjudicante atribuída à comuna de Roanne ou quanto ao carácter escrito da convenção celebrada. O facto de a *SEDL* receber um montante como contrapartida da cessão do parque estacionamento, receber uma participação da comuna em todas as despesas a realizar e ter direito a receber receitas de terceiros pelas parcelas comerciais alienadas não permite duvidar do carácter oneroso deste contrato. Por último, quanto ao carácter de empreiteiro da *SEDL*, opta o TJUE pela controversa formulação já afirmada, repetindo que «*não se exige que a pessoa que celebra o contrato com uma entidade adjudicante esteja em condições de realizar directamente a prestação acordada com os seus próprios recursos*»⁴², não assumindo, por isso, dúvidas de maior que a *SEDL* se apresenta como um empreiteiro.

Revela-se, porém, mais inovadora esta sentença quanto à interpretação da presença do elemento relativo à existência de uma obra pública. O TJUE opta, também em relação a este requisito, por uma interpretação ampla⁴³, considerando que o facto de a realização do centro de lazer se destinar a acolher actividades comerciais e servi-

⁴² Ac. «Auroux», cit., para. 38.

⁴³ J. M. GIMENO FELIU, «El urbanismo como actividade...», cit., p. 96.

ços satisfaz a condição prevista no art. 1.º al. c) da Directiva de que a obra terá de realizar uma função técnica ou económica. Esclarece, igualmente, o TJUE que a realização do centro de lazer satisfaz as necessidades indicadas pela comuna de Roanne na convenção, visto que «*resulta de várias disposições da convenção que, através da construção do centro de lazer no seu conjunto, a comuna de Roanne procura reposicionar e dinamizar o bairro da estação.*»⁴⁴

Fica ainda claro que em relação a este elemento o TJUE opta por uma interpretação funcional, procurando estender o conceito de obra da Directiva, normalmente associado ao conceito de obra pública, a obras de claro interesse privado, podendo se concluir que bastará determinada obra realizar um interesse da entidade adjudicante para, sem mais, se poder afirmar que esta preenche o critério relativo à realização de um obra. Não se poderá, contudo, afirmar que o TJUE prescindia totalmente de um elemento intencional que se traduza num fim de interesse colectivo. O TJUE é claro a afirmar que o facto da construção do centro de lazer se integrar num objectivo de revitalização de parte da cidade é necessário para se poder afirmar perante uma obra à qual se exige a aplicação das regras de contratação pública⁴⁵. Deverá, por isso, afirmar-se que para determinada obra se apresentar como susceptível de ser integrada num contrato de empreitada de obras públicas, esta deverá satisfazer, ainda que indirectamente, um interesse público, mesmo que não possa ser considerada uma obra pública *stricto sensu*.

Uma outra questão de assumida importância abordada por este acórdão é a de saber se o facto de a convenção ser elaborado entre duas entidades adjudicantes significará que não será necessário aplicar um procedimento de adjudicação no contrato realizado entre

⁴⁴ Ac. «Auroux», cit., para. 42.

⁴⁵ A existência de um fim de interesse colectivo na obra a construir mostra-se como elemento constitutivo de um contrato de empreitada de obras públicas, sendo, aliás, esta finalidade pública a razão que justifica o afastamento do regime de empreitada de obra pública do regime de empreitada civil. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Códigos dos Contratos Públicos – comentado e anotado*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 797; JOÃO CAUPERS, «Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?» in *Direito e Justiça*, Vol. Especial, 2005, p. 97.

estas⁴⁶. Poderia argumentar-se, neste sentido, que a segunda entidade adjudicante, ao ser obrigada a recorrer, relativamente a todos os contratos subsequentes, a um procedimento de adjudicação, dispensaria a primeira de efectuar tal procedimento, visto que o princípio da concorrência será protegido independentemente do concurso ser organizado pela primeira ou pela segunda entidade adjudicante.

O TJUE não aceitou, porém, esta visão, considerando que «*a directiva não contém disposições que permitam afastar a sua aplicação no caso de um contrato de empreitada de obras públicas celebrado entre duas entidades adjudicantes, mesmo admitindo que a segunda entidade adjudicante seja obrigada a subcontratar o valor total do contrato a sucessivos empreiteiros.*»⁴⁷ Além disso, o TJUE relembra que nada na convenção determina que a *SEDL* seja obrigada a subcontratar a totalidade do contrato convencionado. Por estas duas razões o TJUE conclui «*que uma entidade adjudicante não está dispensada de recorrer aos processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas previstos pela directiva com o fundamento de que, nos termos do direito nacional, essa convenção só pode ser celebrada com determinadas pessoas colectivas que possuem, elas próprias, a qualidade de entidade adjudicante.*»⁴⁸

Neste último ponto o TJUE parece afastar-se da sua decisão no acórdão *la Scala*, pois, como vimos, o TJUE tinha naquele acórdão admitido, expressamente, a possibilidade de uma entidade adjudicante exonerar-se da sua responsabilidade de proceder a um procedimento de adjudicação se, no contrato celebrado, o co-contratante se compromettesse a utilizar um procedimento de adjudicação que respeitasse as regras da Directiva. Estamos, porém, perante situações assumidamente diferentes, visto que enquanto no acórdão *la Scala*

⁴⁶ A possibilidade de duas entidades adjudicantes realizarem contratos com o objecto de elaborar, alterar, rever ou executar instrumentos gestão territorial é expressamente admitida no art. 6.º-A n.º 7 do RJIGT. Defendendo que aos contratos urbanísticos entre duas entidades adjudicantes não estão sujeitos às regras procedimentais descritas nos n.º 4 a 6 daquele artigo, ver ALEXANDRA LEITÃO, «A contratualização no direito do urbanismo» in *RJUA*, 25/26, Janeiro/Dezembro, 2006, p. 18.

⁴⁷ Ac. «Auroux», cit., para. 66.

⁴⁸ Ac. «Auroux», cit., para. 68.

a entidade adjudicante via completamente cerceada a sua liberdade de escolha da contraparte, no acórdão *Auroux* a comuna de Roanne poderia ter escolhido entre um conjunto, ainda que limitado, de diferentes entidades⁴⁹. Diferença relevante é, igualmente, o TJUE se encontrar no acórdão *la Scala* perante uma convenção celebrada entre uma entidade adjudicante e um ente privado e no acórdão *Auroux* perante uma convenção celebrada entre duas entidades adjudicantes, ainda que uma fosse participada por capitais privados.

Poderá retirar-se, por analogia, que se basta o facto de um ente adjudicante ter uma participação privada para não ser possível a uma entidade adjudicante furtar-se a um procedimento de adjudicação, garantindo que os subcontratos serão realizado em conformidade com as regras das Directivas, por maioria de razão, tal não justificará, com toda a certeza, a fuga a essas regras se a contraparte for um ente totalmente privado. Porém, apenas uma nova decisão do TJUE poderá permitir esclarecer, de forma total, as incoerências entre estes dois acórdãos relativos a este ponto, podendo, desde já, afirmar-se que não parecerá lógico exigir a realização de um duplo procedimento de adjudicação, tal como foi exigido no acórdão «Auroux», caso se verifique uma garantia da subcontratação total do contrato⁵⁰.

⁴⁹ Efectivamente a comuna de Roanne poderia ter optado por realizar aquela convenção urbanística com uma entidade diferente da SELD apesar de nos termos «do artigo L. 3004, n.º 2, na redacção anterior, do Code de l'urbanisme, que nessa época só podiam ser escolhidas como cocontratantes entidades públicas francesas e determinadas sociedades francesas de economia mista.», Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, in acórdão «Auroux», de 15 de Junho de 2006, para. 78.

⁵⁰ O TJUE afirma no acórdão *Auroux*, seguindo de perto as Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, que uma segunda entidade adjudicante poderá sempre realizar contratos subsequentes de valor inferior àqueles estabelecidos na Directiva furtando-se, assim, a aplicação das regras de contratação pública. Contudo, tal fuga das regras da contratação através deste método, não se manifestará tão simples, visto a Directiva 2004/18/CE prever directamente um mecanismo para lidar com tais fugas, estabelecendo o art. 9.º n.º 5 al. a) que «sempre que uma obra prevista ou um projecto de aquisição de serviços possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor total estimado da totalidade desses lotes.»

2.3. O acórdão *Helmut Müller*

A recente decisão do TJUE no acórdão *Helmut Müller*⁵¹ apresenta-se como o último passo no desenvolvimento da jurisprudência daquele Tribunal, em relação à definição de que actos urbanísticos se encontram sujeitos à aplicação das Directivas de contratação pública e, conseqüentemente, se devem apresentar como mercados abertos à concorrência. Não invertendo a direcção tomada no acórdão *Auroux*, decorrem, porém, importantes limites à decisão tomada pelo TJUE naquele acórdão, que permitem melhor compreender o exacto escopo da aplicação das regras da contratação pública a acordos de desenvolvimento urbanístico.

2.3.1. Antecedentes

Na origem deste caso encontra-se o anúncio, em Outubro de 2006, por parte da *Bundesanstalt*, agência federal alemã responsável pela gestão da propriedade governamental, da intenção de proceder à alienação de um terreno de 24 hectares anteriormente afecto a fins militares. *Helmut Müller*, empresa do sector imobiliário, realizou uma proposta pelos terrenos em questão, em Novembro de 2006, no valor de 4.000.000 € sob condição de que o Conselho Municipal de Wildeshausen aprovasse um plano urbanístico baseado nos seus projectos de utilização dos terrenos. Esta proposta não foi aceite pelo Conselho Municipal.

Em Janeiro de 2007, a *Bundesanstalt* abriu um concurso com vista a vender o terreno em questão, pedindo aos possíveis interessados que apresentassem propostas pelo terreno. Contudo, tais propostas deveriam ser realizadas sem um planeamento de construção pré-determinado. Neste contexto foram apresentadas quatro propostas, tendo a empresa *Helmut Müller* apresentado uma proposta no

⁵¹ TJUE, ac. «Helmut Müller», de 25 de Março de 2010, Proc. n.º C-451/08, in <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=pt&num=79899674C19080451&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>.

As conclusões do Advogado Geral podem ser consultadas in <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=pt&num=79908882C19080451&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL>.

valor de 1.000.000 €. Posteriormente, o município de Wildeshausen pediu aos proponentes que apresentassem os seus próprios projectos para a utilização da área. Em Junho de 2007, a *Bundesanstalt* aceitou a proposta da empresa *Gut Spascher Sand Immobilien GmbH* no valor de 2.500.000 €, declarando a preferência do projecto desta última por razões urbanísticas. O contrato de compra e venda não fez, contudo, qualquer referência à futura utilização do terreno alienado.

Insatisfeito com a decisão da agência federal, a *Helmut Müller* interpôs recurso da decisão da *Bundesanstalt* para a entidade dotada de competência jurisdicional em primeira instância em matéria de contratos públicos. Tendo aquela entidade julgado inadmissível a acção proposta pela empresa *Helmut Müller*, esta decidiu interpor recurso para o *Oberlandesgericht Düsseldorf*. Este Tribunal decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça, essencialmente, as seguintes questões:

1) O conceito de contratos de empreitada de obras públicas, na acepção do art. 1.º n.º 2 al. b) da Directiva, exige que a empreitada objecto do contrato seja executada em sentido material ou corpóreo para a entidade adjudicante e no interesse económico directo desta ou basta que essa obra satisfaça um objectivo público, como o desenvolvimento urbanístico de uma parte de um município?

2) O conceito de contrato de empreitada de obras públicas, nos termos do art. 1.º n.º 2 al. b) da Directiva, exige que o empreiteiro esteja directa ou indirectamente obrigado a executar a obra? Nesse caso, deve tratar-se de uma obrigação judicialmente exigível?

3) As necessidades especificadas pela entidade adjudicante, na acepção da terceira hipótese referida no art. 1.º n.º 2 al. b), da Directiva 2004/18, podem consistir quer no facto de a entidade adjudicante exercer a competência de se assegurar que a obra a realizar satisfaz um interesse público quer no exercício da competência reconhecida à entidade adjudicante para verificar e aprovar os planos de construção?

4) As disposições da Directiva 2004/18 aplicam-se a uma situação na qual uma autoridade pública vende um terreno a uma empresa tendo outra autoridade pública a intenção de celebrar um contrato de empreitada de obras relativo a este terreno apesar de ainda não

ter formalmente decidido proceder à sua adjudicação? Existe a possibilidade de, do ponto de vista jurídico, se considerar como um todo a venda do terreno e a adjudicação subsequente de um contrato de empreitada de obras que tem por objecto esse mesmo terreno?

2.3.2. Conclusões fundamentais do acórdão Helmut Müller

O Tribunal de Justiça começa por esclarecer que determinado contrato apenas poderá ser qualificado como um contrato de empreitada de obras públicas quando se revestir de *interesse económico directo para a entidade adjudicante*. Naturalmente que este requisito se encontra presente sempre que a entidade adjudicante se torna proprietária da empreitada realizada. Existe ainda um interesse económico directo, como decorre dos acórdãos *La Scala* e *Auroux*, quando for previsto que a entidade adjudicante disporá de um título jurídico que lhe garanta a disponibilidade das obras objecto do contrato tendo em vista a sua afectação pública residir nas vantagens económicas que a entidade adjudicante poderá retirar da utilização ou da cessão futuras da obra, no facto de ter participado financeiramente na realização da obra ou nos riscos que assume em caso de insucesso económico da obra.

Porém, o TJUE estabelece um importante limite à aplicação do conceito de empreitadas públicas no campo do direito urbanístico. Explica o Tribunal «*que a execução das obras de construção, pelo menos quando estas têm uma certa envergadura, deve, regra geral, ser objecto de autorização prévia por parte da autoridade pública competente em matéria de urbanismo*» e que «*esta autoridade deve apreciar, no exercício das suas competências de regulação, se a execução da obra é conforme com o interesse público.*»⁵² Contudo, «*o simples exercício de competências de regulação em matéria de urbanismo, visando a realização do interesse geral, não tem por objecto receber uma prestação contratual nem satisfazer o interesse económico directo da entidade adjudicante, conforme exige o artigo 1.º n.º 2, alínea a), da Directiva 2004/18.*»⁵³

⁵² Ac. «Helmut Müller», cit., para. 56.

⁵³ Ac. «Helmut Müller», cit., para. 57.

Assim, o facto de um particular realizar obras em consonância com as políticas urbanísticas não é, então, suficiente para se afirmar realizar um interesse económico directo da entidade adjudicante. Opção diferente por parte do TJUE, confirmando uma interpretação ampla do acórdão *Auroux*, teria significado uma verdadeira revolução no direito de urbanismo, transformando de forma decisiva a construção de projectos urbanísticos de grande dimensão. O TJUE esclarece, ainda, que apenas se pode falar num contrato de empreitada no caso da obrigação de realizar a obra objecto do contrato poder ser juridicamente exigível.

É certo que o TJCE não exige que para a definição de um determinado acordo, entre uma entidade pública e um particular, como contrato de empreitada de obras públicas, exista um caderno de encargos *stricto sensu*. Contudo, para se poder afirmar que determinada obra satisfaz as necessidades especificadas pela entidade adjudicante é «*necessário que aquela tenha tomado medidas no sentido de definir as características da obra ou, pelo menos, de exercer uma influência determinante na concepção da mesma.*»⁵⁴ Não pode, portanto, afirmar-se que determinadas obras serão susceptíveis de se configurar como obras públicas, para efeitos de aplicação das Directivas de contratação pública, pelo «*simples facto de uma autoridade pública examinar determinados planos de construção que lhe sejam apresentados ou tomar uma decisão no exercício das suas competências em matéria de regulação urbanística.*»⁵⁵

Em conclusão, o acórdão *Helmut Müller* garante que a maioria de actividades realizadas, pela Administração, na definição de planos e projectos de desenvolvimento urbanístico não serão sujeitas à obrigação do respeito pelas regras de contratação pública. Limitando o escopo de aplicação do acórdão *Auroux*, não inverte, porém, o importante campo de sobreposição entre estes dois ramos de Direito. Efectivamente, as directivas de contratação pública têm um importante papel nalguns dos actuais contratos urbanísticos previstos no actual quadro jurídico nacional. Procuraremos analisar esta influência no ponto seguinte do nosso texto.

⁵⁴ Ac. «*Helmut Müller*», cit., para. 67.

⁵⁵ Ac. «*Helmut Müller*», cit., para. 69.

3. A Influência das Directivas de Contratação Pública nos Contratos Urbanísticos Em Portugal

3.1. *Noção, vantagens e exemplos do contrato urbanístico*

A figura do contrato urbanístico tem assumido crescente peso, não só na regulação das relações entre a Administração responsável pela elaboração de planos e particulares, como, mesmo, entre entidades públicas. A importância da contratualização, no âmbito do direito urbanismo, é expressamente afirmada pelo legislador, que no art. 5.º al. h) do LBOTU apresenta a contratualização como princípio orientador da política de ordenamento do território.

O contrato urbanístico apresenta-se como uma figura muito heterogénea, contemplando um conjunto vasto de negócios jurídicos com estruturas, regimes e objectivos assumidamente diversos. Poderá, porém, apresentar-se como definição de contrato urbanístico, o acordo subscrito entre a Administração e outras pessoas públicas ou privadas com o objectivo de estabelecer formas de colaboração para realizar determinada actuação de carácter urbanístico⁵⁶.

Diversas vantagens explicam a crescente importância desta figura manifestada tanto numa progressiva extensão no campo de utilização, como na frequência de recurso demonstrada⁵⁷. Desde logo, os contratos urbanísticos permitem muitas vezes à Administração encontrar financiamentos em situações em que esta se veja confrontada com escassos recursos, permitindo realizar no seu território importantes operações urbanísticas, diminuindo os valores de inves-

⁵⁶ A. LEITÃO «A contratualização no direito...», cit., p. 10; RICARDO ESTÉVEZ GOYTRE, *Manual de derecho urbanístico*, 4.ª edição, Comares, Granada, 2005, p. 431.

⁵⁷ Sobre as vantagens da contratação urbanística, ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Contratos para planeamento: da consagração legal de uma prática, às dúvidas práticas do enquadramento legal*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 12-15; MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCIA, *Régimen jurídico de los convenios urbanísticos: adaptado a la nueva Ley del Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo) y a la nueva Ley de contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público)*, Comares, Granada, 2006, pp. 43-47; A. LEITÃO, «A contratualização no direito...», cit., p. 11., R. ESTÉVEZ GOYTRE, *Manual de derecho...*, cit., pp. 433-434.

timento público e permitindo poupar nos custos de gestão urbanística. Acrescenta-se que os contratos urbanísticos oferecerão um maior grau de legitimidade às decisões urbanísticas, permitindo, em consequência, uma redução de litigiosidade destas decisões.

De entre a panóplia de figuras contratuais no campo do direito do urbanismo, destacam-se, desde logo, os contratos de planeamento. Tratamos aqui da utilização da figura contratual como forma de influenciar as concretas soluções a consagrar nos planos urbanísticos⁵⁸, permitindo vantagens tanto para proprietários, que poderão ao acertar com a Câmara Municipal a definição do desenho urbano facilitar a fase de execução das suas prescrições, como para a Administração Municipal, que poderá, assim, maximizar as possibilidades de sucesso da realização de projectos complexos que necessitarão da participação de todos os titulares de direitos para o executar, evitando-se recursos impositivos, necessariamente, mais morosos e onerosos⁵⁹.

Este tipo de contrato encontra-se expressamente previsto e regulado no art. 6.º-A do RJGIT que no n.º 1 afirma «os interessados na elaboração, alteração ou revisão de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor podem apresentar à câmara municipal propostas de contratos que tenham por objecto a elaboração de um

⁵⁸ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «Contratação pública no direito do urbanismo», in org. PEDRO GONÇALVES, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 787; JOÃO TEIXEIRA FREIRE, «A contratualização do conteúdo do plano urbanístico – reflexões em torno dos chamados acordos de planeamento entre os municípios e os particulares», in *RFDUL*, Vol. XLV, 1 e 2, 2004, p. 427. Questão que se coloca é a de saber se os contratos de planeamento apenas se poderão aplicar à elaboração, alteração ou revisão de planos de urbanização e de planos de pormenor, visto apenas estes serem referidos no art. 6.º-A do RJGIT, ou se poderão aplicar, igualmente, aos procedimentos de alteração planos directores municipais. Defendendo aquela primeira posição, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 479. Em sentido oposto e argumentando, essencialmente, que seria injustificado um tratamento diferenciado e que sempre seria possível alterar-se um plano director municipal através da alteração de um dos planos mais precisos expressamente referidos, ver F. P. OLIVEIRA, *Contratos para planeamento...*, cit., p. 24; DULCE LOPES, «Plano, acto e contrato no direito do urbanismo – Ac. do STA de 18.5.2006, P. 167/05 – anotado», in *CJA*, 68, Março/Abril, 2008, p. 24.

⁵⁹ F. P. OLIVEIRA, «Contratação pública...» in org. P. GONÇALVES, *Estudos da Contratação...*, cit., p. 802.

projecto de plano, sua alteração ou revisão, bem como a respectiva execução.» Como resulta da norma, a celebração deste contrato depende da iniciativa de um particular, distinguindo-se assim de um mero contrato de prestação de serviços em que um particular se compromete a elaborar um plano a pedido do município⁶⁰.

Igualmente relevantes se apresentam os contratos de execução de planos, figura ampla que permite integrar um conjunto vasto de contratos celebrados entre os particulares e a Administração. Estes têm, ao contrário dos contratos de planeamento, uma origem posterior à fase de criação ou revisão do plano e apresentam como escopo a agilização da execução das normas urbanísticas, inclusive aquelas constantes dos planos, permitindo soluções concertadas quanto ao modo de cumprimento daquelas normas⁶¹.

Integram-se nesta categoria os contratos celebrados nos sistemas de compensação, afirmando-se no art. 122.º n.º 2 do RJIGT que «os direitos e as obrigações dos participantes na unidade de execução são definidos por contrato de urbanização»; os contratos celebrados nos sistemas de cooperação, esclarecendo o art. 123.º n.º 2 a) e b) do RJIGT que estes poderão ser realizados entre os diferentes proprietários e promotores da intervenção urbanística ou entre estes e o município; e os contratos celebrados num sistema de imposição administrativa, sistema expressamente regulado no art. 124.º do RJIGT.

Para além destes, são, igualmente, contratos de execução de planos, aqueles referidos no art. 25.º do RJUE. Estes contratos têm como função permitir a um particular propor à Administração a realização de infra-estruturas ou assumir o seu encargo, caso a operação urbanística, pretendida por aquele particular, tenha sido indeferida por constituir uma sobrecarga excessiva sobre as infra-estruturas de serviços existentes ou implicar a realização ou a construção de trabalhos não previstos pelo município. Será ao procedimento aplicável a estes contratos que dedicaremos as linhas seguintes.

⁶⁰ A. LEITÃO «A contratualização no direito...», cit., p. 12.

⁶¹ J. T. FREIRE, «A contratualização do conteúdo...», cit., pp. 427-428; FERNANDA PAULA OLIVEIRA / DULCE LOPES, «O papel dos privados no planeamento: que formas de intervenção?», in *RJUA*, 20, Dezembro, 2003, p. 71.

3.2. O procedimento pré-contratual aplicável aos contratos para a assunção de encargos relativos a infra-estruturas gerais

A jurisprudência comunitária analisada terá os seus reflexos mais evidentes nos contratos para a assunção de encargos relativos a infra-estruturas gerais. Estes contratos, como vimos, definidos no art. 25.º do RJUE, apresentam todos os requisitos necessários para se afirmar a presença de um contrato de empreitadas de obras públicas, tal como interpretados pelo TJUE. Daqui resultará que a estes contratos se deverá aplicar um procedimento pré-contratual de acordo com as regras de contratação pública⁶².

Recuperando a interpretação realizada pelo TJUE na jurisprudência analisada, são seis os elementos constitutivos de um contrato de empreitadas de obras públicas: a existência de um contrato, a presença de uma entidade adjudicante e de um empreiteiro, o respeito pela forma escrita, o carácter oneroso do contrato e a realização de um certo tipo de trabalhos. A qualificação desta figura como contrato resulta não apenas da expressão do legislador⁶³, mas, sobretudo, do facto de estarmos perante um acordo de vontades com uma composição unitária de interesses divergentes.

Efectivamente, a possibilidade de um promotor assumir a responsabilidade da realização de infra-estruturas gerais, quando a ausência ou sobrecarga da operação urbanísticas sobre estas se revelasse como fundamento de indeferimento dessa operação, não se apresenta como um direito subjectivo do particular, visto não existir nenhu-

⁶² Em sentido oposto e argumentando, essencialmente, com o facto do promotor se encontrar numa situação de infungibilidade e irrepetibilidade derivada de que realização daquela infra-estrutura geral serve de forma imediata a pretensão do requerente, justificando, assim, um menor relevo dos princípios da igualdade e concorrência que apenas deveriam valer de forma plena no caso de envolverem uma pluralidade de potenciais interessados o que, segundo a Autora, não acontece claramente nestes contratos. Ver F. P. OLIVEIRA «Contratação pública...» in org. P. GONÇALVES, *Estudos da Contratação...*, cit., pp. 817-818.

⁶³ Convém lembrar que, segundo a jurisprudência comunitária, «a definição de um contrato de empreitada de obras públicas pertence ao domínio do direito comunitário», sendo indiferente a qualificação jurídica existente no direito nacional. Ac. «Auroux», cit., para. 40.

ma obrigatoriedade por parte da Administração de aceitar a proposta realizada pelo particular⁶⁴. Existe, portanto, tanto uma manifestação de vontade do particular que toma a iniciativa de apresentar tal proposta perante o município, como por parte da Administração municipal, que tem a liberdade de aceitar ou não esta proposta.

Quanto ao requisito da presença de uma entidade adjudicante, não se afirmarão quaisquer dúvidas da sua existência, visto apresentarem as autarquias locais, expressa e directamente, esta natureza⁶⁵. A classificação do requerente da licença, que se compromete a realizar os trabalhos necessários de criação e reforço de estruturas gerais, como empreiteiro, torna-se, também, clara à luz da interpretação realizada pelo TJUE deste requisito. Como resulta da jurisprudência reiterada deste Tribunal, não se afirma empreiteiro apenas aquele que directamente realiza a obra contratada, mas, também, aquele que se compromete a realizá-la através de terceiro⁶⁶.

O carácter oneroso deste contrato revela-se igualmente claro, visto não existir na realização dos trabalhos nenhuma intenção de liberalidade por parte do particular. Relevante se torna recordar o art. 25.º n.º 3 do RJUE onde se estabelece que «em caso de deferimento nos termos do n.º 1, o requerente deve, antes da emissão do alvará, celebrar com a câmara municipal contrato relativo ao cumprimento das obrigações assumidas e prestar caução adequada, beneficiando de redução proporcional ou isenção das taxas por realização de infra-estruturas urbanísticas, nos termos a fixar em regulamento municipal.»

Torna-se clara a analogia entre a norma do RJUE e a situação analisada no acórdão *la Scala*. Também a norma italiana, que ao tempo vigorava, determinava que a realização directa de uma ou mais obras de equipamento primário ou secundário, por parte do promotor urbanístico, permitia a dedução total ou parcial dos encar-

⁶⁴ É esta a interpretação mais conforme a letra da lei que afirma «*pode haver deferimento*». MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES *et al.*, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – comentado*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 271-272.

⁶⁵ Cfr. art. 1.º n.º 9 da Directiva 2004/18/CE e art. 2.º n.º 1 al. c) do CCP.

⁶⁶ Ver, TJUE, ac. «Conisma», de 23 de Dezembro de 2009, Proc. n.º C-305/08, para. 41;

gos devidos a este título. Ao realizar as infra-estruturas gerais, o requerente do licenciamento beneficia de uma redução ou isenção das taxas por realização de infra-estruturas urbanísticas, não se podendo, assim, afirmar nenhuma gratuidade na realização do requerente.

Por último, não manifestará dúvidas que o tipo de obras realizadas no âmbito destes contratos preenche os requisitos exigidos para nos podermos afirmar perante um contrato de empreitadas de obras públicas. A realização de infra-estruturas gerais, que seguindo a exemplificação referida no art. 24.º n.º 2 al. b) do RJUE, poderá, por exemplo, tomar a forma de construção de arruamentos ou de redes de abastecimento de água, de energia eléctrica ou de saneamento, apresentam-se com clara natureza de obra pública, apresentando não só um elemento material, traduzido na construção ou na ampliação de um estrutura existente⁶⁷, como, também, um elemento subjectivo, traduzido no fim de interesse público indiscutivelmente realizado por estas obras.

Verificam-se, assim, presentes, todos os elementos constitutivos da noção de contrato de empreitada de obras públicas, sendo, por isso, para a realização destes contratos necessário realizar-se um procedimento pré-contratual de acordo com as regras de contratação pública. Questão que se coloca é a de saber se a abertura manifestada pelo TJUE, no acórdão *la Scala* para aceitar que não se realize um procedimento pré-contratual, caso o requerente do licenciamento se comprometa a cumprir as regras de contratação na escolha do empreiteiro directo, dispensa a realização de um procedimento de adjudicação. Parece-nos, como já afirmamos *supra*, que caso de existir uma garantia de subcontratação total da realização da obra,

⁶⁷ Esclarece o art. 343.º n.º 2 do CCP que «para efeitos do disposto no número anterior, considera-se obra pública o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público.» Optou, assim, o legislador por uma definição restrita do conceito de obra afastando-se das teses que defendem que neste conceito se deverá incluir resultados de carácter iminentemente intelectual. Sobre as diferentes teses referentes ao conceito de obra, ver JORGE DE BRITO PEREIRA, «Do conceito de obra no contrato de empreitada» in *ROA*, 54, Vol. II, Julho, 1994, pp. 569-622.

parece ser de aceitar que o procedimento de adjudicação possa ser organizado pelo requerente do licenciamento.

Não podemos, contudo, abandonar este tópico sem deixar um reparo à opção do legislador de estabelecer que a redução no valor das taxas devidas por realização de infra-estruturas urbanísticas seja efectuada através de regulamento municipal. Melhor opção seria repercutir o valor efectivamente pago pelo requerente do licenciamento na contratação do empreiteiro directo na redução da taxa devida, visto que a opção actual terá como consequência que em determinadas situações o particular obtenha, na prática, reduções mais elevadas que o valor dispendido, o que redundará na obtenção de um enriquecimento injustificado em comparação com aqueles requerentes que não viram o seu licenciamento recusado por ausência ou sobrecarga nas infra-estruturas gerais existentes. Também se manifestará injustificada quando, da aplicação do regulamento municipal, resulte uma redução menor da taxa do que o valor dispendido pelo requerente. Esta opção do legislador poderá, contudo, compreender-se como uma forma de evitar que, simulando um preço superior àquele efectivamente realizado, pudesse o requerente e o empreiteiro directo defraudar o município conseguindo uma redução na taxa maior do que aquela que seria devida.

3.3. O procedimento pré-contratual dos contratos de planeamento

Ao contrário do que defendemos para os contratos sobre encargos de execução de infra-estruturas gerais, não se poderá afirmar a necessidade de um procedimento pré-contratual concursal para os contratos de planeamento. Tal não se verificará porque não decorrerá destes contratos uma vantagem directa para o particular que possa ser concebida como um benefício decorrente de uma prestação do particular.

Não existindo uma vantagem directa para o particular, por este realizar uma proposta de plano a apresentar a Administração Municipal, não fará sentido impor, nestes casos, o respeito do princípio da concorrência. Como se apresenta fácil de antecipar, temos, assim, uma situação manifestamente diferente daquela descrita dos contra-

tos de assunção de execução de infra-estruturas gerais, em que um outro particular poderia, naturalmente, afirmar interesse na construção ou ampliação de tal estrutura contra um pagamento de um preço por parte da Administração. No caso dos contratos de planeamento, a proposta por parte de um privado de um contrato de planeamento, não impedirá que outros operadores económicos realizem, inclusive para o mesmo local, outras propostas contratuais que poderão ser, ou não, igualmente aceites pela Administração.

É certo que se poderá afirmar que, para um particular, poderão decorrer vantagens da Administração aprovar um plano com o conteúdo por este proposto, como por exemplo, o novo plano prever, para esse particular, um aumento de capacidade edificativa. Contudo, tal é uma característica que decorre, potencialmente, de todos os planos e que não pode ser, por isso, concebida como uma contra-prestação da elaboração daquele contrato.

Confirma esta conclusão, o facto da elaboração de planos se apresentar como uma tarefa exclusivamente pública, resultando daqui que o poder de planeamento não pode ser afectado através daqueles contratos⁶⁸. Na prática, a Administração poderá afastar-se daqueles compromissos assumidos com os particulares caso ponderosas razões de interesse público que justifiquem esse afastamento que não existissem ou tenham sido ponderadas no momento de realização daquele acordo⁶⁹. Acrescente-se, também, que eventuais vantagens, decorrentes para um particular, por exemplo, um aumento de capacidade edificativa, não resultarão directamente do contrato,

⁶⁸ Este limite aos contratos de planeamento encontra-se expressamente previsto no art. 6.º-A n.º 2 do RJIGT, que afirma «os contratos previstos no número anterior não prejudicam o exercício dos poderes públicos municipais relativamente ao procedimento, conteúdo, aprovação e execução do plano, bem como à observância dos regimes legais relativos ao uso do solo e às disposições dos demais instrumentos de gestão territorial com os quais o plano de urbanização ou o plano de pormenor devam ser compatíveis ou conformes.» Este limite aos contratos de planeamento era, porém, já expressamente referido pela doutrina, ainda antes da previsão expressa deste tipo de contratos no RJIGT. F. A. CORREIA, *Manual de Direito...*, cit., p. 477; F. P. OLIVEIRA / D. LOPES, «O papel dos interessados...», cit., p. 75. Afirmando o mesmo limite para o direito urbanístico espanhol, R. ESTÉVEZ GOYTRE, *Manual de derecho...*, cit., pp. 438-439.

⁶⁹ F. P. OLIVEIRA, *Contratos para planeamento...*, cit., p. 38.

visto estes contratos de planeamento apenas adquirirem eficácia na medida a que vierem a ser incorporados no plano⁷⁰.

Por tudo isto, parece-nos mais correcto, em relação a este tipo de contratos urbanístico, encará-los como um meio de participação dos particulares no âmbito do procedimento elaboração dos planos do que um mercado público concorrencial em que a Administração procura, através de mecanismos de contratação externa, libertar-se de uma actividade que lhe pertence.

Resposta diferente parece-nos apenas justificada no caso de a realização de uma proposta de plano por um particular representar, já não uma forma da Administração auscultar diferentes perspectivas e coordenar interesses complexos, mas sim, representar a aquisição de um serviço, em que a Administração prefere, simplesmente, contratar externamente, em vez de utilizar os seus próprios meios, remunerando o particular por aquele serviço. Deverá aqui, avaliar-se se aquele contrato de planeamento representa uma aquisição externa de serviços, não através de saber de quem partiu a iniciativa do procedimento, mas sim, se, na prática, existe a prestação de um serviço e se este é, de alguma forma, remunerado pela Administração.

Poderá, inclusive, conceber-se que o pagamento por aquele serviço seja realizado através de um benefício presente no plano, sendo, porém, tal opção por parte da Administração, a nosso ver, extremamente criticável. Efectivamente, permitir que alterações em planos urbanísticos sejam utilizadas como contrapartida para a aquisição de serviços, significará um claríssimo e injustificado abuso da função e finalidade da planificação urbanística.

Em todo o caso, mesmo aqueles contratos de planeamento que não se considerem sujeitos à regulação jurídica do CCP, estarão sempre obrigados a um dever de publicitação e fundamentação, nos termos do art. 6.º-A n.º 4 e n.º 5 do RJIGT. Deverão, assim, os contratos de planeamento ser objecto de divulgação pública e mostrar-se devidamente fundamentados, designadamente, apresentando as razões que justificam a sua adopção, explicitando a oportu-

⁷⁰ Cfr. art. 6.º-A n.º 3 do RJIGT.

tunidade da deliberação e demonstrando a eventual necessidade de alteração dos planos municipais⁷¹.

3.4. As regras de contratação pública aplicáveis a contratos urbanísticos abaixo dos limiares comunitários

Como decorre do art. 7.º al. a) e al. c) da Directiva 2004/18/CE apenas os contratos cujo valor estimado seja igual ou superior a €162 000 para os contratos públicos de fornecimento e de serviços e igual ou superior a €6 242 000 para os contratos de empreitadas de obras públicas, estarão sujeitos aos procedimentos previstos naquela Directiva, ou seja, apenas para os contratos que atinjam aqueles valores será obrigatória, segundo a legislação comunitária, a prescrição de um concurso público, de um concurso limitado, de um procedimento de negociação ou de um diálogo concorrencial, nos termos dos art. 28.º e seguintes da Directiva.

Aqueles valores são, contudo, consideravelmente reduzidos por aplicação dos art. 19.º a 21.º do CCP, estabelecendo-se que no caso das autarquias locais a escolha do co-contratante por ajuste directo apenas estará disponível para contratos com um valor inferior a €150 000 para contratos de empreitadas de obras públicas⁷² e €75 000 no caso de contratos de aquisição de serviços⁷³. Apesar da importante redução operado pelo CCP, fica claro que parte dos contratos urbanísticos, aos quais serão aplicados as regras de contratação pública, não ficarão, necessariamente, sujeitos à realização de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação.

Tal não será, contudo, sinónimo de afirmar que os contratos que não atinjam aqueles valores estarão livres de quaisquer sujeições

⁷¹ Acrescenta DULCE LOPES a estas menções, expressamente apresentadas no art. 6.º-A n.º 4 do RJIGT, a necessidade de fundamentar, igualmente, com a referência à base legal e atribuições municipais no domínio em causa, ao estatuto de interessado do co-contratante da Administração e a justificação da legitimidade e proporcionalidade das contrapartidas a prestar. D. LOPES, «Plano, acto...», cit., p. 25.

⁷² Cfr. art. 19.º al. a) do CCP.

⁷³ Cfr. art. 20.º al. a) do CCP.

legais, resultando de consistente jurisprudência do TJUE⁷⁴ que mesmo para os contratos abaixo dos limiares comunitários se exige o respeito os princípios fundamentais de direito comunitário. Estarão, por isso, todos os contratos, mesmo aqueles de reduzido valor, sujeitos a uma obrigação de publicidade e transparência e ficam adstritos a um dever de respeito pelos princípios de não-discriminação e igualdade entre os concorrentes⁷⁵.

Este dever de respeito pelo princípio da transparência para todos os contratos justifica a solução prevista no art. 127.º do CCP e que determina no seu n.º 1 que a celebração de quaisquer contratos na sequência de ajuste directo deve ser publicitada, pela entidade adjudicante, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos, estabelecendo o n.º 2 do mesmo artigo que tal publicitação é condição da eficácia do respectivo contrato.

4. Conclusão

Em conclusão podemos afirmar que o novo paradigma da Administração, mais aberto e flexível a soluções negociadas com os particulares, tem tido, no campo do direito do urbanismo, a sua mais clara reflexão na figura do contrato urbanístico. Ao mesmo tempo, uma preocupação crescente com uma gestão eficiente dos recursos públicos tem justificado, não só, um crescente recurso a contratações fora de portas, como também uma maior preocupação com as regras

⁷⁴ TJUE, ac. «Telaustria», de 7 de Dezembro de 2000, Proc. n.º C-324/98, para. 68; TJUE, despacho «Vestergaard», de 3 de Dezembro de 2001, Proc. n.º C-59/00, para. 20; TJUE, ac. «Comissão v. França», de 20 de Outubro de 2005, Proc. n.º 264/03, para. 32; TJUE, ac. «Medipac», de 14 de Junho de 2007, Proc. n.º C-6/05, para. 33; TJUE, ac. «SECAP», de 15 de Maio de 2008, Proc. n.º C-147 e 148/06, para. 20.

⁷⁵ Ver Comissão, *Comunicação interpretativa sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*, 2006/C, in JO C 179, de 1 de Agosto de 2006. Contudo, a própria Comissão esclarece que determinados contratos poderão, em condições especiais, não apresentar qualquer interesse para operadores económicos localizados em outros Estados-Membros, não justificando aplicação de normas derivadas do direito comunitário primário. Também, neste sentido, TJUE, ac. «Coname», de 21 de Julho de 2005, Proc. n.º C-231/03, para. 20.

de escolha dos operadores económicos responsáveis pela realização desses contratos.

Será, porventura, a partir desta concepção de diferentes objectivos que se poderá procurar a justificação para um tratamento diferenciado de diferentes contratos urbanísticos. Será naqueles contratos em que se possa afirmar existir uma remuneração de um particular por um serviço, obra ou fornecimento, ainda que se manifeste na simples redução de uma taxa, que se justificará uma aplicação total e completa das regras de contratação. Deverá ser assim mesmo que a iniciativa do contrato seja do particular ou que a sua realização seja necessária para viabilizar uma pretensão daquele.

Tal aplicação de regras de procedimento concursais não se justificará, apenas, nas situações em que a contratação se apresente, simplesmente, como um modo de concertar interesses entre diferentes particulares e a administração e que não represente a realização de uma prestação à qual se possa associar, ainda que apenas potencialmente, o interesse de realização por parte de outros operadores económicos.

A jurisprudência comunitária tem desempenhado um claro papel de expansão do campo de aplicação das regras de contratação, demonstrando que classificações legislativas nacionais não obstarão a aplicação daquelas regras. De tudo isto resulta que, pelo menos parcialmente, se pode afirmar uma abertura concorrencial dos contratos públicos, decorrendo daí uma menor possibilidade discricionária por parte da Administração na escolha do particular com quem elabora contratos urbanísticos, ou, pelo menos, colocando condições na forma como este particular escolherá o prestador directo do objecto contratual.