

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO ANGOLANO-
PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTOS**

PAULO DANIEL BUNGA

Orientação:

PROFESSOR. DOUTOR MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas
Especialidade: Direito Administrativo
Lisboa, 2016

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**

**A CONTRATAÇÃO PÚBLICANO DIREITO ANGOLANO-
PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTOS**

PAULO DANIEL BUNGA

Dissertação
apresentada ao Curso
de Mestrado Científico
em Ciências Jurídico-
Políticas da Faculdade
de Direito da
Universidade de Lisboa,
como requisito para
obtenção do Título de
Mestre em Direito
Administrativo
Orientação:
Professor Doutor Miguel
Assis Raimundo

Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas

Especialidade: Direito Administrativo

Lisboa, 2016

AGRADECIMENTOS

A apresentação da presente dissertação de mestrado académico é incentivada pelo propósito de contribuirmos com uma sistemática análise sobre a abordagem da formação dos contratos públicos estruturada em uma lógica de compreensão dos elementos mais relevantes do regime jurídico de contratação angolano.

Trata-se de uma decisão com um cunho marcadamente pessoal, embora influenciada de forma indelével por um leque de factores externos que determinaram positivamente o sentido da escolha e ajudaram não só a superar os momentos mais complexos, mas também a elaboração final do estudo.

Neste quadro não podemos deixar de destacar os factores que se nos afiguram de maior relevo.

Em primeiro lugar, o significado de pertença à comunidade académica, enquanto espaço de reflexão, investigação e expressão da liberdade de pensamento.

Em segundo lugar, o exemplo transmitido pelos estimados professores com quem tivemos o privilégio e o prazer de aprender, em especial, como mestrando.

Nesta medida, as nossas palavras iniciais de agradecimentos são devidas ao Senhor Professor Doutor Miguel Assis Raimundo, que aceitou, prontamente, orientar a dissertação e, neste quadro, a dar conselhos pertinentes para a estruturar do trabalho.

Em seguida, uma palavra de gratidão é devida aos doutores Leão Chimin, Waldemar Freitas (colegas de mestrado) e Elcio Manuel, pelo combate permanente de ideias.

Entretanto, ao finalizar os estudos e a elaboração de uma dissertação do mestrado académico, dá-se por concluído um período de estudos e investigação que nos confrontou com imensas dificuldades e em que se contraíram outras múltiplas dívidas de gratidão para com aqueles que, de modo diferente, as tornaram possível superar.

Deste modo, não queremos deixar de salientar a compreensão que encontramos no Senhor doutor Bornito de Sousa (Ministro da Administração do Território) e ao Mestre Adão de Almeida (Secretário de Estado da Administração do Território), pela ausência que se estendeu por um período de dois anos, fora do local de serviço, enquanto frequentávamos o curso que resultou na elaboração desta dissertação.

At last but not list, as nossas palavras de agradecimento vão para os dois pilares fundamentais do equilíbrio de um mestrando: a família e os amigos. Neste particular, uma referência em especial a minha esposa, Marcelina Bunga, pelo afecto e sacrifício com que viveu dois anos de dedicação a este projeto.

RESUMO

A contratação pública resume-se num dos atos mais importantes da administração pública, pois, ela realiza a satisfação do interesse geral através do provimento de bens e serviços públicos.

Importa assegurar que o regime da contratação pública subordine-se, por um lado, aos princípios legais da igualdade, da concorrência, da transparência e, por outro lado, simplificar os procedimentos de aquisição de bens e serviços públicos.

Deve-se ainda ter-se em conta que a aquisição de bens e serviços por parte da administração, exige dela capacidade económica, eficiência e eficácia na gestão dos investimentos públicos.

Decorre disto, os ensaios das parcerias público-privadas enquanto garantes de uma gestão mais parcimoniosa, mais eficaz e mais eficiente dos interesses públicos em tempos de crises económicas e de limitações orçamentais.

Palavras-chave: Contratos, Contratação Pública, Administração Pública, Princípios da Contratação Pública, Procedimentos Pré-Contratuais, Parcerias Público-Privadas

ABSTRACT

The public contractualization represents one of most important acts of public administration, as its object is the satisfaction of the general interest through the provision of public services.

It is important that the regime of public contractualization is conformed to the law, in accordance with the legal principles of equality, transparency and concurrence as in the other hand it simplifies the rules for the acquisition of public services.

The acquisition of public services it claims for an administration economically, capable of managing its public investments.

This is why the public private partnership became so crucial as the best form of management of public investments through its abilities and efficiency, which will certainly guarantee respond in times of economic crises and financial limitations.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

CA - Comissão de Avaliação

CC - Código Civil

CE - Comissão Europeia

CCP - Código dos Contratos Públicos

CDS-PP- Centro Democrático Social – Partido Popular

CPA - Código dos Procedimentos Administrativo

CRA - Constituição da República de Angola

ETAF - Estatuto dos Tribunais Administrativo e Fiscais

LCSP - Ley de Contratos del Sector Público

LCP - Lei da Contratação Pública

RJAPPAC - Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimento Administrativo Común

REOP - Regime de Empreitadas das Obras Públicas

RRDP Regime de Realização de Despesas Públicas

TRLCAP - Legislacion de Contratos de las Administraciones Publicas

- TSF** - Tribunal Supremo Federal
- PPP** - Parcerias Públicas-Privadas
- UE** - União Europeia

INDICE GERAL

I. INTRODUÇÃO.....	11
II. CONCEPTUALIZAÇÃO DO CONTRATO.....	15
2.1. Conceito e Natureza do Contrato.....	15
2.2. O Contrato Público enquanto ato administrativo.....	18
2.3. Contratos de direito público Versus Contratos de direito privado	23
2.4. A Contratação enquanto procedimento público da Administração	28
III. O CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	29
3.1. Origen e Evolução.....	29
3.2. Evolução doutrinária.....	31
2.2.1. Evolução doutrinária subsequente.....	35
3.3. Os Contratos Administrativos no Direito Português.....	43
3.4. Breves Considerações Sobre o Código dos Contratos Públicos	
Português de 2008.....	57
IV. OS PRINCÍPIOS QUE DISCIPLINAM A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS	
PÚBLICOS NO DIREITO ANGOLANO.....	67
Enquadramento.....	67
3.1. Princípio da Legalidade Administrativa.....	70
3.2. Princípio da Prosecução do Interesse Público.....	73
3.3. Princípio da Igualdade.....	73
3.4. Princípio da Concorrência.....	75
3.5. Princípio da Imparcialidade.....	79
3.6. Princípio da Boa Fé.....	80
3.7. Princípio da Transparência e da Publicidade.....	81
V. O REGIME DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS NO DIREITO	
ANGOLANO (Procedimentos).....	83
4.1. Regime Contratual.....	83
4.2. Entidades sujeitas ao regime da contratação pública.....	89
4.3. Regime de exclusão no âmbito da LCP.....	94
4.4. Tipos de procedimentos pré-contratuais.....	95
4.4.1. O concurso público.....	97
4.4.2. O concurso limitado por previa qualificação.....	109
4.4.3. O concurso limitado sem apresentação de candidaturas.....	111
4.4.4. Procedimento por negociação.....	113
VI. AS PARCERIAS PÚBLICAS-PRIVADAS & A CONTRATAÇÃO PÚBLICA	
117	
6.1. As PPP's enquanto ferramentas de uma contratação pública	
sustentável.....	117
Enquadramento.....	117
6.2. Enquadramento Jurídico Normativo das Parcerias Públicas-privadas	
119	
6.3. As Parcerias Públicas-Privadas VS Contratação Pública Tradicional	
123	
6.4. Regulamentação das Parcerias Públicas-Privadas no Regime	
jurídico.....	131
(Análise da Lei n.º 2/11 de 14 de Janeiro).....	131

6.5. CONSIDERAÇÕES PERTINENTES.....	138
SÍNTESE CONCLUSIVA.....	141
BIBLIOGRAFIA GERAL	143

I. INTRODUÇÃO

O Direito impõe-se como um instrumento regulador das relações da vida social, compatibilizando interesses conflitantes. Essa compatibilização dos vários interesses em causa pode revestir duas formas: a conformação dos vários interesses em jogo ou o sacrifício do interesse que deve ceder em homenagem ao outro julgado mais valorizado.

A ponderação dos interesses e o seu tratamento pelo Direito através de medidas jurídicas obedece a valores que não são conciliadores em todos sistemas jurídicos, considerando que o seu entendimento varia em função de opções ou entendimentos de dada comunidade em dada época e mesmo circunstâncias¹.

A função administrativa do Estado, materializa-se na prática de atos jurídicos e na realização de operações materiais de produção de bens ou na prestação de serviços, destinados a satisfação das necessidades colectivas por prévia opção da lei ou prática costumeira.

Tais atos têm a qualificação de *atos de administração*, podem ser internos ou externos² e encontram-se submetidos a uma complexa estrutura orgânica que designamos por *administração pública*.

Enquanto atos da administração pública, a importância dos contratos públicos é evidente. A intervenção das pessoas colectivas

¹ MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, "Introdução ao ao Estudo do Direito", Lisboa, Editora Lex, 2000, pags. 347-9.

² Conforme respeitem apenas à vida interna da administração pública ou se explicitem nas relações desta com os particulares.

na vida económica faz com que os particulares sejam chamados a manter relações com a administração limitada nas prestações das mais diversas espécies e que são enquadradas por normas ou regulamentos. Desta forma, produziu-se pertinentes alterações dos quadros tradicionais da técnica jurídica, de que resultou a necessidade de alargar conceitos e elencos³.

O tema de que nos ocupamos nesta dissertação (*Os Contratos Públicos no Direito Angolano – Princípios e Procedimentos*), clama, desde logo, por uma delimitação do escopo do nosso trabalho. Constitui objecto do nosso estudo a análise do regime contratual angolano a luz da Lei n.º 20/10 de 07 de Setembro.

Entendemos, no entanto, ser incontornável para a compreensão deste regime, por um lado, fazer um percurso sistemático pela doutrina contratualista de alguns sistemas jurídicos europeus que essencialmente informam o regime jurídico português enquanto principal fonte doutrinária do sistema jurídico angolano no geral e do regime contratual em especial.

Por outro lado, olharmos para o passado do sistema contratual público de Angola, disperso em vários instrumentos legais e da qual, a junção resultou no atual regime da contratação pública em vigor.

Conquanto, convém delimitar, pois, não se pretende com este trabalho fazer-se um estudo doutrinal aturado ou uma análise comparada aprofundada.

O nosso objecto central é o regime contratual angolano. As referências que fazemos aos sistemas contratuais ocidentais,

³ MARCELO CAETANO, "*Manual de Direito Administrativo*", Coimbra, Almedina Editora, 10.º Edição, Tomo I, Pàg.5, 2010.

sobretudo o portuguesa são meramente auxiliares e instrumentais, face às afinidades existentes.

O objectivo principal é pois, obviamente, o de dar alguns subsídios à compreensão da aplicabilidade dos princípios gerais do direito administrativo na atividade contratual pública, bem como das questões em torno dos procedimentos pre-contratuais. Sobretudo porque, primeiro, pouco se disse até então sobre esta matéria, segundo, porque julgamos importante contribuir, dando a nossa visão.

O trabalho comporta três temáticas essenciais. Inicia-se com o estudo da conceptualização do contrato no geral, e as várias etapas em que o conceito se desenvolveu. Na segunda parte analisamos a aplicabilidade e a relevância dos princípios do direito em sede dos regimes da contratação pública. Olhamos também, com a análise devida, aos procedimentos pre-contratuais consagrados no regime jurídico contratual angolano.

No último capítulo faz-se uma abordagem sistemática sobre as parcerias públicas-privadas enquanto instrumentos de uma contratação pública mais sustentável.

I PARTE

CONCEPTUALIZAÇÃO E EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DO CONTRATO PÚBLICO

II. CONCEPTUALIZAÇÃO DO CONTRATO

2.1. Conceito e Natureza do Contrato

No mundo moderno as relações jurídico-administrativas são geradas, regra geral, por contratos. Sejam elas atos explícitos ou tácitos.

As importantes transformações jurídicas, impulsionadas pelas recentes evoluções económicas, que marcaram a última metade do século XX, tiveram grande realce no atual conceito e na técnica do contrato. O que classicamente consistia num acordo de vontades gerador de direitos e obrigações, passou a entender-se como uma relação entre os acordantes livremente regulados nos termos em que os titulares das vontades intencionalmente requeressem. É assim que, *“o contrato passou a ser um ato jurídico bilateral, intencional e indeterminado”*.⁴

Outrossim, a intervenção das pessoas colectivas de direito público na vida económica, através da criação e prestação de serviços públicos, impulsionou uma relação intensa entre a administração e os cidadãos com o intuito destes adquirirem serviços de varias índoles, desde que solicitados nos termos dos regulamentos. Esta relação produziu uma inegável alteração nos quadros tradicionais da técnica jurídica, de que resultou a necessidade de se rever os conceitos e admitir novas formas contratuais.

⁴ Marcelo Caetano, *“Manual de Direito ... ob.cit.* 2010.

Na presença das tendências expostas, torna-se imperativa, se pretendermos teorizar com alguma segurança em torno do conceito dos contratos, traçarmos desde logo, alguns parâmetros conceptuais.

Por um lado, há a salientar que nem sempre a declaração mútua de vontades dá origem a um contrato. Esta realidade é patente nos atos administrativos onde a sua eficácia depende da livre aceitação de um particular. A vontade manifestada pelo particular no ato de aceitação, não interfere constitutivamente no ato, confere-lhe simplesmente eficácia, pois, a Administração aqui, não impõe coercivamente a sua vontade deixando aos particulares a liberdade de aproveitarem ou não dos efeitos dos atos praticados, visto que estes atos da Administração de per si determinam os efeitos a produzirem.

Por outro lado, não há como falar-se em contrato nos atos de homologação, aprovação ou autorização, apesar de haver duas vontades em causa, só uma cria o ato jurídico e a outra limita-se a permitir o exercício da competência.

Há que se ter em conta ainda, que na sucessão testamentária verifica-se claramente a manifestação de duas vontades unilaterais mas que não se fundem contratualmente. Apesar do testamento constituir um ato jurídico com os seus efeitos determinados, a sua eficácia depende da sua aceitação pelos herdeiros.

Assim, de acordo como MARCELO CAETANO⁵, só estamos em presença de um contrato quando existir *“um acordo bilateral de vontades após cuja conclusão os interesses permaneçam individualizados ou sejam individualizáveis”*; ou ainda, *“que esse*

⁵ MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 2010, pág. 572.

acordo seja o gerador de relações jurídicas, isto é, que por efeito dele se crie o vínculo entre os sujeitos, ou então se altere ou extinga um vínculo contratual”.

Posto isso, importa levantar a questão de até que dimensão o conceito de contrato consente como essencial o papel da vontade das partes e porque considera obrigatória e unilateralmente indestrutível o vínculo criado por mútuo consenso.

Sem quereremos embarcar nas questões acerca do fundamento da força obrigatória do contrato, convêm assentar que a lei atribui ao contrato o poder gerador de relações jurídicas através da crença de que o cidadão deve ser responsável à palavra dada a outrem com um fim justo e que é justamente a essa confiança que importa a segurança social. É efetivamente daqui que deriva o conceito de *“pacta sunt servanda”*.

Quando duas partes acordam em criar entre si uma relação jurídica, a segurança da vida social impõe que se mantenha imutável a vontade declarada por cada uma das parte na formação do acordo; garantindo assim que aquilo que livremente se acordou se cumpra com exatidão.

Assim, a utilização do contrato como meio jurídico para a realização dos interesses das partes, garante a eficácia na materialização dos interesses que ficam interdependentes, embora continuem particularizados. Deste modo, nenhum interesse em questão no contrato pode ser satisfeito sem ter em conta o interesse da outra parte nos termos estipulados.

O fundamento da obrigatoriedade nas relações contratuais assenta sob o reconhecimento legal da eficácia criadora da vontade dos sujeitos. Decorre disto que, o vínculo contratual não deve resultar de uma imposição legal ou mesmo contra a vontade de ambas ou de um dos intervenientes mas sim da vontade individual.

Não é fundamental que as partes determinem na totalidade ou mesmo em parte o objecto da sua relação, mas tornou-se essencial que determinado dado objecto, os sujeitos possam ou não livremente vincularem-se a seu respeito.

2.2. O Contrato Público enquanto ato administrativo

São classificados em quatro categorias os atos gerais da administração: os regulamentos administrativos, os atos administrativos, os contratos administrativos e os atos de administração de gestão privada⁶. Sendo que os regulamentos administrativos são atos de gestão pública, unilaterais e normativos que se encontram subordinados à lei suprema do Estado⁷, aos atos políticos e à lei. Os atos administrativos, são atos unilaterais, não normativos, que visam produzir efeitos para uma situação específica num caso concreto. Estão subordinados à lei suprema do Estado, aos atos políticos, às leis, devendo ser em regra conformes aos regulamentos administrativos. Os atos de gestão privada têm diversas tipologias e podem ser unilaterais ou bilaterais, normativos e não normativos.

⁶ Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa Editora Lex, 2000.

⁷ Entende-se *Estado* como pessoa de direito público interno, por excelência, que no seio da comunidade que constitui a sociedade política realiza os fins e interesses que são próprias dela. Cfr. Armando Gonsalves, *Legislação de Construção Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pág. 706.

A este nosso exercício interessa a terceira categoria de atos administrativos, os contratos administrativos. A doutrina define-os como atos bilaterais, exigindo mais que a vontade de um agente para serem perfeitos, encontrando-se subordinados à lei suprema do Estado, aos atos políticos e às leis.

De acordo com Prof. MARCELO CAETANO, são contratos celebrados entre a administração e outra pessoa com o objectivo de associar esta, por um determinado período, a desenvolvimento regular de alguma atribuição administrativa, mediante a prestação de bens ou de serviços, a retribuir de forma acordada, e ficando reservado aos tribunais administrativos a resolução das contestações, entre as partes, relativas à validade, interpretação e execução das suas cláusulas⁸.

Os contratos administrativos normalmente devem preencher as características seguintes:

1. uma das partes outorgantes é uma pessoa coletiva de direito público⁹;
2. o contrato associa duradouramente e segundo retribuição uma pessoa jurídica ao cumprimento de atribuições de pessoa coletiva de interesse público;
3. o contrato tem por objecto prestações relativas ao cumprimento de atribuições da pessoa colectiva, a máxima realização do interesse público¹⁰;

⁸ Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II*, pag. 588.

⁹ De acordo com Marcelo Caetano, são pessoas criadas por atos de poder público que concorrem para a realização necessária de interesses públicos e exercem em nome próprio poderes de autoridade. Estão referenciados nesta categoria os institutos públicos e as associações públicas conforme os seus substratos institucionais. Ver ainda FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, Volume I, 3.ª Edição, Almedina, 2006, pp. 4 e segs.

¹⁰ Segundo ANALDO CONÇALVES, *Legislação de Construção Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, Pág. 684. São interesses que respeita à existência, conservação e desenvolvimento da sociedade política que se encontra protegida

4. a jurisdição do contrato está cometida por lei à competência exclusiva dos tribunais administrativos.

A doutrina administrativa discutiu, durante tempo considerável, a questão da natureza dos contratos administrativos. Num primeiro momento impuseram-se as teorias que refutavam a natureza sinalagmática aos contratos administrativos, argumentando que estes eram atos administrativos impostos pela força, dado o privilegio de autoridade conferida à administração enquanto entidade pública adjudicante. De acordo com esta corrente, os atos administrativos não passavam de atos justapostos, um impondo a prestação, outro concedendo a justa indemnização. Essa categorização assentava num argumento que os seus defensores consideravam demolidor:

“é o Estado que unilateralmente fixa o âmbito, que escolhe os seus co-contratantes e que fixa a indemnização a conceder a estes. Depois, através de atos executórios determina os precisos termos do cumprimento das obrigações contratuais perante a administração pública”. Baseada na visão de uma administração pública napoleónica e imperial, o argumento gozava de inquestionável aceitação.

Esta visão patriarcal da função de aprovisionamento da administração foi abandonada por três razões principais. Por um lado, a marcada evolução dos sistemas autoritários para sistemas políticos fundadas no consentimento dos governados. Segundo, a clara invasão (embora pacífica) do direito público pelo direito privado¹¹, modernizando as formas tradicionais de celebração de contratos pela

por normas de direito público e que compete ao Estado ou a outra pessoa pública realizar.

¹¹ sobre esta matéria, MENEZES CORDEIRO refere em *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, como exemplo no principio do equilíbrio financeiro*, Cadernos O Direito, Coimbra, Almedina, n.º 2, 2007, pág. 27: “a contraposição entre os direitos públicos e privados vem a tornar-se mais lassa, numa tendência que se agrava perante a extraordinária produção legislativa que caracteriza as ordens jurídicas contemporâneas, a qual vem multiplicar a interpenetração entre as situações estruturalmente públicas e privadas”.

administração, favorecidas pela extensão dos princípios da racionalidade económica aos antes públicos, a pressão da opinião pública e dos parlamentos para uma efetiva parcimónia na utilização de dinheiros públicos e ainda, pela erosão aparente entre o direito das obrigações no direito de raiz romano-continental e o direito dos contratos da *common law*¹².

Ainda a este propósito MARIA JOÃO ESTORNINHO¹³, regista que *“nos últimos anos de facto a administração tem sofrido alterações profundas, nas suas próprias formas de organização e atuação, que obrigam a repensar os quadros tradicionais do direito administrativo, moldados em função de realidade que hoje podem considerar-se completamente ultrapassadas”*. Segundo a autora *“uma das matérias a ter em consideração deste ponto de vista (...) é precisamente a da atividade contratual da administração pública. Vale a pena ter presente esta evolução, na qual se descobre três vectores fundamentais: em primeiro lugar, uma sempre crescente relevância da atividade contratual, por comparação com outras formas de atuação da administração pública, em segundo lugar, o alargamento do tipo de fins de interesse público, ou seja de atribuições administrativas, para as quais a administração pública celebra contratos; finalmente, a diversificação das próprias espécies de contratos a que a administração recorre”*.

É assim que, afirmou-se uma nova visão que integrou a celebração de contratos administrativos na prática regular da administração pública aparentando-os aos contratos celebrados no

¹² Que assistiu um manifesto recuo da importância das escolas francesas e alemãs do direito administrativo na formação do direito público contemporâneo.

¹³ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Contratos da Administração Pública*, Coimbra, Almedina Editora, 1999.

domínio privado das relações jurídicas. Três razões fundamentais suportaram esta perspectiva:

1. O Estado ao entrar em relações com outros antes jurídicos apresenta-se sujeito à observância das normas de direito, em virtude dos quais se compromete a cumprir obrigações e o pode fazer por atos unilaterais ou por contratos;
2. O Estado celebra contratos com os particulares toda vez que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica, mediante acordo celebrado com este sujeito, a qual poderia não ter sido escolhida ou aceitar a oferta de contratar. Nenhuma das partes considera definitiva a relação, sem se verificar o mútuo consenso, formalizado em contrato escrito, dotado ou não de forma solene.
3. Este contrato integra-se na classe a que pertencem os contratos civis e caracteriza-se pelos mesmos elementos essenciais: mútuo consenso, capacidade dos contraentes e objecto do contrato. Este último está, na verdade, determinado pois, o Estado faz um juiz prévio da sua necessidade quando prevê os encargos financeiros com o seu pagamento na rubrica respectiva do capítulo do Orçamento do Estado relativo ao serviço público. O Estado reserva-se, no entanto, no direito de negociar com um ou mais particulares com o fim de encontrar a forma precisa para a realização deste objecto¹⁴

Tal como expõe MARCELLO CAETANO, o contrato administrativo nasce com o direito público e este último, nasce com Estado de Direito¹⁵ e cabe na mesma categoria genérica de contratos em que

¹⁴ Cfr. Os artigos 1152.º a 1216.º do Código Civil português.

¹⁵ Assumimos aqui a concepção de CARRÉ DE MALBERG, *Teoria Geral del Estado*, Mexico, Faculdade de Derecho, Fondo de Cultura Economica, 2.ª reimpressão,

se filia o contrato civil. Isto porque, desde logo, responde aos pressupostos que qualificam a existência dos contratos como geradores de situações jurídicas e portanto de direitos e sujeições.

2.3. Contratos de direito público Versus Contratos de direito privado

Quanto a nós julgamos que uma distinção essencial continua a marcar os contratos públicos dos contratos privados. Os contratos públicos pela sua natureza, são fontes de relações de direito público marcados pela disciplina e regulamentação determinadas a luz da realização do interesse público, com o fim último de realizar as atribuições da pessoa colectiva de direito público que os promove. Por outro lado, os contratos civis são acordos entre particulares com vista a concertação dos seus interesses e podem ser celebrados entre o Estado e particulares, quando este atua despido de poderes de autoridade¹⁶.

Assim, o contrato é objeto de um acordo, convénio ou promessa entre duas partes fixado, voluntariamente, dentro dos limites da lei. As partes contraentes devem gozar de liberdade para estabelecerem as condições do contrato, salvo se estas forem contrarias às leis, à moral, e a ordem pública. São exemplos de

2001,pág.449., que define o Estado d direito como aquele que formula prescrições relativas ao exercício do seu poder administrativo e garante aos administrados o poder jurídico de recorrer perante as autoridades jurisdicionais como objetivo de anular, reformar ou não acatar atos administrativos que de alguma forma violem direitos.

¹⁶ Entendida como fonte do poder e a base de qualquer tipo de organização hierarquizada (MÁRIO STOPPINO). A autoridade é uma espécie de poder contínuo no tempo, estabilizado, onde os subordinados prestam uma obediência incondicional ao individuo ou instituição por detrás da autoridade. In NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCII e GIANFRANCO PASQUINO, *Dicionário de Política*, Brasilia, editora UnB, 9.ª edição, 1997, pág. 89.

contratos civis, os contratos de compra e venda, contratos de trabalho, prestação de serviços, empreitada, doação, locação, comodato, mútuo, mandato, depósito, jogo e aposta, ou transação. De acordo com o princípio da autonomia da vontade¹⁷, esta possibilidade esta aberta à administração pública, mas não se trata, defendem alguns autores, de uma escolha discricionária pois a posição da administração é revestida de especiais precauções.

A regulamentação da União Europeia sobre os contratos públicos classifica-os como *“contratos à título oneroso, celebrado por escrito entre uma entidade adjudicante¹⁸ e um operador económico¹⁹, com vista á execução de empreitadas, ou fornecimento de produtos ou á prestação de serviços”*²⁰.

Esta claro que será ilusório continuar a olhar para a contratação da administração pública como uma área blindada às influências da vida económica e empresarial tanto no plano nacional como no plano internacional. Como nota a autora espanhola ELISENDA MALARET, *“ a existência de contratos administrativos pressupõe a existência de contratos privados da administração pública. Esta distinção é fundada no diferente objecto dos respectivos contratos. Para além desta questão há que ter em conta o efeito produzido por uma concepção demasiado restritivo de administração pública. Esta concepção é desmentida pela capacidade do Estado criar pessoas*

¹⁷ Capacidade de expressar a vontade de cada sujeito, refletindo os seus interesses e produzindo efeitos jurídicos, na ordem jurídica.

¹⁸ A entidade adjudicante compreende entidades como o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público com competências para lançar processos de consulta pública, especialmente concursos públicos.

¹⁹ este conceito de operadores económicos engloba os empreiteiros, prestadores de serviços, fornecedores que respondem a determinado procedimento pré-contratual.

²⁰ Ver “Feuill d’information. Les marches publics de l’Union Européene”, Secrétariat d’État à l’économie SECO, in WWW.contribution-elargement.admin.ch/ressoueces/ressource_fr_166278.pdf

jurídicas e dotá-las de um estatuto de direito privado, seja pelo ato da sua criação, seja pelo regime que disciplina a sua atividade. Isto leva a que mais de 40% dos contratos públicos seja de natureza privada no que respeita à natureza do ante que os promove e outorga”²¹.

Estes tipo de contratos, por um lado, escapam à caracterização dos contratos públicos desde logo pela inexistência de prerrogativas de autoridade ou cláusulas exorbitantes²² que identificam os contratos administrativos. A ter em conta ainda que o Estado apresenta-se melhor do ponto de vista do equilíbrio financeiro e do carácter sinalagmático das prestações e a necessidade da jurisdição administrativa é posta de parte. Por outro lado, os mesmos escapam também, no rigor, a classificação dos contratos civis, pelas garantias financeiras que os cobrem e pela desproporção entre os direitos de resolução que assistem à parte pública e os que assistem à parte privada.

Essa é sem dúvida, o aspecto em que a supremacia do poder público é mais evidente e decisiva. Ainda assim, esta perspectiva esta longe da visão do Professor MAECELLO CAETANO de uma administração com força contratual que faz, altera desfaz, antes do contrato, nele ou durante a sua vigência.

Entendemos assim, que estes novos contratos são contratos de combinação, de acordo com os princípios de liberdade contratual e da autonomia da vontade expressa no Direito das Obrigações e

²¹ ELISENDA MALARET, “La contribution du droit communautaire à la rationalisation du droit espagnol des concessions administratives”, texto apresentado em seminário no Instituto des Sciences Politiques, Paris, 25 de Janeiro de 2008. Acedido via http://chairemadpág.science_po.fr

²² Entende-se por cláusulas exorbitantes as que se traduzem na alteração e rescisão unilateral do contrato, na manutenção do equilíbrio económico e financeiro, na possibilidade de revisão de preço, a impossibilidade do inadimplemento do contrato (recusa da realização).

porque juntam disposições de vários contratos. Introduzem na sua composição preocupações de interesse público que lhes confere inquestionável sentido público mas fazem-no com devida precaução tentando não evadir a área de liberdade dos particulares (co-contratantes) preservando o socialmente e o publicamente aceite²³. Por isso a noção de contratos de simbiose acomoda melhor à realidade jurídica que estes novos contratos apresentam.

A escola administrativa clássica sempre concebeu o instituto do contrato, fundada na solenidade, na tradicional subordinação dos administrados e na onipotência do Estado. Esta visão clássica do contratos públicos foi transcendida pela rápida industrialização da atividade de obras públicas e pela própria modernização do conceito de atividade administrativa que teve de ajustar-se aos parâmetros da economia do mercado dominador dos vários aspectos das atuais relações sociais.

Esta realidade impulsionou a prática de um tipo de contratação mais solta e mais próxima aos contratos civis que dos atos administrativos, onde o princípio do equilíbrio e da justiça contratual se institucionaliza como uma verdadeira regra do jogo de concorrência e que não se apresenta de forma alguma incompatível com a noção da defesa do interesse público que estes contratos visam, pela sua natureza, prosseguirem²⁴.

²³ Ver no mesmo sentido MARÇAL JUSTEN FILHO, *Concessões de Serviços Públicos*, S. Paulo Dialética, 1997, Pág. 34.

²⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, enfatiza que quanto a matéria em causa, a doutrina publicista portuguesa tem demonstrado uma ligação preferencial à teoria do interesse público. O Direito Público, declara, "é apresentado como visando defender o interesse público ou coletivo, pelo menos em primeira linha". A este respeito o Professor cita MARCELO CAETANO e DIOGO FREITAS DO AMARAL (in *Manual de Direito Administrativo* do primeiro), MARIA JOÃO ESTORNINHO (in *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo a atividade do direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1996), MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (in *Direito Administrativo Geral*, Lisboa, Edições Dom Quixote, 2ª.Edição, I Volume, 2006).

A esse propósito MARIA JOÃO ESTORNINHO, conclui pela necessidade de se desprender da visão tradicionalista de origem francesa assente na dicotomia contratos administrativos / contratos de direito privado da administração quando considera “*existir um movimento no sentido convergente, através do qual se tem vindo a reconhecer que, nem o contrato administrativo é tão exorbitante quanto isso, nem os contratos privados da administração são exatamente iguais aos contratos celebrados entre particulares, o que reflete desde logo uma eventual aproximação entre todos os contratos da administração*”.

O regime jurídico que disciplina os contratos públicos e a legislação continental que o suporta, conferem um impulso determinante a esta solução simbiótica que admite uma combinação pacífica entre elementos do contrato público e do contrato privado. Esta construção não limita-se à formação pacífica de cláusulas contratuais combinadas, ela vai tão longe quanto a integração de práticas de financiamento contratuais que são próprias da atividade comercial e industriais como é o caso do *project finance*.²⁵

²⁵ Neste sentido há autores que vaticinam, mesmo as exéquias dos contratos administrativos tal como as conhecemos, nas últimas décadas. Quanto a nós, esta visão comporta um realismo exagerado.

2.4. A Contratação enquanto procedimento público da Administração

A contratação pública tem um conceito distinto da realidade dos contratos administrativos e dos contratos públicos. Enquanto que a realidade destes últimos remetem para o âmbito do contrato em si, ou seja, do acordo de vontades em que pelo menos uma das partes seja uma entidade adjudicante ou contraente público, o conceito da contratação pública remeti-nos para o âmbito do procedimento administrativo contratual. Isto tem a ver com o modo como o contrato público se forma e o caminho que foi percorrido em vista a sua celebração.²⁶ Começando com a decisão de contratar, passando pelas várias fases de formação e terminando com a celebração do contrato.

²⁶ Cfr. Pedro Gonçalves, *O Contrato Administrativo: uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2002, Pág.85.

III. O CONTRATO ADMINISTRATIVO

3.1. Origen e Evolução

Nos sistemas jurídicos europeus, o contrato público foi sempre visto, a partir de uma perspectiva doutrinal, através da caracterização dos contratos celebrados pela administração pública como contratos administrativos ou contratos privados.

Obviamente que não pretendemos aqui fazer uma abordagem desenvolvida da matéria no quadro normativo continental mas apenas, dar o enquadramento necessário das principais características existentes nestes regimes, por forma a se perceber as sua similitudes e diferenças, tendo em conta a evolução que tomaram e as suas influências no direito de raiz portuguesa. Este último que tem tido uma decisiva importância no perfil do regime jurídico que disciplina essa matéria no direito angolano.

Até ao século XIX, a atividade da administração desenvolvia-se, grosso modo, com o recurso a formas e processos do direito privado e eram regulados pelo direito civil, caso da expropriação por utilidade pública. No entanto, ainda no final deste século, inicia-se o que MARCO D'ALBERTI caracterizou como uma época de grande publicização marcada pela sujeição das relações jurídicas da administração a uma nova disciplina que se designou, por Direito Administrativo.

Verifica-se nesta mesma época, uma marginalização do direito civil ou privado, ficando clara a intenção de se fazer do emergente Direito Administrativo o direito único da Administração. É por força desta razão que a doutrina, sobretudo na Alemanha e na Itália, com

algum esforço, transfere para à esfera da regulação do direito público toda ou pelo menos grande parte da atividade prosseguida pela Administração. Entretanto, esta deslocação só é possível com o necessário enquadramento das relações da Administração com os particulares numa forma jurídica diferente do direito privado e demarcada da figura do contrato, uma figura civilista por excelência.

É óbvio assim, a imposição da autonomia do Direito Administrativo face ao Direito Privado, evidenciando-se a centralidade do ato administrativo a este campo do direito e à natureza do posicionamento da administração, em torno de duas ideias fundamentais: unilateralidade e autoridade. Deste modo há um grande esforço da doutrina com o fim de incluir todas as ações que envolvam a administração na figura do ato administrativo, onde se inclui, por exemplo, submisso a este instituto, realidades que têm pouco a ver com a projeção de poderes de autoridade como a relação de emprego público. Para integrar este género, a doutrina criou a distinção entre atos administrativos de submissão e atos administrativos bilaterais.

OTTO MAYER, na Alemanha e RANELLETI e CAMMEO, na Itália, são personalidades marcantes para a captação das relações bilaterais sinalagmáticas para a vida da administração pública. Estes autores, são unânimes na defesa de que mesmo no domínio da bilateralidade de certas relações jurídicas no campo da atividade da administração, existe um momento autoritário²⁷, de modos que a

²⁷ Neste sentido, já THOMAS HOBBS no *Leviatã* apresenta uma apologia do Estado forte e autoritário. Hobbes argumenta que as instituições políticas " são criadas por um ato de vontade, um ato que se compara ao ato de Deus quando criou a terra". A existência destas instituições é precária, dada a facilidade do seu colapso na "guerra de todos contra todos" tendo em conta que a natureza do homem tende a atuar como uma força contra instituições artificiais como o Estado. Dada a pujança desta força da natureza as instituições têm que ser robustas para poderem sobreviver. Eis a razão porque Hobbes simpatiza com o Estado autoritário. NAGEL

adesão do particular funciona como uma simples condição de eficácia jurídica ou, quando muito, de validade do ato administrativo²⁸.

3.2. Evolução doutrinária

Salvaguardada pelo fundamento de autoridade, o Direito Administrativo aparta-se do Direito Privado e afirma-se como direito autónomo centrado num ato de autoridade desconhecido pelo Direito Civil. É neste sentido que se compreende a exclusão do contrato na esfera do direito administrativo, encontrando-se a administração numa posição *supra-ordenada* em relação aos particulares, numa relação de *poder-sujeição*.

Daqui resulta, pela natureza do vínculo público, a impossibilidade de existência do contrato, o qual se funda na igualdade das partes. Quanto as relações que sendo consideradas de direito público reclamam uma regulação consensual mínima, a doutrina, sobretudo da Itália, sustentou uma relação desdobrada em dois momentos jurídicos sucessivos que se desdobram num ato administrativo, que confirma a autoridade da administração sobre um certo bem público, seja ela imóvel ou serviço público, e um contrato de direito privado que regula os direitos e deveres das partes e que tem natureza patrimonial. Sobre ambos momentos a administração atua como poder de autoridade e não suaviza ou aligeira a sua posição tutelar sobre o objecto e execução do contrato.

WARBURTON, JON PIKE and DEREK MATRAVER, *Reading political philosophy; Machiavelli to Mill*, New York, Routledge, 2000, pág.80.

²⁸ Neste sentido, PEDRO CONÇALVES, cit., pág. 14. Trata-se ainda de uma posição defendida por MARCELO CAETANO, conhecida como a tese negativista da admissibilidade dos contratos nas relações de Direito Público. *Manual de Direito Administrativo*, pág. 575.

Decorrido algum tempo, esta posição foi abandonada e a doutrina alemã, por exemplo, reconheceu a validade do contrato administrativo sob a forma do contrato de direito público, considerando as duas expressões como equivalentes. No entanto, não tendo reconhecido uma verdadeira autonomia do contrato administrativo no género contrato de direito público, impôs que ambas as categorias respeitam ao estabelecimento de uma relação jurídica entre duas pessoas de direito público²⁹. A Lei do Procedimento Administrativo Alemã de 1976 que disciplina a figura do contrato de direito público nos seus artigos 54-62, defini-o como “*aquele pelo qual se constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica de direito público*”.³⁰

De acordo com a doutrina e a jurisprudência alemã, a natureza jurídica do contrato é determinado pelo seu objecto que adopta assim, o critério do objecto imediato. A doutrina subdivide ainda os contratos de direito públicos em *contratos de coordenação* e *contratos de subordinação*. Sendo os primeiros aqueles em que as duas partes se encontram num plano de igualdade e respeitam as relações jurídicas que não podem ser objecto de ato administrativo. Os segundos, são aqueles nos quais as partes se encontram em planos desiguais, com uma clara relação de subordinação de uma em relação à outra, quer se trate de contratos entre a administração e particulares, quer se trate de contratos entre pessoas jurídicas da administração. Neste último caso, o contrato pode ter por objecto a prática de um ato administrativo.

²⁹ No mesmo sentido, SÉRVULO CORREIA, “Contrato Administrativo”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 2.ª Edição, Volume III, 1990, pág.58 e Harmut Maurer, *Droit Administratif Allemand*, versão francesa de Michel Fromont, Paris, LGDJ, 1994, pp.362-3.

³⁰ Verifica-se abordagem similar no direito português atual a partir do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Os contratos de direito público na Alemanha não se identificam em todo caso, com os contratos administrativos relativos a empreitadas de obras públicas ou aquisição de bens e serviços celebrados em países como a França, Espanha ou Portugal com o fim de promover a satisfação das necessidades públicas. Na Alemanha, sem prejuízo da aplicação das regras continentais em termos de adjudicação, esses contratos são de natureza privada.

No mesmo sentido, na lógica do direito italiano onde a distinção entre contratos de direito privado e contratos de direito público assenta no critério da *disponibilidade do objecto* da relação contratual, a doutrina assumiu como contratos administrativos aqueles em que o próprio objecto do sinalagma é público e por isso encontra respaldo na administração pública. É assim que a adopção da figura do contrato administrativo na Itália foi rejeitada com a maioria da doutrina a qualificar como contratos privados grande parte dos contratos que em França, Espanha e Portugal são qualificados como contratos administrativos.

Segundo MASSIMO GIANNINI ³¹, o corpo dos contratos celebrados pela administração pública italiana é constituída por três categorias de contratos. A primeira categoria abrange os contratos de direito privado regidos pelo direito comum³², caso do contrato de compra e venda e do contrato de locação. A segunda categoria respeita aos contratos de direito privado mas regulados por regras especiais (*contratti amministrativi*), como ocorre com o contrato de obras públicas e com o contrato de aquisição de bens e serviços. A terceira envolve os contratos de direito público³³ que se caracterizam

³¹ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 2.º volume, 1993, pp. 428-9.

³² *Contratto ordinari ou di diritto comune*.

³³ *Contratti di diritto publico ou ad oggetto pubblico*.

pelo facto de respeitarem o bem público, ou seja um bem relativamente ao qual a administração só pode dispor na medida em que o mesmo implica o exercício de um poder administrativo.

No entanto, a doutrina italiana distingue ainda três sub-espécies de contratos. Por um lado os contratos acessórios de atos administrativos (*contratti accessivi*) aplicáveis em situações onde um particular – a quem foi concedida uma determinada vantagem pela administração, através de um ato administrativo – se obriga a prestar determinadas contrapartidas, é por exemplo, o que acontece com os contratos de concessão de bens do domínio público (*concessioni-contrato*). Por outro lado, os contratos auxiliares (*contratti ausiliari*) que têm como pressuposto a existência de um procedimento em curso, no qual se inserem, devendo possuir um conteúdo patrimonial. Estas sub-espécies de contrato servem para substituir, quando necessário, determinados atos de procedimento e assumir diferentes formas em função do procedimento em causa. É o que ocorre por exemplo, com o contrato de compra e venda num processo de expropriação por utilidade pública. Ainda podem surgir os contratos substitutivos dos *provvedimenti* que representam a substituição total de um procedimento administrativo destinado à prática de um ato administrativo, sendo grosso modo, utilizado no domínio do urbanismo.

A Lei n.º 241, de 7 de Agosto de 1990, introduziu no ordenamento jurídico italiano uma quarta espécie de contratos celebrados pela administração, a qual veio permitir que o conteúdo dos atos administrativos de natureza discricionária seja estabelecida através de acordo entre a administração e os particulares. É consensual na doutrina que estes acordos constituem verdadeiros contratos de direito público e podem apresentar duas modalidades: os contratos substitutivos (*accordi sostituti*) e os contratos integrativos

(accordi integrativi). Como se pode deduzir a partir da designação, os primeiros visam a substituição do ato administrativo; os segundos determinar o conteúdo do ato administrativo.

2.2.1. Evolução doutrinária subsequente

A história dos atos da administração é fortemente marcada pela introdução da figura do contrato administrativo no século XIX. Toda via, ao contrário do que se esperava, o acolhimento doutrinal desta figura contratual não representou qualquer cedência face ao princípio prevalecente no direito Francês e Espanhol e como consequência e influência destes no Direito português que o “*poder público não se negocia*”. Este princípio levou a irradicação desta figura na Alemanha e na Itália.

Nas últimas décadas do século XIX, o Estado assume a responsabilidade de implementar um processo de realização de grandes obras públicas de construção e fomento de infraestruturas ferroviárias, rodoviárias, de iluminação pública, de comunicações e de abastecimento de água às populações. Entretanto, o Estado está consciente de que não dispõe de estrutura administrativa e operativa para realizar essas obras públicas e por essa razão vê-se na necessidade de cobrar a colaboração do sector privado que dispõem de estruturas operativas e meios financeiros para a materialização desta política pública.

É efetivamente neste condicionalismo que nascem os contratos de concessão de serviços públicos³⁴ que eram inicialmente alinhados

³⁴ Segundo MARCELO CAETANO, nasce assim o acordo pelo qual uma pessoa coletiva de direito público transfere para outra pessoa, durante prazo estipulado, o

com os demais contratos de direito privado. Mas a rigidez e a longevidade destes contratos conduziu à necessidade de atualização dos serviços e das condições praticadas por exigência do interesse público, o que era pouco consentâneo com o princípio da pontualidade dos contratos. Assim, foi rejeitada a ideia de que o contrato que versasse sobre um objecto público fosse considerado de direito privado. Sendo o sistema francês de carácter dualista, coube a jurisdição dos contratos administrativos aos tribunais administrativos e a jurisdição litigiosa dos privados aos tribunais civis.

O sistema jurídico português, de que é aliás inspirador o sistema francês, de forma similar conheceu a qualificação de contratos celebrados no domínio da atividade do Estado, por duas vias. Por um lado, conhece os contratos administrativos por *determinação da Lei* como acontece, a título de exemplo, com o contrato de empreitada de obras públicas (*marche des travaux publics*) conforme o artigo 4.º da Lei do pluvioso do ano VIII.() Esta lei torna-se relevante não só porque introduz o contrato administrativo, por via legislativa, mas por entregar também o contencioso destes contratos à jurisdição administrativa.³⁵ E por essa via pretoriana que se lança as bases determinantes dos critérios de distinção relativamente aos contratos administrativos de direito privado. Por outro lado, existem os contratos administrativos *por natureza*, distinguidos pelos tribunais e pela doutrina através de um conjunto de critérios dos contratos de direito privado, celebrados pela administração pública. Como acentua ANDRÉ DE LAUBADÈRE:

seu poder de estabelecer e explorar determinado serviço público, para ser exercido por conta e risco do concessionário mas sempre no interesse do público. Cf. Manual de Direito Administrativo, pp. 583-4.

³⁵ A lei confere por via legislativa o contencioso dos contratos que versassem sobre um objeto de interesse público, Ou seja, os serviços públicos explorados com base em infra-estruturas públicas, concretamente, à jurisdição dos conselhos da prefeitura.

“Tous les contrats de l’administration ne sont pas des contrats administratifs. Une distinction capitale oppose aux contrats administratifs proprement dits les contrats de droit privé de l’administration. L’intérêt de la distinction est que les premiers sont soumis à des règles spéciales de droit administratif, différents des règles du droit civil des obligations et que leur contentieux relève des tribunaux administratifs alors que les seconds obéissent aux règles du droit civil et relèvent de la compétence judiciaire.(...) il est donc essentiel de se demander, en présence d’un contrat conclu pour l’administration, s’il s’agit d’un administratif proprement dit ou d’un contrat de droit commun. Cependant la question ne se pose pas pour tous les types de contrats de l’administration. Certains contrats sont toujours des contrats administratifs, soit, comme on va voir du fait d’une détermination de la loi, soit, pour certains, du fait de leur objet; ce dernier cas est notamment celui de la concession de service public. Mais d’autres types de contrats et des plus importants (fournitures, services, etc) peuvent être, selon le cas, administratifs ou de droit commun; c’est pour eux que la jurisprudence a dû dégager de critère du contrat administratif³⁶.

A jurisprudência administrativa francesa para distinguir estes contratos tem utilizado dois critérios. Primeiro, o critério do serviço

³⁶ Tradução livre do autor: “Nem todos os contratos da administração são contratos administrativos. Uma distinção essencial opõe os contratos administrativos aos contratos de direito privado celebrados pela administração. O interesse da distinção é que os primeiros se encontram submetidos a regras especiais de direito administrativo e que o seu contencioso pertence aos tribunais administrativos, enquanto os segundos a regras de direito civil e relevam para a competência jurisdicional comum (...)é por isso essencial perguntar-se em presença de um contrato celebrado pela administração se se trata de um contrato administrativo propriamente dito ou de um contrato de direito comum. Contudo, a questão não se coloca para todos os tipos de contratos. Alguns destes contratos são sempre contratos administrativos, seja pelo facto da sua qualificação por lei, seja, para outros, em razão do seu objeto. Este último é verdadeiramente o caso da concessão de serviços públicos. Mas alguns outros contratos muito importantes (de fornecimento e serviços) podem ser, segundo o caso, administrativos ou de direito comum. É para estes que a jurisprudência tem de descortinar um critério de qualificação dos contratos administrativos.”

público e das cláusulas exorbitantes de forma alternativa, pelo que é suficiente a presença de uma delas para qualificar o contrato como administrativo. Segundo, o critério do serviço público que tem as suas origens no famoso *arrêt Blanco*, proferido pelo tribunal de conflitos no ano de 1873, segundado pelo *arrêt Terrier* de 1903, que permitiu incluir na qualificação dos contratos todos os contratos celebrados pela administração que por uma forma ou outra estavam ligados à realização das tarefas da administração. No entanto, dada as dificuldades decorrentes da qualificação dos contratos, o Conselho de Estado veio através do *arrêt Époux Berlin e Société française des transports Gondrand* determinar que são contratos administrativos cujo objecto consistisse na execução de determinado serviço público. O *arrêt Revière du Sant* ainda em 1973, veio sustentar a tese sendo a qual a natureza administrativa do contrato vinha do facto do respectivo regime jurídico incorporar um regime de direito público, consistindo este critério, num prolongamento do critério das cláusulas exorbitante.

Entretanto, RAINAUD³⁷ distancia-se de LAUBADÈRE e argumente a favor do critério do serviço público por considerar que a natureza exorbitante do contrato não decorre apenas da presença de cláusulas exorbitantes, mais de um regime de sujeição do contraente particular cuja a causa assenta no facto de se estar a executar um serviço público. De acordo com o *arrêt UAP*, de 1983, proferido pelo Tribunal de Conflitos, os contratos entre entidades públicas revestem, sempre, a natureza administrativa, enquanto os contratos entre entidades privadas têm, em princípio, a natureza privada³⁸, decisão

³⁷ JEAN-MARIE RAINAUD, “*Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public*”, RDPSP, n.º5, pág. 1188.

³⁸ De acordo com alguns comentários de Laubadère, cit., pp.739-741, o contrato celebrado entre duas pessoas jurídicas privados não pode ser administrativo ainda que uma das pessoas jurídicas em causa, esteja encarregada da execução de uma tarefa de âmbito de serviço público. Refere-se a decisões do Conselho de Estado de

que parece apontar para a junção de um critério de natureza orgânica aos critérios distintos já enunciados.

O ordenamento jurídico espanhol, que sobre uma grande influência do Direito francês, opta pela dualidade ao nível dos contratos celebrados pela administração pública entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado. Tradicionalmente, o sistema jurídico espanhol qualificou os contratos administrativos com base num duplo objectivo: obras públicas ou serviços públicos de qualquer espécie³⁹. Mais tarde, a *Ley de contratos de 1964*, veio anunciar três contratos típicos: contratos de obras públicas, contratos de serviços públicos, contratos de fornecimentos e demais contratos celebrados pela administração que demonstrassem uma especial tutela do interesse público no seu objecto⁴⁰. A *Legislación de Contratos de las Administraciones Publicas (TRLCAP)*, no seu texto revisto e aprovado pelo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junho⁴¹, no seu artigo 5.º estipula que “os contratos que a administração celebre terão carácter administrativo ou carácter privado”. Como consequência disto, os litígios decorrentes dos

19 de Dezembro de 1963 (*syndicant des praticiens de l'art dentaire*), de 9 de Junho de 1967 (*Société de Eaux de Marseille*) e de 3 de Março de 1969 (*Société Interlait*) tomadas neste sentido. Um caso especial que tem motivado contraditória jurisprudência do Tribunal d Conflitos é o das sociedades de economia mista concessionárias de auto-estradas. Em certas decisões, o Tribunal tem se inclinado para a caracterização destes contratos como administrativos, na medida em que estas sociedades atuam por conta do Estado. Noutras têm-nos qualificado como privados.

³⁹ Sendo que a responsabilidade de ampliar o conceito por forma a integrar aqueles contratos que direta ou indiretamente estejam relacionados com obras e serviços públicos foi assumida pela jurisprudência.

⁴⁰ Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, Volume I, Décima Primeira edição, 2000, pp. 375-377.

⁴¹ Este diploma legal, seria objeto de regulamentação através do *Reglamento General de los Contratos de las Administraciones públicas (RG)*, publicado em 2001. Mais tarde a *Ley 30/2007* de 30 de Outubro, veio rever o quadro global dos contratos da administração em Espanha (sendo repositório das mesmas diretivas que impulsionaram, em Portugal, o *Código dos Contratos públicos*). Ver Fernando Velásquez Curbello, *Manual Prático de Contratación de Sector Público. Regimen y procedimientos de la Ley de Contatos del Sector Público*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 31-4.

contratos administrativos são da competência dos Tribunais Administrativos sendo que os decorrentes dos contratos de direito privado são apreciados pelos Tribunais Comuns.

Tal como no caso francês, o âmbito dos contratos administrativos é definido por determinação da lei e por sua natureza, designando a jurisprudência e a doutrina diversos critérios para as distinguir dos contratos de natureza privada. Assim nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da TRLCAP, são contratos administrativos *típicos* o contratos de obras públicas, o contrato de gestão de serviços públicos, o contrato de fornecimento, o contrato de consultoria e assistência de serviços e o contrato que tenha por objecto a criação e interpretação artística, literária e de espetáculos. Por sua vez, o n.º 2 do mesmo artigo qualifica como administrativos (denominando-lhes *contratos administrativos especiais*) os contratos que sejam assim qualificados por uma lei que não seja o TRLCAP, bem como aqueles contratos que se encontrem vinculados ao tráfico específico da administração contratante para satisfazerem, de forma direta ou indireta, uma finalidade pública da específica competência da administração⁴². De acordo com RAMÓN PARADA⁴³, o regime jurídico espanhol toma como critério fundamental para caracterizar a natureza administrativa do contrato o da ligação à execução do serviço público ou de uma obra pública, complementando-o com o fim do contrato.

PAREJO ALFONSO, em sentido divergente afirma que *“esta hoje generalizada na doutrina e na jurisprudência a convicção de que, substancialmente, o contrato administrativo não é uma figura*

⁴² A este propósito ver Emílio Jiménez Aparicio, *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Elcano, Editorial Aranzadi, 2002. pp.51-5.

⁴³ Ramon Parada, *Derecho Administrativo*, Volume I, 11.ª edição, Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp.321-2.

autónoma em essência do direito privado”, anunciando a existência de uma “*crise da concepção substancialista do contrato administrativo*”, crise esta, explicada, em boa parte, pelo autor, pela mistura dos regimes do direito público e privado no sentido de que “*nem tudo é direito público no contrato administrativo, tal como nem tudo é privado no contrato com esta qualificação celebrado pela administração*”⁴⁴. Tendo em conta diversas posições doutrinária, DELGADO PIQUERAS faz a seguinte construção sumária sobre o que distingue os contratos administrativos dos contratos de direito privado celebrados pela administração pública: “*o interesse geral como causa do mesmo; o serviço público, como objecto; a forma, como requisito essencial; a desigualdade das partes; a jurisdição especial e a especialidade legal*”⁴⁵.

Seguindo a solução alemã, o direito espanhol também prevê a possibilidade de celebração de um contrato administrativo em substituição de um ato administrativo. De acordo com o n.º 1 do artigo 88.º do RJAPPAC⁴⁶, aprovado pela Ley 30/1992, de 26 de Novembro, a administração pública pode, para efeitos de “*terminación convencional del procedimiento administrativo*”, celebrar acordos, pactos, convénios ou contratos tanto de direito público como de direito privado, sempre que estes não contrariem o ordenamento jurídico nem versem sobre matérias insusceptível de transação e que visem a satisfação do interesse público a seu cargo,

⁴⁴ Luciano Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco e Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Editorial Ariel, Barcelona, 5ª edição, 1998, pág. 784.

⁴⁵ Francisco Delgado Piqueras, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pág. 92.

⁴⁶ *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, diploma que no sistema administrativo espanhol vem consolidar as garantias dos cidadãos nas sua relações com a administração, promover a articulação entre as varias Administraciones Públicas e unificar e agilizar os procedimientos administrativos. Regime in <http://www.Clasespasivas.sgpg.papás.meh.es/NR/rdonlyres/45F92F02-1AEE-441F-80C83E0D4137B7F/17516/05RealDecreto17691994enero2009.pdf>.

com o alcance, efeito e regime jurídico específico que, em cada caso, preveja a disposição que o regule. Podem tais atos terem como objectivo o termo dos procedimentos administrativos ou a integração nos mesmos com carácter prévio, vinculativo ou não, relativamente à resolução que lhes ponha fim. A doutrina espanhola refere-se a esses contratos como alternativos à via de atuação unilateral próprio do ato administrativo, mas estes não podem conter cláusulas que violem aspectos vinculados da competência administrativa, mas apenas disposições que não estejam previstas em normas legais ou afastem normas puramente dispositivas.

A Ley 30/2007, de 30 de Outubro, que aprovou a *Ley de Contratos del Sector Público* (LCSP), distingue o âmbito genérico dos contratos do sector público, definindo um normativo geral com o fim de enquadrar as fases de prestação e adjudicação dos contratos, garantindo assim, o enquadramento dos princípios de publicidade, transparência, igualdade de oportunidade e um âmbito específico dos contratos tipificados pela LCSP como contratuais regulados especialmente para o sector público. Neste domínio específico a LCSP distingue dois sub-regimes: i) quando se trate de contratos celebrados pela administrações públicas e se encontrem vinculados a fins institucionais de carácter público, estes contratos têm a qualificação de contratos administrativos dotados de uma regulamentação especial, que assegura uma maior tutela dos interesses públicos; ii) se a entidade contratante não é uma administração pública, o regime regulador está sujeito ao direito privado, menos as fases de preparação e adjudicação que se encontram submetidas à LCSP, desde que a entidade adjudicante esteja subordinada à regulamentação comunitária. “o novo enfoque da regulamentação da contratação pública determinou que a LSCP tenha uma estrutura extremamente complexa e difícil de sistematizar, contendo uma

heterogenia diversidade de regimes jurídicos com distinto âmbito e alcance"⁴⁷. É deste modo que Velásquez Curbelo caracterizou a nova lei espanhola.

3.3. Os Contratos Administrativos no Direito Português

Exposto às influências do direito francês e germânico, o direito administrativo português concebe a mesma dualidade de opção entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado, como forma corrente de contratualização da administração na satisfação dos interesses coletivos. O contrato administrativo é geralmente aceite como uma forma de exercício do poder administrativo⁴⁸. Se tivermos em conta a metodologia assente na jurisprudência relativa aos contratos celebrados no domínio da administração pública, tal como proposto por SÉRVULO CORREIA, é possível estabelecer até à entrada em vigor do atual regime do ETAF (Estatuto dos Tribunais Administrativos e fiscais de Portugal) quatro épocas na evolução do contrato administrativo em Portugal.

A primeira época tem início com a reforma administrativa introduzida pelo Decreto n.º 23 de 16 de Maio de 1832 e dura até o Código Administrativo de 1886. Nesta fase, os conflitos de interpretação, validade e execução dos contratos celebrados pela Administração Pública são da competência dos Tribunais Administrativos. Eles têm a responsabilidade de esclarecerem a natureza das relações sinalagmáticas e fazem-no com enorme

⁴⁷ Valásquez Curbelo, cit., pág 34.

⁴⁸ Neste sentido, MARCELO CAETANO, FREITAS DO AMARAL, SÉRVULO CORREIA em JOSÉ LUÍS ESQUEVEL, "Os Contratos Administrativos e a arbitragem", Coimbra, Almedina, 2004, pp.51 e segs.

sentido inovador, evitando uma mecânica aplicação de critérios embebidos na letra da lei às situações de conflito jurídico sobre sua apreciação.

A segunda época vai dos Códigos Administrativos de 1886, 1895 e 1896 até 1930 e fica marcada pela restrição do conceito de contrato administrativo destinada a validar o tipo de contratos que podem ser sujeitas à apreciação dos Tribunais Administrativos.

Uma terceira época vai de 1930 a 1936 e caracteriza-se pela introdução de uma primeira definição do contrato administrativo por natureza. Nesta fase os tribunais são chamados a dirimir todos litígios derivados dos contratos administrativos.

O quarto período vai do Código Administrativo de 1936/40 até finais de 1984, com a entrada em vigor do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, em Janeiro de 1985. São claras nessa época as influências de MARCELLO CAETANO que considerava que só são contratos administrativos aqueles contratos que a lei qualificava como tal. Para o Professor, apenas os fixados no n.º 2 do artigo 215.º do Código Administrativo de 1940 nos termos do qual se determinava:

“Consideram-se contratos administrativos unicamente os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, os de concessão de serviços públicos e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços, celebrados entre a administração e os particulares para fins de imediata utilidade pública”.

Esta posição de MARCELLO CAETANO foi comungada por MARQUE GUEDE⁴⁹ mas contestada por uma nova geração de administrativistas, entre os quais a destacar FREITAS DO AMARAL, SÉRVULO CORREIA e ESTEVES DE OLIVEIRA, que defenderam que o facto daquela disposição do código administrativo elencar um conjunto de contratos, tipificando-os como administrativos não sustentava que apenas esses são contratos administrativos.

Na verdade, confrontam-se duas posições sobre a administração pública portuguesa: uma posição que vislumbra na administração pública um foro de atividades do Estado em que o mesmo atua dotado de inequívocos poderes de autoridade, escolhendo quase discricionariamente os seus co-contratantes, impondo-lhes a execução dos interesses públicos que estima prosseguir; outra que vê uma administração pública que não pode estar divorciada das novas exigências de uma governabilidade aberta as diversas entidades sociais, imposta pela natureza do Estado de direito democrático, que comporta na relação da administração com os cidadãos não uma relação hierárquica e disciplinada, mas uma relação horizontal, binária, feita de direitos e obrigações e, em última instância, sujeita ao princípio democrático da prestação regular de contas aos cidadãos e da jurisdicionalização das decisões administrativas.

A fase que tem início com a entrada em vigor ETAF é caracterizado pela afirmação no direito administrativo português de um conceito de contrato administrativo *substantivo*, reforçada pelo surgimento do Código do Procedimento Administrativo e pela adesão

⁴⁹ E suportada pela inúmera jurisprudência dos tribunais superiores portugueses. A título de exemplo pode verificar-se: o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1976, *Boletim do Ministério da Justiça*, 256,83; Acórdão da Relação de Coimbra, de 20 de Março de 1981, *Coletânea de Jurisprudência*, 1981, II, 77; Acórdão do Tribunal de Conflitos de 2 de Dezembro de 1983, BMJ, 333,216.

maioritária da doutrina e da jurisprudência à interpretação da natureza *substantiva* dos contratos administrativos face aos contratos privados celebrados pela administração.

Pois, o n.º 1 do artigo 9.º do ETAF, determina que:

Para efeitos de competência contenciosa, considera-se como contrato administrativo, o acordo de vontade pela qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de direito administrativo.

Por sua vez o seu n.º 2 estatui:

São designadamente contratos administrativos, os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de concessão de uso privativo do domínio público e de exploração de jogos de fortuna ou azar e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrados pela administração pública para fins de imediata utilidade pública.

Com este dispositivo legal, tal como regista SÉRVULO CORREIA⁵⁰ *“virou-se uma página muito importante para a dinâmica do direito administrativo português consubstanciada quer na adoção pelo legislador de um conceito matricial de direito administrativo, quer pela natureza meramente exemplificativa do elenco legal dos contratos administrativos”*. A medida abriu porta à autonomização contenciosa e substantiva do contrato administrativo no direito português, refere o autor.

O Código de Procedimento Administrativo português que entrou em vigor em 16 de Maio de 1992, adoptou no n.º 1 do seu artigo 178.º,

⁵⁰ Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pág.355.

uma definição de contrato administrativo semelhante à prevista no n.º 1 do artigo 9.º do ETAF. As únicas diferenças residem na não utilização da expressão “para efeitos da competência contenciosa” e na inclusão de uma lista pouco exaustiva de espécies de contratos administrativos, aumentando ao elenco do CPA a figura do contrato de exploração do domínio público. Uma das principais consequências desta reforma revela-se no facto de, para além dos contratos que o legislador qualifica como administrativos, ter aberto um enorme campo criativo a contratos administrativos de natureza mista e à sua determinação, *a posteriori*.

Tal como observa JOSÉ LUÍS ESQUIVEL⁵¹, o legislador português acolheu a solução do § 54 da Lei do Procedimento alemã que privilegia o critério do objecto imediato e se reconduz à *constituição, modificação ou extinção de uma relação de direito administrativo*. Entretanto, esta solução não resolve o problema quando um determinado contrato afecta uma relação de direito administrativo, isto é, assumindo-se como administrativo⁵². Tal como explica Vasco Pereira da Silva⁵³, trata-se de uma figura central e expansiva ao conceito da administração pública não autoritária, colaboradora, parceira dos particulares e que goza de total acolhimento no texto constitucional e na lei ordenaria tanto material como adjetiva.

É tarefa difícil, tal como salienta FREITAS DO AMARAL⁵⁴, definir o que é uma relação jurídica administrativa na medida em que envolve a discussão nunca findada sobre as fronteiras entre o direito público e

⁵¹ José Luís Esquivel, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004.

⁵² Ver a este respeito, Esteves de Oliveira, Pedro Costa e Pacheco Amorim, *Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2ª Edição, pág. 809.

⁵³ Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1998, pág.150.

⁵⁴ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, Volume II, 2001, pág.571.

direito privado e pressupõe a ponderação do critério construtor do Direito Administrativo. A este respeito o legislador, aliás como expressou no preâmbulo do Código do Procedimento Administrativo Português, deixa aberta à jurisprudência e à doutrina a tarefa de definir o que é uma relação jurídica administrativa.

Por sua vez, a jurisprudência portuguesa tem recorrido a vários critérios para se desenvencilhar desta tarefa integradora. O Tribunal de Conflitos veio esclarecer num acórdão datado de 1997, que *“dos diversos critérios propostos pela doutrina para distinguir os contratos administrativos dos contratos privados, a lei portuguesa optou pelo critério do objecto. Mas este critério mostra-se por vezes insuficiente para a qualificação do contrato, havendo que recorrer também ao critério estatutário. Segundo este critério misto, o contrato administrativo constitui um processo de agir da administração pública que cria, modifica e extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativos”*⁵⁵. O conteúdo da argumentação é pertinente para compreender a lógica aduzida pelos juízes administrativos:

“para operar a distinção entre contratos administrativos e contratos não administrativos ou de direito privado, tem a doutrina essencialmente utilizado o tríplice critério da sujeição, do objecto e o estatutário. O primeiro dos critérios referidos assenta na ideia de inferioridade do contraente de direito privado, o segundo considera contrato administrativo o que constitui, modifica ou extingue uma relação de direito administrativo, e o terceiro assenta na concepção do direito administrativo como o direito da administração pública.

⁵⁵ Acórdão de 14 de Janeiro de 1997, proferido no âmbito do processo n.º 317. Ver em <http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/e3bfc1ffb4fbce3e8025713b003b5a86?OpenDocument>.

A lei, por um lado, define contrato administrativo como o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa (artigo 178.º do Código de Procedimento Administrativo).

Por outro lado, enumera de modo não taxativo, qualificando-os de administrativos, os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de serviços públicos, de exploração de domínio público, de uso privado de domínio público, de exploração de jogos de fortuna e azar, bem como de fornecimento contínuo de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública (artigo 178.º, n.º2, alínea a) a h), do Código do Procedimento Administrativo).

Assim, a conclusão é no sentido de que a lei foi motivada pelo critério do objecto. Todavia, fora dos casos previstos no n.º 2 do artigo 178.º do Código do Procedimento Administrativo, ele não nos dá um critério para a qualificação da relação jurídica administrativa de que depende a caracterização do contrato administrativo”.

E continua o acórdão nos seguintes termos:

“Por isso, alguma doutrina tem conjugado, para o efeito, o critério do objectivo com o critério estatutário e, a partir dessa conjugação, tem definido o contrato administrativo como o processo próprio de agir da administração pública que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativo entre pessoas colectivas da

Administração ou entre a Administração e os particulares. A específica caracterização de determinadas relações jurídicas como administrativas decorre da circunstância de o contrato em causa envolver cláusulas chamadas exorbitantes, ou seja, as que prescrevem exercício de prerrogativas de autoridade por parte do sujeito administrativo no confronto com o sujeito privado, quer por este em relação a terceiros ou que impõem às partes sujeições inexistentes no regime dos contratos de direito privado⁵⁶.

As referidas cláusulas exorbitantes em relação ao regime contratual têm normalmente a ver com a interpretação do contrato, com a fiscalização, direção ou imposição de sanções ou a modificação ou a extinção unilateral do contrato. Entre as cláusulas exorbitantes as mais significantes têm sido as relacionadas com a sujeição dos órgãos da Administração à lei quer na formação da sua vontade quer na escolha do contraente, o poder regulamentar, de fixar cláusulas e de as interpretar, de direção e fiscalização da execução do contrato, de modificação unilateral das prestações, a inexistência de exceção do não cumprimento a favor do particular e a faculdade da Administração aplicar sanções ao contraente privado como quem convencionou⁵⁷.

É evidente que o tribunal deixa-se convencer pelo critério estatutário como aquele que no fim traceja a existência de um poder inigualitário para impor a prevalência de um interesse considerado de

⁵⁶ MARIA JOÃO ESTORNINHO, "Princípio da Legalidade e Contratos da Administração", BMJ, n.º368, pags. 79 a 122.

⁵⁷ As cláusulas exorbitantes não devem ser vistas como passarelas para o abuso do poder. Elas são garantias dos administrados e instrumentos para a realização do interesse público, não se admitindo que a Administração se locuplete indevidamente à custa do particular. Se isso ocorrer ao particular assiste a possibilidade de fazer declarar nula essa disposição contratual com base em desvio de poder.

hierarquia superior ao interesse privado e que caracteriza o contrato administrativo versus o contrato privado.

A argumentação do tribunal é clara e até convincente, mas exige contrapor, a bem do argumento, que não corresponde a realidade a existência, no domínio privado, de um claro equilíbrio de prestações e obrigações bilaterais. A realidade do mercado de serviços tem ignorado a existência de contratos aparentemente abertos à autonomia da vontade das partes e em que em boa verdade apenas esta aberto ao particular a possibilidade de a eles aderir, na íntegra ou de os recusar, também a íntegra⁵⁸.

Num acórdão importante, o Supremo Tribunal Administrativo (português) sustentou que “os critérios de distinção de um contrato administrativo são o modo de formação da vontade da pessoa colectiva, o seu objecto e os poderes de que se reveste de que se reveste a sua inserção nesse contrato⁵⁹.”

No mesmo sentido a doutrina tem procurado preencher a lacuna legal. FREITAS DO AMARAL ⁶⁰ define a relação jurídico administrativa como *“aquela que por via de regra confere poderes de autoridade ou impõe restrições de interesse público à Administração perante os particulares, ou atribui direitos ou impõe deveres públicos aos particulares perante a Administração”*. O professor propõe aqui, o critério do objecto mediato como apurador da existência de um contrato administrativo *“se o respectivo objecto respeitar ao conteúdo da função administrativa e se traduzir, em*

⁵⁸ Os contratos de seguro de bens e pessoas e de mútuo são disso excelente exemplo, tal como os contratos de fornecimento de serviços de telecomunicações ou de tecnologias de informação. Há hoje, um “leonismo” assumido que faz parte das regras do jogo e da lógica do mais forte no jogo do mercado.

⁵⁹ Acórdão de 14 de Abril de 2001, proferido no âmbito do processo n.º 46 849, in <http://www.dgsi.pt>

⁶⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito ... Ob. Cit.*, pág. 518.

regra, em prestações referentes ao funcionamento dos serviços públicos, ao exercício de atividades públicas, ao provimento de agentes públicos ou à utilização de fundos públicos. Em alternativa, se o objecto não for nenhum deles, o contrato só será administrativo se visar um fim de utilidade pública”.

SÉRVULO CORREIA no entanto, entende a relação administrativa como o “sistema complexo de relações jurídicas ativas e passivas, interligadas em termos de reciprocidade, regidas pelo Direito Administrativo e tituladas pela Administração e por particulares ou apenas por diversos polos finais de imputação pertencentes à própria administração”. O professor indica, também, o critério estatutário administrativo “o contrato que constitui um processo próprio de agir da Administração Pública que cria, modifica ou extingue relações jurídicas disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativo, entre pessoas colectivas da administração ou entre a administração e os particulares”⁶¹.

JOÃO CAUPERS e PEDRO GONÇALVES posiciona-se de acordo com esta posição⁶². PEDRO GONÇALVES acredita que a opção por um critério de natureza estatutária implica que “um dos sujeitos do contrato seja membro da Administração e tem de celebrar esse contrato nessa qualidade (enquanto tal) e não no exercício de uma capacidade jurídica de direito privado. Por outro lado, os sujeitos do contrato têm de estar dotados de personalidade jurídica”.

⁶¹ SÉRVULO CORREIA, “A Legalidade ...”, pág. 396.

⁶² JOÃO CAUPERS, “Introdução ao Direito Administrativo”, Âncora Editora, 2007, pág. 220 e Pedro Gonçalves, O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo dos nossos tempos, Coimbra, Almedina, 2003, pá.27.

MARCELO REBELO DE SOUSA, deixa-se influenciar pelo forte apelo do objecto do contrato. Na sua obra de 1994⁶³ escreve: “o contrato administrativo, tal como o contrato de direito privado celebrado pela administração pública cabe na função administrativa do Estado-Colectividade; distingue-se por nele avultar o interesse público prosseguido pela Administração Pública, a explicar um regime próprio dos apelidados actos de gestão pública, por oposição aos actos de gestão privada como são os contratos de gestão privada⁶⁴”. MARCELO REBELO DE SOUSA posiciona-se crítico das posições⁶⁵ que argumentam pela falta de autonomia conceptual do contrato administrativo, considerando que as mesmas acolhem influencias externas numa linha que tem raízes germânicas e relacionam-se com a generalidade dos contratos atípicos.

Ainda a esse propósito, a Procuradoria Geral da República (portuguesa) no seu Parecer n.º 262 de 1 de Outubro de 1991⁶⁶, apresenta a seguinte argumentação:

Não sofre dúvida que estamos, no caso presente, em face de um contrato administrativo, um contrato de empreitada de obras públicas, que pode ser definido como “o acordo pelo qual uma pessoa (o empreiteiro) se encarrega dos trabalhos de construção, adaptação, reparação ou conservação de bens

⁶³ MARCELO REBELO DE SOUSA, “O Concurso Público na formação do Contrato Administrativo”, Lisboa, Lex, Edições Jurídicas, 1994.

⁶⁴ A doutrina administrativa brasileira assume uma posição próxima a esta. Para MARÇAL JUSTEN FILHO, os contratos administrativos dividem-se em contratos privados praticados pela Administração (de que são exemplo, os contratos de seguro e de locação) e os contratos disciplinados especificamente no âmbito da administração pública (aqui são exemplo os contratos de obras públicas). JUSTEN FILHO, “Concessões de Serviços Públicos”, S. Paulo, Dialética, pág. 34.

⁶⁵ Apesar de não o identificar as críticas do Professor parecem dirigir-se a MARIA JOÃO ESTORNINHO, quando aborda a sobrevivência do contrato administrativo in “Requiem pelo Contrato Administrativo”, a sua dissertação de doutoramento publicada pela livraria Almedina.

⁶⁶ Homologado pelo Secretário de Estado das Obras Públicas e publicado a 27 de Junho de 1991, no Diário da República n.º 233. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

imóveis de domínio público ou do património administrativo por conta de uma pessoa colectiva de direito público (o dono da obra), com materiais subministrados por este ou pelo empreiteiro, mediante certa retribuição". Trata-se, pois, de um negócio jurídico que, tende de "ser regido na sua execução pelos princípios jurídicos em que assenta toda realização do interesse público, assegurando a sua supremacia" não deixa de ser um verdadeiro contrato, tal como o contrato de direito privado, muito embora gizado em termos de realizar a conciliação daquele interesse com o do contraente particular, por meio das regras convencionadas entre os dois contraentes. É que como argumenta Marcello Caetano "muito embora o contraente particular seja sempre um colaborador na realização do interesse público, o seu interesse privado deve ser respeitado na medida em que os termos do contrato o imponham e que a realização integral dos fins administrativos o exija, segundo a lógica da livre vinculação contratual".

Deste modo, o regime jurídico dos contratos administrativos resulta em primeira instância das normas convencionais entre a Administração e o outro contraente, depois, das regras legais que especialmente se lhe refiram e, finalmente, dos princípios gerais por que se regem os contratos de direito privado, não incompatíveis com o interesse público.

Essa discussão em torno da caracterização das relações contratuais da administração pública como contratos administrativos no direito português, ficou a nosso entender, praticamente resolvido pela introdução do conceito de contrato público no Código dos Contratos públicos e pela realidade da atuação do Estado numa

economia aberta, e com muito pouca pretensão da função agenciadora e empresarial do Estado.

O Estado não existe para o fim de providenciar bens e serviços mas para cobrir as necessidades dos cidadãos, insupríveis através dos mecanismos individuais de realização do bem estar social.

Os estudiosos de direito tendem por vezes a acreditar que sem os fazedores de direito o mercado atolar-se-ia na apatia, quando a realidade, mostra-nos, precisamente o contrário: o mercado despista soluções novas para problemas crónicos e perduráveis e o direito segue-lhe o ímpeto, sacralizando sob a forma de normas legislativas e regulamentar esse bom senso regulador ditado pela razão crítica e pelo jogo da oferta e da procura.

A globalização e a internet, anularam as linhas de fronteira da visão tradicional de arrumar as relações comerciais entre um domínio público e um domínio privado, com o primeiro reservado aos prediletos e pejado de rituais administrativos que conhecemos como procedimentos e o segundo dirigido à massa anónima dos cidadãos, onde prevalece a convergência de interesses dos sujeitos jurídicos, para haver ou não formação da vontade contratual.

Percebe-se que a administração quando contrata empreitadas de obras públicas, ou grandes fornecimentos públicos ou concessionaria obras e serviços públicos o deve fazer com o respeito de formalismos procedimentais, morosos, muitas vezes faseados e cautelosos. Mas quando adquire bens e serviços para a operacionalização dos seus serviços a administração não está numa posição substancialmente

diferente de um sujeito privado, seja este individual ou colectivo⁶⁷. Tal como um particular, a administração procura comprar ao melhor preço e nas melhores condições, tendo em atenção que trabalha com dinheiro dos contribuintes. De notar que assiste-se não raras vezes, por força do argumento da natureza distintiva da atividade e da missão da administração, ao inflacionamento das condições praticadas e oferecidas, práticas que num qualquer sector da atividade privada seria absolutamente recusada por incúria ou desperdício.

Numa tradução livre, revejo-me completamente nas palavras de JUAN CARLOS CASSEFNE ⁶⁸ a propósito dos desafios que se apresentam ao contrato no direito administrativo:

“As atuais tendências que exhibe a evolução do contrato no direito administrativo vão desde uma maior flexibilização para favorecer o exercício do jus variandi em harmonia com os princípios gerais que preservam a equação económico-financeira, até ao reconhecimento de uma zona comum para reger todos procedimentos da contratação administrativa junto à tese que admite contratos administrativos por extensão. Em todas estas concepções campeiam novos critérios de hermenêutica que só adquirem sentido se mantiver a categoria do contrato administrativo como figura típica do direito público, dotada de um regime peculiar específico que fundada numa distinta materialidade jurídica, o

⁶⁷ Por exemplo quando a Administração adquire bens logísticos para o funcionamento dos seus departamentos, contrata serviços de limpeza das instalações, de vigilância e portaria, concessionaria serviços de cartering ou adquire viagens para os quadros dirigentes. Trata-se a nosso ver, de puros contratos de direito privado que não tem qualquer razão lógica e substantiva de serem submetidos às regras de procedimentalização na formação dos contratos maiores ou mais importantes.

⁶⁸ Cfr. Juan Carlos Cassagne, “El Contrato Administrativo”, Buenos Aires, Adeledo-Perrot, 1999, pags.12-13.

distingue tanto dos contratos regidos plenamente pelo direito civil ou comercial como aqueles de regime misto”.

3.4. Breves Considerações Sobre o Código dos Contratos Públicos Portugêses de 2008

O Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, surge no ordenamento jurídico português da necessidade de transpor as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, alteradas pela Diretiva 2005/51/CE e ratificadas pela Diretiva 2005/75/CE, do Parlamento e da Comissão.

Não obstante a missão de transpor para o direito interno as diretivas do Parlamento e da Comissão Europeia, o CCP foi mais longe quando harmoniza, sistematiza e uniformiza os vários regimes, até aí dispersos por inúmeros diplomas, aplicáveis aos procedimentos pre-contratuais dos contratos públicos e ao regime substantivo dos contratos públicos que têm a natureza de contratos administrativos. Desta modo, o regime de contratação pública constante da parte II do CCP, aplica-se a formação dos contratos públicos.

Como forma de continuidade aos regimes jurídicos de contratos públicos em vigor em Portugal, com especial destaque para os Decretos-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, 197/99, de 8 de Junho, e 223/2001, de 9 de Agosto, o CCP veio responder à necessidade de garantir a segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos⁶⁹.

⁶⁹ GONÇALVES PEREIRA e CASTELO BRANCO (Sociedade de Advogados), *Newsletter de Direito Público*, 1.º Trimestre 2008, disponível in www.gpcb.pt.

O CCP aplica-se à formação dos contratos públicos entendendo-se como tal, os contratos que independentemente da sua designação e natureza sejam celebrados pelas entidades adjudicantes na concepção do Código. Tratam-se ao fim e ao cabo, de entidades dotadas de autoridade pública que atribuem esses contratos, de acordo como o entendimento do Professor MARCELO CAETANO, a associação douradora e especial do particular à realização do fim administrativo prosseguido pela entidade pública, de tal modo que a sua atividade fique vinculada à regularidade e a continuidade do serviço⁷⁰.

Nos termos do Código dos Contratos Públicos Português, são entidades adjudicantes o Estado, as Regiões Autónomas (Madeira e Açores), as associações públicas e as associações (de direito privado) de que façam parte uma ou mais pessoas colectivas públicas que respondam a certas condições⁷¹. Os procedimentos do CCP aplicam-se à formação de todos e quaisquer contratos celebrados por estas entidades, sejam eles administrativos ou não e independentemente do respectivo valor.

Trata-se de uma clara mudança de paradigma na tradição administrativa portuguesa de traçar uma fronteira entre os contratos entendidos como administrativos e os contratos privados celebrados pela administração. É a primeira vez que a linguagem legislativa portuguesa concebe a noção de contratos públicos. Não propriamente pela *germanização do direito pátrio* como receava MARCELLO CAETANO, mas por via da europeização crescente do

⁷⁰ MARCELLO CAETANO, "*Manual ...*", ob. cit., pág. 585.

⁷¹ Desde que sejam financiadas maioritariamente pelas pessoas colectivas públicas ou que sejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão da administração, de direcção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de 50% por estas designadas.

direito românico em razão de uma frenética atividade legislativa de Bruxelas na harmonização do direito dos Estados-membros.

O conceito de contrato público não é sinónimo de contrato administrativo, embora tenham uma ligação intrínseca, o primeiro constitui o género no qual o segundo se integra como espécie. A função do contrato administrativo é a associação douradora e especial de particulares à realização do fim administrativo, mas há contratos de direito público que dão corpo a uma relação entre duas pessoas de direito público.

SÉRVULO CORREIA ⁷² regista, a este propósito, os contratos celebrados na Alemanha entre os Lander e a Igreja protestante e os acordos em Portugal entre as juntas de freguesia e as câmaras municipais relativas à criação e manutenção de serviços de apoio aos cidadãos como exemplos deste tipo de contratos que envolvem co-contratantes públicos.

O Código dos Contratos Públicos português conta apenas com cinco procedimentos pré-contratuais pondo fim a variedade e a profusão de modalidades de procedimentos que vinham já da diretiva da década de 90 ⁷³: o ajuste direto, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, negociação e diálogo concorrencial. Como é tradição nos procedimentos de concurso limitado, de negociação e de diálogo concorrencial, a escolha dos

⁷² Anotações a "Contratos Administrativos" in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, José Pedro Fernandes, pp. 54- 89.

⁷³ Ver Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1997, alterando a Directiva 93/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos procedimentos de contratação nos sectores da água, transporte e telecomunicações e a Directiva 97/52/CE do Parlamento e do Conselho, 13 de Outubro de 1997, que modificou as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relativas a coordenação de procedimentos contratação de contratos públicos de trabalhos públicos e serviços. Via http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm.

co-contratantes fica sujeita à apreciação de candidaturas, estando apenas os candidatos qualificados, nesta fase, vinculados a apresentar, em momento posterior, as propostas à celebração do contrato propriamente dito.

O CCP português prevê, igualmente, sistemas procedimentais especiais como os concursos de concepção, os sistemas de aquisição dinâmicos e os sistemas de qualificação, bem como um sistema específico de Acordos-Quadros e de centrais de compras.

Vigora ainda neste domínio de modalidades procedimentais, o princípio da liberdade de escolha entre as modalidades que importam uma significativa escala de consulta ao mercado. Sendo certo que essa liberdade condiciona o valor do contrato. Assim, nas empreitadas de obras públicas, o recurso ao ajuste direto⁷⁴ só é aplicável para contratos de valor inferior a €150.000,00, enquanto que nas aquisições de bens e serviços essa modalidade só é válida para os contratos de valor inferior a €75.000,00⁷⁵. A afixação do valor é importante para efeitos da determinação do limiar de aplicação o valor máximo do benefício económico conseguido com a realização de todas as prestações que, em função do procedimento adoptado, podem ser obtidas pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato. Aqui, o legislador procurou através deste expediente contornar a dificuldade de valoração do preço estimado que foi durante muito tempo o critério para a imposição de formas mais morosas de procedimentalização do contrato administrativo⁷⁶.

⁷⁴ Modalidade procedimental unilateral de escolha de co-contratante.

⁷⁵ Nos demais contratos que não cabem nessas categorias o ajuste directo só é aplicável quando o valor do contrato seja inferior a €100.000,00.

⁷⁶ No seu Acórdão n.º 14/2002, de 20 de Fevereiro, o Tribunal de Contas de Portugal, expõe que o tipo de procedimento a seguir na escolha dos co-contratantes está dependente do valor estimado do contrato ou do preço-base do concurso. O

O CCP aposta sobretudo na uniformização e na sistematização dos procedimentos pre-contratuais. Apresenta um corpo de regras aplicáveis a todos os procedimentos de contratação, o qual é seguido de normas especiais aplicáveis a cada procedimento.

Por um lado, nos concursos públicos os concorrentes deixam de estar obrigados a partida de apresentarem a documentação exigida para efeitos de avaliação das suas capacidades técnicas, financeiras, económicas e profissionais para a execução do contrato. No entanto, apenas o adjudicatário, após ser notificado da decisão de adjudicação, fica obrigado a proceder à apresentação destes documentos. No caso de falta de aptidão do adjudicatário, o contrato é adjudicado ao concorrente que ocupa o segundo lugar na qualificação.

Por outro lado, o normativo do CCP apresenta, inovações no que respeita à metodologia de avaliação das propostas, um ponto de eminência fricção sistemática, entre as entidades adjudicantes e os concorrentes. A metodologia de avaliação deve fazer parte do programa do procedimento (que se substitui ao programa do concurso) devendo enumerar os factores e subsectores que densificam os critérios de adjudicação, acompanhados das respectivas ponderações, garantindo-se os princípios gerais de

estabelecimento do preço-base ou do valor estimado reveste-se de grande importância em duas vertentes. A primeira prende-se com a gestão financeira do serviço do dono da obra, daí que a fixação, o mais rigoroso possível, de uma estimativa dos custos da empreitada seja dispensável a uma correcta execução orçamental que passa pela avaliação da capacidade financeira do serviço para a realização da obra, deve estar na suficiência da cabimentação, ou perante a adopção atempada de medidas que colmatem a falta de cabimentação orçamental, se esta se verificar. A segunda resulta da tipologia da consulta a aplicar à situação em concreto, a qual é determinada pelo valor estimado, isto é, previsível do contrato. Acedido via https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2002/1sss/ac014_2002-1sss.pdf

igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, concorrência, transparência, boa fé e publicidade.

Outra das apostas do CCP é a introdução das tecnologias de informação num procedimento que se julgava muito pesado e burocrático. O CPP prevê a utilização obrigatória de *plataformas electrónicas* para facilitar a troca de informações entre particulares e entidades adjudicantes, incluindo a disponibilização aos interessados, de peças do procedimento e a entrega (em suporte digital) de candidaturas e propostas. Porém, esta inovação de grande importância concebe alguns pontos sensíveis como o problema dos mecanismos de proteção desta plataformas electrónicas, quer em termos de sigilo de correspondência quer na sua criptagem⁷⁷, quer da aplicação dos princípios gerais da segurança jurídica e da proteção dos direitos dos particulares contratantes com a administração.

Uma outra inovação que CCP apresenta é a supressão do ato público do concurso por razões de celeridade. Após a recepção das propostas, o júri passa, imediatamente, à respectiva admissão formal. Esta supressão tem consequências substantivas sobre a capacidade de intervenção dos concorrentes nesta fase de seleção de potenciais adjudicatários. Assim, só na audiência prévia sobre o relatório preliminar de avaliação de propostas, podem os concorrentes pronunciar-se sobre as eventuais causas formais ou materiais de exclusão de propostas.

⁷⁷ Esta expressão decorre da ideia de cripto (código secreto). O sistema garante que quem envia uma proposta para uma determinada consulta ao mercado possa manter o sigilo da mesma face a outros concorrentes e a possíveis *hacher*, sendo a mesma reservada apenas à entidade que preside ao procedimento de consulta. Há, naturalmente, um problema de responsabilidade dos funcionários públicos participantes nestes processos (por causa da eventual quebra do sigilo profissional) e há uma responsabilidade pre-contratual da administração por eventual negligência no seu manuseamento perante os proponentes.

Na parte III do CCP estão as regras aplicáveis aos contratos públicos que revistam a natureza dos contratos administrativos. Em primeiro lugar, esta a secção geral atinente às disposições comuns a todos os contratos administrativos, revogando expressamente os artigos 178.º a 189.º do CPA e uma parte especial relativa a determinados contratos a saber: empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas e de serviços públicos, aquisição e alocação de bens imóveis e aquisição de serviços.

O regime do CCP reforça a autonomia contratual das partes, que decorre, desde logo, do carácter supletivo e de alguma tendência desregulamentadora em matéria de empreitada de obras públicas. Entretanto, o trabalho desregulamentador não foi tão incisivo quanto possa parecer, pois, subsistem princípios de carácter injuntivos de interesse e ordem pública que são típicos destes contratos tal como: o princípio do interesse público, a manutenção dos poderes do contraente público na fase de execução do contrato. No entanto, vêm equilibra-lo, a criação de figuras como a partilha dos benefícios, ou o estabelecimento de regras especiais para as situações de incumprimentos do contraente público e a inclusão de normas que visam a partilha de riscos.

Quanto a gestão dos recursos públicos. O diploma cria regras de incentivo à boa gestão de recursos financeiros públicos e privados, onde se incluem as normas relativas ao abatimento de preços, à revisão de preços e a libertação da caução. Ligado ainda a este aspecto e apresentando-se aberta a intermutabilidade actividade pública *vesus* actividade privada, o diploma abre caminho as técnicas de angariação de meios de financiamento, como o *project*

finance, recorrentes na Europa onde se encontram associadas às parcerias público-privadas⁷⁸.

Visando colmatar uma lacuna em matéria de regulamentação, que vinha do Código Administrativo, CCP define um regime geral de concessões de obras e serviços públicos, incluindo um conjunto de regras comuns a estas duas modalidades de contratos administrativos que são aplicáveis, subsidiariamente, aos contratos de concessão de bens do domínio público. Assim, deixou de ser necessária uma lei de habilitação para cada concessão, mantendo-se a autonomia das partes na definição da disciplina de cada relação concessória.

O CCP inclui, ainda, os contratos de aquisição de bens móveis, de locação de bens e de aquisição de serviços na lista dos contratos administrativos por determinação da lei.

Considerando a falta de adaptação do articulado às instituições que visam à investigação científica e ao desenvolvimento tecnológico, o governo português publicou o Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, que contempla alterações a vinte artigos do CCP. Nos termos destes artigos isentam-se da aplicação do CCP os hospitais em gestão público-privada, associações de direito privado que prossigam funções de natureza científica e tecnológica, instituições do ensino superior público e laboratórios do Estado.

⁷⁸ Cfr. Sobre as parcerias público-privadas os Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 142/2006, de 27 de Junho. Ter ainda em atenção a resolução do Conselho de Ministros 177/2007, de 22 de Novembro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 237, de 10 de Dezembro de 2007. Uma matéria interessante das várias experiências de Parcerias Público-privada encontra-se em BOAVENTURA SOUSA SANTOS e , CONCEIÇÃO GOMES, etc., “Parcerias Público-Privadas e Justiça - Uma análise comparativa de várias experiências, observatório Permanente da Justiça”, Outubro de 2007, disponível in <http://opj.ces.uc.pt>.

Passados cerca de sete anos da sua entrada em vigor o CCP vai correspondendo, no dia a dia, às expectativas contraditórias do Estado e dos gestores públicos, às tentações interventoras do Tribunal de Contas e as expectativas de maior liberdade e equilíbrio contratual dos empreiteiros, fornecedores e prestadores de serviços para a administração pública central e autárquica⁷⁹.

⁷⁹ Ver reações públicas à tentativa de isentar as Câmaras Municipais da obrigatoriedade dos concursos públicos por Saldanha Sanches, “*dispensa das câmaras de concursos públicos favorece a corrupção*” jornal público, de 9 de Janeiro de 2009 e “*CDS-PP ameaça recorrer a PR se governo avançar com dispensa de concursos para obras TSF*”, on-line, 11 de Janeiro de 2009.

II PARTE

A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

IV. OS PRINCÍPIOS QUE DISCIPLINAM A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS NO DIREITO ANGOLANO

Enquadramento

A legalidade é, desde de logo, um factor sociológico presente em qualquer que seja o modelo da estruturação política de uma dada sociedade. Sendo certo que, todos modelos sociais tendem a institucionalizar factores sócio-éticos de pressão sobre as autoridades determinando a afirmação, expressa ou implícita, da conduta dos órgãos com competências e atribuições de mando como princípios reguladores das suas atividades.

Tal como defende SÉRVULO CORREIA, *“no Estado de Direito ... no que respeita ao desempenho das funções estaduais pelos órgãos de soberania, a acepção mais frequentemente utilizada incide sobre as relações entre a lei e a atividade administrativa e corresponde à exigência de que os atos da administração encontre o seu fundamento justificativo numa norma jurídica precedente ou, ao menos, que não contrariem os comandos emitidos sob tal forma”*⁸⁰.

Entretanto, o tema sobre o qual pretendemos fazer abordagem suscita desde logo, a necessidade de olharmos com particular atenção a vertente do princípio da legalidade que informa as relações entre a lei e o desenvolvimento da atividade administrativa.

O conceito da legalidade administrativa anuncia em primeira instância, que os atos da administração não devem contrariar as

⁸⁰ SÉRVULO CORREIA, *“Legalidade e Autonomia ... Ob. Cit. Pag. 17.*

normas legais que lhes são aplicadas.⁸¹ Deve se compreender ainda por legalidade administrativa a conformidade dos atos da Administração com à sua previsão em lei vigente⁸².

MARCELO CAETANO, referindo-se ao Direito Francês, apontou que, a *legalidade administrativa* constitui a trave mestre de um Direito Administrativo gerado como técnica do exercício da autoridade executiva e da sua limitação jurídica⁸³.

Do exposto acima, resulta a sujeição da formação dos contratos públicos aos princípios gerais da atividade administrativa.

Assim, apesar de alguns Códigos ou Leis dos Contratos Públicos limitarem os princípios aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais (como é o caso do Código dos Contratos Públicos Português que faz referencia apenas aos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, art. 1.º, 4 e da Lei da Contratação Publica angolana que no seu preâmbulo atesta ser necessário que as entidades contratantes assegurem "*para a contratação de empreitadas e para a aquisição de bens e serviços ... o cumprimento dos princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência e da probidade no âmbito dos procedimentos de contratação pública*"), estes estão longe de abranger, no seu todo, os princípios fundamentais que informam os procedimentos pré-contratuais já assentes pela doutrina, sejam eles esclarecedores dos princípios fundamentais da atividade administrativa ou específicos do direito dos contratos administrativos⁸⁴.

⁸¹ Esta conceptualização reporta-se ao *princípio da procedência da lei*, ou da *preferencia da lei*, ou, ainda, da *compatibilidade* ou da *não-contradição*.

⁸² O que corresponde ao princípio da *reserva de lei* ou da *conformidade*.

⁸³ MARCELO CAETANO, *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974.

⁸⁴ Cfr. MARCELO REBELO E SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, ob. Cit. Pag. 81.

Destes princípios fundamentais alguns são aplicáveis a todos contratos administrativos, tal é o caso dos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da proporcionalidade, da boa fé e da responsabilidade. Outros, a sua concepção atendeu particularmente aqueles contratos sobre prestações submetidas à concorrência de mercado, tal é o caso dos princípios da transparência e da publicidade, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade e da estabilidade.

No entanto, nada obsta que se extraiam a qualquer um deles, com as necessárias adaptações, consequências aplicáveis a qualquer um dos tipos de contratos.

Quanto ao que toca a Lei angolana, atendendo que a atividade administrativa esta ancorada ao cumprimento, em primeira instância, de princípios respeitantes à prossecução do interesse público e da boa governação enumerados no artigo 198.º da Constituição da República e ainda por um conjunto de princípios gerais estabelecidos nas normas e procedimentos da atividade administrativa, em que a administração deve nortear-se na sua atuação de gestão pública, estes (princípios) não podiam ser confinados aos enunciados no preâmbulo da Lei de Contratação pública.

De referir ainda que a Lei n.º 3 /10, de 29 de Março, Lei da Probidade pública, vem aglutinar um conjunto de princípios basilares respeitantes à atividade da Administração, os quais deverão ser observados por todos agentes públicos no quadro do exercício das suas funções.

Fica claro, deste modo, que as entidades contratantes estão sujeitas, no quadro do exercício das suas competências à observação de um conjunto de princípios que estão longe de se esgotarem nos enunciados no preâmbulo da LCP.

No entanto, o conteúdo destes princípios está sobejamente tratado na doutrina, não se justificando um desenvolvimento exaustivo nessa sede, excepto relativamente aqueles aspectos que assumam especificidades no quadro da formação dos contratos públicos.

3.1. Princípio da Legalidade Administrativa

O princípio da legalidade administrativa é, historicamente, fruto do liberalismo. Esta acepção é também válida, segundo SÉRVULO CORREIA⁸⁵, no que respeita à *precedência de lei* ou *compatibilidade*.

Embrião do Direito Administrativo, o Princípio da Legalidade tem vindo a se afirmar como mais do que uma garantia à defesa dos administrados, como uma certeza de que a Administração no desenvolvimento da sua atividade atua em conformidade e respeito à lei.

Num primeiro plano, destaca-se o princípio da separação de poderes, que visou a autonomização dos poderes, vulgarmente apresentado numa vertente tripartida. O poder judicial, o poder legislativo e o poder executivo.

⁸⁵ SÉRVULO CORREIA, “Legalidade e Autonomia ... Ob. Cit. Pag. 19.

O princípio da separação de poderes apresenta fundamentalmente dois sentidos: um sentido organizatório, que informa a “*divisão dos serviços dentro de uma certa organização política previamente definida*”⁸⁶, outro sentido material, que traduz-se na separação das principais tarefas ou funções do Estado.

Quando ao que diz respeito o poder executivo, exercido pela Administração, compete-lhe administrar a *res publica*, assegurando a realização dos mais elevados anseios essenciais à existência, bem como garantir o equilíbrio da comunidade política, da segurança, da justiça e da paz. Em suma, garantir o interesse público⁸⁷. Daqui resulta que à Administração cabe a persecução e a realização do interesse público, o qual é definido nos termos da lei.

Entretanto, no Século XX, o princípio da legalidade da Administração passa ser visto de forma mais ampla. Ela não só deve submissão à lei, mas também à Constituição, aos princípios jurídicos constitucionais, aos princípios gerais de direito administrativo e aos regulamentos.

Tal como o a Constituição da República de Angola admite no seu art.º 198.º a “*Administração pública prossegue, nos termos da Constituição e da lei, o interesse público, devendo, no exercício da sua atividade, reger-se pelos princípios da igualdade, legalidade, justiça, proporcionalidade, imparcialidade, responsabilização, probidade administrativa e respeito pelo património público*”.

⁸⁶ FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEREDO DIAS, *Ob. Cit.* pag. 26.

⁸⁷ A propósito da função administrativa do Estado, *vide*, VIERA DE ANDRADE, “*Sumários de Direito Administrativo*”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 2005/2006.

Deste modo, a atuação da administração, seja ela em sede de gestão pública ou em sede de gestão privada, submetida ao direito público ou ao direito privado, deverá pautar-se, em todo momento, de acordo com os princípios constitucionais e legais de direito administrativo.

Pelo que, os tribunais em sede de apreciação da legalidade da atuação da Administração, devem fazê-lo *“não apenas no que respeita à legalidade em sentido estrito, mas a toda juridicidade⁸⁸”*.

Em termos mais específicos, no que diz respeito a atividade administrativa contratual, Tal como refere MARCELO REBELO DE SOUSA, o princípio da legalidade *“vincula todo o concurso público, que não pode, em fase alguma violar nem a constituição, nem a lei, nem os regulamentos administrativos, nem as demais regras que presidem ao seu desenrolar. Como ilegalidade se deve entender obviamente a violação de princípios gerais de Direito ou de Princípios gerais do direito administrativo”⁸⁹*.

Assim, deve se considerar-se em respeito ao subprincípio da preferência de lei, os atos de carácter regulamentar que têm por objecto a disciplina específica de um determinado procedimento pré-contratual. Por força deste princípio, as normas legais sobre a formação e execução dos contratos prevalecem sobre as disposições das peças do procedimento com ela desconforme.

Mais do que isso, o princípio da legalidade encontra uma concretização específica no princípio da tipicidade dos procedimentos pré-contratuais nos termos do qual é proibida a

⁸⁸ Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *ob. Cit.*, pág. 99.

⁸⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *“O concurso Público na Formação do Contrato Administrativo”*, Lisboa: Lex, 1994, pág. 55.

adoção de procedimentos pré-contratuais distintos dos admitidos por lei para a formação de determinado contrato.

3.2. Princípio da Prossecução do Interesse Público

Do princípio da prossecução do interesse público, em termos gerais, decorre que, na formação dos contratos públicos, a administração deve sempre ter como objectivo primário a optimização da satisfação das necessidades coletivas que têm por atribuições prosseguir.

3.3. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é o princípio estruturante e informador do Estado Democrático de Direito. Ela representa a *espinha dorsal* de toda a ciência do Direito, consagrado no art.º 23.º da CRA, assegurando que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção.

Do princípio da igualdade decorrem outros interligando uns dos outros e reforçando-se mutuamente. Não se pode pensar em legalidade, proporcionalidade, transparência ou mesmo na dignidade da pessoa humana sem antes falarmos do princípio da igualdade.

O princípio da igualdade pressupõe desde logo, que todos os indivíduos devem merecer igual tratamento. Tal como acerta FREITAS DO AMARAL, este princípio " *impõe que se trate de modo igual o que*

*é juridicamente igual e de modo diferente o que é juridicamente diferente, na medida da diferença*⁹⁰.

A jurisprudência portuguesa esclarece o princípio da igualdade nos seguintes termos: *“o princípio da igualdade significa tratar, primeiro, os potenciais concorrentes, depois os concorrentes efetivos, nas mesmas condições, concedendo-lhes as mesmas oportunidades, não fazendo entre eles qualquer discriminação*⁹¹”.

Assume-se, portanto que sem igualdade *“não haverá mais do que uma concorrência meramente fictícia. Se o princípio constitucionalmente consagrado da igualdade significa a imposição de tratamento igual daquilo que é igual e desigual daquilo que é diferente, obrigando a um juízo d que é igual e do que não é ..., no concurso público esse juízo será feito a partir dos requisitos gerais estabelecidos, sendo absoluta a igualdade entre todos os que os preencham e não sendo permitidas quaisquer outras considerações. É nesse sentido que o princípio da igualdade, aplicável a toda a atividade da Administração, assume no concurso público uma especial feição pela absoluta igualdade existente entre todos os concorrentes: não são permitidas a partir daí quaisquer discriminações, ainda que estas discriminações se baseiem em razões de interesse público*⁹².

Assim, por força da aplicação do princípio da igualdade, nos procedimentos pre-contratuais, as entidades públicas contratantes, devem proporcionar iguais condições de acesso e de participação

⁹⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *“Curso de Direito ... Vol. II cit. pag. 125.*

⁹¹ Parecer do Conselho Consultivo da procuradoria Geral da República (portuguesa), consultado em:

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/ddbcc0910192b1c980256c8a00404ffb?OpenDocument>

⁹² MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *“O Concurso Público nos Contratos Administrativos”*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1999. Pags. 82 e ss.

dos interessados em contratar, tendo sempre em conta os critérios gizados como incontornáveis para contratar, sintonizados com o objecto específico do contrato.

No curso do procedimento, não podem ser feita qualquer discriminação entre os interessados em contratar nem qualquer interpretação das regras aplicáveis que venha denotar qualquer discriminação entre os participantes no procedimento e entre estes e os não participantes no procedimento.

De notar que a LCP refere no seu artigo 359.º que, relativamente ao direito subsidiário, *“em tudo que não esteja especialmente previsto na presente lei recorre-se às leis e regulamentos que prevejam casos análogos e aos princípios gerais de direito administrativo”*.

3. 4. Princípio da Concorrência

A realização do princípio da concorrência depende, em grande medida, da eficácia do princípio da publicidade, pois , sem esta dificilmente poderá existir concorrência.

Tal como faz saber MARCELO REBELO DE SOUSA *“a concorrência anda de mãos dadas com a publicidade na caracterização do concurso público⁹³”*. Entretanto, no âmbito da contratação pública, deve ficar assegurado a publicidade do concurso, não só no início do procedimento através da publicitação da abertura do procedimento concursal, mas também durante todo procedimento.

⁹³ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA *“O concurso público na formação dos contratos administrativos”*, Lisboa: Lex, 1994, pag. 49.

Deste modo, o princípio da concorrência no âmbito da contratação pública, assume um papel fundamental, garantindo que o interesse público seja realizado em condições ideais para a administração estar em condições de escolher a melhor proposta de acordo com os critérios estabelecidos para a adjudicação, promovendo de igual modo o melhor funcionamento do mercado.

O princípio em análise que está umbilicalmente ligado ao princípio da publicidade, está ainda ligado intimamente ao princípio da igualdade, da transparência e da objectividade. Existe uma notável interdependência entre estes princípios no âmbito da contratação pública pois, a violação de um acarreta implica imediatamente a violação de outros.

Compreende-se desde logo que, sem publicidade do procedimento a concorrência será limitada, tornando-se necessário que a intenção de contratar seja amplamente publicitada nos termos da lei, bem como qualquer ratificação ou eventuais esclarecimento sobre o conteúdo das peças do concurso, para que se permita a apresentação de várias propostas, assegurando-se deste modo, a concorrência.

Por ventura, se o princípio da igualdade entre os candidatos a concorrerem for violada, não poderá ser assegurada a concorrência, na medida que os concorrentes estão impedidos de concorrer em pé de igualdade.

Igualmente, se não houver observância ao princípio da objectividade que garante que às entidades contratantes adotem uma conduta ao longo do procedimento, com respeito aos critérios

de contratação e aos princípios de direito, não podendo atuar “em função de ponderações subjetivas que não tenham acolhimento objectivo em regras ou princípios de direito⁹⁴”.

O referido autor acerta claramente que o princípio da concorrência é “inseparável do princípio da objectividade, já que a concorrência é inconciliável com atuações de favorecimento indevido de um ou vários destinatários ou concorrentes”.

Por último, não poderá haver concorrência se não existir transparência nos atos da entidade contratante durante o procedimento concursal.

É assim que o princípio da concorrência, hoje assume um papel fundamental no âmbito da contratação pública, servindo como uma “verdadeira trave – mestra da contratação pública⁹⁵”, cuja eficácia depende da observação escrupulosa dos outros princípios interdependentes como o da publicidade, da igualdade, da objectividade e da transparência.

A concorrência é essencial nos procedimentos adjudicatário pois dela depende a ampla participação e a variedade e versatilidade das propostas a serem apresentadas. Isto, por si, garante a entidade contratante pública maior capacidade de comparabilidade e escolha assegurando a proposta economicamente mais vantajosa, concretizando, desta forma, a melhor realização do interesse público.

⁹⁴ MARCELO RBELO DE SOUSA, “o concurso público na formação ... cit., pag. 65.

⁹⁵ RODRIGO ESTIVES E OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública” in Estudos de Contratação Pública – I, Organizado por PEDRO GONSALVES, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008. Pag. 67.

O princípio da concorrência tem maior incidência nos procedimentos de concurso público e no concurso limitado por prévia qualificação, menos no procedimento por negociação e quase não se faz sentir no concurso limitado sem apresentação de candidaturas.

Nas palavras de ESTIVES DE OLIVEIRA, "A concorrência ... nem se projeta sempre da mesma maneira ou com o mesmo rigor em todos os procedimentos".

Entretanto, da intensidade em que o princípio da concorrência se manifesta nos diferentes tipos de procedimentos, ela assume-se sempre como um princípio indispensável em qualquer procedimento, incluindo no concurso limitado sem apresentação de candidaturas. Aqui, mesmo iniciando o procedimento com o envio de convites as entidades escolhidas pelo contratante, sempre deverão ser convidados a apresentarem propostas pelo menos três candidatos, para que desta forma, seja assegurada alguma concorrência.

Ora, importa destacar que do preâmbulo da LCP, extrai-se a recomendação de "*um tratamento justo e equitativo a todos concorrentes, assegurando o cumprimento dos princípios da igualdade, da concorrência ... no âmbito dos procedimentos de contratação pública*".

Podemos, deste modo, concluir que o princípio em análise deve ser observado na íntegra pela entidade contratante, em todos os procedimentos como fundamental para a atividade contratante pública que não só estimula o mercado e protege os concorrentes mas contribui em grande medida para a melhor realização do interesse público.

3.5. Princípio da Imparcialidade

De uma noção genérica, deve compreender-se o princípio da imparcialidade como aquele que obriga a Administração Pública a agir de forma isenta e equidistante dos interesses em conflito ou que sejam postos em causa em resultado da sua atuação.

Tal como observa MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *“imparcial será, portanto, a conduta objetiva, desinteressada, isenta, neutra e independente: imparcial será, enfim, a atuação de quem, na avaliação ou na ação, na escolha ou na decisão, se rege unicamente por critérios lógico-rationais, não se deixando influenciar por sentimentos estranhos ao circunstancialismo factual evolvente, qualquer que seja a sua origem, natureza ou relação com a questão controvertida ... conduta verdadeiramente imparcial será apenas aquela que, para além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento, tenha em atenção a totalidade dos interesses afectados pela própria ação⁹⁶”*.

Decorre disto que, a Administração deve apenas prosseguir aquilo que compõe o interesse público e distancia-se de outros interesses que lhe são alheios, seja de quem e de que natureza for.

O princípio de imparcialidade na Administração pública é, geralmente, sustentada pelo regime de impedimentos e suspensões que impõe as entidades públicas o dever de absterem-se dos procedimentos e sobretudo decidi-los, quando nesses tiverem qualquer tipo de interesses, ou quando ocorram objectivamente circunstâncias que possam por em causa a rectidão da sua conduta.

⁹⁶ Cfr. MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *“o princípio da imparcialidade da administração pública”*, Coimbra e Almedina, 1996. Pag. 309.

Por outro lado, a imparcialidade administrativa é também sustentada pelas normas que realizam o princípio da transparência quando está impõe o dever de fundamentação das decisões, ou o direito à informação procedimental e ao acesso aos registos e arquivos administrativos.

Do princípio da imparcialidade decorre, especificamente, no que se prende aos contratos administrativos, que as peças do procedimento não podem, em respeito a ponderação de interesses, sejam estes relevantes ou irrelevantes, ou na ausência de ponderação de interesses conter cláusulas que visem favorecer ou prejudicar os concorrentes.

3.6. Princípio da Boa Fé

Tal como sucede em geral, o princípio da boa fé vincula, quer a Administração, quer os particulares.

Em matérias contratuais o princípio da boa fé releva sobretudo para os procedimentos pre-contratuais nas sua duas dimensões da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.

Assim, na formação dos contratos as entidades contratantes públicas ou privadas (se for caso), devem atuar de acordo com as exigências da identidade, autenticidade e veracidade na comunicação assegurando que as peças do procedimento bem como o próprio contrato contenham disposições precisas e claras.

3.7. Princípio da Transparência e da Publicidade

Os princípios da transparência e da publicidade estão ligados umbilicalmente e são indissolúveis na sua aplicação. A transparência administrativa concretiza-se através da publicidade e da participação dos destinatários dos serviços administrativo.

Nos termos do artigo 200.º da CRA, *“todos dos cidadãos têm o direito de ser ouvido pela administração pública nos processos administrativos susceptíveis de afectarem os seus direitos e interesses legalmente protegidos; ... têm o direito de serem informados pela administração sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as decisões que sobre eles forem tomadas. ... É garantido aos particulares o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos...”*. podemos subtrair deste preceito que a participação dos cidadãos e o acesso à informação, constitui o maior sinal da transparência.

É claro que a participação dos cidadãos no quotidiano da vida de um Estado, incentiva a transparência, bem como viabiliza o cumprimento dos princípios da legalidade, da igualdade, da justiça, da imparcialidade, da proporcionalidade e da responsabilização, sendo estes, os pilares constituintes de uma boa governação.

Por exigência jurídico-constitucional, o ato de comunicação, por parte da administração, não pode cingir-se na esfera da intimidade ou da reserva. Mais ainda, a publicidade dos atos da administração constitui a mais elementar regra no Estado de Direito, na medida em que, os poderes e as funções do aparelho estatal são utilizados para a gestão do interesse público.

Apesar da LCP fazer referencia do princípio da publicidade apenas no preâmbulo, ela deve nortear todo procedimento contratual, através da larga e efetiva divulgação da intenção de contratar por parte da administração, à garantia da abertura do concurso aos interessados que preenchem as condições referidas no respectivo anúncio e, por fim, a entidade pública adjudicante tornar pública o procedimento a seguir na seleção do cocontratante e os critérios a utilizar nas escolhas a fazer.

V. O REGIME DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS NO DIREITO ANGOLANO (Procedimentos)

4.1. Regime Contratual

O regime jurídico que disciplina a formação dos contratos públicos no direito angolano encontra-se plasmado na Lei 20/10 de 7 de Setembro, Lei da Contratação Pública⁹⁷. Esta Lei veio, na realidade, quanto a formação e a celebração dos contratos públicos, incluindo as autorizações das respectivas despesas e da sua execução, revogar a anterior disciplina jurídica que se encontrava essencialmente dispersa pelo Regime de Realizações das Despesas Públicas⁹⁸, aprovado pelo Decreto n.º 7/96, de 16 de Fevereiro, pelas Normas Reguladoras de Aquisição e Abate de Viaturas do Estado, aprovado pelo Decreto n.º 26/00, de 12 de Maio e pelo Regime de Empreitadas de Obras Públicas⁹⁹, aprovado pelo Decreto n.º 40/05, de 8 de Junho.

O diploma estabelece como seu objecto legal a *contratação pública*. De notar que, o preceito não limita o seu objecto à contratação Administrativa o que, desde já, parece deixar subjacente a distinção entre contrato público e contrato administrativo. Conquanto, a distinção é meramente aparente pois, efetivamente, a expressão *contrato administrativo*, não é utilizado nesta LCP. Este facto por si só, retira qualquer interesse prático à distinção entre aquelas duas figuras utilizados para efeitos da contratação pela Administração Pública.

⁹⁷ Doravante designado por LCP

⁹⁸ Doravante designado por RRDP

⁹⁹ doravante designado por REOP

Quanto a nós, a problemática da distinção entre os contratos públicos e os contratos administrativos está tratada e ultrapassada. Entretanto, importa ainda clarificar que a doutrina não tem conseguido uma base de entendimento quanto à natureza do contrato público particularmente na sua conjugação com o contrato administrativo. Questão suscitada¹⁰⁰ com a introdução do conceito de *contrato pública* proveniente das diretivas da comunidade europeia.

No entanto, a concepção comunitária do contrato público afasta-se da que tradicionalmente a doutrina adoptava, que não retira da natureza orgânica das partes contratantes, para deferir ao plano funcional. Como reclama a este respeito JOÃO CAUPERS¹⁰¹, *“agora apenas interessa se aquilo que se faz – e já não aquilo que se é – pode ser tido como “público”, entendendo-se esse termo essencialmente no sentido de vinculado à ideia de “autoridade” associada ao Estado”*.

Segundo a tradição, o contrato público vinha sendo qualificado como uma categoria contratual genérica onde o contrato administrativo cabia como espécie. De acordo com este entendimento, os contratos celebrados pela administração pública, apenas são administrativos os que se encontram sob um regime jurídico de direito administrativo. Assim, entendendo-se que todos os contratos administrativos são contratos públicos, o contrário não pode ser de todo verdade, pois existem contratos qualificados como públicos que não têm por objecto uma relação jurídica de direito administrativo, ainda que considerada no sentido funcional, com que atualmente é encarada, tendo em conta a influência do direito

¹⁰⁰ Particularmente nos países integrantes da União Europeia.

¹⁰¹ JOÃO CAUPERS, *“Âmbito de aplicação subjetiva do Código dos Contratos Públicos”*, CJA, n.º64, pág 9.

comunitário¹⁰². O marco da separação é, exatamente, o regime jurídico, a limitação as entidades contratantes e a restrição sobre o objecto do contrato.

De acordo com JOSÉ EDURDO FIGUEIRO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *“a figura dos contratos públicos não se esgota nos contratos administrativos: pelo contrário é um contrato neutro que envolve um universo muito diversificado de contratos celebrados por entidades públicas, enquanto solicitadoras de produtos ou de serviços numa economia de mercado concorrencial¹⁰³”*.

No mesmo sentido, seguindo LARA CRAVEIRO, *“se por um lado, os contratos administrativos visam a realização do interesse público, sem espírito de competitividade e concorrência, por outro, os contratos públicos concretizam uma necessidade há muito sentida. A administração atuar no mercado de acordo com o princípio da livre concorrência¹⁰⁴”*.

Ora, quando alguns autores entendem que, ao contrário do que parece, o conceito de contrato público nada pretende sugerir sobre a natureza jurídica – pública – de um determinado contrato tratando-se efetivamente de um conceito juridicamente neutro, que se tem desenvolvido essencialmente por força do direito comunitário da contratação pública¹⁰⁵ portanto, não afetando em nada a autonomia e a natureza do contrato administrativo, outros autores advogam que o contrato administrativo encontra-se num estado

¹⁰² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *“O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso tempo”*, Almedina, 2003, pág. 54.

¹⁰³ Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *“Noções fundamentais de direito administrativo”*, Coimbra, Almedina, 2010, pag. 272.

¹⁰⁴ Cfr. LARA CRAVEIRO, *“Contratação pública em Angola – Reflexões sobre a nova Lei”*, Quid Juris – Sociedade Editora, 2015

¹⁰⁵ PEDRO GONÇALVES, *ob. Cit.*, pág.53

agonizante¹⁰⁶, havendo ainda quem defenda já com reconhecida consistência que o contrato administrativo de inspiração francesa há muito faleceu¹⁰⁷.

O certo é que, no que concerne ao âmbito de aplicação do LCP, esta distinção parece carecer de interesse prático, como já se fez saber, até porque o artigo 2.º da LCP, especifica claramente o âmbito de aplicação obrigatória do seu regime, nomeando um conjunto de contratos que podemos classificar como *contratos administrativos típicos*.

O artigo 2.º da LCP estabelece no seu n.º 1, que o presente regime "é aplicável à contratação de empreitadas de obras públicas, à locação e aquisição de bens móveis e imóveis e à aquisição de serviços por parte de uma entidade pública contratante." Este primeiro enumerado corresponde ao artigo 1.º do RRDP acrescentando-lhe apenas a aquisição de bens imóveis e as concessões de obras e de serviços públicos. Este preceito determina quais os contratos celebrados pela administração pública submetem-se ao seu regime. Mas há que distingui-los pois, os contratos enumerados no n.º 1 estão submetidos à esse regime tanto na fase da sua formação como ao seu regime substantivo e a fase da sua execução, enquanto que os contratos enumerados no n.º 2 deste preceito – de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos – subordinam-se a esse regime apenas quanto a sua

¹⁰⁶ JOÃO CAUPERS, "Introdução ao Estudo do Direito", 8.ª, ed. Âncora, 2005, pág. 233.

¹⁰⁷ MARIA JOÃO ESTORNINHO, "Requim ...", Almedina, 1990 e em *Direito Europeu dos Contratos – Um Olhar Europeu*", Almedina, 2006, pág. 306. Ver ainda, quanto a este tema, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, "Contratos Públicos ... *cit.*" Pág. 39 e 40.

formação já que o respectivo regime substantivo é objecto de legislação especial¹⁰⁸.

Acresce-se ainda, que para os contratos celebrados pelas entidades públicas que estejam fora da alçada do presente diploma, a sua sujeição ao atual regime circunscreve-se em tudo que não conteste a natureza especial desses contratos.

De notar que, a aplicação do regime estabelecido pela LCP tem por objecto apenas os contratos celebrados pelas entidades públicas no desenvolvimento da respectiva gestão pública e ficam de fora os contratos que estas entidades celebram no âmbito da sua gestão privada.

Entretanto, as pessoas colectivas de direito público na sua atividade de gestão pública, bem como na sua atividade de gestão privada podem fazer uso da figura jurídica do contrato. No primeira caso elas desenvolvem a sua atividade com recurso e sob a disciplina do direito público, enquanto que no último caso, ainda que para fins

¹⁰⁸ No seu artigo 350.º, o preceito atesta que "*Lei especial deve regular a concessão de obras e serviços públicos, com respeito pelos princípios estabelecidos na presente lei*". No entanto contrariamente do que fez quanto ao fornecimento de obras, no artigo 349.º, o preceito não define o conceito de contrato de conceição de obras públicas, nem de contratos de conceição de serviço público.

De acordo com MARCELLO CAETANO (Manual ... Cit., II, pág.986), a concessão de obra pública verifica-se quando uma pessoa colectiva de direito público transfere para outra pessoa o poder de construir por conta própria, determinadas coisas públicas artificiais destinadas ao uso público directo ou ao estabelecimento de um serviço público, que ficarão na posse do concessionário durante certo numero de anos para que este cobre dos utentes as taxas que forem fixadas. Já Freitas do Amaral define-a como o contrato administrativo pelo qual um particular se encarrega de executar e explorar uma obra pública, mediante retribuição a obter diretamente dos utentes, através do pagamento de taxas de utilização.

Por outra, FREITAS DOS AMARAL (curso ... cit., Vol. II, pág. 130) indica o contrato de concessão de serviço público como sendo o contrato administrativo pelo qual um particular se encarrega de (montar e) explorar um serviço público, sendo retribuído pelo pagamento de taxas de utilização a cobrar diretamente dos utentes. Por sua vez, PEDRO GONÇALVES, define este contrato como sendo o ato constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa titular de um serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, explorar e gerir esse serviço.

de interesse público, desenvolvem-na com recurso e sob disciplina do direito privado¹⁰⁹, sendo certo que, no domínio da gestão pública, as pessoas colectivas de direito público, atuam munidas de prerrogativas e do poder de autoridade do *jus imperi*, enquanto que no domínio da gestão privada da sua atividade pública, atuam, face ao direito aplicável, em total pé de igualdade com os particulares.

No que diz respeito aos contratos mais especificamente, os celebrados no exercício da gestão pública são regidos pelo Direito Administrativo¹¹⁰ mais concretamente pela LCP; os celebrados no exercício da gestão privada deverão ser então, regidos pelo regime estabelecido no Direito Civil, designadamente pelo Código Civil lançando mão deste modo ao contrato civil.

Fica claro, que o regime jurídico da contratação pública angolana prevê a sua aplicação direta aos contratos celebrados pelas entidades contratantes previstas no art.º 4.º, quando estes (contratos) tenham por objecto um dos referidos no art.º 2.º, aplicando-se ainda, embora subsidiariamente, como já foi dito, a todos os contratos celebrados por entidades públicas, que não se encontram elencadas no art.º 2.º, em tudo que não contrarie a natureza especial destes.

¹⁰⁹ Cfr. MARCELO CAETANO, *Manual ... cit.* Vol. I, Almedina, 10.º ed., pág. 44; MARIA JOÃO ESTORNINHO, "Requim ...", Almedina, 1990 e em *Direito Europeu dos Contratos – Um Olhar Europeu*", Almedina, 2006, pág. 60; FREITAS DO AMARAL, *Curso ... cit.* Vol. I, 3.º ed., 2007, pág. 149.

¹¹⁰ O Direito Administrativo (enquanto conjunto de princípios e normas que visavam a defesa dos cidadãos mediante atuações da Administração Pública do séc. XVII, no conhecido estado da época do absolutismo onde não havia regras que balizassem a organização, funcionamento e a atividade da Administração Pública que atuava de acordo com a vontade do soberano, tendo mesmo sido assumido pelo monarca francês LUÍS XIV, - "L'État c'est moi" – O Estado sou eu)., tem como seu embrião os princípios da legalidade e da separação dos poderes que se afirmam como seus reflexos e razão de ser, impondo a Administração, no âmbito da sua atuação, obediência a lei, não devendo praticar atos *contra legem* – máxime anunciando o princípio do primado da lei no sentido negativo.

4.2. Entidades sujeitas ao regime da contratação pública

As entidades contratantes públicas sujeitas a LCP são as seguinte:

1. *o Titular do Poder Executivo e demais órgão da Administração Central e Local do Estado;*
2. *à Assembleia Nacional;*
3. *os Tribunais e Procuradoria Geral da República;*
4. *às Autarquias Locais;*
5. *os Institutos Públicos;*
6. *os Fundos Públicos;*
7. *às associações Públicas.*

A LCP aplica-se ainda às empresas públicas integralmente financiadas pelo Orçamento Geral do Estado, nos termos a regulamentar. Este preceito corresponde ao artigo 2.º do RRDP anteriormente vigente, alterando apenas na enumeração das entidades que considera contraentes públicos.

Temos assim, no leque das entidades contratantes públicas o titular do poder executivo e os demais órgãos da administração central e local, que através do princípio da desconcentração atendem aos interesses específicos do Estado. Estes, podem celebrar contratos que versem sobre matérias referidas no artigo 2.º, n.º2 da LCP promovendo assim, a realização de interesses públicos do Estado.

Temos também como entidades contratantes no âmbito da LCP, as autarquias locais¹¹¹ enquanto pessoas colectivas territoriais, que segundo o princípio da descentralização, são lhes reconhecida autonomia democrática, administrativa, financeira, normativa e patrimonial, numa dada circunscrição do território nacional para a prossecução e realização de determinados interesses específicos daquela população, tais como: saúde, energia, água, educação, transporte, comunicações, equipamentos urbanos e rural, habitação, protecção civil, ambiente, polícia municipal, ordenamento do território, promoção e desenvolvimento económico e social, etc.¹¹²

O executivo exerce sobre estas entidades uma tutela administrativa de mera legalidade. Assim, para além dos poderes de fiscalização da legalidade, tal como outras entidades contratantes, estas entidades também encontram-se sujeitas aos poderes de fiscalização e supervisão estabelecidos na LCP quando celebram contratos que pelo seu objecto e natureza respondem a este regime jurídico¹¹³. Referir ainda que outros contratos no âmbito da LCP poderão estar sujeitos a fiscalização preventiva (ou sucessiva) do Tribunal de Contas, que é exercida através de um visto de recusa ou de conformidade com a lei e respectiva cabimentação orçamental¹¹⁴.

¹¹¹ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, “O poder local na Constituição da República de Angola: os princípios fundamentais”, I Curso de pós-graduação em políticas públicas e governação local – curso organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda: 9 a 13 de Agosto de 2010, disponível em: <http://www.f.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=2VsvLu7hDt0%3D&tabid=331>), refere-se a elas como “... fenómeno do âmbito do poder político, que tem na sua base o princípio da descentralização político-administrativa (art.º 213.º, n.º1, da CRA). (...) quanto ao seu âmbito (...) o poder local compreende na CRA, de forma inédita no Direito comparado, três formas organizativas: autarquias locais, as instituições do poder tradicional e outras modalidades específicas de participação dos cidadãos (art.º213.º, n.º 2, da CRA).

¹¹² Cfr. Art.º n.º 219.º da CRA

¹¹³ Cfr. Artigos n.º 351.º e 352.º da LCP.

¹¹⁴ “A fiscalização prévia tem como finalidade apreciar a legalidade e a regularidade dos atos e contratos e se os encargos deles decorrentes têm

Para além das já referidas, a lei consagra ainda, enquanto entidades colectivas públicas, que podem contratar sob a égide da LCP os institutos públicos, os fundos públicos e as associações públicas.

De acordo com FREITAS DO AMARAL¹¹⁵, as pessoas colectivas públicas integram a Administração Direta do Estado, a Administração Regional e a Administração Local, fazem ainda parte da Administração Indireta Central, Regional e Local. Quanto a Administração Indireta importa fazer algumas referencias sobre os tipos que este articulado prevê: os Institutos Públicos, as Associações Públicas e as Fundações Públicas¹¹⁶.

Entre os vários fins de interesse público que o Estado e as demais entidades públicas cabe prosseguir, estas entidades públicas promovem a sua realização através dos seus próprios organismos de modo direto, através e sob controle e direcção da organização hierárquica da respectiva estrutura orgânica. Os órgãos através do qual as pessoas colectivas públicas realizam as suas actividades na prossecução do interesse público que são designadas como administração pública direta, carecem de personalidade jurídica própria e, muitas vezes, de simples autonomia administrativa ou financeira. No entanto, outras pessoas colectivas realizam nas suas actividades o interesse público mas são distintas a administração direta e gozam de autonomia jurídica, administrativa e financeira.

cabimentação orçamental e efetiva-se pela concessão ou recusa do visto e pela declaração de conformidade (relatório anual de actividades de 2011, consultado em: <http://www.tcontas.ao/pdf/Relatorio%20Anual.pdf>

¹¹⁵ Cfr. *Curso ...* Vol. I, 3.^a, 2007, págs. 226 e seguintes.

¹¹⁶ Os fundos públicos de que este preceito faz referência devem ser dotadas de personalidade jurídica, como condição indispensável para poderem celebrar contratos, conseqüentemente, só nesta qualidade têm aqui relevância e entram na categoria geralmente designada por fundações

Tal como expõe FREITAS DO AMARAL¹¹⁷ “É a administração Pública indireta que se manifesta na atividade administrativa do Estado realizada para a prossecução dos fins deste por entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria de autonomia administrativa ou administrativa e financeira”.

Entre as várias pessoas colectivas através dos quais se desenvolve a administração indireta, destacam-se o instituto público que segundo FREITAS DO AMARAL “é uma pessoal colectiva pública, de tipo institucional criada para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa colectiva pública¹¹⁸. Estes tipos de serviços têm sido agrupadas em três categorias: os estabelecimentos públicos¹¹⁹, as fundações públicas¹²⁰ e as associações públicas¹²¹.

¹¹⁷ FREITAS DO AMARAL “Curso Vol. I...”, cit. Pág. 346.

¹¹⁸ CFR. FREITAS DO AMARAL, cit. Vol. I, pág. 363.

¹¹⁹ São institutos públicos de carácter cultural ou social, organizadas como serviços abertos ao público, e destinados a efetuar prestações individuais à generalidade dos cidadãos que delas careçam. Cfr. FREITAS DO AMARAL, ob. cit., I, pág. 371

¹²⁰ Na perspectiva de FREITAS DO AMARAL, é uma pessoa colectiva pública a quem com autonomia administrativa e financeira, a quem por diploma legal, foi concedida a natureza pública.

¹²¹ Ainda segundo Freitas do Amaral, as associações públicas são pessoas colectivas, de tipo associativo, destinadas a assegurar automaticamente a prossecução de interesses públicos tal como as associações de entidades públicas e as associações públicas de entidades privadas. Como exemplos de associações públicas temos as ordens e câmaras profissionais, as associações profissionais liberais, as academias científicas e culturais.

De acordo com JORGE MIRANDA (as associações públicas no direito português in revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XXVII, 1986, pag. 66)., é aquela “associação submetida a um regime específico de Direito administrativo, ou então, a pessoa colectiva de tipo corporacional constituída para a prossecução de interesses públicos e dotada dos necessários poderes jurídico-administrativos”. O professor adianta ainda que o referido “conceito decompõe-se em três elementos:

- 1) A natureza associativa – de tal sorte que OTTO MAYER pôde escrever que os associados são os destinatários da actividade administrativa.
- 2) A prossecução dos interesses públicos – seja de interesses públicos por convolução ou interpenetração de interesses colectivos específicos, seja de interesses públicos primários.

Outras pessoas colectivas que igualmente integram a administração pública indireta, são as empresas públicas que na visão ainda de FREITAS DO AMARAL constituem “organizações económicas de fins lucrativos criadas e controladas por entidades jurídicas públicas”. Já MARCELLO CAETANO define-as como sendo “empresas que têm por fim prosseguir determinado interesse considerado fundamental para a comunidade e cujo capital, por esse motivo, pertence exclusivamente ao Estado ou a pessoa colectiva de direito público, que assegura a respectiva gerência¹²²”. É assim que o n.º 2 do artigo 4.º da LCP, assume que as empresas públicas, só são contratantes públicos quando o seu capital for integralmente subscrito pelo Estado.

A LCP considera ainda sob sua égide aquelas entidades que não fazendo parte da administração pública, são consideradas como entidades contratantes sujeitas ao seu regime jurídico. É o caso dos Tribunais e da Assembleia Nacional, como órgãos de soberania, bem como da Procuradoria-Geral da República.

Assim, resulta, nos termos do artigo n.º4.º, n.º 1, alínea c) da LCP, que os Tribunais ¹²³ e a Assembleia Nacional são entidades contratantes públicos podendo celebrar contratos cujo objecto recaia sobre um dos previstos no artigo 2.º, em virtude dos critérios do sujeito e do objecto, submetidos ao regime da contratação pública. De sublinhar que a Procuradoria-Geral da República é também qualificada como entidade contratante nos mesmos termos.

3) A inserção no âmbito da administração – enquanto expressão de descentralização funcional.

¹²² Manual ... cit., Vol. I, pág. 253

Em suma, no artigo 4.º, n.º 1, o legislador optou por tipificar um conjunto de entidades enquadradas ou não na administração pública, mas todas elas de natureza pública, como entidades contratantes públicos sujeitos ao seu regime jurídico podendo assim, contratar nos termos da LCP.

4.3. Regime de exclusão no âmbito da LCP

O artigo 5.º da LCP que corresponde ao que estabelecia o n.º 2 do artigo 23.º do anterior RRDP, trata dos termos da exclusão no âmbito de aplicação da atual LCP determinadas por critérios de natureza objectiva ligadas a compromissos internacionais, a requisitos de segurança nacional e externa ou pela especial natureza do objecto das prestações. Apenas a exclusão prevista na alínea e), tem a ver com a qualidade das partes e que se refere geralmente aos contratos designados por interadministrativos.

Os contratos interadministrativos¹²⁴ são os acordos de vontade celebrados entre contraentes públicos, em plano de igualdade jurídica, no desempenho das respectivas atribuições, com efeitos vinculativos para os respectivos signatários.

Estes acordos integram o grupo de contratos de cooperação ou cooperação paritária pelos quais entidades colectivas públicas que por si ou através de uma outra pessoa colectiva que criam, realizam em conjunto, algumas das atribuições sem que qualquer uma delas

¹²⁴ ALEXANDRA LEITÃO, entende os contratos interadministrativos como sendo o *acordo de vontades celebrados entre duas ou mais entidades públicas através do qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa*. Em Estudos de Contratação Pública – I, organizados por PEDRO GONÇALVES, ed. Coimbra Editora, 2008,pág. 735.

possa pretender exercer preponderância diretiva sobre a atuação da outra.

O facto de, por natureza contratual, se verificar uma paridade substantiva e a inexistência de uma relação de supremacia entre as partes contratantes, retira qualquer pertinência à aplicação do regime que subentende o exercício de autoridade¹²⁵.

Estes acordos podem ser celebrados sob designações diversas tal como *convénio, convenção, protocolo, pacto*, contratos administrativos de acordo com ALEXANDRA LEITÃO¹²⁶.

Quanto ao objecto destes contratos, de acordo com o *princípio da especialidade*, deve inserir-se no âmbito das atribuições legais das partes.

4.4. Tipos de procedimentos pré-contratuais

O procedimento administrativo concursal consiste na realização sucessiva de atos e formalidades da administração, tendentes a formação de um acordo de vontades a ser manifestado na celebração formal de um contrato, que tendo como pressuposto a participação de várias entidades, garante a concorrência assegurando a escolha da melhor proposta tendo em vista o interesse público.

No entendimento de MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, os procedimentos administrativos concursais traduzem-se “na

¹²⁵ Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, “*Lei da Contratação Pública de Angola – Comentada e Anotada*”. Almedina 2011 Pág. 28.

¹²⁶ Cfr., *Estudos de Contratação Pública – I*, Ob. cit. Pág. 770.

disciplina aplicáveis àqueles procedimentos em que a administração faz apelo à concorrência para, através do confronto e da oposição entre os diversos participantes, determinar qual é o concorrente com quem mais lhe convém ligar-se contratualmente"¹²⁷.

Os procedimentos pré-contratuais a serem adotados pelas entidades adjudicantes públicos, previstos pela LCP, quando pretendam celebrar contratos, encontram-se consagradas de forma clara no n.º1 do artigo 22.º. Este articulado prevê quatro procedimentos típicos: o *concurso público*, o *concurso limitado por prévia qualificação*, o *concurso limitado sem apresentação de candidaturas* e o *procedimento de negociação*.

A disposição do n.º 1 do artigo n.º22, estabelece o princípio da *tipicidade procedimental* que acarreta uma dupla vertente de unicidade. Por um lado as entidades contratantes devem adotar apenas um procedimento para cada contratação pública e, por outro lado, este só pode ser um dos tipos previstos no preceito com exclusão de qualquer outro¹²⁸.

Estes, porem, são os procedimentos típicos de aplicação geral. Pois, estão previstos nesta LCP determinados procedimentos especiais, aplicáveis quando se verificarem os espectáveis pressupostos. São os *concursos para trabalhos de concepção* (artigos 140.º a 155.º), *sistemas de aquisição dinâmica electrónica* (artigos 164.º a 172.º), *regras aplicáveis à contratação de serviços de consultoria* (artigos 172.º a 174.º).

¹²⁷ Cfr. *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2011.

¹²⁸ Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, cit. Pág. 56. Na mesma linha, VIERA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS, *Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2008, Pág. 802.

Embora os tipos de procedimentos adjudicatórios de contratação pública, com o passar do tempo, tenham, conhecido alguma dinâmica progressiva, tem sido adotada, regra geral, a disposição que impõe a utilização exclusiva de um dos tipos de procedimento legalmente previsto¹²⁹.

A classificação dos procedimentos para a contratação pública obedece a vários critérios. Sendo que, aquelas que se prendem com o universo de entidades que participam desse procedimento e que constituem-se como potenciais entidades a celebrar contratos com a entidade adjudicante, os que mais se afiguram úteis e explicativos nessa caracterização. É assim que MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRE SALGADO DE MATOS traçam uma linha entre os considerados procedimentos abertos (concurso público), fechados (ajuste direito ¹³⁰), e os semi-abertos (concurso limitado por prévia qualificação, concurso limitado sem apresentação de candidaturas, o procedimento de negociação e o dialogo concorrencial). De notar que neste último grupo o universo de concorrentes pode variar consideravelmente¹³¹.

4.4.1. O concurso público

Definido na LCP como *“um sistema de contratação aberto, em que, pelo elevado valor das aquisições envolvidas ou por outras razões matérias, podem concorrer todas entidades, públicas ou*

¹²⁹ Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *ob. Cit.* Pág. 56.

¹³⁰ O ajuste direito não se encontra contemplado enquanto procedimento pre-contratual previsto na atual LCP. Diferente, no entanto, do anterior regime vigente das RRD bem como do artigo 124.º das NPAA, ainda em vigor, onde este está previsto como um dos procedimentos pre-contratuais na formação dos contratos públicos.

¹³¹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRE SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Edição, Lisboa, 2009. Pág. 344.

*privadas, nacionais ou estrangeiras que reúnam os requisitos exigidos em abstrato, no aviso ou no programa*¹³²”, é por natureza um procedimento totalmente aberto tendo em conta a publicitação que, por regra, se impõe ao ato de seu anúncio, que deve sempre ser publicado na *III Série do Diário da República* e num jornal de grande circulação no país (artigo 59.º). Deste modo, não existe nenhuma restrição a possibilidade de qualquer entidade interessado concorrer ficando desde logo, garantida a mais ampla publicidade e transparência entre os concorrentes que partem em “*condições de plena igualdade na apresentação das respectivas propostas, de modo a que a administração possa escolher a que melhor possa satisfazer o interesse público*”¹³³.

De acordo com MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA CONSALVES E PACHECO DE AMORIM, as características que melhor identificam o concurso público predem-se com a:

“- Publicidade adequada da sua abertura e das principais condições procedimentais de admissão e escolha de pessoas ou propostas;

- imutabilidade das regras fixadas;

- admissão ao concurso de todas as pessoas ou propostas que preencham os requisitos gerais da lei e aqueles que tenham sido anunciados (também em geral) para o concurso em espécie;

- publicação suficiente dos anúncios de concurso, com fixação dos critérios da respectiva decisão;

- apresentação tempestiva de propostas imutáveis;

¹³² Desta definição deve ser ressalvada que a participação de entidades estrangeiras só é viável em concursos públicos quando o valor estimado do contrato for superior a 500 000 000,00 Akz, nas empreitadas de obras públicas e, 73 000 000,00 Akz, nas aquisições de bens e serviços.

¹³³ Ver FIGUEIREDO DIAS, JOSÉ EDUARDO E OLIVEIRA, FERNANDA PAULA – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2010, pág. 294.

- abertura das propostas em sessão pública;*
- decisão prévia de reclamação e recursos hierárquicos das respectivas deliberações tomadas nesta sessão;*
- avaliação em termos absolutos da capacidade e idoneidade dos concorrentes e proibição de essa avaliação influenciar a comparação das respectivas propostas;*
- avaliação e classificação “económica” e “técnica” das propostas admitidas;*
- relatório da comissão;*
- adjudicação ou escolha”¹³⁴.*

O concurso público caracteriza-se assim, como um tipo de procedimento aberto, amplo e capaz de admitir como concorrentes todas entidades que reúnam os requisitos técnicos, profissionais e financeiros exigidos para aquele procedimento. Contrariamente a este, nas outras tipologias procedimentais só podem apresentar propostas os candidatos convidados ou previamente selecionados pela entidade contratante tal como sucede no concurso limitado sem apresentação de candidaturas ou no procedimento de negociação.

Como é óbvio, a escolha dos procedimentos para a realização dos concursos é feita de forma criteriosa evitando assim a arbitrariedade. No caso específico do concurso público, a entidade contratante deve optar por este procedimento apenas quando o valor global estimado do concurso for igual ou superior ao constante no nível 8 da tabela de limites de valores¹³⁵, ou seja, igual ou superior a 500 000 000,00 AKz.

¹³⁴ MÁRIO ESTEVES E OLIVEIRA; PEDRO COSTA GONSALVES; JOÃO AMORIM E PACHECO “Código do Procedimento Administrativo”, comentado, 2.ª edição, Almedina.

¹³⁵ Tabela a que se refere o artigo n.º25 da Lei n.º 20/10 de 7 de Setembro.

A abertura do procedimento do concurso público, pressupõe, em primeira instância, a declaração pela entidade competente da decisão de contratar, da escolha fundamentada para a escolha do procedimento em causa bem como da autorização da despesa.

Quanto a este procedimento (concurso público), ela inicia-se com o anúncio da abertura do concurso, o qual deve ser, de acordo com art.º 59 da LCP, amplamente publicitado no diário oficial, segundo o modelo imposto pelo legislador e constar ainda de um jornal de grande tiragem no país.

É clara a preocupação do legislador em assegurar o princípio da publicidade e, como consequência deste, os princípios da concorrência, da transparência e da imparcialidade intrinsecamente conotados com o procedimento da contratação pública.

Nesta senda RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, afirma que “ o mercado da contratação pública, para ser concorrencial e aberto, como se pretende, pressupõe que as entidades adjudicantes dêem publicidade adequada à sua vontade de contratar. Sem isso não há concorrência”¹³⁶.

É de realce que a LCP não faz qualquer referência sancionatória em casos de desrespeito ao princípio da publicidade. No entanto, o art.º 359º da referida Lei, remete para as Normas do Procedimento e da Atividade Administrativa. este por sua vez refere a possibilidade de “ em tudo o que não esteja especialmente previsto na presente lei recorre-se às leis e regulamentos que prevejam casos análogos e aos princípios gerais de direito administrativo”.

¹³⁶ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in Estudos de Contratação Pública, volume I, Coimbra Editora, 2008, pag. 103.

Assim sendo, aplica-se para o caso específico o art.º 76.º das Normas do Procedimento e da Atividade Administrativa, o qual estabelece que os atos praticados sem observância de forma legal são nulos. Entenda-se para o caso em análise, que a decisão de abertura do concurso público é objecto de publicitação nos termos definidos na lei. Concluimos assim, que a falta de publicitação do anúncio do concurso, nos termos legalmente estabelecidos, gera nulidade do procedimento contratual em causa.

Tal como esclarecem MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “ a inobservância das regras legais relativas á publicação do anúncio – e, tão grave como isso o desrespeito pelo princípio da publicidade – importa, salvo hipóteses excepcionais, a invalidade do procedimento adjudicatório em causa, arguível por qualquer interessado”. Estes autores assumem uma posição tão inflexível sobre a questão que admitem “nem pensamos que, pelo menos para estes efeitos, se deva fazer qualquer distinção entre falta de publicação no jornal oficial e falta de publicação nos jornais diários – sendo exigível as duas formas de publicação, a falta de qualquer delas implicará a invalidade do concurso em causa”¹³⁷

No entanto, o anúncio do concurso não fazendo parte das peças do procedimento, não costa do artigo n.º 45º e deste modo não é de grande relevância, pois perante qualquer desconformidade entre o programa do concurso e o anúncio, prevalecerá o programa do concurso.

Entretanto, a correlatividade entre a publicidade e a concorrência é óbvia, pois só com o anúncio da abertura do concurso é possível tomar-se conhecimento dela, devendo o anúncio

¹³⁷ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais da contratação pública “ ob. Cit., Pag.103.

do concurso ser completo e preciso no seu conteúdo para que os seus destinatários conheçam os parâmetros exigidos, bem como a tramitação necessária, permitindo assim, a formação de uma vontade esclarecida.

Importa salvaguardar o princípio da estabilidade, o qual prende-se ao princípio da tutela dos direitos e interesses legítimos, da igualdade e da confiança através da inalterabilidade dos elementos do anúncio bem como das peças do concurso até ao final do concurso¹³⁸.

Quanto ao programa do concurso, este é um regulamento que contem os requisitos formais e substanciais, a identidade completa do órgão que tomou a decisão de contratar, as formalidades respeitantes às propostas a serem apresentadas, a possibilidade de apresentação de propostas alternativas e os critérios para a adjudicação.

É evidente que as disposições do programa do concurso são de carácter vinculativo para todas as partes que intervêm no procedimento. O seu não cumprimento integral acarretará a invalidade do ato praticado pela entidade contratante e no caso dos concorrentes, a exclusão dos mesmos do procedimento em causa.

Nota-se, a este respeito que *“os atos da administração adjudicante e das comissões ou júris seus (delegados), sendo atos administrativos (intermédios ou finais) de procedimentos estão sujeitos ao princípio da legalidade ou da normatividade, abrangendo a*

¹³⁸ Em regra os elementos constantes do anúncio e das peças do procedimento deverão manter-se inalterados até ao final do procedimento, admitindo alguma alteração em casos muito excepcionais e dentro do prazo para apresentação das propostas. Estas situações serão certamente excepcionais e sempre em prol do interesse público.

exigência da sua conformidade com as normas regulamentares (hétero e auto criadas) que os condicionam”¹³⁹.

Entende-se assim, que a entidade adjudicante encontra-se vinculada ao programa de concurso, bem como ao que resulta estabelecido no caderno de encargos, devendo observar-se a inalterabilidade destas peças até ao final do concurso, com a ressalva das exceções previstas na lei. Dando-se deste modo, cumprimento ao princípio da estabilidade das peças procedimentais, acautelando também os princípios da concorrência, da transparência e igualdade entre os concorrentes.

O programa do concurso tem por escopo delinear os trâmites e estabelecer as formalidades do procedimento. Evidentemente, é através da consulta feita a esta peça e ao caderno de encargos que se constituirá a vontade de concorrer e, daí, apresentar a proposta.

Define o legislador no artigo 63.º da LCP, que *“a proposta é o documento pela qual o concorrente manifesta à entidade contratante a vontade de contratar e indica as condições em se dispõe a fazê-lo”*.¹⁴⁰

A autora LARA CRAVEIRO¹⁴¹ seguindo uma posição próxima à MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹⁴², assume que a noção da

¹³⁹ MÁRIO E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *“ Concursos e outros procedimentos da contratação pública*, Coimbra, Almedina, 2011. Pag. 136.

¹⁴⁰ Este articulado teve como base o art.º 56.º, n.º 1 do Código dos Contratos públicos Português, o qual dispõe: *“a proposta é a declaração pelo qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo”* e ainda o art.º 72.º do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, diploma legal já revogado, que dispunha que a proposta consiste num *“documento pelo qual o concorrente manifesta ao dono da obra a vontade de contratar e indica as condições em que se dispõe a fazê-lo”*

¹⁴¹ Cfr. *“Contratação Pública em Angola – Reflexões sobre a nova Lei”* Quid Juris Sociedade Editora, 2015. Pag. 142.

“proposta” dada pelo legislador “peca por defeito e imprecisão”, argumentando que a proposta é simplesmente um processo de candidatura a um concurso onde veem incluídos os documentos requeridos para o concurso.

Quanto a nós, pensamos que a definição do legislador apresenta uma perspectiva aceitável da noção da proposta. Pois, entendemos que ela (proposta) é na verdade, a clara manifestação da vontade de contratar por parte do concorrente. E, é na proposta onde, de acordo com o caderno de encargos, o concorrente dispõe as condições objectivas que ela possui (incluindo o preço) para materializar a proposta em causa.

Quanto a natureza jurídica da proposta ela deve ser assumida conceptualmente como uma declaração negocial que vem manifestar a vontade de contratar, tendo como ponto de partida o caderno de encargos consultado¹⁴³.

Findo o prazo para apresentação das propostas a Comissão de Avaliação procede em ato público, a abertura das propostas e a verificação dos documentos de habilitação dos concorrentes¹⁴⁴.

Os critérios estabelecidos por lei para admissão ou exclusão dos concorrentes, prendem-se designadamente com situações que têm a

¹⁴² Onde assumem que “ a proposta é um complexo de prestações (e contraprestações) oferecidas (e pedidas) pelo concorrente, a que ele se compromete (e aspira), se vier a ser escolhido como adjudicatário”.

¹⁴³ Na mesma linha argumentam, MARCELO REBELO DE SAUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *ob. Cit. pag. 366.* “ As propostas são as declarações negociais pelas quais os interessados manifestam à administração a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo (...) no que respeita aos aspectos do contrato que o caderno de encargos submeteu à concorrência”.

¹⁴⁴ Cfr. Art.º 73.º a 78.º da LCP.

ver com a intempestividade das propostas e com o não cumprimento das formalidades quanto ao modo de apresentação das propostas¹⁴⁵.

Entretanto, apesar dos concorrentes poderem ter sido admitidos no ato público, verifica-se que, na fase subsequente da análise concreta das propostas, estas poderão ser excluídas de acordo com os critérios estabelecidos no artigo n.º 83.º da LCP.

São vários os critérios legais de não admissão das propostas dentre os quais, os critérios formais e os materiais. No que diz respeito aos critérios formais, esses prendem-se com a falta de observância das regras de apresentação das propostas e a intempestividade da apresentação das mesmas de acordo com a alínea b) do artigo 83.º.

Quanto aos critérios materiais estes prendem-se com:

- A falta de elementos essenciais exigidos no programa de concurso ou a falta de documentação exigida, de acordo com a alínea a) do artigo 83.º, o que dá lugar a não admissão das propostas;
- Propostas apresentadas com variantes, quando estas não sejam admitidas pelo programa do concurso ou sejam em número superior ao máximo por ele admitido;
- Propostas apresentadas com variantes quando, apesar de estas serem admitidas pelo programa do concurso, não seja apresentada a proposta base ou, sendo esta apresentada, seja proposta a respectiva exclusão;
- Propostas constituídas por documentos falsos ou nas quais os concorrentes prestem falsas declarações;

¹⁴⁵ Cfr. Art.º 79.º da LCP.

- Propostas que contenham alterações das cláusulas do caderno de encargos não admitidas;
- Propostas que violem disposições legais ou regulamentares aplicáveis;
- Propostas que sejam consideradas inaceitáveis;
- Propostas que revelem a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência¹⁴⁶.

Importa ainda salientar, quanto a apresentação das proposta que, estas podem, por força do especificado no programa do concurso, ser variantes ou propostas alternativas, devendo o programa do concurso especificar quais as cláusulas do cárdeno de encargos que não podem ser alterados, de acordo com a alínea h) do artigo 60.º da LCP.

Assim, dispõe o artigo 64.º que:

- “1. São variantes as propostas que apresentam condições alternativas relativamente ao disposto no caderno de encargos.*
- 2. A apresentação de proposta ou propostas variantes, quando admitida pelo anúncio ou programa do concurso, não dispensa os concorrentes da apresentação da proposta base, em conformidade com o disposto no caderno de encargos”.*

Entretanto, melhor perspectiva sobre o conceito de proposta variante é oferecida pelo legislador português no artigo 59.º do Código dos Contratos Públicos.

Neste sentido define o legislador português que “ são variantes as propostas que, relativamente a um ou mais aspectos da execução do contrato a celebrar, contenham atributos que digam respeito a

¹⁴⁶ Vide art.º 87.º da LCP.

condições contratuais alternativas nos termos expressamente admitidos pelo caderno de encargos”.

Segue-se assim, a indicação do preço que deve estar expresso na proposta devendo, estar no mesmo, incluídos os respectivos impostos de acordo com artigo 65.º da LCP.

A entidade pública contratante pode, no entanto, exigir a prestação de uma caução provisória que tem por objectivo garantir a segurança jurídica, permitindo assim que as propostas efectuadas sejam serias e mantidas até ao final do concurso.

Esta (a caução), podem constituir-se em dinheiro ou títulos emitidos ou garantidos pelo Estado ou numa garantia bancária ou ainda num seguro caução, ficando ao critério do concorrente uma destas opções.

Tal é que, nos termos do artigo 68.º, o legislador demanda que:

- 1. “Decorridos o prazo da validade da proposta ou longo que seja celebrado contrato com qualquer concorrente, os concorrente podem solicitar a restituição do dinheiro ou dos títulos depositados ou o cancelamento da garantia bancária ou do seguro-caução, devendo a entidade pública contratante promover, nos dez dias subsequentes, as diligências para o efeito necessário.*
- 2. o concorrente tem igualmente direito à restituição do depósito ou ao cancelamento da garantia ou do seguro-caução se não se apresentar a concurso ou se a sua proposta não vier a ser admitida, contando-se os dez dias para a promoção das diligências a partir da data do ato público do concurso”.*

infere-se do citado preceito que, finda a validade das propostas, deixa de fazer qualquer sentido garantir a obrigação que os proponentes se vincularam, pois já um dos concorrentes se vinculou a uma proposta negocial.

Segue-se que a proposta a ser apresentada deve fazer-se acompanhar dos seguintes documentos:

- *“ Declaração na qual o concorrente indique o seu nome, numero de contribuinte, numero de bilhete de identidade ou de pessoa colectiva, estado civil e domicilio ou, no caso e se tratar de pessoa colectiva, a denominação social, sucursais que devem estar envolvidas na execução do contrato, nome dos membros dos corpos sociais e de outras pessoas com poderes para a obrigarem, registo comercial, constituição e alterações do pacto social;*
- *comprovativo da regularidade da situação jurídica do concorrente;*
- *comprovativo da regularização da situação tributária perante o Estado angolano;*
- *comprovativo da regularização da situação relativa às contribuições para a segurança social em Angola;*
- *comprovativo da entrega da declaração fiscal mais recente;*
- *outros documentos que forem exigidos no programa do concurso, adequados à comprovação da idoneidade, da habilitação*

profissional, da capacidade técnica e da capacidade financeira dos concorrentes, de entre os indicados nos artigos 56.º a 58.º da presente lei”¹⁴⁷

É de notar que os documentos exigidos nas alíneas a) e b), referem-se a qualificação legal da natureza jurídica da entidade concorrente. Enquanto que às restantes alíneas deste articulado fazem referencia à habilitação legal do concorrente. Sendo por isso imprescindível que a situação tributária perante o Estado angolano e as contribuições para a segurança social se estejam devidamente regularizadas.

4.4.2. O concurso limitado por prévia qualificação

O concurso limitado por prévia qualificação é definido pelo pelo legislador como um *“sistema aberto que exige uma prévia seleção das empresas, pela entidade contratante”*.

De notar que na definição dada o legislador ignora as pessoas singulares como candidatos a esta modalidade de concurso, conforme definição dada no artigo 50.º, onde refere que *“para efeitos da presente lei, entende-se por candidato a entidade pessoa singular ou colectiva que participa na fase de qualificação de um concurso limitado por prévia qualificação ou de um procedimento de negociação, mediante a apresentação de uma candidatura”*.

Este procedimento só poderá ser utilizado quando o valor estimado do contrato for igual ou superior a 500.000.000,00 de Kz, de

¹⁴⁷ Cfr. Art.º 69.º da LCP.

acordo com o constante no nível 8 da Tabela de Limites de Valores, constantes do anexo I da LCP.

Este procedimento concursal compreende duas fases, conforme resulta do artigo 118.º:

“apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos”;

“apresentação e análise das propostas e adjudicação”.

Existe, deste modo, uma fase de prévia qualificação dos candidatos, de onde serão escolhidos dos candidatos que apresentem as declarações exigidas e comprovem idoneidade, habilitações profissionais, capacidade técnica e financeira.

Após a seleção e comunicação da decisão aos candidatos qualificados, estes são convidados a apresentarem as respectivas propostas.

De salientar que, a LCP remete para o âmbito das disposições que regulam o concurso público, tudo o que não se ache estabelecido em sede dos articulados que regulam o concurso limitado por prévia qualificação.

Quanto à sua tramitação, o concurso limitado por prévia qualificação obedece às seguintes etapas:

- anúncio de abertura do concurso na III Série do Diário da República;
- apresentação das candidaturas;
- admissão e seleção das candidaturas;
- convite para apresentação das propostas;

- ato público de abertura de propostas;
- qualificação dos concorrentes;
- análise das propostas;
- relatório preliminar;
- audiência prévia;
- leilão electrónica (para os casos de locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços);
- preparação da adjudicação (relatório final);
- adjudicação;
- celebração do contrato.

As peças que instruem os procedimentos dos concursos limitados¹⁴⁸ são, tipicamente três: o programa do procedimento, o convite para apresentação das propostas e o caderno de encargos¹⁴⁹.

É o programa do concurso *“que corporiza o regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua celebração¹⁵⁰”*.

4.4.3. O concurso limitado sem apresentação de candidaturas

O concurso limitado sem apresentação de candidaturas é definido pelo legislador como um *“sistema em que a entidade contratante convida as pessoas singulares ou coletivas que considera*

¹⁴⁸ Tal igual acontece com os procedimentos de concurso limitado sem apresentação de candidaturas e no procedimento de negociação onde existem estas três peças. Diferente é no concurso público que comporta, unicamente, duas peças: o programa do concurso e o caderno de encargos.

¹⁴⁹ Cfr. Artigo 45.º.

¹⁵⁰ ANA GOVEIA MARTINS, *“Concurso Limitado por Prévia Qualificação”*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra editora, pag. 253.

mais idóneas e especializadas, para apresentarem as suas propostas”.
(art.º 23.º da LCP).

O concurso limitado sem apresentação de candidaturas é assim um típico concurso fechado, pois é a entidade contratante que decide de entre os vários parceiros de mercado, aqueles que reúnem as qualidades consideradas essenciais para responderem o caderno de encargos do concurso em causa.

As peças que constituem esta modalidade concursal são: o programa do procedimento, o caderno de encargos, e o convite para apresentação de propostas.

No que diz respeito à respectiva tramitação, a mesma obedece as seguintes etapas:

- convite a entidade para apresentação de propostas;
- ato público para abertura de propostas;
- qualificação dos concorrentes;
- análise das propostas;
- relatório preliminar;
- audiência prévia;
- leilão electrónica (para locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços);
- preparação da adjudicação (relatório final);
- adjudicação;
- celebração do contrato.

Neste procedimento, o legislador exige que seja realizado o convite para apresentação de propostas a pelo menos três entidades.
(art.ºs 120.º e 130.º).

É suprimida, neste procedimento, a fase de qualificação dos concorrentes na medida em que, a apresentação das propostas pelos participantes acontece logo, após o convite a estes.

As entidades convidadas deverão possuir idoneidade maral, capacidade técnica e financeira, habilitações profissionais necessárias para a execução do contrato em causa.

Não havendo uma fase de prévia qualificação dos candidatos, a escolha das entidades a serem convidadas dependerá do conhecimento e credibilidade dos concorrentes por parte da entidade pública contratante.

Este procedimento só terá utilidade quando o valor estimado do contrato for igual ou superior ao previsto no nível 2 e inferior ao previsto no nível 8 da tabela de limites de valores, constantes do Anexo I da LCP, ou seja igual ou superior a 18. 000. 000, 00Kz ou inferior a 500. 000. 000, 00Kz.

Entretanto, o procedimento concursal em causa reger-se-á pelas disposições específicas, aplicando-se em tudo o resto as disposições do concurso público, com as necessárias adaptações. (art.º 129.º).

4.4.4. Procedimento por negociação

É óbvio que o procedimento por negociação possui características de um concurso público. Vários regimes legais demonstram que nela há aspectos em que se apela à concorrência e se dá cumprimento aquele princípio.

Tal como põe MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA “não vemos inconveniente algum ... em chama-lo para a categoria dos procedimentos concursal, daqueles em que há um apelo à (e um compromisso com a) concorrência: em muitas fases de respectivo procedimento, é obrigatório a aplicação das regras de estímulo e proteção da concorrência próprias dos concursos mais elaborados, exigindo-se, em certos termos, que tudo se passe concorrencial igual e publicamente”.¹⁵¹

No contexto da LCP, entende-se por procedimento de negociação “o sistema de contratação que consiste no convite aos interessados, em geral ou limitadamente, para apresentarem as suas candidaturas ou propostas que, depois de analisadas e valoradas, são objecto de discussão e negociação com a entidade contratante, a fim de as harmonizar com o interesse público, escolhendo-se a proposta adjudicatária em função não só da proposta inicial, mas também, das correções resultantes da negociação” (art.º 23.º da LCP).

A diferença marcante entre o concurso limitado por prévia qualificação e o procedimento por negociação assenta, desde logo, na fase da negociação das propostas.

O procedimento por negociação comporta quatro fases como resulta do artigo 133.º, a saber:

- apresentação das candidaturas e a qualificação dos candidatos;
- apresentação e análise das propostas;
- negociação das propostas;
- adjudicação.

¹⁵¹ Cfr. MÁRIO e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Coimbra, Almedina, 1998. Pag. 211.

O procedimento respeita o princípio da concorrência , através da publicação do anúncio de abertura de concurso, podendo os interessados apresentarem as suas candidaturas.

Neste particular, o procedimento distingue-se por conter uma fase de negociação das propostas. O valor apresentado inicialmente poderá vir a ser alterado em fase de negociação.

Á semelhança do concurso limitado por prévia qualificação, existe uma fase de apresentação de candidaturas e outra de qualificação dos candidatos.

Tal como em outros procedimentos, o legislador estrutura a tramitação procedimental através de fases. Quis, certamente, conferir autonomia as respectivas fases que o integram, pois cada uma delas possui específicos atos procedimentais com consequências jurídicas próprias. Assim , os atos de cada uma delas não poderão ser praticados fora da fase a que dizem respeito.

É assim que, o procedimento em análise inicia-se com a decisão de contratar à qual se segue a abertura do concurso, a publicação deste na III Série do Diário da República e num jornal de grande circulação bem como no portal da contratação pública.

Logo a seguir a publicação, os interessados podem apresentar as sua candidaturas , seguindo-se a fase de qualificação dos candidatos. Os concorrentes escolhidos serão convidados a apresentarem as respectivas propostas. Na sequência, haverá lugar à fase de negociação das propostas,

seguida da adjudicação e conseqüente assinatura do respectivo contrato.

VI. AS PARCERIAS PÚBLICAS-PRIVADAS¹⁵² & A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

6.1. As PPP's enquanto ferramentas de uma contratação pública sustentável

Enquadramento

Tradicionalmente, coube a administração pública a tarefa de promover a satisfação do interesse público através dos mecanismos mais eficientes ao seu alcance. Desde sua idealização ou concepção, projeção, financiamento, construção, distribuição até a sua gestão e manutenção, todos os modelos com o fim de realizar satisfatoriamente o interesse público, cabiam nas tarefas exclusivas da administração Pública.

É no final do século XX, no Reino Unido, num contexto político e económico caracterizado por grandes movimentos de privatização, de desregulação e de usurpação pelo sector privado à provisão de bens e serviços tradicionalmente atribuídos ao sector público, que nasce o conceito *public-private partnership*.

A inexistente capacidade de gerar fundos para financiar investimentos sociais necessários, a comprovada maior eficiência dos modos de gestão privada, comparados aos tradicionais modos de gestão pública e a crescente sofisticação do sector jurídico e financeiro, que ao longo dos anos 80s desenvolveu técnicas de financiamentos de projetos a longo prazo, fazendo recurso

¹⁵² Doravante, PPP's

exclusivamente a capacidade do próprio projeto em gerar fluxos financeiros suficientes a remunerar o investimento inicial e os seus custos de manutenção, criaram as condições para o surgimento das Parcerias Público-Privadas.

A expressão Public-Private Partnership conheceu uma utilização comum a partir dos finais do século passado. O conceito foi *ab initio*, associado ao desenvolvimento de tarefas e a construção de empreendimentos públicos por entidades privadas, em moldes sem precedentes nos clássicos contratos públicos.

O conceito ganhou utilidade natural nas negociações entre agentes económicos privados e os gestores públicos. Ainda hoje, um número cada vez mais crescente de instituições, quer públicas quer privadas, vai lidando com este fenómeno.

A verdade, porém, é que o conceito nunca conheceu precisão na sua utilização, por ela embarcar um leque muito vasto de fenómenos no mundo da contratação.

Alguns estudiosos desta matéria defendem que a imprecisão com que a expressão é utilizada, corresponde a fluidez das figuras que ela visa designar¹⁵³. Não menos verdade no entanto, é que o fenómeno das Parcerias Público-Privadas ganhou tamanha importância no mundo jurídico, económico e financeiro, que hoje os juristas são chamados a ponderar sobre o alcance e o sentido a atribuir ao conceito.

¹⁵³ PEDRO SIZA VIERA, “Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas”, em Estudos de Contratação Pública – Vol. I, obra colectiva, Coimbra Editora, 2008.pag. 31.

6.2. Enquadramento Jurídico Normativo das Parcerias Públicas-privadas

A rígida disciplina orçamental imposta aos Estados Membros da União Europeia, fez com que estes Estados optassem por esquemas contratuais que por sua natureza facilitariam a canalização de investimentos privados para o sector público.

Este factor tem merecido exaustivas discussões no seio da comunidade. Explorando-se as vantagens da aplicação das Parcerias Público-Privadas aos contratos públicos e, especialmente, aos contratos de concessão celebrados pelos Estados ou pelas suas autoridades locais¹⁵⁴

A normatização das Parcerias Público-Privada, tem sido normalmente antecipada por uma tendência do Direito Europeu sobre a matéria. Assim, em Portugal, os primeiros diplomas legislativos sobre esta matéria surgiram na área da saúde com a Resolução do Conselho de Ministros nº.162/2001, de 16 de Novembro, e o Decreto Lei nº. 185/2002, de 20 de Agosto. Porém, só se estabelece o quadro jurídico geral das Parcerias Público-Privadas no ordenamento jurídico português, com o surgimento do Decreto Lei nº.86/2003, de 26 de Abril, que de forma clara vem disciplinar o regime das Parcerias Público-Privadas.

¹⁵⁴ A iniciativa do crescimento Europeu, aprovado pelo Conselho Europeu de Dezembro de 2001, aponta para o especial interesse que as PPP's podem ter nas áreas de construção de infraestruturas de longa duração, em virtude do elevado investimento inicial que estas implicam. www.europa.eu.int/scondpluslog/pt

Contudo, os vários passos dados tendentes a normatização do fenómeno das Parcerias Público-Privadas, têm sido insuficientes no que toca a necessidade de se definir o conceito com algum rigor.

Nos diversos estudos divulgados sobre o tema, dificilmente encontramos uma definição conciliadora e amplamente aceite pelas varias tendências ou autores que se dedicam a esta temática. Não obstante, temos encontrado grande convergência sobre a questão que se prende com os elementos caracterizadores das Parcerias Público-Privadas.

O ordenamento jurídico europeu, apesar de ela própria não ter ainda encontrado uma definição consensual aplicável ao conceito das Parcerias Público-Privadas, tem sido consistente em apontar quatro elementos caracterizadores das relações entre as autoridades públicas e as entidades privadas.

Estes elementos são apresentados na seguinte ordem:

1. um primeiro elemento tido como subjetivo, que se prende com a existência de uma relação jurídica clara entre uma entidade pública e um parceiro privado. É preciso ter em conta que este regime é também aplicável naqueles casos em que o Estado aparece na qualidade de parceiro público, perante uma entidade pública empresarial, um ante privado sem fins lucrativos ou ainda perante uma cooperativa.
2. O segundo elemento caracterizador das Parcerias Público-Privadas é tido como objectivo na medida em que trata-se do contrato ou dos contratos para o

desenvolvimento da atividade em causa, tendente a satisfação de uma necessidade colectiva que se impõe.

3. O terceiro elemento, é um elemento temporal indispensável na identificação dos traços reveladores da existência de uma Parceria Público-Privada, que marca uma relação duradora entre os parceiros em causa. Este elemento distingue a relação no âmbito das Parcerias Público-Privadas, dentre todos outros tipos de contratos de fornecimento ou de prestação de serviço de curta duração, que desde já, não obrigam a assunção automática de obrigações para o parceiro público no termo do contrato.
4. O quarto e último elemento é o financeiro que, por sua vez, determina que a responsabilidade financeira deve ser, pelo menos em parte, assumida pelo parceiro privado. Como fica claro, este elemento financeiro também destaca a primeira vista, a existência de uma Parceria Público-Privada, mesmo em casos que o financiamento é misto ou seja público/privado¹⁵⁵.

Claramente que o fenómeno das Parcerias Público-Privadas, tendo a sua origem no Reino Unido, tem merecido um amplo espaço no seio da União Europeia, frisando-se as suas incontestáveis vantagens aos contratos públicos bem como aos contratos de concessão a serem celebrados pelos Estados Membros ou ainda pelas autoridades locais dos vários Estados Membros.

¹⁵⁵ Nos casos em que através de uma Parceria Público-Privada se pretende promover uma empreitada de grande dimensão com altos investimentos.

Nota-se ainda, que para além da sua popularidade no velho continente, as Parcerias público-Privadas têm merecido uma grande simpatia um pouco por todo lado. Começando nos Estados Unidos¹⁵⁶, passando pelos países da América Latina como Chile, Argentina e México¹⁵⁷. Os países asiáticos não ficaram alheios a realidade das Parcerias Público-Privadas. No Japão, por exemplo há claras evidencias de desenvolvimento de condições jurídicas para o enquadramento das Parcerias público-Privadas¹⁵⁸.

Em África, tal como noutras partes do mundo fora, foi-se assistindo também uma grande tendência na utilização de recursos do sector privado para dar resposta as gritantes necessidades públicas.

Angola não ficou alheia a esta realidade das Parcerias Público-privadas, e tem vindo a tirar vantagens do novo modelo de cooperação entre a Administração Pública e o sector privado, para colmatar parte dos seus problemas sociais, económicos e financeiros.

Já desde o ano de 2004 que esforços tangíveis são feitos no quadro do ordenamento jurídico angolana, com o fim de acomodar e regular as iniciativas ligadas as Parcerias Público-Privadas. Foi ainda em 2004, por iniciativa do CARLOS FEIJO¹⁵⁹, que esteve na calha aquilo que se pode considerar como a primeira iniciativa legal com

¹⁵⁶ Encontra uma breve resenha da evolução da PPP nos Estados Unidos de América sob o título "PPP American Style", da autoria de *Richard Normet*, Diretor do National Council for Privite Public Partership , disponível em www.ncpp.org.

¹⁵⁷ É possível constatar um notável desenvolvimento das PPP em vários países da América Latina. No México, por exemplo, foi criada o programa "PIDIREGAS", direcionado para as áreas estratégicas de monopólio governamental como a construção de infra-estruturas de longa duração. Sobre este programa pode consultar-se o sitio <http://www.hacienda.gob.mx>.

¹⁵⁸ Veja-se a tradução não oficial da lei japonesa sobre as PPP, " Law relating to the motion of realization of public facilities by using privite funds" . Law Number 117, July 30 th in the year of Heisei, disponível em www.yescombe.pwp.blueyonder.co.uk

¹⁵⁹ Professor, Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto

fim de consagrar o regime geral das Parcerias Público-Privadas em Angola (“Projeto de Decreto-Lei relativo ao regime jurídico das Parcerias Público-Privadas”).

Hoje já existe em Angola, uma “Lei sobre as Parcerias Público-Privadas” com o objecto de “definir as normas gerais aplicáveis a intervenção do Estado na determinação, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das Parcerias Público-Privadas” (Lei n.º 2/11, sobre as Parcerias Público-Privadas).

6.3. As Parcerias Públicas-Privadas VS Contratação Pública Tradicional

No Reino Unido, o conceito de Public-Private Partnership concebia vários modelos de relacionamento entre a Administração Pública e o sector privado, que ia desde a concepção de empresas de capital misto até a simples celebração de contratos de fornecimento contínuo de bens de utilidade pública.

No entanto, dos modelos de relacionamento contratual que para os britânicos entravam no leque dos contratos no âmbito do Private-Public Partnership, correspondiam a modelos de contratação bastante conhecidos nos países da Europa continental que correspondia as sociedades de economia mista e outros vários tipos de contratos administrativos de colaboração, tais como os contratos de concessão e os contratos de fornecimento contínuo (Pedro Siza Viera 2008).

Na atividade contratual da Administração Continental, sempre tiveram presente a figura da concessão de obras públicas, mediante os quais a Administração conferia a um particular a responsabilidade

contratual de conceber, construir e gerir uma obra pública, conferindo-lhe ainda o direito de explorar a mesma obra, cobrando os utentes públicos pela sua utilização.

Nestas matérias a prática administrativa britânica vem inovar ou contribuir à prática jurídica da Europa continental, a propósito dos contratos celebrados no âmbito das *Private Finance Initiatives*, institucionalizadas pelo Governo Conservador de John Major em 1992. Estes contratos no âmbito das *Private Finance Initiatives*, reportavam-se sobretudo para os sectores de infraestruturas para os caminhos de ferro, defesa, saúde e educação.

A Administração contratava com uma entidade privada com o fim de projetar, financiar e construir um determinado bem público – um hospital, uma prisão, uma escola ou mesmo uma linha férrea – com a responsabilidade de gerir o mesmo bem, durante um prazo estabelecido relativamente longo. Durante este tempo determinado, o privado era remunerado pela Administração através de pagamentos regulares.

Estas Parcerias Público-Privadas, sendo novas formas de colaboração entre entidades públicas e privadas que permitem a satisfação das necessidades colectivas, quer por via de uma entidade especialmente criada para esse efeito, quer meramente com recurso ao financiamento privado, permitem que se extraia como benefício, para além da responsabilidade financeira que lhe é atribuída, a experiência e o *know how* das entidades privadas, no âmbito de uma relação duradoura que se cria entre as duas partes.

Assim, as Parcerias Público-Privadas, dão lugar a uma nova Administração Pública a caminhar no sentido da desconcentração,

descentralização e desburocratização administrativa, conferindo maior autonomia decisória e financeira aos Governos Centrais, aos Municípios, as Autarquias Locais e aos Institutos Públicos. Esta nova Administração Pública como mostra-se evidente, tende para um modelo administrativo mais regulador ao invés da tradicional administração prestadora¹⁶⁰.

Com efeito, as Parcerias Público-Privada constituem uma nova forma de pensar os mecanismos de contratação pública, quer pelos novos tipos de contratação por ela impulsionada, quer por via de tipos de contratação administrativa já conhecidos.

Quanto ao juiz de valor que se pode fazer aos dois modelos de contratação, a maior crítica que é feito ao procedimento tradicional de contratação pública, tem a ver com o elevado custo nos dinheiros públicos que ela implica, sendo que, a realização de projetos de grande dimensão implicam sempre um vultuoso investimento público *ab initio*. Assim, a realização de projetos de considerável dimensão, torna-se muito penoso para as contas públicas, quando existem restrições ou limites orçamentais e endividamento público. Agrava-se ainda a situação quando é comum nestes modelos de contratação, que um projeto inicialmente orçado em um determinado montante, revela-se no final com outros custos não previstos no contrato inicial, muitas vezes com valores a dobrar o orçamento inicial do contrato, com óbvias repercussões a nível do equilíbrio no orçamento do Estado.

¹⁶⁰ Onde a colaboração com os antes privados é restringida, cingindo-se à mera execução dos projetos concebidos e financiados pela própria Administração Pública.

Ademais, no modelo tradicional de contratação pública, as atividades de gestão pública não são avaliadas¹⁶¹. Normalmente, a medida que o projeto vai sendo implementado são ao adjudicatário propostas de soluções variadas como trabalhos a mais, a serem considerados, prêmios automáticos pelo cumprimento simples das obrigações contratuais, remições de preços mal fiscalizados, urgências impostas pela própria Administração, que aumentam vertiginosamente as margens lucrativas do adjudicatário.

Outra crítica dirigida aos modelos contratuais tradicionais utilizados para a construção de grandes infraestruturas, é que prevê-se nestes contratos, que o financiamento dos ativos fixos normalmente fique a cargo das autoridades públicas. Porém, no final destes contratos de longa duração, a Administração herda um ativo fixo completamente desatualizado e muitas vezes inoperantes reclamando intervenções com custos adicionais.

O modelo de contratação pública tradicional ainda é muito contestada quando por si só procura promover à satisfação dos interesses da colectividade, ou mesmo quando contrata com o privado a prestação de determinados serviços públicos, em modelos que o ante privado acaba por entrar numa parceria onde esta totalmente desresponsabilizado face ao *outcome* final do projeto.

Por outro lado, este tipo de processo contratual não facilita a disseminação de informação acerca das necessidades e os pontos de vistas dos utentes dos serviços públicos, junto de quem esta a realizar o projeto, pelo que, se torna frequente a Administração ter

¹⁶¹ Não existe qualquer forma de controle como essas atividades se vão desenvolvendo ou mesmo qualquer parâmetros e objetivos que sirvam para assacar responsabilidades aos decisores públicos.

como resultado, projetos tecnicamente muito bem conduzidos mas com grandes lacunas quanto as necessidades reais dos utilizadores.

Depois de apontarmos alguns problemas e insuficiências apresentados pelo modelo de contratação tradicional, cabe-nos agora, apontar algumas características que constituem-se em vantagens dos contratos no âmbito das Private-Public Partnership e dos Private Finance Initiatives.

Desde já, uma das principais vantagens dos modelos de contratação das Parcerias Público-Privadas e das Private Finance Initiatives, é a utilização do critério do “*value for money*” do projeto em causa face ao comparador público. Ou seja, é sempre necessário que se demostre a viabilidade do projeto comparando os custos globais que ela deverá comportar ao longo da sua existência com os possíveis benefícios financeiros, económicos e sociais que dela advêm para o bem público¹⁶². É através deste sistema comparativo (*public sector comparator*) que se procura desenhar o melhor projeto para servir as necessidades públicas em questão.

Passa a existir assim, uma noção clara das necessidades públicas a prover (do ponto de vista qualitativo e quantitativo), racionalizando-se deste modo os custos globais do projeto. Os decisores públicos podem assim, optar por vias mais consentâneas na satisfação das necessidades dos utentes públicos.

A ideia fundamental, é conferir considerável margem de manobra aos concorrentes, para que estes possam apresentar

¹⁶² Idealiza-se o melhor projeto que poderia ser realizado e financiado pela própria administração diretamente, para prestar os mesmos serviços, e daí procura-se argumentar que os ganhos obtidos com uma PPP/PFI, desde a diminuição dos custos, aos ganhos de eficiência, aos rendimentos complementares, à transferência de um conjunto de riscos para o parceiro privado, são superiores comparados aos possibilitados pelo modelo de contratação tradicional.

soluções inovadora e criativas bem como as melhores formas de rentabilizar o projeto. Deste modo os concorrentes passam a ter maior flexibilidade na conceição dos modelos de financiamento e gestão dos projetos. Todas as formas aceitáveis de gerar cortes adicionais ao orçamento do projeto ou mesmo de gerar rendimentos acessórios, que minimizem os custos da Administração são atendíveis.

Uma das maiores vantagens reconhecida as Parcerias Público-Privadas e as Private Finance Initiatives, prede-se com a sustentabilidade orçamental dos projetos neste âmbito. Os projetos das Parcerias público-Privadas/Private Finance Initiatives, comportam uma excelente solução em períodos de largas restrições das despesas públicas, em que a Administração vê-se impossibilitada de financiar integralmente projetos de grande dimensão, na medida em que estas soluções transferem para o sector privado a obrigação contratual de providenciar o financiamento, deixando à Administração apenas a exigência de inscrever no Orçamento do Estado a verba correspondente ao ano económico em questão¹⁶³.

Por outro lado, as Parcerias Públicas-Privadas, permitem à Administração desafogar-se das tarefas de gestão do projeto mantendo, porem, a sua responsabilidade fiscalizadora e reguladora, bem como, em ultima instância, a decisão sobre a melhor forma de satisfazer o interesse público¹⁶⁴. Libertando-se das tarefas de gestão dos projetos, a Administração deixa de acumular funções dispensáveis

¹⁶³ Esta verba é relativamente baixa, uma vez que corresponde a uma taxa de natureza variável a ser paga ao parceiro privado.

¹⁶⁴ Na verdade, num projeto PPP as autoridades administrativas reduzem amplamente as suas competências transferindo-as para o sector privado. Porém, as competências que têm a ver com controle e fiscalização do cumprimento dos parâmetros contratuais são inalienáveis, garantindo assim que o parceiro privado cumpre como rigor as obrigações de serviços públicos a que esta adstrito.

e entorpecedoras, maximizando a sua própria organização ao mesmo tempo que reduz o peso da sua estrutura¹⁶⁵.

Outra das vantagens das Parcerias Público-Privadas salientadas, tem a ver com a responsabilidade do parceiro privado pelo sucesso e o insucesso do projeto, a sua eficiência, economicidade e eficácia. Quer o parceiro privado receba indemnização compensatória do Estado quer do seu investimento, através do retorno devido pelo pagamento dos serviços que está a prestar, a sua atuação está sempre sujeita a um conjunto de critérios de desempenho que se não forem atingidos não possibilitam rentabilidade. Este aspecto afigura-se fundamental para assegurar a qualidade dos serviços prestados pelo parceiro privado, tido como um dos elementos-chaves desta Parceria Público-Privada.

No que diz respeito à qualidade técnica do projeto, a nível tecnológico e operativo, é reconhecido ao sector privado um forte dinamismo acompanhado de uma grande inovação na pesquisa de soluções aplicáveis a problemas concretos.

O sector privado também é caracterizado por uma capacidade de gestão rigorosa, com flexibilidade nas estruturas de organização e maleabilidade nos meios em que se socorre para contratar. Estas competências são imprescindíveis para o sucesso de qualquer Parceria Público-Privada, estando o projeto sujeito a constantes atualizações e desenvolvimentos em função das vicissitudes práticas com que se vai defrontando.

Estes estímulos à inovação e atualização tecnológica reveste-se de tamanha importância na medida em que, no final do prazo

¹⁶⁵ Dispensando as tarefas de gestão dos projetos a Administração reduz o número de funcionários públicos sem necessariamente aumentar o desemprego.

contratual, a Administração não herda infraestruturas profundamente desatualizados.

As Parcerias Publico-Privadas tem também mérito por contribuírem para uma maior transparência através do mecanismo de divulgação periódica dos custos com o projeto. Nestes esquemas é um imperativo contratual a elaboração pelo parceiro privado, de relatórios (mensais, trimestrais ou semestrais), relativo ao grau de cumprimento do projeto bem como os custos inerentes, a remeter às entidades públicas fiscalizadoras.

Por outro lado, atendendo que a Administração proceda a pagamentos periódicos a entidade privada para cobrir os custos inerentes ¹⁶⁶ ao custo do projetos, é lhe possível fazer um acompanhamento sistemático da situação económica do parceiro privado. Este aspecto é de extrema importância, tendo em conta que permite o controlo das inúmeras irregularidades financeiras comuns nos modelos de contratação tradicional, onde o adjudicatário muitas vezes acaba por se ver numa situação financeira bastante precária.¹⁶⁷

Na sequência do exposto, espera-se que o esquema das Parcerias Publico-Privadas contribua para a redução da má gestão financeira dos fundos públicos que se verifica nos modelos de contratação tradicional, uma vez que o parceiro privado é corresponsável pelos resultados globais durante toda a vida útil do projeto.

¹⁶⁶ Custos de financiamento, manutenção, conservação, atualização, amortização dos ativos e atribuição de uma margem de lucro razoável.

¹⁶⁷ Em virtude da má gestão das quantias recebidas ou da falta de controle dos custos que muitas vezes já não lhe é possível continuar com o projeto, sem uma injeção adicional de dinheiros públicos.

Ao terminarmos de alavancar as vantagens dos projetos no âmbito das Parcerias Público-Privadas, face ao modelo de contratação tradicional, torna-se importante ter-se em conta as vozes que têm chamado atenção no sentido de não se ver as Parcerias público-Privadas como o único paradigma possível para a contratação pública.

Não obstante as vantagens das Parcerias público-Privadas aqui frisadas, é importante que a Administração tenha sempre em mente que para cada caso concreto deve se encontrar o modelo de contratação que melhor responda às necessidades que se impõem. Tendo em conta este pressuposto, não refutamos que em certas situações pode ser mais benéfico para a Administração, tanto no ponto de vista da qualidade dos serviços a prestar como no ponto de vista económico, optar pelo esquema de contratação pública tradicional.

Assim, fica óbvio que com a criação das Parcerias Público-Privadas a Administração passa a ter alternativa na escolha da melhor solução para a prestação de determinados serviços públicos.

6.4. Regulamentação das Parcerias Públicas-Privadas no Regime jurídico

(Análise da Lei n.º 2/11 de 14 de Janeiro)

Numa época em que o mundo rende-se a constantes e rápidas mutações, para fazer face aos tempos de crise económicas/financeiras, com o objectivo de atrair para o sector público maiores investimentos privados, Angola tem dado passos seguros no sentido de acomodar (através de alterações legislativas e

incentivos fiscais), iniciativas de investimento privado nacional e estrangeiro.

Assim, após a entrada em vigor do atual Regime de Contratação Pública (Lei n.º 20/10, de 7 de Setembro, Lei da Contratação Pública), que, para além de apontar no sentido da simplificação dos procedimentos de aquisição de bens e serviços e empreitadas de obras públicas, consagrando um capítulo denominado “ética no processo de contratação”, eis que no ano a seguir é aprovado a Lei n.º 2/11 Sobre as Parcerias Público-Privadas, publicada a 14 de Janeiro.

Com o intuito de permitir um enquadramento jurídico de modelos alternativos de contratação pública que tinha vindo a ser experimentado nos últimos anos, a Lei n.º 2/11, procura abarcar iniciativas no âmbito das Parcerias Público-Privadas, que vinham desenvolvendo-se em Angola sob a égide das lacunas dos diplomas que regulam a contratação pública tradicional.

Concretamente, a Lei n.º 2/11, Sobre as Parcerias Público-Privadas, visa somente o enquadramento e unificação dos vários modelos alternativos de contratação pública, tendo em conta que existe já no ordenamento jurídico angolano uma base legal primária¹⁶⁸, para o estabelecimento material de várias relações susceptível de serem caracterizados como Parcerias Público-Privado.

¹⁶⁸ Resultantes da articulação de vários diplomas, v.g. Lei das Empresas Públicas – Lei n.º 9/95, de 15 de Setembro; Regulamento da Lei das Empresas Públicas – Decreto n.º 8/02, de 12 de Abril; Normas de Organização e Funcionamento dos Órgãos da Administração Local do Estado – Decreto-Lei n.º 2/07, de 3 de Janeiro; Regime de realização das despesas Públicas - Decreto n.º 7/96, de 16 de Fevereiro; Lei das sociedades Comerciais – Lei n.º 1/04, de 13 de Fevereiro; Lei dos Contratos de Conta em Participação, Consórcios e Agrupamentos de Empresas – Lei n.º 19/03, de 12 de Agosto.

Deste modo, a Lei n.º 2/11, procurou apenas estabelecer um regime regra sobre a matéria em causa, sem criar com isso, qualquer rotura no âmbito dos vários modelos contratuais existentes em que se reveste a contratação pública. Daí que, o objetivo deste diploma é somente *“a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na determinação, Concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das Parcerias Público-Privadas”*¹⁶⁹(art.1º).

Não obstante, a Lei sobre as Parcerias Publico-Privadas, prevê a possibilidades de regimes sectoriais especiais que podem compreender, a distribuição, a uma entidade sobre tutela sectorial as competências de identificação, preparação, avaliação previa, acompanhamento e avaliação de constituição de projetos de parcerias” (art. 3º n.º3 al.c).

por outro lado, de acordo com a mesma Lei excluem-se a partida, do seu âmbito de aplicação as empreitadas de obras públicas, os contratos de aprovisionamento e determinadas Parcerias Público-Privadas cuja a dimensão, aferida em razão da competência financeira ou da sua durabilidade, mostra-se irrisória ou pouco relevante.

Estão plasmados ainda nesta Lei, vários dos princípios estruturantes e norteadores para uma relação válida, eficiente e eficaz com as Parcerias Público-Privadas. Princípios tais como o da vinculação do parceiro privado a obrigações de serviço público (art. 2º n.º1), o princípio da repartição das responsabilidades (art. 5º), princípio da partilha de risco (art. 7º), princípio da fiscalização e

¹⁶⁹ Cf, Definição do objeto da Lei n.º 2/11 sobre as Parcerias Publico-Privadas.

acompanhamento das Parcerias Público-Privadas (arts.15 e 16), e o princípio da arbitragem (art. 20º).

A Lei orienta ainda no sentido da criação de uma Comissão Interministerial que tem como missão a avaliação e preparação dos dossiers no âmbito das Parcerias Público-Privadas para posteriormente submetê-los a aprovação do Titular do Poder Executivo. O recurso as comissões interministeriais na fase de instrução dos projetos no âmbito das Parcerias Público-Privadas são comuns em várias realidades, designadamente em Portugal.

Contudo, a Lei n.º 2/11, sobre as Parcerias Público-Privadas em Angola, não inspira-se só no modelo vigente em Portugal, colhe também experiências da realidade Brasileira, ao prever a existência de um fundo de garantia¹⁷⁰ para as Parcerias Público-Privadas (art. 21).

No âmbito da análise da Lei n.º 2/11, Sobre as Parcerias Público-Privadas, cabe ainda fazer as seguintes considerações:

- i. no que diz respeito aos pressupostos para o lançamento das Parcerias Público-Privadas é essencial que tal projeto esteja incluído no plano geral das PPPs.
- ii. No que respeita à estrutura de preparação, lançamento e acompanhamento das Parcerias Público-Privadas, a Lei estabelece que será constituída uma “Comissão Ministerial de Avaliação das PPP”. Esta comissão tem a

¹⁷⁰ Este fundo de garantias esta encarregue de prover as eventuais, obrigações pecuniárias contraídas pelo Estado no âmbito das Parcerias Público-Privadas que não possam ser providas pelos específicos recursos alocados pelo Estado na implementação de determinadas parcerias.

missão de fazer o elo entre o parceiro público e o parceiro privado. Também é responsável pela aprovação dos diversos procedimentos no âmbito da parceria, tal como o Plano Geral das PPP, as Propostas das PPP (depois de obtido o parecer do departamento de tutela), bem como conduzir o processo de contratação (depois da sua aprovação pelo Titular do Poder Executivo), e depois acompanhar a execução da PPP. Caberá no entanto ao Ministro de tutela executar os procedimentos de seleção e negociação dos termos da parceria com a entidade privada, dando vazão a PPP após aprovação do tribunal de contas e de acordo com a legislação aplicável à contratação pública.¹⁷¹

- iii. Quanto a gestão de risco, é consensual que o conceito por detrás das PPPs prende-se essencialmente com a alocação de riscos a cada um dos parceiros consoante a capacidade de gestão dos mesmos ao menor custo possível. Esta ideia esta patente na Lei n.º2/11, quando se refere no seu artigo 5.º, que ao parceiro público incumbi o acompanhamento e controlo da execução do objecto da parceria (garantindo assim que são atingidas os fins de interesse público subjacentes ao lançamento da PPP), enquanto

¹⁷¹ A este respeito importa referir que a epígrafe do art. 12.º da Lei das PPPs parece induzir em erro, ao fazer apenas referencia ao “lançamento do concurso público da parceria”, já que o concurso público não é o único procedimento pre-contratual passível de ser adoptado para o lançamento de uma parceria. São conhecidos outros mecanismos legais que podem servir para o efeito, desde que se cumpram as regras de contratação pública e se obtenha a aprovação do tribunal de contas.

que ao parceiro privado cabe, preferencialmente, o financiamento e o exercício de gestão da atividade contratada. Este princípio é também vertida na mesma Lei, quando estabelece no art. 7.º que a alocação de riscos deverá ser claramente identificada na estrutura contratual, de acordo com o princípio da alocação de risco ao parceiro que melhor a saber gerir ao menor custo.¹⁷²

- iv. Quanto a sua execução, embora as Parcerias Público-Privadas possam não envolver custos iniciais para o sector público, ou estes possam ser não muitos significativos, não se pode negar o envolvimento financeiro do Estado nestes tipos de associação com a iniciativa privada. Em sede do exposto, a Lei prevê a possibilidade do reequilíbrio financeiro da Parceria Público-Privada quando ocorre uma alteração significativa das condições financeiras de desenvolvimento da parceria. Não se pode deixar ignorar a preocupação da Lei quanto ao custo das Parcerias Público-Privadas para o parceiro público. Torna-se importante salientar que os riscos do Estado assumidos com os contratos no âmbito das PPPs decorem, geralmente, das cláusulas contratuais de reposição do equilíbrio

¹⁷² A transferência de muitos riscos normalmente ocorrem de uma forma mais ou menos eficiente, por exemplo os riscos de projeto e de construção, os riscos de derrapagens temporárias e financeiras, riscos de integração, riscos de exploração e procura. No entanto nem sempre a transferência de riscos numa PPP se verifica de forma linear, pelo que recomenda-se algum cuidado na concepção das PPPs quanto ao estabelecimento (na documentação do procedimento adjudicatório e no contrato), dos termos exatos em que a mesma devera ser concretizado.

financeiro¹⁷³. Desta forma, e de acordo com o disposto no art.18.º, é importante que os pressupostos em que há lugar a estes reequilíbrios sejam claramente definidos nas peças do procedimento adjudicatório e no contrato, visando evitar-se posteriores surpresas. Por outro lado, a Lei também estabelece a partilha equitativa dos benefícios decorrentes do desenvolvimento da parceria, incluindo no caso de refinanciamento¹⁷⁴. A partilha dos benefícios ou mesmo os mecanismos de reequilíbrio podem tomar diversas formas, como; alteração do prazo, aumento ou redução das obrigações de natureza pecuniária, atribuição de compensação direta ou qualquer combinação das modalidades citadas ou ainda qualquer outra forma que venha a ser acordada entre as partes.

- v. Por último, para além dos tribunais judiciais, a Lei das PPP's prevê a resolução de conflitos emergentes das relações estabelecidas no âmbito destas parcerias, à arbitragem, nos

¹⁷³ Estas cláusulas de reposição do equilíbrio financeiro, esclarecem as situações passíveis de compensações pelo Estado. (por exemplo, nos casos de alterações unilaterais impostas pelo parceiro público, e que impliquem um maior esforço financeiro do parceiro privado ou ainda e casos de alterações legislativas de carácter específico que tenham como consequência um aumento dos custos com o projeto para o parceiro privado.

¹⁷⁴ Esta regra parece pretender evitar alguns problemas ocorridos nas PPPs desenvolvidas em Portugal, nos anos antes da crise financeira mundial, quando algumas concessionárias pretendiam renegociar as condições de financiamento, mediante o refinanciamento das PPPs com recurso ao mercado de capitais, nunca tendo esses refinanciamentos chegado a realizar-se porque os parceiros não acordarem na forma de partilha dos benefícios. Tendo assim, em 2003, o legislador Português aprovado uma regra semelhante, nos termos da qual os benefícios posteriores deverão ser partilhados entre os dois parceiros.

termos da Lei Sobre Arbitragem Voluntária em vigor na República de Angola (www.gla-advogados.com).

É óbvio que a implementação das PPP's esta a permitir a mobilização de mais recursos financeiros para os investimentos públicos e privados em curso (no âmbito da reconstrução nacional) em Angola e as vantagens no tocante à transferência de tecnologias e maior capacidade de gestão bem como maior transparências nestas parcerias estão cada vez mais patentes.

Para os investidores são inegáveis as vantagens decorrentes do novo quadro legal, alavancando maior abertura na prossecução de projetos de investimentos, tais como as concessões de obras públicas, de serviços públicos e nos contratos de fornecimento contínuo ao Estado.

6.5. CONSIDERAÇÕES PERTINENTES

1. No principio dos anos oitenta, um novo modelo de governação pública, impulsionado pela expressa ineficiência e ineficácia do intervencionalismo público do estado de providencia, começou, sobretudo no reino unido a dar lugar a um novo paradigma político-economico, com características de iniciativas privadas na execução de tarefas públicas, com o claro propósito de melhorar estes serviços dando ao mesmo tempo espaço para uma

intervenção dos agentes económicos dos sectores privados.

2. As sucessivas pressões financeiras associadas ao défice orçamentais aparentemente incontroláveis, que forçavam os Estados ao endividamento sistemático para controlar as contas públicas, influenciou fortemente o paradigma do “*new public management*”.
3. Perante a nova orientação política e económica agora dominante, as parcerias público-privadas, e a conjugação do papel dos agentes público e privados na prestação de serviços tradicionalmente atribuídos exclusivamente a administração, ganham um novo impulso sob a égide de modernização administrativa.
4. As parcerias Público-Privadas não são vistas como fenómenos absolutamente novos, uma vez que concebem figuras contratuais bastante conhecidas e praticadas em sede de contratações públicas nos países da Europa continental e não só.
5. As Parcerias Público-Privadas passaram a constituir uma alternativa na concepção e realização de projetos de iniciativa pública, suportados por esquemas de financiamentos

privados com partilhas de risco entre os parceiros, ultrapassando assim, com as praticas convencionais de investimentos públicos.

6. As Parcerias Público-Privadas constituíram-se em fenómenos multissetoriais com dimensão global, revestidos de um carácter transversal no que toca a ação governativa, não só por darem corpo aos projetos que requerem grandes investimentos em tempos de contenção orçamental, mas também por estarem imbuídos numa perspectiva conceptual de boas praticas governativas.

SÍNTESE CONCLUSIVA

A administração como as demais pessoas colectivas de direito público podem adquirir bens e serviços, com vista à realização dos fins públicos que prosseguem em nome da colectividade para a satisfação dos interesses e das necessidades colectivas.

Com recurso a regras do direito privado, atuando como qualquer particular, segundo as regras do código civil, ou ainda, atuando com recurso as regras de direito público munido de poderes de autoridade na sua qualidade específica de prossecutor do interesse público, seguindo as regras definidas em atos legislativos ou regulamentos.

No primeiro caso a administração celebra contratos privados entendendo-se como tal *“o acordo pelo qual duas ou mais pessoas ajustam reciprocamente os seus interesses, dando-lhe uma regulamentação que a lei traduz em termos de efeitos jurídicos”*. Os principais modelos no âmbito da aquisição de bens e serviços são a empreitada e a prestação de serviços.

No segundo caso, a administração celebra contratos públicos entendendo-se como tal, o contrato celebrado entre a administração e outra pessoa com o objectivo de associar esta por certo período ou desempenho regular de alguma atribuição administrativa, mediante a prestação de coisas ou serviços , a retribuir pela forma que for estipulada e ficando reservado aos tribunais administrativos a

resolução das contestações, entre as partes relativa à validade, interpretação e execução das sua cláusulas.

A generalização do recurso às técnicas contratuais por parte da administração pública decorre de um processo histórico lento, que traduz um novo tipo de relacionamento com os particulares, baseado agora, na confiança recíproca e na procura do consenso.

Trata-se de uma nova forma de administração em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais de autoridade, assumindo-se quando a estes como uma verdadeira alternativa em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da administração pública.

Decorre disto o surgimento em vários regimes jurídicos contratuais modernos, a aplicação de princípios legais e procedimentos administrativos que asseguram a inviolabilidade da lei e a realização do interesse público.

BIBLIOGRAFIA GERAL

ALFONSO, Luciano Parejo; BLANCO, Jiménez e ÁLVAREZ, Ortega - *Manual de Derecho Administrativo*, 5.º edição, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2006.

- *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, Vol. II, 2001.

APARICIO, Emílio Jiménez - *Comentários a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Elcano, Editorial Aranzadi, 2002.

AZEVEDO, Maria Eduarda, *As Parcerias Público-Privadas: instrumento de uma nova governação*, Almedina, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCII, Nicola e PASQUINO, Gianfranco- *Dicionário de Política*, Brasília, editora UnB, 9.ª edição, 1997,

CABRAL, Margarida Olazabal - *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*", reimpressão, Coimbra, Almedina, 1999.

CABRAL, Nazaré da Costa, *As Parcerias Público-Privadas*, Edições Almedina, 2009.

CAETANO, Marcelo - *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974.

- *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos - *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Adeledo-Perrot, 1999.

CATARINO, Ana Sónia e MESQUITA, José Luís Pinto de - *Novo Regime de Parcerias Público-Privadas em Angola*, em *Artes & Construção* de 29 de Agosto de 2012.

CAUPERS, João – *Introdução ao Estudo do Direito*, 8.ª edição, Âncora, 2005.

-*Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, 2007.

-*Âmbito de aplicação subjetiva do Código dos Contratos Públicos*", CJA, n.º64, pág. 9.

CORDEIRO, António Menezes - *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, como exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, *Cadernos O Direito*, n.º 2 Coimbra, Almedina, 2007.

CORREIA, Sérvulo - *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987.

- *Contrato Administrativo*", *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. III, 2.º Edição, Lisboa, 1990.

-

CRAVEIRO, Lara - *Contratação pública em Angola – Reflexões sobre a nova Lei*”, Quid Juris – Sociedade Editora, 2015.

CURBELLO, Fernando Velásquez - *Manual Prático de Contratación de Sector Público. Regimen y procedimientos de la Ley de Contatos del Sector Público*, Barcelona, Marcial Pons, 2008.

DIAS, José Eduardo Figueredo e PAULO, Fernanda e - *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Edições Almedina, 2005.

ESQUIVEL, José Luís - *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004.

ESTORNINHO, Maria João – *Riquiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990.

- *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da atividade do direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1996.
- *Contratos da Administração Pública*, Coimbra, Almedina Editora, 1999.
- *Direito Europeu dos Contratos – Um Olhar Europeu*”, Almedina, 2006,
- *Princípio da Legalidade e Contratos da Administração*”, BMJ, n.º368, pags. 79 a 122.

FEIJÓ, Carlos Maria, *O Direito das Parcerias*, Em Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, n.º7, 2006.

FILHO, Marçal Justen - *Concessões de Serviços Públicos*, S. Paulo Dialética, 1997.

GIANNINI, Massimo Severo - *Diritto Administrativo*, Milão, Giuffrè, 2.º volume , 1993,

GONÇALVES, Arnaldo - *Legislação de Construção Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984,

GONÇALVES, Pedro - *O Contrato Administrativo: uma instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, Almedina, 2003.

LEITÃO, Alexandra - *Estudos de Contratação Pública – Vol. I* , organizados por PEDRO GONÇALVES, ed. Coimbra Editora, 2008.

MAURER, Harmut - *Droit Administratif Alleman*, versão francesa de Michel Fromont, Paris, LGDJ, 1994.

MALBERG, Carré de - *Teoria Geral del Estado*, Mexico, Faculdade de Derecho, Fondo de Cultura Economica, 2.ª reimpressão, 2001.

MALARET, Elisenda - *La contribution du droit communautaire à la rationalisation du droit espagnol des concessions administratives*, texto apresentado em seminário no Instituto des Sciences Politiques, Paris, 25 de Janeiro de 2008.

MARTINS, Ana Goveia – *Concurso Limitado por Prévia Qualificação*, in *Estudos de Contratação Pública –I*, Coimbra editora, 2008.

MIRANDA, Jorge - *As associações públicas no direito português*, in revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XXVII, 1986.

MONTANER, Luis Cosculluela - *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, Volume I, Décima Primeira edição, 2000.

OLIVEIRA, Rodrigo Estives de - *Os Princípios Gerais da Contratação Pública* in Estudos de Contratação Pública – I, Organizado por PEDRO GONSALVES , CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008.

OLIVEIRA, Rodrigo Estives de e MÁRIO - *Concursos e outros procedimentos da contratação pública*, Coimbra, Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de; COSTA, Pedro e AMORIM, Pacheco - *Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2ª Edição

PARADA, Ramon - *Derecho Administrativo*, Volume I, 11.ª edição, Barcelona, Marcial Pons, 1999.

PIQUERAS, Francisco Delgado - *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

RAINAUD, Jean-Marie - *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public*”, RDPSP, n.º5, 1963.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo - *o princípio da imparcialidade da administração pública*", Coimbra e Almedina, 1996.

SILVA, Vasco Pereira da - *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1998.

SILVA, Jorge Andrade da - *Lei da Contratação Pública de Angola – Comentada e Anotada*". Almedina 2011.

SOARES, Rogério - "*Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*" , in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. II, Coimbra, 1981.

SOUSA, Marcelo Rebelo de - *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, Lex, Edições Jurídicas, 1994.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, e GALVÃO, Sofia - *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa Editora Lex, 2000.

SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de - *Direito Administrativo Geral*, Lisboa, Edições Dom Quixote, 2ª.Edição, I Volume, 2006.

WARBURTON, Nagel; PIKE, Joan and MATRAVER, Derek - *Reading political philosophy; Machiavelli to Mill*, New York, Routledge, 2000.

VALE, Sónia - *Em Defesa das Parcerias Público-Privadas: Análise do Projeto de Decreto-Lei Angolano*, Em Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, n.º5, 2004.

VIEIRA, Pedro Siza - *O Código dos Contratos Público e as Parcerias Público-Privadas*, em *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra Editora, 2008.