

Comentário ao acórdão do TCA sul Processo n.º 863/19.6BESNT de 13 de fevereiro de 2020

Eliana de Almeida Pinto

Juiz de Círculo TAC de Lisboa — Equipa Especial
de Recuperação de Processos

Em caso de cedências de parcelas destinadas a usos colectivos, como sejam espaços verdes, equipamentos de utilização colectiva ou infra-estruturas (arruamentos, passeios e estacionamento), a sua gestão assume a natureza de uma atribuição de imputação municipal, configurando-se como um poder-dever desta entidade, sujeita a uma estrita regulamentação legal.

Os acordos de cooperação previstos no art. 46.º n.ºs 1 e 2 RJUE embora assumam a natureza de contratos administrativos (contratos que configuram relações jurídicas administrativas), estão fora do âmbito de aplicação do regime da contratação pública e, por isso, não estão sujeitos às regras da concorrência, v. g. do regime de incidência objectiva da Parte II do Código dos Contratos Públicos, conseqüentemente, da Parte III, na medida em que o próprio RJUE define o objecto contratual — “a gestão das infra-estruturas e dos espaços verdes e de utilização colectiva” — bem como os sujeitos — a entidade pública e os co-contratantes privados — sendo os co-contratantes privados determinados, exclusivamente, pela qualidade jurídica de “moradores ou grupos de moradores das zonas loteadas e urbanizadas”.

O fenómeno da colaboração e da cooperação entre sujeitos públicos e privados surgiu, na medida em que se assistiu à necessidade de aliviar os encargos com o cumprimento de tarefas urbanísticas, nomeadamente de construção e manutenção de infraestruturas indispensáveis para o desenvolvimento urbano.

Portanto, quando ocorre o exercício da função pública por particulares, estes ficam sujeitos aos princípios gerais da atividade administrativa, particularmente no que concerne à prossecução do interesse público, de transparência e de imparcialidade, sendo que, em todo o caso, a Administração não se encontra eximida da responsabilidade de garantia pelos resultados da atividade dos particulares, imposta pelo disposto no n.º 6 do artigo 267.º da CRP. De resto, apreciando o artigo 65.º, n.º 4 da CRP, podemos afirmar com toda a certeza de que o urbanismo se traduz numa tarefa ou função pública.

O RJUE prevê, em particular, dois tipos de contratos, respetivamente nos artigos 46.º e 47.º, a saber:

- a) os contratos de cooperação para a gestão das infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva, e;

- b) os contratos de concessão do domínio municipal para a gestão das infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva.

O artigo 46.º do RJUE consagra a possibilidade de a gestão das infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva ser confiada a moradores ou grupos de moradores das zonas loteadas e urbanizadas mediante acordos de cooperação ou contratos de concessão, remetendo a regulamentação destes últimos para o artigo 47.º do mesmo diploma.

Quanto aos contratos — ou acordos — de cooperação, o n.º 2 do artigo 46.º estabelece que os mesmos podem incidir sobre a limpeza e higiene, a conservação de espaços verdes existentes, a manutenção dos equipamentos de recreio e lazer e a vigilância da área, por forma a evitar a sua degradação.

O artigo 46.º, n.º 3, do RJUE determina, por sua vez, que quando se pretenda realizar investimentos em equipamentos de utilização coletiva ou em instalações fixas e não desmontáveis em espaços verdes, ou ainda a manutenção de infraestruturas deve optar-se pela celebração de um contrato de concessão, cujo regime está consagrado no artigo 47.º do mesmo diploma — na verdade, estaremos no âmbito de uma concessão de uso privativo do domínio municipal, cujo principal traço distintivo relativamente aos acordos de cooperação se prende com o facto de o investimento realizado pressupor o financiamento privado ¹.

No caso em apreciação diremos que estão em causa contratos de gestão urbanística tradicional, ou sejam, contratos de assunção de encargos, os de cooperação e concessão.

Claramente estes contratos têm como objetivo principal estimular a responsabilização dos moradores pelo espaço público urbano por si usufruído. Pretende-se, deste modo, fomentar o investimento privado ou, de certa forma, reduzir, através da colaboração privada, os encargos públicos com a execução deste tipo de tarefas urbanísticas. Se os particulares usufruem destes espaços públicos, somos da opinião de que os mesmos devem contribuir ativamente para a manutenção destes espaços.

Pois bem, neste tipo contratual estão em causa interesses comuns de cada uma das partes contratuais, não prevalecendo interesses de nenhuma das partes, encontrando-se estes no mesmo patamar, daí tratarem-se de contratos de cooperação entre os particulares e a Administração com vista a concretizar um interesse público, sem esquecer que a tarefa de gestão do espaço urbano continua a pertencer ao município.

É verdade que, em todo o caso, estes contratos não são apenas de cooperação, por não se tratar de uma mera cooperação, como antes de uma colaboração dos particulares com a Administração na prossecução dos fins desta.

Coloca o Acórdão em anotação a questão de saber se estes contratos se devem sujeitar às regras da contratação pública, decidindo que não estarão sujeitos, usando o

1 MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, op. cit., pág. 281.

argumento de que ocorrera a cedência de parcelas de domínio público à Câmara Municipal de Sintra com a finalidade jurídico-pública a constituição de espaços verdes, arruamentos, passeios e estacionamento na operação de loteamento licenciada, denominada urbanização “Belas Clube de Campo”.

Ora, no caso do Acórdão do TCA Sul em anotação, que é proferido no âmbito de um processo de intimação, no âmbito do loteamento “Belas Clube de Campo”, é referido que as parcelas objeto de cedências ao Município estavam destinadas a usos coletivos, assumindo o estatuto jurídico de domínio público ou domínio privado municipal, nos termos do regime previsto pelos arts. 43.º n.ºs. 1 e 2 e 44.º n.º 1 RJUE.

No caso estava em causa uma gestão confiada a privados — no caso os moradores do empreendimento — mediante a celebração de acordos de cooperação, nos termos do artigo 46.º n.ºs 1 e 2 RJUE.

Pois bem, o Aresto em causa explicitou que *“... Atento o estatuto dominial das parcelas objecto de cedências para o domínio público, os acordos de cooperação constituem um modelo de gestão contratual que substitui a Administração direta municipal no tocante à gestão e conseqüente assunção de encargos dela decorrentes, posto que, nos termos assumidos contratualmente, a responsabilidade pelo tratamento e gestão das áreas integradas no domínio municipal passa a esfera jurídica dos privados, conforme regime constante das disposições conjugadas dos arts. 43.º n.º 1 e 46.º RJUE...”*. Prosseguiu, fundamentando que *“... Neste enquadramento, a regulação executiva da gestão dos espaços comuns decorrentes das cedências para o Município previstas na operação licenciada do loteamento “Belas Clube de Campo”, será a que resulte dos termos da negociação entre o Município Recorrente e a Recorrida no tocante à assunção da responsabilidade de tratamento e gestão daqueles espaços comuns pelos particulares, expressos no acordo de vontades traduzido nas cláusulas do contrato...”* e que *“... Segundo, os acordos de cooperação previstos no art. 46.º n.ºs 1 e 2 RJUE embora assumam a natureza de contratos administrativos (contratos que configuram relações jurídicas administrativas), estão fora do âmbito de aplicação do regime da contratação pública e, por isso, não estão sujeitos às regras da concorrência, v. g. do regime de incidência objetiva da Parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP), conseqüentemente, da Parte III, na medida em que o próprio RJUE define no citado normativo (i) o objecto contratual, a saber, “a gestão das infra-estruturas e dos espaços verdes e de utilização colectiva” e (ii) os sujeitos, a saber, a entidade pública e os co-contratantes privados, (iii) sendo os co-contratantes privados determinados, exclusivamente, pela qualidade jurídica de “moradores ou grupos de moradores das zonas loteadas e urbanizadas...”*.

Ainda apresentou como argumento o facto de, face à natureza da prestação dos sujeitos privados, não haver uma típica prestação sujeita à concorrência, além de inexistir um mercado no qual os moradores concorrem entre si para prestar a colaboração ao município na gestão do espaço urbano, em termos de suscetibilidade de apresentação de diversas propostas comparáveis pela entidade pública, concluindo que a colaboração prestada

pelos moradores fundar-se-á no direito de participação na gestão dos serviços da Administração e não na liberdade de iniciativa económica.

Porém, não vemos o problema com esta simplicidade, considerando não ser tão evidente esta exclusão genérica às regras da contratação pública como fez o Acórdão em apreciação.

Na verdade, a aplicação das regras da contratação pública depende da suscetibilidade de o contrato despertar o interesse concorrencial de diferentes agentes económicos ², não esquecendo que os acordo de cooperação a que se refere o artigo 46.º, n.º 2 do RJUE configuram contratos administrativos de cooperação entre os Municípios e os particulares moradores, **associados à satisfação de uma necessidade coletiva**, prestando estes uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas, **mediante remuneração**.

Estes contratos devem definir os direitos e as obrigações recíprocas das partes, sobretudo quanto aos termos em que serão desenvolvidas as tarefas de limpeza, higiene e conservação de espaços verdes existentes, manutenção de estruturas de recreio e lazer e, em especial, a remuneração que receberão para colaborar com o Município no desempenho desta tarefa de interesse coletivo/público.

Ora, existindo uma remuneração pública para a satisfação de interesses coletivos e existindo vários potenciais interessados, não descortinamos as razões da sua exclusão das regras da contratação pública. Por outro lado, as associações de moradores, face às responsabilidades públicas recebidas de cooperação para a gestão das infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva, poderão ter de contratar certas prestações de serviços a terceiros ou contratar pequenas obras públicas de manutenção de infraestruturas, tornando-se organismos de direito público.

Recordamos o conceito organismo de direito público que foi introduzido pela Diretiva 89/440/CEE, de 27 de março de 1989 (que alterou a Diretiva 71/305/CEE, de 26 de julho de 1971, relativa à coordenação dos procedimentos de celebração de contratos públicos de obras) e manteve-se nas Diretivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, que regulavam a formação de contratos públicos.

O CCP importou o conceito e introduziu-o no ordenamento jurídico nacional, tendo para tal identificado, na alínea *a*) e respetivas subalíneas *i*) e *ii*) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, três requisitos cumulativos: *a*) a entidade tiver sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter comercial ou industrial; *b*) existir uma situação de dependência em relação a uma outra entidade adjudicante, resultante, em especial, de esta financiar maioritariamente a sua atividade; *c*) terem personalidade jurídica.

² MARK KIRBY, Aspetos relativos à aplicabilidade objetiva e subjetiva das novas regras da contratação pública, in RFDUL, volume XLIX, n.ºs 1 e 2, Coimbra, 2008, p.153.

A este propósito recordamos o Acórdão Auroux³ que teve a sua origem num reenvio prejudicial por parte do *Tribunal administratif de Lyon*. Perante este Tribunal encontrava-se um diferendo entre a *Commune de Roanne* e os membros da oposição no conselho municipal relativo à construção de um centro de lazer que incluía a construção de um cinema, de espaços comerciais e espaços verdes, a ser entregues à entidade adjudicante.

Os demandantes pediam ao Tribunal francês que este anulasse a convenção pública de ordenamento urbano, pois consideravam que esta representava uma violação das Diretivas comunitárias de contratação, visto que a realização desta convenção de urbanismo não tinha sido antecedida da realização de um procedimento de adjudicação.

Pois bem, as novas Diretivas da Contratação Pública consagram as regras sobre os procedimentos a observar na celebração de contratos cujas prestações estão ou devem estar submetidas à concorrência. Para o efeito, para além da consagração de requisitos positivos para que tal disciplina seja de aplicar, as Diretivas, e em particular a Diretiva 24/2014, estabelece também um conjunto de situações às quais não se aplica o referido regime. Face a esta problemática, o *Tribunal administratif de Lyon* colocou, entre outra, a seguinte questão prejudicial ao TJUE:

Um contrato pelo qual uma entidade adjudicante encarrega uma segunda entidade da realização de uma operação de loteamento urbano, no âmbito da qual esta segunda entidade entrega à primeira obras destinadas a satisfazer as suas necessidades, constitui um contrato de empreitada de obras públicas na aceção do disposto no artigo 1.º da Diretiva 93/37/CE?

O TJUE esclareceu que a realização de um centro de lazer satisfaria as necessidades indicadas pela comuna de *Roanne*, visto que através da construção do centro de lazer no seu conjunto, a comuna de *Roanne* procuraria reposicionar e dinamizar o bairro da estação. O TJUE pretendeu ainda estender o conceito de obra da Diretiva, concluindo que bastaria determinada obra realizar um interesse da entidade adjudicante para se poder afirmar que esta preenche o critério relativo à realização de uma obra. Por outro lado, exigiu o TJUE um elemento intencional que se traduzia na existência de um fim de um interesse público, concluindo que no caso concreto este elemento se verificava, razão pela qual se considerada aquela obra como obra pública, mesmo que não fosse em *stricto sensu*. Concluiu este Acórdão do TJUE estar a situação sujeita às regras obrigatórias de um procedimento adjudicatário nos termos da diretiva.

Ora, não encontramos diferenças substanciais na aplicação desta posição jurisprudencial aos contratos de cooperação para a gestão das infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva, previstos no artigo 46.º do RJUE, desde logo porque eles podem

3 Processo C-220/05, de 18 de janeiro de 2007.

implicar a aquisição de bens e serviços e, também, a realização de pequenas obras de construção civil — obras públicas — sobretudo no âmbito das tarefas de manutenção de equipamentos de recreio e lazer [ginásios, piscinas, arruamentos, estacionamento, entre outros], nos termos do artigo 46.º, n.º 2, alínea c) do RJUE. Por outro lado, mas não menos relevante, podem sempre existir várias associações de moradores interessadas na realização de tais tarefas, além de, no âmbito do contrato receberem dinheiro público que depois usarão livremente para contratar terceiros para a execução de tais tarefas públicas.

Na verdade, o legislador comunitário aproveitou a revisão das Diretivas sobre contratação pública para sistematizar as situações da cooperação entre entidades adjudicantes que não estavam submetidas às regras da concorrência ali vertidas e essa necessidade ficou clarificada no Considerando 31 da Diretiva 2014/24 onde se aponta que *“...Existe uma considerável insegurança jurídica quanto a saber em que medida os contratos celebrados entre entidades do setor público deverão estar sujeitos às regras da contratação pública. A jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia é interpretada de forma diferente pelos Estados-Membros e mesmo pelas autoridades adjudicantes. Por conseguinte, é necessário clarificar em que casos os contratos celebrados dentro do setor público não estão sujeitos à aplicação das regras da contratação pública...”* e que acabou regulada no artigo 12.º da Diretiva 2014/24.

A denominada cooperação vertical assentou muito na doutrina que resultou do Acórdão Teckal⁴. Estas situações mantiveram a sua previsão no novo artigo 12.º, n.ºs 1 a 3 da Diretiva 2014/24, regulando que um contrato público adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica, todavia, excluído do âmbito de aplicação da diretiva quando estiverem preenchidas algumas condições: a) a autoridade adjudicante exercer sobre a pessoa coletiva ou privada em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; b) mais de 80% das atividades da pessoa coletiva controlada terá de ser realizada no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla⁵; c) não poderá haver uma participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais e d) deve existir ausência de capital privado, com exceção

4 Processo, C-107/98, de 19 de novembro de 1999

5 Critério quantitativo que resultou da doutrina vertida nos Acórdãos Asemfo, Coditel, Sea e Econord. A este propósito recordamos que o n.º 5 do artigo 12.º da Diretiva 2014/24 vem explicitar qual o critério a utilizar para integrar os referidos 80%, justificando que se deve atender ao volume médio total de negócios baseada na atividade, por exemplo atendendo aos custos suportados pela pessoa coletiva em causa ou pela autoridade contratante no que diz respeito a serviços, fornecimentos e obras, nos três anos anteriores à adjudicação do contrato, resolvendo a questão da não manutenção do preenchimento nos casos em que a data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva em causa ou a autoridade contratante devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios, não estiverem disponíveis para os três anos anteriores.

das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais.

Já a cooperação horizontal resultou, por sua vez, da doutrina do Acórdão Hamburg⁶ e está vertida no artigo 12.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24.

O TJUE estabeleceu que a doutrina resultante do Acórdão Teckal não esgotaria todas as hipóteses de cooperação entre entidades adjudicantes subtraídas à aplicação das Diretivas, em particular nas situações em que não haveria criação de qualquer entidade controlada, levantando várias dificuldades de entendimento quanto à distinção entre um contrato interadministrativo e um contrato de prestação de serviços.

Na cooperação horizontal exigem-se, igualmente, condições para a não sujeição às regras da contratação: a) haver um desempenho conjunto de tarefas públicas; b) a execução da referida cooperação deve pretender defender apenas o interesse público.

Coisa diferente são os contratos de transferência de atribuições e competências, em que a Diretiva é explícita no n.º 6 do artigo 1.º referindo: “...Os acordos, decisões ou outros instrumentos jurídicos que organizem a transferência de poderes e responsabilidades pela execução de missões públicas entre autoridades adjudicantes ou agrupamentos de autoridades adjudicantes, e que não prevejam uma remuneração pela execução dos contratos, são considerados uma questão de organização interna dos Estado-Membro em causa e, como tal, não são de forma alguma afetados pela presente diretiva...”. A inexistência de remuneração distingue claramente estas situações de simples transferências de responsabilidades públicas das resultantes dos contratos previstos no artigo 46.º do RJUE e que foi objeto da nossa apreciação mais fina.

⁶ Processo C-2/06: Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 12 de Fevereiro de 2008