

## Actualidade

Cedências de terrenos para espaços verdes, equipamentos e infra-estruturas

JOÃO PEREIRA REIS · RUI RIBEIRO LIMA | *Advogados*

## Doutrina

O Acordo-Quadro

CLÁUDIA VIANA | *Professora do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave*

Novo Custo de Acesso à Justiça

ELIZABETH FERNANDEZ | *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Alterações introduzidas ao Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo pelo Decreto-Lei nº 142/2009, de 16 de Junho entre o fim do regime cooperativo em prol da liberdade de iniciativa económica sem respeito pelo princípio da igualdade

FERNANDA MAÇÃS | *Advogada*

As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular

PEDRO NUNO RODRIGUES | *Advogado*

O Poderes de regulação da ERSE

RODRIGO VARELA MARTINS | *Advogado*

## Informações



Faculdade de Direito  
Universidade de Coimbra

3

Setembro de 2009

**As propostas não solicitadas e o regime da contratação pública: reflexões a pretexto dos procedimentos de atribuição de usos privativos de recursos hídricos por iniciativa particular.**

Pedro Nuno Rodrigues  
Advogado

## I. Introdução

### 1.1. Enquadramento: a constituição de direitos de uso privativo sobre bens do domínio público e as regras da contratação pública

A comercialidade do domínio público<sup>1</sup> é, consabidamente, uma *comercialidade pública*, não sendo possível constituir direitos reais menores ou de garantia sobre bens domaniais<sup>2</sup>. As coisas públicas, afectas à prestação de uma utilidade pública, sujeitam-se a uma especial tutela jurídica, essencialmente associada ao facto de estarem fora do comércio jurídico privado, ou seja, *serem insusceptíveis de redução à propriedade particular, inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e não oneráveis pelos modos de Direito Privado*<sup>3</sup>. Qualquer negócio jurídico que ofenda estes princípios será, pois, nulo por impossibilidade do respectivo objecto, conforme directiva resultante do artigo 280.º do Código Civil, que aqui tem inteira aplicação.

<sup>1</sup> Sobre a evolução do domínio público na História do Direito Português, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público, O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Almedina, 2005, págs. 38 a 99.

<sup>2</sup> Os mencionados direitos podem, em todo o caso, constituir-se sobre bens abrangidos pelo âmbito de uma relação dominial: assim, por exemplo, será possível constituir uma hipoteca sobre bens que integrem o estabelecimento de uma concessão de domínio público – cf. art. 688.º, n.º 1, alínea d), do Código Civil, art. 28.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, que aprova o regime jurídico do património imobiliário público (RJPIP), e art. 69.º da Proposta de Lei n.º 256/X referente ao futuro Regime Geral dos Bens do Domínio Público (RGBDP).

<sup>3</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª Ed., Tomo II, Coimbra Editora, 1972, págs. 867. Cf., também, artigos 18.º, 19.º e 20.º do RJPIP.

Naturalmente, esta incomercialidade privada não inviabiliza o aproveitamento, pelos particulares, dos bens dominiais<sup>4</sup>.

Relevado o respectivo uso comum (ordinário ou extraordinário)<sup>5</sup>, a forma porventura mais habitual do referido aproveitamento é a do respectivo uso privativo<sup>6</sup>. O uso privativo consubstancia *um direito de aproveitamento ou utilização de um bem do domínio público concedido a pessoa determinada através de um acto ou contrato administrativo*<sup>7</sup>. Pode, pois, o uso privativo de um bem público, ser titulado por um acto administrativo (licença de uso privativo) ou por um contrato (concessão de uso privativo).

O aproveitamento ou utilização de um bem do domínio público, concedido a determinada pessoa, resulta, frequentemente, da iniciativa e do interesse (imediato) do próprio particular. Pense-se, por exemplo, nos casos da utilização privada de recursos hídricos através de um poço ou de um furo, na instalação de uma esplanada no passeio, em apoio a um estabelecimento comercial, ou na instalação de um estabelecimento comercial em determinada praia. Ora, com frequência, nestas hipóteses como em outras similares, é o particular interessado que se dirige à Administração, solicitando-lhe a atribuição do título necessário que o habilite ao uso privativo do bem público pretendido<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> As coisas dominiais destinam-se, como referido, a prestar uma utilidade pública. Por isso, e em ordem a preservar a produção dessa utilidade pública, caracterizam-se pelas notas (ónus) da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

<sup>5</sup> O uso comum corresponde ao modo de utilização do domínio que, sendo conforme com o destino principal da coisa pública, será facultado a todos (ou a uma categoria genericamente delimitada de particulares), directa ou indirectamente – cf. FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, Coimbra Editora, 1965, e JOSÉ PEDRO FERNANDES, “*Domínio Público*”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV, Lisboa, 1991, págs. 166 e seguintes. Os bens do domínio público estão juridicamente afectos ao uso comum, portanto, em regra, podem ser utilizados de forma livre e gratuita por todos os sujeitos, em conformidade com a sua função principal. Todavia, como se sublinhou no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 640/95 (Proc. nº 286/94), *ainda que a generalidade dos bens do domínio público de uso comum seja de utilização gratuita, isso não corresponde a um dever-ser que obrigue a justificar as excepções. (...). As excepções à regra de gratuitidade – suposto que a Constituição as não proíbe – não são constitucionalmente ilícitas se estiverem previstas na lei. A gratuitidade do uso comum do domínio público constitui, no dizer de Yves Gaudemet, uma «escolha de política administrativa, uma opção aberta aos Poderes Públicos em cada caso particular entre duas técnicas de financiamento: o imposto ou o preço pago pelo utente. A gratuitidade é apenas, na sua essência, um procedimento técnico»*. Neste contexto, dispõe o RJPIP que o uso comum ordinário dos imóveis do domínio público é, em regra, gratuito, podendo o uso extraordinário ser sujeito a autorização e pagamento de taxas – cf. arts. 25º e 26º.

<sup>6</sup> A comercialidade dos bens do domínio público poderá revestir, não obstante, outra natureza, *maxime*, exploração do domínio público, reserva dominial, mutação dominial, cedência de utilização ou delegação.

<sup>7</sup> Cf. Acórdão do STA, de 22.10.1996 (Proc. nº 39207), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>8</sup> Este problema, aliás, não se coloca somente no âmbito dos bens dominiais. A título de exemplo, quanto ao planeamento urbanístico, dispõe o nº 1 do art. 6º-A, do Decreto-Lei nº 380/99, de 22 de Setembro (RJIGT), sob epígrafe *Contratualização*, que os *interessados na elaboração, alteração ou revisão de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor podem apresentar à câmara municipal propostas de contratos que tenham por objecto a elaboração de um projecto de plano, sua alteração ou revisão, bem como a respectiva execução*. Consagra-se, assim, expressamente, a admissibilidade de a Administração, na sequên-

Questiona-se, neste contexto, a susceptibilidade – à luz das regras comunitárias da contratação pública e do Código dos Contratos Públicos (CCP) – de a Administração responder favoravelmente ao referido tipo de solicitações, deferindo a pretensão do particular sem suscitar qualquer procedimento concorrencial.

### 1.2. Delimitação do problema: a aparente insuficiência do Código dos Contratos Públicos para a disciplina da actividade pré-contratual administrativa na atribuição de usos privativos

A nosso ver, o CCP apresenta, na sua génese, relativamente à disciplina da “contratação pública”, um aparente paradoxo.

*Por um lado*, o CCP pretende transpor, e transpõe, para o ordenamento jurídico português, as directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos, sejam os *marchés publics* clássicos (empreitadas, fornecimentos e serviços) e as concessões<sup>9</sup>, sejam os contratos celebrados por entidades que operam nos denominados sectores especiais (as *utilities*)<sup>10</sup>.

Nesta perspectiva, o CCP deu cumprimento à vinculação comunitária de adequar o regime nacional da formação daqueles contratos ao disposto nas directivas, as quais têm por pressuposto uma aceção comunitária de “contratos públicos”, *maxime*, enquanto *contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços*<sup>11</sup>.

---

cia de um impulso contratual dos *interessados*, celebrar os denominados contratos para planeamento, nos seguintes termos: (a) pode, a câmara municipal, comprometer-se, junto dos interessados, a elaborar um determinado plano ou a elaborá-lo com um determinado conteúdo; ou (b) pode o contrato consistir na formalização i) dos pressupostos da aprovação de um futuro plano (definindo ou redefinindo o respectivo conteúdo) a elaborar e apresentar pelo próprio interessado, de acordo com determinados “termos de referência”, e/ou ii) dos termos e condições da execução desse plano. Também quanto a estes contratos se pode questionar a respectiva sujeição às regras gerais da contratação pública. Na verdade, os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes – designadamente, os contratos para planeamento – têm natureza de contratos públicos, sendo, em consequência, a respectiva formação disciplinada pelo regime da contratação pública estabelecido na Parte II do CCP – cf. art. 1º, nº 2, primeira parte, do CCP. Assim, e não existindo um regime procedimental especialmente estabelecido, seja por lei, seja por regulamento (cf. arts. 6º-A e 6º-B do RJIGT), a escolha do particular que colabora com a Administração na concertação do exercício dos poderes públicos apenas não estará sujeita às regras da formação dos contratos públicos (Parte II do CCP) na medida em que se verifique uma situação de contratação excluída nos termos do CCP, nomeadamente, quando as prestações objecto do contrato para planeamento não estejam nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado – cf. art. 5º, nº 1, do CCP.

<sup>9</sup> Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

<sup>10</sup> Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

<sup>11</sup> Cf. art. 1º, nº 2. a), da Directiva 2004/18/CE.

A formação destes “contratos públicos” está sujeita, por força das directivas, a um determinado regime pré-contratual – sem prejuízo, conforme entendimento pacífico da jurisprudência do Tribunal de Justiça, da aplicação dos princípios constantes do Tratado, em geral, aos restantes contratos não abrangidos pelas directivas, desde que estes assumam relevância económica para a construção do mercado único europeu<sup>12</sup>.

Portanto, por imposição comunitária, o CCP procedeu à transposição das (rígidas) regras estabelecidas para a formação de *determinados contratos públicos* (os previstos nas directivas), configurados, todos, como hipóteses em que a Administração se dirige ao mercado para obter, junto dos particulares, uma determinada prestação da qual necessita para prosseguir as suas actividades de interesse público<sup>13</sup>.

Todavia, e *por outro lado*, o CCP consagra um âmbito de aplicação objectiva visivelmente mais vasto: assim, estabelece a disciplina da contratação pública aplicável (i) à formação dos contratos públicos, *entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação ou natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes*<sup>14</sup>, e (ii) aos *procedimentos destinados à atribuição unilateral, pelas entidades adjudicantes (...), de quaisquer vantagens ou benefícios, através de acto administrativo ou equiparado, em substituição da celebração de um contrato público*<sup>15</sup>.

Assim, a pretexto da transposição das regras comunitárias relativas à adjudicação dos *contratos públicos abrangidos pelas directivas*, o CCP sujeita aos procedimentos pré-contratuais nelas definidos, aparentemente, *toda a actividade pré-contratual* das entidades adjudicantes<sup>16</sup> – desenvolvida através de acto ou de contrato.

Ou seja, neste enquadramento, aspirando o CCP a disciplinar a formação (i) de qualquer contrato celebrado pelas entidades adjudicantes, independentemente da sua forma ou natureza, ou (ii) de qualquer acto administrativo ou equiparado em sua substituição que atribua uma vantagem ou benefício, incorre no aparente paradoxo de, sob a égide daquela transposição, pretender regular modos de actuação administrativa anteriormente excluídos das exigentes regras procedimentais das directivas e para as quais estas não estavam especialmente vocacionadas.

<sup>12</sup> Cf., por todos, o Acórdão *Telaustria*, de 7 de Dezembro de 2000 (Proc. C-324/98).

<sup>13</sup> Neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Contrato Público e Domínio Público, Estudos da Contratação Pública – I*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, pág. 848.

<sup>14</sup> Cf. art. 1º, nºs 1 e 2, do CCP.

<sup>15</sup> Cf. art. 1º, nº 3, do CCP.

<sup>16</sup> Ressalva-se, em todo o caso, a formação dos contratos celebrados entre as entidades do sector público tradicional e dos contratos celebrados pelos organismos de direito público, uma vez que a Parte II do CCP apenas será aplicável na medida em que estejam em causa os contratos abrangidos pelas directivas – cf. art. 6º do CCP.

Da mencionada estrutura da disciplina da actividade administrativa pré-contratual, assim estabelecida no CCP – ou seja, fundada em pressupostos comunitários de apelo ao mercado para satisfação de necessidades identificadas –, decorre uma conseqüente inadaptação do regime nacional naqueles casos em que a constituição das relações jurídico-administrativas não resulte de um impulso da Administração mas, antes, do particular.

Ora, o CCP não contém, pelo menos de forma expressa, qualquer resposta, para as situações acima descritas<sup>17</sup>.

## II. A coexistência da disciplina da contratação pública estabelecida no CCP com outros regimes pré-contratuais especiais

### 2.1. O CCP enquanto *regime geral da contratação pública* e os regimes especiais de contratação pública: a relação lógico-jurídica de especialidade

No tocante ao modo de atribuição dos títulos habilitantes do aproveitamento privado de um bem dominial, cumpre esclarecer, antes de mais, se a Parte II do CCP esgota toda a disciplina da actividade pré-contratual da Administração ou se, pelo contrário, se verifica um cenário de coexistência de regimes pré-contratuais especiais com o regime constante do Código.

Vários argumentos propenderiam para o primeiro entendimento.

Desde logo, em face da norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro<sup>18</sup>, pode sustentar-se que, estando em causa uma matéria regulada pelo CCP, na respectiva Parte II, quaisquer outros procedimentos pré-contratuais previstos em legislação especial se considerariam necessariamente revogados.

Acresce, neste âmbito, que não apenas os procedimentos pré-contratuais estão regulados no CCP, como o Código contém, no seu artigo 21º, uma norma geral expressamente vocacionada para a formação de “outros contratos”, para além dos abrangidos pelas directivas comunitárias – neste sentido, portanto, vocacionada para a formação de todos os contratos que possam ser perspectivados pela Administração.

Aliás, atendendo às normas constantes dos números 2 e 3, do seu artigo 1º, o âmbito objectivo da aplicação do Código é, aparentemente, configurado com essa amplitude,

---

<sup>17</sup> Poderá sempre defender-se que a Administração terá a possibilidade de absorver esse impulso do particular e transformá-lo numa decisão de contratar própria – cf. art. 36º do CCP. Todavia, como é bom de ver, não só esta solução se revela num “jogo de cintura” da disciplina da contratação pública estabelecida no CCP, como, mais importante, como se precisará, esta solução esvaziaria, na maioria das situações, as virtualidades da iniciativa dos particulares, a quem (em função da simples abertura de um procedimento comum, na sequência da decisão de contratar) se amputaria o estímulo dessa iniciativa.

<sup>18</sup> Diploma que aprova, em anexo, o CCP.

pretendendo regular a formação de todos os contratos ou actos equiparados celebrados ou praticados pelas entidades adjudicantes.

Ficaria, pelo exposto, afastada a possibilidade de existência de regimes especiais sobre a mesma matéria – a mero título de exemplo, dos regimes consagrados quanto ao aproveitamento de recursos hídricos<sup>19</sup> ou, fora do âmbito dos bens dominiais, quanto à exploração de zonas de jogo<sup>20</sup>.

Não obstante a aparente validade dos argumentos enunciados, pensamos que o CCP não esgotará toda a disciplina da contratação pública administrativa.

Naturalmente, o CCP aspira, em geral, à regulação da actividade pública pré-contratual. Julgamos, todavia, que não pretende excluir a coexistência de outros regimes especiais de formação de actos ou contratos: o CCP configura, antes, o *regime geral da contratação pública*, sem prejuízo da disciplina de *regimes especiais* – anteriores e posteriores à vigência do Código.

*Por um lado*, a superveniência de regimes especiais de contratação pública – de que o Decreto-Lei nº 34/2009, de 6 de Fevereiro<sup>21</sup>, é um bom exemplo – não reveste particular especificidades, dependendo, no essencial, da validade do acto legislativo em causa, *maxime*, do respeito pelas normas que disciplinam o processo legislativo e a hierarquia das leis.

Aliás, no sentido da acima mencionada coexistência superveniente de regimes especiais com o regime geral do CCP, o legislador vem perspectivando, para o futuro (em momento posterior à entrada em vigor do Código), a aprovação de novos regimes pré-contratuais específicos. Por exemplo, na actual Proposta de Lei do Regime Geral dos Bens do Domínio Público (RGBDP)<sup>22</sup> consagra-se, expressamente, no respectivo artigo 41º, e sem prejuízo de outros regimes legais especiais relativos ao domínio público (cf. art. 95º, nº 1), a existência de um procedimento específico para a emissão de licenças de uso privativo.

*Por outro lado*, na *relação lógico-jurídica de especialidade* – aferida por referência a um domínio de aplicação menos vasto, enquanto espécie do conceito mais extenso que con-

---

<sup>19</sup> Cf., em especial, o art. 68º, nºs 3 e 5, da Lei da Água, aprovada pela Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, e os arts. 21º e 24º do Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de Maio.

<sup>20</sup> Cf., em especial, os arts. 10º e seguintes da Lei do Jogo, reformulada pelo Decreto-Lei nº 422/89, de 2 de Dezembro.

<sup>21</sup> Está em causa o diploma que estabelece medidas excepcionais de contratação pública aplicáveis aos procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação e de ajuste directo, destinados à formação de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, destinadas à rápida execução de projectos de investimento público considerados prioritários.

<sup>22</sup> Cf. Proposta de Lei nº 256/X, objecto discussão pública.

figura o respectivo género –, a norma especial pode reconduzir-se a uma concretização ou desenvolvimento de regras gerais, à regulação de aspectos não disciplinados no regime geral ou, ainda, a um desvio ou derrogação daquele normativo.

É neste enquadramento que, sem prejuízo de outros exemplos, parece inserir-se o regime da atribuição de usos privativos de recursos hídricos relativamente à disciplina geral da contratação pública, constante do CCP.

Com efeito, a relação lógico-jurídica de especialidade, verificada entre aquele e esta, resulta, além do mais, de dois aspectos essenciais. *Por um lado*, do facto da atribuição dos títulos de usos privativos não corresponder a qualquer tipologia de contrato especificamente abrangida pelas directivas comunitárias em matéria de contratação pública. Por outro, da circunstância – aliás, estruturante na perspectiva da relevância para a construção do mercado único comunitário – da atribuição de uma licença ou concessão de uso privativo, em regra, não resultar de uma necessidade própria da Administração Pública – que, por isso, a impulse a dirigir-se ao mercado em busca das prestações que melhor satisfaçam o interesse público subjacente a essa necessidade. Diversamente, resulta, no essencial, de uma resposta a uma necessidade ou interesse primário do próprio particular, que a Administração satisfaz – obtendo, para o efeito, a correspondente contrapartida.

A atribuição de usos privativos é, pois, matéria não especialmente regulada pelas directivas comunitárias transpostas pelo CCP. Acresce, ainda, que aquela disciplina se caracteriza por um conjunto de especificidades próprias, não identificadas e não regulamentadas seja pelas directivas, seja pelo CCP – pense-se, para não irmos mais longe, na questão, em análise, da iniciativa procedimental do particular na *contratualização* (por acto ou contrato) das prestações em matéria de recursos hídricos.

Neste contexto, entendemos que a norma revogatória do art. 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, não deverá ser interpretada com o lastro aparentemente ilimitado que resulta do seu elemento literal. Com efeito, a interpretação da lei – isto é, a descoberta do sentido legislativo – não se há-de cingir à mera letra da lei, intervindo, nesta tarefa, igualmente, elementos sistemáticos, históricos e teleológicos (cf. artigo 9º, nº 1, do Código Civil).

Na verdade, a revogação pode operar, consabidamente, de modo expresse ou tácito. A revogação diz-se expressa na hipótese de a nova lei individualizar concretamente a lei ou as disposições anteriores revogadas; diversamente, será tácita se, na ausência daquela indicação expressa, a revogação resultar da incompatibilidade existente entre uma nova lei e a lei anterior, conjugada com o princípio geral da prevalência da vontade mais recen-

te do legislador<sup>23</sup>. Pressuposto da revogação tácita será, pois, em qualquer caso, a existência desta incompatibilidade (contrariedade) entre a lei nova e a anterior (cf. artigo 7º, nº 2, do Código Civil).

Ora, em matéria de cessação de vigência da lei, rege o princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, salvo “*se outra for a intenção inequívoca do legislador*” (cf. artigo 7º, nº 3, do Código Civil). Por isso, se não houver uma interpretação inequívoca no sentido da revogação ou, noutra perspectiva, se uma interpretação no sentido da substituição da norma não for isenta de dúvidas, impõe-se o respeito pela presunção normativa do artigo 7º, nº 3, do Código Civil, portanto, a lei especial não será afastada<sup>24</sup>.

É neste contexto que, julgamos, há-de ser interpretada a norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008 – norma que, ao contrário da constante do número um do mesmo artigo, não opera uma concreta individualização das leis ou das disposições anteriores revogadas, antes estabelece, em geral, a revogação de “*toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível*”.

Assim, em obediência ao normativo do artigo 7º, nº 3, do Código Civil, não parece vislumbrar-se uma “*intenção inequívoca do legislador*”, subjacente à norma do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, no sentido de derrogar todos os regimes específicos de contratação pública que, à data, estivessem em vigor. Uma interpretação neste sentido não estaria, necessariamente, *isenta de dúvidas*.

Vejam os.

*Em primeiro lugar*, a norma do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, enquadra-se, sistematicamente, na sequência de uma outra (a constante do nº 1, do mesmo artigo) que procede à revogação casuística, concreta e individualizada de regimes e preceitos específicos. Assim sendo, a interpretar-se o artigo 14º, nº 2, no sentido de que o seu conteúdo determina uma verdadeira revogação de sistema, revelar-se-ia de uma absoluta inutilidade a norma do artigo 14º, nº 1. Com efeito, sempre bastaria aquela norma, dispensando-se a identificada sobreposição normativa.

*Em segundo lugar*, como referido, esta norma revogatória insere-se, sistematicamente, na sequência de uma outra, que procede à revogação de regimes e preceitos especificamente aplicáveis a contratos abrangidos pelas directivas. Ora, tendo presente, por um lado, o enquadramento dado pela norma revogatória do mencionado artigo 14º, nº 1

<sup>23</sup> PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4ª Edição, I Volume, Coimbra Editora, 1957, pág. 405.

<sup>24</sup> Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 11ª Ed., Almedina, 2001, págs. 518 a 522.

(que procede à substituição de leis e normas específicas sobre contratos abrangidos pelas directivas), e, por outro lado, o objectivo latente ao CCP quanto à disciplina da contratação pública (de, em primeira linha, proceder à transposição das directivas comunitárias relativas aos processos de adjudicação dos contratos por elas abrangidos), considerar-se-á que, salvo inequívoca intenção em contrário, a força revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, terá especial intensidade (e, dir-se-á, presunção de aplicabilidade) relativamente a esses tipos de contratos – e, em contrapartida, uma inferior presunção de aplicabilidade aos contratos não regulados pelas directivas. A norma do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, assume, *prima facie*, uma natureza residual e complementar relativamente à norma revogatória do número precedente, do mesmo artigo, destinada aos contratos públicos previstos nas directivas<sup>25</sup>.

*Em terceiro lugar*, uma revogação absoluta de sistema apresentar-se-ia com contornos de uma radicalidade insustentável, no limite, não sendo possível identificar, ao menos com facilidade, qualquer legislação que, de alguma forma, total, parcial ou residualmente, não fosse relativa a qualquer uma das *matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos*, fosse ou não com ele incompatível.

*Em quarto lugar*, no plano dos factos, não se desconhece a existência de regimes especiais anteriores à entrada em vigor do CCP cuja disciplina veio sendo desenvolvida pelo legislador no pressuposto evidente da sua coexistência com o Código. Exemplo flagrante do que se acaba de referir sucede com a disciplina pré-contratual estabelecida no domínio dos recursos hídricos, designadamente, no Decreto-Lei nº 226-A/2007, diploma cuja última alteração se operou através do Decreto-Lei nº 93/2008, de 4 de Junho – ou seja, em data correspondente a vários meses após a publicação do CCP e às vésperas da respectiva entrada em vigor. Neste contexto, não será facilmente aceitável um entendimento segundo o qual, querendo o legislador efectivamente revogar aquela disciplina pré-contratual, específica da atribuição de títulos de utilização de recursos hídricos, nenhuma referência tenha feito sobre esse propósito revogatório, no diploma que aprovou em 4 de

---

<sup>25</sup> Não afirmamos que o CCP se encontra apenas vocacionado para aquelas hipóteses em que a Administração se dirige ao mercado no propósito de obter uma prestação que satisfaça uma necessidade por si previamente identificada. Como referido, o CCP tem uma vocação geral quanto a toda a actividade administrativa de formação de contratos e acto substitutivos (cf. respectivo artigo 1º, nºs 2 e 3), seja esta seja o impulso próprio ou de terceiro, seja a necessidade a satisfazer primordialmente sua ou de terceiro. Com efeito, o CCP expressamente exclui da sua Parte II a formação de determinados contratos em que a necessidade satisfeita não é própria, ao menos de forma directa – cf. o artigo 5º, nº 4, alíneas b) e c). Assim se depreende que, em situações similares, não expressamente previstas, o Código se apresente com a vocação de se aplicar. O que afirmamos, pois, é que a presunção revogatória da norma do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, operará com maior intensidade a respeito dos contratos abrangidos pelas directivas e especialmente regulados no CCP – seja na perspectiva da sua formação, seja no concernente ao seu regime substantivo.

Junho. Na verdade, o legislador procedeu, antes, à modificação de determinadas matérias e manteve inalterada, de forma inequívoca, aquela disciplina pré-contratual, pelo que um entendimento no sentido da revogação tácita dessa disciplina traduzir-se-ia numa verdadeira *esquizofrenia volitiva* do legislador.

A norma do artigo 14º, nº 2, do CCP – no mínimo, redigida de forma pouco cuidada – suscita, então, inquestionáveis dificuldades de interpretação e de compatibilização com o sistema, mas não se poderá inferir da mesma uma revogação “cega” de toda a *legislação* conexas, mais ou menos intensamente, com as matérias reguladas pelo CCP, nomeadamente, as respeitantes aos procedimentos de formação de contratos e actos substitutivos dos mesmos.

Dir-se-á, portanto, que os regimes especiais convivem, ou podem conviver, com o CCP, na medida em que, consoante sejam anteriores ou posteriores à data da vigência do Código, se deva entender que estão excluídos do âmbito da norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, ou que resultam de um processo legislativo válido. Quanto a este último aspecto, não está, pois, o legislador impossibilitado de criar novos regimes pré-contratuais, específicos relativamente à disciplina do CCP, desde que os mesmos, na sequência de um regular processo legislativo, resultem de um acto normativo válido (*maxime*, com valor face ao Decreto-Lei nº 18/2008) e respeitem as exigências comunitárias prescritas em sede de contratação pública.

No tocante ao âmbito da norma revogatória do mencionado artigo 14º, nº 2, a análise será, por seu lado, necessariamente casuística, assente em índices de facto e de direito concretos. Neste contexto, os procedimentos específicos da atribuição de usos privativos sobre bens dominiais considerar-se-ão em vigor (portanto, em coexistência com as regras gerais estabelecidas no CCP) sempre que, em função daqueles índices de facto e de direito, se devam ter como excluídos do âmbito da mencionada norma revogatória. Nesta análise, atender-se-á, nomeadamente, à relação lógico-jurídica de especialidade entre as diferentes normas em análise.

No quadro das referidas directrizes, podemos concluir, por exemplo, pela subsistência e, como tal, não revogação, dos procedimentos de atribuição de licenças e concessões para aproveitamento dos recursos hídricos especialmente previstos na Lei da Água e no Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, de acordo com o princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.

Em síntese, o CCP aplicar-se-á aos procedimentos de atribuição de usos privativos de bens dominiais na medida em que não existam regimes especiais sobre a matéria. Existindo regimes especiais – *maxime*, não revogados pelo artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº

18/2008 ou aprovados após a entrada em vigor do Código –, o CCP será de aplicação meramente subsidiária.

## 2.2. Aplicação do CCP à atribuição de usos privativos – *excepções*

Nas situações em que o procedimento de atribuição do uso privativo de determinado bem dominial não seja objecto de disciplina específica, aplicar-se-ão – pelo menos até a aprovação do Regime Geral dos Bens do Domínio Público – as regras da contratação pública estabelecidas na Parte II do CCP, independentemente de a atribuição ser realizada mediante contrato de concessão de uso privativo (cf. art. 1º, nº 2, do CCP) ou de licença de uso privativo (cf. art. 1º, nº 3, do CCP). Regem, nesse caso, relativamente à escolha do procedimento a adoptar, em especial, as normas dos artigos 21º e 24º do Código.

Configurada no âmbito do CCP, a atribuição dos usos privativos de bens dominiais não será sujeita a um processo concorrencial em três hipóteses: (a) no caso de as prestações objecto do contrato ou do acto não estarem nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (cf. artigo 5º, nº 1, do CCP); (b) no caso de o benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com as prestações que constituem objecto do contrato ou acto serem de valor máximo inferior a 100.000€ ou sem valor (cf. artigos 21º e 17º, do CCP); (c) no caso de a prestação objecto do contrato ou acto só poder ser confiada a uma entidade determinada (cf. art. 24º, nº 1, alínea e))<sup>26</sup>.

No primeiro caso, estaremos no âmbito de uma situação de contratação excluída, não sendo sequer aplicável, à formação do contrato ou acto, a Parte II do CCP, designadamente, qualquer procedimento pré-contratual. Na segunda e na terceira hipóteses, haverá lugar a um procedimento pré-contratual, no caso, o ajuste directo, justificado, respectivamente, em função do valor do contrato ou do acto a celebrar ou a praticar ou em função do referido critério material expressamente previsto.

---

<sup>26</sup> Poder-se-ia, ainda, por hipótese, qualificar o contrato ou acto para uso privativo de um bem dominial como “similar” aos contratos “*de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis*”, assim configurando um tipo de contrato (ou acto substitutivo) excluído do CCP – cf. art. 4º, nº 2, alínea c). Parece-nos, todavia, que se fosse essa a intenção do legislador, teria este expressamente ressalvado, ao lado das situações que menciona na referida norma, os contratos para aproveitamento de bens dominiais.

### 2.3. A atribuição de usos privativos por iniciativa do particular – o exemplo dos recursos hídricos

No contexto do aproveitamento dos recursos hídricos, dispõe a Lei da Água<sup>27</sup> que o direito de utilização privativa de domínio público<sup>28</sup> só pode ser atribuído por licença (nos casos previstos no artigo 60º) ou por concessão (nos casos previstos no artigo 61º) – cf. artigo 59º, nº 2.

A concessão de utilizações privativas dos recursos hídricos do domínio público é atribuída nos termos de contrato a celebrar entre a administração e o concessionário (cf. artigo 68º, nº 1), podendo a Administração escolher como concessionário *“o interessado que apresente um pedido nesse sentido, desde que, durante um prazo não inferior a 30 dias contados a partir da afixação dos editais e da publicação no jornal oficial, não seja recebido outro pedido com o mesmo propósito, sendo que, sempre que, no decurso desse prazo, outro interessado apresentar um idêntico pedido de atribuição de concessão, a administração abre um procedimento concursal entre os interessados, gozando o primeiro requerente de direito de preferência em igualdade de condições”* (cf. artigo 68º, nº 3, alínea c) e nº 5).

Por sua vez, o Regime da Utilização dos Recursos Hídricos (RURH)<sup>29</sup> concretiza aqueles procedimentos de atribuição das utilizações privativas dos recursos hídricos, (tituladas por de licença ou contrato de concessão). Nas situações em que a atribuição das licenças não esteja sujeita a concurso (cf. artigo 21º, nº 1), poderão estas resultar de um pedido apresentado pelo particular junto da autoridade competente, desencadeando-se, nessa circunstância, um “procedimento concursal” específico, descrito nas diversas alíneas no artigo 21º, nº 4 do RURH. Assim, de acordo com este procedimento, a Administração procederá à publicitação do pedido do particular por um prazo de 30 dias, reconhecendo-se a faculdade a outros interessados de requererem para si a emissão do título com o objecto e finalidade da utilização publicitada. Decorrido aquele prazo sem que seja apresentado um pedido concorrente, será iniciado o procedimento de licenciamento. Caso, durante aquele prazo, sejam apresentados pedidos idênticos de atribuição de licença, a Administração iniciará um procedimento concursal entre os interessados, gozando o primeiro requerente do direito de preferência desde que comunique sujeitar-se às condições da

<sup>27</sup> Aprovada pela mencionada Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro.

<sup>28</sup> Considera-se utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público aquela em que alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo – cf. art. 59º, nº 1, da Lei da Água.

<sup>29</sup> Aprovado pelo mencionado Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de Maio, e alterado pelo Decreto-Lei nº 391-A/2007, de 21 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei nº 93/2008, de 4 de Junho.

proposta seleccionada (cf. artigo 21º, nº 5). Por seu lado, nas situações em que a utilização privativa dos recursos hídricos esteja sujeita a prévia concessão (cf. artigo 23º, nº 1), esta pode resultar igualmente de pedido apresentado pelo particular junto da autoridade competente, sendo, nesse caso, a escolha do concessionário realizada de acordo com aquele procedimento concursal específico da atribuição das licenças, com as necessárias adaptações (cf. artigo 24º, nº 5)<sup>30</sup>.

Em síntese, a lei nacional reconhece, com vista à atribuição de utilizações privativas do domínio público hídrico, a admissibilidade de um procedimento de impulso particular, nos termos do qual a Administração não promove, mas recebe uma manifestação de interesses, publicitando-a e dando sequência a um determinado procedimento pré-contratual transparente e não discriminatório.

#### **2.4. Os procedimentos de atribuição de usos privativos na Proposta de *Lei do Regime Geral dos Bens do Domínio Público (RGBDP)***

À semelhança do regime estabelecido para a atribuição de utilizações privativas de recursos hídricos, também a Proposta de Lei do RGBDP (a qual, como se sublinhou, expressamente salvaguarda a prevalência de regimes legais especiais relativos ao domínio público – cf. artigo 95º, nº 1) prevê que, em geral, a atribuição do título jurídico habilitante do uso privativo do domínio público possa resultar da iniciativa procedimental de um particular interessado.

Assim, a atribuição de licença de uso privativo é, em regra, de iniciativa privada (cf. artigo 41º, nº 1 do RGBDP) – facto que, todavia, não inviabiliza a iniciativa oficiosa, divulgada, nomeadamente, através da publicação de anúncios no jornal ou da afixação de editais.

O procedimento, por regra, não é concursal, observando-se, nessa matéria, o disposto no CPA quanto à prática de actos administrativos (cf. artigo 41º, nº 4). Esta exigência já resultava, de resto, da cláusula geral relativa aos pressupostos de atribuição de qualquer título jurídico habilitante do uso privativo (cf. art. 32º, nº 2), nos termos da qual, no processo de licenciamento, devem ser respeitados os princípios gerais da actividade administrativa e, em especial, o CPA e os princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e da boa fé.

---

<sup>30</sup> Sem prejuízo do referido, quando o número de pretensões apresentadas o justificar, a Administração poderá relativamente a direitos sobre bens que integram o domínio público decidir que a escolha do concessionário seja realizada mediante concurso público – cf. art. 24º, nº 6, do RURH. Em qualquer caso, quer aquele “procedimento concursal”, quer este “concurso público” não estão necessariamente sujeitos às regras do CCP, podendo, na falta de disposição especial, seguir-se uma tramitação diversa, desde que estejam garantidos os princípios da transparência, da imparcialidade, do tratamento não discriminatório e da concorrência – cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Contrato Público...*, pág. 854.

É, pois, atendendo à circunstância de o impulso procedimental ser do particular, feita uma expressa demarcação face ao regime pré-contratual estabelecido no CCP.

Podem questionar-se os pressupostos da validade desta demarcação nas situações em que existe uma *pluralidade de interessados* ou em que a *iniciativa procedimental é da própria Administração*. Em qualquer caso, certo é que os procedimentos adjudicatórios estabelecidos no RGBDP (o qual será aprovado por diploma com dignidade e valor normativo não inferiores ao diploma que aprova o CCP) assumem natureza especial relativamente ao regime da contratação pública definido no CCP, sendo matéria regulada fora do âmbito substantivo das directivas. Por esta razão, apresenta-se válida a decisão pública de, nas duas situações mencionadas, proceder à atribuição de uma licença de uso privativo no quadro do referido artigo 41º do RGBDP.

Assim, no âmbito do domínio público, e na falta de um procedimento especial (como é o caso, por exemplo, do legalmente consagrado quanto ao aproveitamento dos recursos hídricos), a atribuição de uma licença de uso privativo observará o procedimento para a prática de actos administrativos previsto no CPA, designadamente, os princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e da boa fé (cf. artigo 41º, nº 4, do RGBDP), e não as regras da contratação pública estabelecidas no CCP. Vigorará, caso a Administração assim o entenda e não existam razões para decidir de forma diversa, o sistema de *first-come-first-serve*.

Sem prejuízo do que se acaba de dizer, sublinha-se que poderá, ainda assim, em função das circunstâncias concretas<sup>31</sup>, exigir-se que seja assegurada uma publicidade adequada do processo de titularização do uso privativo de bens do domínio público, na medida em que se tem por pressuposto a formação de um contrato, ou acto substitutivo, não abrangido expressamente pelas directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Designadamente, em função de uma eventual relevância do contrato para a construção do mercado único europeu – cf. o citado Acórdão *Telaustria*, de 7 de Dezembro de 2000 (Proc. C-324/98).

<sup>32</sup> Na verdade, desde o Acórdão *“Telaustria”*, de 7 de Dezembro de 2000, do Tribunal de Justiça (Proc. nº C-324/98), a jurisprudência comunitária vem sustentando a aplicação dos princípios do Tratado (*maxime*, o da igualdade de tratamento e da transparência) inclusivamente aos contratos não abrangidos pelas directivas. Esta aplicação, todavia, conforme entendimento da Comissão expresso na *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos* (documento 2006/C 179/02), visa especialmente os contratos públicos de valor inferior aos limiares comunitários fixados nas directivas, as concessões de serviços públicos e as parcerias publico-privadas. E, mesmo quanto a estes contratos, os princípios comunitários *“apenas se aplicam às adjudicações de contratos que tenham uma relação suficientemente estreita com o funcionamento do mercado interno”*. Cada entidade adjudicante deverá, assim, no entender da Comissão, decidir se o contrato a adjudicar pode apresentar um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros. Nesta perspectiva, os contratos ou actos celebrados ou praticados para a titularização do uso privativo do domínio público (i) não estão abrangidos pelo

Por seu turno, a concessão de uso privativo de bens do domínio público é, em regra, de iniciativa oficiosa (cf. artigo 63º, nº 1, do RGBDP) – podendo, todavia, resultar de um impulso particular, beneficiando, nesse caso, o requerente, de um direito de preferência, reunidos que estejam determinados pressupostos (cf. artigo 66º). Em qualquer caso, deverá a atribuição da concessão de uso privativo ser realizada através de um procedimento pré-contratual concorrencial, de acordo com as regras do CCP, com as necessárias adaptações e especificidades do RGBDP (cf. artigo 62º).

Enquadrado nestes termos, conclui-se, assim, que, no regime geral dos procedimentos de atribuição de licenças e concessões de usos privativos do domínio público, a Administração não se encontra sujeita a um dever legal de adjudicar, como sucede no âmbito do CCP (cf. artigo 76º do Código). A Administração reserva, pois, o poder discricionário de não atribuir a licença ou concessão requerida ou oficiosamente impulsionada – há, portanto, um dever legal de decidir (cf. artigo 9º do CPA) mas não um dever de adjudicar (art. 76º do CCP).

### **3. O princípio da concorrência e a admissibilidade das *propostas não solicitadas (unsolicited proposals)***

#### **3.1. A compatibilidade das *unsolicited proposals* com o direito comunitário**

A contratação pública por iniciativa particular é aquela que resulta de uma proposta não solicitada, isto é, de impulso procedimental não oficioso em que o privado estrutura uma pretensão ou um projecto que submete à Administração para análise e eventual decisão de implementação. Consequentemente, a entidade administrativa avalia a pretensão formulada, ou o projecto apresentado, e, decidindo a respectiva implementação, o requerente ou autor original beneficia de uma determinada vantagem competitiva, conforme o modelo procedimental consagrado. Em regra, não pode haver lugar a adjudicação directa sob pena de, em abstracto, serem violadas as regras da concorrência.

O principal problema subjacente às propostas não solicitadas é, naturalmente, o do respeito pelos princípios comunitários da concorrência e da transparência, inerentes à contratação pública. De resto, o risco do prejuízo destes princípios pode, com facilidade, ser dinamizado pelos próprios particulares interessados na obtenção do contrato, que justifi-

---

âmbito das directivas sobre contratos públicos, (ii) não estão especialmente abrangidos pelo enquadramento comunitário que vem sendo desenvolvido quanto aos contratos não abrangidos pelas mesmas directivas e (iii) em determinados casos não revelam, certamente, qualquer “*interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros*”. No plano do direito comunitário, a formação destes contratos ou actos substitutivos dos mesmos apresenta-se, assim, apenas muito residualmente, sujeita aos princípios do Tratado.

carão um procedimento de “adjudicação directa” com fundamento na titularidade de direitos exclusivos sobre o projecto que apresentam, na pretensa ausência de concorrentes interessados, nos custos de eficiência de um procedimento não concursal ou, ainda, na urgência da implementação do projecto que apresentam.

Não obstante, assegurado o respeito pelos princípios comunitários da contratação pública, designadamente, através da sujeição a um procedimento concorrencial, as propostas não solicitadas podem, de facto, ser um contributo para a satisfação das necessidades públicas das entidades adjudicantes, principalmente, nos casos em que estas não disponham de meios para a implementação de determinados projectos ou não estejam especialmente sensibilizadas para o aproveitamento de determinadas oportunidades. A actuação dos privados, nessas circunstâncias, poderá revelar-se de absoluta utilidade para a prossecução do interesse público<sup>33</sup>.

O direito comunitário não é, neste contexto, indiferente à iniciativa dos particulares no âmbito da actividade pré-contratual administrativa. Esta iniciativa tem como pressuposto a compatibilização de dois princípios ou interesses estruturais: por um lado, o estímulo da iniciativa privada; por outro, o respeito pela concorrência.

No seu *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*<sup>34</sup>, a Comissão pronunciou-se, além do mais, sobre o desenvolvimento, em determinados Estados-Membros (por exemplo, em Itália, através da *Lei Merloni B*, de 18 de Novembro de 1998 e, em Espanha, mediante o regulamento dos serviços das autarquias locais de 1955 e a Lei nº 13/2003, de 23 de Maio de 2003, sobre as concessões de obras) de certas práticas tendentes a proporcionar ao sector privado a oportunidade de tomar a iniciativa de uma operação PPP, mediante as quais os operadores económicos formulam uma proposta pormenorizada de um projecto. Na perspectiva das vantagens, reconhece-se que a iniciativa privada permite, numa fase precoce, aferir a disponibilidade e o interesse dos operadores económicos em investir em determinados projectos, incitando-os a desenvolver ou a aplicar soluções técnicas inovadoras, adaptadas às necessidades específicas da entidade adjudicante.

Em qualquer caso, sublinhou a Comissão, a contratualização de um projecto na sequência de uma iniciativa privada não altera – estando em causa prestações abrangidas pelo direito derivado e sendo o contrato celebrado a título oneroso – a natureza pública desse con-

---

<sup>33</sup> Sobre a matéria, cf. JOHN T. HODGES e GEORGINA DELLACHA, *Unsolicited Infrastructure Proposals – How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, Working Paper nº 1, 2007, em [http://www.ppiaf.org/documents/working\\_papers/Unsolicited\\_Proposals\\_Experience\\_Review\\_Report\\_FINA\\_L\\_2006.pdf](http://www.ppiaf.org/documents/working_papers/Unsolicited_Proposals_Experience_Review_Report_FINA_L_2006.pdf).

<sup>34</sup> Documento COM/2004/327, de 30 de Abril de 2004.

trato, impondo-se o cumprimento do regime de adjudicação pertinente. Neste contexto, a Comissão considerou que, no mínimo, o acesso de todos os operadores europeus a este tipo de projecto deverá ser assegurado, por exemplo, por meio de publicidade adequada do convite para apresentar um projecto. Seguidamente, se a autoridade pública pretender executar o projecto apresentado, deverá organizar um concurso aberto a todos os operadores económicos potencialmente interessados, oferecendo as garantias de imparcialidade da selecção.

Neste âmbito, os Estados-Membros implementaram diversos formalismos para estimular aquela iniciativa privada, desde a recompensa do requerente original (por exemplo, indemnizando-o pela sua iniciativa fora do processo concorrencial posterior) ou a atribuição, ao requerente original, de determinadas vantagens concretizadas por ocasião do concurso para o desenvolvimento do projecto seleccionado. Estas soluções, como explicou a Comissão, merecem um exame cuidado de modo a evitar que aquelas vantagens concorrenciais concedidas colidam com o princípio da igualdade de tratamento.

### 3.2. Contributos de outros ordenamentos jurídicos

A matéria das propostas não solicitadas é regulada em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, principalmente no contexto de contratos de concessão e de prestação de serviços, dos quais se destacam os ordenamentos do Chile, Coreia, Filipinas, África do Sul, China, Argentina e Costa Rica<sup>35</sup>.

No âmbito da União Europeia, este tema está disciplinado, como acima referido, a propósito do *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, em Itália (sistema em que se concede ao requerente original um direito de preferência) e em Espanha (sistema em que se concede um direito ao reembolso das despesas, acrescido de um percentagem desses custos – *reimbursement*).

No âmbito das propostas não solicitadas, estabelecem-se, essencialmente, três tipos de sistemas de salvaguarda ou garantia da concorrência: *Bónus*, *Swiss challenge* e *Best and final offer* (BAFO).

No sistema de *Bónus* atribui-se um bónus ao proponente original, o qual pode revestir formas diversas. Entre as mais comuns contam-se, por um lado, a atribuição, à cabeça, de

---

<sup>35</sup> Para um enquadramento da matéria, em especial, na perspectiva do desenvolvimento de projectos infraestruturais em ordenamentos de países americanos, asiáticos e africanos, cf. JOHN T. HODGES e GEORGINA DELLACHA, *Unsolicited Infrastructure Proposals...*, disponível em [http://www.ppiaf.org/documents/working\\_papers/Unsolicited\\_Proposals\\_Experience\\_Review\\_Report\\_FINALE\\_2006.pdf](http://www.ppiaf.org/documents/working_papers/Unsolicited_Proposals_Experience_Review_Report_FINALE_2006.pdf).

um determinado número de pontos, relevantes para a valorização final da proposta; por outro, a atribuição de uma percentagem (variável) dentro da qual a proposta original prefere à melhor proposta seleccionada.

No sistema de *Swiss challenge* o proponente original não beneficiará de qualquer avanço, antes de um direito de preferência sobre a proposta seleccionada – ou seja, aplica-se a metodologia de avaliação adoptada tendo, a final, o proponente o direito de preferir (um *right to match*) nos termos da melhor proposta que vier a ser seleccionada<sup>36</sup>.

Já no sistema *BAFO*, o proponente não beneficia de qualquer bónus, nem de nenhum direito de preferência, apenas lhe sendo assegurado que a sua proposta será qualificada para uma fase final de negociações, juntamente com uma ou mais propostas igualmente qualificadas. São, assim, negociadas as propostas que o procedimento admitir, acrescidas, necessariamente, da original.

Paralelamente a estes sistemas, está, ainda consagrada, em alguns ordenamentos jurídicos (por exemplo, como acima mencionado, no espanhol), uma lógica de *reembolso* das despesas em que o proponente comprovadamente incorreu, acrescido de uma percentagem desses custos (normalmente, repercutidos nos custos a suportar pelo adjudicatário) – *reimbursement*. Não obstante, o *reimbursement* é, mais do que um sistema de introdução de concorrência em determinado procedimento pré-contratual, um simples estímulo à iniciativa privada. Neste contexto, o incentivo à iniciativa resulta da compensação atribuída, sem que, desse facto, resulte qualquer direito à obtenção do contrato.

### 3.3. As *unsolicited proposals* no direito português

Como sublinhámos, a nossa lei já reconhece, como admissível, a atribuição de usos privativos na sequência de propostas não solicitadas – *maxime*, no âmbito das utilizações privativas do domínio público hídrico –, consagrando-se uma cláusula de salvaguarda dos princípios comunitários da contratação pública através do denominado sistema *Swiss challenge*.

O mesmo sistema é, de resto, previsto na Proposta de Lei do Regime Geral dos Bens do Domínio Público relativamente à concessão de usos privativos de bens dominiais (cf. artigo 66º do RGBDP). A atribuição do uso através de licença poderá, por sua vez, ser absolutamente subtraída à concorrência comunitária, observando-se (somente) os princípios gerais da actividade administrativa e, em especial, o CPA e os princípios da igualdade, da imparcialidade, da transparência e da boa fé (cf. artigos 41º e 32º, nº 2, do RGBDP).

---

<sup>36</sup> Corresponde, assim, ao sistema consagrado na Lei da Água, acima referido.

Em abstracto, mostra-se legitimada a consagração, no RGBDP, das propostas não solicitadas, diploma que consagra um regime procedimental especial relativamente ao do CCP, com a aptidão de disciplinar a atribuição dos usos privativos sobre os bens dominiais. Na verdade, apesar de, frequentemente, a atribuição de usos privativos servir, em primeira linha, os interesses privados do seu titular<sup>37</sup>, não deixa, mesmo nesses casos, de constituir um estímulo (ainda que indirecto) à satisfação de necessidades públicas das entidades adjudicantes. Esta circunstância será especialmente evidenciada, como referimos, nos casos em que a Administração não disponha de meios para a implementação de determinados projectos ou não esteja especialmente sensibilizada para o aproveitamento de determinadas oportunidades, ainda para mais em tempos em que a rentabilização do domínio público consta da ordem do dia.

Entre os sistemas de salvaguarda da concorrência habitualmente consagrados, e ao lado do *Swiss challenge* estabelecido na nossa lei, poder-se-ia, ainda, prever um regime assente no sistema de *Best and final offer* (BAFO).

O sistema de *Bónus*, por seu lado, mais dificilmente se justificaria à luz dos princípios comunitários da igualdade de tratamento e da concorrência. Na verdade, o bónus traduz-se na atribuição de um prémio sem qualquer conexão com o mérito da proposta, procedimento que, aliás, com grande potencialidade, pode resultar na adjudicação daquela que, de facto, não é reconhecidamente a melhor proposta – para tanto, sendo suficiente que a proposta adjudicada seja inferior à classificada em segundo lugar apenas na medida da margem atribuída pelo bónus.

Naturalmente, a admissibilidade das *unsolicited proposals* é, aqui, configurada apenas para os contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias da contratação pública.

Quanto aos contratos abrangidos, e à luz do regime actualmente em vigor, sempre se dirá, *por um lado*, que os procedimentos para a formação de contratos públicos estão tipificados, e, como tal, elencados de forma taxativa, nas directivas; *por outro*, nenhum dos tipos de procedimentos tipificados parece ser compatível com a previsão de uma faculdade de iniciativa inoficiosa da decisão de contratar, regulada por qualquer dos mencionados sistemas de salvaguarda da concorrência.

#### 4. Conclusões

Do que antecede, podemos, agora, em síntese, extrair as conclusões seguintes:

---

<sup>37</sup> Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Contrato Público...*, pág. 849.

- (1ª) O aproveitamento ou utilização de um bem do domínio público concedido a pessoa determinada resulta, frequentemente, da iniciativa e do interesse (imediate) do próprio particular.
- (2ª) O CCP aspira, em geral, à regulação da actividade pública pré-contratual. Todavia, não pretende excluir a coexistência de outros regimes especiais de formação de actos ou contratos: o CCP configura, antes, *o regime geral da contratação pública*, sem prejuízo da coexistência de regimes especiais.
- (3ª) Os regimes especiais convivem, ou podem conviver, com o CCP, na medida em que, consoante sejam anteriores ou posteriores à data da vigência do Código, devam ser entendidos como excluídos do âmbito da norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, ou resultem de um processo legislativo válido.
- (4ª) Na interpretação da norma revogatória do artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008, atender-se-á, nomeadamente, à relação lógico-jurídica de especialidade entre a disciplina da contratação pública constante do CCP e a prevista em outros regimes específicos. Assim, concluímos, por exemplo, pela subsistência dos procedimentos de atribuição de licenças e concessões para aproveitamento dos recursos hídricos especialmente previstos na Lei da Água e no Regime da Utilização dos Recursos Hídricos, de acordo com o princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.
- (5ª) No que respeita à superveniência de regimes especiais de contratação pública, não está o legislador impossibilitado de criar novos regimes pré-contratuais específicos relativamente à disciplina do CCP, desde que os mesmos, na sequência de um regular processo legislativo, resultem de acto normativo válido (*maxime*, com valor face ao Decreto-Lei nº 18/2008) e respeitem as exigências comunitárias prescritas em sede de contratação pública.
- (6ª) O CCP aplicar-se-á, portanto, aos procedimentos de atribuição de usos privativos de bens dominiais na medida em que não existam regimes especiais sobre a matéria. Existindo regimes especiais – em particular, não revogados pelo artigo 14º, nº 2, do Decreto-Lei nº 18/2008 ou aprovados após a entrada em vigor do Código –, o CCP será de aplicação meramente subsidiária.
- (7ª) Nas situações em que o procedimento de atribuição do uso privativo de determinado bem dominial não seja objecto de disciplina específica, aplicar-se-ão – pelo menos até à aprovação do Regime Geral dos Bens do Domínio Público (RGBDP) – as regras da contratação pública estabelecidas na Parte II do CCP, independentemente de a atribuição ser realizada mediante contrato de concessão de uso privativo (cf. art. 1º, nº 2, do CCP) ou de licença de uso privativo (cf. art. 1º, nº 3, do CCP).

Regem, nesse caso, relativamente à escolha do procedimento a adoptar, em especial, as normas dos artigos 21º e 24º do Código.

- (8ª) Tal como configurada no âmbito do CCP, a atribuição dos usos privativos de bens dominiais não será sujeita a um processo concorrencial em três hipóteses: no caso de as prestações objecto do contrato ou do acto não estarem nem serem susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (cf. artigo 5º, nº 1, do CCP); no caso de o benefício económico que possa ser obtido pelo adjudicatário com as prestações que constituam objecto do contrato ou acto serem de valor máximo inferior a 100.000€ ou sem valor (cf. artigos 21º e 17º, do CCP); no caso de a prestação objecto do contrato ou acto só poder ser confiada a uma entidade determinada (cf. art. 24º, nº 1, alínea e)).
- (9ª) A nossa lei, com vista à atribuição de utilizações privativas do domínio público hídrico, reconhece a admissibilidade de procedimentos de impulso particular, nos termos do qual a Administração não promove, antes recebe, uma determinada manifestação de interesses, publicitando-a e dando sequência a um determinado procedimento pré-contratual transparente e não discriminatório. Idêntica admissibilidade se consagra na Proposta de Lei do RGBDP.
- (10ª) Em abstracto, mostrar-se-á válida a consagração, no RGBDP, da figura das propostas não solicitadas, enquanto factor de estímulo (ainda que indirecto) à satisfação de necessidades públicas das entidades adjudicantes. Assim será, em termos elucidativos, nos casos em que estas não disponham de meios para a implementação de determinados projectos ou não estejam especialmente sensibilizadas para o aproveitamento de determinadas oportunidades. Esta é, de resto, uma exigência da necessária rentabilização do domínio público.
- (11ª) Entre os sistemas de salvaguarda da concorrência habitualmente consagrados, e ao lado do *Swiss challenge* previsto na nossa lei, poder-se-ia, ainda, introduzir um regime assente no sistema de *Best and final offer* (BAFO). O sistema de *Bónus* encontra mais obstáculos de legitimação, sendo dificilmente justificável, à luz dos princípios comunitários da igualdade de tratamento e da concorrência.
- (12ª) A admissibilidade das *unsolicited proposals* é, aqui, configurada apenas para os contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias da contratação pública. Quanto aos contratos abrangidos, e à luz do regime actualmente em vigor, sempre se dirá, *por um lado*, que os procedimentos para a formação de contratos públicos estão tipificados – e, como tal, elencados de forma taxativa – nas directivas; *por outro*, nenhum dos tipos de procedimentos tipificados parece ser compatível com a previ-

são de uma faculdade de iniciativa inoficiosa da decisão de contratar, regulada por qualquer dos mencionados sistemas de salvaguarda da concorrência. □