

MACE
DO ■ ■
VITO
RINO

ENERGIA | 7 DE NOVEMBRO DE 2024

CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO SECTOR ENERGÉTICO

M A C E
D O ■ ■
V I T O
R I N O

ÍNDICE

03 INTRODUÇÃO

04 SECTORES ESPECIAIS E O SECTOR ELÉTRICO

08 ENTIDADES ADJUDICANTES NO SECTOR DA ENERGIA

14 O REGIME DA PARTE II DO CCP

21 ESPECIFICIDADES NA FORMAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS
NO SECTOR DA ENERGIA

INTRODUÇÃO

O Código dos Contratos Públicos (“**CCP**”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, distingue entre:

- Um regime (geral) aplicável aos **sectores clássicos** (nomeadamente, aquisição e locação de bens, de serviços e de empreitadas de obras públicas); e
- Um regime aplicável aos **sectores especiais**, que configura um regime diverso em face do regime aplicável aos sectores clássicos e mais flexível do que este.

O regime aplicável aos **sectores especiais**, transposto para o CCP após a aprovação das diretivas europeias em matéria de contratação pública, aplica-se apenas a entidades e a contratos relevantes no âmbito de determinados setores de atividade económica (que eram, inicialmente, excluídos de aplicação do Direito da Contratação Pública).

Os sectores especiais, atualmente, são os seguintes:

- Energia;
- Água;
- Transportes; e
- Serviços Postais.

M A C E D O • V I T O R I N O

OS SECTORES ESPECIAIS

E O SECTOR ELÉTRICO

LIBERDADE, FLEXIBILIDADE E ESCOLHA DE PROCEDIMENTOS

Os **sectores especiais** gozam de um regime jurídico que permite uma maior liberdade e flexibilidade de atuação, em comparação com o regime geral, assegurando uma maior celeridade do devido, à importância estratégica e às características específicas destes sectores para a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos.

Esta maior flexibilidade assegura um menor condicionamento das entidades adjudicantes, que se traduz, designadamente, na liberdade de escolha do procedimento.

As entidades adjudicantes podem escolher adotar:

- Um concurso público;
- Um concurso limitado por prévia qualificação; ou
- O procedimento por negociação.

O procedimento por negociação poderá ser adotado mais facilmente, não dependendo da verificação dos requisitos previstos pelo artigo 29.º do CCP, contrariamente ao que sucede ao abrigo do regime geral.

Poderão ser utilizados, de igual forma, os sistemas de qualificação previstos pelos artigos 245.º e seguintes do CCP.

O regime aplicável aos sectores especiais prevê algumas restrições, designadamente:

- O recurso ao ajuste direto está previsto apenas em casos excecionais, em função de critérios materiais (e não com base no valor do contrato); e
- Por outro lado, não é permitido o recurso ao diálogo concorrencial.

Contudo, a maior das restrições do regime dos sectores especiais é o próprio conceito de **contrato público**, verificando-se uma considerável restrição do âmbito objetivo de aplicação das regras de contratação pública.

CONCEITO ESPECIAL DE CONTRATO PÚBLICO E FALTA DE SUJEIÇÃO À CONCORRÊNCIA

No contexto dos sectores especiais prevê-se que a Parte II do CCP, referente à contratação pública, apenas se aplica aos contratos cujo objeto abranja prestações típicas dos contratos abaixo referidos, permite saber que contratos estão submetidos às regras de formação aí contidas:

- Empreitadas de obras públicas;
- Concessão de obras públicas ou de serviços públicos;
- Locação ou aquisição de bens móveis; e
- Aquisição de serviços.

Estes contratos são, na perspetiva do legislador português, os mais relevantes para a promoção da competitividade e concorrência nos mercados em causa.

Caso um contrato a ser celebrado por entidades que são (potencialmente) entidades adjudicantes no sector da energia não englobe prestações típicas de um dos contratos acima mencionados, essas entidades, mesmo que sejam entidades adjudicantes à luz do CCP, não se encontram obrigadas a adotar as regras pré-contratuais que decorrem da Parte II do CCP.

Significa isto que estes contratos não estão sujeitos à concorrência, contrariando assim um dos pilares fundamentais do direito da contratação pública, tal como os princípios fundamentais consagrados pelo [n.º 4 do artigo 1.º do CCP](#).

INCLUSÃO DO SECTOR DA ENERGIA NOS SECTORES ESPECIAIS

O [artigo 9.º do CCP](#) descreve o âmbito de atividade dos sectores especiais da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Aí estabelece-se que são consideradas **atividades do sector da energia**:

- *As de disponibilização ou exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de gás, calor ou eletricidade, bem como a alimentação dessas redes com gás, calor ou eletricidade, respetivamente; e*
- *As de exploração de uma área geográfica para efeitos de extração de petróleo ou gás ou de prospeção ou extração de carvão ou de outros combustíveis sólidos.*

As entidades que se dediquem às atividades acima referidas são suscetíveis de estar abrangidas pelo regime dos sectores especiais, verificando-se, quanto a essas, a condição básica para que possam beneficiar do regime mais flexível aplicável aos sectores especiais: **o exercício de uma das atividades legalmente definidas como atividades desses sectores.**

Partindo deste universo que acabámos de descrever, poderemos identificar três categorias de entidades (potencialmente) abrangidas pelo regime aplicável aos sectores especiais e, relativamente às quais, deve ser averiguado se as mesmas preenchem (ou não) o conceito de «entidade adjudicante», à luz do CCP.

M A C E D O • V I T O R I N O

ENTIDADES ADJUDICANTES NO SECTOR DA ENERGIA

ENTIDADES ADJUDICANTES NO SECTOR DA ENERGIA

O CCP incluiu no respetivo âmbito de aplicação a atividade desenvolvida por entidades suscetíveis de serem consideradas entidades adjudicantes em determinados sectores: os **sectores especiais**, sendo esta objeto de disposições especiais.

Neste sentido, três categorias de entidades adjudicantes encontram-se abrangidas pelo regime aplicável aos sectores especiais:

- A Administração Pública tradicional;
- O sector público empresarial (incluindo o não concorrencial e o concorrencial); e
- Empresas privadas de interesse coletivo (entidades verdadeiramente privadas).

Em regra, a regulação dos sectores clássicos da contratação pública abrange apenas as duas primeiras categorias acima referidas (*i.e.*, a Administração Pública tradicional e o sector público empresarial), enquanto que os sectores especiais incluem também as empresas puramente privadas – ou seja, aquelas entidades que não correspondem ao figurino da Administração Pública tradicional.

ENTIDADES ADJUDICANTES NO SECTOR DA ENERGIA

O [artigo 7.º do CCP](#) elenca as entidades adjudicantes dos sectores especiais:

- As entidades que exerçam a sua atividade em regime de concorrência (isto é, com fins de natureza industrial ou comercial, i.e., mesmo que não possam ser consideradas organismos de direito público) e sobre as quais as entidades referidas ao abrigo do [artigo 2.º do CCP](#) exerçam, direta ou indiretamente influência dominante;
- As entidades (não abrangidas pelo [artigo 2.º do CCP](#)) que gozem de direitos especiais ou de exclusivo não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional;
- As entidades que agreguem exclusivamente outras entidades adjudicantes dos sectores especiais ou sejam dominadas através de (i) financiamento maioritário, (ii) controlo de gestão e (iii) designação de membros de órgãos sociais por outras entidades adjudicantes dos sectores especiais.

O [artigo 12.º do CCP](#) estende a qualificação como “entidade adjudicante dos sectores especiais” aos organismos de direito público descritos no [artigo 2.º n.º 2 do CPP](#), se e na medida em que estes exerçam atividades nos sectores da água, energia, transportes ou serviços postais, e não a qualquer outra atividade que porventura estes exerçam.

ENTIDADES ADJUDICANTES NO SECTOR DA ENERGIA

O CCP estabelece o âmbito da atividade dos sectores especiais cuja contratação o [artigo 7.º](#) incluiu no seu âmbito de aplicação. Especificamente no sector da energia relevam:

- a) *As de disponibilização ou exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de gás, calor ou eletricidade, bem como a alimentação dessas redes com gás, calor ou eletricidade, respetivamente; e*
- b) *As de exploração de uma área geográfica para efeitos de extração de petróleo ou gás ou de prospeção ou extração de carvão ou de outros combustíveis sólidos.*

As atividades previstas em (a) são as “atividades de rede”, que permitem a disponibilização ao público de determinados bens ou serviços essenciais à vida em sociedade tal como ela é concebida atualmente; neste caso, a disponibilização de energia para os mais variados fins.

Por sua vez, as atividades referidas em (b) correspondem à afetação de uma dada área geográfica a título de utilização privativa (nomeadamente por meio de concessão ou mecanismo equiparado), destinada à prospeção ou extração de combustíveis sólidos.

ENTIDADES ADJUDICANTES NO SECTOR DA ENERGIA

O CCP excetua do seu âmbito de aplicação as seguintes atividades do sector da energia:

- Atividade de alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte ou distribuição de eletricidade, quando (i) a produção de eletricidade pela entidade adjudicante seja necessária ao exercício de uma atividade diferente das referidas no [artigo 9.º](#); e (requisitos cumulativos) (ii) a alimentação daquela rede dependa apenas do consumo próprio da entidade adjudicante e não tenha excedido 30% da produção total de eletricidade dessa entidade, consoante o caso, tomando por referência a média dos três últimos anos, incluindo o ano em curso; e
- Atividade de alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da produção, transporte ou distribuição de gás ou de combustível para aquecimento quando: (i) a produção de gás ou de combustível para aquecimento pela entidade adjudicante seja a consequência inevitável do exercício de uma atividade diferente das referidas no [artigo 9.º](#); e (requisitos cumulativos) (ii) a alimentação daquela rede se destine apenas a explorar de maneira mais económica a produção de gás ou de combustível para aquecimento e não represente mais de 20% do volume de negócios da entidade adjudicante, tomando por referência a média dos três últimos anos, incluindo o ano em curso.

ENTIDADES ADJUDICANTES

Exemplos de Entidades Abrangidas no Sector da Energia

São exemplos de entidades adjudicantes no Sector da Energia em Portugal:

- REN – Serviços, S.A.;
- Municípios;
- Empresas Municipais;
- Hospitais, E.P.E.;
- Administrações Portuárias;
- Entidades Públicas (entre outros).

M A C E D O • V I T O R I N O

O R E G I M E D A P A R T E I I D O C C P

CONTRATOS ABRANGIDOS

Um contrato celebrado por uma entidade adjudicante dos sectores especiais (aqui, pessoas coletivas que não sejam pessoas coletivas públicas ou organismos de direito público) apenas ficará sujeito à Parte II do CCP caso diga **direta e principalmente respeito a uma ou a várias das atividades por ela exercidas** nos sectores especiais. Por outras palavras, se o contrato é celebrado no âmbito da atividade regulada, ou seja, se aquilo que vai adquirir vai ser funcionalmente afeto a essa atividade.

Por exemplo, caso um operador de energia adquira painéis fotovoltaicos para produção de energia, esses contratos dizem respeito, direta e principalmente, à atividade dos sectores especiais.

Para além disso, dentre estes contratos, apenas estão sujeitos à Parte II do CCP, aqueles que se incluem num dos seguintes tipos contratuais:

- Concessão de obras;
- Concessão de serviços;
- Empreitada de obras públicas, locação; ou
- Aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

CONTRATOS ABRANGIDOS

Estas questões manifestam-se no caso de entidades que, além de atividades no âmbito dos sectores especiais, desenvolvem outra que nenhuma relação tem com qualquer daquelas.

O atrás mencionado verifica-se relativamente aos contratos de concessão de serviços públicos e de obras pública, independentemente do valor do contrato.

Já no que se refere aos restantes contratos, apenas aqueles contratos que ultrapassem os valores abaixo descrito estarão sujeitos à Parte II:

- Contratos de empreitada de obras públicas: € 5.350.000;
- Contratos de aquisição de serviços e fornecimentos: € 428.000.

Por consequência, relativamente aos contratos que se encontrem abaixo destes valores, a Parte II do CCP não é aplicável.

CONTRATOS EXCECIONADOS

Por outro lado, o CCP elenca alguns contratos em sectores especiais que não estão sujeitos à Parte II do CCP, nomeadamente:

- Os contratos a executar em países terceiros, desde que não impliquem a exploração de redes públicas ou áreas geográficas na União Europeia (pode ser objeto de pedido de informação pela Comissão Europeia);
- Os contratos celebrados por entidades expostas à concorrência em mercados de acesso não limitado, reconhecidos pela Comissão Europeia; e
- Os contratos que envolvem, no fundo, uma contratação interna (*in-house*).

Precisamente, visa excluir-se da concorrência aquelas situações que envolvem, no fundo, uma contratação interna.

Nesse sentido, os contratos celebrados entre **entidades adjudicantes** e **empresas associadas** podem, em determinadas condições, ser excecionados.

CONTRATOS EXCECIONADOS

Uma “empresa associada”, para efeitos de concretização desta exclusão, é (critérios não cumulativos):

1. Uma pessoa coletiva que tenha as suas contas anuais consolidadas com as da entidade adjudicante;
2. Pessoa coletiva sobre a qual a entidade adjudicante possa exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em virtude, nomeadamente, de deter a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito de designar, direta ou indiretamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, direção ou fiscalização;
3. Pessoa coletiva que possa exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante sobre a entidade adjudicante, em virtude de qualquer uma das situações referidas *supra*;
4. Qualquer pessoa coletiva que, conjuntamente com a entidade adjudicante, esteja sujeita, direta ou indiretamente, à influência dominante de uma terceira entidade, em virtude de qualquer uma das situações referidas em (2).

CONTRATOS EXCECIONADOS

Os contratos celebrados entre entidades adjudicantes e empresas associadas podem ser excluídos se:

- As entidades que operam nos sectores especiais devem ter sido criadas para atuar nesses sectores por um período mínimo de três anos e os instrumentos jurídicos que as constituem devem estabelecer que as entidades que dela fazem parte as integrem durante, pelo menos, o mesmo período; e
- Pelo menos 80% da média do volume de negócios da empresa associada, nos últimos três anos, tenha como origem contratos realizados com a entidade adjudicante ou outra empresa do mesmo grupo. Se a empresa foi criada há menos de três anos, essa projeção de 80% pode ser calculada com base em projeções futuras da sua atividade.

Por exemplo, imaginemos uma empresa do sector da energia que detenha uma subsidiária responsável pela manutenção de infraestruturas elétricas; ora, se a empresa-mãe decide celebrar um contrato com essa subsidiária para realizar obras ou serviços, esse contrato pode ser isento das regras normais de contratação pública, desde que a subsidiária cumpra os requisitos para a sua classificação como empresa associada.

CONTRATOS EXCECIONADOS

Dada a complexidade deste regime e a possibilidade de alteração rápida dessas relações de associação (por exemplo, uma empresa pode deixar de estar sujeita à influência dominante ou ter uma mudança no seu volume de negócios), o CCP permite que a Comissão Europeia solicite informações sobre, designadamente, as empresas associadas e os contratos que celebram.

Esse mecanismo de fiscalização existe para garantir que as exceções não sejam usadas de forma abusiva para evitar a concorrência.

M A C E D O • V I T O R I N O

ESPECIFICIDADES NA FORMAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS
NO SECTOR DA ENERGIA

REGRAS DE PUBLICIDADE

Em termos gerais, as regras de publicidade reportam-se à divulgação da intenção de celebrar contratos públicos e à prestação de informações sobre sua conclusão.

Para estes efeitos, existem três tipos de anúncios:

- Os anúncios periódicos indicativos;
- Os anúncios de procedimentos de formação de contratos; e
- Os anúncios de adjudicação.

Vejamos:

Anúncios periódicos indicativos. Quando os contratos estiverem diretamente relacionados com atividades nos sectores especiais, as entidades adjudicantes podem publicar um anúncio periódico indicativo no Jornal Oficial da União Europeia, conforme a secção I, parte A, do Anexo VI da Diretiva 2014/25/UE. Esse anúncio, em regra, abrange um período máximo de 12 meses. Além disso, não pode ser publicado num perfil de adquirente antes de ser enviado ao Serviço das Publicações da União Europeia, devendo a data de envio constar no primeiro anúncio.

REGRAS DE PUBLICIDADE

Anúncios de procedimentos de formação de contratos. Quando o contrato a celebrar estiver direta e principalmente relacionado com uma ou mais das atividades exercidas nos sectores da especiais pelas entidades adjudicantes, o anúncio a ser publicado no Jornal Oficial da União Europeia deve conter as informações previstas no Anexo XI da Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro.

Anúncios de adjudicação. Se o procedimento do contrato for publicitado no Jornal Oficial da União Europeia, a entidade adjudicante deve publicar anúncio em até 30 dias após a celebração, conforme os modelos da Diretiva 2014/24/UE ou 2014/25/UE. O mesmo se diz para as adjudicação tenha sido decidida na sequência de ajuste direto.

Quando o contrato for relacionado com atividades nos sectores especiais, as regras acima apenas se aplicam nos casos em que o valor do contrato seja igual ou superior a:

- a) € 5.382.000, para contratos de empreitada de obras públicas;
- b) € 140.000, para contratos de locação, aquisição de bens móveis ou serviços.

PEÇAS PROCEDIMENTAIS

Em sede de concurso público e de concurso limitado, em procedimentos para celebração de contratos dos sectores especiais, os programas de concurso podem incluir cláusulas para proteger a confidencialidade das informações contidas nas peças do procedimento (contrariamente às regras gerais da contratação pública segundo as quais devam adjudicar os seus contratos por meio de procedimentos transparentes).

Estas cláusulas de confidencialidade visam garantir a tutela dos segredos industriais e comerciais das empresas puramente privadas que possam ser entidades adjudicantes.

O CCP não especifica quais os moldes em que se desenvolverá esta confidencialidade. Contudo, tem sido entendido que podem ser adotados mecanismos semelhantes aos previstos pelo direito privado:

- **Obrigações pré-contratuais de confidencialidade e sigilo** que vinculem os participantes não apenas durante, mas também após a participação nos procedimentos; e
- **Penalidades (de natureza pecuniárias)**, em caso de violação da obrigação de sigilo.

Sem prejuízo do atrás referido, na contratação nos sectores especiais, estamos num contexto marcadamente jurídico-público, pelo que alguns princípios fundamentais não podem ser completamente afastados: (i) o **princípio da concorrência** que exige maximizar o acesso dos interessados aos procedimentos e o (ii) **princípio da proporcionalidade** que requer que as medidas adotadas para garantir a confidencialidade sejam estritamente necessárias e não desencorajem injustamente a participação dos interessados nos procedimentos.

PRAZOS PARA A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS

Os contratos no âmbito dos sectores especiais têm particularidades relativamente aos prazos para apresentação de propostas e candidaturas.

A grande manifestação da flexibilidade do regime concretiza-se na possibilidade de existir um **acordo entre a entidade adjudicante e os candidatos qualificados para sobre a fixação do prazo para a apresentação de propostas em concurso limitado por prévia qualificação.**

O CCP admite que no convite que envia aos candidatos qualificados para a apresentação de propostas a entidade adjudicante indique um prazo mais curto que o prazo que resulta do CCP. Assim:

- Caso os candidatos qualificados não manifestem oposição à fixação do prazo mais curto, no prazo de dois dias a contar da receção do convite, considera-se o mesmo aceite; ou

- Caso haja alguma manifestação de oposição, fica sem efeito essa determinação, devendo a entidade adjudicante notificar imediatamente todos os candidatos qualificados de que o prazo aplicável é o que resulta da lei.

No entanto, caso o prazo para apresentação das propostas tenha sido fixado através de um acordo tácito com os candidatos qualificados, não haverá justificação para a respetiva prorrogação com fundamento de que os esclarecimentos ou retificações das peças do procedimento foram prestados para além do prazo legal ou por implicarem alterações a aspetos fundamentais dessas peças.

Estas regras são, de igual modo, aplicáveis aos procedimentos de negociação tramitados por entidades adjudicantes dos sectores especiais.

SISTEMAS DE QUALIFICAÇÃO

Na senda da maior flexibilidade do regime aplicável aos setores especiais, poderão ser utilizados os sistemas de qualificação.

Os sistemas de qualificação são mecanismos de simplificação na fase de seleção de candidatos qualificados para participar na apresentação de propostas em contratos públicos.

Estes sistemas visam substituir a fase de apresentação e seleção de candidaturas em procedimentos como o concurso limitado e o procedimento de negociação. Isso torna o processo mais eficiente, evitando a necessidade de repetidas avaliações de capacidade para os mesmos fornecedores em diferentes concursos.

Nos sistemas de qualificação:

- Apenas são selecionadas as entidades que serão convidadas posteriormente a apresentar propostas;
- Está abrangida uma gama mais ampla de contratos, incluindo contratos de empreitada; e

- São um procedimento que, de forma geral, substitui as fases de qualificação em futuros processos.

O princípio da não discriminação é fundamental nos sistemas de qualificação, pois estes não devem ser usados para limitar a concorrência de forma injusta.

Assim, os critérios de qualificação devem ser objetivos e não discriminatórios, geralmente relativos a:

- Capacidade técnica dos candidatos; e
- Capacidade financeira para cumprir o contrato a ser adjudicado.

Esses critérios devem ser adequados à natureza do contrato e ao tipo de prestação.

Além disso, as especificações técnicas exigidas podem ser substituídas por alternativas que alcancem o mesmo resultado, desde que demonstrado.

MACE
DO ■ ■
VITO
RINO

CONTACTOS

MV@MACEDOVITORINO.COM

TEL. (351) 213 241 900

RUA DO ALECRIM, 26E 1200-018 LISBOA

PORTUGAL

MACEDOVITORINO.COM