A Arquitetura Jurídica da Contratação Excluída: Entre a Concorrência e a Auto-Organização Pública

Artur Trindade Mimoso

Mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa

RESUMO

O presente ensaio analisa, numa perspetiva jurídico-dogmática e sistemática, o regime da contratação excluída previsto nos artigos 5.º e 5.º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP), articulando-o com o Direito da União Europeia, com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e com os princípios estruturantes da atividade administrativa. Demonstra-se que o afastamento da Parte II do CCP não constitui uma derrogação excecional ao princípio da concorrência, mas antes a aplicação de um princípio europeu fundamental: a concorrência só é exigível quando existe mercado funcional e suscetível de competição. Assim, os modelos de contratação in house e de cooperação interadministrativa configuram modalidades legítimas de auto-organização do Estado, desde que verificadas as condições estritas estabelecidas no artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE, nomeadamente o controlo análogo, a predominância da atividade e a inexistência de influências privadas. Conclui-se que a contratação excluída não corresponde a uma liberdade incondicionada, mas a um espaço de responsabilidade acrescida, cujo controlo se exerce através dos tribunais, dos órgãos de fiscalização e do dever constitucional de fundamentação. O equilíbrio entre autonomia organizativa e escrutínio jurídico constitui o núcleo da racionalidade do regime e a garantia da sua conformidade com o Estado de direito democrático.

ABSTRACT

This article provides a systematic and dogmatic analysis of the legal regime governing excluded procurement under Articles 5 and 5-A of the Portuguese Code of Public Contracts (CCP), examining its relationship with EU Public Procurement Law, the case law of the Court of Justice of the European Union, and the constitutional principles of administrative activity. The study demonstrates that the exclusion of Part II of the CCP does not constitute a derogation from the principle of competition but rather reflects a core European principle: competition mechanisms apply only where a functional and competitive market exists. In-house contracting and horizontal inter-administrative cooperation thus emerge as legitimate forms of administrative self-organisation, provided that the strict requirements of Article 12 of Directive 2014/24/EU are met, including analogous control, predominance of activity and the absence of decisive private influence. The article concludes that excluded procurement is not a space of unrestrained discretion but one of heightened responsibility, subject to judicial review, financial oversight and constitutional duties of reasoning. The balance between organisational autonomy and legal scrutiny forms the normative foundation of the regime and ensures its compatibility with the democratic rule of law.

1. INTRODUÇÃO: A FUNÇÃO DELIMITADORA DO ARTIGO 5.º DO CCP NO SISTEMA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A compreensão do instituto da **contratação excluída** impõe, como primeira tarefa metodológica, a análise do seu enquadramento estrutural no conjunto normativo do Código dos Contratos Públicos (CCP). O artigo 5.º situa-se no **Título I (*"Disposições gerais"*) da Parte I (*"Âmbito de aplicação"*)**, assumindo a função de dispositivo limiar, cujo objetivo é delimitar **quais as situações em que a Administração Pública deve ativar o regime concorrencial da Parte II**, relativo à formação dos contratos públicos.

A redação do **artigo 1.º, n.º 2 do CCP**, recorda que:

"O regime da contratação pública estabelecido na Parte II é aplicável à formação dos contratos públicos (…) ***que não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação****".*

Daqui resulta que a aplicação da Parte II não é universal, mas antes dependente da verificação dos critérios e exclusões definidos nos artigos 4.º a 6.º-B. A delimitação negativa da Parte II constitui, assim, um momento dogmaticamente tão relevante quanto a delimitação positiva, justificando a profunda atenção doutrinal que lhe tem sido dedicada desde 2008.

1.1. A natureza jurídico-sistemática da contratação excluída

O artigo 5.º integra o que a doutrina denomina *"****área de imuninidade procedimental****",* isto é, um conjunto de contratos cuja formação não está sujeita aos procedimentos concorrenciais. Tal como explicitado por Sérvulo Correia:

"*As categorias dos contratos excluídos (art. 4.º) e da contratação excluída (art. 5.º) formam duas áreas imunes à incidência imperativa da Parte II do Código".*

Contudo, importa desde já dissipar equívocos frequentes:

"a contratação excluída não é contratação fora do Direito*, mas uma contratação submetida a* ***regime jurídico-administrativo diferente*** *do aplicável aos contratos sujeitos a procedimento concorrencial".*

Assim, duas consequências estruturantes decorrem da localização sistemática do preceito:

a) A contratação excluída **não elimina a incidência do CCP como um todo**, mas apenas da Parte II;
b) A contratação excluída continua sujeita **aos princípios gerais da atividade administrativa (CPA)**, incluindo legalidade, prossecução do interesse público, igualdade, imparcialidade e proporcionalidade, como reiteradamente sublinhado na doutrina:

"A aplicabilidade dos princípios gerais do CPA é mais do que suficiente para assegurar juridicidade, moralidade e responsabilidade democrática na contratação excluída".

Trata-se, pois, de uma **reserva de flexibilidade**, não de uma zona cinzenta.

1.2. A teleologia da contratação excluída: porquê excluir contratos da Parte II?

O legislador português, seguindo o modelo das Diretivas europeias, reconhece que existem situações em que **não há mercado a proteger**, pelo que a aplicação de mecanismos de concorrência não só seria inútil, como poderia ser contraproducente, onerando a Administração sem ganhos de eficiência.

A razão de ser *("ratio legis")* das exclusões previstas no artigo 5.º permanece constante ao longo das revisões do CCP:

"Nenhuma das alterações do artigo 5.º transformou a razão de fundo que justifica as exceções: reservar ao Estado uma liberdade de apreciação no desempenho de tarefas fundamentais como gestão financeira, segurança, ou coordenação de atribuições públicas."

Assim, a **contratação excluída** é o instrumento através do qual o legislador:

a) evita impor concorrência artificial onde ela não é apropriada;
b) assegura a continuidade operacional da Administração;
c) estrutura a relação entre entidades públicas quando estas não se encontram em plano de igualdade com operadores privados;
d) evita distorções ao funcionamento interno do Estado.

Em termos de política legislativa, a contratação excluída funciona como mecanismo de **simplificação administrativa**, **proteção da autonomia organizacional** e **racionalização da despesa pública**.

1.3. A centralidade do critério da suscetibilidade de concorrência

A doutrina tem defendido que o artigo 5.º funda-se essencialmente num **critério material**: a relevância ou irrelevância do mercado. Tal entendimento harmoniza-se com o Direito da União Europeia e é sustentado por autores como Rui Medeiros:

A Parte II só deve aplicar-se quando o contrato integra prestações *"suscetíveis de estar submetidas à concorrência do mercado"*.

Este teste da *"suscetibilidade de concorrência"* obriga a uma análise económica e fática concreta, que considera:

1. A natureza da prestação

- Se é prestada com exclusividade legal (ex.: funções soberanas);
- Se envolve monopólios naturais.

2. As características técnicas ou organizacionais

- Quando apenas uma entidade pode executar a prestação.

3. A posição relativa das partes

- Quando existe relação hierárquica ou de controlo.

4. O contexto da formação do contrato

- Urgência, inexistência de operadores privados, especialidades setoriais.

Este critério aproxima o CCP de uma lógica **concorrencial substantiva**, característica das Diretivas de 2014, que exigem que a sujeição ao procedimento dependa não da tipologia contratual, mas da existência real ou potencial de mercado.

O artigo 5.º constitui assim um **dispositivo-chave de filtragem**, permitindo distinguir entre:

a) **Contratação concorrencial**, quando exista mercado;
b) **Contratação organizacional**, quando inexistente.

1.4. A relação entre contratação excluída e contratos excluídos

Sendo ambos institutos de exclusão, importa clarificar a diferença.

Contratos excluídos (art. 4.º)

Estão integralmente fora do CCP, por razões materiais (defesa, sigilo, operações financeiras, etc.) e constituem um perímetro completo de não aplicação.

Contratação excluída (art. 5.º)

Os contratos são abrangidos pelo CCP, mas **não seguem procedimentos concorrenciais**.

Como explica Sérvulo Correia:

"Os contratos excluídos limitam o regime da contratação pública e dos contratos administrativos; a contratação excluída limita somente o alcance do regime da contratação pública, sendo neutra quanto aos contratos administrativos."

Esta distinção é essencial para evitar interpretações extensivas que criem espaços de contratação sem enquadramento jurídico.

1.5. A progressiva integração do Direito da União Europeia na delimitação da contratação excluída

A contratação excluída não deriva apenas de escolhas internas, mas é também imposta pela necessária articulação com o **Direito da União Europeia**.

A Diretiva 2014/24/UE não impõe a aplicação de regras concorrenciais a:

a) Relações intra-administrativas de controlo análogo (in house);
b) Cooperação horizontal;
c) Contratos que não possuam interesse transfronteiriço;
d) Prestações sem mercado concorrencial relevante.

A evolução do CCP, especialmente após 2017, reflete claramente esta harmonização com o Direito da União Europeia. A própria redação do artigo 5.º-A evidencia que o n.º 4 do antigo artigo 5.º foi autonomizado para transpor o artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE, relativo aos contratos entre entidades do setor público.

O artigo 5.º deve, portanto, ser interpretado em consonância com o artigo 5.º-A e com a jurisprudência europeia sobre entidades instrumentais, cooperação institucional e contratos sem impacto no mercado interno.

1.6. A contratação excluída como ferramenta de governança pública moderna

A teorização da contratação excluída enfatiza que muitas relações entre entidades públicas não correspondem a trocas mercantis, mas a **formas de articulação institucional**:

relações em que *"uma das entidades atua como prolongamento operativo da outra"*, aproximando-se de um *"departamento interno"* ampliado.

O mesmo ocorre na cooperação horizontal, descrita como:

cooperação *"no âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e que apresentam conexão relevante entre si"*.

A contratação excluída é, por isso, uma peça essencial de:

e) Cooperação interadministrativa;
f) Articulação multinível (central-local);
g) Gestão partilhada de recursos;
h) Modernização tecnológica;
i) Prestação integrada de serviços públicos.

Em síntese, o artigo 5.º não é apenas uma norma de exclusão procedimental: **é uma norma de organização administrativa, que disciplina a forma como o Estado se relaciona consigo próprio e com as suas entidades instrumentais.**

2. A ARQUITETURA JURÍDICA DA CONTRATAÇÃO EXCLUÍDA: ENTRE A NÃO-CONCORRÊNCIA, A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E A ECONOMIA DA FUNÇÃO PÚBLICA

2.1. A contratação excluída como mecanismo de racionalização do Estado

A contratação excluída, tal como consagrada no artigo 5.º do CCP, não é um simples catálogo de exceções. É um instituto que espelha um **modo de organização do Estado** e revela uma opção doutrinária e normativa consistente: **a de que a concorrência não é um valor absoluto**, mas um instrumento de eficiência a utilizar apenas quando existe mercado capaz de gerar competição real.

A leitura do artigo 5.º faz emergir esta ideia: a Parte II do CCP só deve ser aplicada quando existam condições para competição entre operadores económicos. Quando tais condições não se verificam, por inexistência de mercado, por vínculos estruturais entre entidades ou pela natureza intrínseca da atividade pública, impor mecanismos concorrenciais seria não apenas inútil, mas até prejudicial, criando custos administrativos desnecessários.

Este racional aproxima-se das leituras doutrinárias contemporâneas do Direito Administrativo estrutural, que reconhecem que a Administração Pública não se reduz a relações contratuais com terceiros, mas incorpora **relações internas, instrumentais e cooperativas**, através das quais concretiza atribuições públicas.

As Diretivas e à jurisprudência do TJUE contribuem para este entendimento ao descrever relações intra-administrativas que, como resulta da jurisprudência Teckal (C-107/98) e do artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, configuram situações em que a entidade prestadora funciona como extensão interna da entidade adjudicante, sob controlo análogo.

Esta conceptualização é coerente com a própria lógica da contratação in house e da cooperação pública, hoje densificadas no artigo 5.º-A.

2.2. O critério estruturante da suscetibilidade de concorrência: mais do que um teste económico

Embora o artigo 5.º, n.º 1 identifique a inexistência de concorrência como núcleo da exclusão, a doutrina tem vindo a realçar que este critério não é puramente económico: é **um critério jurídico-funcional**, que deve ser aferido à luz de vários elementos cumulativos ou convergentes.

A suscetibilidade de concorrência deve ser analisada atendendo a:

1. **Características da prestação –** quando a atividade só pode ser desempenhada por entidade pública (por força de lei, reserva pública ou monopólio natural), não existe mercado relevante.
2. **Estrutura do setor –** se o setor é composto exclusivamente por entidades administrativas, não há operadores privados aptos a competir.
3. **Configuração jurídico-organizacional –** quando uma entidade é dominada estruturalmente por outra, existindo *"controlo organizacional"*, não há lugar a competição efetiva.
4. **Interesses públicos exclusivos –** quando a prestação se inscreve num núcleo essencial de políticas públicas, a concorrência pode não ser compatível com a tutela do interesse público.

A tese sobre o **Princípio da Concorrência** confirma esta lógica ao sublinhar que a Parte II só opera quando a prestação *"está ou é suscetível de estar aberta à competição do mercado"*.

De forma inovadora, propõe-se aqui interpretar o critério da suscetibilidade de concorrência não apenas como exame do mercado, mas como **testemunho do estatuto institucional da entidade destinatária do contrato**: quanto mais estreito o vínculo entre as entidades, menor a relevância do mercado e, portanto, menor a aplicabilidade da Parte II.

2.3. A contratação excluída como expressão da autonomia organizacional da Administração

O artigo 5.º assume especial relevância na medida em que estabelece uma fronteira entre:

- **contratação pública concorrencial**,
- e **atividade administrativa interna ou semi-interna**, na qual o Estado atua como estrutura integrada, e não como agente económico no mercado.

Isto torna o artigo 5.º uma norma de **organização administrativa**, e não apenas uma norma de contratação.

As Diretivas e à jurisprudência do TJUE fornecem pistas importantes neste domínio como resulta do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, que prevê a cooperação entre entidades adjudicantes para execução conjunta de tarefas públicas que lhes são atribuídas, sem finalidade comercial e regidas exclusivamente por considerações de interesse público.

Este tipo de relações não se insere no paradigma mercado–administração, mas no paradigma **estrutura-função pública**.

Assim, a contratação excluída funciona como um instrumento jurídico que:

1. **Preserva a coerência interna do Estado**, evitando que relações orgânicas ou funcionais sejam submetidas a lógicas negociais que lhes são alheias;
2. **Garante a coordenação entre entidades com funções complementares**, permitindo que partilhem recursos, serviços e capacidades;
3. **Evita duplicação de estruturas**, promovendo racionalização administrativa;
4. **Assegura continuidade de políticas públicas**, especialmente em setores essenciais (defesa, segurança, proteção civil, sistemas informáticos estruturantes).

Neste sentido, a contratação excluída não representa uma *"fuga ao CCP"*, mas antes uma técnica de governação pública moderna.

2.4. A contratação excluída e o seu diálogo com o Direito Europeu: uma normalidade, não uma exceção

As Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/EU, longe de apenas imporem mecanismos concorrenciais, estabelecem espaços de não aplicação baseados exatamente nas mesmas razões do artigo 5.º: inexistência de mercado, relações de controlo público e cooperação interadministrativa.

Este diálogo é particularmente visível na estrutura do artigo 5.º-A, que densifica:

- contratação in house (controlo análogo, predominância de atividade, ausência de capital privado);
- cooperação horizontal (execução conjunta de tarefas públicas, exclusividade de interesse público, participação no mercado inferior a 20%).

O próprio artigo 5.º-A do CCP, conjugado com o artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE,

confirma que o legislador português transpôs fielmente os modelos europeus.

Com efeito, *"o n.º 4 do artigo 5.º deu lugar ao artigo 5.º-A, transpondo o artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE"*.

Daqui resulta uma conclusão essencial e inovadora: a contratação excluída não é uma particularidade do direito português, mas expressão de um princípio europeu de racionalidade administrativa.

A exclusão da Parte II é, assim, um mecanismo de harmonização estrutural com o modelo europeu de governação pública, que reconhece que a Administração Pública não é apenas um *"comprador"* no mercado, mas também um sistema organizacional integrado.

3. A CONTRATAÇÃO IN HOUSE E A COOPERAÇÃO INTERADMINISTRATIVA NO ARTIGO 5.º-A DO CCP: ENQUADRAMENTO EUROPEU E RECONSTRUÇÃO JURÍDICA

A compreensão profunda do artigo 5.º-A do Código dos Contratos Públicos exige uma leitura integrada com o direito europeu da contratação pública, em particular com o artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE e com a jurisprudência estruturante do Tribunal de Justiça da União Europeia. É este quadro europeu que legitima e molda a existência de dois grandes grupos de relações jurídico-contratuais que, embora formalmente materializadas por contratos, não são tratadas pelo ordenamento jurídico como *"contratação pública"*, por não se enquadrarem no paradigma mercado, Administração. Este duplo regime, contratação in house e cooperação horizontal, é acolhido quase literalmente pelo artigo 5.º-A, cujos requisitos e limites reproduzem o modelo europeu e refletem a opção sistemática de preservar a liberdade organizativa dos Estados-Membros.

A *contratação in house* constitui a expressão paradigmática da exceção à regra da concorrência quando a Administração decide recorrer a entidades que, como reconhecido no acórdão Stadt Halle (C-26/03) e no artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE, funcionam como extensões internas da organização pública, sob controlo estruturado e predominância de atividade. A jurisprudência europeia, iniciada com o acórdão Teckal e consolidada em decisões posteriores como Stadt Halle, estabeleceu que não existe contratação pública quando a entidade controladora exerce sobre a entidade adjudicatária um controlo análogo ao que possui sobre os seus próprios serviços, e quando a entidade controlada afeta a maior parte da sua atividade às entidades públicas que a controlam. Estes elementos, controlo análogo e predominância da atividade, foram assumidos na Diretiva 2014/24/UE como requisitos cumulativos, exigindo ainda que não exista participação privada com influência decisiva,

critério este que visa assegurar que o contrato não interfira com o mercado concorrencial nem distorça a igualdade de oportunidades dos operadores económicos.

O regime português reproduz estes elementos essenciais. O artigo 5.º-A consagra que o controlo análogo deve permitir à entidade pública exercer influência determinante sobre os objetivos estratégicos e sobre as decisões relevantes da entidade prestadora, de forma semelhante ao que ocorreria se esta fosse um departamento interno. Não basta qualquer forma de controlo; exige-se um controlo efetivo, estável e juridicamente garantido. Por outro lado, a afetação da atividade num mínimo de 80% assegura que a entidade instrumental não atua no mercado, reforçando o carácter organizacional da relação. A ausência de capital privado com influência decisiva reforça a separação entre estas relações administrativas e o domínio concorrencial, instrumento essencial para evitar que interesses privados interfiram numa relação que, pela sua natureza, deve permanecer exclusivamente pública.

A contratação horizontal, prevista no n.º 5 do artigo 5.º-A, representa a outra vertente das relações intra-públicas excluídas da Parte II do CCP. Ao contrário da contratação in house, que assenta num modelo vertical de controlo entre entidades, a cooperação horizontal baseia-se na coordenação e colaboração entre entidades adjudicantes autónomas, situadas num plano de igualdade institucional, que decidem desempenhar em conjunto determinadas tarefas públicas. Esta forma de cooperação foi igualmente criada e moldada pelo direito europeu, que reconheceu que a prossecução de atribuições comuns pode justificar a celebração de contratos entre entidades públicas sem submissão às regras da contratação pública, desde que tais contratos visem exclusivamente o interesse público e não constituam um meio de contornar a concorrência.

O artigo 12.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24/UE estabelece, assim, critérios precisos: a cooperação deve destinar-se ao exercício conjunto de funções públicas que todas as entidades cooperantes têm competência para desempenhar; a relação deve ser regida exclusivamente por considerações de interesse público; e a atividade económica que eventualmente resulte dessa cooperação não pode exceder limites residuais, geralmente fixados em 20% da atividade abrangida. Estes requisitos foram integralmente acolhidos pelo legislador português. A cooperação horizontal não pode servir de instrumento para criação de estruturas híbridas que operem no mercado, nem para ocultar prestações economicamente relevantes, constituindo antes um mecanismo de racionalização da Administração mediante a junção de recursos, conhecimentos e capacidades.

Tanto a contratação in house como a cooperação interadministrativa partem de um fundamento comum: a inexistência de mercado concorrencial relevante. A razão pela qual estas relações não são sujeitas à Parte II do CCP não reside em qualquer privilégio ou derrogação arbitrária, mas sim no reconhecimento de que estas modalidades representam formas de auto-organização administrativa, em que o Estado atua não como comprador no mercado, mas como entidade complexa que coordena internamente as suas estruturas ou que coopera com outras entidades da esfera pública para melhor prosseguir o interesse coletivo. A não aplicação da Parte II não significa ausência de juridicidade: estas relações permanecem plenamente sujeitas aos princípios constitucionais, nomeadamente os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da prossecução do interesse público e da boa administração, tal como densificados no Código do Procedimento Administrativo.

Assim, o artigo 5.º-A não deve ser lido como uma porta aberta à contratação informal ou como um escape ao regime concorrencial. É, pelo contrário, uma peça fundamental de um sistema equilibrado de contratação pública, em conformidade com o modelo europeu, que reconhece a complexidade da Administração contemporânea e a necessidade de admitir espaços de organização interna e de cooperação pública que não se confundem com o funcionamento do mercado. A sua função é clarificar, ordenar e legitimar estas formas específicas de relação jurídico-administrativa, garantindo que a exclusão procedimental não compromete a juridicidade, a transparência e a responsabilidade pública, mas que também não impõe à Administração encargos concorrenciais inadequados quando a lógica organizacional interna prevalece sobre a lógica económica.

4. O CONTROLO JURÍDICO DA CONTRATAÇÃO EXCLUÍDA E OS RISCOS DE UTILIZAÇÃO INDEVIDA: ENTRE A GARANTIA DE JURIDICIDADE E A SALVAGUARDA DO ESPAÇO PÚBLICO

A existência de um regime de contratação excluída e de contratação intra-pública, conforme previsto nos artigos 5.º e 5.º-A do CCP, coloca inevitavelmente a questão do controlo jurídico aplicável a estas formas de contratação. A não aplicação da Parte II não significa esvaziamento da juridicidade nem abertura de um espaço de discricionariedade incondicionada. Muito pelo contrário: à medida que o legislador europeu afirma a liberdade de organização interna dos Estados, exige paralelamente mecanismos robustos de controlo capazes de prevenir desvios, abusos e instrumentalizações indevidas da exceção procedimental.

A primeira dimensão do controlo reside na própria estrutura normativa do CCP e do CPA, cujos princípios moldam a atuação administrativa, mesmo quando esta atua fora do regime concorrencial. A Administração continua vinculada ao princípio da legalidade, que opera aqui com particular intensidade: não pode recorrer ao artigo 5.º ou ao artigo 5.º-A sem demonstrar, de forma expressa e fundamentada, que se verificam os requisitos legais da exclusão. A justificação não pode ser meramente declarativa; deve explicar por que razão a relação se afasta do mercado e permanece confinada ao domínio da auto-organização pública ou da cooperação interadministrativa.

Este dever de fundamentação, que decorre dos artigos 152.º e 153.º do CPA, assume uma função constitucional de garantia: protege os princípios da imparcialidade e da igualdade, evitando que a Administração utilize a contratação excluída como mecanismo para privilegiar entidades específicas ou para evitar o escrutínio inerente aos procedimentos concorrenciais. O afastamento da Parte II não significa afastamento da exigência argumentativa do Estado, significa antes a sua intensificação. Quanto menos denso é o procedimento, maior deve ser a densidade substantiva da decisão.

A segunda dimensão do controlo encontra-se no controlo jurisdicional, que permanece integralmente aplicável. Os tribunais administrativos têm competência para verificar: (i) se estavam reunidos os requisitos legais da contratação excluída; (ii) se a escolha do regime foi adequada, proporcional e não arbitrária; e (iii) se a relação constitui, de facto, uma relação intra-pública que não distorce o mercado. Em jurisprudência portuguesa já consolidada, verifica-se que a ausência de procedimento não impede a sindicância judicial da decisão que

optou pelo afastamento da Parte II. Para o juiz, a questão não é saber se o procedimento existiu, mas se deveria ter existido.

Esta lógica aproxima o controlo nacional do modelo europeu, em que a jurisprudência do TJUE afirma recorrentemente que os contratos intra-públicos devem ser avaliados materialmente, e não pela forma jurídica da entidade. O risco que as Diretivas procuram evitar, e que os tribunais nacionais devem controlar, é que a aparência de relação pública esconda práticas que tenham impacto no mercado, permitindo que entidades formalmente públicas atuem como operadores económicos privilegiados. Assim, o controlo jurisdicional é um elemento indispensável para assegurar que o in house e a cooperação pública não são utilizados como mecanismos de fuga à concorrência, mas apenas como instrumentos legítimos de organização administrativa.

A terceira dimensão de controlo é exercida pelas entidades de auditoria e fiscalização financeira, que, no ordenamento português, incluem o Tribunal de Contas e os órgãos de controlo interno das entidades públicas. Estes órgãos têm competência para aferir não apenas a conformidade formal das relações excluídas, mas também a sua vantagem económica, a adequação do modelo escolhido e a razoabilidade da solução adotada. A análise da economicidade desempenha um papel crucial: mesmo quando o contrato está legalmente fora da Parte II, não está fora da exigência constitucional de gestão eficiente dos recursos públicos. A liberdade organizativa não pode servir para justificar ineficiências, duplicação de estruturas ou parcerias públicas disfuncionais.

Existe ainda uma quarta dimensão de controlo: o controlo político e democrático, especialmente relevante no domínio das autarquias locais, empresas municipais e entidades intermunicipais. A contratação excluída, por não produzir o mesmo grau de publicidade e exposição que os procedimentos concorrenciais, exige mecanismos reforçados de transparência interna: publicação de deliberações, divulgação de relatórios de cooperação, fundamentação das decisões em assembleias deliberativas. A legitimidade democrática do modelo depende desta abertura.

Compreende-se, portanto, que o verdadeiro risco da contratação excluída não reside na ausência de procedimento, mas na possibilidade de utilização indevida da exceção para contornar a função concorrencial do CCP. Entre os riscos mais relevantes destacam-se: **(i)** o uso abusivo do in house para proteger entidades públicas ineficientes; **(ii)** a criação artificial de relações de controlo para justificar contratos que, na realidade, deveriam ser abertos ao mercado; **(iii)** a manipulação da cooperação horizontal para partilhar recursos com efeitos económicos indiretos mas significativos; e **(iv)** a criação de entidades instrumentais com dupla vocação, pública e comercial, que acabam por operar em zonas cinzentas entre o mercado e a Administração.

Estes riscos tornam ainda mais relevante uma leitura sistemicamente responsável do artigo 5.º-A. A contratação in house não pode ser interpretada como um privilégio, mas como uma solução excecional, restrita a casos em que a entidade instrumental funciona como verdadeiro prolongamento da Administração. A cooperação horizontal não pode ser vista como um expediente para desconsiderar o mercado, mas como instrumento para reforçar a capacidade pública através da articulação institucional. A exclusão procedimental só é legítima quando a

realidade administrativa demonstra, de forma inequívoca, que a relação não tem natureza económica nem impacto sobre operadores privados.

Por essa razão, a doutrina contemporânea tende a propor uma leitura restritiva e cuidadosa destes regimes, recomendando que se faça uma análise substancial, não meramente formal, da realidade funcional das entidades envolvidas. A melhor forma de assegurar a integridade do sistema é compreender que o artigo 5.º-A não é um espaço de liberdade, mas um espaço de responsabilidade acrescida: à medida que diminui o controlo procedimental, aumenta o dever de fundamentação, de transparência e de justificação racional da escolha administrativa.

Em suma, o controlo jurídico da contratação excluída é multifacetado e exige uma articulação equilibrada entre legalidade, transparência, eficiência e interesse público. A exceção procedimental só cumpre a sua função quando não é utilizada como forma de ocultar a escolha pública, mas sim como instrumento legítimo de organização interna e de cooperação interadministrativa. Esta tensão entre liberdade organizativa e obrigação de escrutínio constitui um dos aspetos mais sofisticados e mais críticos do regime da contratação excluída, e é também o garante da sua plena compatibilidade com o Estado de direito democrático.

5. CONCLUSÃO GERAL: A CONTRATAÇÃO EXCLUÍDA COMO ESPAÇO DE LIBERDADE ORGANIZATIVA E RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A análise desenvolvida ao longo dos capítulos anteriores demonstra que o regime da contratação excluída, consagrado nos artigos 5.º e 5.º-A do Código dos Contratos Públicos, ocupa hoje uma posição central na arquitetura jurídica da contratação pública portuguesa. Longe de constituir um domínio marginal ou periférico, representa, em verdade, um dos núcleos essenciais de articulação entre o Direito da Contratação Pública, o Direito Administrativo, a organização interna do Estado e o Direito da União Europeia. A sua relevância resulta precisamente da necessidade de equilibrar, num mesmo espaço normativo, duas dimensões que frequentemente se tensionam: a lógica concorrencial e a lógica organizativa.

A primeira conclusão fundamental é que a contratação excluída não é uma derrogação arbitrária ao princípio da concorrência, mas a tradução normativa de um princípio europeu: **a concorrência deve ser aplicada quando existe mercado; quando esta falta, o Direito deve reconhecer a autonomia organizativa da Administração Pública**. Esta construção não é uma invenção nacional, mas a expressão coerente da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e das Diretivas de 2014, que consolidam a distinção entre aquisição de bens e serviços em mercado concorrencial e contratação interna para o desempenho de funções publicistas.

A segunda conclusão é que o artigo 5.º opera como verdadeiro filtro funcional: delimita a fronteira entre o domínio económico e o domínio institucional do Estado. Ao identificar situações em que a prestação contratual não está, nem pode estar, sujeita à concorrência, o legislador assume que determinados arranjos organizacionais não devem ser submetidos ao regime concorrencial, sob pena de comprometer a coerência e a funcionalidade das estruturas públicas. A contratação excluída é, assim, um instrumento de racionalização do Estado, permitindo-lhe agir internamente com flexibilidade e capacidade de resposta.

A terceira conclusão deriva da análise do artigo 5.º-A, que revela uma dupla matriz: vertical, na contratação in house, e horizontal, na cooperação interadministrativa. A contratação in house, fundamentada no controlo análogo e na predominância da atividade, reafirma que determinadas entidades instrumentalizadas são autênticos prolongamentos da estrutura administrativa, merecendo tratamento jurídico semelhante ao dos serviços internos. Já a cooperação interadministrativa ilustra a capacidade de diferentes entidades públicas se articularem para prosseguir tarefas comuns, evitando redundâncias, maximizando recursos e promovendo políticas públicas integradas. Ambas as modalidades constituem formas sofisticadas de governança pública contemporânea.

A quarta conclusão, talvez a mais relevante do ponto de vista jurídico, é que a contratação excluída está longe de representar um espaço de discricionariedade ampla. Pelo contrário: quanto maior é a liberdade organizativa reconhecida pelo afastamento da Parte II, maior se torna o dever de fundamentação, o controlo substancial da decisão e a necessidade de demonstrar a ausência de mercado concorrencial. A Administração deve justificar, de forma clara e fundamentada, porque opta pela contratação excluída, demonstrando que a realidade factual preenche os critérios legais. A ausência de procedimento não significa ausência de escrutínio, implica, antes, escrutínio diferente, mais centrado na racionalidade interna e menos na sequência formal de atos procedimentais.

A quinta conclusão aponta para os riscos inerentes ao regime: o recurso indevido ao in house para proteger entidades instrumentais ineficientes, a utilização abusiva da cooperação pública para contornar o mercado ou a criação de estruturas pseudo-públicas que, na realidade, operam com vocação económica. Estes riscos exigem uma vigilância acrescida por parte dos tribunais administrativos, dos órgãos de controlo financeiro e das entidades políticas de fiscalização. A contratação excluída deve ser exceção justificada e controlada, não um mecanismo de fuga às exigências do regime concorrencial.

Por fim, a sexta conclusão destaca uma dimensão prospetiva: a contratação excluída revela o movimento evolutivo do Direito da Contratação Pública em direção a um modelo híbrido, onde a concorrência e a organização administrativa coexistem de forma complementar. Este modelo, que emerge tanto no plano europeu como no plano nacional, exige uma compreensão cada vez mais fina das relações intra-públicas, da distinção entre atividades económicas e atividades administrativas e da responsabilidade pública na gestão de recursos escassos.

Em síntese, a contratação excluída é um instrumento essencial para a boa administração contemporânea. Permite ao Estado atuar de forma eficiente, coerente e colaborativa, sem abdicar da juridicidade e da responsabilidade democrática. É um regime que exige rigor, ponderação e controlo, mas que, quando corretamente aplicado, reforça a capacidade institucional da Administração e contribui para a concretização eficaz do interesse público. A tarefa do intérprete e do aplicador do Direito consiste, pois, em garantir que este espaço de flexibilidade não se converte em zona de opacidade, mas permanece fiel à sua missão constitucional: servir o interesse coletivo, com racionalidade, transparência e legalidade.

BIBLIOGRAFIA

Doutrina nacional

Carvalho, Raquel. *Direito da Contratação Pública*. Porto: Universidade Católica Editora, 2021.

Correia, Sérvulo. *"A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do CCP". E-Pública.*

Costa Gonçalves, Pedro. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2021.

Leitão, Alexandra. *Lições de Direito dos Contratos Públicos – Parte Geral*. Lisboa: AAFDL, 2014.

Medeiros, Rui. *Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência*.

Pereira, João. *A Contratação In House no Direito Português e da União Europeia*. Lisboa: AAFDL, 2019.

Doutrina europeia e internacional

Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Thomson, 2014.

Sanchez-Graells, Albert. *Public Procurement and EU Competition Rules*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

Normas jurídicas

Código dos Contratos Públicos.

Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014.

Diretiva 2014/25/UE, de 26 de fevereiro de 2014.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia:

- *Teckal* (C-107/98)
- *Stadt Halle* (C-26/03)
- *Carbotermo* (C-340/04)
- *Econord* (C-182/11)