

Contratação pública e subvenções

[ANA RAQUEL COXO^(*)]

SUMÁRIO: 1. Preliminares. – 2. Os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções: 2.1. Noções. – 2.2. Termos da distinção. – 2.3. Principais aspectos em comum. – 2.4. Alguns casos de intersecção entre o regime da contratação pública e as subvenções. – 3. Conclusões relacionadas com os procedimentos de formação.

1. O presente artigo concretiza as actividades desenvolvidas pela Autora junto do Centro de Excelência Jean Monet *Rights & Science* da Universidade de Perugia, sob a coordenação do Professor Roberto Cippitani⁽¹⁾. Nesse âmbito, a Autora teve oportunidade de discutir vários temas relacionados com as subvenções e, em particular, o tratamento da problemática que preside a este artigo, que assenta no cotejo entre a contratação pública e as subvenções⁽²⁾. O objectivo consiste em perceber em que aspectos a contratação pública e as subvenções se afastam, mas também aqueles em que se aproximam. O enquadramento normativo que subjaz ao presente artigo é o ordenamento jurídico português, donde se destacam o Código do Procedimento Administrativo⁽³⁾

^(*) Universidade de Coimbra.

⁽¹⁾ Aproveita-se a oportunidade para agradecer o acolhimento e apoio dos Professores responsáveis pelo Centro de Investigação *Rights & Science*, Roberto Cippitani e Rossana Riccini. A Autora agradece também ao amigo e colega Dr. Francisco Ferreira de Souza, pela revisão deste artigo.

⁽²⁾ As matérias aqui abordadas correspondem a alguns dos tópicos que a Autora se encontra a desenvolver no âmbito dos seus trabalhos de doutoramento, pelo que, neste artigo, se expõem algumas conclusões preliminares resultantes do estudo em curso. Sublinha-se que o presente artigo corresponde a uma análise superficial e sucinta da distinção entre os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções, cujos contornos serão abordados com maior rigor e profundidade na tese de doutoramento que a Autora se encontra a desenvolver.

⁽³⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

(CPA) e o Código dos Contratos Públicos⁽⁴⁾ (CCP). Sem embargo, far-se-á alusão a outros ordenamentos jurídicos sempre que possível.

Considerando as noções preliminares de “contratos subordinados ao regime da contratação pública” e de “subvenções” que, a seguir, se apresentam (cfr. *infra* ponto 2.1.), procurar-se-á confrontar as figuras, com o objectivo de perceber o que as distingue e o que as aproxima. A importância da distinção entre os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções prende-se, essencialmente, com a necessidade de evitar equívocos quanto à aplicação dos respectivos regimes jurídicos, sobretudo dos regimes de formação (cfr. *infra* ponto 2.2.). Não obstante tratar-se de institutos jurídicos diferentes, os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções assemelham-se em alguns aspectos, que importa realçar como complemento da sua caracterização (cfr. *infra* ponto 2.3.). Por outro lado, há situações em que as subvenções se cruzam com o regime da contratação pública, e daí o interesse em destrinchá-los e em perceber também de que forma se podem relacionar (cfr. *infra* ponto 2.4.).

2: 2.1. Antes de procedermos ao seu confronto, importa delimitar os conceitos em análise, pois, de uma parte, colocam-se os contratos subordinados ao regime da contratação pública⁽⁵⁾ e, da outra, as subvenções.

Com efeito, os *contratos subordinados ao regime da contratação pública* correspondem ao núcleo de contratos cujo procedimento de formação obedece

⁽⁴⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2018, de 29 de Janeiro, sucessivamente alterado.

⁽⁵⁾ Preferiu-se esta designação (“contratos subordinados ao regime da contratação pública”) com o intuito de evitar o recurso à figura dos contratos públicos, cuja delimitação não é unânime na doutrina portuguesa e que, por outro lado, não corresponde ao conceito de contratos públicos no Direito da União Europeia. Sobre o conceito de contratos públicos, na doutrina portuguesa, cfr. P. GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2018, pp. 18, 19 e 24; D. AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3.ª Ed., Almedina, 2016, pp. 439-442; M. ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.ª Edição, Almedina, 2016, pp. 394-396; J. ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª Ed., IUC, Coimbra, 2018, pp. 254-259. Sobre o conceito de contratos públicos no Direito da União Europeia, cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 25-36.

aos procedimentos pré-contratuais previstos na Parte II do CCP⁽⁶⁾. Do ponto de vista subjectivo, estão sujeitos à Parte II do CCP os contratos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes⁽⁷⁾ e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação⁽⁸⁾. Do ponto de vista objectivo, estão sujeitos à Parte II do CCP os contratos de procura pública com interesse concorrencial, isto é, cujas prestações estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado⁽⁹⁾. Assim, consideram-se contratos de procura pública aqueles cujas prestações são realizadas no interesse económico directo da entidade adjudicante, o que acontece nas compras públicas (execução de obras, fornecimento de produtos e prestação de serviços) e nas concessões (de obras públicas e de serviços públicos). Note-se que todos estes contratos pressupõem uma aquisição por parte da entidade adjudicante, seja de uma obra, seja de um produto e/ou de um serviço. Por outro lado, o interesse concorrencial pressupõe a existência, em teoria, de um conjunto de interessados na celebração de tais contratos, isto é, de um conjunto de interessados em alcançar a vantagem económica que os contratos proporcionam. Por este motivo, os interessados terão que disputar, entre si e em ambiente concorrencial, pela adjudicação dos contratos⁽¹⁰⁾. O legislador identificou alguns tipos de contratos que preenchem as aludidas características, referindo-se designadamente aos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ O CCP tipifica os seguintes procedimentos de contratação pública: consulta prévia, ajuste directo, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação, diálogo concorrencial e parceria para a inovação.

⁽⁷⁾ Cfr. artigos 2.º e 7.º do CCP.

⁽⁸⁾ Cfr. artigos 1.º, n.º 2, 4.º, 5.º e 5.º-A do CCP.

⁽⁹⁾ Cfr. artigo 16.º, n.º 1 do CCP.

⁽¹⁰⁾ Na abordagem realizada, seguimos de perto a doutrina do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves. Cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 124 ss. e 199-216.

⁽¹¹⁾ Cfr. artigo 16.º, n.º 2 do CCP.

Por seu turno, as *subvenções*⁽¹²⁾ designam os actos ou os contratos admi-

(12) Sobre as subvenções, cfr., a título não exaustivo, na doutrina espanhola, J. BORREGO, *Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 42, 1963, pp. 17-120; G. FARRERES, *La Subvención: Concepto y Régimen Jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; B. SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998; RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, 18.ª Edición, Marcial Pons, 2010, pp. 387-400; J. EZCURRA, *Derecho Administrativo Especial, Administración Pública y Actividad de los Particulares*, Civitas Ediciones, 1999, pp. 120-129; F. FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, *Parte General: Conclusion*, Undécima Edición, Tecnos, 2002, pp. 368-374; J. PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General II*, 2.ª Edición, Iustel, 2009, pp. 365-376; M. MORÓN, *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, 2005, pp. 776-784; S. MARTÍN-RE-TORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, 1988, pp. 477-491; AA.VV., *Comentario a la Ley general de subvenciones*, coordinación de Germán Fernández Farreres, Thomson Civitas, 2005; J. GARCÍA, *Régimen Jurídico de las Subvenciones Públicas, Lei 38/2003 General de Subvenciones*, 4.ª Edición, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial de Estado, 2004; AA.VV., *Derecho de Las Subvenciones y ayudas publicas*, coordenação de Mario Garcés Sanagustín e Alberto Palomar Olmeda, Thomson Reuters, 2011. Na doutrina italiana, S. D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, in *Foro amm.*, Parte I, Sez. III, 1957, c. 341; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè, 1967; B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo (Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo)*, 2007; S. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010; A. AULETTA, *Gli ausili pubblici tra autorità e consenso*, 2011, disponível in fedoa.unina.it; e R. CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2.ª Edizione, Università di Perugia – ISEG, Roma-Perugia, 2013. Na doutrina francesa, J. BOULOUIS, *Essai sur la politique des subventions administratives*, Caiders de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 21, Librairie Armand Colin, 1951; R. HERTZOG, *Linéament d'une théorie des subventions*, in *Revue Française de Finances Publiques*, n.º 23, 1988, pp. 5-45; E. SEELDRAYERS, *Considérations sur la subvention budgétaire comme mode de gestion administrative*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Dix-huitième année, 1952, n.º 2, pp. 341-353; J. SALMON, *Les Subventions*, Établissements Émile Bruylant, 1976; P. CADIEU, *Notion de subvention – Éléments de clarification*, in *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n.º 5, Septembre 2005, pp. 16-20; J. VILA, *De la nécessité de réhabiliter l'unilatéralité dans le régime juridique des subventions, Étude prospective sur les précisions consacrées depuis la loi DCRA du 12 avril 2000*, in S. SAUNIER (dir.), *La Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations... dix ans après*, 2011, pp. 103-149; P. IDOUX, *Les dons et subventions des personas publiques aux personnes privées*, in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en Droit Public*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 157-179. Em Portugal, A. ATAÍDE, *Elementos para um curso de Direito Administrativo da Economia*, Lisboa, 1970, pp. 121 e 125-126; C. ALMEIDA, *Direito Económico*, 2.ª Parte, AAFDL, 1979, pp. 543 e 626-627; A. FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, 1.º Volume, Reimpressão, Ed. AAFDL, 1982-1983, p. 339; E. FERREIRA, *O controlo das subvenções financeiras e dos benefícios fiscais*, in *Revista Trimestral do Tribunal de Contas*, n.º 1, Jan-Março/89, pp. 29-30 e 81; L. MONCADA, *Direito Económico*, 5.ª Edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, 2007, pp. 585, 591, 193, 592-593

nistrativos através dos quais a Administração Pública financia o desenvolvimento de actividades privadas relevantes para a prossecução do interesse público, no quadro de uma actividade de fomento que visa o progresso socio-económico geral⁽¹³⁾. As subvenções pressupõem a entrega de uma quan-

e 599; M. SOUSA, A. MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.^a Edição, D. Quixote, 2009, pp. 107-108 e 382; D. AMARAL, *Curso*, cit., pp. 240 e 456-459.

O presente artigo diz respeito às subvenções outorgadas por entidades públicas nacionais a particulares. No entanto, a União Europeia dispõe de vários mecanismos de outorga de incentivos aos Estados-membros e aos particulares. A título de exemplo, veja-se o “Horizonte 2020, Programa-Quadro para a Investigação e Inovação da União Europeia”, no âmbito do qual, para auxiliar os interessados, foi desenvolvido um documento-guia: o *General Model Grant Agreement*, actualmente na versão 5.2, de 26 de Junho de 2019. Trata-se de uma minuta, bastante detalhada, que servirá de base ao futuro acordo a celebrar entre a União Europeia e o beneficiário, onde se discriminam, entre outros, o objecto da subvenção, os direitos e obrigações das partes e as consequências do incumprimento.

⁽¹³⁾ Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto estabelece o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas, definindo-as como «toda e qualquer vantagem financeira atribuída, directa ou indirectamente, a partir de verbas do Orçamento do Estado, qualquer que seja a designação ou modalidade adoptada» e nelas incluindo as indemnizações compensatórias (cfr. artigo 1.º, n.ºs 1, 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto). A análise deste diploma não cabe no âmbito deste estudo, mas não podemos deixar de notar o seguinte: em primeiro lugar, o conceito legal de subvenções públicas é excessivamente amplo, abarcando, por exemplo, os incentivos fiscais (figura que, a nosso ver, deve ser apartada do conceito de subvenção por corresponder a uma economia de custos e não à entrega de uma quantia monetária) e as indemnizações compensatórias (que visam compensar os custos da exploração de serviços de interesse económico geral e, por conseguinte, nada têm que ver com objectivos de fomento); em segundo lugar, o diploma em causa, limita-se, no essencial, a disciplinar as indemnizações compensatórias, sendo curtas as referências ao regime das “demais subvenções públicas”. Por outro lado, o conceito de subvenção, por nós gizado, também não se identifica com o conceito de auxílios de Estado do Direito da União Europeia (cfr. artigos 107.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Na realidade, as subvenções fazem parte da amalgama dos auxílios de Estado, onde convivem, lado a lado, com inúmeras outras figuras, muito díspares entre si (isenções de taxas e de impostos, bonificações de juros, garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, etc.). Sobre este assunto, cfr. M. FERRO, *Auxílios de Estado*, in AA.VV., *Integração e Direito Económico Europeu*, Coordenação de Eduardo Paz Ferreira, AAFDL, 2018, p. 290; M. MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Principia, 2002, pp. 118-123; J. GOMES, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, 2016, pp. 181-182; J. ALMEIDA, *A restituição de ajudas de Estado concedidas em violação do Direito Comunitário*, BFDUC, Studia Ivridica 28, Coimbra Editora, 1997, pp. 17-18 e 27-29; J. CAMPOS, A. PEREIRA, *Ma-*

tia pecuniária, não sujeita a reembolso, por parte da Administração Pública a um sujeito privado, para ser destinada à realização de uma determinada actividade que este exerce de *motu proprio*, contribuindo ambos, dessa forma, para a prossecução do interesse público. Através das subvenções, o Estado-Administração prossegue fins públicos associados ao fomento económico, social, cultural, desportivo, ambiental e científico⁽¹⁴⁾.

2.2. A distinção entre os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções, que se fará de seguida, assenta num conjunto diversificado de critérios⁽¹⁵⁾.

nual de Direito Europeu, O sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia, 7.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, pp. 661-662; M. SAGGESE, *El derecho comunitario de las ayudas de estado y su articulación con el derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas*, in AA.VV., *El Régimen Jurídico de las Subvenciones. Derecho Español y Comunitario*, Dirección de Gérman Fernández Farreres, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 208-209; J. COLSON, P. IDOUX, *Droit Public Économique*, 7^e Édition, LGDJ, 2014, pp. 284-285.

⁽¹⁴⁾ A relação jurídica subvencional acarreta a constituição de direitos (ou poderes-deveres para a Administração Pública) e obrigações para as partes envolvidas. Quanto às obrigações principais, a entidade subvencionante assume a obrigação de pagar uma quantia monetária e o beneficiário assume a obrigação de realizar um actividade ou projecto. A estas obrigações somam-se outras de natureza acessória: por exemplo, a obrigação de prestar apoio e informação por parte da entidade subvencionante ao sujeito beneficiário e as obrigações, a cargo do beneficiário, de publicitar o incentivo, de apresentar relatórios de execução do projecto e de se sujeitar a acções de fiscalização. Ambas as partes são também titulares de posições de vantagem. Assim, por exemplo, o beneficiário goza do direito de receber pontualmente a quantia subvencionada, ao passo que a entidade subvencionante é titular de poderes de fiscalização e de aplicação de sanções. Sobre as obrigações dos beneficiários de subvenções, na doutrina estrangeira, cfr. R. CIPPITANI, *La sovvenzione*, cit., pp. 121-153; A. CASTAÑO, *Los sujetos de la relación jurídica. Órgano concedente, beneficiarios y entidades colaboradoras. La subcontratación*, in AA.VV., *Derecho*, cit., pp. 360-366; J. LÓPEZ-MUÑIZ, *Los beneficiarios de subvenciones*, in AA.VV., *Comentario*, cit., pp. 217-223.

⁽¹⁵⁾ Sobre a contraposição entre os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções, cfr. R. CIPPITANI, *La sovvenzione*, cit., pp. 36-43; ID., *Il concetto giuridico di sovvenzione nel diritto dell'Unione europea e nel diritto nazionale*, in *Contr. impresa/Europa*, 2011, pp. 335-369; P. CADIEU, *Notion*, cit., pp. 18-21; J. VILA, *De la nécessité*, cit., pp. 13-17; P. IDOUX, *Les dons*, cit., pp. 11-15; Y. CHÉROT, *Droit Public Économique*, 2^{me} Édition, Economica, 2007, pp. 668-669; J. PONTIER, *Catégories en miroir: subventions, délégations de service public, marchés publics*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer, A propos des contrats des personnes*

Começando pelos critérios da *forma* e da *natureza jurídica*, os contratos

publiques, LGDJ, 2013, pp. 1-3 e 9-11, disponível in *arcade-paca.com*; P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 292-293.

A distinção entre as subvenções e os contratos públicos (*marchés publics* e delegações de serviços públicos) é um tema muito debatido pela doutrina francesa. Isto porque, no ordenamento jurídico francês, há o “risco de requalificação”, pelos tribunais, de uma subvenção num *marché public* ou num contrato de delegação de serviços públicos. Relativamente à contraposição entre subvenções e *marchés publics*, a *Cour Administrative D’appel de Nantes* decidiu, em 22 de Dezembro de 2017 (referência n.º 16NT04161), o seguinte caso: a Comuna de Nantes atribuiu à *Association Nantes Evénements Musique*, por meio da celebração de uma convenção de objectivos, a quantia de 254.000,00 euros, destinada à organização do Carnaval de Nantes, no período 2013-2015; a sociedade *Public Evènements*, na qualidade de concorrente, contestou a outorga daquela subvenção com fundamento na violação das normas dos *marchés publics*, nomeadamente das regras da concorrência. Em face do exposto, o Tribunal descartou a possibilidade de o caso se reportar a um *marché public*, confirmando a sua qualificação como subvenção, atendendo a três pressupostos: primeiro, a iniciativa do projecto subvencionado partiu da associação beneficiária, sem interferência da Comuna; segundo, a Associação actuou com total autonomia, face à Comuna, na organização do Carnaval; e, terceiro, a organização do Carnaval não corresponde a uma necessidade da Comuna, sem prejuízo de se tratar de uma actividade cultural e festiva de interesse geral. Quanto à delimitação das subvenções perante os contratos de delegação de serviços públicos, é paradigmática a decisão do *Conseil d’État*, de 6 de Abril de 2007 (referência n.º 284736), proferida no âmbito do recurso de uma decisão judicial que anulou uma deliberação do Conselho Municipal de Aix-en-Provence que atribuía duas subvenções à “*Association pour le festival international d’art lyrique et l’académie européenne de musique d’Aix-en-Provence*” por considerar que estava em causa uma missão de serviço público que deveria ter respeitado as normas próprias da delegação de serviços públicos. O *Conseil d’État* revogou a decisão judicial recorrida por entender que a associação desempenhava, no caso, um serviço público administrativo, subtraído a uma lógica concorrencial, e, por isso, susceptível de beneficiar da atribuição de subvenções. O Conselho de Estado francês em nada contribuiu, desta forma, para a distinção entre as figuras em análise, uma vez que, embora reconhecendo a presença de um serviço público, veio admitir que o mesmo podia ser assumido, por uma associação privada, a descoberto de um contrato de delegação de serviços públicos. Nesta sequência, as quantias entregues pela colectividade local à associação foram enquadradas no conceito e regime da subvenção. Perante o exposto, a doutrina passou a referir-se à “omnipresença do risco de requalificação” (cfr. J. VILA, *De la necessite*, cit., p. 21), já que os tribunais franceses procederam, em muitas situações, ao (re)enquadramento num *marché public* ou num contrato de delegação de serviços públicos de um caso que a entidade pública reputava de subvenção, tendo em conta, sobretudo, a presença ou não de um serviço público e a natureza da actividade envolvida (cfr. J. PONTIER, *Catégories*, cit., pp. 14-18; P. CADIEU, *Notion*, cit., pp. 18-19; J. VILA, *De la necessite*, cit., pp. 20-27). Entretanto, com a entrada em vigor da *Ordonnance n.º*

subordinados ao regime da contratação pública assumem a forma de contratos, podendo revestir uma natureza pública ou privada. Ou seja, estes contratos implicam necessariamente um acordo de vontades entre as partes contratantes, que pode dar origem à formação de um contrato administrativo⁽¹⁶⁾ ou de um contrato de Direito Privado, atendendo às especificidades do caso concreto. Diferentemente, as subvenções podem ser atribuídas mediante a tomada de uma decisão unilateral (acto administrativo⁽¹⁷⁾) pela Administração Pública ou de um acordo de vontades (contrato administrativo), assumindo ambas as formas – acto e contrato – uma natureza de Direito Administrativo⁽¹⁸⁾.

Nesta sequência, e considerando, agora, o critério das *partes envolvidas*, nos contratos subordinados ao regime da contratação pública, uma das partes tem que ser uma entidade adjudicante, tal como definida pelo CCP⁽¹⁹⁾, e a outra (co-contratante) pode ser uma entidade pública⁽²⁰⁾ ou um sujeito particular. Já no caso das subvenções, o sujeito que atribui a subvenção é uma entidade pública com atribuições no domínio do fomento administrativo (ou,

2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, da Ordonnance n.º 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, bem como do artigo 9.º-1, aditado, em 2014, à Loi n.º 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, o legislador terá logrado para apaziguar um pouco a discussão. Com efeito, o mencionado artigo 9.º-1 verteu, em letra de lei, o entendimento que vinha sendo defendido pela doutrina e pela jurisprudência, quanto aos elementos do conceito de subvenção e aos critérios de distinção relativamente a figuras afins. E, por outro lado, passou a estar expressamente previsto, em diplomas legislativos, que as subvenções, tal como definidas pelo artigo 9.º-1 da DCRA, não são consideradas *marchés publics* para efeitos de aplicação do regime previsto na *Ordonnance relative aux marchés publics* (cfr. artigo 7.º desta *Ordonnance*), nem são consideradas contratos de concessão para efeitos de aplicação do regime previsto na *Ordonnance relative aux contrats de concession* (cfr. artigo 7.º desta *Ordonnance*).

⁽¹⁶⁾ Os contratos administrativos são aqueles cujo regime resulta primordialmente de normas de Direito Administrativo. Cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 17-20.

⁽¹⁷⁾ Cfr. artigo 148.º do CPA.

⁽¹⁸⁾ Cfr. artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto.

⁽¹⁹⁾ Cfr. artigos 2.º e 7.º do CCP.

⁽²⁰⁾ Sem prejuízo do disposto no artigo 5.º-A do CCP. Sobre os contratos no âmbito do sector público, cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., p. 268 ss.

eventualmente, uma entidade particular no exercício de poderes públicos) e o sujeito beneficiário é obrigatoriamente um sujeito particular, pois, como resulta do seu conceito, as subvenções visam o fomento de actividades de cariz privado, cuja prossecução se revele benéfica para o interesse público⁽²¹⁾.

Do ponto de vista dos *fins*, os contratos subordinados ao regime da contratação pública almejam a satisfação de necessidades da entidade adjudicante, no que respeita à execução de obras, ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços, ou, no caso das concessões, a satisfação de uma necessidade de aquisição de um serviço de gestão (concessão de serviços públicos) ou de um serviço de gestão e da aquisição de uma obra (concessão de obras públicas)⁽²²⁾. Diferentemente, as subvenções não servem propósitos de suprir necessidades da Administração Pública, nem envolvem a privatização da gestão de obras ou serviços públicos. A sua finalidade prende-se com o apoio ou estímulo à implementação de projectos de interesse geral a desenvolver por particulares. Conforme já foi referido, os projectos a apoiar enquadram-se no exercício de actividades privadas com repercussões no interesse público, nos domínios do comércio, da agricultura, da indústria, da investigação científica, da arte, etc.⁽²³⁾.

Por outro lado, atendendo ao factor da *concorrência*, os contratos subordinados ao regime da contratação pública contêm, por definição, prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mer-

⁽²¹⁾ Não faz sentido, a nosso ver, que a Administração Pública se possa fomentar a si própria, uma vez que as entidades públicas se encontram ontologicamente funcionalizadas para a prossecução do interesse público.

⁽²²⁾ Cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 202-204.

⁽²³⁾ Em muitas destas áreas, o Estado pode optar por prosseguir directamente as actividades em causa e/ou por fomentar as actividades dos sujeitos privados. Assim acontece, por exemplo, no domínio da cultura, em que o Estado dispõe de uma rede de museus e de outros organismos dedicados à cultura e, ao mesmo tempo, fomenta os sujeitos privados que se dedicam a actividades culturais. Em sentido semelhante, no domínio da investigação científica, o Estado prossegue directamente actividades de investigação e desenvolvimento no seio das universidades, centros públicos de investigação e outros, sem prejuízo de simultaneamente apoiar as actividades dos particulares que se dedicam à investigação científica.

cado⁽²⁴⁾, no sentido de que envolvem uma disputa entre um conjunto de interessados e apenas a um deles poderá ser adjudicado o contrato. Por este motivo, a formação de tais contratos obedece aos procedimentos previstos na Parte II do CCP. Já as subvenções podem ou não despertar interesse concorrencial. No caso de não despertarem interesse concorrencial, as subvenções são atribuídas a todos aqueles que preencham o conjunto objectivo de requisitos, definidos na lei ou em regulamento (sem prejuízo dos limites orçamentais estabelecimentos para a concreta medida de fomento). Se despertarem interesse concorrencial, a atribuição das subvenções fica dependente da prévia selecção concorrencial dos interessados pela Administração Pública concedente. Em todo o caso, como se verá adiante, não se lhes aplica a Parte II do CCP⁽²⁵⁾.

Quanto ao critério do *conteúdo da prestação/projecto a executar*, nos contratos subordinados ao regime da contratação pública, o conteúdo da prestação é determinado pela entidade adjudicante que define a necessidade que pretende ver satisfeita, ao passo que, nas subvenções, é o sujeito interessado que apresenta um projecto cujo impacto na prossecução do interesse público é objecto de avaliação da Administração Pública para efeitos de subvencionamento. Assim, nos primeiros, estando em causa a satisfação de necessidades próprias da entidade adjudicante, é esta que anuncia e discrimina os bens/serviços que pretende adquirir. Já relativamente às segundas, o projecto a subvencionar não é delineado pela entidade que atribui a subvenção, mas pelos potenciais beneficiários que se propõem a executar um projecto por si desenhado.

No que respeita aos *resultados da actividade*, no caso dos contratos subordinados ao regime da contratação pública, os resultados derivados da actividade que subjaz ao contrato aproveitam directamente à entidade adjudicante, seja pela satisfação de uma necessidade imediata de aquisição de bens e serviços ou de construção de obras, seja pela prossecução do interesse público de que os particulares foram encarregues no caso das con-

⁽²⁴⁾ Cfr. artigo 16.º, n.º 1 do CCP.

⁽²⁵⁾ Cfr. artigo 5.º, n.º 4, al. c) do CCP.

cessões. A este propósito, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) adopta o critério do “interesse económico directo” da entidade adjudicante na prestação a afectar pelo co-contratante, nas situações particulares dos contratos de execução de obras, de fornecimento de produtos e de prestação de serviços⁽²⁶⁾. Assim, no exemplo do Acórdão do TJUE *Helmut Müller*, num contrato de execução de obras, a entidade adjudicante tem um “interesse económico directo” na prestação do co-contratante, na medida em que passará a ser a proprietária da obra executada. Por seu turno, nas subvenções, os resultados da actividade subvencionada aproveitam directamente ao beneficiário e só de forma indirecta concorrem para a satisfação de interesses públicos de cariz económico, social, cultural, ambiental, entre outros. Por conseguinte, no âmbito da atribuição de uma bolsa de doutoramento, a realização do doutoramento em si aproveita, em primeira linha, ao beneficiário da bolsa que obterá o grau académico de doutor. Em segunda linha, o teor da investigação realizada e que subjaz à realização do doutoramento contribui para a satisfação de interesses públicos relacionados com o progresso científico e tecnológico. O mesmo se aplica aos resultados de actividades económicas subvencionadas, cujos lucros aproveitam directamente aos beneficiários das subvenções, mas indirectamente contribuem para a melhoria das condições económicas e sociais de uma dada economia pelo aumento da taxa de emprego e o consequente aumento do rendimento disponível das famílias (que estimula o consumo) e, por exemplo, pelo incremento das exportações, entre outras externalidades positivas decorrentes da realização da actividade subvencionada. Resumidamente, embora as subvenções acarretem para o beneficiário a obrigação de executar uma determinada actividade ou projecto, tal actividade ou projecto não é desenvolvida no interesse económico directo da entidade subvencionante, mas sim do próprio beneficiário⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Cfr. Acórdãos do TJUE *Helmut Müller*, de 25-3-2010 (Processo n.º C-451/08), e *Comissão/Alemanha*, de 15-7-2010 (Processo n.º C-271/08).

⁽²⁷⁾ Cfr., neste sentido, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos, O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, reimpressão da edição de Outubro/2005, Almedina, 2008, pp. 503-504; Id., *Direito*, cit., p. 293.

Quanto à *natureza da quantia entregue* ao co-contratante/beneficiário, tal quantia pecuniária assume a natureza de preço ou remuneração pela construção da obra, fornecimento do produto ou prestação do serviço. Assim, no caso dos contratos de compras públicas, há uma equivalência entre as prestações das partes, porquanto o preço pago pela entidade adjudicante corresponde ao valor da obra, produto ou serviço que lhe é proporcionado pelo co-contratante. Diferentemente, nas subvenções, não é possível estabelecer uma relação directa entre o valor entregue pela entidade pública e a actividade desenvolvida pelo beneficiário. A quantia pecuniária representa uma comparticipação dos custos assumidos pelo beneficiário na execução do projecto subvencionado, não havendo uma equivalência entre o *quantum* subvencional e o valor da actividade subvencionada. Ademais, as subvenções assumem um carácter não lucrativo e daí que o valor atribuído não possa, em caso algum, exceder os custos da actividade desenvolvida pelo beneficiário⁽²⁸⁾. Acresce que o critério da presença ou não de uma contraprestação é determinante para decifrar situações de fronteira como aquelas relacionadas com actividades que tanto podem ser desenvolvidas directamente pela Administração Pública, como adquiridas por esta ou apoiadas através da actividade de fomento. O caso paradigmático é o da investigação e desenvolvimento. A este propósito, veja-se a alínea *j*) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP, nos termos da qual a aplicação dos procedimentos de contratação pública (Parte II do CCP) aos contratos de investigação e desenvolvimento, com os códigos CPV indicados na norma, depende da verificação cumulativa de duas condições, que residem no facto de *(i)* os resultados da actividade de investigação e desenvolvimento se destinarem exclusivamente à entidade adjudicante, para utilização no exercício da sua própria actividade, e de *(ii)* o serviço prestado ser integralmente remunerado pela entidade adjudicante⁽²⁹⁾. Nestes casos, a actividade do co-contratante representa uma contraprestação da remuneração paga pela entidade adjudicante, que assume, no fundo,

⁽²⁸⁾ Cfr. J. PASTOR, *Principios*, cit., p. 368; M. MORÓN, *Derecho*, cit., p. 780; B. SÁNCHEZ, *Las subvenciones*, cit., p. 334.

⁽²⁹⁾ Sobre a norma, cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 302-306.

a posição de adquirente e beneficiária directa dos resultados daquela actividade. Semelhante situação não acontece nas subvenções.

No que tange à delimitação das subvenções face aos contratos de concessão, há que considerar essencialmente a diversidade de *escopo* entre as figuras, uma vez que as concessões de obras públicas e de serviços públicos versam, como o próprio nome indica, sobre obras e serviços públicos, o que não ocorre nas subvenções. Estas incidem sobre actividades privadas de interesse geral que não correspondem à execução e exploração de obras públicas, nem à gestão de serviços públicos. Ou seja, o concessionário, no caso da concessão de obras públicas, obriga-se a executar ou a conceber e executar uma obra pública, adquirindo, por um determinado período de tempo, o direito à respectiva exploração e, no caso da concessão de serviços públicos, o concessionário obriga-se a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público⁽³⁰⁾. Nas subvenções, o beneficiário obriga-se a executar um projecto que corresponde ao exercício de uma actividade privada, cuja prossecução tem impactos positivos no interesse público. Por outro lado, em regra, nas concessões, o concessionário assume o risco da exploração da obra ou serviço públicos, pelo que a remuneração está intimamente ligada aos resultados da aludida exploração, o que não se verifica nas subvenções⁽³¹⁾.

Por último, os contratos subordinados ao regime da contratação pública dão origem a uma relação jurídica de *colaboração* entre a entidade adjudicante e o co-contratante que, ao executar o contrato, contribui para a realização dos fins institucionais daquela entidade⁽³²⁾. Por sua vez, a relação jurídica subvencional traduz-se numa relação de *cooperação* entre os particulares e a Administração Pública, no sentido do estabelecimento de uma actuação concertada tendo em vista a prossecução do interesse público, pese embora

⁽³⁰⁾ Cfr. artigo 407.º, n.ºs 1 e 2 do CCP.

⁽³¹⁾ Cfr. P. CADIEU, *Notion*, cit., pp. 18-21; J. VILA, *De la necessite*, cit., pp. 13-17; P. IDOUX, *Les dons*, cit., pp. 11-15.

⁽³²⁾ Cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., p. 205.

cada uma das partes se mantenha na esfera dos seus fins institucionais⁽³³⁾.

Em suma, os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções são institutos jurídicos diferentes, razão pela qual obedecem a regimes jurídicos diferentes. Assim, do ponto de vista do regime procedimental (que precede a celebração do contrato), os contratos subordinados à contratação pública regem-se pelo regime pré-contratual previsto na Parte II do CCP. Por sua vez, o procedimento de formação das subvenções (a atribuir mediante a prática de um acto ou da celebração de um contrato) obedece à norma especial aplicável e, subsidiariamente, ao CPA⁽³⁴⁾. Acresce que o regime da contratação pública se encontra codificado na Parte II do CCP, ao passo que o regime do procedimento de formação das subvenções é marcado pela dispersão normativa⁽³⁵⁾. Quanto ao regime substantivo

⁽³³⁾ Sobre as relações de colaboração e de cooperação entre a Administração Pública e os particulares, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades*, cit., pp. 454-456. Fazendo referência ao *rapporto di collaborazione* que se estabelece entre sujeito subvencionante e beneficiário, relacionando ainda a aludida “colaboração” com a ausência de correspectividade e sinalagmaticidade nas subvenções, cfr. R. CIPPITANI, *La sovvenzione*, cit., pp. 331-334.

⁽³⁴⁾ Note-se que, nos termos da alínea c) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP, a Parte II do CCP não é aplicável à formação dos contratos de subvenção.

⁽³⁵⁾ Diferentemente do que sucede no ordenamento jurídico espanhol, onde o regime jurídico das subvenções se encontra regulado num diploma geral – a *Ley General de Subvenciones*, aprovada pela *Ley 38/2003, de 17 de noviembre* –, nos ordenamentos jurídicos italiano, francês e português, a disciplina das subvenções é marcada pela dispersão legislativa. Entre outras normas relevantes, destacam-se, em Itália, o *Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 123* que disciplina a racionalização dos apoios públicos às empresas, os artigos 11.º e 12.º da *Legge Sul Procedimento Amministrativo* aprovada pela *Legge 7 agosto 1990, n. 241*, relativos, respectivamente, aos acordos endo-procedimentais e substitutivos do acto final e aos “*provvedimenti attributivi di vantaggi economici*”, o *Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33* que disciplina, nos artigos 26.º e 27.º, as obrigações de publicidade, transparência e informação da Administração Pública e a *Legge annuale per il mercato e la concorrenza (Legge 4 agosto 2017, n. 124)*, que contem normas sobre as obrigações de publicidade exigida aos beneficiários (cfr. artigo 1.º, subdivisão 125, da citada lei). Em França, assinalam-se os artigos 9.º-1 e 10.º da *Loi n.º 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, a *Circulaire du Premier Ministre en date du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations: déclinaison de la charte des engagements réciproques et soutien public aux associations*, o *Décret n.º 99-1060 du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l’Etat pour des projets d’investissement* e o *Code général des collectivités territoriales*. Em Portugal,

a aplicar aos contratos celebrados no quadro dos procedimentos de contratação pública do CCP, o mesmo pode estar subordinado, a título principal, ao Direito Administrativo (Parte III do CCP e/ou legislação especial) ou ao Direito Privado⁽³⁶⁾, consoante se trate de um contrato administrativo ou de um contrato de Direito Privado. No caso das subvenções, por estarem em causa actos e contratos administrativos, aplica-se-lhes o Direito Administrativo (legislação especial, CPA e Parte III do CCP)⁽³⁷⁾.

2.3. Apesar das diferenças assinaladas, os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções apresentam também alguns aspectos em comum.

Começando pelas *fontes normativas*, o regime jurídico, quer da contratação pública, quer das subvenções, decorre, numa parte significativa, do Direito da União Europeia⁽³⁸⁾. Em ambos os domínios, é igualmente imperante a

sobressaem o Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto, que estabelece o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas, a Lei n.º 64/2013, de 27 de Agosto, que regula a obrigatoriedade de publicitação dos benefícios concedidos pela Administração Pública a particulares, o Decreto-Lei n.º 6/2015, de 8 de Janeiro, que procede à aprovação do enquadramento nacional dos sistemas de incentivos às empresas, o Decreto-Lei n.º 191/2014, de 31 de Dezembro, que estabelece um regime especial de contratação de apoios e incentivos exclusivamente aplicável a grandes projetos de investimento enquadráveis no âmbito das atribuições da AICEP, E.P.E., e o Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de Outubro, que estabelece as regras gerais de aplicação dos programas operacionais e dos programas de desenvolvimento rural financiados pelos fundos europeus estruturais e de investimento, para o período de programação 2014-2020.

⁽³⁶⁾ Sem prejuízo da aplicação de alguns preceitos de Direito Administrativo. Cfr. artigo 280.º, n.º 3 do CCP.

⁽³⁷⁾ O regime jurídico (procedimental, substantivo e processual) aplicável às subvenções é objecto de uma análise pormenorizada na tese de doutoramento que a Autora se encontra a concluir e para a qual se remetem posteriores desenvolvimentos sobre esta matéria.

⁽³⁸⁾ No caso da contratação pública, destacam-se as Directiva 2014/23/U.E. e 2014/24/U.E., ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativas, respectivamente, à adjudicação de contratos de concessão e aos contratos públicos (na acepção europeia). No caso das subvenções, sobretudo as co-financiadas pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, no âmbito dos Quadros Comunitários de Apoio, regem vários diplomas da União Europeia, nomeadamente o Regulamento (CE, EURA-

jurisprudência pretoriana do TJUE⁽³⁹⁾.

A contratação pública e as subvenções partilham ainda do facto de estarem orientadas para a prossecução do *interesse público* (e não do interesse privado). Assim, o regime da contratação pública visa, no essencial, a salvaguarda da concorrência e da igualdade dos operadores no mercado e a eficiência na realização do gasto público⁽⁴⁰⁾, enquanto as subvenções prosseguem fins de fomento, isto é, de apoio a projectos de iniciativa privada que indirectamente concorram para a satisfação de interesses públicos. Por outro lado, embora as subvenções sejam o instrumento, por excelência, do exercício da *actividade administrativa de fomento*, os contratos de procura pública também podem ser utilizados, pela Administração Pública, com esse fim. Isto porque a demanda pública acarreta, por si só, um estímulo aos mercados de bens e serviços que a Administração procura na qualidade de cliente⁽⁴¹⁾.

Acresce que tanto os contratos subordinados ao regime da contratação pública como as subvenções pressupõem a disposição de *dinheiros públicos*, que são, por natureza, recursos limitados. Na maioria dos casos, ambos implicam uma disputa entre vários interessados, que concorrem entre si pela atribuição dos recursos públicos. Consequentemente, o procedimento de

TOM) n.º 2988/95, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, relativo à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, e o Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas.

⁽³⁹⁾ No caso das subvenções, a jurisprudência do TJUE incide sobretudo sobre a matéria dos auxílios de Estado e do incumprimento das obrigações dos beneficiários. Vejam-se, em matéria de auxílios de Estado, os acórdãos do TJUE *Alcan*, proferido a 20 de Março de 1997 (Processo n.º C-24/95), *Comissão vs. República Portuguesa*, de 27 de Junho de 2000 (Processo n.º C-404/97), e *Lucchini*, de 18 de Julho de 2007 (Processo n.º C-119/05). Sobre a matéria do incumprimento, vejam-se os acórdãos do TJUE de 11-1-2007 (Processo n.º C-279/05) e de 11-6-2015 (Processo n.º C-52/14).

⁽⁴⁰⁾ P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 19 e 39.

⁽⁴¹⁾ Cfr. R. ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, 7ª Edición, Marcial Pons, 2015, p. 171.

atribuição dos dinheiros públicos deve obedecer a um formalismo que acautele uma correcta distribuição do orçamento público – e daí que sejam comuns os *princípios que subjazem* aos procedimentos de contratação pública e ao procedimento de formação das subvenções. Ou seja, os procedimentos pré-contratuais, regulados na Parte II do CCP, e os procedimentos de formação dos actos e dos contratos de subvenção (que despertem interesse concorrencial) devem obedecer aos princípios da publicidade, da concorrência, da transparência e da igualdade e não discriminação⁽⁴²⁾. Em jeito de conclusão, a observância dos princípios referidos, aliada ao cumprimento das demais normas aplicáveis, permitirá assegurar uma correcta repartição dos recursos públicos, seja através da remuneração das prestações do co-contratante, seja através da comparticipação dos custos da actividade desenvolvida pelo beneficiário de uma subvenção.

Finalmente, à luz do ordenamento jurídico português, os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções têm em co-

⁽⁴²⁾ Cfr. R. PARADA, *Derecho*, cit., p. 390; R. CIPPITANI, *La sovvenzione*, cit., pp. 82-83; ID., *Il concetto*, cit., pp. 360 e 368.

De acordo com o *princípio da publicidade*, quer a entidade adjudicante, quer a entidade subvencionante, estão obrigadas a publicitar o início do procedimento (de contratação pública ou subvencional), pois quanto mais ampla for a divulgação do procedimento, maior será, à partida, o número de interessados a acorrer ao mesmo. Dessa forma, potencia-se a concorrência e a igualdade entre os interessados. Por outro lado, a adjudicação dos contratos e a atribuição de subvenções deve obedecer preferencialmente a um procedimento de selecção concorrencial que permita a disputa de todos os interessados que reúnam os requisitos exigidos no anúncio de abertura. Assim, o *princípio da concorrência* permite acautelar a igualdade de oportunidades no acesso à contratação pública e às subvenções, para além de que sustenta a decisão de selecção do concorrente/candidato ou do projecto que melhor se adequem aos fins visados. O *princípio da transparência* visa permitir o controlo da imparcialidade da decisão a partir da publicidade dos critérios (métodos de avaliação e selecção) que vão presidir à adjudicação e à atribuição da subvenção. Tais critérios devem constar, de forma clara e detalhada, do anúncio de abertura dos procedimentos de contratação e subvencional, bem como da fundamentação das decisões tomadas no procedimento. Por último, o *princípio da igualdade e não discriminação* determina a proibição da adopção de actos ou condutas de discriminação, que favoreçam ou prejudiquem um candidato ou concorrente sem fundamento jurídico bastante. Cfr. B. SANCHEZ, *Las subvenciones*, cit., pp. 572 e 574-580; P. GARCÍA, *Régimen*, cit., 2004, pp. 104-107; G. FARRERES, *La Subvencion*, cit., pp. 700-709; P. GONÇALVES, *Direito*, cit., 2018, pp. 346-355, 359 e 362-365.

num o facto de estarem submetidos à *jurisdição administrativa* os litígios emergentes da fase procedimental e da fase de execução dos contratos celebrados na sequência dos procedimentos de contratação pública e dos contratos e actos administrativos de atribuição de subvenções⁽⁴³⁾.

2.4. A análise que se vem realizando não ficaria completa sem uma alusão aos pontos de intersecção entre a contratação pública e as subvenções. Por conseguinte, há casos em que o regime da contratação pública se cruza com o das subvenções e vice-versa. Vejamos alguns exemplos.

No ordenamento jurídico português, é habitual prever-se, sobretudo no âmbito de medidas de incentivo (co-)financiadas pelos fundos estruturais e de investimento europeus (FEEI), a obrigação, imposta ao beneficiário, de cumprir as regras da contratação pública na execução das operações ou projectos apoiados. Assim, sempre que a execução da actividade subvencionada envolva, por exemplo, a celebração de um contrato de empreitada, o sujeito subvencionado está obrigado a lançar mão do procedimento pré-contratual adequado, seguindo os termos da Parte II do CCP. Se o beneficiário celebrar o contrato à revelia das regras da contratação pública, o mais certo é que haja lugar à aplicação de correcções financeiras, as quais, no limite, se podem traduzir numa obrigação de restituição da quase totalidade da quantia subvencionada⁽⁴⁴⁾.

Paralelamente, o CCP prevê o regime dos chamados “contratos subsidiários”, disciplinando aquelas hipóteses em que a subvenção se traduz no financiamento de um contrato que, por si só, corresponde à execução do projecto subvencionado. A celebração dos aludidos “contratos subsidiados” está sujeita aos procedimentos de contratação pública previstos na Parte II do Código, nos termos previstos no artigo 275.º do CCP⁽⁴⁵⁾. Por conse-

⁽⁴³⁾ Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alíneas *b*) e *e*) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, sucessivamente alterada.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Decisão da Comissão de 14-5-2019 que estabelece as orientações para determinar as correcções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União devido ao incumprimento das regras aplicáveis em matéria de contratação pública.

⁽⁴⁵⁾ A aplicação da Parte II do CCP impõe-se apenas ao procedimento de formação do

guinte, o ponto de contacto entre “subvenções” e “contratos subsidiados” reside no facto de o projecto subvencionado implicar a celebração de um contrato que, nos termos do artigo 275.º, n.º 1 do CCP, está subordinado, no seu procedimento formativo, à aplicação do regime da contratação pública. Sublinhe-se que o regime dos contratos subsidiados se aplica a entidades beneficiárias de subvenções, que não se subsumam ao conceito de entidades adjudicantes⁽⁴⁶⁾.

Acresce que a percepção de subvenções pode também conduzir à qualificação de um sujeito como entidade adjudicante, desde que as subvenções atribuídas correspondam a mais de metade dos seus meios de financiamento e se encontrem reunidos os demais pressupostos previstos CCP, isto é, a presença de uma pessoa colectiva criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial⁽⁴⁷⁾. Ora,

contrato subsidiado, uma vez reunidos os pressupostos previstos no n.º 1 do artigo 275.º do CCP, a saber: (i) *Pressuposto subjectivo* – formação de um contrato (de direito privado) a celebrar entre entidades não adjudicantes, no caso, entre o sujeito subvencionado e um terceiro (ambos sujeitos privados); (ii) *Pressuposto objectivo* (compreende dois sub-pressupostos: o do objecto e o do valor do contrato) – formação de: a) Contrato de empreitada de obras que envolva actividades de construção civil enumeradas no anexo XI do CCP ou obras de construção de hospitais, instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, estabelecimentos escolares e universitários e edifícios de uso administrativo (*sub-pressuposto do objecto*), de valor estimado igual ou superior a € 5.548.000,00 (*sub-pressuposto do valor*); b) Contrato de serviços associado a um contrato de empreitada de obras com as características enunciadas na alínea anterior (*sub-pressuposto do objecto*), de valor estimado igual ou superior a € 221.000,00 (*sub-pressuposto do valor*); (iii) *Pressuposto financeiro* – o valor estimado do contrato (projecto subvencionado) é apoiado, numa percentagem superior a 50%, através da atribuição de um “subsídio” por uma ou mais entidades adjudicantes; exige-se, portanto, que a subvenção seja destinada directamente a um determinado contrato/projecto e não, de forma indiferenciada, à actividade desenvolvida pelo sujeito subvencionado.

⁽⁴⁶⁾ Sobre os contratos subsidiados, cfr. M. OLIVEIRA, R. OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2016, pp. 164-165; P. GONÇALVES, *Direito*, cit., 2018, pp. 183-191; M. GOMES, *Extensão do âmbito de aplicação do CCP: algumas questões em torno do artigo 275.º referente aos contratos subsidiados*, in AA.VV., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, 2.ª Edição, AAFDL Editora, 2018, pp. 993-1026.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. artigo 2.º, n.º 2, al. a) do CCP. Note-se que, no caso vertente, está em causa a subvenção enquanto financiamento de uma actividade, ao passo que, no caso dos contratos

como as subvenções não constituem uma contra-partida específica pelo desenvolvimento das actividades subvencionadas, as mesmas não envolvem uma relação comercial sinalagmática e daí que, à luz da jurisprudência do TJUE⁽⁴⁸⁾, concorram para o financiamento (de origem pública) do respectivo beneficiário e, atendendo à proporção desse financiamento (mais de metade), o legislador considera que o sujeito beneficiário está sob a influência dominante de uma entidade adjudicante ou de outro organismo de direito público. Nestes casos, o beneficiário das subvenções é também considerado uma entidade adjudicante e, nessa medida, ficará obrigado a observar os procedimentos de contratação pública para a celebração de contratos, nos termos do CCP⁽⁴⁹⁾.

Por outro lado, no domínio da contratação pública, a possibilidade de obtenção de uma subvenção pode constituir uma justificação para a apresentação de uma proposta com preço ou custo anormalmente baixo, por parte de um concorrente, evitando, por esse motivo, a exclusão da proposta⁽⁵⁰⁾.

Noutro quadrante, a prática de crimes associados às subvenções tem implicações no acesso à contratação pública. Com efeito, a lei portuguesa tipifica os crimes de «fraude na obtenção de subsídio ou subvenção» e de «desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado»⁽⁵¹⁾, sendo que: *a)*

subsidiados, está em causa a subvenção enquanto financiamento de um contrato. Cfr., neste sentido, P. GONÇALVES, *Direito*, cit., 2018, p. 190.

⁽⁴⁸⁾ *V.g.*, acórdão do TJUE de 3-10-2000 (Processo n.º C-380/98).

⁽⁴⁹⁾ Alguma doutrina portuguesa chama a atenção para o facto de que os apoios outorgados no âmbito do financiamento dispensado pelos FEEI não são, em rigor, provenientes dos orçamentos das entidades adjudicantes ou de organismos de direito público, tal como parece ser exigido pela primeira parte da sub-alínea *ii)* da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 2.º do CCP. Neste sentido, cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 166-167.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. artigos 70.º, n.º 2, al. *e)* e 71.º, n.º 4, al. *e)* do CCP.

Este tópico foi abordado pelo Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo, na alocução sobre “Os fundos europeus e a contratação pública”, proferida na Conferência sobre *Direito Público, Política de Coesão e Fundos Europeus Pós-2020*, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 29 de Janeiro de 2019.

⁽⁵¹⁾ Cfr., respectivamente, artigos 36.º e 37.º do Regime das Infracções Anti-económicas e contra a Saúde Pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

Os representantes legais de empresas de construção que tenham sido condenados em pena de prisão efetiva, transitada em julgado, pela prática de qualquer um destes crimes, podem ser considerados comercialmente não idóneos e, por esse motivo, serem impedidos de ingressar na actividade de empreiteiro de obras públicas⁽⁵²⁾; *b)* Relativamente aos aludidos crimes pode ser aplicada como pena acessória a privação temporária do direito de participar em arrematações ou concursos públicos de fornecimentos⁽⁵³⁾.

3. Os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções correspondem a institutos jurídicos diferentes. O ponto fulcral da distinção reside, a nosso ver, no facto de os primeiros serem celebrados no interesse económico directo da entidade adjudicante, implicando o pagamento de um preço pelos serviços, obras ou bens proporcionados pelo contratante. Diferentemente, através das segundas, a Administração Pública comparticipa os custos do exercício de uma actividade privada, cujo desenvolvimento contribui, de forma indirecta, para a realização de interesses públicos.

Apesar da diferença entre “preço/remuneração” e “comparticipação”, ambos envolvem a afectação de recursos públicos e, por isso, os respectivos procedimentos de formação – de adjudicação dos contratos de procura pública e de atribuição de subvenções – devem obedecer a princípios jurídicos comuns (publicidade, concorrência, transparência e igualdade e não discriminação), tendo em vista a salvaguarda do interesse público inerente à correcta e eficiente distribuição do orçamento público. Por este motivo, e considerando as dificuldades geradas pela dispersão normativa que caracteriza o regime das subvenções (que contrasta com a codificação dos procedimentos de contratação pública), surge a dúvida sobre se o regime da contratação pública também poderia servir como regime de outorga das subvenções. A resposta é negativa. Perante a diversidade das figuras em estudo, os proce-

⁽⁵²⁾ Cfr. artigos 7.º, n.º 1, al. *a)*, e artigo 9.º, n.º 6, al. *g)*, do Regime Jurídico aplicável ao Exercício da Actividade de Construção, aprovado pela Lei n.º 41/2015, de 3 de Junho.

⁽⁵³⁾ Cfr. artigo 8.º, al. *e)*, do Regime das Infracções Anti-económicas e contra a Saúde Pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

dimentos de contratação pública, previstos na Parte II do CCP, revelam-se desadequados à formação dos actos e dos contratos de subvenção, incluindo as subvenções que despertam interesse concorrencial. Reconhecendo esta diversidade, o legislador português procedeu expressamente à exclusão dos contratos de subvenção do âmbito de aplicação da Parte II do CCP (cfr. artigo 5.º, n.º 4, al. *c*) do CCP). Ou seja, o procedimento de formação das subvenções obedece ao disposto em norma especial e não ao regime do CCP.

Não obstante, no âmbito da execução de uma subvenção, o beneficiário pode ver-se confrontado com a necessidade de observar as regras próprias da contratação pública, o que pode suceder em várias circunstâncias: *(i)* sempre que tal esteja previsto, a título de obrigação, no regime da subvenção; *(ii)* quando a execução da subvenção envolva a celebração de um contrato que, nos termos do artigo 275.º do CCP, configura um “contrato subsidiado”; e *(iii)* sempre que o facto de auferir de uma subvenção permita qualificar o beneficiário como entidade adjudicante, de acordo com os critérios do artigo 2.º, n.º 2, do CCP. Nestes casos, a obrigação de cumprir os procedimentos de contratação pública ocorre no âmbito da execução da subvenção e, portanto, num momento posterior ao da sua atribuição. O não cumprimento das regras da contratação pública, por parte do sujeito subvencionado a tal obrigado, pode dar origem a uma ordem de restituição, no todo ou em parte, da quantia subvencionada.