

A BIPARTIÇÃO DO DIREITO ALEMÃO DA CONTRATAÇÃO DE COMPRAS PÚBLICAS

JOSÉ AZEVEDO MOREIRA

Advogado.

LL.M. pelo Europa-Institut da Universidade do Sarre

Palavras-Chave: direito alemão; compras públicas; contratos de direito público; contratos de direito privado; tutela jurisdicional.

Keywords: german law; public purchases; public law contracts; private law contracts; judicial protection.

Resumo: O direito alemão da contratação de compras públicas encontra-se dividido em dois grandes segmentos: um primeiro que reflecte os comandos comunitários e um segundo que se manteve fiel à compreensão tradicional desta disciplina que a subtrai em larga medida à intervenção dos tribunais. A respeito deste último, a comunidade jurídica tem explorado possíveis vias conducentes a uma tutela jurisdicional primária dos interessados preteridos. Por um lado, tem-se procurado um suporte jurídico adequado para justificar um direito subjectivo à observância das normas procedimentais. Por outro, tem-se travado um intenso e profícuo debate sobre a natureza do direito pré-contratual.

Abstract: German law on public procurement is divided into two major segments: the first reflects the relevant EC law and the second has remained faithful to the traditional understanding of this particular field of law which, to a large extent, deemed it subtracted from judicial control. Regarding the latter, the legal community has been exploring possible paths conducive to primary legal protection of unsuccessful tenderers. On the one hand, a proper legal basis capable of justifying an individual right to compliance with procedural provisions is being sought. On the other hand, an intense and proficuous debate has been held on the nature of pre-contractual rules.

1. Introdução

O direito alemão da contratação de compras públicas (*Vergaberecht*) tem fornecido à comunidade jurídica abundante matéria de discussão.

Algumas das questões mais debatidas giram em torno da divisão do direito pré-contratual em dois grandes segmentos: um primeiro que reflecte os comandos de fonte comunitária e um segundo que se mantém fiel à tradição nacional. Neste contexto, o aspecto que parece ter suscitado maiores preocupações é o da tutela jurisdicional dos concorrentes no segundo segmento pois que, tradicionalmente, esta contratação pública é, em larga medida, concebida como um “*campo vedado aos tribunais*”⁽¹⁾.

A quantidade de tinta que já correu sobre este problema reflecte a sua enorme relevância económica e social. Cerca de 90% das encomendas do Estado caem, justamente, no domínio em que vigora a visão tradicional⁽²⁾.

2. Evolução e bipartição do direito pré-contratual

2.1. A história recente

O direito alemão da contratação de compras públicas constitui, hoje, um sistema complexo, composto por normas agregadas numa pluralidade de diplomas de natureza e hierarquia variada. Em certa medida, a sua actual estrutura resultou dos esforços encetados durante o século XX no sentido de uniformizar esta disciplina⁽³⁾.

Até ao início do século passado, a referida contratação regia-se por

⁽¹⁾ Cf. PÜNDER, *Zu den Vorgaben des grundsätzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge*, in *Verwaltungsarchiv — Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik (VerwArch)*, n.º 95, 2004, pp. 38 e s..

⁽²⁾ Cf. KNÖBEL, *Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 20 e s..

⁽³⁾ Neste sentido, cf. GERS-GRAPPERHAUS, *Das Auswahlrechtsverhältnis bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte*, Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 31.

regulamentos emitidos pelos *Länder*. No intuito de por termo a esta fragmentação, em 1914 uma comissão parlamentar apresentou um projecto de lei sobre a matéria. Porém, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, o projecto não chegou a ser aprovado. Os trabalhos viriam a ser retomados apenas em 1921. Todavia, o *Reichstag* recusou a ideia de consagrar em lei a disciplina da contratação pública. Ao invés, criou uma comissão composta por representantes da política, da indústria, do comércio e dos sindicatos e orientada pelo Ministério das Finanças do *Reich*, confiando-lhe a elaboração de regras de contratação uniformes. Como resultado desta iniciativa, surgiram as chamadas *Verdingungsordnungen*, termo antiquado que poderíamos traduzir por “ordenações de contratação” ⁽⁴⁾.

Essas *ordenações* consubstanciavam, pois, uma regulação consensualizada entre os dois lados do mercado: por um, o Estado que procurava satisfazer as suas carências materiais e, por outro, a economia que lhe oferecia bens e serviços ⁽⁵⁾.

Esta tradição manteve-se até aos dias de hoje. No entanto, a elaboração destas regras passou a competir a novas comissões que, embora com uma composição semelhante, se apresentam agora como organizações permanentes e autónomas, sob a forma jurídica de associações privadas ⁽⁶⁾.

No plano legal, desde os tempos da República de Weimar, a disciplina da contratação de compras públicas pertencia ao direito financeiro ⁽⁷⁾. Como os diplomas fundamentais deste ramo apenas vagamente impõem a aquisição de bens e serviços junto dos mercado.

⁽⁴⁾ Sobre esta evolução, veja-se, por exemplo, BARTH, *Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien*, Peter Lang, Frankfurt 2010, pp. 10 e s., REGLER, *op. cit.*, pp. 32 e ss.; GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, pp. 31 e s..

⁽⁵⁾ Cf. DAGEFÖRDE, *Einführung in das Vergaberecht*, lexion, Berlin, 2008, p. 10

⁽⁶⁾ Cf. GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 32. É o caso da *Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen* (DVA) e a *Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen* (DVAL).

⁽⁷⁾ Cf. REGLER, *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Rech.* Duncker und Humblot, Berlin, 2007, p. 47.

concorrenciais, a regulação legal desta matéria é complementada pelas citadas *ordenações de contratação* ⁽⁸⁾.

O direito pré-contratual alemão tem pertencido portanto, tradicionalmente, ao direito financeiro. Insere-se, assim, num ramo do direito administrativo especial cuja finalidade primeira consiste na gestão criteriosa das finanças públicas.

Aludindo a uma distinção frequentemente traçada pela doutrina alemã ⁽⁹⁾, diz-se que as disposições sobre a contratação pública pertencem ao *direito meramente interno da Administração (Innenrecht der Verwaltung)*. Nesta qualidade, produzem os seus efeitos imediatos apenas no seio da Administração ⁽¹⁰⁾. Não modelam, ao contrário do *direito com eficácia externa (Außenrecht)*, as relações jurídicas que se constituem entre a Administração e os administrados.

A principal consequência desta conceção manifesta-se no plano da tutela jurisdicional dos interessados na adjudicação. Dada a falta de vinculação externa da Administração, os concorrentes não dispõem de qualquer posição subjectiva que contenciosamente proteja o seu interesse na observância das normas pré-contratuais. Numa observação particularmente impressiva, Pietzcker equipara as normas pré-contratuais, na sua essência, às regras internas de uma empresa privada concernentes às suas compras ⁽¹¹⁾.

2.2. A transposição das directivas comunitárias e a bipartição da disciplina nacional

O aparecimento do direito comunitário derivado em matéria pré-contratual colocou o legislador alemão perante o chamado “*dilema*”

⁽⁸⁾ Cf. DAGEFÖRDE, *op. cit.*, p. 10.

⁽⁹⁾ Veja-se, p. ex., MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18.^a edição, C. H. Beck, München, 2011, pp. 40 e s., ou EHLERS, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, in ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14.^a edição, De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 136 e s..

⁽¹⁰⁾ Cf. EHLERS, *op. cit.*, pp. 136 e ss..

⁽¹¹⁾ Cf. PIETZCKER, *Die Zweiteilung des Vergaberechts, Subjektive Rechte, Rechtsschutz, Reform*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 13.

da europeização”. A transposição da disciplina europeia implicava a transformação deste direito meramente interno da Administração num direito com eficácia externa capaz de proteger os concorrentes ⁽¹²⁾. No entanto, o apego do legislador às características e à estrutura tradicional deste ramo causou algumas perturbações na transposição das diretivas para o direito interno.

Numa primeira tentativa, em 1990, essas diretivas foram implementadas através das referidas *ordenações de contratação*. Porém, a natureza “*administrativa*” destes instrumentos regulatórios e a falta de reconhecimento de direitos subjectivos sindicáveis pelos interessados, conduziu a uma pronúncia de incumprimento por parte do TJUE ⁽¹³⁾.

Ainda na pendência desta acção, foi experimentada uma nova transposição que ficaria conhecida como “solução jus-financeira”

⁽¹²⁾ Cf. GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 23.

⁽¹³⁾ Segundo a Comissão Europeia, «*as Verdingungsordnungen foram negociadas pelos comités alemães dos contratos de direito público. Estes comités, compostos de representantes das colectividades locais, mas igualmente das câmaras sindicais e das federações, são instituições puramente privadas que não fazem parte da administração pública. As Verdingungsordnungen seriam assim meras regras processuais de carácter privado, a que as entidades adjudicantes não estariam vinculadas. Mesmo pressupondo que estas regras assumem a forma de disposições administrativas que as entidades administrativas declaram aplicáveis aos seus subordinados, as mesmas não têm a qualidade de norma jurídica e não criam qualquer direito subjectivo para os particulares exteriores à administração, ao passo que as directivas em causa se destinam a proteger o proponente do arbitrio da entidade adjudicante*». Na sua decisão, o Tribunal afirma o seguinte: «*Convém observar [...] que as regras de participação e de publicidade das directivas que coordenam os processos de celebração dos contratos de direito público têm por objectivo proteger o proponente do arbitrio da entidade adjudicante [...]. Tal protecção não pode ser efectiva se o proponente não puder invocar estas regras relativamente à entidade adjudicante e, eventualmente, invocar a sua violação perante os órgãos jurisdicionais nacionais. [...]. Ora, não é contestado pelo Governo alemão que [...] as Verdingungsordnungen, que só eram aplicadas enquanto regras administrativas, não conferiam aos particulares qualquer direito susceptível de ser invocado perante os órgãos jurisdicionais nacionais*». Cf. o Acórdão do TJUE, de 11 de Agosto de 1995, proferido no P. C-433/93 (Comissao/ República Federal da Alemanha), n.ºs 6, 19 e 20.

(*haushaltsrechtliche Lösung*)⁽¹⁴⁾. Desta feita, o legislador alemão alterou a chamada Lei dos Princípios Orçamentais (*Haushaltsrechtsgrundsatzgesetz*), procurando, essencialmente, ancorar a disciplina da contratação em lei formal⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾. A esta segunda tentativa eram também apontadas insuficiências: por um lado, a tutela oferecida na contratação acima dos limiares comunitários era bastante limitada e realizava-se perante instâncias de mera fiscalização interna, por outro, o legislador alemão continuava a privar os concorrentes de quaisquer direitos subjectivos exercitáveis fora do âmbito administrativo⁽¹⁷⁾.

Perante as fortes críticas dirigidas a este modelo, o legislador federal tomou uma terceira iniciativa⁽¹⁸⁾. Desta vez, as alterações exigidas pelo direito comunitário foram introduzidas na lei da concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* — GWB). Enfrentando a principal crítica dirigida à conceção puramente financeira das encomendas públicas, o legislador reconheceu finalmente aos interessados um direito subjectivo sindicável à observância das regras pré-contratuais⁽¹⁹⁾. O modelo ficaria conhecido como “solução jus-concorrencial” (*kartellrechtliche Lösung*)⁽²⁰⁾.

Contudo, o âmbito de aplicação desta nova disciplina só abrange os contratos que atingem certos limiares. Esses valores de referência, que se orientam pelos conhecidos limiares comunitários, são fixados por regulamento do Governo Federal. Na contratação que não atinge

⁽¹⁴⁾ Cf. BARTH, *op. cit.*, p. 15; GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 44.

⁽¹⁵⁾ Cf. DAGEFÖRDE, *op. cit.*, p. 17.

⁽¹⁶⁾ As normas introduzidas elencavam as entidades adjudicantes sujeitas à disciplina pré-contratual. Simultaneamente, habilitou-se o Governo Federal à emissão de regras de contratação mais detalhadas. Assim, foi emitido o chamado *Vergabeverordnung* (“regulamento de contratação”) que, por sua vez, conferiu força vinculativa às *ordenações de contratação*. Cf. BARTH, *op. cit.*, p. 15, e DAGEFÖRDE, *op. cit.*, p. 17.

⁽¹⁷⁾ Cf. BARTH, *op. cit.*, p. 15, ou DAGEFÖRDE, *op. cit.*, p. 18.

⁽¹⁸⁾ Cf. DAGEFÖRDE, *op. cit.*, pp. 19 e s.

⁽¹⁹⁾ Nos termos do § 97 Abs. 7 da GWB, “as empresas têm direito a que a entidade adjudicante cumpra as disposições sobre o procedimento de adjudicação”.

⁽²⁰⁾ Cf. GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 45.

esses valores — que, como vimos, representa cerca de 90% das encomendas públicas alemãs — mantém-se o tradicional modelo jus-financeiro.

Esta dualidade de regime, que subsiste até ao presente, foi baptizada pela comunidade jurídica como “bipartição do direito pré-contratual” (*Zweiteilung des Vergaberechts*).

Deste modo, acima dos limiares, a lei concede aos interessados um direito subjetivo à observância das regras pré-contratuais e, simultaneamente, oferece-lhes mecanismos especiais de tutela ⁽²¹⁾.

Ao invés, no campo situado abaixo desses limiares continua a vigorar a concepção tradicional jus-financeira. Aqui, como vimos, as regras do procedimento pré-contratual só operam no seio da Administração e não a vinculam perante qualquer interessado preterido na escolha da contraparte privada ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Neste âmbito, o direito financeiro dispõe que “a celebração de contratos relativos a fornecimentos e serviços deve ser precedida de concurso, desde que não se justifique uma excepção em função da natureza do negócio ou de circunstâncias especiais” (§ 55 Abs. 1 da *Bundeshaushaltsordnung* — BHO). Na contratação situada abaixo dos limiares, as ordenações são normas privadas não legitimadas pelo legislador. No entanto, alcançam alguma força vinculativa através de remissões feitas partir do direito financeiro. Assim, por exemplo, o Abs. 2 do citado § 55 da BHO dispõe que, “na conclusão de contratos, devem ser seguidas directivas uniformes”. Estas remissões conferem assim a natureza de “normas administrativas” às mencionadas ordenações. Cf. REGLER, *op. cit.*, p. 48.

⁽²²⁾ No âmbito da contratação situada acima dos limiares, a estrutura da disciplina pré-contratual caracteriza-se pela sua construção em três patamares (lei, regulamento e ordenações) — o chamado “princípio de cascata” (*Kaskadenprinzip*). Num primeiro patamar, a GWB (ou seja, a lei) contém normas fundamentais sobre procedimentos pré-contratuais e meios de tutela. Esta lei habilita o Governo Federal a definir, através de regulamento, “regras mais detalhadas sobre o procedimento a observar na adjudicação” (§ 97 Abs. 6). Esse regulamento (*Vergabeverordnung* — VgV), que fixa também os citados limiares, constitui, assim, o segundo patamar de regulação. A VgV, por sua vez, remete para as ordenações de contratação, instrumentos que passam, deste modo, a constituir o terceiro patamar de regulação. Cf., por exemplo, Gers-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, pp. 48 e ss..

Não é de admirar que a separação destes dois “mundos”⁽²³⁾ tenha originado um amplo debate na comunidade jurídica alemã. A começar, desde logo, pela questão da constitucionalidade do próprio dualismo⁽²⁴⁾.

Mas os esforços académicos têm-se concentrado, sobretudo, na exploração de possíveis vias para uma tutela jurisdicional primária na contratação situada abaixo dos limiares. Por um lado, procura-se detectar o suporte jurídico mais adequado para justificar uma posição subjectiva contenciosamente sindicável. Por outro, e a propósito da determinação da jurisdição competente, tem-se travado um intenso debate sobre a natureza do direito pré-contratual.

3. As compras públicas enquanto contratos de direito privado

Antes de retratar a discussão em torno destas questões, importa esclarecer que as encomendas públicas são, na Alemanha, qualificadas tradicional e pacificamente como contratos de direito privado⁽²⁵⁾.

Segundo a lei alemã, são encomendas públicas (*öffentliche Aufträge*) os “contratos onerosos entre entidades adjudicantes e empresas relativos à

⁽²³⁾ Recorrendo aqui à expressão utilizada por STOCKMANN que, citando DREHER, se refere a um mundo “claro” abrangido pelas directivas comunitárias e a um mundo “escuro” situado abaixo dos respectivos limiares. Cf. STOCKMANN, *Die Integration von Vergaberecht und Kartellrecht*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* (ZweR), n.º 1, 2003, p. 37.

⁽²⁴⁾ Veja-se, a este respeito, a decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 13 de Junho de 2006 (1 BvR 1160/03). Para o Tribunal Constitucional, a circunstância de a tutela jurisdicional ser configurada pelo legislador ordinário de modo diferente, consoante o valor da encomenda pública atinja ou não os limiares, não conflitua com o princípio da igualdade consagrado no artigo 3.º da Lei Fundamental. Reconhece-se, é certo, um tratamento desigual em dois aspectos. Por um lado, a concessão de direitos subjectivos (no direito ordinário) é limitada à contratação situada acima dos limiares. Por outro, só neste âmbito a lei disponibiliza mecanismos especiais de tutela jurisdicional. No entanto, segundo o Tribunal Constitucional, existem motivos ponderosos que justificam este tratamento desigual.

⁽²⁵⁾ Cf., por exemplo, SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner, Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 149.

aquisição de prestações que tenham por objecto fornecimentos, empreitadas ou serviços” e ainda as “concessões de obras públicas e [os] procedimentos [de concepção] destinados a conduzir a uma prestação de serviços”⁽²⁶⁾.

Nestes negócios, de simples aprovisionamento, a Administração limita-se a participar no *tráfico jurídico-privado*, actuando como qualquer outro agente no mercado. Ao adquirir os meios necessários ao cumprimento das suas tarefas, a Administração celebra, pois, meros *negócios auxiliares*⁽²⁷⁾.

Por sua vez, o “contrato jurídico-público” (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*)⁽²⁸⁾ distingue-se do seu congénere jus-privatístico em função do objecto⁽²⁹⁾. O contrato será *jurídico-público* quando constitui, modifica ou extingue “relações jurídicas no domínio do direito público”⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾. Enquanto instituto do direito administrativo geral,

⁽²⁶⁾ § 99 Abs. 1 da GWB.

⁽²⁷⁾ Cf. WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, 11.ª edição, C. H. Beck, München, 1999, pp. 301 e s..

⁽²⁸⁾ A lei alemã do procedimento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz* — VwVfG) designa os contratos administrativos *öffentlich-rechtliche Verträge* (ou seja, “contratos jurídico-públicos”). Segundo SCHLETTE, este termo é seguindo maioritariamente pela jurisprudência, bem assim como por uma parte da doutrina. Haverá, no entanto, também quem recorra a termos como *Verwaltungsvertrag* (“contrato administrativo”) ou *verwaltungrechtlicher Vertrag* (“contrato jus-administrativista”). Cf. *op. cit.*, pp. 18 e ss..

⁽²⁹⁾ Cf., por exemplo, MAURER, *op. cit.*, p. 378.

⁽³⁰⁾ § 54 da VwVfG.

⁽³¹⁾ A VwVfG distingue entre *contratos de coordenação* (*koordinationsrechtliche Verträge*) e *contratos de subordinação* (*subordinationsrechtliche Verträge*). A primeira categoria reporta-se a contratos celebrados entre diferentes entidades pertencentes à Administração Pública, ou apenas entre particulares, celebrados, portanto, num *plano paritário*. Ao invés, os contratos de *subordinação* respeitam a relações jurídicas entre a Administração e os particulares em que aquela detém poderes de autoridade sobre estes.

A lei não emprega os citados termos. Segundo o § 54 da VwVfG, «*uma relação jurídica no campo do direito público pode ser constituída, alterada ou extinta por contrato (contrato jus-publicista), desde que nenhuma norma jurídica o impeça. Em particular, em vez de emitir um acto administrativo, a Administração pode celebrar um contrato jus-publicista com uma parte a quem, de outro modo, dirigiria um acto admi-*

o contrato *juridico-público* serve, pois, em princípio, finalidades idênticas às do acto administrativo ⁽³²⁾. Como seu terreno preferencial de atuação é geralmente destacado o direito do urbanismo ⁽³³⁾, constituindo outros domínios de particular incidência o direito ambiental, a concessão de subsídios ou a atribuição de certas prestações sociais ⁽³⁴⁾.

Ao invés, os contratos pelos quais se realizam encomendas públicas não são, em princípio, qualificáveis como contratos administrativos ⁽³⁵⁾.

nistrativo». Ora, certas disposições do regime dos contratos administrativos apenas são aplicáveis aos contratos referidos na segunda parte do citado § 54. Em termos puramente literais, a lei recortaria assim, dentre os contratos administrativos em geral, apenas aqueles que surgem em substituição de um ato administrativo. No entanto, MAURER explica que, por razões históricas, teleológicas e sistemáticas, devem considerar-se incluídos nesta referência todos os *contratos de subordinação* (Cf. *op. cit.*, 385).

Constituem uma terceira categoria, embora sem regulamentação própria, os chamados *contratos de cooperação* (*kooperationsrechtliche Verträge*). Nestes contratos, por via da *privatização funcional*, os particulares são encarregados de desempenhar uma tarefa administrativa. Embora aqui figurem como partes contratuais a Administração e um particular, a relação regulada pelo contrato apresenta-se como paritária.

Existe uma proposta de alteração da lei procedimental, da autoria de ZIEKOW, no sentido de incluir na regulamentação da VwVfG as relações jurídicas de cooperação entre a Administração e os particulares. Cf. o parecer intitulado *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, proferido em Junho de 2001, a pedido do Ministério Federal dos Administração Interna (*Bundesministerium des Innern*).

⁽³²⁾ Cf. PIEPER, *Keine Flucht ins öffentliche Recht, in Deutsches Verwaltungslatt (DVBl.)*, 2000, p. 161.

⁽³³⁾ Cf. MAURER, *op. cit.*, pp. 374 e ss.; GURLIT, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen*, in ERICHSEN/EHLERS, *op. cit.*, pp. 764 e s.

⁽³⁴⁾ Cf. MAURER, *op. cit.*, pp. 376 e s..

⁽³⁵⁾ Cf. KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 8.^a edição, C.H.Beck, München, 2003, § 54, n.º 40, p. 959. SCHLETTE, pelo contrário, procede a uma apreciação crítica desta posição. Para este autor, as características jus-públicas das compras públicas são de tal modo acentuadas que parecem admitir a sua pertença à espécie dos contratos administrativos. Neste sentido, SCHLETTE recusa, para a maioria dos casos, a ideia de que a atribuição destas encomendas públicas se destine apenas à satisfação das necessidades materiais da Administração. A Adminis-

Ora, se o direito pré-contratual alemão abrange estes negócios meramente *auxiliares*, coloca-se então a questão de saber se, ao celebrar um *contrato juridico-público*, a Administração estará ou não vinculada a essa disciplina.

Esta questão assume particular relevância face à tendência observada por PIEPER de — no intuito de contornar os constrangimentos do direito pré-contratual — se agregar no objecto de um só *contrato juridico-público* a realização de uma compra pública e o cumprimento de uma tarefa administrativa (portanto, também a conformação de uma relação jurídica administrativa). Por vezes, a própria lei desenha contratos em que se podem combinar elementos de direito privado e de direito público — nalguns casos, consensualmente qualificados pela doutrina como contratos administrativos ⁽³⁶⁾.

tração frequentemente utilizará o seu significativo potencial económico enquanto adquirente para prosseguir finalidades de política económica e social. Muitas vezes, esta contratação pública servirá propósitos de condução e promoção económica. Certos contratos têm, pois, *carácter de subsidio*. Apenas os contratos que não apresentem esta finalidade, ou nos quais ela seja insignificante face ao propósito de aprovisionamento, são, para este autor, contratos de direito privado. Um segundo argumento apresentado neste sentido prende-se com a circunstância de existirem normas relativas à contratação das compras públicas inseridas em estruturas legislativas de direito público (como, por exemplo, a já citada *Haushaltsgrundsatzgesetz*). Para SCHLETTE, esta circunstância seria, por si só, suficiente para, à luz da chamada *Vorordnungslehre*, sustentar normativamente o carácter jus-administrativista destes contratos. Cf. SCHLETTE, *op. cit.*, pp. 148 e ss..

⁽³⁶⁾ O exemplo apontado por PIEPER refere-se aos contratos de urbanização (*Erschließungsverträge*). A urbanização é, segundo a lei alemã, uma tarefa das autarquias. Essa tarefa poderá ser executada por elas próprias ou celebrando vários contratos jus-privatísticos de fornecimento e de aquisição de serviços com privados tendo em vista a execução dos trabalhos inerentes a essa incumbência da autarquia. No entanto, o § 124 do *Baugesetzbuch* (o Código do Urbanismo) oferece às autarquias a possibilidade de celebrar contratos de urbanização, encarregando um terceiro de toda a operação. A arquitectura do negócio será, normalmente, a seguinte: o privado constrói os equipamentos a expensas próprias, aliena os terrenos que, por regra, lhe pertencem e imputa os custos da urbanização aos adquirentes. Os equipamentos serão por regra entregues à autarquia. Ora, sendo a urbanização uma tarefa administrativa, a doutrina qualifica este contrato como jus-publicista. Porém, este contrato

O entendimento de que a natureza pública de um contrato afasta necessariamente a aplicabilidade das regras pré-contratuais implicaria a subtração de algumas áreas significativas da economia à concorrência de mercado. Segundo PIEPER, porém, esta “*fuga para o direito público*” não é consentida pelo direito comunitário.

Segundo este autor, o direito comunitário primário admite alguns desvios à disciplina europeia pré-contratual. Porém, apenas os tolera perante aqueles interesses públicos que também justificam derrogações às *liberdades fundamentais do mercado comum* relevantes em matéria de contratação.

Para tanto, não releva, decisivamente, a natureza pública ou privada do contrato. A mera qualificação de um contrato que inclua uma compra pública como *contrato jurídico-público*, não permitiria concluir pela existência de uma dessas situações excepcionais. Uma qualificação nesse sentido apenas revelaria que o contrato em causa disciplina *também* uma relação jurídica administrativa. Ora, isto não significaria que ao objecto contratual subjaza necessariamente um desses interesses públicos reconhecidos pelo direito comunitário. Quando muito, a qualificação do negócio como *contrato jurídico-público* constituiria um simples indício nesse sentido. Para Pieper deve antes presumir-se que as regras pré-contratuais são aplicáveis sempre que, independentemente da forma concretamente adoptada, o Estado adquire bens e serviços no mercado.

No mesmo sentido, para Vollmöller, o § 99 Abs. 1 da GWB, que define o conceito de *encomendas públicas*, não se opõe a que esses negócios encontrem suporte num *contrato jurídico-público*. A questão da aplicabilidade do direito pré-contratual exigiria apenas uma indagação sobre “*se a função do contrato consiste na aquisição de serviços no mercado ou no exercício de poderes de autoridade*”⁽³⁷⁾.

de direito público é decomponível em várias parcelas que, isoladamente, têm natureza jus-privatística. Se a Administração atribuísse a execução destes elementos parcelares a vários privados, não existiriam quaisquer dúvidas sobre a aplicabilidade do direito pré-contratual. Cf. PIEPER, *op. cit.*, pp. 162 e ss.

⁽³⁷⁾ VOLLMÖLLER coloca esta questão nos seguintes termos: “*Não seria correcto fazer depender a aplicabilidade do direito pré-contratual apenas da forma jurídica do*

4. A tutela primária na contratação acima dos limiares

A exposição precedente acerca da bipartição no direito alemão permitiu já antever que a tutela jurisdicional é significativamente menos problemática quando a contratação atinge os citados limiares. Além de reconhecer aos particulares um direito subjectivo à observância das normas pré-contratuais, a lei configura directamente os respectivos meios de tutela.

Em primeira instância, a avaliação (e decisão) sobre a ofensa desse direito tem lugar num “procedimento de controlo” (*Nachprüfungsverfahren*) da competência das chamadas *Vergabekammern*.

Estas câmaras não são verdadeiros tribunais, mas sim “autoridades administrativas especiais, munidas de uma ampla independência”⁽³⁸⁾. Existem tanto a nível federal, caso em que funcionam no âmbito do *Bundeskartellamt*, como nos diversos *Länder*⁽³⁹⁾. As suas decisões revestem a forma de acto administrativo⁽⁴⁰⁾.

Caso constatem a violação de um direito, as câmaras deverão, em regra, “tomar as medidas adequadas para remover a violação do direito e evitar a lesão dos interesses afectados”⁽⁴¹⁾. O limite objectivo e tempo-

*contrato, uma vez que essa circunstância permitiria à Administração, fazendo uso da sua liberdade de escolha da forma de actuação, furtar-se facilmente às regras pré-contratuais. Na verdade, o que é decisivo é saber se a função do contrato consiste na aquisição de serviços no mercado ou no exercício de poderes de autoridade. Caso o contrato respeite o exercício de poderes de autoridade, o direito pré-contratual não será aplicável. Sê-lo-á, porém, independentemente da forma jurídica do contrato, caso se trate da aquisição de serviços no mercado”. Cf. SCHMIDT/VOLLMÖLLER, *Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3.^a edição, Springer, 2007, p. 191.*

⁽³⁸⁾ Cf. KOPP/RAMSAUER, *op. cit.*, p. 498.

⁽³⁹⁾ A instalação, organização e composição das *Vergabekammern* é da competência dos próprios *Länder*. Cf. SCHÜTTE/HORSTKOTTE/SCHUBERT/WIEDEMANN, *Vergabe öffentlicher Aufträge*, 2.^a edição, Kohlhammer, Stuttgart, 2011, p. 108.

⁽⁴⁰⁾ § 114 Abs. 3 da GWB.

⁽⁴¹⁾ Como exemplos dessas providencias, SCHÜTTE/HORSTKOTTE/SCHUBERT/WIEDEMANN (*op. cit.*, p. 119), referem a ordem para repetir determinado passo na avaliação das propostas ou a repetição de todo o processo de avaliação, a ordem para

ral ao exercício destes poderes é a emissão da decisão de adjudicação eficaz, a qual, no direito alemão, é irreversível ⁽⁴²⁾.

O recurso a este *procedimento de controlo* impede a Administração de emitir uma decisão de adjudicação. Caso, porém, na pendência deste procedimento de tutela primária, ocorra qualquer circunstância que lhe retire utilidade, a pronúncia, a requerimento de um interessado, verificará se existe uma violação da posição subjectiva. As decisões tomadas neste procedimento vinculam o tribunal que, no futuro, venha a apreciar uma eventual ação de indemnização ⁽⁴³⁾.

Para os casos em que ameaça se consubstancia noutra circunstância, que não a iminência da adjudicação ⁽⁴⁴⁾, a GWB disponibiliza ainda um meio de tutela cautelar em reforço da referida proibição de emitir a adjudicação.

A estes mecanismos especiais acresce um dever da entidade adjudicante de informar os concorrentes preteridos sobre a identidade do previsível adjudicatário e os motivos da sua preterição. A celebração do contrato só poderá ocorrer passados 15 ou 10 ⁽⁴⁵⁾ dias úteis sobre o cumprimento deste dever ⁽⁴⁶⁾.

readmissão em negociações (nos procedimentos por negociação), a ordem para alteração dos documentos procedimentais e repetição do procedimento a partir do envio desses documentos a todos os interessados, a ordem para prosseguir com o concurso em caso de extinção ilegal ou, em última *ratio*, a ordem para extinguir o concurso acompanhada da indicação sobre se deverá ser aberto um novo procedimento. Os autores salientam ainda que, na determinação das providências adequadas, estas autoridades administrativas não se encontram vinculadas às medidas peticionadas pelo interessado, dispondo, pelo contrário, de discricionariedade na escolha dessas providências. Note-se, contudo, que este *procedimento de controlo* não pode ser iniciado officiosamente.

⁽⁴²⁾ Cf. SCHÜTTE/HORSTKOTTE/SCHUBERT/WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 119.

⁽⁴³⁾ § 124 da GWB.

⁽⁴⁴⁾ SCHÜTTE/HORSTKOTTE/SCHUBERT/WIEDEMANN (*op. cit.*, p. 120) dão como exemplo uma ameaça que consista na execução fáctica parcial do objecto do negócio.

⁽⁴⁵⁾ No caso de a informação ser transmitida por fax ou via electrónica.

⁽⁴⁶⁾ §§ 101a da GWB.

O âmbito administrativo da tutela apenas é abandonado em segunda instância. As decisões proferidas pelas *Vergabekammern* podem ser impugnadas (*sofortige Beschwerde*) perante as chamadas “secções de contratação” (*Vergabesenate*) de um *Oberlandesgericht*, tribunal de segunda instância da jurisdição comum. Quanto ao seu efeito, o legislador optou por não consagrar uma *solução rígida* ⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾.

Caso a impugnação proceda, o tribunal poderá limitar-se a anular a decisão, devolvendo o caso à *Vergabekammer* para nova pronúncia, podendo também resolvê-lo directamente. Nesta última hipótese, assistem-lhe poderes idênticos aos da instância anterior ⁽⁴⁹⁾.

5. A tutela primária na contratação abaixo dos limiares

5.1. As principais questões

Já no que se refere à contratação que não atinge os mencionados limiares, inexistem mecanismos específicos de tutela primária. Discute-se, por um lado, a própria existência de direitos subjectivos sindi-

⁽⁴⁷⁾ Cf. SCHÜTTE/HORSTKOTTE/SCHUBERT/WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 123. Nos termos do § 118 da GWB, a *sofortige Beschwerde* tem efeito suspensivo da decisão impugnada. Porém, essa suspensão cessa no prazo de duas semanas após o termo do prazo de impugnação. Caso a *Vergabekammer* tenha indeferido o pedido de controlo, o tribunal poderá, a requerimento do impugnante, prorrogar a suspensão da decisão impugnada até à decisão sobre a impugnação. Caso, pelo contrário, a *Vergabekammer* tenha deferido o pedido de controlo, proibindo a emissão de uma adjudicação, a adjudicação não poderá ser proferida enquanto o tribunal não revogar a decisão impugnada.

⁽⁴⁸⁾ Merece ainda uma breve referência o mecanismo previsto no § 121 da GWB. Face a uma decisão de deferimento por parte da *Vergabekammer*, esta norma permite ao tribunal, a requerimento da entidade adjudicante ou do concorrente que beneficiará da adjudicação, determinar o prosseguimento do procedimento pré-contratual e autorizar a adjudicação. A lei designa uma decisão desta natureza “decisão prejudicial” (*Vorabentscheidung*).

⁽⁴⁹⁾ Cf. SCHÜTTE/HORSTKOTTE/SCHUBERT/WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 126.

cáveis pelos interessados e, por outro, admitida essa sindicabilidade, qual seja, para tanto, a jurisdição competente.

5.2. O problema dos direitos subjetivos

Face à referida inaplicabilidade do § 97 Abs. 7 da GWB — que, como vimos, na contratação acima dos limiares, confere um direito à observância das regras pré-contratuais — a doutrina tem procurado extrair do direito financeiro, do direito constitucional e do direito comunitário uma posição subjectiva dos particulares contenciosamente sindicável ⁽⁵⁰⁾.

No que se refere ao direito financeiro, concentrando-se apenas na utilização criteriosa dos recursos do Estado, conclui-se geralmente pelo *carácter estritamente jus-objectivo* destas normas ⁽⁵¹⁾. Qualquer benefício que um concorrente (reflexamente) retire da sua observância apresenta-se, pois, como um mero *efeito marginal*. Quanto à sua concretização contida nas citadas *ordenações de contratação*, a doutrina tem salientado a inaptidão das normas de natureza administrativa, qualidade em que actuam estas *ordenações*, para fundamentar um direito subjectivo *extra muros*. No que se refere a esta matéria, e aludindo às coordenadas da *Schutznormtheorie*, Pietzcker realça que estas regras não têm por escopo tutelar a posição subjectiva de terceiros ⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Pelo menos, parecem ser esses os campos tipicamente analisados pelos autores que mais detalhadamente se ocupam desta questão. Veja-se, a título de exemplo, os estudos monográficos de KNÖBL (*op. cit.*) ou BARTH (*op. cit.*) circunscritos à contratação pública situada abaixo dos limiares.

⁽⁵¹⁾ Para KNÖBEL, nem mesmo a intervenção de representantes da indústria na elaboração das *ordenações* e a conseqüente influência dos seus interesses permite extrair dessas normas direitos subjectivos privados, porquanto foi clara a intenção do legislador no sentido de não os conferir (*op. cit.*, p. 28).

⁽⁵²⁾ Cf. PIETZCKER, *op. cit.*, pp. 83 e ss.. Para o autor, o apuramento da finalidade destas norma não oferece as dificuldades normalmente associadas a esta tarefa. Neste caso, será indubitável que, ao limitar o âmbito de aplicação do § 97 da GWB à contratação acima dos limiares, o legislador quis evitar que as normas relativas à

Quanto ao direito constitucional, a análise da sua influência sobre o direito da contratação de encomendas públicas, inicia-se tipicamente com a abordagem da questão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das actuações privatísticas do Estado. O tema foi denominado pela doutrina alemã de “*Fiskalgeltung der Grundrechte*”⁽⁵³⁾. Ponto de partida para este debate foi o artigo 1 Abs. 3 da Lei Fundamental segundo o qual, além do legislador e da jurisprudência, os direitos fundamentais vinculam também o *poder executivo*. Questionou-se, particularmente, se a vinculação abrangeria também as actuações privadas da Administração.

Após a rejeição inicial desta ideia, foi-se consolidando o entendimento de que essa vinculação operaria apenas no campo do chamado *direito privado da Administração* (*Verwaltungsprivatrecht*). A necessidade de conceber um direito privado próprio da Administração explica-se pela circunstância de — fora do domínio da intervenção ablativa⁽⁵⁴⁾ — se reconhecer à Administração uma certa liberdade na escolha na forma pública ou privada da sua actuação (*Formenwahlfreiheit*)⁽⁵⁵⁾. Porém, face ao perigo de uma *fuga para o direito privado*⁽⁵⁶⁾ associado a esta liberdade, a doutrina sentiu a necessidade de sujeitar a acção jus-privatística do Estado a uma série de vinculações de direito público⁽⁵⁷⁾, desenvolvendo-se, assim, a figura do direito privado específico da Administração.

Contudo, de acordo com a posição clássica, os constrangimentos constitucionais operariam apenas nos casos em que a actuação privada

contratação situada abaixo desses valores adquirissem a natureza de normas de protecção.

⁽⁵³⁾ Com o recurso ao termo “fiscal” alude-se à *Fiskustheorie* que decompunha o Estado em duas entidades distintas (a chamada *dupla personalidade do Estado*): por um lado, o Estado era titular de poderes autoritários e, por outro, actuava em vestes privadas enquanto titular de património (o chamado “*Fiskus*”).

⁽⁵⁴⁾ Cf. GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 115.

⁽⁵⁵⁾ Cf. SCHLETTE, *op. cit.*, p. 124.

⁽⁵⁶⁾ Expressão cuja autoria é atribuída a FLEINER. Cf., por exemplo, SCHLETTE, *op. cit.*, p. 124.

⁽⁵⁷⁾ Cf. SCHLETTE, *op. cit.*, p. 124.

serve a prossecução *imediata* de uma tarefa administrativa ⁽⁵⁸⁾. Na falta deste requisito, a opinião generalizada era a de que o Estado, na sua actividade aquisitiva, não se encontraria vinculado aos direitos fundamentais. A aquisição de bens e serviços apenas *mediatamente* serviria propósitos públicos, representando, assim, como vimos, meros *negócios auxiliares* da Administração ⁽⁵⁹⁾.

Este entendimento parece encontrar-se no entanto ultrapassado, dominando hoje em dia a opinião de que os direitos fundamentais vinculam a Administração em qualquer das suas atuações privatísticas ⁽⁶⁰⁾.

Em matéria pré-contratual, assume particular relevância o princípio da igualdade, consagrado no artigo 3 da Lei Fundamental. Enquanto direito subjetivo público, este princípio permite a defesa contra atuações estaduais que comportem um tratamento desigual injustificado ⁽⁶¹⁾. Em matéria de contratação, essa desigualdade poderá manifestar-se em diversos comportamentos como uma inadequada escolha do procedimento pré-contratual, uma descrição ambígua ou incompleta do objecto contratual, a inobservância dos prazos estabele-

⁽⁵⁸⁾ Cf., por exemplo, MAURER, *op. cit.*, p. 452.

⁽⁵⁹⁾ A respeito desta questão, são repetidas na doutrina as referências ao paradigmático acórdão do *Bundesgerichtshof* de 26 de Outubro de 1961, segundo o qual «quando a Administração decide sobre se celebra com um terceiro um contrato para a aquisição de bens, contrato esse que não se relaciona com qualquer tarefa pública que deva cumprir perante esse terceiro, a Administração não está a emitir um acto administrativo a ele dirigido. A relação jurídica entre as partes tem antes, desde o início, carácter exclusivamente jus-privatístico. Com efeito, elas não poderão ser abrangidas por aquela vinculação directa às normas jus-fundamentais que, aquando do cumprimento imediato de uma tarefa administrativa, se constitui na relação entre a Administração e a pessoa perante a qual deve ser cumprida tal tarefa, independentemente da configuração jus-privatística do negócio».

⁽⁶⁰⁾ Cf. DÖRR, *Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluß von Artikel 19 Abs. 4 GG*, in *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, n.º 24, 2001, p. 1015. Pelo menos, no que se refere à actividade aquisitiva do Estado, cf. ainda PIETZCKER, *op. cit.*, pp. 16 e s., ou PÜNDER, *op. cit.*, p. 41.

⁽⁶¹⁾ Cf. HEUN, Artigo 3, n.º 15, in DREIER, *Grundgesetz, Kommentar*, Vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

cidos ou o recurso a critérios de adjudicação carecidos de objetividade ⁽⁶²⁾.

Neste contexto, uma parte da doutrina recorre ainda aos princípios gerais da auto-vinculação segundo os quais, existindo uma prática administrativa constante em determinada matéria, a Administração, perante uma situação idêntica, não poderá afastar-se infundadamente desse comportamento. Ora, assumindo que essa prática constante se traduz na observância das regras prescritas pelas *ordenações de contratação*, os concorrentes teriam, assim, por via da auto-vinculação, um direito a que tais regras não fossem injustificadamente contrariadas. Estas normas, situadas no direito interno da Administração, adquiririam, pois, uma *eficácia externa mediata* ⁽⁶³⁾.

É ainda debatido, na literatura alemã, se a contratação pública releva no plano da liberdade de escolha de profissão, consagrada no artigo 12. Abs. 1 da *Grundgesetz*. Entende-se que esta liberdade envolve a chamada “liberdade de concorrência”, sempre que essa concorrência constitua “*parte integrante do exercício profissional*” de um cidadão ⁽⁶⁴⁾. A discussão centra-se, sobretudo, na questão de saber se a adjudicação pode consubstanciar uma *restrição* à referida liberdade de escolha de profissão.

A opinião aparentemente maioritária é a de que a atividade adjudicatória — considerada nos seus termos *normais* — não tem aptidão para restringir esta liberdade na esfera dos concorrentes. Ou seja, a simples adjudicação da proposta apresentada por um dos interessados não constitui uma restrição da liberdade de escolha de profissão dos concorrentes preteridos. O citado preceito constitucional apenas protege a possibilidade de participar no processo concorrencial; não tutela,

⁽⁶²⁾ Cf. GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, pp. 172 e ss..

⁽⁶³⁾ Cf. DÖRR, *op. cit.*, pp. 1017 e 1020; PIETZCKER, *op. cit.*, p. 87; MALMENDIER, *Vergaberecht, quo vadis?*, in DVBl., 2000, p. 968. Já ENGLISCH encara esta construção com «*cepticismo*» — Cf. *Effektiver Primärrechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, in VerwArch, n.º 98, 2007, p. 420.

⁽⁶⁴⁾ Cf. REGLER, *op. cit.*, pp. 240 e ss.; GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, pp. 197 e ss..

ao invés, qualquer expectativa de “vitória”. O artigo 12 da GG apenas protege *a* — e não, *da* — concorrência ⁽⁶⁵⁾. A própria existência de uma relação concorrencial é, aliás, a consequência natural do exercício simultâneo desta liberdade por vários sujeitos ⁽⁶⁶⁾.

No tocante às restrições à liberdade de escolha de profissão, o *Bundesverfassungsgericht* tem exigido uma “tendência de regulação objectiva da profissão” (“*objektiv berufsregelnde Tendenz*”) ⁽⁶⁷⁾. Segundo HUBER, esta “tendência” não se verificará nos casos em que o Estado, no mercado, é apenas um dos muitos sujeitos do lado da procura ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾. Nestas situações, a não adjudicação de uma encomenda *pública* a certo concorrente não obstaculiza o livre exercício da sua atividade.

Fora deste “quadro normal” da contratação pública, para Huber, a adjudicação administrativa poderá tanger a liberdade de escolha de pro-

⁽⁶⁵⁾ Cf. KNÖBEL, *op. cit.*, p. 28, e MANSSEN, Artigo 12, n.º 82, in VON MALGOLDT/KLEIN/STARK, *Das Bonner Grundgesetz — Kommentar*, Franz Vahlen, München, 2001. No mesmo sentido, Cf. STOBER, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 17.ª edição, Kohlhammer, 2011, p. 155.

⁽⁶⁶⁾ Cf. STOBER, *op. cit.*, p. 155.

⁽⁶⁷⁾ Cf. REGLER, *op. cit.*, p. 242.

⁽⁶⁸⁾ Cf. HUBER, *Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte*, in *JuristenZeitung* (JZ), 2000, p. 879.

⁽⁶⁹⁾ A doutrina alude repetidamente à sugestão exprimida por PUHL de qualificar qualquer atribuição de *encomendas públicas* a um particular como uma “*ingerência estadual na concorrência de mercado*”. Segundo este autor, do mesmo passo que a adjudicação de proposta alheia significaria, para o concorrente preterido, uma desvantagem económica, o concorrente escolhido veria a sua posição concorrencial directamente reforçada. Cf. PUHL, *Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 60, 2001, p. 482. PIETZCKER chama a atenção para as consequências de uma posição no sentido sugerido por PUHL. Segundo aquele autor, considerando-se que a contratação pública toca, em si mesma, o âmbito de protecção da liberdade de escolha de profissão, então a escolha de um dos concorrentes significaria uma restrição dessa liberdade na esfera de todos os concorrentes preteridos. Isto implicaria que toda a atuação estadual nesta matéria teria de ser constitucionalmente disciplinada por lei. Cf. PIETZCKER, *op. cit.*, pp. 26 e s..

fissão quando o Estado detenha, do lado da procura, uma posição monopolista ou, pelo menos, dominante. No fundo, “quanto maior for o poder de procura do Estado, maiores serão também as exigências de legitimação impostas pelas liberdades fundamentais à decisão de adjudicação”⁽⁷⁰⁾.

Alguns autores detetam ainda esta relevância constitucional nos casos em que a Administração aplica as chamadas “*Auftragssperren*”, figura através da qual a Administração, com fundamento em conduta que considera incorreta por parte de um particular, o afasta de um ou vários procedimentos. Também, por vezes, tem sido abordada a questão da relevância, neste quadro, da prossecução de *finalidades secundárias* (*vergabefremde Zwecke*)⁽⁷¹⁾.

Por fim, têm sido ainda extraídas posições subjectivas a partir do direito comunitário primário, cujas normas, embora não regulando directamente as *compras públicas*, certamente influenciam o direito pré-contratual⁽⁷²⁾. A par da proibição de discriminação, plasmada no artigo 18.º do TFUE, têm merecido particular atenção as *liberdades fundamentais do mercado comum* — concretamente, as liberdades de circulação de bens, de circulação dos trabalhadores, de prestação de serviços e de estabelecimento. As liberdades fundamentais possuem carácter jurídico-subjectivo⁽⁷³⁾. Contudo, a importância destas liberdades do direito primário cinge-se à chamada “*contratação com relevância para o mercado comum*”⁽⁷⁴⁾.

Ora, aceitando-se a existência de direitos subjectivos na esfera dos concorrentes na contratação abaixo dos limiares, para alguns autores os

⁽⁷⁰⁾ Cf. HUBER, *op. cit.*, p. 880.

⁽⁷¹⁾ Sobre as diversas posições doutrinárias nesta matéria, veja-se, por exemplo, PIEZCKER, *op. cit.*, pp. 29 e ss., ou KNÖBL, *op. cit.*, pp. 42 e ss..

⁽⁷²⁾ Cf. KNÖBEL, *op. cit.*, pp. 48 e s..

⁽⁷³⁾ Cf., por exemplo, EHLERS, in EHLERS, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, De Gruyter, 2.ª edição, Berlin, 2005, p. 181. Como nota este autor, é consensual, desde o Acórdão *van Gend & Loos*, que as liberdades fundamentais não se limitam a produzir efeitos jurídico-objectivos, mas se destinam à protecção individual dos sujeitos económicos. Com efeito, as liberdades são sindicáveis perante as instâncias jurisdicionais nacionais e da União.

⁽⁷⁴⁾ A respeito dos pressupostos desta *relevância para o mercado comum*, veja-se KNÖBEL, *op. cit.*, pp. 51 e ss..

mecanismos de tutela existentes situam-se aquém da protecção jurisdicional que o artigo 19 Abs. 4 da Lei Fundamental garante aos indivíduos lesados pelo *poder público* nos seus *direitos* ⁽⁷⁵⁾.

Pelo contrário, na sua decisão sobre os limiares, em 2006, o Tribunal Constitucional considerou que apenas beneficiam da tutela conferida pelo artigo 19 Abs. 4 os indivíduos que se encontrem numa posição de “*dependência típica*” e de “*subordinação*” perante um titular do poder estadual ⁽⁷⁶⁾. “*A entidade adjudicante não actua enquanto titular de poderes de autoridade [nesta acepção]. O Estado age enquanto adquirente no mercado para satisfazer as suas necessidades de bens ou serviços. Nesta qualidade [...], não se distingue significativamente de outros agentes no mercado. Ao emitir uma decisão de adjudicação, [o Estado] não recorre ao seu poder jurídico público de autoridade [...]*” ⁽⁷⁷⁾. Opera, é certo, o direito geral a uma garantia de protecção jurisdicional, ínsito no princípio do Estado de direito (o chamado *allgemeiner Justizgewährungsanspruch*) ⁽⁷⁸⁾. Porém, segundo o tribunal, a Lei Fundamental não exige ao legislador ordinário a criação de mecanismos de tutela semelhantes aos que existem na contratação acima dos limiares. Na verdade, a configuração dos meios de tutela obriga a uma conciliação dos diversos interesses em presença. Ao conferir um peso relativo menor aos interesses do concorrente preterido em obter uma tutela primária eficaz, o legislador não terá ultrapassado os limites da sua margem de conformação.

5.3. O direito pré-contratual entre o direito público e o direito privado

5.3.1. O sentido da questão

Se é certo que, na contratação abaixo dos limiares, parece aceitar-se a existência de direitos subjetivos na esfera dos concorrentes, persistia

⁽⁷⁵⁾ Cf., por exemplo, REGLER, *op. cit.*, p. 250, ou DÖRR, *op. cit.*, p. 1023.

⁽⁷⁶⁾ Cf. o *Beschluss* da 1.ª Secção, de 13 de Junho de 2006 — 1 BvR 1160/30, ponto 51.

⁽⁷⁷⁾ Cf. o ponto 52 da decisão.

⁽⁷⁸⁾ Cf. o ponto 53 da decisão.

alguma controvérsia sobre a jurisdição competente para dirimir os litígios que se lhe referem.

De acordo com Código do Processo Administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung*), caem na jurisdição administrativa “*todos os litígios jurídico-públicos de carácter não constitucional*”, desde que, naturalmente, a lei federal não os cometa expressamente à jurisdição comum. A determinação da competência material dos tribunais administrativos passa, pois, também aqui, pela distinção entre o direito público e o direito privado ⁽⁷⁹⁾. Ora, a qualificação, nesta perspectiva, do direito pré-contratual tem sido objecto de um vasto debate na comunidade jurídica alemã.

5.3.2. Ponto de partida: a posição clássica

Como vimos, as *compras públicas* são normalmente compreendidas como contratos de direito privado. Esta caracterização tem-se repercutido sobre a qualificação das normas que regulam a respectiva fase pré-contratual. O procedimento conducente à celebração desses contratos não representaria mais do que a preparação de um negócio privado. Assim, considerar-se-ia que a fase pré-contratual e a da execução do contrato formam um processo globalmente atribuído ao direito privado ⁽⁸⁰⁾.

5.3.3. O recurso à *teoria dos dois degraus* e sua crítica

As principais tentativas no sentido de autonomizar uma fase pré-contratual pública socorreram-se da chamada “*teoria dos dois degraus*” (*Zwei-Stufen-Theorie*) ⁽⁸¹⁾, desenvolvida por IPSEN no domínio

⁽⁷⁹⁾ Sobre as principais consequências desta distinção no direito ordinário alemão, cf. MAURER, *op. cit.*, pp. 41 e s..

⁽⁸⁰⁾ Quanto à «*visão jus-civilística*» sobre esta contratação veja-se GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, pp. 117 e ss..

⁽⁸¹⁾ Entre nós, esta teoria tem conhecido diversas designações, como, por exemplo, “*teoria do duplo escalão*”, “*teoria dos dois níveis*” ou “*teoria das duas etapas*”.

dos subsídios públicos ⁽⁸²⁾. A teoria divide a atribuição de um subsídio, essencialmente, em dois *degraus*: o primeiro, que consiste na decisão administrativa sobre “se” o subsídio é atribuído; e o segundo, subsequente, respeitante ao “como” da configuração concreta da relação jurídica a constituir ⁽⁸³⁾. Note-se que a *Zwei-Stufen-Theorie* não procede a uma qualificação das normas; explica, porém, que o processo de atribuição de um subsídio envolve, num primeiro *degrau*, um procedimento administrativo e, num segundo, a constituição de uma relação jurídica de direito privado. Embora nunca tenha sido verdadeiramente pacífica, a teoria é, hoje em dia, considerada como património adquirido da dogmática do direito administrativo alemão ⁽⁸⁴⁾.

À primeira vista, dada a natureza jus-privatística dos contratos de aprovisionamento da Administração, a contratação pública apresenta-se como processo estruturalmente análogo ao da concessão de subsídios estaduais. No entanto, aqui, a importação desta teoria é controversa.

Na sua formulação clássica, a *Zwei-Stufen-Theorie* assenta na premissa de que o procedimento administrativo — que consubstancia o primeiro *degrau* — se encerra com a emissão de um ato administrativo ⁽⁸⁵⁾. Esse

A designação a que aqui se recorre corresponde à que é utilizada por Pedro GONÇALVES, *O Contrato Administrativo — Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, Almedina, Coimbra, 2003.

⁽⁸²⁾ O desenvolvimento desta teoria está ligado a um projeto cinematográfico ao qual, sem fundamentação, havia sido recusada a concessão de uma subvenção pelo Estado Federal. Neste contexto, IPSEN elaborou o famoso parecer, intitulado *Rechtsgutachten über das Verfahren und den Rechtsschutz bei Gewährung und Verweigerung von Ausfallbürgschaften des Bundes für Filmprojekte*, de 17 de Dezembro de 1951, no qual conclui que a pretendida garantia estadual (jurídico-privada) deveria ser separada da necessária decisão administrativa prévia (de autoridade) sobre o “se” deste apoio do Estado. A ideia da separação entre o “se” e o “como” da concessão de um subsídio apenas adquiriu a designação de *Zwei-Stufen-Theorie* nos ulteriores desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais. Cf. ENNUSCHAT, *Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht*, in NJW, 2007, n.º 31, pp. 2224 e s..

⁽⁸³⁾ Cf., por exemplo, Gers-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, pp. 122 e s..

⁽⁸⁴⁾ Cf. ENNUSCHAT, *op. cit.*, p. 2225.

⁽⁸⁵⁾ Cf. Gers-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 122.

acto constitui o momento que marca a separação destes dois *degraus*. Nele se funda o direito à ulterior constituição de uma relação jurídica de direito privado.

Diferentemente, a respeito da contratação pública, domina o entendimento de que a adjudicação e a perfeição do contrato se unem num só ato jurídico ⁽⁸⁶⁾ ⁽⁸⁷⁾.

Por esta razão, refere-se com frequência que a contratação pública constitui um processo naturalmente unitário. A escolha do parceiro privado e a execução do contrato processam-se num só *degrau*. Sendo o contrato celebrado de direito privado, a decisão administrativa de adjudicação é caracterizada como uma mera declaração contratual de aceitação da proposta vencedora ⁽⁸⁸⁾. Os trâmites conducentes a essa aceitação apenas representariam o processo de formação da vontade da Administração.

O procedimento pré-contratual não gera, portanto, qualquer acto de direito público; limita-se, antes, a colocar no *tráfico jurídico externo* (à Administração) uma declaração jus-privatística de aceitação da proposta vencedora. Por conseguinte, para muitos, o recurso à *Zwei-Stufen-Theorie* seria dogmaticamente pouco rigoroso ⁽⁸⁹⁾. A consideração de um *degrau* pré-contratual autónomo constituiria uma “*pura ficção*” ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cf., mais recentemente, entre outros, RUTHIG/STORR, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3.ª edição, C.F.Müller, Heidelberg, 2011, p. 486.

⁽⁸⁷⁾ No seu Acórdão de 28 de Outubro de 1999, proferido no processo C-81/98 (*Alcatel Austria*), o TJUE pronunciou-se sobre o direito austríaco, neste aspecto bastante semelhante. Nas palavras do tribunal, «*sendo, na prática, a declaração de adjudicação e a celebração do contrato concomitantes, falta, nesse sistema, um acto de direito administrativo do qual os interessados possam tomar conhecimento e que poderia ser objecto de um recurso de anulação, tal como é previsto pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/665*» (cf. o n.º 48). Na interpretação de MALMENDIER, a *teoria dos dois degraus*, enquanto exigência de separação temporal entre a adjudicação e a celebração do contrato, é, portanto, pressuposta pelo direito comunitário. Assim será, pelo menos, quando, como no direito alemão, a celebração do contrato é inatacável. Cf. *op. cit.*, p. 964.

⁽⁸⁸⁾ Cf. GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 143.

⁽⁸⁹⁾ Cf. REGLER, *op. cit.*, p. 266.

⁽⁹⁰⁾ Cf. ENGLISCH, *op. cit.*, p. 436.

5.3.4. A jurisprudência dos tribunais administrativos e a pronúncia do *Bundesverwaltungsgericht*

Não obstante estas críticas, o modelo dos dois degraus logrou penetrar a jurisprudência alemã. Com a famosa “*Lenkwaffenentscheidung*”⁽⁹¹⁾ de 2005 do *Oberverwaltungsgericht* de Koblenz, pela primeira vez⁽⁹²⁾, um tribunal administrativo superior, em aplicação da citada teoria⁽⁹³⁾, caracterizou a adjudicação de uma proposta como decisão jurídico-pública. Assim, segundo este tribunal, a jurisdição administrativa seria competente para apreciar os litígios pré-contratuais situados abaixo dos limiares.

Esta pronúncia não só provocou uma vasta discussão na literatura administrativista, como foi sucedida por decisões de tribunais administrativos⁽⁹⁴⁾ contraditórias quanto à sua competência nesta matéria⁽⁹⁵⁾.

Em 2007, o *Bundesverwaltungsgericht* (Supremo Tribunal Adminis-

⁽⁹¹⁾ Cf. OVG de Koblenz, *Beschluss* de 25 de Maio de 2005, 7 B 10356/05.

⁽⁹²⁾ Cf. Gers-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 124.

⁽⁹³⁾ Pode ler-se, na citada decisão, o seguinte: «O Senat não se associa ao entendimento, segundo o qual a contratação do Estado se encontra totalmente integrada no direito privado. Esta divergência assenta na circunstância de a celebração do contrato jus-privatístico — i.e., a aceitação da proposta mediante adjudicação (segundo degrau) — ser precedida de um primeiro patamar, na forma de um procedimento pré-contratual autónomo [...]. Só a consideração desta relação de degraus é conforme com a tutela primária constitucionalmente garantida pelo artigo 19 (4) da GG. Note-se que as medidas estaduais [...] aptas a lesar direitos subjectivos (no caso, a decisão de adjudicação) não podem ser conectadas com a sua execução (no caso, a celebração do contrato mediante adjudicação), quando assim se criem factos consumados. Nesta medida, a disponibilização de uma tutela secundária não satisfaz as exigências constitucionais [...]».

⁽⁹⁴⁾ Cf. ENNUSCHAT, *op. cit.*, 2225. Este autor dá como exemplos os *Oberverwaltungsgerichte* de Münster e Bautzen que terão seguido a orientação da citada decisão, enquanto os *Oberverwaltungsgerichte* de Lüneburg e Berlin-Brandenburg terão adoptado uma perspectiva unitária e jus-privatística.

⁽⁹⁵⁾ Para um breve levantamento jurisprudencial, cf. Gers-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 124, notas 133 e 134, ou, mais recentemente, Özifrat-SKUBINN, *Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich*, in DÖV, n.º 24, 2010, p. 1005.

trativo Federal) tomou uma posição clara sobre a polémica instalada, recusando a qualificação jus-publicística do direito pré-contratual ⁽⁹⁶⁾.

O Tribunal começa por lembrar que um litígio é jurídico-público ou juridico-privado consoante a natureza da relação jurídica de que emerge. Na indagação dessa natureza, importaria averiguar se as partes se encontram numa *relação de subordinação* e se o titular do poder de autoridade se serve de normas de direito público. Admite, é certo, que um litígio jurídico-público nasça no âmbito de uma relação paritária. Porém, essa relação só será de direito público quando se rege por normas que não se dirigem à generalidade dos cidadãos, ou seja, por normas que constituam *direito específico do Estado*.

Posto isto, o *Bundesverwaltungsgericht* salienta que, segundo a sua jurisprudência constante, bem assim como a do *Bundesgerichtshof* ⁽⁹⁷⁾ e da *Secção Comum dos Supremos Tribunais Federais* ⁽⁹⁸⁾, na atribuição de encomendas públicas aos privados, a Administração, em regra, “*se move no terreno do direito privado*”. À semelha da já citada pronúncia do Tribunal Constitucional sobre os limiares, o *Bundesverwaltungsgericht* salienta que, nesta matéria, o Estado não se distingue, significativamente, de qualquer privado que se dirija ao mercado. Segundo o

⁽⁹⁶⁾ Trata-se do *Beschluss*, do 6.º *Senat*, de 2 de Maio de 2007; BVerwG 6 B 10.07. O litígio emergiu no âmbito de um procedimento relativo a um contrato para reconstrução, renovação, modificação e manutenção de equipamentos de iluminação de estradas e de equipamentos de iluminação e sinalização de trânsito. A Autora, que havia sido notificada de que a sua proposta era insusceptível de ser avaliada, reagiu contenciosamente perante o tribunal administrativo de Gelsenkirchen que considerou a jurisdição administrativa competente para dirimir o litígio. O tribunal administrativo de segunda instância (*Oberverwaltungsgericht*) de Münster negou provimento ao recurso que a Ré interpusera desta decisão, tendo a então recorrente interposto novo recurso para o *Bundesverwaltungsgericht* que proferiu a referida decisão.

⁽⁹⁷⁾ O tribunal supremo em matéria civil e penal.

⁽⁹⁸⁾ O *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* intervém preventivamente quando um tribunal supremo, na resolução de uma questão jurídica, tenciona afastar-se de uma decisão anterior de outro tribunal supremo ou da própria *Secção Comum*.

Tribunal, com a iniciação de quaisquer negociações contratuais, apenas se constitui, entre a entidade adjudicante e o interessado, uma relação jurídica de direito privado conducente a uma decisão da Administração sobre a prática de uma declaração negocial. Esta contratação pública processar-se-ia, pois, num *patamar único*, integralmente situado no direito privado, pelo que os litígios pré-contratuais deveriam ser dirimidos na jurisdição comum.

Note-se, porém, que a afirmação do tribunal não é absoluta. Esta caracterização da relação jurídica pré-contratual valerá “*pelo menos, enquanto a lei não impuser a consideração especial de determinado círculo de pessoas*”⁽⁹⁹⁾.

Para o *Bundesverwaltungsgericht*, a coincidência entre a escolha do contraente privado e a perfeição do negócio impede que a contratação pública seja apreciada sob a perspectiva da *teoria dos dois degraus*. Na verdade, esta teoria apenas seria apta para avaliar “*processos jurídicos multifaseados*”, o que não seria o caso das compras públicas. Nas palavras do tribunal, a aplicação da desta teoria conduziria à “*bipartição artificial de um processo unitário*”⁽¹⁰⁰⁾.

5.3.5. A consideração isolada do direito pré-contratual

Por outro lado, os autores que vislumbram uma relação jurídica de direito público — vezes que não se extinguiram com a emissão desta decisão⁽¹⁰¹⁾ —, com ou sem⁽¹⁰²⁾ recurso à *Zwei-Stufen-Theorie*, sujeitam

⁽⁹⁹⁾ Cf. o ponto 5 da citada decisão. Özifrat-SKUBINN dá como exemplo a *Lei sobre os Assuntos dos Refugiados e Fugitivos* que, na adjudicação de compras públicas, impõe um tratamento preferencial a certa categoria de retornados. Cf. *op. cit.*, p. 1010.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. o ponto 15 da decisão.

⁽¹⁰¹⁾ Refira-se, como exemplo, o estudo monográfico de GERS-GRAPPERHAUS (*op. cit.*) em torno do tema, publicado já na posterioridade da pronúncia do *Bundesverwaltungsgericht*.

⁽¹⁰²⁾ REGLER, por exemplo, parece fazer uma análise do processo de contratação pública independente do quadro imposto pela *Zwei-Stufen-Theorie*. Admitindo que, no direito alemão, este processo de contratação se realiza num *patamar único*,

a fase pré-contratual a uma apreciação autónoma. No fundo, recusam que o significado do procedimento (administrativo) pré-contratual seja degradado em mera preparação de um contrato privado.

Alguns autores, que monograficamente se debruçaram sobre a natureza pública ou privada das normas jurídicas que regem a contratação, analisam-nas à luz das principais teorias utilizadas.

A chamada “teoria dos interesses” (*Interessentheorie*) atende à natureza do interesse tutelado pela norma a qualificar. Todavia, para além das objeções de princípio dirigidas a esta teoria ⁽¹⁰³⁾, segundo REGLER, se na contratação abaixo dos limiares predomina na lei a proteção do interesse público, já na contratação acima desses limiares, são diversos os interesses legalmente acolhidos ⁽¹⁰⁴⁾.

jus-privatístico (adoptando o recorte de patamares em que assenta a citada teoria), para este autor, não obstante, a contratação do Estado é juridicamente composta por dois planos procedimentais subsequentes (a relação jurídica pré-contratual, enquanto procedimento gerador da adjudicação, e a realização contratual, enquanto patamar de execução da adjudicação). Segundo este autor, dogmaticamente, a adjudicação não deixa de constituir o momento procedimental determinante. Por um lado, encerra a relação jurídica pré-contratual, consubstanciando jurídica e facticamente a atribuição do contrato a um dos interessados. Por outro lado, já num segundo plano de execução, a adjudicação determina a perfeição do contrato. Ora, a particularidade de estes dois efeitos se concentrarem num só momento não influi na determinação da natureza jurídica da relação pré-contratual. Para REGLER, os patamares devem ser separadamente qualificados quanto à sua natureza, lembrando a existência de actos de direito público com efeitos de conformação de relações jurídicas privadas. A natureza de um dos patamares não compromete a qualificação do patamar precedente ou subsequente. Cf. REGLER, *op. cit.*, pp. 140 e ss..

⁽¹⁰³⁾ Cf. MAURER, *op. cit.*, p. 44. Concretizando a “falta de precisão” do critério fornecido por esta teoria, o antigo Professor de Constança salienta a existência de normas que simultaneamente tutelam interesses individuais e interesses colectivos, seja em sentido convergente seja em sentido contraposto. Elencando as deficiências desta teoria, EHLERS refere ainda a circunstância de o interesse público poder consistir, precisamente, na proteção de um interesse individual e sublinha a dificuldade geral na precisão dos interesses públicos (Cf. *Verwaltung und Verwaltungsrecht...*, p. 142).

⁽¹⁰⁴⁾ Segundo REGLER, na contratação abaixo dos limiares, resultando as vinculações da Administração do direito financeiro, os interesses prosseguidos serão

Já de acordo com a “teoria da subordinação” (*Subordinationstheorie*), as normas do direito pré-contratual seriam de direito público se disciplinassem uma *relação de subordinação*. É frequente anotar-se que esta teoria se ajusta melhor aos casos de intervenção agressiva da Administração (*Eingriffsverwaltung*) sendo, por isso, considerada menos apropriada para a qualificação daquelas normas pré-contratuais que se encontram mais próximas da atividade administrativa prestacional (*Leistungsverwaltung*)⁽¹⁰⁵⁾.

Temos, finalmente, a “teoria dos sujeitos” (*Subjektstheorie* ou *Zuordnungstheorie*). De acordo com a sua formulação wolffiana, pertencerão ao direito público as normas cujo destinatário exclusivo seja um titular de poderes de autoridade⁽¹⁰⁶⁾. Assim, dado que inexistem vinculações semelhantes para os sujeitos privados, dir-se-á que a disciplina da contratação pública constitui um direito especial da Administração (*Sonderrecht des Staates*) e não um direito da generalidade dos cidadãos (*Jedermannrecht*)⁽¹⁰⁷⁾.

Procurando corrigir diversas insuficiências que têm sido apontadas a esta orientação *formal* ou *institucional*, modernamente a “teoria dos sujeitos” tem sido reformulada num sentido *material*, exigindo-se que a norma jus-publicística se dirija ao titular dos poderes de autoridade precisamente nessa sua qualidade⁽¹⁰⁸⁾.

colectivos. No que se refere à contratação acima desses valores, o autor salienta que os princípios legais subjacentes, que refletem a abordagem europeia, indiciam uma intenção de protecção de interesses públicos e privados. Neste âmbito, enquanto os princípios da *adequação* e da *economicidade* (§ 97 Abs. 4 e 5 da GWB) servem interesses colectivos, outros princípios como o da *concorrência* ou da *transparência* (§ 97 Abs. 1 da GWB) revelam uma dupla finalidade que não permite inserir este procedimento integralmente no direito privado ou no direito público. Cf. REGLER, *op. cit.*, p. 147.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf., em geral, MAURER, *op. cit.*, p. 44. A respeito da contratação de compras públicas, Cf. REGLER, *op. cit.*, p. 148. Este último autor refere como excepção o já citado mecanismo da *Auftragsperre*.

⁽¹⁰⁶⁾ Cf., por exemplo, EHLERS, *op. cit.*, p. 143.

⁽¹⁰⁷⁾ Neste sentido, cf. GERS-GRAPPERHAUS, *op. cit.*, p. 111.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. EHLERS, *op. cit.*, p. 147; MAURER, *op. cit.*, p. 44.

Para Hermes, por exemplo, as normas que disciplinam a contratação pública são normas que apresentam essas características ⁽¹⁰⁹⁾. Rennert — juiz no *Bundesverwaltungsgericht* — explica que as normas pré-contratuais se não dirigem a qualquer agente no mercado, mas apenas a entidades públicas, salientando ainda que as finalidades dessas normas dizem respeito justamente ao Estado. Dúvidas sobre a qualificação jus-publicística justificar-se-iam, quando muito, pela circunstância de as regras pré-contratuais, na contratação acima dos limiares, vincularem também empresas dominadas pelo Estado e abrangerem as chamadas *encomendas públicas mediatas* ⁽¹¹⁰⁾. Porém, o autor considera que esta extensão do âmbito subjectivo de aplicação não é suficiente para subtrair o direito pré-contratual ao campo do direito público ⁽¹¹¹⁾.

Ainda a respeito da “teoria dos sujeitos”, Ehlers entende que uma norma jurídica não se dirige ao sujeito público enquanto titular de poderes de autoridade quando existam “*indícios inequívocos*” de que a entidade destinatária deva actuar como a generalidade dos sujeitos de direito. Isto presume-se, segundo este Professor, sempre que a norma regule uma conduta relacionada com a administração do património do Estado, com a participação estadual no tráfico económico geral ou, justamente, com a satisfação das necessidades materiais da Administração. Nestes três casos, o Estado apenas prossegue o interesse público *mediatamente*, e não de *forma imediata* através da relação jurídica estabelecida com o sujeito privado ⁽¹¹²⁾ ⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. HERMES, *Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe*, in JZ, n.º 19, 1997, p. 915.

⁽¹¹⁰⁾ O termo *encomendas públicas mediatas* refere-se a encomendas financiadas em mais de 50% com meios públicos e a encomendas dirigidas por concessionários de obras públicas a terceiros (§ 98 Abs. 5 e 6 da GWB).

⁽¹¹¹⁾ Cf. RENNERT, Anotação à decisão do *Oberverwaltungsgericht* de Berlin-Brandenburg, de 28 de Julho de 2006 — OVG 1 L 59.06, in DVBl., n.º 19, 2006. pp. 1252 e s..

⁽¹¹²⁾ Cf. EHLERS, *Verwaltung und Verwaltungsrecht...*, p. 148.

⁽¹¹³⁾ Note-se, porém, que esta posição já foi criticada por se referir apenas ao plano da execução contratual. Nesse sentido, ignoraria a autonomia da fase pré-con-

De facto, como vimos, o entendimento generalizado vai no sentido de que as encomendas do Estado apenas indirectamente servem finalidades públicas, razão pela qual são caracterizadas como meros *negócios auxiliares*. Ou seja, uma vez obtido o produto da colaboração com o parceiro privado, a Administração estará apta a prosseguir, de forma directa, uma certa finalidade pública. Exemplificando, ao contratar a construção de um hospital, a Administração apenas mediatamente prossegue a sua tarefa de prestar cuidados de saúde; uma vez executada a empreitada, ficará então em condições de cumprir verdadeiramente essa função.

No entanto, defende-se por vezes a ideia de que a actividade aquisitiva do Estado serviria, em si mesma, uma finalidade administrativa, sublinhando-se que o volume das compras públicas é, em muitos casos, susceptível de garantir a subsistência de empresas privadas. Nesta perspectiva, a Administração ofereceria uma prestação materializada nas próprias encomendas públicas, ou melhor, na oferta aos privados de acesso a mercados especializados. Fala-se, mesmo, numa “*prestação de procedimento*”⁽¹¹⁴⁾.

Mas estes argumentos tornam-se inoperantes face à posição do *Bundesverwaltungsgericht* para o qual seria insuficiente que uma determinada medida se insira na prossecução de uma tarefa pública. A Administração, neste domínio, goza da chamada *liberdade de escolha na forma* da atuação que lhe permite, dentro de certos limites, optar, no cumprimento das suas tarefas, pela utilização dos meios próprios do direito público ou pelo recurso a instrumentos de direito privado. A mera identificação de uma tarefa pública nada dirá, pois, sobre natureza do meio escolhido⁽¹¹⁵⁾.

tratual defendida pelos adeptos da qualificação jus-publicística. Cfr., REGLER, *op. cit.*, p. 151.

⁽¹¹⁴⁾ Cf., por exemplo, REGLER, *op. cit.*, pp. 159 e ss..

⁽¹¹⁵⁾ Merece uma referência especial a posição adoptada por BURGI sobre este problema. O autor lembra que a análise em causa se decompõe sempre em dois passos: em primeiro lugar, a qualificação de normas como de direito público ou de direito privado (*Qualifikationsfrage*) e, em segundo, a imputação da atua-

6. O sistema resultante da pronúncia do *Bundesverwaltungsgericht*

Muito embora persistam vivas críticas à posição adoptada pelo *Bundesverwaltungsgericht*, alguma doutrina considera que a citada decisão colocou um ponto final na incerteza que se havia gerado em torno da jurisdição competente ⁽¹¹⁶⁾. Porém, esta clarificação não redundou, necessariamente, numa simplificação. Segundo Burgi, a aludida decisão terá criado um *sistema tripartido*.

Relativamente à contratação acima dos limiares, a lei prevê, como vimos, mecanismos de tutela jurisdicional especiais. A esses meios acresce o dever da entidade adjudicante de informar os restantes interessados da sua preterição e a imposição de um período de *standstill* entre o cumprimento desse dever e a celebração do contrato.

Diferentemente, na contratação que não atinge esses valores, os interessados preteridos têm de deduzir as suas pretensões através dos meios gerais, sendo para tanto competente a jurisdição comum. Os interessados preteridos poderão, assim, obter uma tutela primária dos seus direitos através da providência cautelar prevista nos §§ 935 e seguintes do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung*) ⁽¹¹⁷⁾.

ção administrativa a um regime previamente qualificado nestes termos (*Zuordnungsfrage*). Para BURGI, a primeira tarefa seria de resolução fácil. Inserindo-se no direito financeiro, as normas relativas à fase pré-contratual pertenceriam indubitavelmente ao direito público. Por sua vez, as regras atinentes à celebração e ao conteúdo do contrato pertenceriam ao direito privado. Mais complicada seria, na verdade, a imputação da decisão de adjudicação a um destes regimes. Segundo o autor, na contratação acima dos limiares o legislador terá imputado essa decisão ao direito privado. Abaixo dos limiares, os legisladores nos *Länder* terão atribuído a escolha do parceiro contratual ao direito público. Cf. BURGI, *Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht*, in *NVwZ*, n.º 7, 2007, pp. 740 e s..

⁽¹¹⁶⁾ Assim, por exemplo, FEHLING, § 97 GWB, in PÜNDER/SHELLENBERG, *Vergaberecht — Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 64.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. BURGI, *Streitbeilegung unterhalb der Schwellenwerte durch „Vergabeschlichtungsstellen“: Ein Vorschlag zur aktuellen Reformdiskussion*, in *Zeitschrift für das gesamte Veraberecht (VergabeR)*, n.º 3, 2010, p. 405; KRIST, *Vergaberechtsschutz*

Porém, e ao contrário do que sucede na contratação acima dos limiares, não beneficiam de qualquer dever de informação por parte da entidade adjudicante. Por regra, esta circunstância anulará qualquer possibilidade prática de obter uma tutela primária, uma vez que os interessados só tomarão conhecimento da sua preterição em momento posterior à decisão de adjudicação ⁽¹¹⁸⁾. Recorde-se que esta decisão é irreversível.

Em terceiro lugar, Burgi salienta que o *Bundeverwaltungsgericht* não exclui da jurisdição administrativa o conhecimento de casos em que a lei imponha à Administração a consideração preferencial de um determinado círculo de pessoas.

7. Palavras finais

Forsthoff refere que “*todo o direito é uma questão de proporções*” ⁽¹¹⁹⁾. A posição do Estado como simples cliente no mercado correspondia no século XIX ao modesto volume das suas necessidades. No entanto, com o correr dos tempos, esta proporção alterou-se significativamente. Perante o actual peso do aprovisionamento administrativo na economia, são várias as vezes que, com bons argumentos, consideram desajustada a caracterização das compras públicas como *negócios auxiliares* ⁽¹²⁰⁾.

Todavia, o legislador alemão insiste em preservar esta tradição que manteve na área situada abaixo dos limiares. Não admira, pois, que

unterhalb der Schwellenwerte. Bestandaufnahme und Ausblick, in VergabeR, n.º 2, 2011, pp. 164 e ss., HÄNSEL/FLACHE, Primärrechtsschutz bei Vergaben im Unterschwellenbereich, in NJW-Spezial, n.º 6, 2010, p. 172.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. HUERKAMP/KÜHLING, *Primärrechtsschutz für Unterschwellenvergaben aus Luxemburg? Zu den Folgen aus den Äquivalenz- und Effektivitätsforderungen des EuGH, in NVwZ, n.º 23, 2011, p. 1412.*

⁽¹¹⁹⁾ Cf. FORSTHOFF, *Der Staat als Auftraggeber, Unter besonderer Berücksichtigung des Bauauftragswesens, in res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, vol. 12, Kohlhammer, Stuttgart, 1963, p. 7.*

⁽¹²⁰⁾ Neste sentido, cf., por exemplo, MALMENDIER, *op. cit.*, p. 964.

tenha sido justamente o Estado alemão a reagir ⁽¹²¹⁾ contra a comunicação interpretativa da Comissão Europeia “*sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente abrangidos, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*” ⁽¹²²⁾.

Como vimos, nas duas decisões fundamentais sobre esta matéria, também o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Administrativo adoptaram uma posição conservadora, equiparando a actividade aquisitiva do Estado à de quaisquer agentes privados no mercado. O que implicava uma deficiente tutela primária das posições dos concorrentes preteridos nas compras públicas abaixo dos limiares.

Mais recentemente, na sequência do anúncio de uma reforma desta disciplina, têm sido equacionados vários modelos alternativos no sentido de aperfeiçoar essa tutela ⁽¹²³⁾. O espectro das sugestões apresentadas vai desde uma tutela exclusivamente administrativa (acompanhada de uma obrigação de comunicação prévia da adjudicação) até à aplicação generalizada do regime especial da contratação acima dos limiares ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²¹⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Geral, de 20 de Maio de 2010, proferido no processo T-258.

⁽¹²²⁾ JOUE, de 1 de Agosto de 2006, C 179/2.

⁽¹²³⁾ Cf. o Acordo de Coligação CDU-CSU-FDP (*Koalitionsvertrag*) para a 17.^a legislatura, segundo o qual «*fará parte da reforma do direito pré-contratual uma tutela eficaz nas encomendas abaixo dos limiares*» (p. 17).

⁽¹²⁴⁾ Cf. KRIST, *op. cit.*, p. 169. O autor sumaria esses modelos da seguinte forma. Segundo um primeiro modelo, na contratação abaixo dos limiares, os concorrentes preteridos beneficiariam também de uma obrigação de informação prévia sobre a adjudicação. A partir daí, dirigir-se-iam a uma *autoridade fiscalizadora*, de cuja decisão se discute, ainda, se caberia recurso para as *Vergabekammern*. Um segundo modelo passaria pela manutenção da possibilidade de recorrer à tutela cautelar do Código de Processo Civil, introduzindo-se, contudo, algumas adaptações em função da matéria em causa. Também aqui, se recomenda, em particular, a mencionada obrigação de informação prévia. Num terceiro modelo, a tutela primária abaixo dos limiares seria alcançada através do alargamento do regime previsto para contratação

Até lá, impõe-se reconhecer, como refere Huber, que a disciplina alemã da contratação de encomendas públicas “*não encontrou, ainda, o seu modelo definitivo*” ⁽¹²⁵⁾.

situada acima desses valores. Existe ainda um quarto modelo que, embora inspirando-se no regime da GWB, pretende simplificar e acelerar o respectivo procedimento, por forma a evitar atrasos na contratação.

⁽¹²⁵⁾ Cf. *op. cit.*, p. 877.