

## DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DIRETIVO DA ESPAP, I.P.

28/10/2016

O concurso público internacional para a celebração do Acordo Quadro de Serviço Móvel Terrestre foi lançado através do anúncio n.º 5582/2016 de 8/9/2016 publicado no Diário da República e anúncio n.º 2016/S 174-312494 publicado no Jornal Oficial da União Europeia, encontrando-se em fase de apresentação de propostas.

O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA), recurso n.º 571/2016 no âmbito do processo n.º 12539/15, declarou inválidas as seguintes normas das peças do procedimento para a celebração do Acordo Quadro de Refeições Confeccionadas (AQ-RC):

- Subalíneas ii das alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 9.º do Programa de Concurso que, resumidamente, exigiam a demonstração de o mínimo de duas experiências em fornecimentos semelhantes ao objeto do concurso na região do lote a que se candidata;
- Artigo 9.º do caderno de encargos que fixa a remuneração da ESPAP por parte dos cocontratantes em 1% sobre o valor da faturação emitida ao abrigo do acordo quadro;

A ESPAP, I.P. entende que a decisão em apreço, no que diz respeito à declaração de invalidade dos requisitos de capacidade técnica, viola o princípio da separação de poderes entre a administração pública e o poder jurisdicional, na medida em que a decisão sobre a fixação de critérios de capacidade técnica é uma decisão discricionária, e foi tomada considerando os limites legais que aquela discricionariedade impõe: limitação da concorrência justificada pela relação entre o critério e a capacidade necessária para executar o contrato a celebrar. Neste sentido a ESPAP, I.P. interpôs recurso para o Tribunal Constitucional por violação do princípio da separação de poderes consagrado na Constituição da República Portuguesa.

Com a interposição do recurso, a decisão do STA suspende os seus efeitos e não transita em julgado até decisão do Tribunal Constitucional, todavia o referido recurso não teve como objeto a decisão do STA quanto à invalidade da obrigação de remuneração por parte dos cocontratantes ao abrigo do AQ-RC, pelo que independentemente do sentido da decisão a ser tomada por aquele Tribunal, a decisão contida no Acórdão do tribunal de 1.º instância manter-se-á na ordem jurídica.

Muito embora a decisão não tenha um efeito direto nos acordos quadro cujos procedimentos concursais encontram-se em curso, considera-se que da mesma devem extrair-se as devidas ilações.

Nos termos do artigo 76.º do CCP, a abertura de um procedimento de contratação pública gera um dever de adjudicação por parte da entidade adjudicante, traduzido num compromisso jurídico iniciado com a decisão de contratar e divulgado através da publicidade que, em cada caso, o procedimento exige.

Todavia, «(...) *aquela adjudicação não terá que ter necessariamente lugar, havendo mesmo casos em que ela não pode legalmente ter lugar. O respeito por aqueles princípios impõe que isso só suceda por motivos supervenientes, imprevisíveis, inevitáveis e ponderosos.*» (Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado, Jorge Andrade Silva, 3ª edição – 2010 pp. 331 e 332)

Dito de outro modo, o dever de adjudicação não é absoluto, na medida em podem *«haver circunstâncias que levam à extinção do procedimento – como sucede, por exemplo, com a anulação administrativa da decisão de contratar ou do próprio procedimento (com fundamento em ilegalidade), (...), precludindo, portanto, nos termos gerais do direito, a existência daquele dever de adjudicação.»* (Concursos e outros procedimentos de contratação pública, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Almedina 2011, pp.,1041)

Com efeito, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, não há lugar a adjudicação quando *«circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem».*

A decisão do STA coloca em causa o próprio modelo de funcionamento do SNCP tal como ele viveu até aqui e foi notificada à ESPAP em data posterior à do lançamento do concurso público para a celebração do Acordo Quadro de Serviço Móvel Terrestre. É, por esse motivo, uma circunstância superveniente ao termo do prazo de apresentação de propostas.

De acordo com a alínea d) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, é ainda necessário que a circunstância superveniente seja relativa aos pressupostos da decisão de contratar, isto é, relativa aos motivos que levaram à decisão de lançamento do concurso. Seria necessário, por isso, que no mínimo um

de tais pressupostos dissesse respeito à obrigação de remuneração, isto é, que a decisão de contratar e de lançar o procedimento assentasse, entre outros pressupostos, na remuneração devida à ESPAP.

Tal pressuposto verifica-se. Com efeito, ainda que a missão da ESPAP, no que diz respeito ao SNCP seja primordialmente a de satisfazer as necessidades das entidades vinculadas mediante a disponibilização de instrumentos contratuais (acordos quadro) ou de centralização da compra, tal missão tem sido realizada de um determinado modo e mediante instrumentos de suporte ao SNCP que são custeados pela ESPAP. Dito de outro modo, a ESPAP não se limita a fazer acordos quadro ou a centralizar a compra para entidades do SNCP, fá-lo mediante uma plataforma eletrónica que contrata e que é de utilização totalmente gratuita, quer para as entidades vinculadas, quer para os operadores económicos, disponibiliza sistemas de reporte e comunicação por si desenvolvidos, gere os produtos e serviços disponíveis nos acordos quadro, atualizando-os nos termos contratualmente estabelecidos, etc.. A ESPAP presta, portanto, um serviço que vai além daquela que é a sua missão principal. E isso tem um preço, tendo em vista naturalmente o financiamento desta entidade. Um preço que se reflete no seu orçamento quer ao nível da receita, mas também ao nível da despesa, ou seja, nos investimentos que a mesma se propõe a fazer para manter e melhorar o serviço já prestado. Muito embora se admita que este modelo de financiamento possa ser alterado, certo é que o lançamento do concurso ora em causa teve-o como pressuposto. Uma vez que tal pressuposto é afetado pela decisão do STA, também a decisão da ESPAP no que concerne a uma decisão de lançar novos procedimentos tem de ser revista.

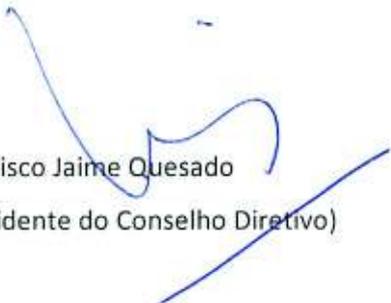
Por outro lado, uma decisão que mantivesse em curso o procedimento já supra indicado poria em causa, pelo menos em termos indiciariamente insustentáveis, o princípio da legalidade que subjaz a toda e qualquer atuação administrativa. Com efeito, existindo uma norma no caderno de encargos do referido acordo quadro cuja legalidade pode ser colocada em causa, deve imperar o princípio da legalidade na atuação administrativa e, por conseguinte, tal eventual ilegalidade ser expurgada do ordenamento jurídico, dado que está em causa um aspeto nuclear do contrato a celebrar. E manter o procedimento sem a referida cláusula poria em causa o princípio da concorrência na medida em que alteraria um aspeto fundamental das peças que alicerça a vontade de contratar e a formação do preço a propor por parte de potenciais interessados em concorrer o que, em última instância, não seria compatível com a prossecução do interesse público a que a ESPAP está obrigada.

Na verdade, conduzir um procedimento depois de conhecida uma potencial ilegalidade num dos seus documentos disciplinadores, não só representa uma situação insustentável, quer no plano jurídico, quer no plano ético, como não respeita os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público, que nortearam a formação da decisão de contratar, nem tão pouco observa os princípios da igualdade, da concorrência e da boa-fé, por desrespeitar os interesses legalmente protegidos dos concorrentes e interessados em contratar com a Administração Pública.

Assim, consideram-se preenchidos os fundamentos para a decisão de não adjudicação por circunstâncias supervenientes ao termo do prazo de apresentação de propostas, nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, com a consequente revogação da decisão de contratar.

Refira-se que embora o termo do prazo de apresentação de propostas ainda não tenha decorrido no procedimento para a celebração de acordo quadro de serviço móvel terrestre, nos termos do n.º 2 do artigo 80.º do CCP, o fundamento para a não adjudicação e revogação da decisão de contratar pode igualmente ser adotado.

Nos termos, motivos e fundamentos supra aduzidos o Conselho Diretivo da ESPAP, I.P., delibera pela não adjudicação e consequente revogação da decisão de contratar no concurso público para a celebração de acordo quadro de serviço móvel terrestre, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 79.º e n.º 2 do artigo 80.º do CCP.

  
Francisco Jaime Quesado  
(Presidente do Conselho Diretivo)

  
César Pestana  
(Vice-Presidente do Conselho Diretivo)

  
Eugénio Antunes  
(Vogal do Conselho Diretivo)

  
Carlos Gonçalves  
(Vogal do Conselho Diretivo)