

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo

0122/14.0BEFUN

Data do documento

5 de março de 2020

Relator

José Veloso

DESCRIPTORIOS

Contrato > Prazo > Execução

SUMÁRIO

I - A temporalidade dos contratos públicos domina todo o respectivo regime jurídico, desde logo por imposição dos princípios da concorrência e da prossecução do interesse público;

II - Enquanto os contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos têm uma duração supletiva relativamente longa - 30 anos -, os de locação e de aquisição de bens móveis, e os de aquisição de serviços, têm um prazo máximo de vigência muito menor: 3 anos;

III - A superação deste prazo máximo de 3 anos exige uma fundamentação específica, a qual deve justificar a necessidade ou a conveniência de um prazo superior em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução.

TEXTO INTEGRAL**I. Relatório**

1. A REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA [RAM] interpõe recurso de revista do acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul [TCAS], de 26.09.2019, que, confirmando a sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal [TAF/F], julgou procedente a acção de contencioso pré-contratual na qual foi demandada pela B....., S.A. [a que sucedeu a agora recorrida A....., S.A.], peticionando que fosse determinada a ilegalidade das cláusulas 5ª, nº1, e 23ª, ambas do Caderno de Encargos, e a consequente anulação do concurso público internacional em causa - nºCP03/SRF-DRI/2014 para Estabelecimento de uma Rede de Comunicações Privativa do Governo Regional da Madeira, no âmbito do Projecto EGOV@Madeira [Anúncio nº1532/2014, publicado na II série, nº57, de 21.03] - indicando como «contra-interessadas» C....., S.A., D....., S.A., E..... TV CABO MADEIRENSE, S.A., E..... MULTIMÉDIA - Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A., e F....., Lda.

Na pendência dos autos foi adjudicado o objecto do concurso, e celebrado o respectivo contrato, entre a RAM e a F....., tendo sido requerida, e admitida, a «ampliação do objecto da acção» à impugnação

desse contrato celebrado.

A recorrente RAM culmina assim as suas alegações de revista:

- 1- Este caso configura uma das raras situações em que a admissão do recurso excepcional de revista se justifica com fundamento nas várias alternativas activas previstas nas alíneas do nº1 do artigo 150º do CPTA;
- 2- Desde logo, o elevado valor do contrato em causa, que ascende a 4.326.272,00€;
- 3- A decisão a proferir, considerando o objecto do contrato em causa, mostra-se de importância fundamental, atenta a criticidade da rede de comunicações privativa do Governo Regional, bem como das ferramentas que nela assentam para a actividade da administração pública regional e respectiva racionalidade e eficiência;
- 4- O impacto da decisão, poderá determinar a interrupção das prestações do contrato, o que terá por efeito paralisar a actividade da Administração Pública Regional por período de tempo indeterminado, até ser aprovado, e adjudicado, outro procedimento pré-contratual com idêntico objecto;
- 5- A decisão a proferir é susceptível de conduzir à aplicação de correcções financeiras, as quais podem implicar a necessidade de reposição do financiamento europeu concedido, como resulta do artigo Regulamento UE nº1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17.12.2013, bem como da Decisão da Comissão de 19.12.2013 - relativa à definição e à aprovação das orientações para a determinação das correcções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União no âmbito da gestão partilhada, em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos;
- 6- O potencial impacto da decisão dos autos nas vertentes explanadas constitui um indício da especial relevância social das questões emergentes, que justificam plenamente a intervenção do mais alto Tribunal da jurisdição administrativa;
- 7- Também as questões jurídicas suscitadas são de grande importância;
- 8- Com efeito, a amplitude dos poderes do tribunal no que se refere ao controlo da decisão de estabelecer uma duração do contrato superior a 3 anos, admitida expressamente nos artigos 48º e 440º do CCP, por um lado, e o grau de exigência que a fundamentação dessa opção deve revestir, por outro, são questões fundamentais que se colocam com grande frequência e com acuidade em sede de procedimentos de contratação pública;
- 9- Há ainda outra questão, igualmente importante, que diz respeito à interpretação do juízo de invalidade derivada do contrato face a acto procedimental antecedente, prevista no artigo 283º, mais precisamente se deve ser automático, ou pelo contrário exigir que o vício em que incorreu o acto haja tido influência efectiva no conteúdo essencial do contrato [objecto e identidade do co-contratante];
- 10- E por fim a boa interpretação do artigo 283º, nº4, do CCP, referente ao afastamento do efeito anulatório, mais precisamente quando esteja em causa um vício meramente formal e o contrato se ache executado em medida relevante;
- 11- As questões jurídicas suscitadas são, pois, estruturantes na área da contratação pública e são susceptíveis de se repetir com frequência perante os tribunais administrativos, pelo que se justifica plenamente a intervenção do mais alto tribunal da jurisdição, como meio adequado à fixação de orientações interpretativas destes institutos;

- 12- Por último, importa referir que o tribunal «a quo», cometeu erro grave na decisão proferida sobre o afastamento do efeito anulatório, ignorando aspectos fundamentais, como a criticidade do objecto do contrato, o impacto da anulação, e o facto de o contrato ter sido celebrado há mais 5 anos, exigindo-se, assim, a admissão do recurso para assegurar a melhor aplicação do direito;
- 13- O artigo 440º, nº1, do CCP, confere à Administração margem de livre decisão quanto ao juízo relativo à necessidade ou conveniência de fixação de prazo contratual superior a 3 anos, em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução;
- 14- Trata-se, portanto, de um juízo de mérito ou de conveniência próprio e reservado da função administrativa e insindicável em sede de controlo jurisdicional;
- 15- Ao contrário do dito no acórdão recorrido, a fundamentação expendida no procedimento para a fixação do prazo contratual superior a 3 anos não é, de forma alguma, vaga e genérica, mas antes claramente suficiente;
- 16- Como é evidente, ao contrário do que pressupõe o acórdão recorrido, a fundamentação exigida no artigo 48º do CCP não obriga a entidade adjudicante a verter no conteúdo das peças do procedimento administrativo qualquer estudo económico financeiro, nem tão pouco análises técnicas relativas à depreciação e amortização dos equipamentos ou declarações de técnicos ou peritos da especialidade ou de entidades independentes;
- 17- Sendo tais exigências desproporcionadas, desrazoáveis e destituídas de fundamento legal;
- 18- A fundamentação suficiente basta-se com a enunciação sumária dos motivos subjacentes ao juízo [de mérito] da entidade adjudicante relativo à necessidade ou conveniência de fixação de um determinado prazo contratual, de molde a permitir a um destinatário normal apreender as razões por trás de tal decisão;
- 19- E esses estão, indiscutivelmente, contidos na deliberação da entidade demandada;
- 20- Ao assim não entender, a decisão reclamada enferma de erro de julgamento, violando os artigos 48º e 440º, nº1, do CCP;
- 21- Ao contrário do decidido no acórdão recorrido, a invalidade derivada do contrato não opera de forma automática, apenas porque um acto que o antecedeu cronologicamente está eivado de um qualquer vício;
- 22- Pelo contrário, para que a invalidade do acto contamine o contrato é imprescindível poder concluir-se, com segurança, que o vício em que aquele incorreu condicionou decisivamente o conteúdo essencial do contrato, seja no que diz respeito ao objecto, seja no que diz respeito à identidade do co-contratante;
- 23- Ao dar por adquirida - de modo acrítico e automático - a invalidade derivada do contrato, quando no caso dos autos o vício do acto procedimental é meramente formal [eficiente fundamentação da duração contrato] e não teve qualquer influência no objecto do contrato, nem na selecção do co-contratante, o acórdão recorrido viola o artigo 283º, nº2, do CCP;
- 24- Caso o vício imputado ao acto de adjudicação não tivesse ocorrido, e a informação de abertura do procedimento contivesse fundamentação exaustiva e pormenorizada [ilegalmente] exigida pelo tribunal «a quo» para a justificação da duração do contrato, fixada no Caderno de Encargos, o contrato teria exactamente o mesmo conteúdo e teria sido celebrado exactamente com o mesmo co-contratante;
- 25- Assim, não há como não concluir que está inequivocamente demonstrado que o vício não implicaria modificação subjectiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial;

26- O que é o bastante para que o acórdão recorrido seja revogado, e seja afastado o efeito anulatório do contrato, nos termos da parte final do nº4 do artigo 283º do CCP, que aquela decisão violou;

27- Considerando o impacto da decisão invalidante, que é susceptível de paralisar a actividade da Administração Pública Regional lesando irreversivelmente os cidadãos da Madeira, o tempo decorrido desde a celebração do contrato e a execução material da sua fase inicial, com o investimento em infra-estruturas já concretizado pela contra-interessada e a circunstância de o vício invalidante do acto procedimental ser meramente formal [suprível por natureza] e não ter influenciado o conteúdo do contrato ou a escolha do adjudicatário é imperativo concluir que a anulação do contrato se mostra desproporcionada e contrária à boa-fé;

28- Andou mal, pois, o acórdão recorrido ao não afastar o efeito anulatório, passando por cima de todos estes essenciais aspectos, em violação do disposto no artigo 283º, nº4, do CCP;

29- Deverá, assim, este Venerando Supremo Tribunal revogar tal decisão, e, caso confirme o juízo de invalidade derivada - o que não se admite e apenas a benefício de raciocínio se concebe - afastar o efeito anulatório do contrato.

Termina pedindo que seja concedido provimento ao recurso de revista, e revogado o acórdão recorrido, julgando-se a acção improcedente.

2. A recorrida A..... [autora da acção] produziu contra-alegações, oferecendo as seguintes conclusões:

A- Vem o recurso excepcional de revista interposto do acórdão proferido pelo tribunal «a quo» que confirmou o decidido em 1ª instância, em juízo singular e em conferência, e decidiu não afastar o efeito anulatório do contrato, nos termos do artigo 283º, nº4, do CCP;

B- Salvo o devido respeito, que é muito, nenhum dos critérios qualitativos previstos no artigo 150º do CPTA para a admissão do recurso de revista se encontra preenchido;

C- A propósito de alegada relevância social fundamental, a recorrente limita-se a descrever a importância do contrato para si mesma;

D- A decisão da questão sub judice - validade da fixação de um prazo de 20 anos para a execução do contrato - releva apenas para as partes envolvidas, circunscrevendo-se às circunstâncias de facto deste caso, sem qualquer previsão de repercussão social;

E- Não está, por isso, preenchido o critério da relevância social;

F- De igual forma, também as questões a decidir não integram o conceito de relevância jurídica fundamental nem necessitam de melhor aplicação do direito;

G- Ora, todas as questões jurídicas suscitadas foram já objecto de pronúncia nos presentes autos, de forma consistente e consentânea com a jurisprudência assente. Aliás, a recorrente não logrou identificar decisões tomadas em sentido contrário ao que vem sendo decidido de forma sistemática nos presentes autos. Nem sequer invocou qualquer argumento novo que pudesse inverter o sentido das várias decisões tomadas, dispersas por mais de 4 anos;

H- Também não é verdade que as instâncias não tenham atendido ao tempo já decorrido desde a celebração do contrato. Como se viu, a propósito do enquadramento do presente recurso, o tempo decorrido foi efectivamente considerado;

I- Não estão, por isso, verificados os pressupostos para a admissão da revista excepcional;

- J- Mesmo que assim não se entenda, admitindo-se a revista - o que apenas se concebe como mero dever de patrocínio - deve manter-se o decidido nos exactos termos expostos no acórdão recorrido;
- K- O acórdão do tribunal «a quo» não padece de qualquer dos vícios que lhe são imputados;
- L- Alega a recorrente que o acórdão recorrido padece de erro de julgamento, por violação do princípio da separação de poderes, na medida em que alegadamente se debruçou sobre o mérito da fundamentação e não apenas sobre a sua suficiência formal, o que extravasa os poderes de cognição do tribunal nesta matéria;
- M- Argumento evidentemente improcedente: o tribunal analisou a fundamentação disponível e julgou, bem, que a mesma é insuficiente para o efeito que se pretende;
- N- Aos tribunais - dentro das competências que a Lei Fundamental e a lei ordinária lhes reservam - não cumpre apenas verificar se existe fundamentação dos actos administrativos. Cabe-lhes necessariamente apreciar se essa fundamentação, existindo, é suficiente para o fim a que se destina;
- O- A fundamentação da decisão de fixação do prazo contratual não é judicialmente insindicação, nem o poderia ser. O tribunal pode e deve apreciar se a fundamentação gizada pela recorrente demonstra a necessidade ou conveniência do prazo que foi fixado, em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução;
- P- E nesse exercício legítimo, o tribunal «a quo» concluiu que não foram indicados factos que permitam sustentar as conclusões de suporte à decisão de fixação do prazo contratual;
- Q- Alega também a recorrente que o tribunal «a quo» incorreu em erro de julgamento por não considerar suficiente a fundamentação apresentada para o prazo de vigência;
- R- Ora, a exigência de fundamentação que resulta dos artigos 48º e 440º do CCP é reforçada face ao conteúdo normal de uma decisão de contratar;
- S- A recorrente fundamentou [ou tentou fundamentar] a sua opção para determinação do prazo de vigência do contrato com a natureza, as condições de execução, e o ciclo de vida da aquisição;
- T- Mas não as concretizou;
- U- Trata-se de uma justificação vaga e genérica, sem razões de facto que a suportem, tal como foi decidido pelas instâncias;
- V- Na verdade, da decisão de contratar não resulta mais do que o que está genericamente previsto na lei, faltando a materialização em factos da natureza, condições de execução e ciclo de vida da aquisição;
- W- É, portanto, evidente que a decisão de fixação de um prazo de vigência do contrato superior a 3 anos não está fundamentada;
- X- Bem andou, pois, o tribunal «a quo» ao julgar manifestamente insuficiente a fundamentação do prazo de vigência;
- Y- Da insuficiência da fundamentação do prazo de vigência decorre naturalmente a ilegalidade do prazo fixado;
- Z- E se o prazo fixado é ilegal, então, o vício afecta inexorável e decisivamente o conteúdo essencial do contrato, pois o prazo de execução de um contrato integra aquele conteúdo;
- AA- O contrato fica, portanto, contaminado pelo vício do procedimento que o antecedeu e, face à relevância do vício, ao seu impacto no conteúdo material e subjectivo do contrato, não pode ser afastado o

efeito anulatório do contrato, previsto no artigo 283º, nº4, do CCP;

BB- Assim, improcedem, pois, as imputações da recorrente a propósito destes pretensos erros de julgamento.

Termina pedindo que o recurso de revista não seja admitido, e, de todo o modo, que lhe seja negado provimento mantendo-se na ordem jurídica o acórdão recorrido.

3. O recurso de revista foi admitido por este Supremo Tribunal [Formação a que alude o nº6 do artigo 150º do CPTA].

4. O Ministério Público junto deste Supremo Tribunal pronunciou-se no sentido de ser negado provimento ao recurso de revista, mantendo-se o decidido pelas instâncias.

5. Sem «vistos», por se tratar de processo de natureza urgente [artigo 36º, nº1, alínea c), do CPTA], cumpre apreciar e decidir.

II. De Facto

As instâncias consideraram provados os seguintes factos:

1- Na informação que instruiu a decisão de abertura do procedimento para o «Estabelecimento de uma Rede de Comunicações Privativa do Governo Regional, no âmbito do Projecto EGOV@MADEIRA», consta, entre o mais, o seguinte:

[...]

4. Arquitectura da rede de comunicações privativa do Governo Regional

A materialização da rede de comunicações privativa do Governo Regional terá como base a arquitectura global indicada na figura seguinte e, como meio físico de transmissão, a fibra óptica. Esta opção deve-se ao facto desta tecnologia não obrigar à realização de novos investimentos em infra-estruturas em caso de necessidades futuras de aumento de débito e também à sua durabilidade, que é superior a 20 anos.

5. Condições de execução da rede de comunicações privativa do Governo Regional

Dado que a neutralidade da arquitectura adoptada possibilitará, aos prestadores de serviços de comunicações electrónicas interessados no procedimento concursal, definir livremente a melhor solução a apresentar, dentro das suas capacidades instaladas e a instalar, as propostas para a sua implementação poderão ser bastante diferentes entre si no que concerne aos aspectos de implementação anteriormente enunciados.

Pela natureza intrínseca do tipo de infra-estruturas de comunicações electrónicas e de engenharia civil necessárias ao estabelecimento de redes de fibra óptica [obras de construção civil, acessos a condutas e postes, instalação da fibra, instalação e configuração equipamentos de rede, etc.], será necessário efectuar um elevado investimento inicial, que não poderá nem deverá ser novamente efectuado a curto/médio prazo. A rede a implementar terá assim, obrigatoriamente, de permanecer inalterada na sua quase totalidade durante a sua existência.

Associada também à natureza das infra-estruturas em questão está a existência de serviços de manutenção, após o estabelecimento da rede, imprescindíveis para manter a sua total operacionalidade. Uma vez que a entidade que implementar a rede de fibra irá utilizar instalações próprias, para a infra-

estruturar e para o alojamento de equipamentos activos, estes serviços apenas poderão ser prestados por ela.

Pelos motivos acima aduzidos, as condições de execução contratual terão uma forte dependência ao operador que implementar a rede privativa, que será impossível de eliminar durante a sua existência. Neste pressuposto, e no propósito dos custos dos serviços de comunicações na AP Regional se manterem controlados e estáveis, propõe-se que os custos dos serviços de manutenção sejam fixos e se mantenham inalterados ao longo da existência da rede e do contrato.

Por outro lado, e atendendo à rentabilização do investimento a realizar, a existência da rede deverá ser a mais extensa possível. Assim, e atendendo à opção técnica da fibra como meio de transmissão e à arquitectura da rede definida, propõe-se que o ciclo de vida da rede privativa seja de 20 anos, bem como o prazo de execução do contrato associado ao seu estabelecimento - ver documento junto aos autos de providência cautelar nº121/14.2BEFUN, a folhas 508-517];

2- Em 13.03.2014, através da Resolução nº139/2014, o Conselho de Governo autorizou a abertura do concurso público internacional para o «Estabelecimento de uma Rede de Comunicações Privativa do Governo Regional da Madeira, no âmbito do Projecto EGOV@MA DEIRA» - ver documento junto aos autos a folha 22;

3- Em 21.03.2014 foi publicado em DR, 2ª série nº57, o anúncio de procedimento nº1532/2014 relativo ao concurso público internacional nºCP03/SRF-DRI/2014, para estabelecimento de uma Rede de Comunicações Privativa do Governo Regional da Madeira, no âmbito do Projecto EGOV@MADEIRA - ver documento junto aos autos a folhas 30 e 31;

4- Em 26.03.2014 foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia o anúncio de concurso de serviços de telecomunicações 2014/S 060-101563 - ver documento junto aos autos a folhas 34 a 36;

5- Do Programa do Procedimento relativo ao Concurso Público referido em 2 supra, consta entre o mais que:

«Cláusula 1ª - Identificação do concurso

[...]

3. O concurso tem por objecto principal o estabelecimento, gestão e operação de uma rede de comunicações electrónica não acessível ao público (rede privativa) para o Governo Regional da Madeira, nos locais definidos no Anexo I do Caderno de Encargos, em edifícios onde operam serviços da administração pública da Região Autónoma da Madeira (RAM), nos termos da Parte II do Caderno de Encargos.

4. O objecto do contrato abrange ainda o fornecimento e disponibilização dos recursos tecnológicos necessários ao estabelecimento, gestão e operação da rede de comunicações privativa do Governo Regional, para sua utilização exclusiva durante o período de vigência do contrato, designadamente ao nível da componente passiva em fibra óptica, equipamentos de comunicação e outros meios tecnológicos, incluindo o fornecimento dos equipamentos activos para o estabelecimento da referida rede de comunicações privativa - [...]» - ver documento junto aos autos a folhas 42 a 59;

6- Do Caderno de Encargos relativo ao Concurso Público dito em 2 supra, consta entre o mais que:

«Cláusula 5ª - Prazo de execução do contrato

1. O prazo de execução do contrato a celebrar no âmbito do presente concurso público é de 20 [vinte] anos, sem prejuízo das obrigações acessórias que devam perdurar para além da cessação do contrato.

Cláusula 23ª - Preço base

1. O preço base do procedimento é de 5.600.000,00€ [cinco milhões e seiscentos mil euros], ao qual acresce o imposto sobre o valor acrescentado, à taxa legal em vigor, para o período de vigência do contrato de 20 anos [...]» - ver documento junto aos autos a folhas 61 a 123;

7- Em 11.04.2014 o júri do Concurso Público dito em 2 respondeu em sede de esclarecimentos:

«R: Trata-se de um contrato de prestação de serviços, pois é a componente de maior expressão do contrato, apesar de também contemplar o fornecimento de bens nos termos definidos no caderno de encargos.

R: Os factos relativos à fundamentação da necessidade e da conveniência do prazo de vigência do contrato constam da documentação interna que fundamentaram a autorização da abertura do procedimento e aprovação das peças pelo órgão competente para a decisão de contratar [...]» - ver documentos juntos aos autos a folhas 131 a 137;

8- Em 17.07.2014, no Concurso Público referido em 2 supra, foi adjudicada a proposta da sociedade «F....., Ld.ª», pelo valor de 4.326.272,00€ acrescido de IVA à taxa legal em vigor - ver documento junto aos autos de providência cautelar nº121/14.2BEFUN, a folha 771;

9- Em 08.08.2014 foi celebrado o contrato no âmbito do Concurso Público referido em 2 supra entre a Região Autónoma da Madeira e a «F....., Ld.ª» - ver documento junto aos autos a folhas 695 a 698;

Consta ainda da sentença recorrida a título de «Factos não provados» que «inexistem factos a dar como não provados com relevância para a decisão da causa».

III. De Direito

1. A autora da acção - B....., S.A. - pediu ao tribunal que declarasse ilegais as cláusulas 5ª, nº1, e 23ª, ambas do Caderno de Encargos [ponto 6 do provado], e que, nessa base, anulasse todo o procedimento [pedido inicial] e o contrato celebrado [ampliação].

Alega, como causa de pedir, que o «prazo de execução do contrato» [cláusula 5ª, nº1] viola os artigos 48º e 440º, do CCP, e os princípios da proporcionalidade, da concorrência e transparência, e que o «preço base» [cláusula 23ª] é insuficiente para remunerar todas as prestações objecto do contrato.

A 1ª instância - por sentença mantida por acórdão na sequência de «reclamação» - julgou procedente a acção e anulou o contrato celebrado entre a RAM e a F....., sendo que, para tanto, deu razão à autora relativamente à - por ela alegada - falta de fundamentação do prazo de 20 anos para a execução do contrato [artigo 48º do CCP], mas, negou-lhe razão, no tocante à invocada ilegalidade do preço base.

A 2ª instância conheceu de duas «apelações» - uma da RAM e outra da F..... - e a ambas negou provimento. Efectivamente, quanto às nulidades imputadas à sentença recorrida apenas julgou procedente a falta de conhecimento da questão relativa ao afastamento do efeito anulatório do contrato [artigo 283º, nº4, do CCP], que supriu [artigo 149º, nº1, do CPTA], e quanto aos erros de julgamento invocados julgou-os improcedentes. Donde resulta que manteve a anulação do contrato com base na falta da devida fundamentação da opção pelo prazo de 20 anos para a sua execução.

Apenas pediu «revista» a RAM, pois defende ser errado o julgamento feito no acórdão recorrido sobre a falta de fundamentação do prazo adoptado para execução do contrato, e, de todo o modo, o julgamento sobre o afastamento do efeito anulatório do contrato.

Significa isto que na presente revista apenas está em causa o julgamento efectuado no acórdão recorrido sobre a falta da devida fundamentação da opção pelo prazo de 20 anos de vigência do contrato, e, em caso de confirmação do decidido, o julgamento efectuado no acórdão recorrido sobre a manutenção do contrato celebrado entre RAM e F.....

2. Antes de prosseguir, atentemos no conjunto de «normas do CCP» aqui chamadas à colação e com redacção vigente à data dos factos:

- Artigo 48º - situado no capítulo sobre as «Peças do procedimento», e sob a epígrafe de «Fundamentação do prazo de vigência» - diz assim: «No caso de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, a fixação no caderno de encargos de um prazo de vigência do contrato a celebrar superior a três anos deve ser fundamentada».

- Artigo 410º - situado no capítulo sobre «Concessões de obras públicas e de serviços públicos», e na sua secção de «Disposições gerais», sob a epígrafe «Prazo» - diz assim: «1- O prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário. 2- Na falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é de 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista».

- Artigo 432º - situado no capítulo sobre «Locação de bens móveis», e sob a epígrafe «Remissão» - diz assim: «Em tudo quanto não estiver regulado no presente capítulo, é aplicável aos contratos de locação de bens móveis, com as necessárias adaptações, o disposto no capítulo sobre contratos de aquisição de bens móveis».

- Artigo 440º - situado no capítulo sobre «Aquisição de bens móveis», e sob a epígrafe «Prazo» - diz assim: «1- O prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objecto, salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução».

- Artigo 451º - situado no capítulo sobre «Aquisição de serviços», e sob a epígrafe «Remissão» - estipula assim: «Em tudo quanto não estiver regulado no presente capítulo, é aplicável aos contratos de aquisição de serviços, com as necessárias adaptações, o disposto no capítulo sobre contratos de aquisição de bens móveis».

3. Apesar de o CCP não conter uma regra geral a proibir a celebração de contratos por tempo indeterminado, certo é que a temporalidade dos contratos públicos domina todo o respectivo regime jurídico, e desde logo por imposição dos princípios da concorrência e da prossecução do interesse público. Efectivamente, a eternização da vigência de um contrato público traduz-se numa séria compressão do princípio da concorrência, e põe em causa - ou pode pôr - a possibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato, pois nada garante que, após certo período de tempo, não aparecessem propostas mais atractivas para a prestação duradoura em causa.

Como decorre das normas legais citadas, a determinação do «prazo máximo» aplicável - se existente - varia conforme o tipo de contrato em causa. Enquanto os de concessão de obras públicas e de serviços públicos têm uma duração supletiva relativamente longa - 30 anos -, os de locação e de aquisição de bens móveis, e os de aquisição de serviços, já têm um prazo máximo de vigência muito menor: 3 anos.

Aquele prazo relativamente longo, seja o supletivo, seja outro expressamente previsto, deverá justificar-se sempre em função do tempo necessário para amortização e remuneração do capital investido pelo concessionário [artigo 410º do CCP].

Já a superação do prazo máximo de 3 anos - aplicável aos contratos de locação e de aquisição de bens móveis, e aos de aquisição de serviços - apenas será possível quando um prazo superior se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução [artigos 440º, 432º, e 451º, do CCP]. E, neste caso, a fixação de prazo de vigência do contrato superior a 3 anos deve ser fundamentada [artigo 48º do CCP]. Caso o não seja, findo o prazo máximo torna-se imperativa a abertura de novo concurso.

Estamos perante a exigência de uma fundamentação acrescida e reforçada, a qual deverá, pois, justificar a necessidade ou a conveniência de um prazo superior a 3 anos em função ora da natureza das prestações objecto do contrato - como a aquisição de serviços que se desenvolvam ao longo de «um ciclo com princípio meio e fim de maior duração» - ora das condições da sua execução - o que abrange a hipótese da prestação do co-contratante envolver «um investimento relevante» só amortizável em prazo superior.

4. Ambas as instâncias entenderam que a opção por um prazo de vigência de 20 anos, para o contrato aqui em causa, não se encontrava devidamente fundamentada.

Diz-se, a propósito, no acórdão recorrido:

[...]

«Sustentam também os recorrentes que a decisão recorrida enferma de erro de julgamento por considerar não fundamentada a decisão da entidade adjudicante de fixar um prazo contratual superior a três anos, por violação do disposto nos artigos 48º e 440º, nº1, do CCP.

Vejam-se lhes assiste razão.

Como acima se referiu, quer o artigo 48º, quer o artigo 440º, nº1, do CCP, exigem uma fundamentação reforçada no tocante à fixação no caderno de encargos de um prazo de vigência do contrato superior ao prazo-regra de 3 anos.

Compreende-se a razão desta exigência legal.

A fixação de um prazo de vigência superior a 3 anos constitui um limite muito forte à concorrência, na medida em que impede as empresas, que operam na área do negócio em concurso, de poderem fornecer aqueles bens e/ou serviços durante o período em que o mesmo vigorar para além dos 3 anos legalmente previstos.

Deste modo, por força das normas citadas, qualquer entidade adjudicante fica onerada com um especial dever de fundamentação quanto à opção tomada no que concerne à fixação de um prazo de validade do contrato que exceda o prazo de 3 anos fixado na lei.

Ora, no caso, a entidade adjudicante fundamentou esse acréscimo do prazo de validade do contrato com argumentos que melhor caberiam num outro modelo de procedimento - a concessão - que não o modelo

escolhido - fornecimento de bens e serviços -, para além de não concretizar [...] quais os estudos de mercado ou elementos em que se baseou para chegar à conclusão a que chegou, limitando-se a referências vagas quanto à natureza das infra-estruturas necessárias ao estabelecimento de redes de fibra óptica e a um pretensão elevado investimento inicial, que não quantifica.

Por conseguinte, o acórdão recorrido não padece do invocado erro de julgamento por violação do disposto nos artigos 48º e 440º, nº1, do CCP».

[...]

Cremos, porém, que este julgamento não deverá manter-se.

5. Vejamos:

O concurso em causa, lançado pela RAM, tem por «objecto principal» o estabelecimento, gestão e operação de uma rede de comunicações electrónica privativa para o Governo Regional da Madeira, abrangendo, ainda, o fornecimento e disponibilização dos recursos tecnológicos necessários ao estabelecimento, gestão e operação da mesma, designadamente ao nível da componente em fibra óptica, equipamentos de comunicação, e outros meios tecnológicos, incluindo o fornecimento dos equipamentos activos para seu estabelecimento [ponto 5 do provado].

Ou seja, o objecto principal desse concurso público traduz-se numa aquisição de serviços [artigos 450º-454º do CCP], enquanto o seu restante objecto se traduz numa prestação típica de um contrato de aquisição de bens móveis [artigos 437º-449º do CCP], sendo que, face a esta constatação, nada custa admitir que estamos perante contrato de natureza mista tendo, muito embora, na aquisição da funcionalidade da rede de comunicações privativa a sua razão de ser.

Seja como for, sempre estaria, em termos de fixação de prazo de vigência, submetido à disciplina dos citados artigos 48º e 440º do CCP, ou seja, a fixação de prazo superior a 3 anos exigiria fundamentação específica pois que se deverá louvar na necessidade ou na conveniência desse prazo mais longo em função da natureza das prestações a contratar ou das condições da sua execução.

A fiscalização judicial do cumprimento desse «dever de fundamentação» específica não pode ir ao ponto de avaliar o mérito da oportunidade ou a da conveniência invocada pela entidade adjudicante, mas apenas o cumprimento objectivo daquela obrigação [artigos 2º da CRP e 3º nº1 do CPTA]. Atente-se, porém, que avaliação deste cumprimento objectivo não se limita à verificação da existência ou não de uma fundamentação, mas vai ao ponto de apreciar a congruência e racionalidade da mesma, bem como da sua capacidade, ou sua potencialidade, para fundamentar aquela decisão.

No caso em juízo, a prazo de duração do contrato é de 20 anos, e os fundamentos para esta opção encontram-se na informação que instruiu a decisão de abertura do concurso, segundo a qual se procurou fazer coincidir, o mais possível, a duração do contrato com o ciclo de vida da rede de fibra óptica instalada [pontos 1 e 7 do provado].

Da análise dessa informação, colhemos, de natureza «fundamentadora», o seguinte:

- Que para a instalação e operacionalidade da rede de comunicações electrónicas privativa do seu Governo, a RAM optou pela «fibra óptica» como meio físico de transmissão, e definiu a arquitectura da respectiva rede;
- Que a opção técnica pela fibra óptica se deveu ao facto de a mesma não obrigar à realização de novos

investimentos em infra-estruturas no caso de serem necessários futuros aumentos de débito;

- Que a durabilidade da fibra óptica é superior e 20 anos;
- Que a implementação da rede de comunicações electrónicas impõe «um elevado investimento inicial» - que não poderá nem deverá ser novamente efectuado a curto/médio prazo -, pelo que a rede terá de permanecer inalterada, na sua quase totalidade, durante a sua existência. Efectivamente, essa implementação exigirá - além do mais - a utilização de instalações próprias da operadora para a infra-estruturação e alojamento dos respectivos equipamentos activos, e obras de construção civil necessárias ao estabelecimento de redes de fibra óptica [acessos a condutas e postes, instalação da fibra, instalação e configuração de equipamentos, etc.];
- Que, além disso, a natureza das infra-estruturas da rede exigirá serviços de manutenção que serão imprescindíveis à sua operacionalidade, e uma vez que a entidade que a implementar irá utilizar instalações próprias para a infra-estruturar e para a alojar, estes serviços apenas por ela poderão ser prestados;
- Que, deste modo, pela circunstância do ciclo da rede electrónica privativa ser de 20 anos, pela necessidade de rentabilizar o investimento a realizar, e pelo facto de as condições de execução contratual terem uma forte dependência do operador que implementar a rede privativa - que será impossível de eliminar durante a sua existência - o prazo de vigência do contrato deverá ser de 20 anos.

Perante isto, deveremos concluir que a «duração do contrato público» em causa, em 20 anos, se encontra não só objectivamente fundamentada, como tal fundamentação surge como congruente, racional e convincente. E porque esta fundamentação exigida por lei existe, assim justificando a opção pelo prazo de 20 anos, não são violados os princípios da concorrência, prossecução do interesse público, transparência e proporcionalidade. É que a necessidade da dita fundamentação visa precisamente - além do mais - evitar a violação desses princípios estruturantes da contratação pública.

O acórdão recorrido refere um alegado «deficit» de instrução das razões apresentadas como fundamentação da opção pelo prazo de 20 anos, sublinhando que a mesma «não concretiza quais os estudos de mercado ou elementos» que a justificam, limitando-se a referências vagas à natureza das infra-estruturas e a um pretenso investimento inicial.

Deveremos, porém, distinguir entre a fundamentação apresentada - que, como dissemos, é objectiva, congruente e convincente - e os pressupostos, nomeadamente factuais, em que ela se baseia, sendo que esses pressupostos factuais - que constarão da «documentação interna que fundamentou a autorização de abertura do procedimento e a aprovação das suas peças» [ponto 7 do provado] - não foram postos em causa na presente acção.

6. Encontrando-se - como cremos - o prazo de execução do contrato [cláusula 5ª do CE - ponto 6 do provado] devidamente fundamentado, e sendo essa fundamentação, pela sua própria teleologia, susceptível de afastar o risco de violação dos referidos princípios, impõe-se-nos a revogação do julgamento realizado a tal respeito pelo tribunal de apelação.

Na sequência dessa revogação, e do consequente julgamento de improcedência da acção, cai toda a utilidade na apreciação do outro erro de julgamento invocado nesta revista: o respeitante ao afastamento da anulação do contrato celebrado, devido a contaminação por uma ilegalidade que, como vimos, não

ocorre.

IV. Decisão

Nestes termos, decidimos conceder provimento à revista, revogar o acórdão recorrido, e julgar improcedente a acção de contencioso pré-contratual.

Custas pela aqui recorrida e autora da acção, tanto neste tribunal como na 1ª instância.

Lisboa, 5 de Março de 2020. – José Augusto Araújo Veloso (relator) – Ana Paula Soares Leite Martins Portela
– Cláudio Ramos Monteiro.

Fonte: <http://www.dgsi.pt>