

Acórdãos STA

Processo:
Data do Acordão:
Tribunal:
Relator:
Descritores:

Sumário:

01385/02
10-10-2002
1 SUBSECÇÃO DO CA
VÍTOR GOMES
AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS.
CONCURSO PÚBLICO.
CONCORRÊNCIA.

Nº Convencional:
Nº do Documento:
Data de Entrada:
Recorrente:
Recorrido 1:
Votação:
Meio Processual:
Objecto:
Decisão:
Área Temática 1:
Legislação Nacional:

Referência a Doutrina:

Aditamento:

I - O princípio concursal da concorrência a que se refere o artº 10º do DL 197/99, de 8 de Julho, não é afectado pelo facto de o preço proposto por um dos concorrentes para a prestação do serviço poder ser influenciado por auxílios de Estado de que o concorrente beneficia.

II - O facto de o adjudicatário beneficiar de auxílios de Estado que violem o disposto no nº 1 do artº 11º do DL 371/93, de 29 de Outubro, não basta para tornar inválido o acto de adjudicação.

III - O meio de reacção contra os auxílios de Estado é o previsto no nº2 do artº 11º do DL 371/93. Não compete ao júri de cada concurso assegurar a regularidade do funcionamento concorrencial do mercado relativamente aos efeitos induzidos por auxílios de Estado.

JSTA00058142
SA12002101001385
16-09-2002
HOSPITAL DISTRITAL DE OLIVEIRA DE AZEMÉIS
A...
UNANIMIDADE
REC JURISDICIONAL.
SENT TAC DE COIMBRA.
PROVIDO.
DIR ADM ECON - AQUISIÇÃO BENS SERV.
DL 371/93 DE 1993/10/29 ART11 N3.
DL 197/99 DE 1999/06/08 ART10 ART55 N4 N5.
MÁRIO ESTEVES OLIVEIRA E R ESTEVES DE OLIVEIRA CONCURSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS DA ADJUDICAÇÃO ADMINISTRATIVA PAG100.

 **Texto Integral**

Texto Integral:

Acordam na Secção do Contencioso Administrativo (1ª Subsecção) do Supremo Tribunal Administrativo

1. O Conselho de Administração do Hospital Distrital de Oliveira de Azeméis interpôs recurso da sentença do Tribunal Administrativo do Círculo de Coimbra que, em provimento de recurso contencioso interposto (nos termos do DL 134/98, de 15 de Maio) por **A... Ld^a**, anulou a deliberação de 27/02/02, que adjudicara à **Cruz Vermelha Portuguesa (Núcleo de Oliveira de Azeméis)** a prestação de serviço de transporte de doentes para o ano de 2002, no âmbito do concurso público n.º 870003/2002.

Entendeu a sentença ocorrer violação do disposto no art.º 11º do DL n.º 371/93, de 29 de Outubro, quando se adjudica um contrato a uma entidade sem fins lucrativos e subsidiada pelo Estado em

concurso com empresas que não auferem os mesmos subsídios e, por isso, têm de organizar as suas propostas com base em pressupostos diferentes dos utilizados pelo concorrente que recebe auxílios de Estado.

O recorrente (a Administração adjudicante) alega e conclui nos termos seguintes:

- A) A Cruz Vermelha Portuguesa não é uma *empresa*, que só por si obsta a que lhe seja aplicável o art.º 11º do DL 371/93, de 29 de Outubro;
- B) A sentença recorrida, embora reconheça que a CVP não é uma empresa, julgou-lhe aplicável aquele preceito, que assim violou;
- C) Mais: após expressamente afastar a aplicabilidade à CVP daquele preceito, termina por afirmar que não se lhe aplica o seu n.º 3 e se lhe aplica o seu n.º 1;
- D) A sentença, sem o necessário fundamento, estabelece um nexo causal, directo e necessário, entre as subvenções estatais concedidas à CVP e o preço proposto no concurso em causa;
- E) Ainda que fosse de concluir pela aplicabilidade do DL 371/93, a aplicação do n.º 1 sempre estaria afastada pelo n.º 3 do mesmo preceito;

Não houve contra-alegações.

O Ex.mo Procurador-Geral Adjunto emitiu o duto parecer de fls. 142/143, no sentido do provimento do recurso, pelo seguinte:

"Com efeito, se bem que concordemos que os subsídios ou subvenções concedidos não revestem a natureza de indemnizações compensatórias, o que desde logo afastaria o estatuído no nº 3 do artigo 11º do DL 371/93 DE 29/10, como aliás entendeu o Mºmo Juíz recorrido, também se nos afigura que ao caso nunca seria aplicável o disposto no nº 1 do mesmo preceito em cujo teor se apoia o decidido.

Desde logo, porque, como conclui o M.mo Juíz, de resto, a Cruz Vermelha Portuguesa não detém a natureza jurídica de empresa pressuposto de aplicação do referido dispositivo.

Mas também, porque a actividade a que concorreu se não enquadra nos objectivos que justificam e obrigam ao apoio do Estado, mas antes no âmbito de serviços livremente prestados por essa entidade e pelos quais recebe retribuições, certo que esta constituem uma das suas fontes de recursos económicos enunciadas no artigo 31º do respectivo estatuto.

Acresce que, e como bem faz notar a recorrente sempre faltaria demonstrar a correlação entre o preço proposto pela Cruz Vermelha Portuguesa e o recebimento de subvenções por esta entidade recebidas do Estado, o que da sentença recorrida manifestamente não resulta.

Deste modo, não resultando apurado que os apoios do Estado à entidade em causa lhe permitiram a prática de preços mais baixos,

assim criando vantagens susceptíveis de gerar distorsões de mercado, afigura-se-nos que se não mostra violado o princípio da concorrência, ao contrário do que vem decidido na sentença.

2. Ao abrigo do disposto no art.º 713º/6 do CPC, consideram-se assentes os factos como tal especificados na sentença recorrida.

3. A Cruz Vermelha Portuguesa (CVP) é uma instituição humanitária não governamental, de carácter voluntário, reconhecida como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, sem fins lucrativos, que desenvolve actividade apoiada pelo Estado (art.º 1º do DL 164/91, de 7 de Maio e art.º 1º do Dec. Regulamentar n.º 10/93, de 27 de Abril, que aprovou o *Estatuto* da CVP). Age de acordo com o ideário do Movimento da Cruz Vermelha Internacional, submetida aos seguintes princípios : *humanidade, imparcialidade, neutralidade, independência, voluntariado, unidade e universalidade* (art.º 2º do *Regulamento*).

Para realização das suas actividades, cujo objectivo fundamental é a difusão e aplicação desses princípios da Cruz Vermelha e das convenções de Genebra, designadamente, na defesa da vida, saúde e dignidade humanas, fomentando e organizando a colaboração desinteressada das pessoas singulares e colectivas, públicas ou privadas, na sustentação da instituição ao serviço do bem comum (art.º 5º do *Regulamento*) a CVP conta, entre outros proventos (art.º 31º do *Estatuto*), com "*As subvenções e apoios concedidos pelos órgãos da Administração Pública e empresas públicas*".

Actividades que desenvolve, além do pessoal privativo estritamente necessário, sobretudo através de pessoal em regime de voluntariado (art.º 28º do *Regulamento*).

Para a prossecução dos seus objectivos, a CVP beneficia de *apoio do Estado*, assegurado pelo Ministro da Defesa Nacional (artºs 7º e 8º do DL 164/91 e art.º 33º do *Estatuto*) e goza dos seguintes *benefícios* (art.º 7º do DL 164/91 e art.º 32º do *Estatuto*):

- Isenção de custas judiciais, franquia postal, redução de taxas telefónicas e telegráficas, bonificação nos encargos da publicidade que realize nos meios de comunicação social de empresas do sector público, benefícios aplicáveis às instituições particulares de solidariedade social, assim como de outros que solicite e sejam concedidos pelos órgãos da Administração Pública;

- Isenções, bonificações e benefícios fiscais reconhecidos às pessoas colectivas de utilidade pública e às instituições particulares de solidariedade social.

- Apreciando o que designa por "vício de violação de lei por violação do princípio da concorrência a que a recorrente faz alusão nos artºs 69º e sgs. da PI", entendeu a sentença recorrida que, ao beneficiar deste tipo de apoios, subsídios e benefícios, a CVP pode sempre praticar melhores preços e oferecer serviços a preço de custo inferior ou, pelo menos, em condições não igualitárias com as

entidades privadas que consigo concorrem. E anulou o acto de adjudicação por violação do disposto no n.º 1 do art.º 11º do DL n.º 371/93, de 29 de Outubro, "que tem subjacente o princípio da igualdade de oportunidades e da livre concorrência, quando se adjudica um concurso público a uma entidade sem fins lucrativos e subsidiada pelo Estado, que concorre a par com empresas privadas, que não auferem os mesmos subsídios e, por isso, têm de orientar as suas propostas com base em pressupostos diferentes dos utilizados por aquelas".

Em primeiro lugar, ao incluir a referência ao "princípio da igualdade de oportunidades e da livre concorrência", a sentença parece confundir o *princípio concursal da concorrência* com o *regime geral de defesa e promoção da concorrência*. Trata-se, porém, de realidades jurídicas distintas, na sede normativa, na finalidade ou interesses especificamente prosseguidos e nos mecanismos administrativos de protecção.

Efectivamente, o princípio concursal da concorrência, em sentido estrito, como vem definido no art.º 10º do DL 197/99, de 8 de Junho (regime de contratação pública relativa à aquisição de bens e serviços que disciplinou o concurso), impõe que na formação dos contratos deva garantir-se o mais amplo acesso ao procedimento dos interessados em contratar e que em cada procedimento deva consultar-se o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.

É um princípio relativo à estrutura e funcionamento do procedimento adjudicatório das entidades públicas (aos *mercados públicos*), não um princípio relativo ao funcionamento do mercado, em geral. Tem subjacente a ideia de que quanto mais operadores económicos quiserem negociar com a Administração Pública maior será a optimização das propostas e, consequentemente, o leque de escolha da Administração. É concretizado pelas normas que asseguram a igualdade de todos os concorrentes quanto às condições formais de acesso ao concurso.

Este princípio concursal não é afectado pelo surgimento de candidaturas em que o preço proposto por um concorrente não corresponda, por qualquer razão, ao custo do produto ou serviço segundo a remuneração dos factores a preços de mercado. Com isso não fica afectada a definição do universo das candidaturas potenciais, nem a comparabilidade das propostas, nem a sua intangibilidade, que são refracções do princípio concursal da concorrência (Cfr. M. Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, pag. 100 e sgs.)

O que pode sair ferido é um interesse diverso, exterior (e anterior) ao procedimento concursal : o funcionamento concorrencial do mercado.

Aliás, apesar daquela referência ao princípio (concursal) da concorrência, o fundamento directo da sentença foi o de que a admissão da candidatura da CVP ao concurso viola, pelas condições de financiamento subsidiado das suas actividades, as regras de concorrência estabelecidas no DL 371/93. Acolheu a argumentação da recorrente de que as condições em que a CVP desenvolve a actividade, recebendo subsídios com que também custeia - ou pode custear, para a sentença isso basta - o serviço que se propõe prestar contratualmente, lhe permitem apresentar um preço inferior àquele que é oferecido pelos operadores que tenham de remunerar os factores de produção a preços de mercado.

Segundo a sentença, esses subsídios e benefícios outorgados pela Administração Pública constituiriam um *auxílio de Estado*, proibido pelo n.º 1 do art.º 11º do DL 371/93, que dispõe o seguinte:

Auxílios de Estado

1 - Os auxílios a empresa concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não poderão restringir ou afectar de forma significativa a concorrência, no todo ou em parte.

2 - A pedido de qualquer interessado, o ministro responsável pela área do comércio poderá examinar os auxílios referidos no número anterior, de forma a propor ao ministro competente as medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência.

3. Para efeitos do disposto no presente artigo não se consideram

a) As indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público;

b) Os benefícios concedidos ao abrigo de programas de incentivos ou de quaisquer outros regimes específicos aprovados pelo Governo ou pela Assembleia da República.

Preliminarmente, deve observar-se que o entendimento adoptado na sentença, que prescinde da análise concreta das propostas para se bastar com a possibilidade de a estrutura de funcionamento subsidiado da CVP afectar o funcionamento concorrencial do mercado de transporte de doentes, terá como consequência prática que terão sempre de ser preteridas, em concursos com esta finalidade, desde que concorram com empresas privadas, não só a CVP como as Associações de Bombeiros Voluntários, que também recebem subsídios e têm outros benefícios que essas empresas não auferem. Ora, um tal entendimento não se harmoniza com a vontade legislativa subjacente à Lei n.º 12/97, de 21 de Maio, que regula a actividade de transporte de doentes por estas entidades, dispensando-as de alvará e sujeitando a verificação da necessidade de mais operadores na área respectiva, nos termos e para os efeitos da alínea c) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 38/92, de 28 de Março, a de parecer do Serviço Nacional de Bombeiros e da Direcção Nacional da Cruz Vermelha. Isto é, para o legislador esses são prestadores naturais ou privilegiados do serviço de transporte de doentes.

Retomando as alegações do recorrente, impôr-se-ia saber se a CVP cabe, relativamente à actividade em causa, no conceito de *empresa* para efeitos do citado art.º 11º do DL 371/93 e se os benefícios que aufere tem a natureza de *indemnizações compensatórias* para efeitos do n.º 3 do mesmo preceito.

Sucede que uma razão mais geral, e que prejudica a apreciação dessas questões, leva a que não possa anular-se o acto de adjudicação com o fundamento adoptado na sentença : o regime jurídico constante do DL 371/93 não integra o bloco de legalidade do acto de adjudicação do concurso público.

Efectivamente, neste diploma legal estabelece-se um remédio contra a afectação da concorrência causada por auxílios de Estado que não consiste na proibição de o beneficiário concorrer em concursos públicos, que não condiciona a sua candidatura, nem sujeita a sua proposta a requisitos especiais de ponderação, em ordem à defesa do mercado no próprio procedimento de concurso para a escolha do contraente para um contrato específico.

Efectivamente, o meio de reacção relativamente a auxílios de Estado - no direito interno, relativamente a situações que não afectem o comércio intra-comunitário, em que a questão se coloca noutras termos, que não vêm ao caso - é o previsto no n.º 2 do art.º 11º do DL 371/93. Cabe ao ministro da economia, a pedido de qualquer interessado, examinar os auxílios referidos e propor ao ministro competente as medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência.

Aliás, a argumentação da recorrente contenciosa nos artºs 75 a 78, indicando as medidas que seriam necessárias para que os benefícios recebidos pela CVP para a prossecução dos seus fins de utilidade pública não provocassem distorção da concorrência - constituição de uma estrutura empresarial paralela no âmbito da CVP, estanque às subvenções e subsídios que recebe para outros fins, ou a reserva de quota de mercado aos operadores privados -, evidencia que o problema é exterior ao concurso e os seus remédios (suposto que deles careça) se situam noutro plano que não o procedimento adjudicatório.

Portanto, não é ao júri de cada concurso (*recte*, à entidade adjudicante), ainda que neste se repercutam os efeitos de auxílios de Estado, que incumbe assegurar a regularidade do funcionamento concorrencial do mercado relativamente aos efeitos induzidos pelos *auxílios de Estado*. Compete-lhe, apenas, observar o *princípio concursal da concorrência* e os critérios de adjudicação previstos. No procedimento de contratação pública, a defesa e promoção da concorrência em geral só indirectamente é protegida, mediante o mecanismo de reacção contra *preços anormalmente baixos*, previsto nos nºs 4 e 5 do art.º 55º do DL 197/99, de 8 de Junho, que é razão diversa daquela que foi adoptada como fundamento da anulação

decretada.

Tanto basta para considerar que a sentença recorrida violou, por erro de aplicação, o disposto no art.º 11º do DL 371/93 e, com esse fundamento, conceder provimento ao recurso, baixando o processo ao tribunal *a quo* para conhecer dos demais vícios imputados ao acto recorrido que a sentença julgou prejudicados.

4. Decisão

Pelo exposto, **concedendo provimento ao recurso**, acordam em revogar a sentença recorrida, ordenando a baixa do processo para que no tribunal *a quo* se conheça dos demais vícios imputados ao acto contenciosamente recorrido, se nada obstar.

Sem custas (o recorrido não alegou no recurso jurisdicional).

Lx, 10 de Outubro de 2002.

Vítor Gomes – Relator – País Borges – Rui Botelho