



PARTE D

MINISTÉRIO PÚBLICO

Procuradoria-Geral da República

Parecer n.º 4/2017

Navegação Aérea de Portugal NAV EPE — Aliança COOPANS — Espaço Aéreo — Tráfego Aéreo — Sistema de Gestão de Tráfego Aéreo — Céu Aberto — Entidade Pública Empresarial — Formação do Contrato — Contratação In House — Código dos Contratos Públicos — Acordo de Cooperação — Adjudicação — Princípio da Concorrência — Princípio da Imparcialidade.

1.ª Mantendo a Coopans Alliance o figurino de entendimento que consta do texto atual do *MoU* e do *Coopans ATM System Agreement*, a adesão da Navegação Aérea de Portugal — NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance traduzir-se-á num acordo de cooperação celebrado com as cinco ANSP's que atualmente a integram.

2.ª A celebração desse acordo de adesão, nessas condições, está fora do âmbito de aplicação das regras de formação dos contratos públicos contidas na parte II do Código de Contratos Públicos.

3.ª É uma condição necessária de adesão à Coopans Alliance a aquisição à Thales Air Systems, SAS, de um sistema ATM idêntico ao que já é utilizado pelos demais parceiros desta aliança.

4.ª A adesão por uma entidade adjudicante a um acordo de cooperação já em execução, cujos termos condicionam totalmente a escolha por essa entidade de um bem a adquirir, o seu fornecedor e até alguns dos termos do contrato, configura um contexto que determina que o fornecimento desse bem não esteja nem seja suscetível de estar sujeito à concorrência de mercado.

5.ª Para que o contexto condicionador seja idóneo para justificar a aplicação da cláusula geral de exclusão contida no artigo 5.º, n.º 1, do CCP, em casos como o presente, é exigível que o acordo de cooperação a que se adere não tenha como objeto dominante a aquisição ou posterior assistência, desenvolvimento ou atualização do bem a adquirir, e que a adesão a esse acordo se pautar por considerações relativas ao interesse público que preside à atividade desenvolvida pela entidade adjudicante, não podendo a razão determinante dessa adesão ser precisamente a aquisição, assistência, desenvolvimento ou atualização do bem a adquirir.

6.ª No caso que é objeto do presente parecer, o acordo de cooperação a que se pretende aderir, não tem apenas como objeto a aquisição ou posterior assistência, desenvolvimento ou atualização, em melhores condições, de um sistema ATM, tendo também outros objetivos que ultrapassem o mero fornecimento daquele bem e a prestação de serviços conexos, não sendo possível ao Conselho Consultivo, por se tratar de questão de facto, emitir um juízo sobre se aquela primeira área de cooperação é a dominante.

7.ª E, se existe um nítido interesse público europeu na cooperação entre os seus Estados e as respetivas ANSP's, com vista à criação de um espaço aéreo operacional integrado ao nível europeu, sendo fundamental nesse caminho uma fase de cooperação parcelar, onde se inclui a existência de acordos de parceria entre ANSP's, já não é detetável, na ordem jurídica europeia ou nacional, um interesse público na concreta adesão da ANSP portuguesa à Coopans Alliance.

8.ª As razões que poderão determinar esse interesse serão de ordem técnica, estratégica e económica, as quais igualmente escapam à área de competência de apreciação do Conselho Consultivo, a qual se reconduz a um exame jurídico e predominantemente de legalidade das questões que lhe são colocadas.

9.ª Daí que o quadro de dependência negocial referido na 3.ª conclusão apenas exclua a celebração do contrato de aquisição do sistema de gestão de tráfego aéreo pela Navegação Aérea de Portugal — NAV Portugal, E. P. E., à Thales Air System, SAS, da aplicação das regras da formação dos contratos públicos constantes da parte II do CCP, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, deste diploma, caso se verifique que a Coopans Alliance não tem como objeto dominante a assistência, desenvolvimento e atualização de um sistema ATM comum e que a adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance, se funda em motivações relativas ao interesse público que preside à atividade desenvolvida por aquela empresa, não sendo a razão determinante dessa opção a aquisição, assistência, desenvolvimento e atualização de um sistema ATM.

10.ª Em todo o caso, sempre serão aplicáveis a este contrato os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizam preceitos constitucionais constantes do Código de Procedimento Administrativo e as relativas à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Senhor Secretário de Estado das Infraestruturas

Excelência:

1 — Do objeto da consulta

Solicita Vossa Excelência que o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, com urgência, tome posição, nos termos do artigo 37.º, a), do Estatuto do Ministério Público, sobre a possibilidade da entidade pública empresarial Navegação Aérea de Portugal — NAV Portugal, E. P. E., aderir à Coopans Alliance, constituída pelas entidades congêneres em matéria de prestação de serviços de navegação aérea da Suécia, Irlanda, Dinamarca, Áustria e Croácia, e, “subsidiariamente”, adquirir o novo sistema de gestão de tráfego aéreo, designado por *TopSky*, à Thales Air System, SAS, dispensando aquela empresa de recorrer às regras de formação dos contratos públicos.

Esta consulta apresenta como justificação o Memorando 003/2017 de 10 de fevereiro de 2017, enviado pela Navegação Aérea de Portugal — NAV Portugal, E. P. E., aos Senhores Secretários de Estado das Infraestruturas e do Tesouro¹, com as seguintes conclusões:

a) *A NAV deve proceder à substituição do Sistema de Gestão de Tráfego Aéreo para a RIV de Lisboa e dos sistemas de torre para os quatro principais aeroportos (Lisboa, Porto, Faro e Funchal), pelo facto de o atual apresentar constrangimentos de evolução tecnológica e não permitir, em tempo útil e em termos de viabilidade financeira, o seu desenvolvimento para o cumprimento dos novos requisitos impostos ao Estado Português e à NAV pelos Regulamentos do Céu Único Europeu;*

b) *Face às várias opções disponíveis, a aquisição deste Sistema através da entrada num Acordo de Cooperação, ou seja numa Aliança pré-existente de Prestadores de Serviços de Navegação Aérea congêneres da NAV, designada COOPANS, é apontada como a solução mais vantajosa, em comparação com a entrada no Consórcio de ANSP ITEC, ou comparativamente com a aquisição do referido sistema mediante a abertura de um procedimento concursal, ao mercado através do lançamento de um concurso público;*

c) *Como lançamento de um concurso público para a aquisição de um Sistema ATM para o ACC de Lisboa, além da dificuldade da elaboração de Especificações Técnicas que, por um lado, fossem imparciais relativamente aos Sistema ATM do ITEC e do COOPANS, a NAV ver-se-ia isolada na definição e desenvolvimentos do Sistema, sujeita a suportar isoladamente todos os custos de aquisição inicial e de desenvolvimentos futuros, sem qualquer possibilidade de partilhar os respetivos custos e, finalmente, sem obtenção de qualquer tipo de sinergia ou influência que um dos dois tipos de Cooperação de ANSP existentes proporcionaria, mediante a contratação conjunta de um sistema desenvolvido pelo parceiro industrial e que, no caso do COOPANS, complementarmente, assegurará a Portugal e à NAV o acesso a relevantes centros de decisão do Programa SESAR, do Céu Único Europeu.*

d) *A adesão ao COOPANS envolve a partilha de custos de desenvolvimento comuns do Sistema pelos ANSP aliados e oferece à NAV uma participação ativa nos órgãos decisores desta Aliança, com voto igual ao dos restantes Membros, sendo as suas decisões tomadas por unanimidade e ainda, em termos estratégicos, designadamente o facto de a aliança ser membro do A6, com influência nas Instituições que integram o Pilar Tecnológico do SES — Céu Único Europeu;*

e) *Diversamente no consórcio de ANSP designado por ITEC, a NAV teria um mero papel de “Associated Partner” da congênera ENAIRE, não sendo um membro de pleno direito com voz ativa, com um voto de valor três vezes inferior ao da sua congênera espanhola, não lhe sendo garantido qualquer tipo de acesso aos órgãos decisores das funcionalidades e evolução do Sistema ATM do ITEC;*

f) *Acréscio que a adesão ao COOPANS cujo parceiro industrial é a THALES Air System, SAS, permitirá garantidas transferências tecnológicas e de “know-how” para a EDISOFT, através da instalação do futuro Sistema ATM no ACC de Lisboa, bem como no fornecimento pela própria EDISOFT do Sistema ATM para as Torres de Lisboa, Porto, Faro e Funchal, dotando Portugal de uma empresa de ponta no setor*

fabricante de Sistemas ATM, com investimento estrangeiro e criação de postos de trabalho com grande qualificação tecnológica.

Salientamos que a EDISOFT SA, é empresa detida maioritariamente, em 65 %, pela THALES Portugal SA sendo a NAV também acionista com 17,5 % do seu capital social.

g) Em termos de contratação pública a adesão a este tipo de parcerias com a subsequente aquisição da solução tecnológica desenvolvida pelo parceiro industrial pré-determinado, encontra-se fora da concorrência, excluindo o próprio CCP a aplicação das regras supostamente aplicáveis à aquisição do sistema em causa nos termos do n. 1 do artigo 5.º do CCP (vigente ou do anteprojeto de revisão) face à posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação;

h) Acresce que, para além da NAV não depender do Orçamento Geral do Estado, todas as verbas para o investimento no novo Sistema serão suportadas através de receitas próprias da Empresa, não se prevendo o recurso a qualquer tipo de crédito ou mecanismo de financiamento, estando as verbas necessárias já contempladas no Plano de Desempenho da NAV para o 2.º Período de Referência (RP2) que termina em 31 de dezembro de 2019. As futuras necessidades de financiamento serão negociadas e contempladas no quadro dos Planos de Investimentos a considerar para o RP3 (2020-2024), que ainda será objeto de discussão e aprovação a curto prazo. Acresce que todos estes custos serão reembolsados à NAV, ao longo dos vários anos de amortização do investimento, através das taxas de rota e de terminal que são estabelecidas pela EUROCONTROL nos termos do Regulamento de Execução (UE) n.º 391/2013 da Comissão, de 3 de maio de 2013, que estabelece um regime tarifário comum para os Serviços de Navegação Aérea.

Posteriormente à entrada deste pedido e a solicitação do Relator foram juntos pela entidade consultante os seguintes documentos, parcialmente traduzidos:

— acordo de 30 de novembro de 2009 celebrado entre Thales Air System, SAS, e Irish Aviation Authority, LuftfarTsverkert, Naviair, e Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, denominado *Amended and Restated Coopans Framework Agreement* (ARCFA);

— acordo de 9 de dezembro de 2015 celebrado entre Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, Croatia Control Ltd, Irish Aviation Authority, LuftfarTsverkert e Naviair, denominado *Coopans Alliance Memorandum of Understanding* que inclui um apêndice denominado *Coopans Governance Structure*;

— acordo de 9 de maio de 2016 celebrado entre Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, Croatia Control Ltd, Irish Aviation Authority, LuftfarTsverkert e Naviair, denominado *Coopans ATM System Agreement*.

Pretende-se com esta consulta que o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República emita parecer sobre a possibilidade da NAV Portugal, E. P. E., celebrar dois contratos distintos, embora interligados, dispensando aquela empresa de recorrer às regras para a formação dos contratos públicos, contidas na parte II do Código dos Contratos Públicos.

Apesar de, compreensivelmente, não se encontrarem ainda disponíveis as minutas desses contratos, uma vez que o teor das mesmas está dependente de uma prévia negociação com as respetivas contrapartes (os membros da Coopans Alliance e a Thales Air System, SAS), a qual, por sua vez, está condicionada pela resposta à questão colocada nesta consulta, é possível, ainda assim, emitir uma opinião que tenha como pressupostos o figurino atual dos acordos de entendimento da Coopans Alliance e as prestações típicas de um contrato de aquisição onerosa de um sistema de gestão de tráfego aéreo.

Realça-se que este parecer apenas contém uma pronúncia sobre a questão jurídica colocada, alheando-se de qualquer juízo técnico, estratégico e económico sobre o mérito e oportunidade da celebração dos contratos em questão, o qual é estranho às competências do Conselho Consultivo.

2 — Da NAV Portugal, E. P. E.

A empresa pública Navegação Aérea de Portugal — NAV, E. P., resultou de uma operação de cisão da ANA, E. P., operada pelo Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de dezembro, a qual visou, por um lado, criar uma entidade *vocacionada e especializada com a valiosa experiência entretanto adquirida, para assegurar o serviço público de apoio à navegação aérea civil, designadamente a gestão do tráfego aéreo em todas as suas vertentes, e o desenvolvimento, instalação, gestão e exploração dos inerentes sistemas de comunicações, navegação, vigilância e infraestruturas associadas* (a NAV, E. P.) e, por outro lado, transformar a cindida ANA, E. P., em pessoa coletiva de direito privado com o

estatuto de sociedade anónima, à qual competirá a gestão, exploração e desenvolvimento dos Aeroportos de Lisboa, Porto, Faro, Ponta Delgada, Santa Maria, Horta e Flores, bem como de novas infraestruturas aeroportuárias, quando assim for determinado pelo Governo ².

Na sequência das alterações ao regime jurídico do setor empresarial do Estado, resultantes do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, o Decreto-Lei n.º 74/2003, de 16 de abril, operou a adaptação dos estatutos daquela empresa ³, modificando a respetiva denominação, de modo a conformá-la com o disposto no artigo 24.º daquele primeiro diploma, tendo-se optado pelo nome Navegação Aérea de Portugal — NAV Portugal, E. P. E., doravante aqui abreviadamente designada por NAV Portugal, E. P. E.

Segundo os Estatutos da NAV Portugal, E. P. E., esta é uma pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio (artigo 1.º), tendo como objeto principal o serviço público de navegação aérea para apoio à aviação civil, assegurando a gestão, exploração e desenvolvimento dos sistemas de navegação aérea, nele se compreendendo os serviços de gestão de tráfego aéreo e atividades com eles conexas e pelos mesmos exigidos, em cumprimento das normas de convenções internacionais ou de organizações internacionais de aviação civil de que Portugal seja respetivamente subscritor ou Estado membro (artigo 2.º, n.º 1). Acessoriamente, pode a empresa explorar atividades e efetuar operações comerciais e financeiras relacionadas direta ou indiretamente, no todo ou em parte, com o objeto principal ou que sejam suscetíveis de facilitar ou favorecer a sua realização (artigo 2.º, n.º 2). Apesar da autonomia legal e estatutária conferida, cabe ao Governo definir os objetivos gerais a prosseguir pela NAV Portugal, E. P. E., e o enquadramento no qual se deve desenvolver a respetiva atividade, de modo a assegurar a sua harmonização com as políticas globais e sectoriais nos termos definidos na lei e ainda com as políticas e orientações no âmbito da navegação aérea definidas pelos organismos ou organizações internacionais em que Portugal esteja representado ou seja Estado membro (artigo 13.º), sendo a tutela económica e financeira exercida pelo Ministro das Finanças e pelo Ministro da tutela (artigo 14.º).

No artigo 25.º dos Estatutos permite-se expressamente que a NAV Portugal, E. P. E., possa estabelecer formas de cooperação mediante autorização do Governo.

3 — Da Coopans Alliance

A Irish Aviation Authority (Irlanda), a LuftfarTsverkert (Suécia) e a Naviair (Dinamarca), em 3 de abril de 2006, celebraram um acordo, visando modernizar e uniformizar os sistemas de gestão de tráfego aéreo dos respetivos países com uma substancial redução de custos. Mais tarde, juntaram-se-lhes a Austro Control (Áustria), em 2010, e a Croatia Control (Croácia), em 2011. Todas estas prestadoras de serviços de navegação aérea (ANSP's) são companhias que, embora assumindo diferentes tipologias no ordenamento jurídico onde se inserem, pertencem todas aos respetivos Estados, apresentando como objeto a gestão, exploração e desenvolvimento dos sistemas de navegação aérea e tendo em comum o facto de operarem com o mesmo sistema de gestão do tráfego aéreo (sistema ATM) o qual é uma variante do sistema *TopSky* fornecido pela Thales Air System, SAS.

Das definições constantes do artigo 1.º do *Amended and Restated Coopans Framework Agreement* (ARCFA), constata-se que a Irish Aviation Authority, a LuftfarTsverkert, a Naviair, e a Austro Control, adquiriram esse sistema à Thales Air System, SAS, mediante contratos individuais celebrados, respetivamente, em 13 de janeiro de 2000, 7 de setembro de 1994, 12 de junho de 2002 e 9 de dezembro de 2008 ⁴.

Em dezembro de 2015 estabeleceu-se um novo acordo de cooperação entre as referidas entidades congêneres (*Coopans Alliance Memorandum of Understanding*, abreviadamente denominado *Coopans MoU*, o qual inclui um apêndice denominado *Coopans Governance Structure*), que deixou de se resumir ao desenvolvimento e operacionalidade do sistema ATM comum para abranger domínios estratégicos no âmbito do programa Céu Único Europeu da UE.

Este programa foi lançado no final do século passado pela Comissão Europeia, visando remover progressivamente as fronteiras no espaço aéreo europeu.

Perante um espaço aéreo fragmentado em função das fronteiras nacionais, causador de congestionamentos no tráfego, com os inevitáveis atrasos, de elevados custos com a aquisição e atualização dos diferentes sistemas de controle, e de rotas excessivamente alongadas com os consequentes gastos de combustível e prejuízos para os viajantes e demais utilizadores, decidiu-se iniciar um longo e difícil caminho de otimização da eficácia global do tráfego aéreo geral na Europa, de modo a responder às necessidades de todos os utilizadores deste espaço, tendo como meta a criação de um espaço aéreo operacional integrado ao nível europeu.

O lançamento formal do programa (*Single European Sky* — SES 1) consistiu na emissão de quatro Regulamentos do Parlamento Europeu e do Conselho, em 20 de abril de 2004:

— O “Regulamento-quadro” (n.º 549/2004) que, para além da formalização dos objetivos do programa, estabelece os procedimentos para o seu desenvolvimento, as entidades que o vão gerir e os associados requisitos de monitorização e de medida dos resultados;

— O “Regulamento do espaço aéreo” (n.º 551/2004), referente à organização e à utilização do espaço aéreo, que formaliza a cooperação civil-militar para o uso do espaço aéreo e lança as bases para a reconstrução do espaço aéreo superior;

— O “Regulamento de prestação de serviços” (n.º 550/2004) que, no sentido de assegurar a normalização das regras para a prestação de serviços de navegação aérea na União Europeia, estabelece a obrigatoriedade de certificação dos prestadores de serviços de navegação aérea e as regras básicas para esta certificação, assim como as bases para um sistema transparente no estabelecimento das tarifas, a cobrar aos operadores de aeronaves pelos serviços de navegação aérea;

— E o “Regulamento de interoperabilidade” (n.º 552/2004) que estabelece requisitos no sentido da interoperabilidade dos sistemas e procedimentos associados relevantes para a gestão do espaço aéreo, a gestão dos fluxos do tráfego aéreo, os serviços de tráfego aéreo, os serviços de comunicações, de navegação, de vigilância e de informação e, ainda, os serviços de informação meteorológica.

No âmbito deste programa, em 27 de fevereiro de 2007, foi também aprovado o Regulamento (CE) n.º 209/2007 do Conselho, relativo à constituição de uma empresa comum para a realização do sistema europeu de gestão do tráfego aéreo de nova geração (SESAR). O projeto SESAR é um projeto de modernização da gestão do tráfego aéreo na Europa, constituindo a componente tecnológica do programa Céu Único Europeu e visa dotar a Comunidade, até 2020, de uma infraestrutura de controlo do tráfego aéreo altamente eficaz, que permita desenvolver transportes aéreos seguros e respeitadores do ambiente, tirando pleno proveito dos progressos tecnológicos alcançados com programas como o GALILEO.

Em 2009, o Programa Céu Único Europeu conheceu um novo impulso (Programa SES 2), tendo os Regulamentos de 2004 sido alterados pelo Regulamento (CE) n.º 1070/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, que estabeleceu no seu artigo 1.º:

A iniciativa do céu único europeu tem por objetivo reforçar as atuais normas de segurança do tráfego aéreo, contribuir para o desenvolvimento sustentável do sistema de transporte aéreo e melhorar o desempenho global do sistema de gestão do tráfego aéreo (ATM) e dos serviços de navegação aérea para o tráfego aéreo geral na Europa, a fim de satisfazer as exigências de todos os utilizadores do espaço aéreo. O céu único europeu abrange uma rede pan-europeia coerente de rotas e de sistemas de gestão de redes e de gestão do tráfego aéreo, unicamente baseada em requisitos de segurança, eficiência e técnicos, em benefício de todos os utilizadores do espaço aéreo. Para alcançar o referido objetivo, o presente regulamento estabelece um quadro regulamentar harmonizado para a criação do céu único europeu.

Adotou-se uma política de criação de blocos funcionais de espaço aéreo (FAB’s) por se entender que estes *constituem elementos fundamentais de reforço da cooperação entre prestadores de serviços de navegação aérea, destinados a melhorar o desempenho e a gerar sinergias*, tendo-se determinado que *os Estados-Membros deverão criar blocos funcionais de espaço aéreo dentro de um prazo razoável. Para esse efeito, e a fim de otimizar a interface dos blocos funcionais de espaço aéreo no céu único europeu, os Estados-Membros em causa deverão cooperar entre si e, se for caso disso, cooperar também com países terceiros* (considerando 18 do Regulamento (CE) n.º 1070/2009).

Na concretização desta política europeia, a República Portuguesa e o Reino de Espanha, em 17 de maio de 2013, assinaram um acordo para a criação do Bloco Funcional de Espaço Aéreo do Sudoeste (SW FAB) ⁵.

Nesse acordo estabeleceu-se a organização do SW FAB, tendo sido definido como objetivo alcançar um desempenho ótimo nas áreas relacionadas com a segurança, a sustentabilidade ambiental, a capacidade, a relação de custo-eficácia, a eficiência de voo e também a eficácia das missões militares, através da configuração do espaço aéreo e da organização da gestão do tráfego aéreo nesse espaço, independentemente das fronteiras existentes (artigo 3.º).

Nesse mesmo acordo, as partes, além de acordarem sobre a cooperação em matéria de prestação de serviços e exercício de funções em matéria

de navegação aérea e de supervisão e vigilância dos ANSP’s no espaço aéreo do SW FAB, estabeleceram no seu artigo 16.º, n.º 1 e 2:

1 — As Partes deverão assegurar a coordenação da configuração e gestão de um espaço aéreo do SW FAB sem descontinuidades, bem como a execução coordenada da gestão do fluxo de tráfego aéreo e da gestão da capacidade (ATFM) tendo em conta os processos de colaboração internacionais, os aspetos e requisitos da segurança e defesa nacionais, independentemente das fronteiras existentes.

2 — As Partes deverão, em particular, assegurar:

a) O desenvolvimento da política comum de gestão do espaço aéreo, em estreita cooperação entre as autoridades civis e militares;

b) A harmonização da estrutura do espaço aéreo do SW FAB para facilitar um espaço aéreo sem descontinuidades;

c) A configuração da estrutura do espaço aéreo do SW FAB de acordo com os principais fluxos de tráfego aéreo, garantindo uma utilização ótima do espaço aéreo e assegurando, também, a eficácia da missão militar;

d) A análise conjunta das modificações relativas ao espaço aéreo do SW FAB e que afetem o desempenho ao nível do SW FAB; e

e) A criação coordenada de zonas transfronteiriças e a elaboração de instrumentos que tenham por objeto a delegação dos ATS entre os prestadores de serviços de tráfego aéreo.

Encontra-se ainda em apreciação no Conselho uma proposta da Comissão, já aprovada no Parlamento Europeu, visando uma nova atualização do programa Céu Único Europeu — o SES 2+ -, em que, além do mais, reconhecendo-se alguma ineficiência dos FAB’s entretanto criados, procura-se a formação de parcerias mais flexíveis, permitindo-se a participação em mais de um FAB, desde que com isso se obtenham as necessárias melhorias no desempenho. Pretende-se ainda com a nova regulamentação que os FAB’s sejam utilizados como instrumentos empresariais e não como meras construções políticas.

Em todo este conjunto de medidas, tendo como objetivo a desfragmentação da rede aérea europeia, ressalta o incentivo da UE à adoção de políticas de cooperação dos Estados membros e das suas ANSP’s.

Apesar da formação do bloco SW FAB entre Portugal e Espanha e de terem existido negociações entre a NAV Portugal, E. P. E., e a iTEC, que agrupa as ANSP’s de Espanha, Alemanha, e Reino Unido, conforme resulta do teor de alguns pareceres juntos com o Memorando 003/2017 de 10 de fevereiro de 2017, enviado pela NAV Portugal, E. P. E., aos Senhores Secretários de Estado das Infraestruturas e do Tesouro ⁶, a atual opção da NAV Portugal, E. P. E., é antes a de aderir à Coopans Alliance, estando essa preferência fundamentada naquele Memorando, cujas conclusões acima se transcreveram.

A cooperação com as ANSP’s que integram a Coopans Alliance é compatível com o acordo celebrado entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha, uma vez que este convénio, não contendo qualquer cláusula de exclusividade, não impede que a ANSP portuguesa, sem prejuízo de colaborar na persecução dos objetivos daquele acordo interstadual, também coopere com congéneres de outros países, visando finalidades semelhantes ⁷. Esta cooperação diversificada encontra-se, aliás, em consonância com a estratégia delineada pelo programa Céu Único Europeu da União Europeia, tendo como destino final a criação de um espaço aéreo operacional integrado ao nível europeu (máxima cooperação para uma futura unificação).

Os motivos que fundamentam a existência da Coopans Alliance são apresentados no ponto 1. do *Coopans MoU* nos seguintes termos:

Os Parceiros têm vindo a cooperar há já vários anos na especificação e contratação conjunta para o desenvolvimento e lançamento dos seus sistemas centrais ATM ao abrigo dos termos do Contrato COOPANS e de alguns acordos-quadro celebrados entre os Parceiros e o respetivo fornecedor do sistema ATM Thales.

Embora os Parceiros mantenham este reconhecido e bem-sucedido programa COOPANS com o sistema ATM COOPANS a proporcionar benefícios de eficiência de custos, segurança, capacidade e desempenho ambiental, pretendem igualmente

- *salvaguardar os seus atuais e futuros investimentos no decurso do seu percurso conjunto de desenvolvimento do sistema ATM, e*
- *obter benefícios adicionais resultantes da fortíssima posição conjunta da COOPANS como mercado essencial para fornecedores e como interveniente de destaque no processo de determinar as inovações dos futuros sistemas ATM europeus.*

Enquanto grupo, os Parceiros são coletivamente comparáveis a um dos “5 Grandes” no que se refere ao controlo do espaço aéreo e à capacidade, têm custos baixos e são eficientes em comparação com outros ANSP.

A Thales é o principal fornecedor na Europa e a COOPANS faz parte de uma rede bem-sucedida de sistemas. Grande parte do mercado da

Thales é constituído por ANSP mais pequenos que a Thales irá sempre servir; assim sendo, o mercado para um sistema similar ao da COOPANS é, e sempre será, forte.

Na Europa, a COOPANS é considerada como um exemplo destacado de cooperação e harmonização e ocupa uma posição forte que lhe permite influenciar o setor e liderar o caminho da inovação e do desenvolvimento da próxima geração de sistemas ATM. Existem igualmente inúmeras oportunidades para financiamento INEA/CEF de medidas relacionadas com sistemas ATM e para envolvimento no SESAR 2020. Estas oportunidades devem ser aproveitadas pelos Parceiros sempre que tal se revelar razoável e assim for decidido.

Por conseguinte, os Parceiros manifestam o desejo de intensificar e alargar a sua cooperação estabelecendo uma Aliança COOPANS. Enquanto esta Aliança deve continuar assente e abranger o desenvolvimento de sistemas ATM até agora regido pelo Contrato COOPANS, deve também alargar o seu âmbito a outras áreas de cooperação claramente definidas.

Tendo em vista o que precede, os Parceiros já

- obtiveram a adesão conjunta da “Aliança de Lançamento SESAR” (SDA) e tomaram disposições para a nomeação da SDA pela Comissão Europeia como Diretor de Execução do SESAR celebrando o “Acordo do Consórcio da Aliança de Lançamento do SESAR” (SDA CA) em vigor a partir de 26 de fevereiro de 2015, do “Acordo de Cooperação Interna para o Acordo-quadro de Parceria de Lançamento do SESAR”, e o “Acordo-quadro de Parceria de Lançamento do SESAR (FPA)” no dia 5 de dezembro de 2014;

- apresentaram um pedido conjunto para adesão ao SESAR e subsequentemente uma proposta para a participação no programa de trabalho SESAR (SESAR 2020) e estão preparados para celebrar outros acordos estabelecendo a adesão ao SESAR e respetiva participação no SESAR 2020;

- obtiveram a adesão conjunta do “Grupo A6” ao assinarem no dia 1 de julho de 2015 o Memorando de Cooperação do Grupo A6, tendo em vista a participação nas atividades do Grupo A6 relacionadas com o Diretor de Execução do SESAR e o SESAR 2020;

- apresentaram candidaturas conjuntas ao INEA Call 2014, quer diretamente quer através do Diretor de Execução do SESAR (SDM), e prepararam indicações interessantes para o INEA Call 2015;

- celebraram conjuntamente um Memorando de Cooperação com a Direction des Services de la Navigation Aérienne (DSNA) no dia 10 de março de 2015 para estabelecer um quadro formal de cooperação com a DSNA para o “Projeto de Convergência entre Sistemas ATM DSNA e COOPANS (CODACAS)”.

Os parceiros signatários no ponto 2. do *Coopans MoU* acordaram em estabelecer uma cooperação entre eles com as seguintes características:

(1) O propósito do presente Memorando de Entendimento (MoU) é definir o entendimento comum dos Parceiros relativamente a aspetos gerais como visão, objetivos e âmbito da Aliança COOPANS e da cooperação reforçada decorrente da mesma.

(2) Além disso, os Parceiros acordam contratualmente pelo presente substituir as regras de governação nos respetivos acordos de cooperação em vigor pela estrutura de governação revista estabelecida no Apêndice GOV do presente MoU (Estrutura de Governação da COOPANS). O Apêndice GOV deve constituir parte integrante do presente MoU, e as expressões “Memorando de Entendimento” e “MoU” no presente documento devem incluir tanto o órgão principal como o Apêndice GOV.

(3) Nada no presente MoU se destina a criar nem pode ser interpretado como criando uma corporação, agência ou parceria (de âmbito geral ou limitado), ou qualquer entidade jurídica ou relação continuada de sede e agente, entidade patronal e assalariado, ou qualquer relação ou compromisso de índole fiduciária entre as Partes para além do expressamente contido no presente MoU.

(4) No que se refere a áreas de cooperação específicas para as quais os Parceiros necessitam de outorgar poderes de representação a um ou mais Parceiros para efeitos de representarem os Parceiros em organismos ou órgãos externos (ou perante terceiros), os respetivos Acordos de Cooperação (ver Sec. 4) e/ou Apêndice GOV do presente MoU incluem regras relativas à outorga e ao exercício de tais poderes de representação.

Essa cooperação obedece aos seguintes princípios segundo o ponto 5. do *Coopans MoU*:

5.1 — Igualdade

(1) Os Parceiros prosseguirão o reforço da igualdade observada através da cooperação decorrente do Contrato COOPANS. A Aliança COOPANS terá por base o princípio de direitos e obrigações iguais.

(2) Significa isto que o custo de exploração da Aliança será dividido em partes nominalmente iguais entre as Partes e todas as Partes serão igualmente responsáveis pelo sucesso das operações da Aliança. Os Parceiros irão criar um mecanismo para equilibrar as diferenças consideráveis no que se refere às contribuições em espécie (incluindo por exemplo, custos de terceiros) em todas as áreas de cooperação e todos os Parceiros.

(3) Todavia, em casos específicos, os Acordos de Cooperação particulares podem incluir disposições em que cada Parceiro, por sua própria iniciativa, poderá decidir quanto ao montante da respetiva contribuição num programa ou numa cooperação conjunta com os Parceiros (como, por exemplo, o SESAR 2020 ou o Diretor de Execução do SESAR) em conformidade com as regras de adesão ao referido programa ou cooperação e receber cofinanciamento com base na sua contribuição individual.

(4) O princípio de direitos e obrigações iguais será aplicado a toda a Aliança sempre que praticável e adequado. Todavia, é possível decidir de outra forma num dado Acordo de Cooperação.

5.2 — Empenho e confiança mútua

(1) A cooperação ao abrigo do Contrato COOPANS foi baseada e executada com base num compromisso de objetivos comuns e de mútua confiança entre os Parceiros. Na Aliança COOPANS e nos seus diversos Acordos de Cooperação os Parceiros continuarão a observar estes princípios.

(2) Os Acordos de Cooperação devem incluir as necessárias regras contratuais que especifiquem, definam e clarifiquem o compromisso dos Parceiros em relação a essa confiança mútua. Os Parceiros aplicarão e, se necessário, alterarão, essas regras com toda a abertura, trocando de forma transparente as suas posições, interesses e argumentos tendo em vista a procura de pontos comuns e aceitando as diferenças que possam subsistir.

5.3 — Gestão, adequação ao objetivo, flexibilidade e clareza

(1) A Estrutura de Governação da COOPANS visa a criação de estruturas de trabalho eficientes e flexíveis tendo em vista as inter-relações entre as áreas de cooperação, o adequado alinhamento das atividades decorrentes das mesmas, a otimização dos recursos dos Parceiros e de uma forma geral a exploração de todas as sinergias.

(2) Os Acordos de Cooperação foram elaborados, e os futuros Acordos sê-lo-ão também de forma a incorporarem o máximo possível de pontos comuns, definindo regras congruentes ou com referências cruzadas a outro Acordo de Cooperação ou a documentos comuns que se aplicarão a um subconjunto de Acordos de Cooperação ou a todos eles. Os Parceiros envidarão todos os esforços no sentido de implementarem e aplicarem a Estrutura de Governação da COOPANS de forma simples e eficiente de modo a explorar todas as sinergias e assegurar o melhor alinhamento das atividades no seio das diferentes Áreas de Cooperação.

(3) As possíveis diferentes necessidades nas várias áreas de cooperação, se não estiverem já consideradas na Estrutura de Governação da COOPANS, serão cobertas através de regras específicas no(s) respetivo(s) Acordo(s) de Cooperação e/ou alterações à Estrutura de Governação da COOPANS, a que se afigurar mais adequada para os Parceiros. Tais regras podem, em particular, satisfazer requisitos resultantes de direitos e obrigações exteriores comuns dos Parceiros em relação à Thales ou outros fornecedores, o Grupo A6, a Aliança de Lançamento do SESAR, o SESAR ou autoridades de financiamento como a INEA.

(4) A representação externa do conjunto dos Parceiros por um dos Parceiros em órgão externos e organismos decisores como o Grupo A6, o Diretor de Execução do SESAR ou o SESAR será levada a cabo pelo respetivo Parceiro representante em conformidade com as regras e estratégias (políticas) aplicáveis acordadas pelos Parceiros e regularmente alteradas ao abrigo de um ou mais Acordos de Cooperação e/ou da Estrutura de Governação da COOPANS.

(5) Para assegurar a devida flexibilidade, os Acordos de Cooperação podem regular questões nas quais os ajustes podem ser decididos no seio da Estrutura de Governação da COOPANS. Outros ajustes estarão sujeitos a uma alteração escrita ao(s) respetivo(s) Acordo(s) de Cooperação.

5.4 — Estruturas de grupo e estruturas empresariais

(1) A Aliança COOPANS, incluindo as suas Áreas de Cooperação específicas, é e continuará a ser uma cooperação entre membros independentes e a tomada de decisões é, pois, um processo coletivo reservado a grupos ou órgãos similares que representem todos os Parceiros.

(2) Contudo, algumas estruturas de trabalho responsáveis pela execução de trabalhos preparatórios, análises, aconselhamentos ou outros

tipos de apoios similares (em vez de assegurar a participação de todos os Parceiros em tais áreas) serão organizadas de forma a visar a especialização e centralização destas tarefas evitando assim o efeito de multiplicação de custos de uma abordagem comitológica nestas áreas. Ainda que tais estruturas centralizadas de trabalho sejam disponibilizadas por um dado Parceiro, devem as mesmas funcionar de forma imparcial para benefício de todos os Parceiros.

5.5 — Unanimidade

(1) As decisões decorrentes do presente MoU só podem ser adotadas por unanimidade.

(2) A Estrutura de Governação define as regras da tomada de decisões para a governação. De uma forma geral, estas regras também aplicam o princípio da unanimidade; todavia, a Estrutura de Governação da COOPANS contém disposições para certos desvios a este princípio.

5.6 — Não exclusividade

(1) Nada no presente MoU deve ser entendido de forma a criar uma cooperação exclusiva dos Parceiros, a impedir que um Parceiro celebre ou mantenha outra aliança, cooperação, ou parceria, ou a impedir que um Parceiro se candidate a fundos públicos quer autonomamente quer com outro Parceiro ou uma entidade terceira.

A Estrutura de Governação da Coopans Alliance encontra-se definida em Apêndice próprio do MoU (ponto 6.) e o acesso de novos parceiros será objeto de uma alteração escrita ao MoU assinada por todos os parceiros e pelo parceiro que pretende aceder (ponto 12.)

As áreas de cooperação dos parceiros da Coopans Alliance encontram-se definidas no ponto 4. do *Coopans MoU* e são as seguintes:

(1) O âmbito global da Aliança COOPANS abrangerá as áreas de cooperação atuais nas quais os Parceiros pretendem implementar a sua visão da Aliança (Áreas de Cooperação). Estas Áreas de Cooperação estão claramente definidas em acordos específicos (Acordos de Cooperação) celebrados pelos Parceiros e alterados com regularidade.

(2) A data da assinatura do presente MoU a cooperação entre os Parceiros decorre nas seguintes áreas:

(a) ciclo de vida de desenvolvimento de sistemas ATM COOPANS incluindo questões de harmonização operacional, contactos com fornecedores dos Parceiros, incluindo a cooperação destes com a DSNA no projeto CODACAS;

(b) participação no Diretor de Execução do SESAR e candidatura conjunta ao financiamento público das atividades de lançamento do SESAR;

(c) participação no SESAR 2020;

(d) participação nas atividades do Grupo A6 em conformidade com a cláusula 2.2.5 do MoC do Grupo A6 (SESAR 2020 e SESAR DM). A questão da participação e dos direitos de voto associados em “domínios genéricos” ou “serviços adicionais” será tratada pelos Parceiros separadamente;

(e) (outras) candidaturas conjuntas a fundos públicos.

Relativamente ao sistema ATM Coopans no ponto 3. do MoU estabelecem-se os seguintes objetivos:

3 ATM de referência através de parcerias — visão e objetivos da Aliança COOPANS

O nosso conceito de negócio: A Aliança COOPANS capitaliza o desenvolvimento conjunto, inovador e harmonizado do sistema entre os membros da COOPANS através de uma parceria industrial e influencia positivamente o ambiente europeu no sentido de operar um sistema ATM de classe mundial, seguro e económico, prestando aos clientes um serviço eficiente.

A nossa visão: Operar o sistema ATM escolhido em todo o mundo.

A nossa missão: A Aliança COOPANS possui resultados comprovados no fornecimento de soluções compatíveis com SESAR rumo a um ambiente ANS harmonizado, que irão continuar. A Aliança COOPANS vai trabalhar para garantir o desenvolvimento do seu sistema ATM, incidindo numa transição perfeita para um FDP de nova geração.

Ao incidir num sistema de futuro e na utilização harmonizada do sistema COOPANS, poderemos ser o modelo de cooperação e o sistema de eleição para a Europa.

Na área do desenvolvimento do sistema ATM utilizado pelos parceiros da Coopans Alliance, estes subscreveram um acordo de cooperação específico, denominado *Coopans ATM System Agreement*, que teve na sua base os seguintes considerandos, além de outros:

Os Parceiros têm vindo a cooperar há já vários anos na especificação e contratação conjunta para o desenvolvimento e lançamento dos seus

sistemas centrais ATM ao abrigo dos termos do Contrato COOPANS e de alguns acordos-quadro celebrados entre os Parceiros e o respetivo fornecedor do sistema ATM Thales, em particular o Acordo-quadro alterado e reformulado N.º 042-09 e respetivas Alterações n.º 1, n.º 2, n.º 3 e n.º 4 (“ARCFA”).

Subsequentemente, os Parceiros tomaram disposições no sentido de intensificar e alargar a sua cooperação através da expansão do propósito original único no sentido de uma cooperação mais abrangente (a “Aliança COOPANS”). A Aliança abrange ainda o desenvolvimento de sistemas ATM mas alarga o seu âmbito a um conjunto de outras áreas de cooperação claramente definidas.

Com o presente Acordo do Sistema ATM os Parceiros pretendem, pois, atualizar as respetivas disposições contratuais para efeitos de cooperação na área da gestão do ciclo de vida do desenvolvimento de sistemas ATM.

Foram estabelecidas nos pontos 5. e 6. do *Coopans ATM System Agreement* as seguintes áreas de cooperação e estabelecidas as seguintes obrigações para os parceiros signatários:

(1) As Áreas de Cooperação nos termos do presente Acordo são:

(a) O ciclo de vida de desenvolvimento do Sistema ATM COOPANS incluindo questões de harmonização operacional e questões relativas à gestão da segurança ATM.

O âmbito desta Área de Cooperação deve incluir todas as atividades que tenham de ser executadas pelos Parceiros para a harmonização e definição conjuntas, desenvolvimento, integração e lançamento de Configurações, e encomendas conjuntas consolidadas e de manutenção do Sistema ATMA COOPANS e dos Procedimentos ATM COOPANS. O âmbito deve, em particular, incluir todas as atividades necessárias ao exercício dos direitos dos Parceiros e ao cumprimento das respetivas obrigações indicadas no ARCFA.

(b) A cooperação conjunta dos Parceiros com a DSNA ao abrigo do MoC CODACAS em conformidade com o Apêndice A.

(c) A candidatura conjunta a fundos públicos.

O âmbito desta Área de Cooperação deve ser exclusivamente de natureza acessória. Deve aplicar-se a oportunidades de acesso ao financiamento público de atividades relativas ao Sistema ATM COOPANS e/ou Procedimentos ATM COOPANS se estas oportunidades de financiamento estiverem fora do âmbito dos outros Acordos de Cooperação entre os Parceiros (por exemplo, fora da cooperação de nível 2 e nível 3 da Direção de Execução do SESAR ou da sua cooperação relativamente ao SESAR 2020).

Deve incluir todas as atividades que os Parceiros tenham que realizar para exercerem os seus direitos e cumprirem as suas obrigações decorrentes de tais projetos de financiamento e dos acordos celebrados para o efeito.

6 Obrigações dos Parceiros

(1) Cada Parceiro compromete-se pelo presente, em relação aos restantes Parceiros, a envidar todos os esforços no sentido de executar e cumprir, de forma imediata, ativa e atempada, todas as obrigações decorrentes do presente Acordo e respetivos apêndices.

(2) Os Parceiros devem cumprir as respetivas obrigações em conformidade com

(a) o ARCFA,

(b) qualquer futuro acordo de financiamento entre os Parceiros e uma autoridade financiadora ou, se o financiamento for obtido por meio de uma decisão unilateral, a respetiva candidatura conjunta ao financiamento, e a envidar todos os esforços razoáveis para se apoiarem mutuamente no exercício dos respetivos direitos decorrentes do mesmo bem como no âmbito do presente Acordo.

(3) Se os Parceiros optarem por uma candidatura conjunta ao financiamento público, podem decidir estabelecer um acordo de cooperação específico para os projetos a financiar, em particular se tal for exigido pelas regras aplicáveis ao financiamento público em questão. Na ausência de tais decisões e/ou acordos particulares, os Parceiros devem aplicar as regras estipuladas nos respetivos Acordos de Cooperação na Direção de Execução do SESAR e SESAR 2020.

(4) Cada um dos Parceiros compromete-se a informar os restantes de todos os factos e acontecimentos que afetem ou possam afetar o cumprimento das obrigações que lhe cabem e dos seus direitos e obrigações decorrentes do ARCFA.

O ARCFA referido no *Coopans ATM System Agreement* é a designação abreviada do *Amended and Restated Coopans Framework Agreement*,

outorgado entre os cinco parceiros da Coopans Alliance, por um lado, e a empresa Thales Air System, SAS, como contraparte⁸, e o mesmo incide sobre as seguintes temáticas, conforme consta do artigo 2.º deste acordo:

a) definição dos termos e condições aplicáveis a Encomendas que possam ser colocadas regularmente por Membros da COOPANS para Harmonização e Definição de Configurações, Desenvolvimento de Configurações, Integração/Lançamento de Configurações e em alternativa Encomendas para a Integração Conjunta de Configurações, Encomendas para o Lançamento Conjunto de Configurações e Encomendas para Manutenção Conjunta de Configurações durante a vigência do presente acordo-quadro;

b) definição de um acordo para o desenvolvimento a executar pela THALES da Plataforma de Referência da COOPANS, isto é, atualizações do Equipamento, para dotar os Membros da COOPANS de melhores capacidades funcionais no sentido de satisfazer novas necessidades operacionais;

c) definição, desenvolvimento, integração e manutenção das Configurações do Sistema de Controlo de Tráfego Aéreo Eurocat a executar pela THALES conforme encomenda de Membros da COOPANS;

d) alinhamento de interfaces externas para novas revisões de normas internacionais aplicáveis; ou atualização do hardware e software COTS para garantir a sustentabilidade e/ou reduzir os custos ao longo do ciclo de vida;

e) permissão que a THALES disponibilize conhecimentos técnicos aos Membros da COOPANS para Harmonização e Definição de Configurações de atualizações da Plataforma de Referência da COOPANS;

f) estabelecimento de um mecanismo que permita aos Membros da COOPANS beneficiarem conjuntamente do desenvolvimento comum da Plataforma de Referência da COOPANS;

g) determinação do valor agregado das Encomendas de Desenvolvimento de Configurações colocadas à data da entrada em vigor do presente Acordo e a contribuição a pagar por ACG em resultado do seu acesso à COOPANS;

h) definição das regras contratuais para a integração/lançamento individual ou conjunta das Configurações relativas ao Equipamento adquirido à THALES pelos respetivos Membros da COOPANS.

4 — Da adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance

A NAV Portugal, E. P. E., perante a necessidade de aquisição de um novo sistema ATM, face à obsolescência do atual sistema, pretende aderir à Coopans Alliance, uma vez que essa adesão, segundo estudo por ela encomendado⁹, proporcionar-lhe-á não só os benefícios inerentes a uma cooperação com outras ANSP's (designadamente baixo risco da operação de aquisição do novo sistema ATM, rapidez da sua implementação e partilha de custos de manutenção e futuros desenvolvimentos e atualizações), como se apresenta como muito favorável aos interesses estratégicos da NAV Portugal, E. P. E., face ao acompanhamento e participação influente que aquela Aliança efetua no programa Céu Único Europeu e no projeto SESAR.

Pretende-se, em primeiro lugar, com a presente consulta, saber se essa adesão está sujeita ao regime da contratação pública, designadamente às regras que presidem à formação dos contratos públicos.

Conforme consta do MoU a adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance e as respetivas condições, estão dependentes da celebração de acordo de alteração desse Memorando, subscrito pelos atuais cinco membros da Aliança e a NAV Portugal, E. P. E. (ponto 12 do MoU).

Não se registando alterações substanciais no conteúdo do acordo espelhado no MoU, a adesão da NAV Portugal, E. P. E., traduzir-se-á num acordo de cooperação celebrado com as cinco ANSP's que atualmente integram a Coopans Alliance.

Mantendo a Coopans Alliance o figurino de entendimento que consta do texto atual do MoU e do Coopans ATM System Agreement, os outorgantes destes acordos comprometem-se a cooperar nas seguintes áreas:

a) ciclo de vida de desenvolvimento de sistemas ATM COOPANS incluindo questões de harmonização operacional, contactos com fornecedores dos Parceiros, incluindo a cooperação destes com a DSNA no projeto CODACAS;

b) participação no Diretor de Execução do SESAR e candidatura conjunta ao financiamento público das atividades de lançamento do SESAR;

(c) participação no SESAR 2020;

(d) participação nas atividades do Grupo A6 em conformidade com a cláusula 2.2.5 do MoC do Grupo A6 (SESAR 2020 e SESAR DM). A questão da participação e dos direitos de voto associados em "domínios genéricos" ou "serviços adicionais" será tratada pelos Parceiros separadamente;

(e) (outras) candidaturas conjuntas a fundos públicos (ponto 4. do MoU).

Do que decorre dos termos do MoU e do Coopans ATM System Agreement, as prestações de cooperação a que os membros da Coopans Alliance se vinculam resumem-se à adoção de sinergias orientadas para objetivos comuns, mediante decisões unânimes, visando uma otimização do serviço público que todas prestam nos respetivos países.

Não se acordam quaisquer prestações de troca de bens ou serviços, mas apenas se assumem compromissos no sentido de serem desenvolvidas ações coordenadas comuns ou paralelas, com vista a melhor satisfazerem os interesses públicos que constituem o objeto das entidades outorgantes.

Essas ações múltiplas e diversificadas realizadas em cooperação devem resultar da tomada de decisões em processo coletivo reservado a grupos ou órgãos similares que representam todos os parceiros (ponto 5.4. do MoU), não se criando com este acordo uma corporação, agência ou parceria (de âmbito geral ou limitado), ou qualquer entidade jurídica ou relação continuada de sede e agente, entidade patronal e assalariado, ou qualquer relação ou compromisso de índole fiduciária entre as partes (ponto 2 (2) do MoU).

Considerando os compromissos assumidos pelas partes outorgantes dos acordos acima descritos, estamos perante a celebração de acordos de cooperação, os quais pressupõem a atuação conjunta de duas ou mais entidades que visam a realização de fins públicos comuns, através de uma atuação coordenada no exercício das suas competências. Neste tipo de acordos, as partes vinculam-se reciprocamente a objetivos comuns, condicionando o conteúdo da sua atuação¹⁰. É a denominada cooperação horizontal ou não institucionalizada¹¹, acordada entre entidades sem qualquer elo de dependência entre si que, neste caso, é transnacional, por nela participarem entidades públicas de diferentes Estados.

As regras da contratação pública constam hoje essencialmente do Código dos Contratos Públicos (CCP), o qual foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, tendo entrado em vigor no dia 30 de julho do mesmo ano¹². Perante a necessidade de proceder à transposição das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de março, do Parlamento Europeu e do Conselho¹³, relativas a procedimentos pré-contratuais públicos, o legislador nacional, imbuído de um espírito codificador, decidiu agrupar num único diploma as regras que regem a formação dos contratos públicos e o regime aplicável à execução da generalidade dos contratos administrativos. Tendo, entretanto, aquelas diretivas sido revogadas pela aprovação de três novas diretivas aplicáveis aos procedimentos de formação dos contratos de concessão¹⁴, de aquisição de bens, obras e serviços nos setores clássicos¹⁵, e de aquisição de bens obras e serviços nos setores especiais¹⁶, as quais teriam que ser transpostas até 18 de abril de 2016, iniciou-se um processo de reforma do CCP que neste momento ainda não se encontra concluído¹⁷.

As regras que regem a formação dos contratos públicos visam que a sua constituição respeite princípios como os da igualdade, da leal concorrência, da imparcialidade, da proporcionalidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, parâmetros que reconhecidamente devem presidir às tramitações procedimentais pré-contratuais neste tipo de contratos.

Pretende-se evitar com as apertadas regras que disciplinam a formação dos contratos públicos que as entidades que não suportam totalmente os riscos económicos das suas atividades possam adotar critérios discriminatórios na formação dos seus contratos e na escolha dos cocontratantes, vinculando-as a adotar comportamentos que se orientem por critérios de pura racionalidade económica.

O âmbito de aplicação da disciplina dos contratos públicos é aparentemente delimitado por um critério subjetivo de grande amplitude — o regime de contratação pública estabelecido na parte II do presente Código (o CCP) é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código (artigo 1.º, n.º 2, do CCP). Porém, o legislador, após ter definido no artigo 2.º quem eram as entidades adjudicantes, nos preceitos seguintes exibe um puzzle em peças, constituído por extensões e restrições de ordem subjetiva e objetiva que configuram um critério misto de alguma complexidade.

A NAV Portugal, E. P. E., é uma empresa pública que integra o setor público empresarial, cujo regime se encontra hoje plasmado no Decreto-Lei n.º 74/2003, de 16 de abril, pelo que não está abrangida pelo primeiro círculo delimitativo das entidades adjudicantes desenhado no artigo 2.º, n.º 1, do CCP¹⁸, mas que se situa indiscutivelmente na área do segundo círculo destas entidades traçado pelo n.º 2, a), do mesmo preceito legal, que considera entidades adjudicantes, para efeitos de aplicação do regime da contratação pública, quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada, tenham

sido criadas especificamente para satisfazer necessidade de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja atividade se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência (i); e sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada por aquelas entidades (ii). Os requisitos constantes das duas subalíneas da transcrita alínea a) são de verificação cumulativa, mas as três situações fácticas de existência de um controlo por parte das entidades adjudicantes elencadas no n.º 1, do artigo 2.º, descritas na segunda subalínea (ii), são de verificação alternativa¹⁹.

Na verdade, a NAV Portugal, E. P. E., é uma pessoa coletiva sujeita ao controlo do Governo (artigos 13.º e 14.º, dos Estatutos da NAV) e cujos titulares dos órgãos de direção e fiscalização são por este nomeados (artigo 5.º, n.º 1, e 11.º, n.º 2, dos Estatutos da NAV), tendo sido criada para assegurar o serviço público de apoio à navegação aérea civil, designadamente a gestão do tráfego aéreo em todas as suas vertentes, e o desenvolvimento, instalação, gestão e exploração dos inerentes sistemas de comunicações, navegação, vigilância e infraestruturas associadas (artigo 3.º, n.º 1, dos Estatutos da NAV), o qual é exercido em regime de monopólio e satisfaz necessidades coletivas da comunidade, estando por isso subtraído à lógica do mercado e da concorrência.

Apesar da NAV Portugal, E. P. E., ser considerada uma entidade adjudicante, uma vez que está abrangida pela qualificação efetuada pelo n.º 2, do artigo 2.º, do CCP, há que tomar em consideração a restrição do âmbito de aplicação do regime legal da contratação pública de ordem objetiva constante do n.º 2, do artigo 6.º, do CCP, que determina que a Parte II do CCP só é aplicável aos contratos cujo objeto inclua prestações típicas dos contratos enumerados nas alíneas do n.º 1, do artigo 6.º, do CCP, o que apenas abrange os contratos de empreitadas de obras públicas (a), de concessão de obras públicas (b), de concessão de serviços públicos (c), de locação ou aquisição de bens móveis (d), de aquisição de serviços (e).

Não incluindo o acordo de cooperação que a NAV Portugal, E. P. E., pretende celebrar com outras congéneres de cinco países europeus, que lhe facultará a adesão à Coopans Alliance, a vinculação a prestações típicas de qualquer um destes contratos, está aquele fora do âmbito de aplicação das regras estabelecidas pelo CCP para a formação dos contratos públicos.

E, apesar de poder considerar-se que a NAV Portugal, E. P. E., desenvolve uma atividade que se inclui no setor especial dos transportes, nos termos previstos no artigo 9.º, n.º 1, b), ii)²⁰, do CCP, (no apenso X da Diretiva 2004/17/CE, de 31 de março, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais a NAV Portugal, E. P. E., figurou, expressamente, ao lado da ANA, Aeroportos de Portugal, S. A., e da ANAM — Aeroportos e Navegação Aérea da Madeira, S. A., na lista de entidades adjudicantes portuguesas no domínio das instalações aeroportuárias), tal classificação não altera a anterior conclusão.

Na verdade, quando o artigo 12.º do CCP dispõe que à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º que exerçam atividade nos setores dos transportes são aplicáveis as regras especiais previstas no CCP, relativas à formação dos contratos a celebrar pelas entidades adjudicantes mencionadas no n.º 1 do artigo 7.º, desde que esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou a várias dessas atividades, submete as entidades abrangidas pelo artigo 2.º, n.º 2, do CCP, onde se integra a NAV Portugal, E. P. E., ao regime especial de contratação previsto no CCP para as entidades adjudicantes do artigo 7.º deste diploma, mas apenas relativamente aos contratos celebrados por estas entidades a que se aplica tal regime e não a todo e qualquer contrato celebrado pelas entidades incluídas no artigo 2.º, n.º 2, do CCP, que diga respeito às atividades dos setores especiais²¹.

Esta leitura do artigo 12.º do CCP revela-se conforme com o âmbito de aplicação da Diretiva 2004/17/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais que, relativamente ao âmbito de aplicação das regras sobre a formação dos contratos por ela estabelecidas, não efetua qualquer distinção entre os contratos celebrados pelas entidades referidas no artigo 2.º, n.º 2, do CCP, e as entidades abrangidas pelo artigo 7.º do mesmo diploma.

Assim sendo, para que sejam aplicadas as regras especiais previstas para a formação dos contratos celebrados pelas entidades abrangidas pelo artigo 7.º do CCP, aos contratos outorgados pelas entidades referidas no artigo 2.º, n.º 2, do mesmo diploma, onde se insere a NAV

Portugal, E. P. E., segundo o artigo 11.º, n.º 1, do CCP, é necessário que:

a) Esses contratos digam direta e principalmente respeito a uma ou a várias das atividades por elas exercidas nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais;

e, cumulativamente,

b) O objeto desses contratos abranja prestações típicas dos seguintes contratos:

i) Empreitada de obras públicas cujo valor seja igual ou superior ao referido na alínea b) do artigo 16.º da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março;

ii) Concessão de obras públicas;

iii) Concessão de serviços públicos;

iv) Locação ou aquisição de bens móveis cujo valor seja igual ou superior ao referido na alínea a) do artigo 16.º da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março.

v) Aquisição de serviços cujo valor seja igual ou superior ao referido na alínea a) do artigo 16.º da Diretiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março.

Se, relativamente ao requisito imposto na transcrita alínea a), o acordo de cooperação a celebrar pela NAV Portugal, E. P. E., com os demais membros da Coopans Alliance, se inclui na atividade por ela exercida no setor especial dos transportes, o mesmo já não sucede quanto ao preenchimento do requisito da alínea b), uma vez que esse acordo não inclui qualquer prestação típica dos modelos contratuais aí taxativamente enumerados.

Não se encontrando este acordo abrangido pela previsão extensiva constante do n.º 2, do artigo 11.º, do CCP, aplicável às atividades do setor especial dos transportes²², está também afastada a aplicação das regras especiais previstas para a formação dos contratos celebrados pelas entidades abrangidas pelo artigo 7.º do CCP ao acordo de cooperação que a NAV Portugal, E. P. E., pretende celebrar com os demais membros da Coopans Alliance, o que exclui este acordo das regras da contratação pública previstas no CCP.

Além das restrições constantes dos artigos 6.º, n.º 2, e 11.º, n.º 1, do CCP, excluem o acordo de cooperação em análise do âmbito de aplicação das regras da contratação pública, tal desfecho sempre resultaria também da cláusula geral constante do artigo 5.º, n.º 1, do CCP, que afasta a aplicação da parte II do CCP da formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes, cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação. Relativamente a prestações que não podem ser submetidas à concorrência de mercado, porque este não existe, não faz sentido a adoção de um procedimento que está precisamente destinado à promoção da concorrência.

Um mero acordo de cooperação celebrado entre ANSP's de Estados membros da UE, que visa essencialmente o desenvolvimento de sistemas ATM comuns, incluindo questões de harmonização operacional, contactos com fornecedores, a participação no programa Céu Único Europeu e a candidatura conjunta a fundos públicos, respeita a prestações estranhas a qualquer mercado concorrencial.

Se é verdade que existem outras parcerias entre ANSP's, como a iTEC que agrupa as ANSP's de Espanha, Alemanha e Reino Unido, a Coflight que agrupa as ANSP's da França, Itália e Suíça, ou a B4 que associa as ANSP's da República Checa, Lituânia, Polónia e Eslováquia, as quais têm por objetivo idênticas formas de cooperação, a sua atividade não se enquadra numa lógica de mercado, não sendo concorrentes.

Daí que, em qualquer caso, a adesão da NAV Portugal, E. P. E., estaria sempre fora do âmbito da aplicação das regras de formação dos contratos públicos contidas no CCP, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, deste diploma.

Como o pretendido acordo de cooperação horizontal ou não institucionalizada entre entidades públicas transnacionais não inclui prestações suscetíveis de estarem submetidas à concorrência do mercado, é irrelevante a questão do atual texto do CCP se limitar, no n.º 2, do artigo 5.º, a afastar do seu âmbito de aplicação os denominados contratos de cooperação vertical, não prevendo a possibilidade de exclusão dos acordos de cooperação horizontal²³.

5 — Da aquisição do Sistema de Gestão de Tráfego Aéreo, designado por “TopSky” pela NAV Portugal, E. P. E., à Thales Air System, SAS.

Além da adesão à Coopans Alliance, a NAV Portugal, E. P. E., pretende adquirir à Thales Air System, SAS, um novo Sistema de Gestão de Tráfego Aéreo, designado por *TopSky*. O contrato a celebrar, atento o

objeto da aquisição, traduz-se no fornecimento do *software* e do *hardware* do sistema ATM, sua instalação e manutenção, contra o pagamento de um preço, o que envolve prestações típicas dos contratos de compra e venda, empreitada e prestação de serviços, em sentido estrito.

Estando todas estas prestações abrangidas pela previsão do artigo 6.º, n.º 1, do CCP, nas suas alíneas *a)*, *d)* e *e)*, já não é aplicável a exclusão do âmbito de aplicação da parte II do CCP, consagrada no n.º 2, do mesmo artigo, assim como, estando previstas tais prestações nas subalíneas *i)*, *iv)* e *v)*²⁴, do artigo 11.º, n.º 1, do CCP, ser-lhe-iam aplicáveis, nos termos do artigo 12.º do CCP, as regras especiais previstas para a formação dos contratos celebrados pelas entidades abrangidas pelo artigo 7.º do CCP, dado a NAV Portugal, E. P. E., poder ser classificada como uma entidade adjudicante no setor dos transportes, como acima se verificou.

No entanto, há que considerar que a adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance impõe necessariamente a contratação da aquisição do mesmo sistema ATM que já dispõem os parceiros deste acordo à Thales Air System, SAS.

Nos pontos 1. e 3. do *MoU*, acima transcritos, logo se ressalta a importância na Coopans Alliance do desenvolvimento, em cooperação, do sistema ATM COOPANS, comum a todas as ANSP's que a integram, de forma a proporcionar benefícios de eficiência, de custos, segurança, capacidade e desempenho ambiental, e a indicação de que o fornecedor desse sistema é a Thales Air System, SAS, seu parceiro estratégico.

A imprescindibilidade desse dado é reforçada na *Coopans ATM System Agreement*, o qual tem como primeiro considerando que *os Parceiros têm vindo a cooperar há já vários anos na especificação e contratação conjunta para o desenvolvimento e lançamento dos seus sistemas centrais ATM ao abrigo dos termos do Contrato COOPANS e de alguns acordos-quadro celebrados entre os Parceiros e o respetivo fornecedor do sistema ATM Thales, em particular o Acordo-quadro alterado e reformulado N.º 042-09 e respetivas Alterações n.º 1, n.º 2, n.º 3 e n.º 4 ("ARCFA")*.

E nesse mesmo acordo estabelece-se que os parceiros se obrigam a cumprir as obrigações que se estabelecem no ARCFA (ponto 6 (2) (a) do *Coopans ATM System Agreement*).

Ora o ARCFA, como já acima se descreveu, é a designação abreviada do *Amended and Restated Coopans Framework Agreement*, outorgado entre os cinco parceiros da Coopans Alliance, por um lado, e a empresa Thales Air System, SAS, como contraparte, tendo o mesmo como conteúdo os direitos e obrigações que regem as relações contratuais entre os membros da Coopans Alliance e a Thales Air System, SAS, no que respeita ao desenvolvimento e atualização do sistema ATM comum por esta fornecido àqueles.

Do descrito resulta que é uma condição necessária de adesão à Coopans Alliance a aquisição à Thales Air System, SAS, de um sistema ATM idêntico ao que é já utilizado pelos demais parceiros desta aliança e em termos que se encontram condicionados pelo ARCFA.

Daí que não seja possível à NAV Portugal, E. P. E., por um lado, aderir à Coopans Alliance, subscrivendo os acordos de cooperação que a compõem e, por outro lado, contratar uma outra empresa que não a Thales Air System, SAS, para aquisição, instalação, manutenção, desenvolvimento e atualização do sistema ATM.

Assim sendo, verifica-se que existe uma dependência existencial e funcional entre os dois contratos aqui em análise, estando a celebração dos acordos de cooperação com as ANSP's da Coopans Alliance, dependente da celebração de um contrato de aquisição à Thales Air System, SAS, de um sistema ATM idêntico ao já utilizado por aquelas e obedecendo parcialmente, no que respeita às prestações de assistência, desenvolvimento e atualização do sistema, a condições já previamente fixadas no ARCFA.

Será que este quadro de dependência negocial é suficiente para excluir a celebração do contrato de aquisição de um sistema de gestão de tráfego aéreo pela NAV Portugal, E. P. E., da aplicação das regras da formação dos contratos públicos constantes da parte II do CCP?

Como já acima vimos o artigo 5.º, n.º 1, do CCP, dispõe:

A parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação.

Apesar do disposto nos artigos 6.º, n.º 1 e 2, e 12.º do CCP, já acima analisados, e ainda no artigo 16.º, n.º 2, do CCP, onde se determina para efeitos de adoção dos procedimentos de formação dos contratos públicos previstos na Parte II daquele diploma, que se consideram submetidos à concorrência de mercado as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos contratos de empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bem móveis, aquisição de serviços e sociedade, independentemente da sua

designação ou natureza, isso não impede que contratos que estipulem alguma ou algumas destas prestações possam ser excluídos do âmbito de aplicação daquelas regras, ao abrigo do disposto no artigo 5.º, n.º 1, do CCP²⁵.

A cláusula geral excludente contida neste último preceito aplica-se a todos os contratos celebrados por entidades adjudicantes, independentemente destes incluírem ou não uma ou mais prestações típicas dos contratos enumerados nas diversas alíneas dos artigos 6.º, n.º 1, 11.º, n.º 1, e 16.º, n.º 2, todos do CCP.

Ora, relativamente ao contrato de aquisição de um sistema ATM que a NAV Portugal, E. P. E., pretende concluir, apesar de estarmos perante um negócio que inclui prestações típicas dos contratos enumerados nos artigos 6.º, n.º 1, 11.º, n.º 2, e 16.º, n.º 2, do CCP, constata-se que a sua opção de aderir à Coopans Alliance, firmando um contrato de cooperação com cinco congêneres europeias, condiciona, inelutavelmente, não só a escolha do equipamento a adquirir, mas também a empresa fornecedora e mesmo alguns dos termos do contrato a outorgar, pelo que a aquisição de um sistema ATM por aquela empresa pública, conjugada com a opção de adesão à Coopans Alliance, não está nem é suscetível de estar subordinada à concorrência do mercado.

A decisão de adesão da entidade adjudicante à Coopans Alliance impede que o sistema ATM a adquirir seja diverso daquele que os membros dessa parceria já possuem, assim como impede que a empresa fornecedora não seja aquela que produz esse sistema ATM e que, enquanto fornecedora, em exclusividade, é parceira estratégica da Coopans Alliance.

Não estando nós perante um ato fundador de um consórcio de entidades, tendo por finalidade a celebração, em melhores condições, de contratos sujeitos à concorrência com terceiros prestadores, em que se imporia a sua seleção de acordo com os princípios da livre e leal concorrência, mas sim perante uma adesão a um acordo de cooperação já em execução e que já procedeu à escolha do cocontraente²⁶ não é possível impor à entidade aderente o cumprimento das regras que traduzem a observância desses princípios.

Não havendo possibilidade de escolha do produto a adquirir e do seu fornecedor no quadro da adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance, tal contrato, atendendo ao contexto da sua formação, não está, nem é suscetível de estar submetido à concorrência do mercado, pelo que estamos perante a existência de um quadro negocial que envolve a formação de um contrato de aquisição de um bem e que determina a inviabilidade da sua submissão à concorrência de mercado.

Como vimos, o artigo 5.º, n.º 1, do CCP, admite que a parte II desse Código não se aplique precisamente quando o contrato a celebrar por uma entidade adjudicante não esteja nem seja suscetível de estar submetido à concorrência de mercado *em razão do contexto da sua formação*.

Contudo, há que ter presente que o facto que está na origem da situação de inevitabilidade das condições contratuais, geradora da impossibilidade de concorrência, ou seja, o contexto que a inviabiliza, é um ato voluntário da entidade adjudicante — a adesão à Coopans Alliance —, pelo que, a admitir-se, nestas situações, a aplicação do artigo 5.º, n.º 1, do CCP, sem mais, estaria aberto o caminho para a construção artificial de quadros negociais complexos, geradores de situações, como a presente, em que a escolha do cocontratante e do bem a adquirir fica completamente condicionada.

Para que, objetivamente, o contexto condicionador seja idóneo para justificar a aplicação da cláusula geral de exclusão contida no artigo 5.º, n.º 1, do CCP, em casos como o presente, deve exigir-se que o acordo de cooperação a que se adere não tenha como objetivo único ou dominante a aquisição, manutenção, desenvolvimento ou atualização do bem a adquirir e que a adesão a esse acordo se pautar por considerações relativas ao interesse público que preside à atividade desenvolvida pela entidade adjudicante, não podendo a razão determinante dessa adesão ser precisamente a aquisição, manutenção, desenvolvimento ou atualização do bem a adquirir.

Na verdade, se um acordo de cooperação já em execução tem como único ou principal objeto a aquisição, manutenção, desenvolvimento ou atualização de um determinado bem por um determinado fornecedor, a adesão a tal acordo, com a necessária aquisição desse bem nas condições pré-estabelecidas no acordo de cooperação, resultará, inevitavelmente, numa escolha discricionária e discriminatória pela entidade adjudicante do bem a adquirir e do seu fornecedor, infratora dos princípios que presidem à formação dos contratos públicos, como os da igualdade, da leal concorrência, da imparcialidade e da transparência.

Já se, no acordo de cooperação, as prestações relativas ao bem cuja aquisição é condição da adesão a esse acordo, não assumem um cariz dominante, tendo antes um papel meramente instrumental relativamente a outros objetivos prosseguidos com a cooperação instituída, a opção de adesão pode encontrar nesses objetivos a sua justificação, sendo este um contexto que é suscetível de preencher a causa de exclusão prevista

no artigo 5.º, n.º 1, do CCP, desde que a tal opção presidam as tais considerações relativas ao interesse público que se encontra subjacente à atividade desenvolvida pela entidade adjudicante, não podendo a razão determinante da adesão ser precisamente a aquisição, a manutenção, o desenvolvimento ou atualização

Estamos perante requisitos objetivos e subjetivos que conciliam os diferentes interesses em jogo, designadamente os que norteiam a atividade de interesse público desenvolvida pela entidade adjudicante e os que presidem às exigências da livre concorrência, cuja verificação impedirá que a adesão ao acordo de cooperação tenha como finalidade a fuga às regras que regem a formação dos contratos públicos.

Ora, no caso que é objeto do presente parecer, o acordo de cooperação a que se pretende aderir, não tem apenas como desiderato a aquisição ou posterior assistência, desenvolvimento ou atualização, em melhores condições, de um sistema ATM, tendo também outros objetivos que ultrapassam o mero fornecimento ou acompanhamento posterior daquele bem e a prestação de serviços conexos. Conforme consta do MoU, os parceiros da Coopans Alliance, já realizaram as seguintes ações em cooperação:

- obtiveram a adesão conjunta da “Aliança de Lançamento SESAR” (SDA) e tomaram disposições para a nomeação da SDA pela Comissão Europeia como Diretor de Execução do SESAR celebrando o “Acordo do Consórcio da Aliança de Lançamento do SESAR” (SDA CA) em vigor a partir de 26 de fevereiro de 2015, do “Acordo de Cooperação Interna para o Acordo-quadro de Parceria de Lançamento do SESAR”, e o “Acordo-quadro de Parceria de Lançamento do SESAR (FPA)” no dia 5 de dezembro de 2014;

- apresentaram um pedido conjunto para adesão ao SESAR e subseqüentemente uma proposta para a participação no programa de trabalho SESAR (SESAR 2020) e estão preparados para celebrar outros acordos estabelecendo a adesão ao SESAR e respetiva participação no SESAR 2020;

- obtiveram a adesão conjunta do “Grupo A6” ao assinarem no dia 1 de julho de 2015 o Memorando de Cooperação do Grupo A6, tendo em vista a participação nas atividades do Grupo A6 relacionadas com o Diretor de Execução do SESAR e o SESAR 2020;

- apresentaram candidaturas conjuntas ao INEA Call 2014, quer diretamente quer através do Diretor de Execução do SESAR (SDM), e prepararam indicações interessantes para o INEA Call 2015;

- celebraram conjuntamente um Memorando de Cooperação com a Direction des Services de la Navigation Aérienne (DSNA) no dia 10 de março de 2015 para estabelecer um quadro formal de cooperação com a DSNA para o “Projeto de Convergência entre Sistemas ATM DSNA e COOPANS (CODACAS)”.

Verifica-se, pois, que a cooperação existente na Coopans Alliance incide também no acompanhamento e participação influente no programa da União Europeia denominado Céu Único Europeu, designadamente no SESAR 2020, nas atividades do Grupo A6 em conformidade com a cláusula 2.2.5 do MoC do Grupo A6 (SESAR 2020 e SESAR DM) e na candidatura conjunta a fundos comunitários, pelo que a obrigatoriedade de, neste caso, se observarem os procedimentos constantes da parte II do CCP na aquisição do sistema ATM, poderá colocar em risco a possibilidade da NAV Portugal, E. P. E., poder beneficiar destas concretas parcerias estratégicas.

No que respeita à candidatura a fundos comunitários ela assume-se expressamente no ponto 5. (1) c) do *Coopans ATM System Agreement* como um mero objetivo acessório da Coopans Alliance.

Mas, se é verdade que inicialmente o desenvolvimento e atualização do sistema ATM comum foi, senão o único, o objetivo dominante da Coopans Alliance, as posteriores atividades desenvolvidas no acompanhamento e participação ativa nos programas de unificação europeia na área do controle do tráfego aéreo parecem ter assumido uma relevância que não permite a este Conselho, atentas as suas limitações no apuramento das questões de facto, emitir um juízo seguro sobre se aquele objetivo inicial se mantém ou não como razão predominante da cooperação estabelecida entre as cinco ANSP's que atualmente integram aquela aliança.

E quanto à necessidade da opção da adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance se fundar em razões atinentes ao interesse público perseguido com a atividade daquela empresa, constata-se que, da análise do ordenamento jurídico europeu, no âmbito do programa SES, existe um nítido interesse público europeu, na cooperação entre os seus Estados e as respetivas ANSP's, com vista à criação de um espaço aéreo operacional integrado ao nível europeu, sendo fundamental nesse longo caminho uma fase de cooperação parcelar, o que inclui a existência de acordos de parceria entre ANSP's.

Como se anunciou desde logo no “Regulamento de interoperabilidade” de implementação do programa *Single European Sky*, o Regu-

lamento n.º 552/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março, interessa a todos os envolvidos na gestão do tráfego aéreo o desenvolvimento de uma nova abordagem de parceria que permita o envolvimento equilibrado de todos e estimule a criatividade, bem como a partilha de conhecimentos, experiências e riscos. Esta parceria deve destinar-se a definir, juntamente com a indústria, um conjunto coerente de especificações comunitárias capazes de satisfazer uma gama de necessidades o mais ampla possível (Considerando 7.). Ou como, mais tarde, se afirmou, no Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a realização e os progressos do Céu Único Europeu no período 2012-2014, elaborado em 16 de dezembro de 2015: *a tecnologia será provavelmente o motor principal do desenvolvimento do SES nas próximas duas décadas. No entanto, tal depende de uma organização mais eficiente dos serviços de navegação aérea, com base em parcerias setoriais, e da introdução de novas medidas destinadas a reduzir a fragmentação do espaço aéreo europeu. O setor deveria desempenhar um papel mais eficaz na implantação de soluções orientadas para a rede e de serviços comuns e virtuais.*

Estamos, pois, num domínio muito particular, em que a importância e o específico relevo público da cooperação estratégica com congéneres da entidade adjudicante pode credibilizar o contexto negocial inviabilizador da suscetibilidade de um negócio de aquisição de um sistema ATM estar sujeito à concorrência de mercado.

Porém, se é discernível no quadro legislativo europeu um interesse público na cooperação de todas as entidades intervenientes na gestão do tráfego aéreo, o mesmo já não sucede relativamente à concreta adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance.

Perante a existência de vários acordos de cooperação entre as diferentes ANSP's dos Estados membros, o ordenamento legal europeu e nacional não fornece qualquer indicação sobre a existência de um qualquer interesse na adesão da ANSP portuguesa à Coopans Alliance.

Na verdade, não deixando de prosseguir o assumido interesse público europeu de construção de um “céu único”, a NAV, E. P. E., poderá aderir a qualquer um dos vários acordos de cooperação já estabelecidos entre ANSP's, assim como poderá promover com outras ANSP's não-alinhadas a formação de um novo acordo de cooperação.

As razões que poderão determinar um interesse público dirigido para a concreta adesão à Coopans Alliance serão de ordem técnica, estratégica e económica, as quais escapam à área de competência de apreciação do Conselho Consultivo, a qual se reconduz a um exame jurídico e predominantemente de legalidade das questões que lhe são colocadas, nos termos do artigo 37.º do Estatuto do Ministério Público.

Sendo a importância que os acordos que incidem sobre o bem a adquirir no universo da Coopans Alliance e a existência de um interesse público na adesão da NAV Portugal, E. P. E., ao acordo de cooperação Coopans Alliance, elementos decisivos para a subsunção do presente caso à previsão do artigo 5.º, n.º 1, do CCP, a pronúncia deste Conselho terá que ser necessariamente condicionada à verificação desses requisitos que aqui foram enunciados.

Assim, apenas não será aplicável o disposto na parte II do CCP à formação do pretendido contrato de aquisição pela NAV Portugal, E. P. E., do Sistema de Gestão de Tráfego Aéreo Topsky à Thales Systems, SAS, caso se verifique que a Coopans Alliance não tem como objeto dominante a assistência, desenvolvimento e atualização de um sistema ATM comum e que a adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance se funda em razões relativas ao interesse público que preside à atividade desenvolvida pela NAV Portugal, E. P. E., não podendo a razão determinante dessa adesão ser precisamente a aquisição, manutenção, desenvolvimento ou atualização do bem a adquirir.

Convém finalmente lembrar que, apesar de um contrato poder não estar sujeito aos procedimentos constantes da parte II do CCP, por força da aplicação da causa de exclusão prevista no artigo 5.º, n.º 1, deste diploma, não deixam de ser sempre aplicáveis à sua formação os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código de Procedimento Administrativo, conforme expressamente impõe o n.º 6, a), do mesmo artigo 5.º, além desse contrato poder estar sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 2.º, 5.º, n.º 1, c), 44.º, n.º 1, e 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.

6 — Conclusões

Considerando o pedido de parecer e o conteúdo da exposição acima efetuada, justifica-se formular as seguintes conclusões:

1.ª Mantendo a Coopans Alliance o figurino de entendimento que consta do texto atual do MoU e do *Coopans ATM System Agreement*, a adesão da Navegação Aérea de Portugal — NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance traduzir-se-á num acordo de cooperação celebrado com as cinco ANSP's que atualmente a integram.

2.ª A celebração desse acordo de adesão, nessas condições, está fora do âmbito de aplicação das regras de formação dos contratos públicos contidas na parte II do Código de Contratos Públicos.

3.ª É uma condição necessária de adesão à Coopans Alliance a aquisição à Thales Air Systems, SAS, de um sistema ATM idêntico ao que já é utilizado pelos demais parceiros desta aliança.

4.ª A adesão por uma entidade adjudicante a um acordo de cooperação já em execução, cujos termos condicionam totalmente a escolha por essa entidade de um bem a adquirir, o seu fornecedor e até alguns dos termos do contrato, configura um contexto que determina que o fornecimento desse bem não esteja nem seja suscetível de estar sujeito à concorrência de mercado.

5.ª Para que o contexto condicionador seja idóneo para justificar a aplicação da cláusula geral de exclusão contida no artigo 5.º, n.º 1, do CCP, em casos como o presente, é exigível que o acordo de cooperação a que se adere não tenha como objeto dominante a aquisição ou posterior assistência, desenvolvimento ou atualização do bem a adquirir, e que a adesão a esse acordo se pautar por considerações relativas ao interesse público que preside à atividade desenvolvida pela entidade adjudicante, não podendo a razão determinante dessa adesão ser precisamente a aquisição, assistência, desenvolvimento ou atualização do bem a adquirir.

6.ª No caso que é objeto do presente parecer, o acordo de cooperação a que se pretende aderir, não tem apenas como objeto a aquisição ou posterior assistência, desenvolvimento ou atualização, em melhores condições, de um sistema ATM, tendo também outros objetivos que ultrapassam o mero fornecimento daquele bem e a prestação de serviços conexos, não sendo possível ao Conselho Consultivo, por se tratar de questão de facto, emitir um juízo sobre se aquela primeira área de cooperação é a dominante.

7.ª E, se existe um nítido interesse público europeu na cooperação entre os seus Estados e as respetivas ANSP's, com vista à criação de um espaço aéreo operacional integrado ao nível europeu, sendo fundamental nesse caminho uma fase de cooperação parcelar, onde se inclui a existência de acordos de parceria entre ANSP's, já não é detetável, na ordem jurídica europeia ou nacional, um interesse público na concreta adesão da ANSP portuguesa à Coopans Alliance.

8.ª As razões que poderão determinar esse interesse serão de ordem técnica, estratégica e económica, as quais igualmente escapam à área de competência de apreciação do Conselho Consultivo, a qual se reconduz a um exame jurídico e predominantemente de legalidade das questões que lhe são colocadas.

9.ª Daí que o quadro de dependência negocial referido na 3.ª conclusão apenas exclua a celebração do contrato de aquisição do sistema de gestão de tráfego aéreo pela Navegação Aérea de Portugal — NAV Portugal, E. P. E., à Thales Air System, SAS, da aplicação das regras da formação dos contratos públicos constantes da parte II do CCP, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, deste diploma, caso se verifique que a Coopans Alliance não tem como objeto dominante a assistência, desenvolvimento e atualização de um sistema ATM comum e que a adesão da NAV Portugal, E. P. E., à Coopans Alliance, se funda em motivações relativas ao interesse público que preside à atividade desenvolvida por aquela empresa, não sendo a razão determinante dessa opção a aquisição, assistência, desenvolvimento e atualização de um sistema ATM.

10.ª Em todo o caso, sempre serão aplicáveis a este contrato os princípios gerais da atividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código de Procedimento Administrativo e as relativas à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Este parecer foi votado na Sessão do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 25 de maio de 2017.

Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha — João Eduardo Cura Mariano Esteves (Relator) — Vinício Augusto Pereira Ribeiro — Maria Isabel Fernandes da Costa — Maria de Fátima da Graça Carvalho — Fernando Bento (Com declaração de voto) — Maria Manuela Flores Ferreira (Com voto de vencida) — Paulo Joaquim da Mota Osório Dá Mesquita (Com declaração de voto) — Eduardo André Folque da Costa Ferreira (Com voto de vencido).

(Fernando Bento)

Declaração de voto

Admito, como resulta do parecer, que ponderosas razões de interesse público determinantes da adesão a um acordo de cooperação possam justificar, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, a inaplicabilidade das regras da respetiva parte ii à aquisição de determinados bens ou serviços, desde que tal aquisição, impondo-se como absolutamente necessária, tenha natureza instrumental relativa-

mente à prossecução desse(s) interesse(s) público(s), não constituindo, assim, a razão determinante da adesão.

Os termos da consulta e a justificação que resulta do Memorando 003/2017 à mesma anexo parecem, todavia, apontar como objetivos essenciais da NAV, na adesão à Coopans Alliance, o de adquirir à Thales Air Systems, SAS, o sistema de gestão de tráfego Aéreo (sistema ATM) conjuntamente com os sistemas de torre para os quatro principais aeroportos (Lisboa, Porto, Faro e Funchal), bem como o de partilhar futuramente com os restantes membros de tal aliança os custos dos desenvolvimentos futuros do sistema ATM.

Resulta, com efeito, de tal memorando [alínea c)] que a prossecução de outros objetivos de interesse público no seio da aliança é encarada como assumindo natureza meramente *complementar* no confronto com aqueles dois objetivos primariamente visados (aí se refere que «...no caso da COOPANS, *complementarmente*»²⁷, assegurará a Portugal e à NAV o acesso a relevantes centros de decisão do Programa SESAR, do Céu Único Europeu»).

Aliás, conforme parece decorrer da alínea b) do mesmo memorando, a NAV aponta a adesão à Coopans Alliance como uma entre *várias opções disponíveis* para a aquisição do sistema ATM, considerando-a, em concreto, mais vantajosa no confronto com outras duas que indica (a entrada no consórcio ITEC ou a aquisição mediante procedimento concursal), aquisição essa que, face aos dados da consulta, não parece ter qualquer relação de instrumentalidade com respeito aos demais objetivos *complementares* a prosseguir no seio da Coopans Alliance.

Não resultam, pois, dos dados da consulta elementos que permitam subsumir a situação exposta à previsão do artigo 5.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

Sucede, por outro lado, que a adesão da NAV à Coopans Alliance apenas parece ter como pressuposto necessário a aquisição à Thales Air Systems, SAS, do sistema ATM *en route*, não impondo a aquisição a tal empresa dos sistemas de torre para os aeroportos de Lisboa, Porto, Faro e Funchal. Conforme decorre do ponto 1.5 do relatório da HELIOS constante do processo, é possível contratar o sistema da torre separado do sistema ATM *en route*, embora haja conveniência, por razões várias, na respetiva contratação conjunta.

Assim, mesmo que se viesse a considerar aplicável o regime do artigo 5.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos à aquisição pela NAV do sistema ATM *en route*, em razão da sua adesão à Coopans Alliance, tal não determinaria, só por si, a aplicação do mesmo normativo à aquisição dos sistemas de torre.

(Maria Manuela Flores Ferreira)

Voto de Vencida

Votei parcialmente vencida, face, em particular, à matéria das conclusões 4.ª, 5.ª e 9.ª, pelas razões que a seguir, sinteticamente, se expõem.

Considerando o objeto do contrato de aquisição de um sistema de gestão de tráfego aéreo, as regras da contratação pública, constantes da parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP), não podem ser afastadas por protocolo/acordo/contrato.

Por outro lado, afigura-se-me demasiado generosa a interpretação do n.º 1 do artigo 5.º do CCP, no segmento “do contexto da sua própria formação”, que é feita no parecer.

A razão de ser da norma do referido n.º 1 do artigo 5.º do CCP, partindo da conexão indissociável entre as regras relativas à contratação pública e as regras relativas à defesa e promoção da concorrência, é a de que, onde não existir nem puder existir concorrência, não há por que aplicar o CCP.

Com efeito, de acordo com aquela estatuição normativa, a não aplicação da parte II do CCP depende de o contrato a celebrar:

1) Ser celebrado por entidades adjudicantes;
2) O seu objeto abranger prestações que não estão nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência do mercado, designadamente:

- i)* em razão da sua natureza ou das suas características,
- ii)* da posição relativa das partes no contrato,
- iii)* ou do contexto da sua própria formação.

Assim, para não ser de aplicar a parte II do CCP, tem de tratar-se de uma situação em que não é possível funcionar a concorrência.

Não me merece, pois, concordância a densificação da norma contida no n.º 1 do artigo 5.º elaborada no parecer, isto é, não bastará que o *acordo de cooperação* que está na génese da contratação a realizar não tenha como objeto dominante a celebração do contrato de aquisição de bens e/ou serviços.

Em suma, no caso sob consulta, e de acordo com os dados disponíveis, entendendo não haver fundamento para afastar as regras da contratação pública.

(Paulo Joaquim da Mota Osório Dá Mesquita)

Declaração de Voto

Voto o parecer concordando com as respetivas conclusões e, em particular, com as exigências densificadas nas conclusões 5.ª e 9.ª para se poder considerar que um contrato de aquisição não está sujeito às regras da contratação pública, a questão central suscitada pela entidade consulente²⁸.

Também se preconiza a perspetiva, determinante das 6.ª e 8.ª conclusões, segundo a qual o Conselho Consultivo na presente sede, relativa à emissão de «parecer restrito a matéria de legalidade» a solicitação do Governo, nos termos da alínea a) do artigo 37.º do Estatuto do Ministério Público, carece de legitimidade para o desenvolvimento de qualquer investigação autónoma sobre matéria de facto.

Sem embargo, a fundamentação da consulta revela que o objetivo assumido pela NAV Portugal, EPE em prol da adesão ao *Coopans ATM System Agreement* se centra na aquisição e desenvolvimento do sistema de gestão de tráfego da Thales Air System, SAS. Desta forma, a NAV Portugal, EPE assume um pressuposto de facto (cujo escrutínio e comprovação não incumbem a este conselho) que, não sendo infirmado, permite sustentar inferências epistemológicas relevantes para a aplicação da doutrina deste parecer.

Pelo que, confrontando a doutrina do parecer com os fundamentos apresentados pela NAV Portugal, EPE em prol da adesão ao *Coopans ATM System Agreement*, constato que a aquisição do sistema de gestão de tráfego à Thales Air System, SAS não pode ser excluída da aplicação das regras sobre formação dos contratos públicos²⁹.

(Eduardo André Folque da Costa Ferreira)

Declaração de Voto de Vencido

§1.º Considero haver uma contradição insanável entre as conclusões 2.ª e 3.ª, pois o denominado contrato de adesão contém, na sua base negocial, a aquisição de um sistema ATM igual ao que foi adquirido pelos demais parceiros da COOPANS ALLIANCE, denominado TOPSKY, de tal sorte que os dois contratos não se encontram simplesmente interligados nem coligados: o cumprimento do primeiro depende inelutavelmente do cumprimento do segundo.

Por outras palavras, a aquisição do sistema ATM à Thales Systems, SAS, antes ou depois da adesão, é pressuposto essencial do cumprimento das obrigações constituídas com a admissão à COOPANS ALLIANCE.

Não se pode ingressar na COOPANS ALLIANCE sem se dispor de um sistema ATM fornecido pela Thales Systems, SAS, e com características idênticas aos sistemas já adquiridos pelos atuais membros do agrupamento: a Austro Control (Áustria), a Luftfarsverket — LFV (Suécia), a Naviar (Dinamarca), a Irish Aviation Authority — IAA (Irlanda) e a Croatia Control Ltd. — CCL (Croácia).

Trata-se, por conseguinte, de uma *união de dois contratos públicos* e em que, entre ambos, se manifesta um laço de dependência, porquanto a admissão da NAV Portugal, E. P. E., à COOPANS ALLIANCE pressupõe a aquisição de um sistema TOPSKY à Thales Systems, SAS.

Dependência apenas unilateral, segundo o ensino de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES³⁰, pois se a denominada cooperação com as congêneres só faz sentido para explorar o mesmo produto, já nada impediria a adjudicação do referido sistema ATM antes de ingressar na COOPANS ALLIANCE.

Como tal, a meu ver, pouco importa descortinar na economia do contrato de adesão qual é o seu objeto dominante ou essencial; pouco interesse tem apurar se o motivo determinante da sua celebração é a mera cooperação com outros adquirentes do mesmo sistema ATM ou obter condições particularmente vantajosas na adjudicação à Thales Systems, SAS.

Se o contrato com a COOPANS ALLIANCE subordina a NAV Portugal, E. P. E., à adjudicação de bens e serviços a um determinado operador, ele não pode ser qualificado como mero acordo de cooperação.

Logo, não creio poder afirmar-se que o acordo de adesão da NAV Portugal, E. P. E., ao grémio de algumas congêneres europeias, seja

subsumível ao disposto no artigo 5.º, n.º 1, do CCP, por se limitar a atividades de cooperação:

«Artigo 5.º

(Contratação excluída)

1 — A parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação».

Esta norma poderia aplicar-se caso a NAV Portugal, E. P. E., tivesse já adquirido à Thales Systems, SAS, o sistema TOPSKY.

A inversa já não é verdadeira. É o facto de se aderir à COOPANS ALLIANCE que fomenta uma certa posição relativa às partes e cria um certo contexto de afinidade em torno de um determinado produto, a ponto de a sua aquisição se tornar inexorável.

E não se julgue que questão está na tipicidade das prestações enunciadas no artigo 16.º, n.º 2, do CCP, e que, por hipótese, impediriam aplicar a referida cláusula de exclusão.

Dispõe-se no artigo 16.º, n.º 2, do CCP, o seguinte:

«Artigo 16.º

(Procedimentos para a formação de contratos)

[...]

2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, consideram-se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objeto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza:

- a) Empreitada de obras públicas;
- b) Concessão de obras públicas;
- c) Concessão de serviços públicos;
- d) Locação ou aquisição de bens móveis;
- e) Aquisição de serviços;
- f) Sociedade. [...]

O enunciado deste preceito, a meu ver, apenas estabelece uma presunção *juris tantum* de sujeição às regras da concorrência, mas que certas normas permitem afastar³¹. É o caso dos artigos 4.º e 5.º ou das múltiplas disposições que admitem o ajuste direto ora por critérios de valor patrimonial ora por critérios substantivos (cf. artigo 24.º do CCP).

Insistimos: a questão diz antes respeito à circunstância de um contrato ser pressuposto do outro e desse outro não ter como furtar-se à Parte II do CCP.

Acresce que a designada adesão à COOPANS ALLIANCE não é mais do que um ajuste direto e que, por isso, não nos deve impressionar demasiado o emprego da expressão «adesão», de resto, importada do léxico dos contratos de massas e das cláusulas contratuais gerais e cujo contexto não podia ser mais díspar daquele que é próprio da contratação pública³².

Os contratos de adesão são marcados por necessidades do tráfego comercial, comprimindo a liberdade de estipulação dos consumidores e compensando-os por um controlo qualificado das cláusulas abusivas; os contratos públicos, pelo contrário, querem-se formados num procedimento o mais ponderado possível, conjugando concorrência e interesse público.

Muito menos deve impressionar-nos o elemento de cooperação entre as partes que é fruto ou consequência, mas não a causa do negócio.

A propósito do artigo 5.º, n.º 1, do CCP, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO³³ chama a atenção, justamente, para a necessidade de olhar sobretudo para a função do contrato e menos para aspectos formais e nominais:

«Uma entidade pública bem poderia dizer que um contrato que celebrou e pelo qual irá receber um serviço, serviço esse que irá remunerar ‘à peça’, é um mero protocolo de cooperação, não sujeito à concorrência: se a análise estrutural e global do conteúdo contratual revelar que há a prestação de uma atividade autónoma mediante a atribuição de uma remuneração que visa custear o serviço e conferir ao prestador uma margem de lucro, o contrato deve ser qualificado como um contrato público de serviços, sujeito por isso à parte II do CCP».

Entendo que a NAV Portugal, E. P. E., só pode tomar parte no agrupamento COOPANS ALLIANCE quando estiver em condições de assumir as obrigações e os encargos que resultam dessa iniciativa.

Além do pressuposto da aquisição do denominado TOPSKY, os demais compromissos estão bem longe da simples cooperação, posto que

ocorrem prestações típicas dos contratos onerosos e integradas numa relação jurídica duradoura.

Fazer parte da COOPANS ALLIANCE implica outorgar num acordo-quadro que os parceiros, todos eles possuidores do equipamento TOP-SKY, já outorgaram com a Thales Systems, SAS.

Assim, acorda-se um quadro de futuras encomendas para harmonização e definição de configurações, para integração/lançamento de configurações, ou de futuras encomendas para o lançamento conjunto de configurações e para manutenção conjunta de configurações.

Mais se acorda o fornecimento de atualizações do equipamento fornecido, além de alinhamentos para acompanhar alterações a normas internacionais, a atualização do *hardware* e *software* COTS, a dispensa pelo fornecedor de conhecimentos técnicos e o desenvolvimento comum da plataforma de referência para acesso reservado aos parceiros.

Em suma, fazer parte da COOPANS ALLIANCE representa um vínculo contratual com a Thales Systems, SAS, vínculo esse que, além de pressupor a aquisição do sistema ATM TOPSKY, obriga, por razões tecnológicas e porventura de propriedade industrial, a atribuir, em regime de exclusivo, a prestação de serviços de assistência e a aquisição de benfeitorias à adjudicatária.

Não cremos, pois, que o designado acordo de cooperação deva subsumir-se ao disposto no artigo 5.º, n.º 1, do CCP.

De todas as leituras que a doutrina tem produzido acerca do que seja um contrato sujeito à concorrência do mercado interpela-nos o rigor e clareza da que é proposta de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO ³⁴:

«(i) trata-se de um contrato; (ii) que serve interesses económicos específicos da entidade adjudicante (iii) com carácter oneroso (iv) suscetível de atribuição a mais do que uma entidade (ou seja, com objeto divisível e disponível) (v) e insuscetível de atribuição a todos quantos o queiram».

O teor das novas diretivas deixa o artigo 5.º, n.º 1, do CCP, ainda menos fecundo, pois surgem caracterizações específicas para o seu campo tradicional: as prestações infungíveis, as circunstâncias de excecional urgência, a proteção da confidencialidade.

Nem se vê que o artigo 5.º-A, n.º 5, do anteprojeto de revisão do CCP — pelo menos, na redação oferecida à discussão pública — traga consigo a possibilidade de afastar as regras de contratação pública por simples invocação do interesse público.

«Artigo 5.º-A

(Contratos no âmbito do setor público)

[...]

5 — A Parte II do presente Código não é aplicável à formação dos contratos celebrados exclusivamente entre duas ou mais entidades adjudicantes quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições:

a) O contrato estabelece uma cooperação entre as entidades adjudicantes no âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e que apresentam uma conexão relevante entre si;

b) A cooperação é regida exclusivamente por considerações de interesse público;

c) As entidades adjudicantes não exercem no mercado livre mais de 20 % das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação [...].

O teor do n.º 5 pode mostrar-se sugestivo, uma vez mais, pela presença da cooperação no seu conteúdo e por um tal contrato se reclamar fundado num interesse público protagonizado por duas ou mais entidades adjudicantes.

A verdade, porém, é que o contexto sistemático da norma é o das entidades adjudicantes enquanto sujeitos de relações domésticas (ou *in house*), o que não é decerto o caso da consulta.

E, por outro lado, a norma que vimos de transcrever refere-se a contratos celebrados exclusivamente entre entidades adjudicantes, ao passo que o contrato em questão, mesmo que não tivesse por parceira a própria Thales Systems, SAS, sempre exibiria o perfil de um contrato em favor de terceiro (cf. artigos 443.º e seguintes do Código Civil). Um terceiro perfeitamente identificado: a Thales Systems, SAS, enquanto adjudicatária.

Em síntese, o designado acordo de cooperação contém em si a escolha de um cocontratante na aquisição do sistema ATM e contém um acordo-quadro para futuras aquisições de bens e serviços acessórios e complementares. Torna-se manifesto quão exíguo é o âmbito da cooperação, pelo menos de uma cooperação por liberalidade das partes, alheia aos mercados, e com perfil para justificar o afastamento da Parte II do CCP.

Entendo, por conseguinte, que é preciso confrontar a questão de saber se a escolha não deveria começar a montante, previamente, e segundo os procedimentos previstos no CCP e nas Diretivas sobre Contratação Pública de 2014 (as quais, em muitos aspetos, já se aplicam diretamente na ordem jurídica interna desde 18 de abril de 2016).

Aparentemente, ainda seria possível descortinar um último arrimo para admitir o ajuste direto para ingressar de imediato na COOPANS ALLIANCE.

Com efeito, há quem reconheça no artigo 24.º, n.º 1, alínea *f*), do CCP, uma cláusula geral para fundamentar o ajuste direto sob a invocação de um interesse geral ³⁵.

«Artigo 24.º

(Escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos)

1 — Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando:

[...]

f) Nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respetiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir.

Invocar-se-ia um interesse essencial do Estado, em que a NAV Portugal, E. P. E., adquirisse um determinado sistema ATM por razões estratégicas — integrar um agrupamento com Estados-Membros que lhe permitem uma posição de paridade e que partilham interesses públicos convergentes e homogéneos em vista da extensão da rede de aeroportos e do tráfego aéreo que lhes incumbem regular.

Deste modo, a aquisição do sistema ATM seria apenas um meio para alcançar um resultado determinado por razões de superior interesse público: seguir as empresas públicas de controlo da navegação aérea com características aproximadas às da NAV Portugal, E. P. E., reforçando um bloco apto a divergir da posição das grandes operadoras europeias neste domínio.

Contudo, a invocação de um interesse público essencial, nos termos do referido preceito, não pode valer fora do contexto da defesa nacional, da segurança interna e, no limite, da proteção civil.

Esse âmbito veio, entretanto, a ser objeto de lei especial: o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, que transpôs a Diretiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de julho, e que regula a coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços nos domínios da defesa e da segurança, alterando a Diretiva n.º 2004/17/CE e a Diretiva n.º 2004/18/CE.

Não excludo poder dar-se por revogado o disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea *f*), do CCP, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

De outro modo, se a simples invocação de um interesse público essencial pudesse afastar a aplicação do regime de formação dos contratos públicos abrir-se-iam de par em par as portas ao ajuste direto, deitando por terra as severas restrições que as várias gerações de diretivas, a Comissão Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia têm consolidado.

§2.º Há porém algumas perspetivas a explorar, surgidas precisamente da banda das novas diretivas, e cuja transposição terá sido consumada por decreto aprovado em reunião do Conselho de Ministros de 19 de maio de 2017.

Ora, uma das inovações que traz consigo a Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, encontra-se no artigo 50.º, alínea *h*), e pode contribuir decisivamente para satisfazer às exigências de interesse público que o pedido de consulta descreve como particularmente intensas e prementes, reclamando não deixar escapar uma oportunidade negocial muito oportuna e conveniente.

Admito que a NAV Portugal, E. P. E., disponha, no artigo 50.º, alínea *h*), da citada Diretiva, de uma disposição que lhe permite cingir-se a um procedimento de negociação sem a publicação prévia de anúncio, no que diz respeito à aquisição do novo sistema ATM:

«Artigo 50.º

(Utilização de um procedimento por negociação sem abertura prévia de concurso)

As entidades adjudicantes podem recorrer a um processo por negociação sem abertura prévia de concurso nos seguintes casos:

[...]

h) Relativamente a aquisições de oportunidade, em que seja possível adquirir fornecimentos aproveitando uma ocasião particularmente

vantajosa que se tenha apresentado num período de tempo muito curto, cujo preço seja consideravelmente inferior aos preços normalmente praticados no mercado;

[...].».

Apresentam-se como requisitos os seguintes:

- 1 — Um contrato de fornecimento (de bens ou serviços);
- 2 — Uma ocasião particularmente vantajosa;
- 3 — Uma oportunidade efémera;
- 4 — Oferta por preço consideravelmente inferior aos preços normalmente praticados.

Tudo estará, pois, em a NAVE Portugal, E. P. E., fundamentar economicamente que o agrupamento já constituído pelas suas congéneres irlandesa, sueca, dinamarquesa, austríaca e croata contribui decisivamente para que a aquisição do sistema TOPSKY, no respetivo ciclo de vida, venha a revelar custos significativamente menores.

Creio que vale a pena a deixar à consideração do órgão consultante um panorama o mais completo possível do enquadramento jurídico e que, como se vê, não passa imperiosamente pelo concurso público.

Recapitulando o enunciado do artigo 50.º, alínea *h*), verificamos que ele admite uma razoável cedência da parte do princípio da concorrência em favor de critérios de oportunidade e conveniência para o interesse público³⁶.

Daí, a expressão usada na diretiva ser justamente «aquisições de oportunidade».

A justificação económica e financeira para invocar esta disposição — insiste-se — pode contar com o acréscimo dos alegados benefícios — particularmente vantajosos, a ser esse o caso — que o ingresso na COOPANS ALLIANCE traz consigo à NAV Portugal, E. P. E., no cumprimento dos deveres a que é chamada pelos objetivos do ‘Céu Aberto’ por parte da União Europeia³⁷.

Se da COOPANS ALLIANCE se diz proporcionar vantagens comparativas ímpares, designadamente por execução do acordo-quadro que os atuais parceiros já outorgaram, o conjunto bem pode ser identificado como um agrupamento de entidades adjudicantes e que a Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, parece favorecer na circunstância de reunir entidades adjudicantes de diferentes Estados-Membros.

Nessa linha, a pertença ao agrupamento é suscetível de reforçar a fundamentação das condições especialmente vantajosas na adjudicação do equipamento à Thales Systems, SAS, à luz do artigo 39.º da Diretiva e cujo n.º 4 se transcreve:

«Artigo 39.º

(Contratos que envolvem autoridades adjudicantes de vários Estados-Membros)

[...]

4 — Várias autoridades adjudicantes de Estados-Membros diferentes podem juntar-se para adjudicar um contrato público, celebrar um acordo-quadro ou gerir um sistema de aquisição dinâmico. Podem igualmente, na medida estabelecida no artigo 33.º, n.º 2, segundo parágrafo, adjudicar contratos baseados no acordo-quadro ou no sistema de aquisição dinâmico. A menos que os elementos necessários estejam regulamentados por um acordo internacional celebrado entre os Estados-Membros em causa, as autoridades adjudicantes participantes celebram um acordo que determina:

a) As responsabilidades das partes e as disposições nacionais aplicáveis;

b) A organização interna do procedimento de contratação, nomeadamente a sua gestão, a distribuição das obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar e a celebração dos contratos.

A autoridade adjudicante participante cumpre as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva ao adquirir obras, fornecimentos ou serviços junto de uma autoridade adjudicante responsável pelo procedimento de contratação. Ao determinarem as responsabilidades e a lei nacional aplicável em conformidade com a alínea *a*), as autoridades adjudicantes participantes podem optar por atribuir responsabilidades a uma ou mais das autoridades adjudicantes participantes e determinar as disposições nacionais aplicáveis do respetivo Estado-Membro. A atribuição de responsabilidades e o direito nacional aplicável daí resultante devem ser mencionados nos documentos do concurso para contratos públicos adjudicados conjuntamente».

Parece-me corresponder ao modelo de concertação adotado na COOPANS ALLIANCE pelos operadores de tráfego aéreo da Irlanda, Suécia, Dinamarca, Áustria e Croácia.

Não se trata de uma sociedade, mas de um agrupamento sem personalidade jurídica, como se declara expressamente no Memorandum de Entendimento (MoU) celebrado entre os referidos operadores, enquanto adjudicantes, e o fornecedor respetivo, a Thales Systems, SAS, em cujo n.º 2 (2) pode ler-se:

«Nada no presente MoU se destina a criar nem pode ser interpretado como criando uma corporação, agência ou parceria (de âmbito geral ou limitado), ou qualquer entidade jurídica ou relação continuada de sede e agente, entidade patronal e assalariado, ou qualquer relação ou compromisso de índole fiduciária entre as Partes para além do expressamente contido no presente MoU».

Estes agrupamentos podem mostrar-se particularmente vantajosos para Estados de média dimensão territorial e demográfica, como o nosso.

CLÁUDIA MONGE³⁸, em estudo recente dedicado às diretivas sobre contratação pública de 2014, chama a atenção para a importância que estes agrupamentos podem ter para Estados-Membros como Portugal:

«Esta novidade revela-se essencial para os Estados Membros de pouca densidade populacional como Portugal, pois pode assim o nosso país beneficiar na satisfação de necessidades públicas de aquisições e preços mais facilmente prestados por determinados operadores económicos em razão de um certo volume de bens a fornecer».

A figura do agrupamento de entidades adjudicantes — que se distingue dos casos de acordos *in house providing* em que as relações são entre adjudicante e adjudicatário, unidos por nexos de dependência institucional ou económica — já era, bem antes, objeto de atenção na doutrina nacional e já surgia, embora com contornos mais modestos, no artigo 39.º do CCP em revisão:

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA³⁹ apresenta três categorias de interesses públicos a justificarem este tipo de agrupamento, ainda ao tempo da sua versão puramente interna:

- Os interesses de fruição indivisível,
- Os interesses convergentes, e
- Os interesses paralelos.

Ora, no caso da consulta, ocorrem interesses homogêneos paralelos entre os operadores de controlo do tráfego aéreo e destes, por sua vez, parece decorrer um interesse convergente em não serem postergados por outros congéneres de maior envergadura e peso negocial.

Associando-se a parceiros com uma rede muito mais extensa e intensa de aeroportos e de tráfego aéreo — a Alemanha, a França, a Espanha ou a Itália — o voto na matéria de operadores como a NAV Portugal, E. P. E., seria certamente de peso diminuto.

Uma das vantagens destes agrupamentos é a economia de custos com o próprio procedimento de contratação: procedimento que as entidades adjudicantes podem ter dificuldade em organizar a título individual, devido à complexidade das especificações.

Outra, por razões de economia de escala, é a de alcançar um maior poder de negociação no mercado, graças ao peso de um conjunto alargado de entidades adjudicantes.

E, embora a letra do artigo 39.º do atual CCP, na sua atual redação, favoreça um sentido restritivo, referindo-se à celebração de um único contrato, os outros elementos hermenêuticos, segundo MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, apontam para que a norma também admita a gestão autónoma do contrato por parte de cada uma⁴⁰.

De todo o modo, a Diretiva ultrapassa, em definitivo, esta questão, empregando a mesma expressão, mas no plural.

Assim, pode ler-se no n.º 1 do artigo 39.º da Diretiva 2014/24 que:

«[...] [a]s autoridades adjudicantes de vários Estados-Membros podem adjudicar conjuntamente os seus contratos públicos [...]».

§3.º Ainda uma palavra acerca da conclusão 10.^a, na parte em que se conforta a escolha pela observância devida, em todo e qualquer caso, aos princípios constitucionais e os princípios gerais de direito administrativo (artigo 5.º, n.º 6, do CCP).

Afastar procedimentos concursais não significa passar de imediato ao ajuste direto, muito menos sem negociação, deixando por conferir a compatibilidade com os princípios gerais de direito administrativo.

Considero que um procedimento inominado e atípico para consumir a adesão à COOPANS ALLIANCE antes de adjudicada a aquisição do sistema ATM não está em condições de satisfazer um desses princípios: o princípio da imparcialidade (cf. artigo 9.º do Código do Procedimento Administrativo⁴¹).

É certo que a imparcialidade administrativa não desvincula a NAV Portugal, E. P. E., de um compromisso para com o interesse público.

Imparcialidade não é, no contexto da função administrativa, o mesmo que indiferença, alheamento.

Imparcialidade é, contudo, garantir que o interesse público é prosseguido de forma objetiva, o que tem como primeira exigência defini-lo clara e abertamente. Definir, no caso concreto, se é a concertação com outras congéneres a justificar a escolha do produto ou se é o produto, as suas qualidades e preço a justificarem aderir à COOPANS ALLIANCE e partilhar das vantagens proporcionadas aos seus membros.

A imparcialidade administrativa tem como segunda exigência selecionar exaustivamente os critérios de decisão relevantes e explicar por que motivo outros não foram considerados como tal. Isto, para depois os valorar e ordenar.

É, por fim, um ónus de demonstrar que a convergência entre um interesse público e um outro determinado interesse (privado ou até público também) seria exatamente a mesma se os protagonistas fossem outros.

A adjudicação do sistema ATM TOPSKY, a efetuar-se depois de a NAV Portugal, E. P. E., integrar a COOPANS ALLIANCE pode suscitar uma legítima suspeita sobre a isenção relativamente a um operador com quem a entidade adjudicante já se comprometeu a adquirir-lhe serviços e benfeitorias de um produto que só ulteriormente passou a ter como seu.

Todos os cuidados são poucos, especialmente quando possa sair comprometido o financiamento comunitário.

É que, na verdade, quando se afirma que a NAV Portugal, E. P. E., está em condições de ir em frente sem o concurso de auxílios de Estado, por dispor das receitas próprias arrecadadas com as taxas impostas aos utentes dos aeroportos e do espaço aéreo cujo tráfego controla, isso não desqualifica as receitas nem as despesas como parte do erário público. Que isso não sirva de motivo para poder abrir mão da participação financeira da União Europeia.

§4.º Uma última abertura possível vem da parte do direito convencional.

Se o objetivo primordial da NAV Portugal, E. P. E., e do Estado Português, é um objetivo estratégico político — nem por isso menos legítimo — nomeadamente o de se concertar com outros Estados-Membros de peso equivalente, é de ponderar a celebração de um acordo internacional em forma simplificada com os Estados cujas operadoras de controlo do tráfego aéreo integram a COOPANS ALLIANCE.

Ora, a respeito da relevância de acordos internacionais entre Estados-Membros na contratação pública, no CCP dispõe-se o seguinte:

«Artigo 4.º

(Contratos excluídos)

1 — O presente Código não é aplicável aos contratos a celebrar:

a) Ao abrigo de uma convenção internacional previamente comunicada à Comissão Europeia, e concluída nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia, entre o Estado Português e um ou mais Estados terceiros, que tenham por objeto a realização de trabalhos destinados à execução ou à exploração em comum de uma obra pública pelos Estados signatários ou a aquisição de bens móveis ou de serviços destinados à realização ou à exploração em comum de um projeto pelos Estados signatários;

[...].»

Com efeito, os Estados-Membros conservam o *ius tractum* que é atribuído da soberania nacional e podem entre si celebrar acordos internacionais que não comprometam os tratados nucleares da União Europeia.

Nem se julgue que tais acordos só possam ser celebrados em domínios alheios às atribuições e objetivos da União Europeia. Pelo contrário, tais acordos podem até contribuir para mais eficientemente atingir objetivos já estipulados pelos órgãos da União Europeia, como é o plano diretor ATM, aprovado pela Decisão n.º 219/2007 do Conselho, de 27 de fevereiro de 2007⁴².

Um tal acordo internacional entre a República Portuguesa, a República da Irlanda, o Reino da Suécia, o Reino da Dinamarca, a República da Áustria e a República da Croácia deve considerar-se um *acordo paracomunitário*⁴³.

Esta categoria de acordos, não sendo fonte imediata de direito comunitário, pode-os fazer surgir «como complementares relativamente à ordem jurídica da União Europeia seja por se encontrarem previstos pelos tratados, seja por, sem estarem previstos, o seu conteúdo inscrevê-los de modo amplo na perspetiva dos objetivos da União Europeia, cuja realização será favorecida pela cooperação entre os Estados-Membros⁴⁴».

O interesse comunitário em avançar no plano ATM é notório. Os progressos alcançados no objetivo do Céu Aberto, até há pouco, mostravam-se bastante exíguos. A Comissão, em relatório apresentado ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 16 de dezembro de 2015⁴⁵, qualificava como insuficientes os progressos em matéria de blocos funcionais:

«Os nove blocos funcionais de espaço aéreo (FAB) que deviam estar constituídos, o mais tardar em 4 de dezembro de 2012, estão agora criados. Pelo contrário, os objetivos operacionais dos FAB não foram atingidos no que concerne a otimização do espaço aéreo e os recursos, o que, por sua vez, implica não apenas falta de eficácia para o sistema europeu de gestão do tráfego aéreo, como também custos acrescidos no ordem dos 5000 milhões de euros, cada ano. Estes custos repercutem-se nas companhias aéreas e seus clientes e originam um prolongamento dos tempos de voo, agravamento dos atrasos e um aumento das emissões poluentes. Foram abertos procedimentos por infração contra 23 Estados Membros.

As preocupações na origem dos procedimentos de infração subsistem e concernem, para um grande número de blocos funcionais de espaço aéreo, a incapacidade de otimizar os serviços de navegação aérea no seio dos FAB, de modo a que os FAB sejam unicamente fundados em necessidades operacionais, independentemente das fronteiras nacionais e a permitir uma gestão otimizada do espaço aéreo no seio de um FAB.

Após a abertura dos procedimentos, alguns Estados-Membros adaptaram medidas corretivas apropriadas. Outros elaboraram planos de execução credíveis que devem dar resultados positivos consideráveis a médio prazo, como, por exemplo, a afirmação de uma vontade política manifesta de prosseguir estratégias operacionais de ponta para otimizar a utilização do espaço aéreo. Nem todos os problemas parecem, no entanto, ter sido completamente resolvidos».

Um acordo internacional a assinar entre a República Portuguesa e os Estados cujos operadores de controlo do tráfego aéreo integram já a COOPANS ALLIANCE pode perfeitamente seguir a forma constitucional mais simplificada — aprovação por decreto do Governo, nos termos do artigo 197.º, n.º 1, alínea c), da Constituição — não se encontrando motivo que obrigue à intervenção parlamentar para aprovar o acordo internacional, muito menos para lhe atribuir a forma de tratado (cf. 161.º, alínea i), da Constituição).

Um tal acordo pode prever a instituição de um depositário ou concluir-se por troca de notas, contanto que o decreto de aprovação seja previamente assinado pelo Presidente da República (artigo 134.º, alínea b), da Constituição).

São estas as razões por que entendo não votar o parecer favoravelmente, sem prejuízo de reconhecer que o contexto económico e político deste mercado, com a sua elevada complexidade, e as incertezas despertadas pela revisão em curso do CCP, propiciarem as maiores dúvidas ao intérprete.

¹ Este memorando encontra-se acompanhado dos seguintes documentos: relatório final de estudo consultivo de estratégia e financiamento relativo à escolha do sistema de Gestão de Tráfego Aéreo para a Região de Informação de Voo de Lisboa elaborado pela empresa Helios (doc. n.º 1), parecer sobre o acordo NAV e AENA no âmbito do iTEC, elaborado por Vieira de Almeida § Associados, R.L. (doc. n.º 2), parecer elaborado por Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira (doc. n.º 3), parecer da Inspeção Geral das Obras Públicas Transportes e Comunicações sobre a Cooperação Portugal (NAV) — Espanha (AENA) no quadro do desenvolvimento tecnológico do Céu Único Europeu (doc. n.º 4) e Memorando 4/2017 de 10 de fevereiro de 2017, elaborado pela NAV Portugal, E. P. E.

² Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 408/98, de 18 de dezembro.

³ Os Estatutos foram republicados por este diploma.

⁴ Desconhece-se quando a Croatia Control Ltd, outorgou igual contrato com a Thales Air System, SAS.

⁵ Este Acordo foi aprovado por Resolução da Assembleia da República n.º 25/2014, aprovada em 24 de janeiro de 2014, publicada no *D.R.* 1.ª série, n.º 54, de 18 de março de 2014.

⁶ Os documentos n.º 2 e 4 referidos na nota 1 deste parecer.

⁷ Verifica-se, aliás, que, relativamente aos demais países europeus, a formação dos FAB's não corresponde minimamente aos conjuntos de outorgantes dos acordos de cooperação celebrados entre as ANSP's atualmente em vigor, coexistindo pacificamente.

Além do *South West FAB* formado por Portugal e Espanha, o *North European FAB* agrupa a Estónia, Finlândia, Letónia e Noruega, o *Denmark-Sweden* junta a Dinamarca e a Suécia, o *Baltic FAB*, a Polónia e a Lituânia, o *FAB European Central*, a França, Alemanha, Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo e Suíça, o *FAB Central Europe*, a República Checa, Eslováquia, Áustria, Hungria, Croácia, Eslovénia, Bósnia-Herzegovina, o *Danube*, a Bulgária e a Roménia, o *Blue Med*, a Itália, Malta, Grécia e Chipre, e o *UK-Ireland FAB*, o Reino Unido e a Irlanda.

Já quanto aos acordos entre ANSP's, além da Coopans Alliance que integra as ANSP's da Irlanda, Suécia, Dinamarca, Áustria e Croácia, a *iTEC* reúne as ANSP's de Espanha, Alemanha e Reino Unido, a *Coflight* as da França, Itália e Suíça, e a B4 a República Checa, Lituânia, Polónia e Eslováquia.

⁸ Acordo de 30 de novembro de 2009 celebrado entre Thales Air System, SAS, e Irish Aviation Authority, LuftfarTsverkert, Naviair,

e Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, denominado *Amended and Restated Coopans Framework Agreement* (ARCF), veio a aderir posteriormente a Croatia Control Ltd, tendo esse acordo sido renovado pelas partes até 2019.

⁹O estudo consultivo de estratégia e financiamento relativo à escolha do sistema de Gestão de Tráfego Aéreo para a Região de Informação de Voo de Lisboa elaborado pela empresa Helios referido na nota I deste Parecer.

¹⁰Alexandra Leitão, em *Contratos interadministrativos*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 85, a propósito das relações de cooperação interadministrativas.

¹¹Sobre os acordos de cooperação horizontal entre entidades públicas, v.g. Durval Tiago Ferreira, em *O regime da contratação in house à luz das novas diretivas de contratação pública. O triunfo dos Estados sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça*, na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, julho/dezembro de 2014, pág. 772-773 e 785 e seg., Pedro Matias Pereira, em *A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise*, na Revista de Contratos Públicos, n.º 5, pág. 160-161, Miguel Assis Raimundo, em *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013, pág. 646, e Kris Wauters, em *CJEU case law on cooperative agreements between public authorities and its influence on certain national legal systems*, acessível em <http://theses.gla.ac.uk>, pág. 176-182.

¹²Este diploma foi retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, e o CCP foi objeto de alterações pelas Leis n.º 59/2008 e 3/2010, 64-B/2011 e pelos Decretos-Leis n.ºs 223/2009, 278/2009, n.º 131/2010, n.º 149/2012, n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, tendo sido sujeito a adaptação para as regiões autónomas dos Açores e da Madeira, operadas através dos Decretos Legislativos regionais n.º 27/2015/A, de 29 de dezembro e n.º 34/2008/M, de 14 de agosto.

¹³Alteradas pela Diretiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de setembro, e retificadas pela Diretiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de novembro.

¹⁴Diretiva 2014/23/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

¹⁵Diretiva 2014/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

¹⁶Diretiva 2014/25/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

¹⁷Terminou em 10.10.2016 o período de discussão pública do Anteprojeto apresentado pelo Governo em 1.8.2016.

¹⁸São entidades adjudicantes:

a) O Estado;

b) As Regiões Autónomas;

c) As autarquias locais;

d) Os institutos públicos;

e) As fundações públicas;

f) As associações públicas;

g) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas.

¹⁹João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, em *Temas de Contratação Pública, I*, Wolters Kluwer Portugal, sob a marca Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 61, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, em *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 99 e 105, Maria João Estorninho, em *Curso de direito dos contratos públicos. Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 356 e 360, e Alexandra Leitão, em *Lições de direito dos contratos públicos. Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 2014, pág. 44.

²⁰Este preceito dispõe que, para os efeitos do CCP, consideram-se atividades incluídas no setor dos transportes as relativas à exploração de uma área geográfica, com a finalidade de colocar à disposição dos transportadores aéreos quaisquer terminais de transporte, designadamente aeroportos.

²¹Sustentando esta interpretação, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, ob. cit., pág. 139-140.

²²Dispõe o n.º 2, do artigo 11.º do CCP:

A parte II do presente Código é sempre aplicável à formação de contratos, a celebrar por quaisquer entidades adjudicantes, quando estes digam direta e principalmente respeito a uma ou a várias das atividades por elas exercidas nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, nos seguintes casos:

a) *Contratos de aquisição de serviços de caráter financeiro prestados pelo Banco de Portugal;*

b) *Contratos relativos à aquisição, ao desenvolvimento, à produção ou à coprodução de programas destinados a emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão.*

²³Motivada pela jurisprudência do TJUE (Acórdãos de 9.6.2009, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha*, Processo C- 480/06, de 19.12.2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento contra Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e outros*, Processo C- 159/11, de 13.6.2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG contra Kreis Düren*, Processo C- 386/11, acessíveis em <http://curia.europa.eu>), a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, previu no n.º 4 do seu artigo 12.º o seguinte:

Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

a) *O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum.*

b) *A execução da referida cooperação é unicamente regida por considerações de interesse público; e*

c) *As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação.*

Visando a transposição desta Diretiva, o Anteprojeto de Revisão do CCP referido na nota 12 deste parecer prevê o aditamento de um artigo 5.º-A com uma redação semelhante à do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE.

Tendo já expirado o prazo para a transposição desta Diretiva para o nosso direito interno, coloca-se a questão da possibilidade do efeito direto da norma em causa.

²⁴Teve-se em consideração que os valores de aquisição de um ATM que constam do relatório final do estudo consultivo de estratégia e financiamento relativo à escolha do sistema de Gestão de Tráfego Aéreo para a Região de Informação de Voo de Lisboa elaborado pela empresa Helios (doc. n.º 1 junto com o pedido) são manifestamente superiores aos limites que constam das alíneas a) e b) do artigo 16.º da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março.

²⁵Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo de Oliveira, ob. cit., pág. 145-146, Alexandra Leitão, ob. cit., pág. 54, Rui Medeiros, em *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, em *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 69, pág. 8, e Miguel Assis Raimundo, em *O objeto sujeito à concorrência de mercado no Código dos Contratos Públicos, em Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. IV, Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 694-695.

Em sentido diverso, João Amaral e Almeida e Pedro Fernández Sánchez, em *A inexistência de concorrência e a aplicação do regime de contratação pública*, em *Temas de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 224-227.

²⁶Note-se que quando a Coopans Alliance se formou, em 3 de abril de 2006, pela Irish Aviation Authority, a Luftfahrtswerkert e a Naviair, estas já haviam adquirido à Thales Air System, SAS, o sistema ATM por elas utilizado, mediante contratos individuais celebrados, respetivamente, em 13 de janeiro de 2000, 7 de setembro de 1994, e 12 de junho de 2002, o que terá certamente sido um fator justificativo da cooperação instituída.

²⁷Itálico aditado, não constando do texto original.

²⁸Entendendo-se, ainda, que na medida em que o parecer solicitado pelo Governo se relaciona com matérias relativas a competência do executivo, a abordagem empreendida não deve incidir em campos relativos ao exercício da função administrativa que não se encontrem diretamente abrangidos pelas questões colocadas, plano em que este ente consultivo não tem legitimidade para uma proatividade sem prévia solicitação do Governo.

²⁹Independentemente da eventual aplicabilidade de algumas regras e princípios especiais em face do particularismo que conforma esse contrato. De qualquer modo, entende-se que o quadro normativo determinante que deve ser atendido em sede de aplicação do regime sobre contratos públicos não integrou o objeto da consulta (vd. ainda nota anterior).

³⁰*Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra, 2002, p. 476.

³¹Na discussão em torno da relação de uma norma com a outra, apenas JOÃO AMARAL E ALMEIDA/ PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ consideram irredutível a cláusula do artigo 16.º, n.º 2, do CPP (v. A inexistência de concorrência e a aplicação do regime da contratação pública, *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Ed., Coimbra, pp. 225).

³²Ainda pode associar-se ao sentido comum de vinculação a um tratado por parte de um Estado que não tomou parte na sua formação nem na sua assinatura, mas nem assim o emprego da expressão é exato, posto

que a adesão não permite contornar os procedimentos constitucionais da vinculação portuguesa a convenções internacionais. A adesão far-se-á sempre por ratificação ou por aprovação e não abre mão da repartição de poderes entre o Governo e a Assembleia da República.

³³ O objeto sujeito à concorrência de mercado no Código dos Contratos Públicos, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, Coimbra Ed., Coimbra, 2012, p. 687.

³⁴ As “exceções” da contratação pública e da concorrência, in CLÁUDIA TRABUCO/VERA EIRÓ (org.), *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina ed., Coimbra, 2013, p. 129.

³⁵ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, loc. cit., p. 133.

³⁶ Ainda sem referência ao citado preceito da nova diretiva, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, ob. cit., p. 131.

³⁷ Cfr. Regulamento de Execução (EU) n.º 409/2013, de 3 de maio de 2013, in JOUE, L123, de 4 de maio de 2013.

³⁸ Agrupamentos de entidades adjudicantes, centrais de compras, acordos-quadro, in *Atas da Conferência — A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2016, pp. 254 e seguintes.

³⁹ Agrupamentos de entidades adjudicantes e de candidatos e concorrentes em procedimentos de contratação pública, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra, 2010, p. 104.

⁴⁰ *Idem*, p. 106.

⁴¹ «A Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatória e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção».

⁴² *Jornal Oficial da União Europeia* L95, de 9 de abril de 2009, p. 41.

⁴³ Acerca do sentido desta expressão, v. JOËL RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 6.ªed., LGDJ, Paris, 2010, p. 292.

⁴⁴ *Idem*, p. 289.

⁴⁵ COM(2015) 663 final.

Este parecer foi homologado por despacho de 8 de setembro de 2017, de Sua Excelência o Secretário de Estado das Infraestruturas.

Está conforme.

Lisboa, 29 de setembro de 2017. — O Secretário da Procuradoria-Geral da República, *Carlos Adérito da Silva Teixeira*.

310818525



PARTE E

CAIXA DE PREVIDÊNCIA DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

Édito n.º 298/2017

Em conformidade com o artigo 11.ºA dos Estatutos desta Caixa, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 193/97 de 29/7, se declara que, para habilitação edital ao subsídio de € 90,12, constituído por Maria Purificação Marques, sócia desta Caixa n.º 22661, falecida em 09/07/2016 e legado a Luís Manuel Marques dos Santos, desconhecendo-se o seu paradeiro, correm éditos de trinta dias a contar da data da publicação deste anúncio no “*Diário da República*” citando o beneficiário referido, ou em caso de falecimento deste, os seus representantes sucessórios ou, não os havendo, outros herdeiros da sócia a deduzirem a sua habilitação naquele prazo, a fim de, apreciados os direitos invocados, se decidir sobre o seu pagamento.

17/11/2017. — O Administrador-Delegado, *Alípio Magalhães Fernandes*.

310948077

ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS

Deliberação n.º 1117/2017

Delegação de competências de autorização de realização de despesa

Ao abrigo do artigo 31.º dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril e republicados em anexo ao Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, o Conselho de Administração delibera proceder à delegação de competências, nos seguintes termos:

1. Nos termos do disposto no n.º 3, do artigo 32.º dos Estatutos e dos artigos 44.º, 46.º e 47.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, delegar:
 - a) Em cada um dos membros do Conselho de Administração, a competência para autorizar a realização de despesas até ao montante de €12.500 (doze mil e quinhentos euros), incluindo o imposto sobre o valor acrescentado;

- b) No vogal com a responsabilidade de acompanhamento da Direção de Administração Geral, a competência para aprovação das alterações orçamentais decorrentes da execução orçamental da ERSE e das aplicações financeiras.
2. Ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 44.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, delegar na Diretora da Direção de Administração Geral (DAG), Elvira Grilo Carlota, no âmbito dos atos de administração ordinária, a autorização de despesas na aquisição de bens e serviços até ao montante de €10.000 (dez mil euros), incluindo o imposto sobre o valor acrescentado, e a reposição do fundo de caixa.
3. As delegações de autorização de despesas conferidas envolvem a autorização dos pagamentos respetivos, desde que verificados todos os requisitos legais e condições estabelecidas contratualmente.
4. A presente deliberação produz efeitos desde 23 de novembro de 2017, ficando ratificados todos os atos entretanto praticados que se incluam no âmbito desta delegação de competências nos mesmos.

Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

23 de novembro de 2017

O Conselho de Administração

Maria Cristina Portugal

Alexandre Santos

Mariana Pereira

310955407