

**Proc. n° 804/2016**

**Relator: Cândido de Pinho**

**Data do acórdão: 25 de Janeiro de 2018**

**Descritores:**

*- Discricionariedade*

*- Limites internos da discricionariedade*

## **SUMÁRIO:**

Os tribunais administrativos não podem sindicar as decisões tomadas pela Administração no exercício de poderes discricionários, salvo nos casos extremos de erro grosseiro ou manifesto ou quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam, de forma genérica, a discricionariedade administrativa, designadamente os princípios constitucionais; o princípio da imparcialidade, o princípio da igualdade, o princípio da justiça, o princípio da proporcionalidade, o princípio da boa fé, etc..

**Proc. n.º 804/2016**

**Acordam no Tribunal de Segunda Instância da RAEM**

**I – Relatório**

**CESL Á SIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A.**, em chinês, 盛世集團控股股份有限公司 e, em inglês, *Cesl Asia - Investments & Services, Limited*, registada na Conservatória dos Registos Comercial e Automóvel de Macau sob o n.º 3.107(SO), ----

E ---

**FOCUS AQUA, LIMITADA**, em chinês, 盛世水有限公司 e, em inglês, *Focus Aqua, Limited*, registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o n.º 13.531(SO), ambas com sede em Macau, na Avenida Comercial de Macau, n.º 251A - 301, A.I.A. Tower, 12.º andar,--

sociedades que compõem o Consórcio denominado **CESL Á SIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A./FOCUS AQUA, LIMITADA**, ----

Interpõem neste TSI **recurso contencioso** ----

Do acto do **Chefe do Executivo**, de 22 de Setembro de 2016, exarado na

Proposta 300/CGIA/2016 de 5 de Agosto de 2016, que procedeu à *adjudicação* dos serviços de “*Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Aguas Residuais da Península de Macau*” ao **Consórcio BEWG-WATERLEAU**.

Na petição inicial, as recorrentes formularam as seguintes **conclusões**:

“1. As ora recorrentes, que compõem o consórcio denominado CESL Á SIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A./ FOCUS AQUA, LIMITADA, por não se conformarem com a adjudicação feita ao consórcio BEWG-WATERLEAU e com a sua eliminação na fase de avaliação, interpõem o presente recurso para o qual estão em tempo e têm legitimidade;

2. As recorrentes entendem que o anúncio de abertura e o programa do concurso público para a prestação dos serviços de “Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau” de 2016, ora em causa, foram elaborados de forma a impedir a primeira recorrente, por si ou através de sociedades subsidiárias, de se apresentar no concurso e caracterizar e limitar as características das empresas que se pretendiam ter como concorrentes;

3. Com a definição de novos critérios de qualificação para o concurso público de 2016 pretendeu-se, claramente, excluir a participação da primeira recorrente, que foi a líder do Consórcio CESL Á SIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A., INDAQUA - INDÚSTRIA E GESTÃO DE ÁGUAS, S.A. e TSING HUA TONG FANG CO., Ltd., a quem foi adjudicada a prestação de serviços de “*Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau*” nos últimos 5 anos;

4. Não se discute que o programa do concurso é um acto jurídico unilateral e discricionário da Administração que se destina a definir os termos a que obedece o processo do concurso;

5. Com efeito, um concurso público é, por natureza, um procedimento em que se faz apelo à concorrência, admitindo-se que vários interessados disputem a celebração do contrato administrativo em causa, pois o propósito do concurso é o de, precisamente, escolher entre os vários concorrentes aquele que ofereça a melhor proposta e condições para a prossecução do interesse público.

6. Por outro lado, o princípio que rege o concurso público é o da maior abertura no procedimento de contratação, sendo deste modo ilegítimas todas as disposições que restrinjam a concorrência, impondo

requisitos que transformem o concurso em limitado ou mesmo em ajuste directo;

7. Criar condições de qualificação de concorrentes com o exclusivo propósito de excluir o actual prestador de serviços, é claramente atentatório dos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, imparcialidade, boa-fé e concorrência, bem como das regras de estabilidade e razoabilidade que vinculam a Administração Pública no exercício dos seus poderes discricionários;

8. Com os *sui generis* requisitos de qualificação estabelecidos no anúncio e no programa do concurso, só as duas sociedades locais prestadoras dos serviços de operação e manutenção das Estações de Tratamento de Águas Residuais da Taipa, do Aeroporto Internacional de Macau, do Parque Industrial Transfronteiriço de Macau e de Coloane é que podiam candidatar-se ao concurso;

9. Importa referir que até 30 de Setembro de 2011 a operação e manutenção da ETAR foi assegurada pela Engenharia Hidráulica de Macau Limitada;

10. Supostamente a capacidade original de tratamento de águas residuais do projecto original da ETAR, concebido pela Engenharia Hidráulica de Macau Limitada a pedido do Governo de Macau, deveria atingir os 144.000 m<sup>3</sup>/dia, tal como ficou a constar do Programa do Concurso Público, aberto em 31 de Março de 2010, para a “*Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau*”;

11. No entanto, não existindo os desenhos, as plantas e os cálculos do processo de tratamento e de engenharia, concebidos e utilizados em 1993 pela Engenharia Hidráulica de Macau Limitada e pelo então Gabinete da Central de Incineração e da Estação de Tratamento, a entidade adjudicante fez preparar aos autores do Programa do Concurso de 2010, as especificações técnicas do mesmo, incluindo nelas também desenhos com informações técnicas detalhadas sobre a capacidade total de tratamento da ETAR, bem como a capacidade de cada um dos principais componentes do processo de tratamento.

12. Certo é que, desde o início das operações na ETAR, que a primeira recorrente comunicou à entidade adjudicante que a capacidade de tratamento de águas residuais da ETAR era muito inferior à referida no Programa do Concurso de 2010 e que não era possível tratar os volumes de esgoto como especificado, nem restaurar uma capacidade de tratamento que nunca existiu;

13. Acresce que a primeira recorrente tratou de verificar junto de terceiras entidades idóneas, se, de facto, as suas conclusões quanto à capacidade de tratamento da instalação estariam correctas e, em consequência, enviou à DSPA três relatórios técnicos de avaliação da ETAR, realizados pela 北京國環清華環境工程設計研究院有限公司, em Novembro de 2013, pela China Northeast Municipal

Engineering Design and Research Institute, em Julho de 2015 e pela Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa, em Setembro de 2015;

14. Durante os cinco anos de duração daquele contrato que terminou em 30 de Setembro de 2016, a ora primeira recorrente tornou-se incómoda para os responsáveis e consultores da Administração, precisamente por colocar em causa e demonstrar que a capacidade da ETAR, os documentos e as exigências da DSPA estavam em total desconformidade com a realidade dos factos;

15. O dissídio entre a DSPA e a primeira recorrente e suas consorciadas sobre a capacidade de tratamento de águas residuais da ETAR culminou com uma reunião, realizada em 30 de Outubro de 2015, durante a qual aquela Direcção solicitou que as empresas consorciadas se comprometessem a não participar no presente concurso público, pedido que a recorrente recusou;

16. Foi a recusa da primeira recorrente em assinar o compromisso de não participar no concurso que originou a decisão da DSPA de elaborar os *supra* referidos critérios de qualificação dos concorrentes, com os quais se pretendeu impedir a sua participação, em clara violação dos princípios da igualdade, imparcialidade, concorrência e boa-fé;

17. Ora o Relatório de Avaliação da capacidade de tratamento de águas residuais elaborado pela AECOM, em 15 de Julho de 2015, concluiu que a ETAR não tem uma capacidade de tratamento de águas residuais de 144.000 m<sup>3</sup>/dia, sendo que o relatório da AECOM aponta no sentido de só poder atingir, no limite, 87.000 m<sup>3</sup>/dia;

18. Independentemente das diferenças nos critérios de avaliação e conclusões retiradas pelas quatro entidades que elaboraram os Relatórios de avaliação, o certo é que todas elas avaliaram a *performance* da ETAR em cerca de metade da alegada capacidade de tratamento de 144.000m<sup>3</sup>/dia;

19. Por tudo isto, desapareceu do programa do concurso de 2016 a exigência de restaurar o caudal de tratamento de águas residuais para a alegada capacidade original de 144.000 m<sup>3</sup>/dia;

20. A WABAG Serviços de Tratamento de Águas (Macau) Limitada, concorrente admitida e avaliada no concurso público ora em questão, tem prestou, nos últimos anos, com dispensa de concurso público, renovados serviços de operação e manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais de Coloane e tem como sócia dominante a Va Tech Wabag GMBH, que, por sua vez, também foi a sócia dominante da Engenharia Hidráulica de Macau, Limitada, até à data da sua dissolução em 31 de Dezembro de 2012 (note-se que o Tribunal de Última Instância, no Acórdão proferido, em 30 de Janeiro de 2008, no Processo n.º 36/2007, considerou que os contratos para o Projecto e Construção da Estação

de Tratamento de Águas Residuais do Aeroporto Internacional de Macau e para a renovação da Prestação dos Serviços de Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais de Península de Macau - Fase Líquida e Sólida, com esta Engenharia Hidráulica de Macau, Limitada resultaram de actos de corrupção);

21. A Waterleau Global Water Technology N.V., sociedade constituída e com sede na Bélgica, onde funcionam os seus serviços administrativos, e que presentemente utiliza a denominação Waterleau Group, é a operadora da ETAR da Taipa e do Aeroporto de Macau e, em consórcio com a ATAL Engineering Limited, prestou renovados serviços de operação e manutenção da ETAR do Parque Industrial Transfronteiriço de Macau, com dispensa de concurso Público;

22. Luc A. Vriens, empresário fundador do Grupo Waterleau (de que faz parte a Waterleau Global Water Technology N.V., que agora mudou a sua denominação para Waterleau Group) e a ATAL Engineering Limited foram objecto da reprovação do Tribunal de Última Instância que, no Acórdão n.º 37/2011, proferido em 31 de Maio de 2012, considerou que os contratos de concepção e construção da 2.ª Fase da Estação de Tratamento de Águas Residuais de Coloane e de concepção, construção, operação e manutenção na Estação de Tratamento de Águas Residuais do Posto Transfronteiriço resultaram de actos de corrupção;

23. Doutro passo, o Tribunal Judicial de Base na sentença, proferida em 14 de Setembro de 2012, no Processo n.º CR4-12-01250, determinou a transmissão por adjudicação à RAEM de uma quota equivalente a 20% do capital social da Waterleau Macau Limitada, sociedade que foi constituída para receber as retribuições que seriam depois entregues ao ex-Secretário Ao Man Long;

24. Ao permitir a participação em concursos públicos de sociedades envolvidas ou de sociedades que têm sócios que foram condenados em casos de corrupção e ao avaliar a essas sociedades, a Administração acaba por premiar a prática dos crimes em causa, ignorando as decisões condenatórias dos Tribunais de Macau, recompensando essas sociedades com novos contratos;

25. Por outro lado, é manifesto que a experiência de cinco anos da primeira Recorrente CESL Á SIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A., na operação e manutenção da ETAR de Macau que é objecto do concurso público a que respeita o acto recorrido, excede o total de quatro anos de experiência operação e manutenção de uma ETAR com uma capacidade de tratamento projectada de 50.000m<sup>3</sup> que a entidade adjudicante exige na cláusula 6.2 do Programa do Concurso;

26. Não faz sentido que os cinco anos de experiência da primeira recorrente, a prestar precisamente os serviços de operação e manutenção na ETAR que é objecto do concurso público, valham menos do que

dois serviços que individualmente ou em conjunto têm menor duração;

27. A este propósito releva a diferença de critérios que foram adoptados para a admissão e avaliação da proposta da concorrente WABAG Serviços de Tratamento de Águas (Macau) Limitada, no qual a Comissão de Avaliação de Propostas admitiu a concorrente e considerou que a concorrente completou um serviço relacionado com a operação e manutenção da ETAR de Coloane entre 1 de Dezembro de 2008 e 30 de Novembro de 2013 e depois entendeu, numa interpretação especial da cláusula 6.2, que vários contratos de curta duração podiam equivaler a um serviço de dois anos;

28. Seguindo o mesmo critério adoptado para a WABAG Serviços de Tratamento de Águas (Macau) Limitada, deveria a Comissão de Avaliação de Propostas ter considerado verificadas as experiências de 6 (seis) serviços relacionados com a operação e manutenção da ETAR que constam da lista de experiências da CESL ÁSIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A.;

29. Ao eliminar o consórcio CESL ÁSIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A./ FOCUS AQUA, LIMITADA foram violados os princípios da legalidade, da igualdade, da imparcialidade e da boa-fé, previstos, respectivamente, nos artigos 3.º, 5.º e 7.º do Código de Procedimento Administrativo, bem como a cláusula 6.ª, n.º 2 do Programa do Concurso;

30. E ao adjudicar a prestação de um serviço de operação e manutenção de uma Estação de Tratamento de Águas Residuais a um consórcio de que faz parte uma sociedade que esteve envolvida em 3 crimes de corrupção activa para acto ilícito ofende obviamente os princípios da boa fé, concorrência, imparcialidade, justiça e proporcionalidade, bem como o respeito pelo direito e pelo alcance e propósito das decisões judiciais;

31. De resto, não se mostra possível que nenhuma das sociedades que compõem o consórcio BEWG-WATERLEAU consiga cumprir o exigido nas cláusulas 6.1 e 6.5 do Programa do Concurso, uma vez que nenhuma das sociedades tem sede em Macau, nem dispõe de recursos humanos ou administrativos que lhes permitam assegurar a operação da ETAR de Macau, sendo evidente que não pode ser a Waterleau Macau Limitada, de que a RAEM é sócia, a assegurar o funcionamento da ETAR, sob pena de existir um claro conflito de interesses que ofenderia as mais básicas regras de direito;

32. Como tal, pela violação dos princípios supra mencionados, deve o acto administrativo ora recorrido ser anulado de acordo com o artigo 124.º do Código de Procedimento Administrativo.

Termos em que, e nos mais de Direito, deve o presente recurso ser julgado procedente, por o acto recorrido estar ferido de ilegalidade, devendo por isso ser anulado, com as consequências legais.”

\*

Sem conclusões, contestou a *entidade recorrida* pugnando pela improcedência do recurso contencioso em termos que aqui damos por reproduzidos.

\*

Contestaram também as *contra-interessadas* “**Waterleau Group**” e “**Beijing Water Group, Ltd**”, constituídas em consórcio “**BEWG – Waterleau**”, terminando a sua impugnação com as seguintes conclusões:

“1ª - As normas e condições do concurso são gerais, abstractas, iguais para quem quiser candidatar-se. Não existe nenhuma cláusula que impedisse a admissão das recorrentes ao concurso e tanto assim que até foram admitidas.

2ª - Nem contêm nenhuma cláusula norma ou condição que impedisse as recorrentes de concorrerem em consórcio com as subsidiárias da CESLASIA e, até, de recrutar e incluir no consórcio empresa que só por si ou conjuntamente com as recorrentes e subsidiárias apresentassem qualificações suficientes e necessárias para ganhar o concurso, nomeadamente o mínimo de 2 serviços prestados nos últimos 10 anos. Ou até mais serviços se assim elas quisessem;

3ª - O alegado pelas recorrentes de que deviam ser também considerada como sendo experiência das recorrentes as experiências de pessoas juridicamente independentes e distintas das pessoas componentes do consórcio das recorrentes, quer com elas relacionadas ou não, associadas ou subsidiárias noutros negócios e actos que não no Concurso dos autos, é manifestamente ilegal pois só podem ser avaliados os concorrentes, nunca terceiros.

4ª - Como ilegal é também a pugnação das recorrentes por condições concursais fixadas à imagem e semelhança delas recorrentes sem necessidade de serem elas a conformar-se com as fixadas mas im

estas a conformarem-se com as recorrentes, como **concurso-retrato delas recorrentes** em termos semelhantes ao que sucede nas chamadas “lei-acto”.

5ª. - E seria ilegal porque as condições concursais são acto discricionário da administração e não dos concorrentes e, além disso, se tivesse estabelecido condições concursais à medida das recorrentes, estas seriam claramente em favor das recorrentes e não a favor da imparcialidade e benefício da igualdade e livre concorrência entre candidatos.

6ª. - Não são pois as condições concursais que devem conformar-se com as recorrentes (nem com qualquer outro concorrente). São os concorrentes que têm que conformar-se com as condições concursais.

7ª. - As recorrentes não reuniram as qualificações necessárias e suficientes para vencerem o concurso, não foi por causa da avaliação nem por causa de qualquer restrição do regulamento concursal, foi porque não quiseram constituir consórcio que reunisse tais qualificações necessárias para poderem vencer o concurso, nomeadamente um mínimo de 2 serviços prestados nos últimos 10 anos prestado em Macau ou em qualquer parte do mundo. Mas que o consórcio adjudicatário reuniu.

8ª. - A alegação das recorrentes de que o **aúncio de abertura, programa de concurso e caderno de encargos** foram elaborados no seguimento de desentendimentos entre a 1ª recorrente e a Administração nele se exigindo requisitos de qualificação concursais por forma a **impedir a 1ª recorrente, por si ou através de sociedades subsidiárias, de se apresentar** ao concurso e, por outro lado, a **caracterizar e limitar as características das empresas que se pretendiam ter como concorrentes**, é a repetição da matéria de facto e de direito do **Recurso Contencioso nº 462/2016** por elas interposto contra o despacho do Sr. Secretário Para os Transportes e Obras Públicas de 29.3.2016, exarado na Proposta nº 111/CGIA/2016, de 23/02/2016, que aprovou o programa do concurso, caderno de encargos e outras peças relevantes para o Concurso para a prestação de serviços de «Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau», cujo anúncio de abertura foi publicado no Boletim Oficial de Macau, II Série, nº 16, de 20 de Abril de 2016;

9ª. - O qual no TSI e encontra-se agora no TUI onde as recorrentes indicam como objecto do recurso a totalidade ou globalidade de tal despacho;

10ª. - Não existiu qualquer disputa a impedir ou pressionar as recorrentes e outras associadas a não concorrerem, o que se passou, tal como melhor esclarece a contestação da entidade recorrida, foi que que a recorrente CESL-ASIA e associadas queriam ser elas a elaborar ou preparar para a Administração o concurso e condições concursais e, ao mesmo tempo, candidatarem-se ao concurso por si elaborado.

11ª. - Isso era de manifesta incompatibilidade. Ou bem que integravam a equipa governamental que punha os serviços a concurso, ou bem que integravam o rol de concorrentes. As duas coisas ao mesmo tempo é que não podia ser. Ou faziam o trabalho do concurso e então não se podiam condicionar; ou não faziam tal trabalho e então candidatavam-se livremente, como candidataram.

12ª. - **As recorrentes não apresentaram currículo com o mínimo de “2 serviços” nos últimos 10 anos**, exigidos na cláusula 6.2 do Programa de Concurso. Apresentaram prova de apenas “um serviço” de 5 anos cujo contrato e serviço terminaram em 30.09.2016.

13ª. - A lista de “6 serviços” que apresentam é uma decomposição autonomizando como “serviço” partes que extraíram do único serviço de 5 anos de que foram adjudicatárias até 30.09.2016 - o serviço de Operação e Manutenção das Instalações de Tratamento de Águas Residuais (BTAR) que a recorrente CBSL-ASIA foi adjudicatária em consórcio.

14ª. - E classificar com o conceito autónomo de “um serviço” cada parte daquele contrato e Serviço de Operação e Manutenção da ETAR não resultam apenas “6 serviços”, como fazem as recorrentes, resultam tantos serviços quantos quisermos.

15ª. - Se autonomizarmos e classificarmos como “um serviço” o serviço mensalmente prestado, teremos “um serviço” por mês, logo: 5anos X 2 meses = 60 serviços. **E se autonomizarmos por dias, horas, actos, minutos e segundos, teremos milhares de serviços.**

16ª. - A expressão “serviços” constante da cláusula 6,2 do Programa de Concurso, alegadamente violada, não permite tal ilimitada autonomização e classificação, **razão pela qual também improcede a alegada violação da cláusula 6.2 do Programa de Concurso que as recorrentes imputam ao acto recorrido;**

17ª. - A **WATERLEAU GROUP** nem qualquer das sociedades do consórcio adjudicatário, aqui contestantes, nunca foram condenadas por actos de corrupção ou por quaisquer outros ilícitos criminais.

18ª. - Quem foi ali condenado foi o Sr. LUC VRIENS ou VRIENS LUC ALFONS, que era director da “**Waterleau Macau Lda**” mas não da **WATERLEAU GROUP**, nem esta era nem é sócia da referida “Waterleau Macau Lda”.

19ª. - Não basta o Sr. Luc Vriens ter ou ter tido ligações directas ou indirectas com outras empresas ou pessoas, nomeadamente a Waterleau Group ou a RAEM sócia da sociedade de que o Sr. Luc Vriens foi director à data dos ilícitos, para que também essas outras pessoas possam também ser consideradas

incursas nos ilícitos dele falecido LUC VRIENS;

20ª. - Seria imoral, irrealista e, além disso, seria uma aberração jurídica pois se trata de pessoas jurídicas distintas da pessoa do delincente e que nada têm a ver com ele.

**21ª. - Ao contrário do alegado, admissão e adjudicação ao consórcio das aqui contestantes não violaram as cláusulas 6ª nº 1 e 6.5 do Programa do Concurso.**

22ª. - Segundo essas cláusulas, pode ser admitido qualquer consórcio de sociedades que na candidatura satisfaçam apenas os requisitos de experiência das cláusulas 6.2 e 6.3 mas se ao consórcio assim admitido **“Ihe for finalmente adjudicada a prestação de serviços de «Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau» deve satisfazer os requisitos na cláusula 6.1 até à data da celebração do contrato”** de adjudicação - cláusulas 6.5 e 6.6;

23ª. - E foi esse o caso das sociedades do consórcio adjudicatário. **Foram admitidas sem sede na RAEM** mas **reunindo todos os demais requisitos.**

24ª. - Porém, o contrato de adjudicação foi celebrado em 28.12.2016. E sucede que o consórcio adjudicatário constituiu-se em sociedade local e com sede em Macau por acto de 27.12.2016 e registado na Conservatória do Registo Comercial e de Bens Móveis de Macau no dia seguinte, isto é, no dia 28.12.2017 dia da celebração contrato, em total sintonia com tais cláusulas que mandavam constituir-se em sociedade da RAEM até esse dia e que o consórcio adjudicatário cumpriu;

25ª. - Termos em que se conclui pela inexistência de nenhum dos vícios que as recorrentes imputam ao acto recorrido, devendo pois ser mantido e o recurso ser julgado improcedente.

E assim se fará JUSTIÇA.”

\*

As partes, nas suas alegações finais facultativas, reiteraram no essencial as posições anteriormente assumidas.

\*

O digno Magistrado do MP emitiu seguinte parecer, no sentido da

improcedência do recurso, em termos que mais adiante transcreveremos.

\*

Cumpra decidir.

\*\*\*

## **II – Pressupostos Processuais**

O tribunal é absolutamente competente.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão bem representadas.

Não há exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento de mérito.

\*\*\*

## **III – Os Factos**

1 - O Chefe do Executivo, autorizou, por despacho de 2 de Fevereiro de 2016, exarado na Proposta 016/CGIA/2016, de 06/01/2016, da Direcção dos Serviços de Protecção Ambiental, a abertura do concurso público para a prestação de serviços de “*Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau*”, conforme anúncio publicado no Boletim Oficial da RAEM, nº 16, II, de 20/04/2016

(doc. 10 junto com a pi).

2 - O Secretário para os Transportes e Obras Públicas aprovou, por despacho de 29/3/2016, exarado na Proposta n.º 111/CGIA/2016, de 23/03/2016, da mesma Direcção de Serviços, ao abrigo da competência delegada pela Ordem Executiva n.º 113/2014 (*publicada em número extraordinário da I Série, do Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau, de 20 de Dezembro de 2014*), os respectivos *programa do concurso, caderno de encargos e outras peças procedimentais relevantes* (Documento n.º 1 junto pela entidade Recorrida na contestação ao pedido de suspensão de eficácia, Proc.º n.º 385/2016/A, por apenso aos autos de recurso contencioso, Proc.º 385/20016, e também documento original constante do processo administrativo junto com a contestação aos autos de recurso contencioso, em que é Recorrido o Secretário para os Transportes e Obras Públicas, Proc.º n.º 462/2016, ambos instaurados neste TSI).

3 - É exigido, na cláusula 6 do programa do concurso, como requisitos de qualificação dos concorrentes, o seguinte:

*“6.1 Para poderem participar neste concurso público, os concorrentes devem ser sociedades estabelecidas e registadas na RAEM, cuja natureza comercial deve estar relacionada com o tratamento de águas residuais. A sede e os principais departamentos administrativos devem estar localizados na RAEM, sem prejuízo do disposto na cláusula 6.5. Os concorrentes também podem ser um consórcio de sociedades.*

*6.2 Os concorrentes devem possuir as seguintes experiências (só é reconhecida a experiência provada com o originais ou pública-forma do contrato ou documento comprovativo equivalente apresentado pelo concorrente):*

*Experiência relacionada com a O&M de instalações de tratamento de águas residuais: dois serviços, pelo menos, relacionados com a O&M de instalações de tratamento de águas residuais, terminados ou em curso, nos últimos 10 anos, contados da publicação do anúncio do concurso. As instalações de tratamento de águas residuais acima mencionadas devem ter adoptado um tratamento secundário e métodos biológicos para remoção de poluentes em águas residuais, com uma capacidade de tratamento projectada não inferior a 50.000 m<sup>3</sup> por dia, tendo cada uma das experiências acima mencionadas sido executada por um período de, pelo menos, 2 anos até à data da publicação do anúncio do concurso.*

*6.3 A experiência mencionada na cláusula 6.2 deve estar em conformidade com um dos seguintes requisitos:*

*a) Se os concorrentes forem sociedades, as experiências mencionadas na cláusula 6.2 devem ter sido obtidas directamente pelos concorrentes; ou*

*b) Se os concorrentes participarem no concurso sob a forma de consórcio, as experiências mencionadas no ponto 6.2 devem ter sido adquiridas directamente por uma das sociedades do consórcio que possua, no mínimo, 40% da quota do consórcio.*

*6.4 Os concorrentes devem submeter a “Declaração sobre a Qualificação do Concorrente” reconhecida notarialmente (vide o anexo IV).*

*6.5 A entidade que preside ao Concurso pode aceitar, também, os concorrentes que satisfaçam os requisitos estipulados nas cláusulas 6.2 e*

6.3, no entanto, se lhe for finalmente adjudicada a prestação de serviços de “Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau” deve satisfazer os requisitos estabelecidos na cláusula 6.1 até à data de celebração do contrato.

6.6 Se o respectivo concorrente não conseguir satisfazer os requisitos da cláusula 6.1 até à data da celebração do contrato, a entidade adjudicante tem o direito de cancelar a adjudicação da prestação de serviços de “Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau”, sem prejuízo do disposto na cláusula 2.5 das “III.1. Cláusulas Gerais” do “III Caderno de Encargos” do Processo do Concurso.” (carregados nossos) – (fls. 000020 e 000021 do doc. n.º 7, junto com a pi).

4 - Em 2 de Junho de 2016, a ora Recorrente **CESL ÁSIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A.** deu entrada nesse TSI de procedimento cautelar de suspensão de eficácia do acto do Chefe do Executivo referido no artigo 1.º, o qual deu origem aos Autos de Suspensão de Eficácia, Proc.º 385/2016-A.

5 - Em 6 de Junho de 2016, a Recorrente **CESL ÁSIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A.**, em consórcio com a **FOCUS AQUA, LIMITADA**, entregou uma proposta para admissão ao dito concurso para a prestação de serviços de “Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau”.

6 - O acto público de abertura das propostas ao concurso público para a prestação de serviços, aprazado para as 9 horas e 30 minutos do dia 7 de

Junho de 2016, nas instalações da sede da Direcção dos Serviços de Protecção Ambiental, “foi cancelado por motivos relacionados com procedimentos preventivos e conservatórios de suspensão de eficácia em curso, junto do tribunal administrativo competente”, conforme Aviso datado de 7 de Junho de 2016 do Director (documento n.º 2 junto com a contestação da entidade recorrida).

7 - Em 22 de Junho de 2016, pelas 9 horas e 30 minutos, teve lugar o acto público de abertura das propostas do concurso para a prestação de serviços de “Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau”, anteriormente cancelado (doc. n.º 11 junto com a pi).

8 - Durante o acto público, a proposta do consórcio formado pelas Recorrentes, **CESL ÁSIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A. e FOCUS AQUA, LIMITADA**, foi admitida ao concurso, tal como as restantes três propostas, conforme consta de cópia da acta da comissão de abertura das propostas.

9 - Em 5 de Julho de 2016, a Comissão de Avaliação das Propostas deu por concluída a avaliação e elaborou o Relatório de Avaliação, conforme documento anexo à Proposta n.º 300/GCIA/2016, de 05/08/2016 (doc. n.º 1 junto com a pi).

10 - Em 5 de Agosto de 2016 e na posse do Relatório de Avaliação das Propostas elaborado pela *Comissão de Avaliação das Propostas*, o Centro de Gestão de Infraestruturas Ambientais da Direcção dos Serviços de

Protecção Ambiental redige a *Proposta n.º 300/CGIA/2016*, onde se propõe a adjudicação ao concorrente BEWG-WATERLEAU, em consórcio, da prestação de serviços de “Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau”, de acordo com as conclusões (n.º 6) do referido Relatório de Avaliação.

11 - A Proposta n.º 300/CGIA/2016 foi enviada à entidade ora Recorrida, para tomada de decisão em 12 de Setembro de 2016.

12 - Em 22 de Setembro de 2016, a entidade Recorrida exarou o despacho de “*Autorizo*” na Proposta n.º 300/CGIA/2016, de 5 de Agosto de 2016, da Direcção dos Serviços de Protecção Ambiental – (documento fls. 44 dos autos).

13 - No anterior concurso público internacional aberto em 31 de Março de 2010, a prestação dos serviços de “*Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau*”, foi adjudicada ao Consórcio denominado **CESL ÁSIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A., INDAQUA - INDÚSTRIA E GESTÃO DE ÁGUAS, S.A. e TSING HUA TONG FANG CO., Ltd.**, liderado pela 1ª primeira recorrente, e cujo contrato com uma duração de cinco anos terminou em 30 de Setembro de 2016 (doc. n.º 12 junto com a pi.).

14 - A cláusula 6 do programa desse concurso tinha o seguinte teor:

“6.1 (...)

6.2 *O objecto comercial do Concorrente estará relacionado com o Projecto, Construção, Operação e Manutenção de Estações de*

### *Tratamento de Águas Residuais.*

*6.3 Se o concorrente for uma sociedade, possuirá, pelo menos dez anos de experiência relevante em instalações de águas residuais. A experiência mencionada deve ser directa ou obtida através de sociedade subsidiária em que o concorrente seja maioritário (...).*

*6.4 No caso de o Concorrente ser um Consórcio, pelo menos uma das sociedades que formam o Consórcio, satisfará os requisitos indicados nas cláusulas 6.2 e 6.3 acima e, também, a sociedade que satisfaz os requisitos indicados na Cláusula 6.3 deterá pelo menos 30% do Consórcio.” (doc. n.º 8, junto com a pi).*

15 - Até 30 de Setembro de 2011 a operação e manutenção da ETAR foi assegurada pela “*Engenharia Hidráulica de Macau Limitada*”, pois o contrato de operação e manutenção da ETAR, que deveria ter terminado em 30 de Setembro de 2010, foi renovado com a Engenharia Hidráulica, Limitada por mais um ano.

16 - A “*Engenharia Hidráulica de Macau Limitada*”, para além de prestadora dos serviços de operação e manutenção, foi também a responsável pela concepção e pela construção da ETAR - conforme consta dos contratos de construção das fases líquidas e sólidas da ETAR, publicados no Boletim Oficial n.º 19, de 10 de Maio de 1993, e n.º 46, de 17 de Novembro de 1993 (Docs. n.ºs 13 a 15, juntos com a pi).

17 - Em 21 de Novembro de 2011, a primeira recorrente enviou um

relatório (Ref. CAL/DC/027/11) dando nota da insuficiência das instalações para a pretendida capacidade de tratamento de águas residuais (doc. n.º 18 junto com a pi).

18 - Em 16 de Setembro de 2013, a DSPA, por ofício n.º 3257/468/CGIA/2013, insistiu que tinha de ser concluído o processo de restauração da alegada capacidade original de tratamento de águas residuais da ETAR (doc. n.º 19, junto com a pi).

19 - Em resposta ao ofício acima referido, o Consórcio reiterou à DSPA a impossibilidade de atingir a dita capacidade original de tratamento de águas residuais da ETAR, sem que fossem realizadas obras estruturais na ETAR que permitissem atingir essa capacidade (doc. n.º 20, junto com a pi).

20 - Em 7 de Novembro de 2013, o Consórcio enviou uma comunicação (Ref. CAL/KL/070/13), referindo ser impraticável, nas condições existentes, atingir a pretendida e suposta capacidade original de tratamento de águas residuais da ETAR e que a capacidade real de tratamento de águas residuais da ETAR era bastante inferior à alegada capacidade diária de tratamento de águas residuais que foi registada no programa do concurso (Doc. n.º 21 junto com a pi).

21 - A primeira recorrente tratou de verificar junto de terceiras entidades idóneas, se as suas conclusões quanto à capacidade de tratamento da instalação estariam correctas e, em consequência, enviou à DSPA três relatórios técnicos de avaliação da ETAR, realizados pela 北京國環清華環境工程設計研究院有限公司, em Novembro de 2013 (conforme **Doc. n.º 22 e**

23, juntos com a pi); pela *China Northeast Municipal Engineering Design and Research Institute*, em Julho de 2015 - (conforme Doc. n.º 24, junto com a pi); e pela *Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa*, em Setembro de 2015 (conforme Doc. n.º 25, junto com a pi).

22 - No dia 30 de Outubro de 2015 teve lugar uma reunião entre a DSPA e a primeira recorrente e suas consorciadas sobre a capacidade de tratamento de águas residuais da ETAR culminou com uma reunião, **durante a qual aquela Direcção solicitou que as empresas consorciadas se comprometessem a não participar no presente concurso público, pedido que a recorrente recusou** — conforme consta expressamente do Doc. n.º 26, junto com a pi.

23 - A Recorrente, para além da prestação de serviços na ETAR de Macau, foi também adjudicatária dos serviços de operação e manutenção da ETAR da Taipa desde 1 Dezembro de 1999 até 30 de Novembro de 2002 e da ETAR de Coloane desde Abril de 1999 até 30 de Novembro de 2002 (Doc. n.º 27 e 28, juntos com a p.i.).

24 - Por sua vez, a CEI - Companhia de Engenharia e Investimento - Tratamento de Águas, limitada, sociedade subsidiária da recorrente foi adjudicatária dos serviços de operação e manutenção da ETAR da Taipa por um prazo de três anos desde 1 de Dezembro de 2002 (conforme Docs. n.ºs 29 e 30, juntos com a p.i.).

25 - A entidade adjudicante decidiu contratar em 2014 uma entidade independente, a AECOM, para proceder e realizar uma avaliação da

capacidade da ETAR de Macau.

26 - Como a DSPA negou sempre o acesso ao Relatório elaborado por aquela entidade, a primeira recorrente requereu na Acção para Prestação de Informação, que correu termos no Tribunal Administrativo sob o n.º 267/16-PICPPC, a passagem de certidão de teor integral do Relatório de avaliação da capacidade de tratamento de águas residuais da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau.

27 - O Tribunal Administrativo determinou à DSPA a passagem de certidão do Relatório final da AECOM com a avaliação da capacidade de tratamento de águas residuais da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau (conforme consta dos **Docs. n.ºs 31 e 32**, juntos com a pi).

28 - O Relatório de Avaliação da capacidade de tratamento de águas residuais elaborado pela AECOM, em 15 de Julho de 2015, concluiu que a ETAR não tem uma capacidade de tratamento de águas residuais de 144.000 m<sup>3</sup>/dia, sendo que o relatório da AECOM aponta no sentido de só poder atingir, no limite, 87.000 m<sup>3</sup>/dia (conforme 4.3.4.3 fls. 000043 e 5.3.2.7 (d) fls. 000051 do Doc. n.º 32).

29 - Face às manifestas insuficiências da ETAR e ao previsível aumento do fluxo de águas residuais nos próximos anos, a AECOM recomenda que após a modernização da ETAR, conforme foi objecto de discussão em diversas reuniões realizadas entre Junho e Agosto de 2014, a sua capacidade seja, pelo menos, de 210.000 m<sup>3</sup>/dia (conforme fls. 000057 do Doc. n.º

32 junto com a pi).

30 - A Waterleau Global Water Technology N.V., sociedade constituída e com sede na Bélgica, onde funcionam os seus serviços administrativos, que presentemente utiliza a denominação Waterleau Group, e que compõe o actual consórcio adjudicatário (conforme consta dos esclarecimentos prestados a fls. 0082 e 0085 do Doc. n.º 1), é a operadora da ETAR da Taipa e do Aeroporto de Macau e, em consórcio com a ATAL Engineering Limited, prestou renovados serviços de operação e manutenção da ETAR do Parque Industrial Transfronteiriço de Macau, com dispensa de concurso Público (conforme Doc. n.º 35 a 40, juntos com a pi).

31 - Luc A. Vriens, director da “Waterleau Macau,Lda”, empresário fundador do Grupo Waterleau, de que faz parte a Waterleau Global Water Technology N.V., que agora mudou a sua denominação para Waterleau Group (conforme consta dos esclarecimentos prestados a fls. 0082 e 0085 do Doc. n.º 1), e a ATAL Engineering Limited foram objecto da reprovação do Tribunal de Última Instância que, no Acórdão n.º 37/2011, proferido em 31 de Maio de 2012, considerou que os contratos de concepção e construção da 2.ª Fase da Estação de Tratamento de Águas Residuais de Coloane e de concepção, construção, operação e manutenção na Estação de Tratamento de Águas Residuais do Posto Transfronteiriço resultaram de actos de corrupção.

32 - Tanto o Tribunal de Última Instância, no Acórdão proferido, em 31 de Maio de 2012, no Proc. n.º 37/2011, como depois o Tribunal Judicial de Base, no Acórdão proferido, em 14 de Março de 2014, no Proc. n.º

CR1-12-0131-PCC, consideraram que o ex-Secretário Ao Man Long e o fundador da multinacional Waterleau, Luc A. Vriens, praticaram 3 crimes de corrupção, respectivamente passiva e activa, para actos ilícitos i) no contrato de “Concepção/Construção, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais do Parque Industrial Transfronteiriço de Macau” e suas obras adicionais (isto é, obras adicionais destinadas ao melhoramento da qualidade de drenagem das águas residuais); ii) no contrato de “Concepção e Construção da 2ª Fase da Estação de Tratamento de Águas Residuais do Posto Transfronteiriço de Macau”; e iii) no contrato de “Concepção e Construção da 2ª Fase da Estação de Tratamento de Águas Residuais de Coloane”.

33 - Nos mesmos Processos ficou provado que o gerente-geral da concorrente ATAL Engineering Limited, Fong Chun Yau, praticou **2 crimes de corrupção activa**: i) no contrato de “Concepção/Construção, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais do Parque Industrial Transfronteiriço de Macau” e ii) no contrato de “Concepção e Construção da 2.ª Fase da Estação de Tratamento de Águas Residuais do Posto Transfronteiriço de Macau”.

34 - Doutro passo, o Tribunal de Última Instância, no acórdão n.º 37/2011, proferido em 31 de Maio de 2012, arquivado como Processo n.º CR4-12-0125-PCC, determinou a transmissão por adjudicação à RAEM de uma quota equivalente a 20% do capital social da Waterleau Macau Limitada, sociedade que foi constituída para receber as retribuições que seriam depois entregues ao ex-Secretário Ao Man Long – (Doc. n.º 41 junto com

a pi).

35 - O Governo da RAEM, apesar de ter anunciado que iria abrir concurso público, renovou-lhes, em 2015, com dispensa de concurso público, o contrato *Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais do Parque Industrial Transfronteiriço de Macau* – (Doc. n.º 40).

36 - A primeira recorrente **CESL ÁSIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A.**, como sociedade registada e com sede em Macau, com todos os seus recursos de pessoal e organização administrativa estabelecidos em Macau, foi a responsável **durante 5 anos pela operação e manutenção da ETAR de Macau** - como a entidade adjudicante bem sabe e como consta do contrato do consórcio denominado **CESL ÁSIA - INVESTIMENTOS E SERVIÇOS, S.A., INDAQUA - INDÚSTRIA E GESTÃO DE ÁGUAS, S.A. e TSING HUA TONG FANG CO., Ltd.**

37 - Os sócios da “Waterleau Macau, Lda” eram 2 empresas de Hong Kong, “Regall Well Limited” e “Best Choice Assets Lda”, sendo actualmente a RAEM e “Regal Well Ltd”, tendo a sua designação passado a ser desde 20/02/2006, “Waterleau Asia, Ltd” (doc. 1, junto com contestação de “Waterleau Group” e “Beijing Enterprises Water Group, Ltd”).

38 - Luc Vriens faleceu em Shanghai em 12 de Setembro de 2014 (doc. 2 junto com contestação de “Waterleau Group” e “Beijing Enterprises Water Group, Ltd”).

\*\*\*

## **IV – O Direito**

O digno Magistrado do MP enfrentou com perspicácia as questões suscitadas no recurso.

Fê-lo nos seguintes termos:

*“Processo 804/2016*

*Recurso contencioso*

*Tribunal de Segunda Instância*

*“CESL ÁSIA - Investimentos e Serviços, S. A.”, e “FOCUS AQUA, Limitada”, devidamente identificadas nos autos e consorciadas em vista do concurso para adjudicação dos serviços de “Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau”, recorrem contenciosamente do acto de 22 de Setembro de 2016, da autoria do Senhor Chefe do Executivo, que autorizou a adjudicação de tais serviços ao consórcio “BEWG - WATERLEAU”, constituído pelas sociedades “Waterleau Group” e “Beijing Enterprises Water Group, Ltd”.*

*O consórcio integrado pelas recorrentes foi admitido a concurso, no acto público de abertura das propostas, mas foi excluído, na fase de avaliação das propostas, pela Comissão de Avaliação, por não satisfazer o requisito de experiência exigido pelo ponto 6.2 do capítulo II.2 do Regulamento do Concurso, exclusão que acabaria por obter o implícito aval do acto recorrido.*

*As recorrentes entendem que foram violados inúmeros princípios reitores da actividade administrativa, tais como os da legalidade, igualdade, proporcionalidade, imparcialidade e boa-fé, e bem assim o princípio da livre concorrência, tendo ainda havido errada interpretação e aplicação da cláusula 6.2 do capítulo II.2 do Regulamento do Concurso.*

*Posição diametralmente oposta veiculam a autoridade recorrida e as contra-interessadas que compõem o consórcio adjudicatário, as quais asseveram a legalidade do acto e pugnam pela improcedência do recurso.*

*Vejamos, fazendo incidir a atenção sobre as fases ou etapas do concurso às quais as recorrentes reportam os vícios que atribuem ao acto recorrido.*

*Começam elas por afirmar que os documentos conformadores do concurso, tais como o Aviso de Abertura, o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos, foram feitos à medida, quer para impedir a avaliação da experiência anterior da primeira recorrente e das suas sociedades subsidiárias, obstaculizando que se apresentassem a concurso em condições de o ganhar, quer para caracterizar e limitar as empresas que podiam ser concorrentes.*

*Para sustentar tal afirmação, asseveram que foram adoptados requisitos de qualificação mais limitativos do que os que haviam sido exigidos no anterior concurso público de 2010, em que estava em causa a mesma ETAR e os serviços assumiam maior complexidade e tinham uma duração de cinco anos. Daí que considerem ilegais as regras dos pontos 6.2 e 6.3 do capítulo II.2 do Regulamento do Concurso.*

*As questionadas regras dispõem sobre a experiência exigida aos concorrentes. Nomeadamente, reportam-na aos dez anos anteriores à publicação do anúncio e obrigam a um mínimo de dois serviços de operação e manutenção, cada um deles de duração não inferior a dois anos, bem como dispõem sobre a forma da sua repartição quando os concorrentes se apresentem em consórcio.*

*A diferença das exigências, por comparação com o concurso de 2010, nada prova ou demonstra. É natural que, à medida que os conhecimentos e as técnicas vão evoluindo, numa área que se pode considerar relativamente recente, como é a do tratamento de águas residuais, as exigências se vão tomando paulatinamente maiores e diversas. Os critérios e os requisitos técnicos por que deve pautar-se o concurso, tal como a qualificação exigidas aos concorrentes, são matérias da exclusiva responsabilidade e competência do dono da obra e que este não pode obviamente descuidar. É na escolha e definição dessas exigências que verdadeiramente começa a defesa do interesse público. E apresentando-se elas aplicáveis por igual a todos os concorrentes, como sucede, não se divisa como o seu maior ou menor rigor possa ter por fito dificultar a candidatura da primeira recorrente e o seu sucesso no concurso.*

*Por outro lado, não há coincidência, quer em objectivos, quer em duração, entre os concursos de 2010 e de 2016, o que também pode justificar o recurso a critérios e requisitos diversos.*

*Além disso, a circunstância de a primeira recorrente não possuir os requisitos de qualificação exigidos pelo concurso não é decisiva para ela ser afastada do concurso. Basta que se apresente em consórcio, de forma a satisfazer os requisitos necessários.*

*Acresce que a denunciada tentativa de convencer a recorrente “CESL ÁSIA - Investimentos e Serviços, S. A.” a não se apresentar a concurso, não respeita ao concurso aqui em causa, o de 2016, mas a um*

*outro, de maior duração e abrangência, em que, para além de operação e manutenção, irão também a concurso upgrade works da ETAR, como bem resulta do documento 26 junto com a petição de recurso. Neste documento, aparece, aliás, justificada razão de a Direcção dos Serviços de Protecção Ambiental haver sugerido que as empresas consorciadas, que estavam a executar os serviços postos a concurso em 2010, não se apresentassem ao tal concurso futuro de modernização, operação e manutenção da ETAR. Essa sugestão é avançada perante a hipótese de uma dessas empresas, concretamente a “Tsing Rua Tong Fang”, vir a elaborar gratuitamente o projecto preliminar dos trabalhos de modernização que estarão incluídos no tal concurso futuro. No contexto em que é feita, a sugestão revela-se pertinente e em nada interfere com o concurso de 2016.*

*Não se detecta, em suma, na parte relativa aos documentos por que se rege o concurso, qualquer violação dos invocados princípios ou qualquer ilegalidade das normas concursais questionadas.*

*Depois, as recorrentes atacam o acto por haver homologado o procedimento e a decisão adoptados pela Comissão de Avaliação ao excluí-las do concurso.*

*Nesta matéria, apontam para uma errada interpretação da aludida cláusula 6.2 do Regulamento do Concurso. Defendem que, tendo a primeira recorrente executado o anterior contrato de prestação de serviços durante cinco anos, o qual também incluía operação e manutenção da ETAR, não pode a respectiva experiência ser considerada insuficiente, valer menos ou ser considerada inferior a duas experiências de dois anos cada.*

*Ora bem, não é isso o que se retira da cláusula em questão. A cláusula obriga à posse de duas experiências de, ou relativas a, operação e manutenção de ETAR. E cada uma dessas experiências deve ter duração não inferior a dois anos. Tendo a primeira recorrente, no período relevante para o efeito, apenas uma experiência de operação e manutenção de ETAR, não cumpre evidentemente o requisito. Mesmo que essa experiência se tenha prolongado por um prazo de cinco anos, não deixa de ser apenas uma experiência.*

*Diga-se, até, que este argumento está em contradição com o invocado afeiçoamento dos documentos conformadores do concurso para impedir a avaliação da experiência anterior da primeira recorrente e, dessa forma, obviar a que se apresentasse a concurso em condições de o ganhar. Se houvesse erro de interpretação com violação da cláusula 6.2 referida, e se a experiência exibida pela primeira recorrente devesse ser bastante para prosseguir em concurso, à luz de uma correcta interpretação dessa cláusula, então não faria sentido sustentar-se, como fazem as recorrentes, que essa cláusula foi feita à medida da exclusão da primeira recorrente.*

*Portanto, esta primeira razão não se mostra procedente.*

*Argumentam ainda as recorrentes que houve diferença de critérios na apreciação da sua experiência e na apreciação da experiência da concorrente “WABAG Serviços de Tratamento de Águas (Macau) Limitada”. Isto porque, no caso da primeira recorrente, a Comissão não cindiu o prazo de cinco anos de experiência, de forma a considerar a existência dos exigidos dois períodos de dois anos; já no caso da WABAG, a Comissão aceitou agrupar vários contratos de curta duração para considerar preenchida uma experiência de dois anos.*

*Crê-se que as situações são diversas e que o procedimento adoptado não configura um tratamento desigual. No caso das recorrentes, havia efectivamente apenas uma prestação de serviço, a coberto de um contrato de prestação de serviços, que durou cinco anos, e que não era possível cindir, sob pena de fraude à letra e ao espírito daquela mencionada cláusula 6.2. Já no caso da WABAG, o que se constata é que houve uma prestação de serviço ininterrupta por mais de dois anos, sem qualquer hiato, posto que sustentada em contratos de duração inferior, o que configura uma das exigidas experiências de dois anos, à luz da letra e do espírito daquela mesma cláusula.*

*Daí que também este argumento soçobre.*

*Finalmente, as recorrentes atacam também o acto por haver homologado a posição de primeiro classificado, e vencedor do concurso, atribuída pela Comissão de Avaliação ao consórcio formado pelas sociedades “Waterleau Group” e “Beijing Enterprises Water Group Limited”.*

*E fazem-no essencialmente por dois motivos. Em primeiro lugar, porque do consórcio vencedor faz parte a sociedade “Waterleau Group”, que sucedeu e resultou de uma fusão de sociedades, entre as quais pontuava a “Waterleau Global Water Technology N. V.”, que anteriormente vira condenado um seu sócio, em Macau, por corrupção, e que fora, ela própria, associada a práticas de corrupção. Depois, porque nenhuma das sociedades que compõem o consórcio vencedor vai conseguir cumprir as exigências impostas pelas cláusulas 6.1 e 6.5 da parte II.2 do Programa do Concurso.*

*Quanto à primeira daquelas razões, importa dizer que, no concurso, não intervieram, nem se candidataram, quer a sociedade “Waterleau Global Water Technology N. V.”, quer o seu sócio que foi condenado em Macau, nenhum deles fazendo parte da concorrente “Waterleau Group”. Além disso, não se percebe, nem as recorrentes explicam, como e em que medida pode a admissão a concurso e a adjudicação dos serviços ao consórcio de que faz parte a “Waterleau Group” redundar em violação dos princípios da legalidade, igualdade, imparcialidade, boa-fé, concorrência e justiça.*

*Quanto ao segundo motivo invocado, ele não passa de uma especulação, sem qualquer valor para pôr em xeque a validade do acto, também não explicitando as recorrentes as razões de afirmarem que o consórcio não vai poder cumprir aquelas cláusulas 6.1 e 6.5. Aliás, de acordo com o doc. n.º 4 junto com a contestação das contra-interessadas “Waterleau Group” e “Beijing Enterprises Water Group, Ltd” está já demonstrado o cumprimento daquelas cláusulas.*

*Também aqui se mostra insubsistente a alegação das recorrentes.*

*Ante o exposto, e na improcedência dos suscitados vícios, o nosso parecer vai no sentido do não provimento do recurso.”*

Concordamos inteiramente com a posição do digno Magistrado do MP. Razão pela qual, com a devida vénia e para todos os efeitos, fazemos nosso o conteúdo do parecer acabado de transcrever. O mesmo é dizer que, pelas razões ali expostas, improcedem os vícios invocados pela recorrente.

Aliás, na parte em que a recorrente imputa a violação dos princípios da igualdade, da imparcialidade e boa fé, justiça e proporcionalidade, sendo estes limites intrínsecos à actividade discricionária da Administração, os actos só são sindicáveis em face de erros notórios, grosseiros e palmares, o que aqui não se vislumbra. Com efeito, “No âmbito da discricionariedade ou, em geral, naqueles casos em que é reconhecida uma margem de livre apreciação e decisão à Administração, não cabe ao Tribunal dizer se a decisão da Administração foi aquela que o tribunal teria proferido se a lei lhe cometesse essa atribuição. Essa é uma avaliação que cabe exclusivamente à Administração. O papel do Tribunal é o de concluir se houve erro manifesto ou total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, por violação do princípio da proporcionalidade ou outro” (Ac. do TUI, de 4/1172015, Proc. n.º 71/2015) No mesmo sentido, o Ac. do

*TSI, de 8/04/2014, Proc. n° 356/2013*, segundo o qual “Os tribunais administrativos não podem sindicar as decisões tomadas pela Administração no exercício de poderes discricionários, salvo nos casos extremos de erro grosseiro ou manifesto ou quando sejam infringidos os princípios gerais que limitam ou condicionam, de forma genérica, a discricionariedade administrativa, designadamente os princípios constitucionais; o princípio da imparcialidade, o princípio da igualdade, o princípio da justiça, o princípio da proporcionalidade, o princípio da boa fé, etc.” E por assim concluirmos, é também esta uma razão que ora invocamos para negarmos procedência ao recurso.

\*

Acrescenta-se, somente, que parte da fundamentação da recorrente na petição inicial pode ter uma leitura que aponte para a invocação do vício de *desvio de poder*, mesmo que tal “*nomen iuris*” não fosse por si expressamente suscitado e dessa maneira reputado.

Efectivamente, se a recorrente afirma que as exigências do concurso foram estabelecidas de forma a que ela não pudesse apresentar-se a ele e viesse a beneficiar do acto final de adjudicação, então estaremos perante uma alegação que pode ter, efectivamente, aquele objectivo: a de afirmar que a Administração quis, efectivamente, beneficiar alguma qualquer outra empresa concorrente ou, pelo menos, prejudicar qualquer chance de êxito da sua proposta. Ou seja, o poder discricionário teria sido exercido, não de acordo com o fim público que a lei depositou na esfera da Administração, mas sim com o fim (escondido) de prejudicar a recorrente em benefício de

fim e interesses privados de outra(s) empresa(s) candidatas à adjudicação.

Pois bem. Se essa era a sua intenção nesta invocação, cremos que não conseguiu demonstrar a respectiva factualidade, como lhe cumpria. E quanto a isso, valem aqui as afirmações que o MP produziu a respeito dos vícios expressamente invocados pela recorrente e que, de algum modo, também servem para rechaçar a tese deste hipotético vício de desvio de poder.

Em suma, o recurso não pode proceder.

\*\*\*

#### **IV – Decidindo**

Face ao exposto, acordam em julgar improcedente o recurso contencioso, mantendo o acto administrativo impugnado.

Custas pela recorrente, com taxa de justiça em 8 UCs.

T.S.I., 25 de Janeiro de 2018

José Cândido de Pinho

Tong Hio Fong

Lai King Hong

Fui Presente

Joaquim Teixeira de Sousa