

Processo n.º 35/2012.

Recurso jurisdicional em matéria administrativa.

Recorrente: [Companhia (1)].

Recorridos: Chefe do Executivo e [Companhia (3)]

Assunto: Novos vícios. Concurso público. Falta de reclamação sobre a decisão de admissão de proposta de um concorrente. Princípio da estabilidade das peças do procedimento.

Data do Acórdão: 27 de Junho de 2012.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Song Man Lei e Sam Hou Fai.

SUMÁRIO:

I – Nos termos do artigo 68.º, n.º 3, do Código de Processo Administrativo Contencioso, só podem ser invocados vícios novos nas alegações do recurso contencioso se o recorrente só tiver conhecimento dos factos em que se baseiam tais vícios supervenientemente, por exemplo, com a junção do processo instrutor.

II – Em concurso público para aquisição de bens e serviços para a Administração, regido pelo Decreto-Lei n.º 63/85/M, a não reclamação da decisão da comissão de abertura das propostas que admite os candidatos, preclui a possibilidade de invocar deficiências da proposta do concorrente vencedor no recurso contencioso do acto de adjudicação.

III – Não viola o princípio da estabilidade das peças do procedimento a divisão de um factor de ponderação em dois subfactores, pelo júri de concurso público para aquisição de bens e serviços para a Administração, após a publicação do anúncio de abertura do concurso, mas antes da abertura das propostas.

O Relator

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:**

I – Relatório

[**Companhia (1)**] interpôs recurso contencioso de anulação do despacho do **Chefe do Executivo**, de 20 de Abril de 2010, que autorizou a adjudicação do concurso público designado “Criação e exploração de Lugares de Estacionamento Tarifado nas Vias Públicas da Zona 2”.

Por acórdão de 15 de Dezembro de 2011, o **Tribunal de Segunda Instância (TSI)** negou provimento ao recurso.

Inconformada, interpõe [**Companhia (1)**] recurso jurisdicional para o **Tribunal de Última Instância (TUI)**, terminando a respectiva alegação com a formulação das seguintes conclusões úteis:

- A decisão impugnada incorre em falta de fundamentação da matéria de facto pertinente para a boa resolução da causa, na medida em que não se pronuncia sobre se a alteração dos termos do programa do concurso ocorreu antes da entrega da primeira proposta pelos concorrentes, o que implica a sua nulidade nos termos do artigo 571.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigos 1 e 149.º, n.º 1 do CPAC.

- A decisão impugnada incorre em falta de fundamentação da matéria de facto pertinente para a boa resolução da causa, na medida em que não se pronuncia sobre as omissões e insuficiências técnicas que foram concretamente apontadas à proposta da Contra-Interessada, o que implica a sua nulidade nos termos do artigo 571.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigos 1 e 149.º, n.º 1 do CPAC.

- A decisão impugnada cometeu um erro de direito na aplicação dos números 2 e 3 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M dado que quando o programa do concurso o não admita expressamente, não existe margem discricionária para a entidade adjudicante aceitar admitir a concurso uma proposta parcialmente redigida em língua inglesa, ou o júri resolver apreciar documentação apresentada apenas em língua inglesa.

- O acto de adjudicação de um concurso público em favor de uma proposta que esteja em incumprimento dos números 2 e 3 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M terá que ser considerado inválido, por violação de lei.

- A decisão impugnada cometeu um erro de direito na aplicação dos artigos 22.º, alínea d) e 24.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 63/85/M e padece de uma deficiente fundamentação sobre este ponto, uma vez que as regras do jogo devem ser as mesmas para todos os concorrentes e devem ser explicadas com transparência pela entidade adjudicante, não sendo aceitável que se tolere que uma das propostas se desdobre em opções técnicas alternativas, apresentando vários modelos de equipamento.

- A decisão impugnada cometeu um erro de direito no que se reporta à violação do princípio da estabilidade das peças do procedimento, decorrente do regime do

procedimento concursal regulado no Decreto-Lei n.º 63/85/M, uma vez que nada sugere que seja possível criar livre e directamente novos subfactores, subdividindo um factor originalmente previsto no programa do concurso, e tal não resulta também do Despacho n.º XX/STOP/2009.

- Não está verdadeiramente em causa uma simples concretização ou desdobramento de um factor original, mas uma alteração material dos termos do concurso, o que ocorreu sem aviso ou publicitação prévia, o que coloca em causa o princípio da tutela da confiança que os concorrentes merecem.

O Ex.^{mo} **Magistrado do Ministério Público** emitiu douto parecer em que se pronuncia pela improcedência do recurso.

II - Os Factos

Estão provados os seguintes factos:

1- Foi aberto concurso para a “*Criação e Exploração de Lugares de Estacionamento tarifado nas Vias Públicas da Zona 2*”, cujo anúncio foi publicado no Boletim Oficial de 10/03/2010 (fls. 911-912 apenso instrutor I).

2- A ele concorreram:

- “[*Companhia (1)*]”, ora recorrente;

“[*Companhia (2)*]”

- “[Companhia (3)]”, aqui contra-interessada;

- “[Companhia (4)]”;

- “[Companhia (5)]”;

“[Companhia (6)]”

3- Foram dados a conhecer o ” Programa do Concurso” (Apenso Traduções “B”, fls. 90) e o “Caderno de Encargos (loc. cit., fls. 121 e sgs.)

4- Foi elaborado o relatório de Apreciação das Propostas a Concurso Público (fls. 13 e sgs. do Apenso “Traduções”“A”).

5- Foi prestada a informação nº XXX/DGT/2010, de 8/04/2010, que propôs a adjudicação da exploração do serviço à “[Companhia (3)]” e o Ex.mo Chefe do Executivo despachou “Autorizo” (fls. 908 a 910 dos autos e tradução no Apenso A “Traduções” a fls. 104 e sgs.).

III – O Direito

1. As questões a apreciar

As questões a apreciar são as seguintes:

- Se existe nulidade do Acórdão recorrido por falta de fundamentação da matéria de facto;

- Se o Acórdão recorrido enferma de erro de direito na aplicação dos números 2 e 3 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, por ter entendido não ter ocorrido violação da lei na entrega de parte de proposta em língua inglesa, por parte do concorrente a quem viria a ser adjudicado o contrato.

- Se o Acórdão recorrido violou a lei ao ter considerado não ter sido violado no concurso o princípio da estabilidade do procedimento, em virtude de o júri do concurso ter estabelecido subcritérios de adjudicação e os respectivos valores quantitativos depois de aberto o concurso e sem conhecimento prévio dos concorrentes (violação dos princípios da justiça e da imparcialidade).

2. Falta de fundamentação da matéria de facto

Entende a recorrente que a decisão recorrida enferma de falta de fundamentação da matéria de facto, na medida em que não se pronuncia sobre se a alteração dos termos do programa do concurso ocorreu antes da primeira entrega da primeira proposta, sobre se as omissões e insuficiências técnicas que foram apontadas à proposta da contra-interessada. Haveria, assim, omissão de pronúncia, nos termos do artigo 571.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil.

Mas há consenso em que apontada nulidade só corre no caso de falta absoluta de fundamentação de facto ou de direito, e não de deficiente fundamentação, o que, mesmo de

acordo com a alegação da recorrente, não ocorre.

Improcede, portanto, a arguição.

3. Redacção de propostas em língua não oficial. Falta de reclamação sobre a decisão de admissão de proposta de um concorrente

Para a recorrente a decisão impugnada cometeu um erro de direito na aplicação dos números 2 e 3 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, uma vez que quando o programa do concurso o não admita expressamente, não existe margem discricionária para a entidade adjudicante aceitar admitir a concurso uma proposta parcialmente redigida em língua inglesa, ou o júri resolver apreciar documentação apresentada apenas em língua inglesa.

Descrevamos, brevemente, a tramitação do procedimento entre a entrega das propostas e a adjudicação.

Entregues as propostas dos candidatos a um concurso público para escolha de contratante, em contrato relativo à aquisição de bens e serviços para a Administração Pública, tem lugar o *acto público do concurso*, que decorre perante uma comissão (artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

O acto inicia-se pela leitura do anúncio do concurso e do respectivo programa, finda a qual será elaborada, pela ordem de entrada das propostas, *a lista dos concorrentes*, procedendo-se à sua leitura em voz alta.

Finda a leitura, os concorrentes poderão *reclamar* sempre que:

a) Se verifiquem divergências entre o programa do concurso ou o anúncio lidos, e os constantes das respectivas publicações;

b) Não tenha sido tornado público e junto ao processo do concurso patenteado, qualquer esclarecimento prestado por escrito a outro ou outros concorrentes;

c) Não tenham sido incluídos na lista dos concorrentes, desde que apresentem recibo ou aviso postal de recepção comprovativos da oportuna entrega das suas propostas;

d) Se haja cometido qualquer infracção dos preceitos imperativos do Decreto-Lei n.º 63/85/M (artigo 27.º, n.º 1 deste Decreto-Lei).

Proceder-se-á em seguida à *abertura dos sobrescritos exteriores* pela ordem da sua entrada no serviço por onde corre o processo do concurso, extraíndo de cada um os dois sobrescritos que devem conter.

Pela mesma ordem se fará imediatamente *a abertura dos sobrescritos* que contenham exteriormente a indicação de «*Documentos*» (artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Seguidamente, a *comissão*, em sessão não pública, *deliberará sobre a habilitação dos concorrentes* em face dos documentos por eles apresentados, após o que voltará a tornar-se pública a sessão para se indicarem os *concorrentes excluídos* e as razões da sua exclusão (artigo 29.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Se contra as deliberações tomadas for deduzida qualquer *reclamação*, a comissão decidi-la-á imediatamente, mas de tudo se fará menção na respectiva acta.

Quando a importância ou complexidade da aquisição o justifique, o anúncio do concurso poderá determinar que, abertos os sobrescritos dos documentos, rubricados pela comissão e relacionados na acta, seja *suspensa o acto público por prazo razoável* que permita o *estudo dos documentos* (artigo 29.º, n.ºs 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Proceder-se-á em seguida à *abertura dos sobrescritos que contêm as propostas dos concorrentes admitidos*, pela ordem por que estes se encontrem mencionados na respectiva lista.

Lidas as *propostas*, a *comissão* procederá ao seu exame formal e *decidirá se as admite ou não*.

Da *decisão que admita uma proposta*, pode qualquer outro concorrente ou seu legítimo representante *reclamar*.

As propostas, bem como os elementos juntos pelos concorrentes, serão rubricados por todos os membros da comissão.

Os *concorrentes* ou seus legítimos representantes poderão solicitar que lhes seja mostrada, para *exame*, qualquer *proposta* e os respectivos *documentos* (artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Quando diferentes concorrentes tiverem oferecido o mesmo preço e este seja mínimo entre todos os propostos, proceder-se-á em acto contínuo à licitação verbal, somente entre os ditos concorrentes, pelo período de 15 minutos (artigo 32.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Posteriormente, a comissão mandará proceder à leitura da acta, decidirá quaisquer reclamações que sobre esta forem apresentadas, e dará em seguida por findo o acto público do concurso (artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Das deliberações da comissão sobre as reclamações deduzidas poderá qualquer interessado recorrer para a entidade adjudicante, no próprio acto do concurso, ditando para a acta o requerimento do recurso.

Se for atendido o recurso, praticar-se-ão os actos necessários para sanar os vícios arguidos e satisfazer os legítimos interesses do recorrente, ou anular-se-á o concurso (artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Posteriormente, tem lugar a adjudicação, que deverá ocorrer no prazo de noventa dias contados da data do acto público do concurso, findo o qual cessa, para os concorrentes que não hajam recebido comunicação sobre a adjudicação, a obrigação de manter as respectivas propostas, tendo os interessados direito à restituição ou libertação da caução provisória prestada (artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Descrito o regime, vejamos.

Como é sabido, é princípio do direito processual ou procedimental que a sucessão de actos que constituem o processo, assenta na consolidação dos actos anteriores cobertos por decisões que não tenham sido impugnadas (princípio da preclusão). Se fosse possível, a todo o tempo, estar a impugnar decisões anteriores sobre as quais assentam as seguintes decisões e os actos posteriores, seria o caos. Ensina MANUEL DE ANDRADE¹ que “Há ciclos processuais rígidos, cada um com a sua finalidade própria e formando compartimentos estanques. Por isso os actos (*maxime* as alegações de factos ou os meios de prova) que não tenham lugar no ciclo próprio ficam precludidos”.

Por isso, no procedimento do concurso em causa, a comissão de abertura das propostas toma várias decisões, desde a elaboração da lista dos concorrentes, sujeita a reclamação dos interessados (artigos 26.º e 27.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M), exclusão de concorrentes, sujeita a reclamação dos interessados (artigo 29.º do Decreto-Lei n.º

¹ MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979, p. 382.

63/85/M), admissão das propostas dos concorrentes, sujeita a reclamação dos interessados (artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Seguidamente, a comissão decide as reclamações.

E, das deliberações da comissão sobre as reclamações deduzidas poderá qualquer interessado recorrer para a entidade adjudicante, no próprio acto do concurso, ditando para a acta o requerimento do recurso (artigo 35.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Depois, o recurso deverá ser decidido pela entidade competente no prazo de dez dias a contar da data da entrega das alegações, não podendo proceder-se a adjudicação antes de decorrer esse prazo (artigo 35.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 63/85/M). Ou seja, o recurso tem efeito suspensivo da marcha do processo.

Se for atendido o recurso, praticar-se-ão os actos necessários para sanar os vícios arguidos e satisfazer os legítimos interesses do recorrente, ou anular-se-á o concurso (artigo 35.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 63/85/M).

Todo este formalismo, que rodeia os actos de admissão e rejeição das propostas, com possibilidades de reclamação de cada decisão da comissão, sujeita a recurso hierárquico, que pode levar à anulação de todo o concurso ou apenas dos actos pertinentes, e só então, isto é, só depois de decididas todas as questões anteriores e de sanados todos os vícios, pode ter lugar a adjudicação, só é compatível com a preclusão das decisões da comissão que não forem oportunamente impugnadas.

Para a mesma conclusão (recurso necessário e não meramente facultativo) aponta o efeito suspensivo do recurso da comissão, para a entidade adjudicante, da admissão das propostas dos concorrentes. É que, como se sabe, em regra, o recurso hierárquico necessário (aquele que se tem de interpor para abrir a via contenciosa) tem efeito suspensivo, enquanto que o recurso hierárquico facultativo tem efeito não suspensivo (artigo 157.º do Código do Procedimento Administrativo).

Ora, a recorrente não reclamou da decisão de aceitação da proposta do concorrente a quem viria a ser adjudicado o contrato, tendo tido à sua disposição a proposta e os respectivos documentos, nos termos do n.º 5 do artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, pelo que não pode fundamentar em vícios da proposta do outro concorrente a impugnação contenciosa da adjudicação.

4. Questão não suscitada na petição de recurso contencioso

A recorrente considera, nas alegações de recurso, que não é possível que uma das propostas apresente opções técnicas alternativas, apresentando vários modelos de equipamento.

Mas percorre-se a petição de recurso contencioso e não se vislumbra a alegação deste vício. Fê-lo apenas nas alegações do recurso contencioso.

Nos termos do artigo 68.º, n.º 3, do Código de Processo Administrativo Contencioso, só podem ser invocados vícios novos nas alegações do recurso contencioso se o recorrente só tiver conhecimento dos factos em que se baseiam tais vícios supervenientemente, por exemplo, com a junção do processo instrutor.

Não foi o caso.

Não se conhece desta questão.

5. Alteração de critérios de adjudicação após a abertura do concurso

Considera a recorrente que foi violado no concurso o princípio da estabilidade do procedimento, em virtude de o júri do concurso ter estabelecido subcritérios de adjudicação e os respectivos valores quantitativos depois de aberto o concurso e sem conhecimento prévio dos concorrentes.

Examinemos a questão.

i) De acordo com o n.º 6 das *Regras de Trabalho da Comissão de Avaliação*, no âmbito de realização de despesas com obras e aquisição de bens e serviços, que constituem o Anexo II ao Despacho n.º XX/SOPT/2009, de 2 de Julho de 2009, despacho interno, não publicado, do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, “Na ausência do método de pontuação dos factores de ponderação no processo, a Comissão de Avaliação, antes da abertura das propostas, deve elaborar o método de pontuação dos factores e dos eventuais sub-factores, segundo os critérios de avaliação estabelecidos, com seriedade, justiça,

imparcialidade e objectividade, devendo o mesmo ser registado por escrito”.

ii) Do anúncio de abertura do concurso público dos autos, publicado na II série, do Boletim Oficial, do dia 10 de Março de 2010, consta no seu n.º 14:

“14. Critério de apreciação de propostas e respectivos factores de ponderação:
14.1. Percentagem de contrapartida proposta: (50%);
14.2. Características dos equipamentos a utilizar (tecnologia avançada e aplicável à circunstância de Macau): (20%);
14.3. Compromisso, assumido pelo proponente, de cumprimento do programa de gestão e exploração de lugares de estacionamento tarifado: (15%);
14.4. Experiência do proponente em serviço semelhante ou similar ao objecto do presente concurso público (principalmente experiência adquirida em Macau): (15%)”.

iii) Na 2.ª reunião da Comissão de Avaliação das Propostas, do concurso dos autos, realizada em 26 de Março de 2010, esta decidiu o seguinte:

“Critério de apreciação de propostas e respectivos factores de ponderação
De acordo com os n.ºs 21.1 a 21.4 do art.º 21º do Programa de Concurso, o critério de apreciação de propostas e respectivos factores de ponderação é composto pelos quatro elementos seguintes:

1. Percentagem da contrapartida proposta----- 50%
2. Características dos equipamentos a utilizar (tecnologia avançada e aplicável à circunstância de Macau) ----- 20%
3. Compromisso, assumido pelo proponente, de cumprimento do programa de gestão e exploração de lugares de estacionamento tarifado -----15%
4. Experiência do proponente em serviço semelhante ou similar ao objecto do presente concurso público (principalmente experiência adquirida em Macau ---15%

Os critérios de apreciação de todos os itens e respectivas instruções de classificação

1. Percentagem da contrapartida proposta----- 50%

De acordo com os n.ºs 21.1.1 a 21.1.3 do Programa de Concurso, a percentagem da contrapartida proposta acima referida é composta pelas três sessões de contrapartida seguintes:

1.1 Percentagem da contrapartida proposta quando a tarifa de estacionamento, por hora, para automóveis ligeiros é de MOP1,00 a 3,00 e a tarifa de estacionamento, por hora, para motociclos e ciclomotores de MOP1,00. ----- (20%)

1.2 Percentagem da contrapartida proposta quando a tarifa de estacionamento, por hora, para automóveis ligeiros é mais de MOP3,00 e até 7,00 e a tarifa de estacionamento, por hora, para motociclos e ciclomotores é de MOP1,00 a 2,00. ----- (20%)

1.3 Percentagem da contrapartida proposta quando a tarifa de estacionamento, por hora, para automóveis ligeiros é mais de MOP7,00 e até 15,00 e a tarifa de estacionamento, por hora, para motociclos e ciclomotores é de MOP2,00 a 5,00. ----- (10%)

O critério de apreciação e a fórmula de cálculo da percentagem das contrapartidas propostas constantes do art.º 21 do Programa de Concurso, são os seguintes:

São excluídos, em primeiro lugar, das propostas admitidas (n), os valores máximos e mínimos da percentagem da contrapartida proposta dos pontos acima referidos e, depois de se somar os valores da percentagem da contrapartida proposta das restantes propostas, divide-se a soma pelo número de propostas remanescentes (n-2), através da seguinte fórmula:

$$P \text{ percentagem média da contrapartida} = \frac{\sum P \text{ percentagem da contrapartida proposta da proposta não excluída}}{(n-2)}$$

(Fórmula 1)

(Se o número de proponentes admitidos é ≤ 4 , não é necessário excluir os valores máximo e mínimo da percentagem da contrapartida proposta, tomando-se directamente o valor médio)

A percentagem justa de contrapartida é calculada através da seguinte fórmula:

$$P \text{ percentagem justa da contrapartida} = P \text{ percentagem média da contrapartida} \times 1.05$$

(Fórmula 2)

(Se, através da fórmula 2, o P percentagem justa da contrapartida é $> 100\%$, tomar-se-á como 100%)

São os valores obtidos pelos proponentes nas percentagens da contrapartida proposta acima mencionadas:

M valor obtido pelo proponente na P percentagem da contrapartida proposta pelo proponente (na i secção)

$$\text{Percentagem da contrapartida proposta} = P \text{ percentagem justa da contrapartida}$$

(na i secção)

X I (na i secção)

(na i secção)

(Fórmula 3)

I (na i secção) = Percentagem dos factores de ponderação dos valores obtidos nas respectivas secções de concurso da contrapartida proposta

I (1ª secção) = 20%, ponto 1.1 acima referido

I (2ª secção) = 20%, ponto 1.2 acima referido

I (3ª secção) = 10%, ponto 1.3 acima referido

(Se P percentagem da contrapartida proposta pelo proponente (na i secção) / P percentagem justa da contrapartida (na i secção) \acute{e} >1 , tomar-se-á 1)

Por fim, são os valores obtidos pelos proponentes nesta parte (percentagens da contrapartida proposta):

M percentagem da contrapartida proposta = M percentagem da contrapartida da 1ª secção + M percentagem da contrapartida da 2ª secção + M percentagem da contrapartida da 3ª secção (Fórmula 4)

2. Características dos equipamentos a utilizar (tecnologia avançada e aplicável à circunstância de Macau) Percentagem da contrapartida proposta ----- 20%

Nos termos do art.º 2º da parte III.2 das Cláusulas Técnicas do Caderno de Encargos, segundo o âmbito de uso do sistema tarifado e seus equipamentos de parquímetro (daqui em diante, equipamento de parquímetro), a seguir foi feito um mapa de especificações sobre as características básicas de equipamento de parquímetro (daqui em diante, “mapa de especificações”), bem como nos termos das três situações abaixo indicadas (I~III), procede-se primeiramente à selecção (fase de selecção) dos equipamentos de parquímetros apresentados pelos proponentes, se forem aprovados os respectivos equipamentos, procede-se então à avaliação (fase de avaliação).

Fase de selecção:

Mapa de especificações sobre as características básicas de equipamentos de parquímetro classificadas conforme o âmbito de uso de automóveis e motociclos:

É aceitável a pataca em moeda
É disponibilizado o uso de actual cartão de estacionamento
Dispõe de dispositivo onde se pode mostrar claramente as horas de estacionamento já pagas

Não se usam senhas de estacionamento

I – Se o proponente fornecer mais de um equipamento e respectivamente indicar o determinado âmbito de uso de todos os equipamentos (automóveis e motociclos).

- Caso, num dos âmbitos, nenhum equipamento reúna totalmente as condições previstas no mapa de especificações, considera-se o valor 0 na avaliação do item “características dos equipamentos a utilizar”, ou seja M característica de equipamento = 0.

- Caso, em dois dos âmbitos, haja respectivamente um ou mais um equipamento reúna totalmente as condições previstas no mapa de especificações, os respectivos equipamentos podem passar para a fase de avaliação conforme o âmbito de uso.*

II – Se o proponente fornecer mais de um equipamento e indicar o âmbito de uso do determinado equipamento.

- Caso os equipamentos sejam para automóveis, fica com o valor 0, a avaliação do item “características dos equipamentos a utilizar”, ou seja M característica de equipamento = 0.

- Caso todos os equipamentos sejam para motociclos, só se procede à avaliação dos parquímetros que reúnem condições previstas no mapa de especificações, fica como a avaliação final do item “características dos equipamentos a utilizar”, o equipamento com valor máximo atribuído.

III – Caso os equipamentos fornecidos pelo proponente não sejam indicados para determinado âmbito de uso.

- Caso os equipamentos não reúnem totalmente as condições previstas no mapa de especificações, fica com o valor 0, a avaliação do item “características dos equipamentos a utilizar”, ou seja M característica de equipamento = 0.

- Caso haja um ou mais de um equipamento reúna totalmente as características de equipamento previstas no mapa de especificações, procede-se à avaliação do parquímetro que reúne as condições, ficando como a avaliação final do item “características dos equipamentos a utilizar”, o equipamento com valor máximo atribuído.

Fase de avaliação:

A fase de avaliação do item “características dos equipamentos a utilizar” é composta por duas partes, sendo a primeira parte “tecnologia avançada, e a segunda “aplicável à circunstância em Macau”, que ocupam respectivamente 5% e 15%. O cálculo é feito com base na soma directa dos valores consoante o preenchimento das funções seguintes pelo

equipamento de parquímetro

- 2.1 Tecnologia avançada ----- 5%
- 2.1.1 Dispõe de caixa para moeda com alto nível de segurança ----- 2 pontos
 - 2.1.2 Dispõe de ecrã fosforescente ----- 0.5 ponto
 - 2.1.3 Uso misto ou pleno da energia renovável (ex. solar) ----- 0.5 ponto
 - 2.1.4 Bateria com capacidade de duração igual ou superior a 4 meses- 0.5 ponto
 - 2.1.5 É aceitável o pagamento de forma diferente ----- 0.5 ponto
(ex. cartão pré-pago, cartão de credito, ou pagamento feito através de via telefónica)
 - 2.1.6 É aceitável o pagamento em nota ----- 0.25 ponto
 - 2.1.7 É restituível e trocável ----- 0.25 ponto
 - 2.1.8 Dispõe de funções de impressão de recibo ----- 0.25 ponto
 - 2.1.9 Dispõe de funções de ligação sem fio (a outro equipamento) ---- 0.25ponto

M tecnologia avançada = valor acumulado directamente consoante o preenchimento das funções acima indicadas pelo equipamento de parquímetro.

- 2.2 Aplicável à circunstância de Macau ----- 15%

2.2.1 Gestão os lugares de estacionamento (mais de 40 lugares para motociclos ou menos de 10 lugares para automóveis ligeiros) e uso incompleto ou não misturável da corrente alternativa no seu funcionamento #-----10 pontos

2.2.2 Na operação há menos de 5 passos (todo o decurso contado da escolha de lugar até a conclusão de pagamento) ----- 2 pontos

2.2.3 Ocupação de área pelo equipamento de parquímetro (cfr. a sua área projectada não superior a $0.12M^2$) ----- 2 pontos

2.2.4 Complexidade de obras na instalação de equipamento (cfr. a complexidade não supera as actuais fases de instalação de equipamento de parquímetro) ----- 1 ponto

M aplicabilidade de equipamento = valor acumulado directamente consoante o preenchimento das funções acima indicadas pelo equipamento de parquímetro.

Caso os equipamentos não reúnam totalmente as características indicadas neste item, fica com o valor 0, a avaliação do item “aplicável à circunstância de Macau”, ou seja M aplicabilidade de equipamento = 0.

Os valores obtidos neste item (características dos equipamentos a utilizar) são:

M características de equipamento = M tecnologia avançada = M aplicabilidade de equipamento

(Fórmula 5)

** Caso ocorra o valor 0 na classificação máxima do item “aplicável à circunstância de Macau) sobre determinado âmbito do uso de parquímetro, ou seja, M aplicabilidade de equipamento = 0 (para automóveis ligeiros) ou M aplicabilidade de equipamento = 0 (para motociclos), fica assim com o valor 0, a avaliação do item “características dos equipamentos a utilizar”, ou seja M características de equipamento = 0.*

3. Compromisso, assumido pelo proponente, de cumprimento do programa de gestão e exploração de lugares de estacionamento tarifado ----- 15%

De acordo com o art.º 14º do Programa de Concurso, devem os proponentes apresentar respectiva proposta, com teores incluindo mas não se limitando apenas aos teores previstos nos art.ºs 14.1, 14.2 e 14.3, tais como os três aspectos abaixo indicados (3.1~3.3). Tendo em consideração a importância de todos os aspectos e sua conexão, a supracitada percentagem de 15% é atribuída igualmente aos três aspectos, a saber:

3.1 Descrição do programa de execução da criação, remoção e alteração dos lugares de estacionamento tarifado bem como as obras de construção civil inerentes aos mesmos lugares, número dos trabalhadores e os recursos a colocar (W criação e remoção) ----- 5%

Valor (de 0 até 10) dado respectivamente pelos vogais da Comissão de Avaliação das Propostas, consoante o critério seguinte:

- Proposta com teor pormenorizado e razoável e há mais recursos a colocar: 8~10 pontos;
- Proposta com teor simples e razoável: 5~7 pontos;
- Proposta com teor mau ou irrazoável: 0~4 pontos.

M criação e remoção = valor médio dado pelos vogais da Comissão neste item * W criação e remoção/10 (Fórmula 6)

3.2 Descrição da metodologia, programa e periodicidade da execução da reparação e conservação dos equipamentos, sistemas e instalações dos lugares de estacionamento tarifado, assim como o número dos trabalhadores e recursos a colocar (W reparação e conservação) ----- 5%

Valor (de 0 até 10) dado respectivamente pelos vogais da Comissão, consoante o

critério seguinte:

- Proposta com teor pormenorizado e razoável e há mais recursos a colocar: 8~10 pontos;

- Proposta com teor simples e razoável: 5~7 pontos;

- Proposta com teor mau ou irrazoável: 0~4 pontos.

M reparação e conservação = valor médio dado pelos vogais da Comissão neste item

* W reparação e conservação /10 (Fórmula 7)

3.3 Descrição do plano de apoio aos serviços de atendimento e tratamento dos pedido de informações e de ajuda, queixas e sugestões provenientes dos utentes de lugares de estacionamento tarifado. (W apoio aos serviços) ----- 5%

Valor (de 0 até 10) dado respectivamente pelos vogais da Comissão, consoante o critério seguinte:

- Proposta com teor pormenorizado e razoável e há mais recursos a colocar: 8~10 pontos;

- Proposta com teor simples e razoável: 5~7 pontos;

- Proposta com teor mau ou irrazoável: 0~4 pontos.

M apoio aos serviços = valor médio dado pelos vogais da Comissão neste item * W

apoio aos serviços /10 (Fórmula 8)

Os valores obtidos neste item (compromisso, assumido pelo proponente, de cumprimento do programa de gestão e exploração de lugares de estacionamento tarifado) são: M proposta de gestão e administração = M criação e remoção + M reparação e conservação + M apoio aos serviços (Fórmula 9)

4. Experiência do proponente em serviço semelhante ou similar ao objecto do presente concurso público (principalmente experiência adquirida em Macau) -----15%

O presente item de experiência do proponente em serviço semelhante ou similar ao objecto do presente concurso público, é composto principalmente por dois aspectos, sendo respectivamente, a experiência na gestão e exploração de lugares de estacionamento tarifado (parquímetro) nas vias públicas que ocupa 10%, a na gestão e exploração de parque de estacionamento que ocupa 5%. Os valores são dados consoante a verificação dos dados apresentados pelo proponente com as regras a seguir indicadas, a saber:

4.1 Parte I: Experiência na gestão e exploração de lugares de estacionamento tarifado

(parquímetro) nas vias públicas -----10%

4.1.1 Número de ano de experiência na gestão e exploração em Macau-----4%

- Menos de 1 ano: 0 ponto
- Igual ou superior a 1 ano até 2 anos: 1 ponto
- Igual ou superior a 2 anos até 3 anos: 2.5 pontos
- Igual ou superior a 3 anos: 4 pontos

M número de ano de experiência na gestão e exploração em Macau = valor obtido directamente consoante as regras acima indicadas.

4.1.2 Número de parquímetros explorados nos últimos 3 anos em Macau----- 4%

- Menos de 1.000: 0 ponto
- Igual ou superior a 1.000 até 2.000: 1 ponto
- Igual ou superior a 2.000 até 3.000: 2 pontos
- Igual ou superior a 3.000 até 4.000: 3 pontos
- Igual ou superior a 4.000: 4 pontos

M número de parquímetros explorados em Macau = valor obtido directamente consoante as regras acima indicadas.

4.1.3 Número de ano de experiência na gestão e exploração de parquímetro no estrangeiro -----1%

- Menos de 1 ano: 0 ponto
- Igual ou superior a 1 ano até 2 anos: 0.25 ponto
- Igual ou superior a 2 anos até 3 anos: 0.65 ponto
- Igual ou superior a 3 anos: 1 ponto

M número de ano de experiência na gestão de parquímetro no estrangeiro = valor obtido directamente consoante as regras acima indicadas.

4.1.4 Número de parquímetros explorados nos últimos 3 anos -----1%

- Menos de 1000: 0 ponto
- Igual ou superior a 1000 até 2000: 0.25 ponto
- Igual ou superior a 2000 até 3000: 0.5 ponto
- Igual ou superior a 3000 até 4000: 0.75 ponto
- Igual ou superior a 4000: 1 ponto

M número de parquímetros explorados no estrangeiro = valor obtido directamente consoante as regras acima indicadas.

M número de ano de experiência na gestão e exploração em Macau = M número de parquímetros explorados em Macau + M número de ano de experiência na gestão de parquímetros no estrangeiro + M número de ano de experiência na gestão de parquímetros explorados no estrangeiro + M número de parquímetros explorados no estrangeiro
----- (Fórmula 10)

4.2 Parte II: Experiência na gestão e exploração de parque de estacionamento --- 5%

4.2.1 Número de parques de estacionamento público (sujeito ao regulamento) explorados nos últimos 3 anos e respectivo número de ano da referida experiência (considera-se 1 unidade de experiência, a gestão e exploração contínua, de mesmo parque de estacionamento por 1 ano, unidade dessa acrescida gradualmente conforme o número dos parques ou número dos anos da exploração) ----- 4%

- Sem experiência ou com experiência menos de 1 ano: 0 ponto
- 1 unidade de experiência: 1 ponto
- 2 unidades de experiência: 2 pontos
- 3 unidades de experiência: 3 pontos
- Igual ou superior a 4 unidades de experiência: 4 pontos

M número de ano de experiência na exploração do parque de estacionamento público = valor obtido directamente consoante as regras acima indicadas.

4.2.2 Número de parques de estacionamento particular explorados nos últimos três anos e respectivo número de ano da referida experiência (considera-se 1 unidade de experiência, a gestão e exploração contínua, de mesmo parque de estacionamento particular por 1 ano, unidade dessa acrescida gradualmente conforme o número dos parques ou número dos anos da exploração) -----1%

- Sem experiência ou com experiência menos de 1 ano: 0 ponto
- 1 unidade de experiência: 0.2 ponto
- 2 unidades de experiência: 0.4 ponto
- 3 unidades de experiência: 0.6 ponto
- 4 unidades de experiência: 0.8 ponto

M número de ano de experiência na gestão de lugar de estacionamento particular = valor obtido directamente consoante as regras acima indicadas

M experiência na exploração do parque de estacionamento público = M número de

ano de experiência na exploração do parque de estacionamento público + M número de ano de experiência na exploração do parque de estacionamento particular ----- (Fórmula 11)

Os valores obtidos neste item (experiência do proponente em serviço semelhante ou similar ao objecto do presente concurso público) são: M experiência = M experiência na gestão de parquímetro ração + M experiência na gestão de lugar de estacionamento ----- (Fórmula 12)

5. Pontuações finais obtidas pelos proponentes

As pontuações obtidas pelos proponentes são resultantes das respectivas somas das subclassificações acima indicadas, calculadas até duas casas decimais.

M classificação final de proposta = M percentagem de contrapartida + M características dos equipamentos a utilizar + M proposta de gestão e exploração + M experiência ----- (Fórmula 13)”.

6. Princípio da estabilidade do procedimento

Em suma, do anúncio de abertura do concurso público dos autos constava, no critério de apreciação de propostas e respectivos factores de ponderação, relativamente às características dos equipamentos a utilizar (*tecnologia avançada e aplicável à circunstância de Macau*), que esta ponderação seria, globalmente, de 20%.

Mas a respectiva Comissão de Avaliação das Propostas, antes da abertura das propostas, decidiu subdividir aquele factor em dois subfactores, um atinente à *tecnologia avançada* e outro atinente à *tecnologia aplicável à circunstância de Macau*, atribuindo ao primeiro 5% (com 9 *itens* com pontuações diversas) e ao segundo 15% (com 4 *itens* com

pontuações diversas). Ou seja, embora mantendo globalmente a percentagem do factor (20%), dividiu o factor em dois subfactores (5% + 15%), mas sendo certo que os dois subfactores já existiam no anúncio do concurso, embora estando unificados no mesmo factor. O que foi novo, na deliberação da Comissão, foi a atribuição de pontuação a cada um dos dois subfactores.

Aliás, a Comissão fez o mesmo com os outros factores, mas tal subdivisão não é impugnada pelo recorrente, provavelmente, porque não o prejudicou na avaliação.

O recorrente entende que foram violados no concurso o princípio da estabilidade do procedimento e os princípios da justiça e da imparcialidade.

Será assim?

Antes de mais, importa ter presente que a violação de um *princípio jurídico* ou de uma *norma jurídica* por um acto administrativo, não obedecem aos mesmos parâmetros.

Como explicam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA² «Apesar de as regras e os princípios jurídicos serem ambos normas directamente conformadoras de situações ou relações jurídicas (ou, então, de outras normas de grau inferior), eles são comandos qualitativamente distintos, não funcionam da mesma forma, e conhecer isso é fundamental para o intérprete se poder servir daquelas e destes.

² MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 169 a 171.

Assim, enquanto princípios normativos, os diferentes princípios relevantes em matéria de contratação pública constituem, claro, um tópico ou factor de argumentação e ponderação jurídica nas diferentes *hipóteses* procedimentais em que se suscite um problema situado no âmbito da sua previsão, devendo ser necessariamente chamados à colação - isolada ou contextualizadamente, tudo depende - sempre que se trate de aferir da legitimidade, da admissibilidade ou da regulação concreta a dar a uma certa questão ou caso de contratação pública não (plenamente) contemplado por uma regra jurídica.

Em alguns casos, quando a hipótese a resolver se situe claramente no âmbito da “*zona de certeza positiva*” ou de “*certeza negativa*” do princípio jurídico em causa³, este - apesar da sua “porosidade genética”, ou seja, da sua natural permeabilidade ou convivência (confluente ou conflituante) com outros princípios - é capaz de fornecer quase automaticamente a solução da hipótese em apreço, proibindo a respectiva pretensão no primeiro caso, permitindo-a ou legitimando-a, no segundo.

São as hipóteses mais raras, porém.

O que usualmente sucede - dada até a formulação ampla da previsão dos princípios em confronto com a mais restrita das regras - é que as características, contornos ou contexto em que surgem as situações concretas da contratação pública (ou da vida real, em geral)

³ A referida distinção tem sido usada, por exemplo, a propósito da questão da sindicabilidade judicial da interpretação e aplicação concretas, pela Administração, de conceitos vagos ou indeterminados usados na lei, permitindo-se o seu controlo pelos tribunais quando a utilização que deles se faz briga com hipóteses concretas situadas em qualquer uma dessas zonas de certeza.

não permitem inscrevê-las directamente nas zonas radicais ou de certeza dos princípios jurídicos e tirar daí, por uma operação de mera subsunção lógica, a “norma-do-caso”.

Como refere Gomes Canotilho, os princípios “*configuram normas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos*”, enquanto “*as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência*”⁴

Por outras palavras, os princípios constituem normas cujo relevo para o caso (para a *norma-do-caso*) só se alcança depois de se saber qual é o verdadeiro peso e valia que eles têm na hipótese concreta dada, além de que, sendo natural o fenómeno da colisão ou confluência entre princípios, sucede muitas vezes que a protecção ou o objectivo a que iriam votados num ambiente juridicamente asséptico, e donde decorreria uma solução incondicionada, tenha de ser confrontada, ponderada e eventualmente harmonizada com outros princípios jurídicos pertinentes, concretamente aplicáveis e valorizáveis na hipótese em causa.

Assim, o princípio da intangibilidade das propostas, por exemplo, não implica necessariamente que todas as alterações (em sentido amplo) de uma proposta sejam ilegais, assim como o princípio da estabilidade das regras do procedimento não determina

⁴ *Manual de Direito Constitucional*, p. 1161.

Ver também, sobre a lógica de funcionamento dos princípios, David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, 2006, p. 129, e Paulo Otero, *Legalidade e administração pública*, cit., p. 164 e ss.

necessariamente que todas as alterações das respectivas peças sejam ilegais. Sendo claramente princípios abstractamente válidos para regular essas questões - determinando, em circunstâncias normais, a inadmissibilidade de todas essas alterações -, a sua efectiva contribuição para a elaboração da "norma-do-caso" está sempre dependente da situação concreta da vida a regular, podendo acontecer ou que o caso não contenda afinal com os valores ou interesses a que esses princípios estão votados ou que existam outros princípios ou valores que, na hipótese em apreço, se revistam de maior dignidade, sobrepondo-se-lhes ou pedindo uma solução harmonizada que a todos contemple.

Diversamente se passam as coisas com as *regras* jurídicas: ao contrário dos princípios, elas obedecem à “lógica do tudo ou nada” (*applicable in all-or-nothing fashion*), encerram um comando jurídico abstracto de «sim ou não», sobre se uma determinada conduta ou pretensão é ou não juridicamente admitida ou legítima, tirando o intérprete daí, tendencialmente, através de um silogismo jurídico simples, de premissa maior, menor e conclusão, a solução que o legislador, o autor da regra, quis para essa categoria de casos⁵.

Em suma, a convivência dos princípios é conflitual, a convivência das regras é antinómica: em caso de conflito, os princípios coexistem, as regras excluem-se”.⁶

Pode dizer-se, por outras palavras, que enquanto a violação de uma regra por um acto

⁵ Referimo-nos naturalmente aos parâmetros extremos da dogmática jurídica: a aplicação da lei, por muito fechada que seja a sua regra, exige sempre a ponderação das circunstâncias do caso concreto e a adequação ou confronto do seu comando com as finalidades ou necessidades que aí se fazem sentir.

⁶ Gomes Canotilho, *Manual*, cit., P.1161

administrativo é sobretudo uma questão de qualidade (viola-a ou não), a violação de um princípio é sobretudo uma *questão de grau ou de medida*, a aferir, numa escala gradativa, em função do (maior ou menor) carácter intrusivo da lesão concreta provocada e do valor ou bem concretamente lesado».

Pode dizer-se que, no domínio da contratação pública, o *princípio* jurídico mais importante é o *da concorrência*. Segundo este, na formação dos contratos deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, e em cada procedimento deve ser consultado o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.

Deste princípio decorre como um dos corolários o princípio da estabilidade do concurso ou das peças do procedimento.

De acordo com o *princípio da estabilidade objectiva ou das peças do procedimento*, as regras e dados constantes das peças do procedimento, como o programa do concurso ou o caderno de encargos, devem manter-se inalterados durante a pendência dos respectivos procedimentos, sendo proibida e ilegítima a sua alteração (eliminação, aditamento, modificação ou desconsideração).

Nas palavras de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA⁷ «Os procedimentos

⁷ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, em *Estudos de Contratação Pública - I*, Coimbra Editora, 2008, p. 84 e 85.

administrativos de contratação pública assentam portanto numa lógica de auto-vinculação: a entidade adjudicante, na estrita medida consentida pela lei (por exemplo, artigo 132.º/4 do CCP), tem o poder de aprovar e de conformar discricionariamente as regras a que obedece o procedimento (hoje, em menor medida do que antes) e o “projecto contratual” sobre que os concorrentes devem pronunciar-se, mas, uma vez aberto o procedimento, ela fica, tanto quanto os interessados, vinculada a elas, não lhe sendo dado desconsiderá-las, nem por via de regra, introduzir-lhes alterações. Em suma, “as regras do jogo não devem ser alteradas depois de os dados estarem lançados”».

Tem-se considerado que o mencionado princípio impede, por exemplo, que após o anúncio do concurso e do programa do concurso, e sem que deles dê conhecimento atempado aos concorrentes, a Administração estabeleça novos factores de apreciação, novos prazos de conclusão da obra e de validade das propostas.⁸

Ou que, tendo a Administração definido como elementos essenciais das propostas que os bens objecto de fornecimento deviam deter certas características, possam as mesmas vir a ser desprezadas, por exemplo, porque outra ponderação foi entretanto levada a efeito relativamente a tal definição.⁹

Ou a alteração de factores de avaliação efectuada após a abertura do concurso.¹⁰

⁸ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo português, de 3.6.2004, Proc. 381/04.

⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo português, de 29.3.2007, Proc. 681/06.

¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo português, de 7.6.1988, Proc. 22610.

Estamos em condições de concluir, apreciando, concretamente, a questão colocada.

O programa do concurso dos autos e o respectivo caderno de encargos não foram alterados, pelo que, objectivamente, não houve alteração das peças do procedimento.

Também não foram introduzidos novos factores de apreciação das propostas, nem sequer foram alterados factores de avaliação após a abertura do concurso.

Aproveitando a imagem sugestiva atrás citada, as regras do jogo não foram alteradas depois de os dados estarem lançados.

O que sucedeu foi apenas, como já se explicou, com pormenor, que um factor de avaliação complexo, com determinada pontuação, constante do anúncio de abertura do concurso, foi cindido em dois subfactores, atribuindo-se a cada um destes uma pontuação que, somadas, representava exactamente a pontuação global constante do mencionado anúncio. E este estabelecimento dos dois subfactores teve lugar antes da abertura das propostas dos concorrentes, pelo que não se pode sequer pôr a possibilidade de tal actuação ter em vista beneficiar qualquer dos concorrentes.

Repare-se que, mesmo que a Comissão de Avaliação não tivesse deliberado a especificação dos dois subfactores, nada impedia, no âmbito da sua discricionariedade técnica, que ela pudesse atribuir pontuação no factor complexo, às duas componentes deste, de modo a chegar ao mesmo resultado. Isto é, mesmo que só houvesse que considerar a pontuação de 20% para o factor “características dos equipamentos a utilizar (tecnologia

avançada e aplicável à circunstância de Macau)”, nada impedia que pontuasse com 5% a “tecnologia avançada” e com 15% a “tecnologia aplicável à circunstância de Macau”.

Logo daqui se vê que não foi violado o princípio da concorrência, na sua vertente de princípio da estabilidade objectiva ou das peças do procedimento.

Também não foi violado o princípio da imparcialidade, porque todos os concorrentes receberam tratamento igual e imparcial, sendo que tal estabelecimento dos dois subfactores teve lugar antes da abertura das propostas.

Também não se mostra violado o princípio da justiça pois não se vislumbra que os interessados não tenham sido tratados de forma justa.

Improcede, assim, o recurso.

IV – Decisão

Face ao expendido, negam provimento ao recurso.

Custas pela recorrente, fixando a taxa de justiça em 15 UC.

Macau, 27 de Junho de 2012.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Song Man Lei –

Sam Hou Fai

O Magistrado do Ministério Público
presente na conferência: Vítor Manuel Carvalho Coelho