

Processo n.º 45/2011.

Recurso jurisdicional em matéria administrativa.

Recorrente: A.

Recorridos: Chefe do Executivo e Consórcio formado entre B, C e D.

**Assunto: Concursos públicos de empreitada de obras públicas e de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública. Princípio *pro* concurso. Procedimento administrativo contratual. Irrelevância do vício de procedimento. Princípio da proporcionalidade.**

Data da Sessão: 12 de Outubro de 2011.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Sam Hou Fai e José Maria Dias Azedo.

#### SUMÁRIO:

**I** – Suscitando-se dúvida insanável sobre interpretação de norma de Programa de Concurso, deve dar-se primazia aos valores inerentes à abertura do concurso e aos sacrifícios e incómodos que apresentar uma candidatura ou proposta envolve e para benefício, até, do próprio princípio da concorrência, deve a solução do caso pender *pro* concurso ou *pro* concorrente.

**II** – No procedimento administrativo contratual haverá uma situação de irrelevância do vício de procedimento sempre que (e na medida em que) os fins específicos que a imposição legal (ou regulamentar) da formalidade visava atingir tenham sido

comprovadamente alcançados, no caso concreto, ainda que por outra via.

**III** – Nos concursos públicos de empreitada de obras públicas e de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública a exclusão de uma proposta ou de uma candidatura por causa de um aspecto meramente formal e de pormenor pode violar o princípio da proporcionalidade.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

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

**I – Relatório**

A interpôs recurso contencioso do despacho do **Chefe do Executivo**, de 4 de Novembro de 2010, que indeferiu recurso hierárquico por ela interposto da deliberação da Comissão de Abertura de Propostas que excluiu a sua proposta apresentada ao Concurso Internacional para Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau.

Por Acórdão de 28 de Julho de 2011, o **Tribunal de Segunda Instância**, (TSI) negou provimento ao recurso.

Inconformada, interpõe A recurso jurisdicional para o **Tribunal de Última Instância** (TUI).

Termina a respectiva alegação com a formulação das seguintes conclusões úteis:

- A recorrente efectivamente inseriu todos os dados exigidos pelo Programa de Concurso no Quadro do Documento V, mas não voltou a inserir aqueles valores no documento exigido pela Cláusula 13.1.f) 1. e 2.

- Todos os valores, cálculos e preços unitários relativos à lista de quantidades para a fase de Operação e Manutenção constam da Proposta da recorrente e estão inseridas no documento "Table V".

- O acórdão recorrido deixou de aplicar a lei ao caso *sub judice*. O acórdão ora em crise parte do conceito de ausência absoluta de documento contendo a Lista de Quantidades e Preço de Operação e Manutenção na Proposta da Recorrente, o que na realidade não aconteceu, e interpreta a cláusula 13.1.f) como exigindo a apresentação de dois documentos quando na realidade exige somente a apresentação de um documento. Aqui reside o erro no *iter* decisório do acórdão recorrido.

- Igualmente o acórdão recorrido deixou de conhecer matéria que devia conhecer por constar dos autos, maxime que a Proposta da recorrente continha os elementos obrigatórios exigidos por lei e pelo Programa do Concurso e que se existia alguma deficiência na inserção dos documentos e dos dados técnicos deveria ter usufruído do prazo de 24 horas para aperfeiçoamento do Documento tal como foi concedido ao concorrente n.º 2 em matéria de Plano de Pagamentos do Programa de Trabalhos (Cláusula 13.1.h do Programa de Concurso).

- O acórdão recorrido ao dar por improcedente o recurso da recorrente e ao não aplicar a lei aos factos provados agravou o desfavorecimento e a lesão da recorrente, ao invocar a putativa existência de uma omissão total de documento na proposta da recorrente - que na realidade era somente e objectivamente de natureza não essencial, pelo que uma

eventual preterição dessa formalidade teria sido perfeitamente suprível, se o tratamento dispensado à recorrente estivesse de harmonia com as exigências da igualdade e da imparcialidade administrativas - para proceder à sua exclusão, assim derogando o fim de protecção normativa do, bem como os interesses prosseguidos pelo, Programa do Concurso.

- O acórdão recorrido encontra-se em crise também por violar o princípio da legalidade, ao ter feito uma errada interpretação e aplicação do Programa do Concurso mormente das suas cláusulas 7, 13.1 f) e 14.6 e dos artigos 87º e 69º do Decreto-lei nº77/99/M.

A entidade recorrida e a contra-interessada **Consórcio** formado entre **B, C e D** defendem a manutenção do Acórdão recorrido.

O **Ex.<sup>mo</sup> Magistrado do Ministério Público** emitiu parecer em que se pronuncia pela improcedência do recurso.

## **II - Os Factos**

Estão como provados os seguintes factos, dados como tal pelo Acórdão recorrido e outros que resultam do processo instrutor:

A) Foi aberto Concurso Público Internacional para a Modernização, Operação e Manutenção da Estação de Tratamento de Águas Residuais da Península de Macau, que se

tornou público mediante o Aviso do Gabinete para o Desenvolvimento de Infra-estruturas de 31MAR2010 publicado no Boletim Oficial n.º 13, da II série;

B) Do Programa do Concurso constava o seguinte:

“ ...

7.6 A Proposta de preço será sempre acompanhada pelas listas de quantidades e preços unitários para todo o tipo de investimentos, incluindo todos os trabalhos para o restabelecimento da capacidade e da qualidade iniciais do tratamento de projecto assim como para a expansão da capacidade e a melhoria da qualidade do tratamento da ETAR e que serviram de base à definição da Proposta de preço. O Concorrente submeterá uma lista de preços unitários, e todos os cálculos, que permitam determinar o valor da Proposta de preço. Para além disso, o Concorrente terá de considerar o montante da Proposta de preço, em termos de Operação e Manutenção, de acordo com as quantidades e qualidade totais assumidas para as águas residuais a tratar em cada ano do Contrato, indicadas na tabela que constitui o Documento V “Discriminação Anual dos Preços da Proposta”, que será completada pelo Concorrente.

...

### 13. DOCUMENTOS QUE INSTRUEM A PROPOSTA

13.1 A proposta será instruída com os seguintes documentos:

a) Uma declaração sobre a responsabilidade do Concorrente:

Nesta declaração o Concorrente deve indicar a designação oficial, o domicílio, a identificação das sucursais que interessem à execução do Contrato, os nomes dos titulares do órgão de administração e de outras pessoas com poderes para a obrigarem e o registo oficial de constituição e das alterações do pacto social ou outro documento de registo oficial com efeitos equivalentes (ANEXO II);

No caso de ser um consórcio, declaração formal da intenção de constituição do consórcio, com indicação do nome dos componentes do consórcio e dos seus representantes, a percentagem do capital social que cabe a cada um dos seus membros, e a indicação expressa do qual o representante do consórcio. Cada membro do consórcio submeterá, também, o registo oficial de constituição e das alterações do pacto social ou outro

documento de registo oficial com efeitos equivalentes;

As declarações mencionadas acima devem ter as assinaturas reconhecidas notarialmente;

b) Documento comprovativo de que não está em dívida à RAEM por contribuições e impostos liquidados nos últimos 5 anos, ou cópia certificada desse documento, passado pela Direcção dos Serviços de Finanças (ANEXO III). Este documento deverá ser emitido em data compreendida dentro de três meses antes da data do acto.

c) Documento comprovativo da prestação da Caução Provisória, de acordo com as Cláusulas 10.3 e 10.4 deste Programa de Concurso em concordância com os modelos dos ANEXOS IV-I, IV-II e IV-III, conforme o caso aplicável;

d) Declaração de que se sujeita às tabelas de salários mínimos eventualmente em vigor na RAEM ou submissão de uma tabela de salários e ordenados, sobre a base das remunerações correntes na RAEM, que o Concorrente se proponha pagar ao seu pessoal, e às quais a tabela eventualmente apresentada pelo Concorrente não poderá, em caso algum, ser inferior; (Necessita de reconhecimento notarial)

e) Declaração em como se compromete, caso o Contrato lhe venha a ser adjudicado, a atribuição de prioridade no emprego de trabalhadores residentes em Macau;

f) A lista de quantidades, conjuntamente com os preços unitários usados no cálculo do preço da Proposta, deve ser discriminada da seguinte forma:

1) Investimentos:

1.1 Trabalhos para o restabelecimento da capacidade e qualidade do tratamento iniciais de projecto da ETAR;

1.2 Expansão da capacidade de tratamento, melhoria da qualidade do efluente tratado, reforço do sistema de tratamento de odores e construção do sistema de fornecimento de efluentes reutilizáveis da ETAR da Península de Macau;

1.3 Substituição das instalações e equipamento envelhecidos, conforme as especificações contidas no Documento IV “informação Técnica e Documentos de Referência” do Processo do Concurso, e outros investimentos propostas pelo Concorrente para a modernização, renovação ou actualização das instalações ou outras partes da ETAR, durante o período do Contrato;

2) Operação e Manutenção;

Conjuntamente poderá também ser entregue um disco com o seu suporte informático em folha de cálculo MS- EXCEL;

g) Programa de Trabalhos em conformidade com a Cláusula 11 deste Programa de Concurso;

h) Programa de Pagamentos em conformidade com a Cláusula 12 deste Programa

de Concurso;

i) Declaração, com assinatura reconhecida notarialmente, em que o Concorrente se compromete, caso o Contrato lhe venha a ser adjudicado, a não empregar materiais e equipamentos que não correspondem ou sejam de qualidade inferior às características designadas no respectivo Projecto, Desenhos, Caderno de Encargos, requisitos e normas técnicas patenteadas no Processo de Concurso (ANEXO V);

j) Lista de trabalhos executados, indicando os nomes dos projectos, as respectivas capacidades de tratamento das instalações, as tecnologias de tratamento, as entidades que os adjudicaram, o tipo de Contrato (projecto / construção / operação / manutenção) montantes envolvidos, o período contratual e a sua localização, evidenciando particular incidência em contratos de natureza similar aos trabalhos e ou serviços deste Contrato (ANEXO VI); serão, também, submetidas cópias reconhecidas notarialmente de contratos relevantes ou documentos de suporte que justifiquem a lista apresentada;

k) Declaração, com assinatura reconhecida notarialmente, em como se compromete a observar com rigor as "Orientações do Plano de Segurança no Local dos Trabalhos", sobre a segurança e saúde dos trabalhadores ou das pessoas (incluindo o público) presentes no local das obras ou nas suas zonas envolventes (vide o modelo no ANEXO VII), trazendo apenso o Curriculum Vitae do pessoal responsável pela segurança no local dos trabalhos preenchido conforme o modelo no ANEXO VIII;

l) Se o Concorrente obteve a sua experiência fora da RAEM deve apresentar documentação de prova emitida por autoridades locais, onde a sua experiência foi obtida, de acordo com a Cláusula 6.3 do presente Programa do Concurso;

m) Declaração, com assinatura reconhecida notarialmente (ANEXO IX), em como se compromete a cumprir as "Regras de Integridade e Honestidade" estabelecidas pela Autoridade. Em caso de violação destas regras, o Dono da Obra tem direito de rescindir o Contrato, tendo o adjudicatário a obrigação de assumir toda a responsabilidade por todos os prejuízos e indemnizações causadas pelo termo do Contrato;

n) A tabela do Documento V "Discriminação Anual dos Preços da Proposta" totalmente preenchida como especificado na Cláusula 7.6 deste Programa de Concurso;

o) Estrutura da organização do pessoal da equipa técnica proposta para a execução dos trabalhos de expansão e melhoria assim como para os serviços de Operação e Manutenção, indicando explicitamente o número de trabalhadores para cada departamento, anexando os Curriculum Vitae dos quadros principais;

p) Declaração em como prestará a Caução Definitiva, se o Contrato lhe for

adjudicado”.

C) A tabela V, referida nas Cláusulas 7.6 e 13, alínea n) do Programa de Concurso, constante do Processo de Concurso, era a seguinte:

### **V. DISCRIMINAÇÃO ANNUAL DOS PREÇOS DA PROPOSTA**

Qualidade assumida dos afluentes: CBO<sub>5</sub> = 300 /mg/l; SST= 300 mg/l;

Qualidade assumida dos efluentes: CBO<sub>5</sub> = 10 mg/l; SST = 10 mg/l.

Ano	Quantidades diárias previstas de afluentes (m <sup>3</sup> /dia)	Quantidades diárias previstas de efluentes reutilizáveis (m <sup>3</sup> /dia)	Preço para O & M (MOP\$)				Preço dos investimentos (MOP\$)	Preço total da Proposta (MOP\$)
			F <sub>YR</sub>	a	b	c		
Ago 2010 – Jul 2011	160 000	0						
Ago 2011 – Jul 2012	162 500	50						
Ago 2012 – Jul 2013	165 000	50						
Ago 2013 – Jul 2014	167 500	100						
Ago 2014 – Jul 2015	170 000	100						
Preço total da Proposta (MOP\$)								

**Notas:**

(1) i.  $Q = Q_{\text{BIOLOGICO}} + Q_{\text{MDT}} + Q_{\text{BYPASS}}$ ; na qual  $Q_{\text{BIOLOGICO}}$  é a quantidade de afluentes bombados para

as unidades de tratamento biológico,  $Q_{MDT}$  é a quantidade de afluentes bombados para o tanque “MDT” e  $Q_{BYPASS}$  é a quantidade de afluentes não tratados bombados para o “bypass”

ii. Se existir bombagem de quaisquer quantidades de afluentes não tratados para o “bypass”, o Adjudicatário terá de apresentar uma razão justificada ao Dono da Obra para aprovação; estas quantidades não serão contabilizadas se não existir razão justificativa para o uso do “bypass”, cuja aceitação apenas depende do Dono da Obra.

iii. É preciso ter em atenção que  $Q$  é uma quantidade assumida apenas para fins orçamentais. Não pode nunca ser utilizada como garantia de afluentes mínimos à ETAR.

$$(2) \text{ Preço total da Proposta por ano} = W_{YR} + F_{YR} + a Q_{YR} + b BOD_{YR} + C TSS_{YR} + d Q_{REFUSE-YR}$$

Onde:

$W_{YR}$  = investimentos anuais totais incluindo as obras de restabelecimento, expansão, melhoria etc. e outros investimentos a realizar na ETAR da Península de Macau;

$F_{YR}$  = remuneração fixa anual para a O&M;

$A$  = preço unitário para bombear um milhão (1 000 000) de  $m^3$  de águas residuais na estação elevatória da ETAR;

$b$  = preço unitário para remover uma tonelada de  $CBO_5$  das águas residuais;

$c$  = preço unitário para remover uma tonelada de SST das águas residuais;

$d$  = preço unitário para fornecer um  $m^3$  de efluentes reutilizáveis a consumidores externos;

$Q_{YR} = Q \times \text{número de dias no ano} / 1\,000\,000$ , expresso em milhões de  $m^3$ ;

$BOD_{YR}$  = toneladas de  $CBO_5$  removidas das águas residuais no ano

$$= (300 - 10) \times Q_{BIOLOGICO-YR}; \text{ aqui, para efeitos orçamentais } Q_{BIOLOGICO-YR} = Q_{YR};$$

$TSS_{YR}$  = toneladas de SST removidas das águas residuais no ano

$$= (300 - 10) \times Q_{BIOLOGICO-YR}; \text{ aqui, para efeitos orçamentais } Q_{BIOLOGICO-YR} = Q_{YR};$$

$Q_{REFUSE-YR}$  = Quantidade de efluentes reutilizáveis fornecidos a consumidores externos no ano, =  $Q_{REFUSE} \times \text{número de dias no ano}$ , expresso em  $m^3$ .

D) Foram apresentadas ao concurso sete propostas, entre as quais se encontra a apresentada pelo concorrente n.º 6, que é a ora recorrente;

E) A Proposta n.º 6, da ora recorrente, para efeitos da Cláusula 13.ª, alínea f) do Programa de Concurso, apresentou o seguinte documento:

“UPGRADE, OPERATION AND MAINTENANCE OF MACAO PENINSULA WASTEWATER TREATMENT PLANT”

BILL OF QUANTITIES

1. Mechanical Equipment		Phase 1 Restoration	Phase 2 Upgrade	Replacement
Item	Description	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]
1.1	FINE SIEVES	0	2,387,385	0
1.2	SLUDGE CONCENTRATOR	4,650,029	2,503,862	0
1.3	PRIMARY SEDIMENTATION	2,696,669	2,162,672	0
1.4	AERATION TANKS	422,940	3,458,039	0
1.5	MEMBRANES FILTRATION	0	115,869,959	0
1.6	SEDIMENTATION TANKS	22,746,213	0	0
1.7	BLOWER ROOM – PROCESS AIR	0	5,866,472	0
1.8	FILTRATE, OUTLET & REFUSE WATER TANK	0	0	0
1.9	REUSE DESINFECTION	0	50,151	0
1.10	DE-ODOR SYSTEM / ENHANCEMENT	0	5,034,130	0
1.11	LABORATORY EQUIPMENT	0	0	0
1.12	TOOLS & VEHICLES	0	0	0
1.13	MECHANICAL SLUDGE THICKENING	0	5,151,851	0
1.14	MECHANICAL SLUDGE DEWATERING	0	5,592,665	0
1.15	LIME DOSING	0	1,761,220	0
1.16	INTER-CONNECTING PIPEWORK	0	0	0
1.17	SLUDGE CAKE PUMPS AND PIPEWORK	0	876,451	0
1.18	REPLACEMENT OF EXISTIN EQUIPMENT	0	0	1,821,197
TOTAL		30,515,850	150,714,857	1,821,197

2. Electrical Equipment		Phase 1 Restoration	Phase 2 Upgrade	Replacement
Item	Description	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]
2.1	ELECTRICAL EQUIPMENT	2,096,767	18,870,904	0
2.2	PLC	837,434	7,536,910	0
2.3	INSTRUMENTATION	0	2,785,983	0
TOTAL		2,934,202	29,193,797	0

3. Civil Works		Phase 1	Phase 2	Replacement
----------------	--	---------	---------	-------------

Item	Description	Restoration	Upgrade	Total Price [MOP]
		Total Price [MOP]	Total Price [MOP]	
3.1	PRIMARY SETTLING TANKS	37,901	1,990,906	1,526,818
3.2	AERATION TANKS	393,500	483,048	2,035,757
3.3	FINAL SETTLING TANKS	130,538	1,216,504	1,425,030
3.4	INLET PUMP PIT	0	0	712,515
3.5	GRIT CHANNELS	0	0	1,425,030
3.6	INFLUENT & EFFLUENT CHANNELS	0	0	916,091
3.7	SLUDGE THICKENERS	621,746	1,692,605	305,364
3.8	SLUDGE HOLDING TANKS	0	0	814,303
3.9	EFFLUENT CHANNEL & OUTFALL	0	0	1,017,878
3.10	CONCENTRATOR	338,702	0	0
3.11	SITE WORKS & CONSTRUCTION	800,807	1,382,752	0
3.12	DEWATERING BUILDING	0	488,943	0
3.13	MF1 – MBR TANK	173,811	17,596,344	0
3.14	MF2 – MBR TANK	688,427	23,033,581	0
3.15	ODOUR TREATMENT	32,402	267,263	0
3.16	BUILDING WORKS	0	863,805	0
TOTAL		3,217,834	49,017,750	10,178,784

4. Engineering		Phase 1 Restoration	Phase 2 Upgrade	Replacement
Item	Description	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]
4.1	ENGINEERING – MACAU	400,711	4,007,113	44,523
4.2	ENGINEERING – CHINA	0	6,868,088	0
4.3	ENGINEERING - AUSTRIA	0	0	0
TOTAL		400,711	10,875,201	44,523

5. Miscellaneous		Phase 1 Restoration	Phase 2 Upgrade	Replacement
Item	Description	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]
5.1	MISCELLANEOUS	182,120	3,825,652	0
TOTAL		182,120	3,825,652	0

TOTAL		Phase 1 Restoration	Phase 2 Upgrade	Replacement
-------	--	------------------------	--------------------	-------------

Item	Description	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]	Total Price [MOP]
TOTAL		37,250,716	243,627,257	12,044,504

F) A Proposta n.º 6, da ora recorrente, para efeitos das Cláusulas 7.6 e 13, alínea n) do Programa de Concurso, apresentou a seguinte tabela:

“UPGRADE, OPERATION AND MAINTENANCE OF MACAO PENINSULA WASTEWATER TREATMENT PLANT”

TABLE V – Annual Breakdown Table of Tender Price

Year	Assumed daily quantities of waster water m <sup>3</sup> /d	Assumed daily quantities of reuse water m <sup>3</sup> /d	O&M Price \$					Tender Price for Investments \$	Sub-Total of Tender Price \$
			F <sub>YR</sub>	A	B	C	D		
	Q	Q <sub>REFUSE</sub>						W <sub>YR</sub>	W <sub>YR</sub> +F <sub>YR</sub> + a Q + b BOD +c TSS + d Q <sub>REFUSE</sub>
Oct 2010 – Sep 2011	160,000	0	28,951,487.00	115,236	1,342	1,471	-	167,942,221.00	250,704,039.00
Oct 2011 – Sep 2012	162,500	50	40,749,427.00	115,236	1,313	2,273	2.74	102,522,867.00	211,281,799.00
Oct 2012 – Sept 2013	165,000	50	33,019,301.00	117,005	1,373	2,900	2.34	22,457,390.00	136,603,753.00
Oct 2013 – Sep 2014	167,500	100	34,261,613.00	115,313	1,430	3,333	2.14	1,100,000.00	127,411,905.00
Oct 2014 – Sep 2015	170,000	100	33,961,613.00	114,010	1,418	3,304	2.14	1,400,000.00	128,254,906.00
<b>TOTAL</b>									<b>854,256,402.00</b>

G) À excepção das propostas apresentadas pelos concorrentes 1.º, 3.º e 7.º, foram

admitidas as restantes propostas;

H) Feita a abertura dos invólucros exteriores e assinados todos os documentos das propostas pela Comissão de Abertura das Propostas, a mesma comissão decidiu a exclusão da proposta apresentada pelo concorrente n.º 6, ora recorrente, por:

A proposta submetida pelo concorrente n.º 6, A não é admitida devido a deficiências no documento da Cláusula 13.1 f), mais propriamente pela falta da Lista de quantidades para a operação e manutenção, do Programa do Concurso.

I) Dessa decisão que excluiu a proposta por ele apresentada, o concorrente n.º 6, ora recorrente, reclamou para a comissão da abertura das propostas;

J) Face à reclamação, a comissão da abertura das propostas deliberou pela manutenção da decisão da exclusão da proposta apresentada pelo concorrente n.º 6, ora recorrente;

K) Não se conformando com essa deliberação da comissão da abertura das propostas, veio o concorrente n.º 6, ora recorrente, interpor recurso hierárquico necessário para o Senhor Chefe do Executivo;

L) Por despacho datado de 04NOV2010 do Chefe do Executivo, que acolheu o parecer do Secretário para os Transportes e Obras Públicas, lançado sobre a informação elaborada pelo Coordenador do GDI, foi indeferido o recurso hierárquico.

Este é o acto recorrido.

### **III – O Direito**

#### **1. As questões a apreciar**

A questão fundamental a apreciar no recurso é a de saber se a ora recorrente deu cumprimento ao disposto na Cláusula 13.1, alínea f) do Programa do Concurso, que exigia que os concorrentes ao Concurso Público em causa apresentassem a lista de quantidades, conjuntamente com os preços unitários usados no cálculo do preço da Proposta, relativa a Investimentos e a Operação e Manutenção.

A resolução desta questão implica a decisão de outras sub-questões:

A primeira, a de saber se para cumprimento da mencionada Cláusula 13.1, alínea f), era necessário apresentar dois documentos, um reportado aos *Investimentos* e outro relativo à *Operação e Manutenção* ou se os concorrentes podiam apresentar os dois *itens* num único documento.

Por outro lado, sendo pacífico nos autos, isto é, aceite por todas as partes e pelo Acórdão recorrido que a ora recorrente não inseriu no documento ou documentos mencionado(s) na Cláusula 13.1, alínea f), a parte atinente à *Operação e Manutenção* (só tendo inserido a parte referente a *Investimentos*), mas sendo certo que os dados aí omissos

constam integralmente de outro documento que a recorrente entregou, mencionado na alínea F) da matéria de facto provada e a que se referem as Cláusulas 7.6 e 13, alínea n) do Programa de Concurso (a chamada tabela V ou, em inglês, *table V*), cabe decidir se a recorrente deu efectivo cumprimento ao disposto na Cláusula 13.1, alínea f), do dito Programa.

## **2. Número de documentos exigidos para cumprimento da Cláusula 13.1, alínea f), do Programa do Concurso**

Trata-se de saber se, para cumprimento da mencionada Cláusula 13.1, alínea f), era necessário apresentar dois documentos, um reportado aos *Investimentos* e outro relativo à *Operação e Manutenção* ou se os concorrentes podiam apresentar os dois *itens* num único documento.

Como extratámos na alínea B) da matéria de facto provada, a Cláusula 13 do Programa do Concurso, identifica em 16 alíneas, a) a p) os documentos com que as Propostas dos Concorrentes, obrigatoriamente, teriam de ser instruídas.

Da redacção das diferentes alíneas se retira facilmente que, na maior parte dos casos, *cada alínea se refere a um documento*, por exemplo, documento comprovativo de que não está em dívida à RAEM por contribuições e impostos liquidados nos últimos 5 anos [alínea

b)], documento comprovativo da prestação da Caução Provisória [alínea c)], declaração em como se compromete, caso o Contrato lhe venha a ser adjudicado, a atribuição de prioridade no emprego de trabalhadores residentes em Macau, [alínea e)], Declaração, com assinatura reconhecida notarialmente, em que o Concorrente se compromete, caso o Contrato lhe venha a ser adjudicado, a não empregar materiais e equipamentos que não correspondem ou sejam de qualidade inferior às características designadas no respectivo Projecto, Desenhos, Caderno de Encargos, requisitos e normas técnicas patenteadas no Processo de Concurso [alínea i)], Declaração, com assinatura reconhecida notarialmente, em como se compromete a observar com rigor as "Orientações do Plano de Segurança no Local dos Trabalhos", sobre a segurança e saúde dos trabalhadores ou das pessoas (incluindo o público) presentes no local das obras ou nas suas zonas envolventes [alínea k)], Declaração, com assinatura reconhecida notarialmente (ANEXO IX), em como se compromete a cumprir as "Regras de Integridade e Honestidade" estabelecidas pela Autoridade, [alínea m)], a tabela do Documento V "Discriminação Anual dos Preços da Proposta" totalmente preenchida como especificado na Cláusula 7.6 deste Programa de Concurso [alínea n)], Declaração em como prestará a Caução Definitiva, se o Contrato lhe for adjudicado [alínea p)].

Já no caso da alínea a), manifestamente, teria de se apresentar uma declaração e um registo do pacto social, portanto, dois documentos.

Na alínea que está em causa, a f), exigiam-se duas tabelas, uma com a lista de

quantidades, conjuntamente com os preços unitários usados no cálculo do preço da Proposta, relativa a *Investimentos*, subdividida em três itens e outra, com a lista de quantidades, conjuntamente com os preços unitários usados no cálculo do preço da Proposta, relativa a *Operação e Manutenção*.

Portanto, exigiam-se duas tabelas, mas não se dizia que deviam constar de dois documentos. Não se vislumbra porque é que os Concorrentes não podiam apresentar as duas tabelas num único papel, uma na frente e outra no verso. Com isto até se poupava papel, o que não seria despidendo numa área ligada ao ambiente, como era a que estava em causa no Concurso.

Mas também seria perfeitamente conforme com as exigências do Programa que cada Concorrente apresentasse cada uma das tabelas exigidas pela alínea f) em dois papéis separados.

Tratava-se de uma questão meramente formal e perfeitamente inócua. Só assim não seria se se retirasse da regulamentação que haveria necessidade de duas tabelas separadas, uma relativa a *Investimentos* e a outra a *Operação e Manutenção*, por exemplo, se os respectivos dados fossem examinados por comissões ou júris diferentes, para cada uma ser submetida ao respectivo órgão de apreciação. Não se retira que fosse esse o caso dos autos. De resto, mesmo que fosse esse o caso, o problema de se ter apresentado as duas tabelas num único papel seria facilmente resolúvel com a tiragem de uma simples fotocópia ...

Diga-se, aliás, que a Comissão de Abertura das Propostas parece ter entendido que o Programa exigia a entrega de um só documento e não dois, pois o fundamento da exclusão da ora recorrente foi: “A proposta submetida pelo concorrente n.º 6, A não é admitida devido a deficiências no documento da Cláusula 13.1 f), mais propriamente pela falta da Lista de quantidades para a operação e manutenção, do Programa do Concurso”.

Ou seja, a Comissão de Abertura das Propostas excluiu a Proposta da ora recorrente por deficiências num documento (falta de lista de quantidades).

A doutrina tem defendido, a este propósito que, “Do que se trata é de, em caso de dúvida insanável sobre os resultados da interpretação da lei e da aplicação dos princípios gerais concursais, se recorrer então, ao princípio do *favor* do concurso e do concorrente (ou da respectiva proposta).

Se valores jurídicos fundamentais – como o da adequação valorativa e da unidade interior do ordenamento jurídico-adjudicatório - não funcionarem, ou (noutra perspectiva) se anularem reciprocamente, então deve dar-se primazia aos valores sócio-administrativos inerentes à abertura do concurso e aos sacrifícios e incómodos, muitas vezes desmesurados, que apresentar uma candidatura ou proposta envolve.

Aí (para benefício, até, do próprio princípio da concorrência) deve a solução do caso pender *pro* concurso ou *pro* concorrente, valorizando-se as dúvidas que (formal ou materialmente) possam suscitar-se sobre uma candidatura ou uma proposta favoravelmente

aos interesses normais da entidade adjudicante e do seu concorrente”.<sup>1</sup>

Em suma, seria irrelevante que os Concorrentes apresentassem um ou dois documentos para cumprimento da Cláusula 13.1 f), desde que dele ou deles constassem as duas tabelas exigidas.

### **3. Irregularidade meramente formal**

Por outro lado, é pacífico nos autos, isto é, aceite por todas as partes e pelo Acórdão recorrido que a ora recorrente não inseriu no documento ou documentos mencionado(s) na Cláusula 13.1, alínea f), a parte atinente à *Operação e Manutenção* (só tendo inserido a parte referente a *Investimentos*). Ou seja, daquele documento apresentado constava apenas uma tabela, quando o Programa exigia duas.

É, igualmente, pacífico nos autos, aceite por todas as partes e pelo Acórdão recorrido, que os dados ali omissos (tabela com a lista de quantidades, conjuntamente com os preços unitários usados no cálculo do preço da Proposta, relativa a *Operação e Manutenção*) constam integralmente de outro documento que a recorrente entregou, mencionado na alínea F) da matéria de facto provada e a que se referem as Cláusulas 7.6 e 13, alínea n), do Programa de Concurso (a chamada tabela V ou, em inglês, *table V*).

---

<sup>1</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 125 e 126.

Assim sendo, a única questão que resta decidir é esta:

Podia a tabela V ou, em inglês, *table V*, entregue pela recorrente [Cláusulas 7.6 e 13, alínea n) do Programa], ser também considerada para efeitos da tabela atinente a *Operação e Manutenção* [Cláusula 13.1, alínea f)].

Ou seja, podia a Comissão de Abertura das Propostas tirar uma fotocópia da tabela V da recorrente, para que os dados dela constantes ficassem a fazer parte da tabela 2 mencionada na Cláusula 13.1, alínea f), da recorrente, uma vez que os elementos da primeira eram os exigidos nesta última?

Posta assim a questão, e não se vê como é que pode ser colocada de outra forma, a resposta é: a Comissão de Abertura das Propostas podia e devia ter considerado que a recorrente deu efectivo cumprimento ao disposto na Cláusula 13.1, alínea f), do dito Programa.

Admite-se ou pode admitir-se que os elementos que compunham esta Comissão não tivessem os conhecimentos técnicos na área de engenharia química ou do ambiente para saber que os dados omitidos pela recorrente na tabela com a lista de quantidades e com os preços unitários usados no cálculo do preço da Proposta, relativa a *Operação e Manutenção*, estivessem integralmente na tabela V, entregue pela recorrente. Mas após a reclamação da recorrente, a Comissão teria obrigação de se informar e de dar razão à recorrente.

É que no procedimento administrativo contratual “... haverá uma situação de irrelevância do vício de procedimento sempre que (e na medida em que) os fins específicos que a imposição legal (ou regulamentar) da formalidade visava atingir tenham sido comprovadamente alcançados, no caso concreto, ainda que por outra via”<sup>2</sup>.

Ao contrário do que se diz no Acórdão recorrido, esta operação nada tem que ver com a apreciação do mérito das propostas, que seria da competência de outro órgão. Nesta fase, a Comissão teria de se limitar a verificar se todos os elementos pedidos estavam na Proposta da Concorrente. E a resposta deveria ser positiva.

É que, sopesando, por um lado, a mera irregularidade formal, manifestamente sanável, da Proposta da Concorrente e os benefícios para o interesse público advenientes de serem admitidos a concurso 4 em vez de 3 concorrentes, proporcionando uma escolha muito mais alargada da melhor proposta, isto é, mais concorrência, percebe-se mal a exclusão da Concorrente, já que compete aos órgãos administrativos prosseguir o interesse público (artigo 4.º do Código do Procedimento Administrativo), sendo que as decisões da Administração que colidam com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afectar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objectivos a realizar (artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Código).

---

<sup>2</sup> RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da contratação pública*, em Estudos de Contratação Pública – I, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Coimbra Editora, 2008, p. 111.

Como explica RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA<sup>3</sup> “a exclusão de uma proposta ou de uma candidatura por causa de um aspecto meramente formal e de pormenor pode ser desproporcionado”. E no caso, é-o.

Em conclusão, a Comissão de Abertura das Propostas violou o disposto no artigo 84.º, n.º 2, alíneas a) e c) e 3 do Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, já que não faltava nenhum documento de apresentação obrigatória na Proposta da recorrente e, quando muito, haveria que regularizar a irregularidade formal do documento previsto na Cláusula 13.1, alínea f), do Programa do Concurso, com outro documento apresentado em tempo pela mesma Concorrente.

Procede, assim, o recurso.

Está prejudicado o conhecimento dos restantes fundamentos.

#### **IV – Decisão**

Face ao expandido, concedem provimento ao recurso, revogam o Acórdão recorrido, e anulam o acto recorrido.

Custas pelo recorrido particular nas duas instâncias, com taxa de justiça fixada para o

---

<sup>3</sup> RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios...*, p. 104 e 105.

TSI e TUI, respectivamente em 3 e 4 UC.

Macau, 12 de Outubro de 2011.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Sam Hou Fai –

José Maria Dias Azedo

O Magistrado do Ministério Público

presente na conferência: Vítor Manuel Carvalho Coelho