

Processo n.º 77/2017.

Recurso jurisdicional em matéria administrativa.

Recorrentes: Chefe do Executivo e A.

Recorrida: B.

Assunto: Cumulação, no recurso contencioso, do pedido próprio desta forma processual, com o pedido de determinação da prática de acto administrativo devido. Cumulação ilegal de pedidos. Valoração em concurso público, da experiência de empresas terceiras, sócias ou pertencentes ao grupo da empresa concorrente. Programa de concurso público. Dimensão e experiência de empresas terceiras, sócias da concorrente ou pertencentes ao seu grupo económico.

Data da Sessão: 31 de Janeiro de 2018.

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

SUMÁRIO:

1 - A possibilidade de cumulação, no recurso contencioso, do pedido próprio desta forma processual, de anulação ou de declaração de nulidade de actos administrativos, com o pedido de determinação da prática de acto administrativo devido, está dependente da verificação dos pressupostos previstos no artigo 103.º do Código de Processo Administrativo Contencioso, para a propositura de acção para determinação da prática de

actos administrativos legalmente devidos, que são:

- Ter havido lugar a um indeferimento tácito;
- Ou ter sido praticado um acto administrativo de recusa da prática de acto de conteúdo vinculado;
- Ou ter sido praticado um acto administrativo de recusa de apreciação de pretensão.

2 – Se o programa de concurso público dispõe que a dimensão e experiência das empresas concorrentes são valoradas com 16 valores, viola este programa a decisão que valora a mesma empresa com base em documentos comprovando a dimensão e experiência de empresas terceiras, mesmo que sócias da concorrente ou pertencente ao seu grupo económico.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

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

I – Relatório

B, interpôs recurso contencioso de anulação do despacho de 30 de Dezembro de 2016, do **Chefe do Executivo**, que adjudicou, na sequência de concurso público, o Contrato de Prestação de Serviços de Manutenção das Instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa a **A**.

O **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), por acórdão de 20 de Setembro de 2017, deu provimento ao recurso na parte em que a Comissão do Concurso valorou a experiência de entes terceiros na esfera da empresa que acabou por ser a adjudicatária, por violação do n.º 3 do artigo 9.º do Programa do Concurso.

Inconformados, interpõem recurso jurisdicional para o **Tribunal de Última Instância** (TUI), o **Chefe do Executivo e A**.

O **Chefe do Executivo** sustenta o seguinte:

- Não era possível ter sido cumulado o pedido de anulação do acto com o de

condenação da entidade recorrida no recurso contencioso à prática do acto administrativo legalmente devido;

- O acórdão recorrido viola o Programa do Concurso ao entender que só a experiência da adjudicatária podia ser considerada e não a das empresas do mesmo grupo empresarial.

A alega que:

- Não era possível ter cumulado o pedido de anulação do acto com o de condenação da entidade recorrida no recurso contencioso à prática do acto administrativo legalmente devido;

- O acórdão recorrido considerou irrecorrível o acto na parte em que considerou que a falta de impugnação contra a admissão da proposta da adjudicatária precluiu o recurso contencioso. Esta decisão devia ter abrangido todos os documentos que foram verificados no momento do acto público de abertura das propostas, incluindo os relativos à experiência da adjudicatária, que beneficiam da estabilidade e firmeza contratuais. E assim, o acórdão recorrido não podia desconsiderar os documentos na parte em que comprovam a experiência da adjudicatária.

- O acórdão recorrido viola o Programa do Concurso ao entender que só a experiência da adjudicatária podia ser considerada e não a das empresas do mesmo grupo empresarial.

O Ex.^{mo} Magistrado do Ministério Público emitiu parecer no sentido da procedência dos recursos.

II – Os factos

O acórdão recorrido considerou provados os seguintes factos:

1 - A recorrente tem como actividade principal construção industrial e civil, obras de trânsito, obras geotécnicas e hidráulicas marítimas, execução de obras de infra-estruturas urbanas bem como a prospecção, o desenho, a consulta, a monitorização, a fiscalização, a gestão e o investimento dessas obras; gestão, manutenção e reparação de obras e edifícios, gestão e manutenção de terminais e pontes, reparação e exploração de edifícios e instalações auxiliares, e agente de navegação.

2 - Foi aberto concurso por despacho do Chefe de Executivo de 8 de Agosto de 2016 para a “*Prestação do serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa*”.

3 - Para além da recorrente e da concorrente “A”, foram também admitidas a concurso as seguintes sociedades:

a) C;

b) D;

c) E; e

d) F.

4 - No acto público do concurso a recorrente não apresentou qualquer reclamação à Comissão de Abertura das Propostas.

5 - No termo do concurso, foi emitido o despacho do Chefe do Executivo de 30 de Dezembro de 2016, aposto sobre o Parecer da DSAMA n.º XXX/XXX/XX, pelo qual foi autorizada a adjudicação à “A”.

6 - A recorrente foi notificada da Adjudicação em 12 de Janeiro de 2017, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho.

7 - Nessa carta, a recorrente foi informada da Adjudicação à “A” e de que, querendo, poderia recorrer contenciosamente da Adjudicação, no prazo legal.

8 - Desejando indagar quanto aos critérios que haviam em última análise presidido à Adjudicação, bem como rever todo o processo do Concurso, com vista a aferir do acerto da

decisão de Adjudicação e exercício dos seus direitos a tutela administrativa e contenciosa, a recorrente, no exercício do seu direito à informação e à consulta de processos administrativos em que é parte, requereu junto da DSAMA, por carta de 17 de Janeiro de 2017, entregue a 18 de Janeiro, a consulta do referido processo de Concurso, conforme cópia protestada juntar aos autos de recurso contencioso como Documento n.º 2 da petição de recurso.

9 - A referida consulta foi inicialmente negada à ora recorrente e depois deferida faseadamente após intimação judicial para essa finalidade, nos termos explanados na petição de recurso, vindo o direito à consulta do processo ser satisfeito em 14 de Fevereiro de 2017.

10 - Damos por reproduzido o teor do Programa do Concurso (fls. 8 e sgs. do apenso “Traduções”).

11 - Damos aqui por reproduzido também o teor do anexo à acta da 2ª reunião da Comissão de Avaliação das Propostas, que contém os métodos concretos de avaliação das propostas (*cfr. fls. 308 a 326 do p.a., com tradução no art. 40º da p.i.*).

III – O Direito

1. Questões a apreciar

Importa apreciar as questões suscitadas pelos recorrentes.

2. Cumulação ilegal de pedidos

Entendem os recorrentes que o acórdão recorrido violou a lei já que não era possível ter sido cumulado o pedido de anulação do acto com o de condenação da entidade recorrida no recurso contencioso à prática do acto administrativo legalmente devido.

E têm razão.

Na verdade, deve entender-se que a possibilidade de cumulação, no recurso contencioso, do pedido próprio desta forma processual, de anulação ou de declaração de nulidade de actos administrativos, com o pedido de determinação da prática de acto administrativo devido, está dependente da verificação dos pressupostos previstos no artigo 103.º do Código de Processo Administrativo Contencioso, para a propositura de acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos, que são:

- Ter havido lugar a um indeferimento tácito;
- Ou ter sido praticado um acto administrativo de recusa da prática de acto de conteúdo vinculado;

- Ou ter sido praticado um acto administrativo de recusa de apreciação de pretensão.

Na verdade, se só é possível a propositura de acção visando a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos em determinados casos, seria aberrante permitir a formulação de pedido da prática de actos administrativos legalmente devidos fora de tais situações só porque se cumularia com o pedido de anulação de acto administrativo¹.

No caso dos autos, não estava em causa nenhum indeferimento tácito nem foi praticado um acto administrativo de recusa da prática de acto de conteúdo vinculado nem um acto administrativo de recusa de apreciação de pretensão.

Logo, não era possível a cumulação de pedidos, com o que procedem, nesta parte, os recursos, absolvendo-se os recorridos da instância quanto aos pedidos para a qual a forma processual não era a indicada.

3. Aceitação de documentos

O acórdão recorrido considerou irrecorrível o acto de adjudicação na parte em que considerou que a falta de impugnação contra a admissão da proposta da adjudicatária

¹ Neste sentido, VIRIATO LIMA e ÁLVARIO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso Anotado*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2015, p. 71).

precluiu o recurso contencioso nesta parte.

Na tese da adjudicatária, esta decisão devia ter abrangido todos os documentos que foram verificados no momento do acto público de abertura das propostas, incluindo os relativos à experiência da adjudicatária, que beneficiam da estabilidade e firmeza contratuais.

Mas uma coisa é aceitar documentos a um concurso e entender que a sua *junção ao processo de concurso* já não possa ser discutida no recurso contencioso, por falta de reclamação da aceitação dos mesmos, no procedimento de concurso.

Outra coisa, completamente diferente, é aceitar que os documentos que comprovam a experiência de entidades terceiras, sirvam para comprovar a experiência da adjudicatária. Isso não está manifestamente coberto pela impossibilidade de impugnação contenciosa.

Improcede a questão suscitada.

4. Valoração em concurso público, da experiência de empresas terceiras, sócias ou pertencentes ao grupo da empresa concorrente

No artigo 9.º do Programa do Concurso constava o seguinte:

“Artigo 9.º

Propostas

A proposta será constituída pelos seguintes documentos:

(1) ...

(2) ...

(3) A dimensão e experiência da empresa, incluindo os documentos a seguir referidos:

1. «Apresentação breve da sociedade concorrente», que deve mencionar a estrutura orgânica, a dimensão, o número total de empregados, os currículos do pessoal de direcção, e, eventualmente, outros elementos relevantes para a avaliação da qualidade dos serviços prestados pelo concorrente, sendo, aliás, necessário, juntar os documentos comprovativos dos factos alegados.

2. «Experiência do concorrente», que consiste num quadro elaborado consoante o modelo no Anexo VIII, com referência aos serviços prestados pelo concorrente no período de 2012 a 2016 e de natureza semelhante à do objecto do presente concurso (o período de serviço deve ser igual ou superior a 6 meses consecutivos), acompanhado de documentos comprovativos dos factos expostos no quadro (por exemplo, o respectivo contrato de prestação de serviços), sendo obrigatório tais documentos serem assinados pelo representante dos organismos respectivos, com carimbo dos organismos.

(4) No caso de o concorrente planear subadjudicar, em parte, os serviços ou tarefas estipulados no contrato a outros organismos ou sociedades enquanto executar o contrato, deverá apresentar os trabalhos que pretende subadjudicar, a lista desses organismos ou sociedades com apresentação breve e o projecto de coordenação das entidades subadjudicatárias para cumprimento do contrato”.

E o artigo 16.º do mesmo Programa do Concurso estatua:

“Artigo 16.º

Critérios de apreciação das propostas

1. A pontuação total de uma proposta é de 100 valores, sendo distribuídos aos seguintes itens:

Preço proposto	50 valores
Plano dos serviços de manutenção das instalações.....	34 valores
Dimensão e experiência da empresa.....	16 valores

2. Seguem-se os critérios de classificação para cada item:

(1) Preço proposto (50 valores)

Em qualquer situação, a pontuação máxima a atribuir ao preço proposto é de 50 valores.

A pontuação do preço proposto calcula-se segundo a fórmula seguinte:

$$\text{Pontuação} = \frac{\text{Preço médio}}{\text{Preço indicado em cada proposta}} \times 50$$

Observações:

1) Se tiverem sido admitidas mais de duas propostas, tiram-se o preço mais alto e o preço mais baixo das propostas de preço admitidas, e calcula-se a média aritmética dos preços indicados nas restantes propostas admitidas, a qual será o valor do "preço médio";

2) Se tiverem sido admitidas duas ou menos propostas, a média aritmética dos preços indicados nas propostas de preço admitidas será o valor do "preço médio".

3) As propostas que forem excluídas à luz do disposto no n.º 3 do presente artigo não serão tidas em conta para efeitos de cálculo do "preço médio".

(2) Plano dos serviços de manutenção das instalações-(34 valores)

O plano dos serviços de manutenção das instalações será avaliado consoante o plano apresentado pelo concorrente esteja conforme, desconforme ou acima das exigências colocadas pelo «Caderno de Encargos», tendo presentes também a sua globalidade, razoabilidade e viabilidade, entre outros:

1) Plano de recursos humanos, até 10 valores;

2) Plano de trabalho para manutenção das instalações, até 12 valores;

3) Plano de segurança e gestão, até 12 valores;

(3) Dimensão e experiência da empresa (16 valores)

1) A «apresentação breve do concorrente» será avaliada em função da dimensão e capacidade do concorrente, sendo de 6 valores a pontuação máxima;

2) A «experiência do concorrente» será avaliada em função da quantidade e tipos da experiência que o concorrente teve no passado, além do conteúdo dos serviços prestados, sendo de 10 valores a pontuação máxima.

3. Nos casos a seguir descritos, a proposta considerar-se-á excluída por não reunir os requisitos do presente concurso:

(1) Quanto ao "plano dos serviços de manutenção das instalações", a pontuação obtida pela proposta nos seguintes factores:

1) a pontuação do «plano de recursos humanos» seja inferior a 5 valores; ou

2) a pontuação do «plano de trabalho para manutenção das instalações» seja inferior a 6 valores; ou

3) a pontuação do «plano de segurança e gestão» seja inferior a 6 valores.

(2) Trate-se dum proposta condicionada, cujo teor seja diverso das cláusulas do «Caderno de Encargos», sendo que tal modificação do clausulado prejudicaria os interesses da RAEM ou não permitiria concretizar o objectivo que o «Caderno de Encargos» pretende atingir;

(3) Os documentos que instruem a proposta contenham informações falsas, sendo tais informações relevantes para a apreciação da proposta.

4. Em caso de pontuações iguais, dar-se-á preferência a quem tenha pontuação mais alta nos seguintes itens, sucessivamente considerados:

(1) Plano dos serviços de manutenção das instalações;

(2) Dimensão e experiência da empresa;

(3) Preço proposto”.

A Comissão para Avaliação de Propostas deliberou o seguinte quanto à pontuação da *experiência anterior* dos concorrentes, a que se refere o *item 2*, da alínea (3) do artigo 9.º e o n.º 1 e a subalínea 2) da alínea (3) do n.º 2, ambos do artigo 16.º do Programa do Concurso, acabados de citar:

“Parte I: método concreto de cálculo de valores

De acordo com o artigo 16.º (Critérios de apreciação de propostas), n.ºs 1 a 3 do Programa do Concurso, a pontuação total de uma proposta é de 100 valores, distribuídos pelas seguintes acções:

I. Preço proposto, 50 valores:

Os preços propostos são classificados de acordo com a seguinte fórmula, sendo a maior pontuação de 50 valores:

$$\text{Pontuação obtida} = \frac{P_{\text{preço médio}}}{P_{\text{preço proposto}}} \times 50$$

Observações:

1. Se forem admitidas mais de 2 propostas, o $P_{\text{preço médio}}$ é o valor médio aritmético dos preços de todas as propostas admitidas, excluídos o mais alto e o mais baixo;
2. Se não forem admitidas mais de 2 propostas, o $P_{\text{preço médio}}$ é o valor médio aritmético dos preços propostos admitidos;
3. Propostas eliminadas à luz do artigo 16.º (Critérios de apreciação de propostas), n.º 3 do Programa do Concurso não são incluídas no cálculo de $P_{\text{preço médio}}$.

...

E.) A valorização máxima relativa à experiência anterior de proponente é de 10 valores. O proponente fica obrigado a elaborar, observando o formato da ficha compreendida no anexo VIII ao Programa do Concurso, informações sobre serviços fornecidos entre 2012 e 2016 de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público (com o prazo de prestação de serviço não inferior a 6 meses consecutivos), junto com documentos comprovativos desses factos (tais como o contrato de prestação de serviço), ou cartas emitidas por respectivas entidades, cartas de avaliação de serviço ou de

recomendação, etc.

A Comissão de Avaliação realizará uma avaliação plena nos seguintes aspectos: 1) “local onde se prestou serviço de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público” (4 valores); 2) “número de itens do conteúdo principal de serviço prestado de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público” (6 valores). O âmbito de classificação é o seguinte:

E.1) Quanto à classificação relativa a “local onde se prestou serviço de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público”, em sintonia com a al. f) das notas do anexo VIII ao Programa do Concurso, a pontuação obtida é a soma dos seguintes requisitos 1), 2), 3) e 4), sendo, porém, a pontuação máxima de 4 valores.

1) Se o local onde se prestou serviço de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público for “terminal marítimo/aeroporto/posto fronteiriço/instituição médica”, são atribuídos 3 valores.

2) Se o local onde se prestou serviço de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público for “hotel/centro comercial/centro de actividades”, são atribuídos 2 valores.

3) Se o local onde se prestou serviço de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público for “conjunto habitacional/prédio habitacional/prédio comercial”, é atribuído 1 valor.

4) Se o local onde se prestou serviço de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público for um local diferente daqueles supra mencionados, é atribuído 1 valor.

E.2) Quanto à classificação relativa a “número de itens do conteúdo principal de serviço prestado de natureza relacionada à do objecto do presente concurso público”, a pontuação máxima é de 6 valores. Segundo a al. g) das notas do anexo VIII ao Programa do Concurso, o conteúdo principal de serviço compreende em total 12 itens: 1. Sistema de ar condicionado e de ventilação mecânica 2. Sistema de electricidade 3. Sistema de

iluminação 4. Sistema de comunicação 5. Sistema de protecção contra incêndios 6. Sistema de segurança 7. Sistema de amarração e de embarcação 8. Sistema de abastecimento e drenagem de água 9. Equipamentos de elevação 10. Sistema de tratamento de bagagens 11. Sistema de gás 12. Outros. À prestação de cada um desses serviços é atribuído 0,5 valor, quer dizer que a pontuação máxima é de 6 valores”.

A mesma Comissão para Avaliação de Propostas atribuiu 10 pontos pela experiência da empresa adjudicatária.

Mas as cartas junto ao procedimento de concurso, pela empresa adjudicatária, para comprovar a sua experiência referem-se a outras entidades, como *AI*, *G* e *GI*.

Por isso, entendeu o acórdão recorrido ter a Comissão violado o Programa de Concurso ao imputar à adjudicatária experiência que era de outras empresas.

Diz a recorrente adjudicatária que a experiência de empresas subsidiárias também pode ser valorada.

Mas não tem razão.

O Programa do Concurso era muito claro quanto ao que relevava em matéria de experiência:

“Dimensão e experiência da empresa.....16 valores”

“2) A «experiência do concorrente» será avaliada em função da quantidade e tipos da experiência que o concorrente teve no passado, além do conteúdo dos serviços prestados,

sendo de 10 valores a pontuação máxima”.

O que relevava era a experiência do concorrente, não de empresas que participassem no capital de concorrente ou de empresas em cujo capital social a concorrente participasse, nem de empresas subsidiárias, nem de empresas que pertencessem ao mesmo grupo.

O que bem se percebe, já que cada empresa tem o seu *know how*, o seu quadro de pessoal próprio, incluindo técnicos e dirigentes, cuja experiência não se comunica, ou pode não se comunicar, pela participação no capital social.

De qualquer forma, o legislador ou o administrador tinha a sua liberdade de relevar a experiência de empresas conexas, subsidiárias ou que participassem no capital social de concorrente ou que esta participasse no capital social das primeiras.

Na verdade, a lei ou o regulamento do concurso podia prever que, para efeitos da experiência dos concorrentes, fosse relevante a experiência de outra empresa, quando ambas estivessem numa relação de domínio, no sentido que uma delas pudesse exercer sobre a outra uma influência dominante.

Desde que fizesse constar isso do programa do concurso, como é óbvio, atento o princípio da legalidade, o que não aconteceu.

Logo, violou o Programa do Concurso o acto que valoriza experiência de empresas

com personalidade jurídica diversa de concorrente ao concurso, a quem é imputada a mencionada experiência.

IV – Decisão

Face ao expendido:

A) Concedem parcial provimento aos recursos jurisdicionais e absolvem os recorridos do recurso contencioso da instância deste recurso quanto aos pedidos para a prática de acto administrativo devido;

B) Negam, no restante, provimento aos recursos jurisdicionais.

Custas pela recorrente A e pela recorrida, fixando a taxa de justiça, respectivamente, em 6 UC e 4 UC.

Macau, 31 de Janeiro de 2018.

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

O Magistrado do Ministério Público
presente na conferência: Joaquim Teixeira de Sousa