

Processo n.º 69/2019.

Recurso jurisdicional em matéria administrativa.

Recorrente: A.

Recorrida: B.

Assunto: Execução da sentença anulatória de concurso público. Restituição ou libertação da caução provisória.

Data da Sessão: 24 de Julho de 2019.

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

SUMÁRIO:

I - Anulado o acto de adjudicação de concurso público para prestação de serviços, em virtude de se ter valorado erradamente um item da grelha de pontuação relativamente à proposta vencedora, não há lugar a abertura de novo concurso, mas antes à execução da sentença, que consiste na prática de todos os actos jurídicos e operações materiais que sejam necessários à reintegração efectiva da ordem jurídica violada.

II – Decorrido o prazo de 180 dias a que alude o n.º 3 do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, sem que nenhum dos interessados tenha requerido a restituição ou libertação da caução provisória prestada, não se verifica a caducidade das propostas ao concurso

público, tendo o adjudicante o direito de proceder à restituição ou libertação da caução provisória prestada pelos concorrentes, mas não um dever.

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 e anulou o acto recorrido.

O **Tribunal de Última Instância** (TUI), por acórdão de 31 de Janeiro de 2018, negou provimento aos recursos interpostos, na parte em causa.

Em execução da sentença anulatória, o **Chefe do Executivo**, por despacho de 18 de Abril de 2018, adjudicou, o mencionado Contrato de Prestação de Serviços de Manutenção

das Instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa a **B**.

Recorreu contenciosamente, agora, deste despacho **A**, para o **TSI** que, por acórdão de 28 de Março de 2019, negou provimento ao recurso.

Interpõe recurso jurisdicional **A**, para o **TUI**, sustentando o seguinte:

- O acto recorrido violou o disposto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho, por ter praticado novo acto de adjudicação, sem ter procedido a abertura de novo concurso e o acórdão recorrido também incorreu em tal violação ao ter concordado com o entendimento do acto administrativo;

- As propostas apresentadas ao concurso pelos concorrentes caducaram;

- O acto recorrido violou os princípios da legalidade, da igualdade, da justiça e da imparcialidade por ter sido enviada a minuta do contrato à ora recorrida, antes da adjudicação.

O **Ex.^{mo} Magistrado do Ministério Público** emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso.

II – Os factos

O acórdão recorrido considerou provados os seguintes factos:

Foi aberto concurso público para a adjudicação do “Contrato de Prestação de Serviços de Manutenção das Instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa”.

Entre outros concorrentes, participaram naquele concurso a recorrente e a contra-interessada.

Por despacho do Chefe do Executivo de 30.12.2016, foi autorizada a adjudicação do contrato à recorrente.

Contra o despacho foi interposto recurso pela contra-interessada, que correu termos no Tribunal de Segunda Instância, sob o Processo n.º 181/2017.

Por Acórdão de 28.9.2017, foi determinada a anulação do despacho impugnado, bem como julgado parcialmente procedente o pedido de condenação à prática de novo acto administrativo que procedesse ao recálculo da pontuação obtida pela recorrente e pela contra-interessada.

Inconformada, recorreu a recorrente jurisdicionalmente para o TUI, tendo este Tribunal, por Acórdão de 31.1.2018 (Processo n.º 77/2017), absolvido a entidade recorrida da instância quanto ao pedido para a prática de acto administrativo devido, mas negado provimento ao recurso quanto ao restante.

Foi elaborada em 13.3.2018 a seguinte proposta:

“Assunto: Acórdão do TUI, Processo n.º 77/2017 – quanto à adjudicação da «Prestação de Serviços de Manutenção das Instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa»

Proposta n.º XXX/XXX/XX/18

Data: 13/03/2018

Para o Sr. Secretário para os Transportes e Obras Públicas,

1. Por ofício n.º XXXXX/XXX/2018, o Gabinete do Chefe do Executivo remeteu à DSAMA o Acórdão do TUI, Processo n.º 77/2017, para os devidos acompanhamentos.
2. Tal como bem se refere no Acórdão do TUI, Processo n.º 77/2017, viola o Programa de Concurso o acto que valorize experiência de empresas com personalidade jurídica diversa da de concorrente ao concurso, a quem seja imputada a mencionada experiência. Tal jurisprudência revela este princípio: só as dimensão, capacidade e experiência do próprio concorrente podem ser valorizados.

3. De resto, ao abrigo do disposto no artigo 174.º, n.º 1 do CPAC, as decisões dos tribunais em processos do contencioso administrativo, quando transitadas em julgado, devem ser espontaneamente cumpridas pelos órgãos administrativos.

4. A Comissão de Avaliação reuniu-se em 12 de Fevereiro de 2018 para proceder à nova pontuação das propostas admitidas no Concurso Público em causa conforme os princípios referidos no Acórdão do TUI e os critérios definidos na reunião da Comissão de 27 de Setembro de 2016. Foi tomada uma nova deliberação com base nas novas pontuações. Os concorrentes são listados, por ordem decrescente da sua pontuação total, na seguinte tabela:

Ordenação	N.º	Concorrente	Preço proposto	Pontuação total obtida
1	7	B	\$240.048.000,00	86,71
2	5	C	\$108.000.000,00	79,07
3	3	D	\$288.000.000,00	78,47
4	2	A	\$98.472.366,00	77,48
5	1	E	\$308.000.000,00	69,26
6	6	F	\$252.756.000,00	65,12

5. De acordo com a nova deliberação da Comissão de Avaliação, a B obteve a pontuação total mais alta, pelo que a Comissão sugeriu adjudicar à referida empresa, pelo preço global de 240.048.000,00 patacas, a «Prestação de Serviços de Manutenção das Instalações do

Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa», com prazo de cumprimento de 3 anos, ou 36 meses no total.

6. De acordo com a dita deliberação, o preço proposto pela concorrente que obteve a pontuação mais alta foi de 240.480.000,00 patacas, valor que excede o actual preço de adjudicação, isto é, 98.472.366,00 patacas, em 141.575.634,00 patacas, ou cerca de 143,77%, quer dizer 3.932.656,50 patacas por mês. O orçamento de 2018 desta Direcção foi elaborado com base no preço correspondente aos serviços actualmente prestados, isto é, 32.824.122,00. Tendo sido apreciada e analisada a actual situação de execução orçamental da DSAMA, foi solicitada a «dotação provisional» do Capítulo 12 «Despesas comuns», pelo montante de \$30.000.000,00, o que a DSF está a acompanhar activamente.

7. Quanto à execução do acórdão do TUI, Processo n.º 77/2017, de acordo com o despacho do Secretário para os Transportes e Obras Públicas exarado na Proposta n.º XXX-X/XXX/2018, é anulado, nos termos do artigo 174.º do CPAC e artigo 172.º do CPA, o «Contrato de Prestação de Serviço de Manutenção das Instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa» celebrado em 15 de Junho de 2017 com a empresa A. O referido contrato administrativo anulado deixa de produzir efeitos a partir de 8 de Março de 2018. O respectivo assunto foi notificado à A em 21 de Fevereiro deste ano através do ofício n.º XXX-X/XXX/2018.

8. Ao abrigo do disposto no artigo 174.º, n.º 1 do CPAC, a DSAMA já tomou providências provisórias urgentes para assegurar a operação e funcionamento normal do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa e garantir a segurança pública. Por conseguinte, com a permissão dos recursos financeiros, a melhor solução será proceder à adjudicação conforme a nova deliberação da Comissão de Avaliação, com prazo de cumprimento de 36 meses, a começar em conformidade com a disponibilidade financeira e a situação relativa à celebração do contrato.

9. Seguidamente, por ofício n.º XXX/XXX/XX/18 de 5 de Março de 2018, a DSAMA pediu à B para se pronunciar sobre a minuta do contrato nos termos do artigo 39.º do DL n.º 63/85/M. A referida empresa pronunciou-se no prazo fixado, formulando 2 pedidos de modificação. Por ofício n.º XXX/XXX/XX/18 de 12 de Março de 2018, a DSAMA respondeu à B, rejeitando o primeiro pedido, por a cláusula 21ª (Transferência) da minuta do contrato já preceituar a esse respeito, e concordando que o prazo de cumprimento começasse a correr de 23 de Abril de 2018 até 22 de Abril de 2021. A B respondeu em 13 de Março de 2018 no sentido de concordar.

10. Com base no prazo supra referido, os encargos financeiros dos anos 2018 a 2021 são calculados como os seguintes:

2018.....\$55.122.133,30

2019.....\$80.016.000,00

2020.....\$80.016.000,00

2021.....\$24.893.866,70

11. Face ao exposto, se o Sr. Secretário concordar com o supra proposto, é de sugerir a submissão ao Sr. Chefe do Executivo para autorizar a DSAMA,

a) A proceder, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, al. b) e dos artigos a seguir expostos, todos do DL n.º 122/84/M de 15 de Dezembro, alterado pelo DL n.º 30/89/M de 15 de Maio, através do Concurso Público, e após findo o procedimento de disponibilização financeira mencionado no ponto 6 da presente proposta, à adjudicação à B, pelo preço global de \$240.048.000,00, com prazo de 23 de Abril de 2018 a 22 de Abril de 2021.

i. Por a aquisição dos referidos serviços ter um preço superior a 750.000,00 patacas, o concurso público é obrigatório ao abrigo do disposto no artigo 7.º, n.º 1, al. b) do DL acima mencionado.

ii. Por a aquisição dos mesmos serviços ser de valor superior a 500.000,00 patacas, a celebração de contrato escrito é obrigatória a luz do artigo 12.º, n.º 1, al. b) do mesmo DL.

b) A pagar o preço mensal de \$6.668.000,00 após receber mensalmente trabalhos em boa condição.

Submete-se à apreciação superior.”

Submetida à apreciação do Exm.º Secretário para os Transportes e Obras Públicas, este deu o seguinte parecer:

“À consideração superior com a minha concordância.”

Após, o Exm.º Chefe do Executivo proferiu em 18.4.2018 o seguinte despacho:

“Autorizo.”

A Direcção dos Serviços de Assuntos Marítimos e de Água tem vindo a assegurar a manutenção do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa.

III – O Direito

1. Questões a apreciar

Importa apreciar as questões suscitada pela recorrente.

2. Anulação de concurso. Nova adjudicação

Alega a recorrente que o acto recorrido violou o disposto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, por ter praticado novo acto de adjudicação, sem ter procedido a abertura de novo concurso e o acórdão recorrido também incorreu em tal violação ao ter concordado com o entendimento do acto administrativo.

No caso dos autos o acto de adjudicação à ora recorrente foi anulado em virtude de a Comissão do Concurso ter valorado a experiência de entes terceiros na esfera da empresa que acabou por ser a adjudicatária, em violação do n.º 3 do artigo 9.º do Programa do Concurso.

Assim sendo, obviamente, não havia lugar a novo concurso. O que havia de ser feito, era expurgar o acto de adjudicação da ilegalidade detectada e proceder a nova classificação de todas as propostas e à respectiva adjudicação. É o que determina o artigo 174.º do Código de Processo Administrativo Contencioso:

- As decisões dos tribunais em processos do contencioso administrativo, quando transitadas em julgado, devem ser espontaneamente cumpridas pelos órgãos administrativos no prazo máximo de 30 dias.

- O cumprimento deve ser ordenado pelo órgão que tenha praticado o acto recorrido.

- O cumprimento consiste na prática de todos os actos jurídicos e operações materiais que sejam necessários, conforme as hipóteses, à reintegração efectiva da ordem jurídica violada e à reposição da situação actual hipotética.

Foi o que foi efectuado. Não havia lugar a novo concurso. Seria, aliás, um contra-senso e uma falta de economia, dado que o único problema detectada no acto anulado seria muito mais fácil de sanar do que lançar um novo concurso.

O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M limita-se a prever quem tem competência para a abertura de concurso para o fornecimento de bens ou prestação de serviços. Não se percebe que argumento pretendia tirar a recorrente a partir desta norma.

Improcede a questão suscitada.

3. Caducidade das propostas

Considera a recorrente que as propostas apresentadas ao concurso pelos concorrentes caducaram, face ao disposto no artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M. Dispõe este preceito:

Artigo 36.º
(Prazo de validade da proposta)

1. Decorrido o prazo de noventa dias, contados da data do acto público do concurso, 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.

2. Se, findo aquele prazo, nenhum dos concorrentes, requerer a restituição ou libertação da caução provisória, considerar-se-á esse prazo prorrogado, por consentimento tácito dos concorrentes, até à data em que seja formulado o primeiro requerimento nesse sentido, mas nunca por mais de cento e oitenta dias.

3. Findo o prazo de cento e oitenta dias previsto na parte final do número anterior, a entidade adjudicante procederá oficiosamente à restituição ou libertação da caução provisória prestada pelos concorrentes.

O acto público do concurso é o acto que decorre perante comissão a designar pela entidade adjudicante, constituída por três membros, que procede à fixação dos concorrentes admitidos ao concurso, excluindo os que não reúnam as condições exigidas.

Seguidamente pode haver lugar a impugnação hierárquica das decisões da Comissão.

Posteriormente tem lugar o acto de adjudicação ao concorrente escolhido.

Para acautelar os interesses dos concorrentes que não tenham recebido comunicação sobre a adjudicação, a lei estabelece um prazo de 90 dias contado do acto público do concurso, durante o qual têm a obrigação de manter as respectivas propostas. Findo este prazo, têm os interessados direito à restituição ou libertação da caução provisória prestada.

Ou seja, decorrido o prazo de 90 dias sobre o acto público do concurso, os concorrentes que não tenham recebido comunicação sobre a adjudicação podem requerer a libertação da caução provisória prestada e ficam desvinculados do concurso.

Se, findo aquele prazo, nenhum dos concorrentes, requerer a restituição ou libertação da caução provisória, considerar-se-á esse prazo prorrogado, por consentimento tácito dos concorrentes, até à data em que seja formulado o primeiro requerimento nesse sentido, mas nunca por mais de cento e oitenta dias.

Ou seja, depois dos 90 dias corre um outro prazo de 180 dias para os concorrentes poderem requerer a libertação da caução provisória prestada.

Se, no prazo de 180 dias formulado um requerimento nesse sentido, ou não o sendo, findo o prazo de 180 dias, o n.º 3 do artigo 36.º estatui que a entidade adjudicante procederá oficiosamente à restituição ou libertação da caução provisória prestada pelos concorrentes.

É com fundamento nesta norma que a recorrente considera que todas as propostas caducaram findos os prazos de 90 dias e de 180 dias. Será assim?

Afigura-se-nos que não.

Como em quase todos os procedimentos administrativos, estão em causa o interesse público e o interesse privado, neste caso, dos concorrentes ao concurso público.

Quando a adjudicação demora mais do que o previsto (90 dias após o acto público do concurso) a lei protege os interesses dos concorrentes, permitindo que eles possam requerer a restituição ou libertação da caução provisória. A Administração não pode indeferir o requerimento. É um direito dos concorrentes.

Se nenhum requerimento for feito no prazo de 90 dias e a adjudicação continuar a não ter lugar, considerar-se-á esse prazo prorrogado, por consentimento tácito dos concorrentes, até à data em que seja formulado o primeiro requerimento nesse sentido, mas nunca por mais de cento e oitenta dias.

Findos estes prazos, se não houver qualquer requerimento a pedir a restituição ou libertação da caução provisória, a entidade adjudicante tem de ponderar se o interesse público ainda exige que o concurso prossiga para poder ter lugar a adjudicação, já que o interesse privado dos concorrentes é o de que o concurso se mantenha, por nenhum ter pedido a libertação da caução provisória.

É que, de acordo com a alínea a) do artigo 38.º do mesmo diploma legal, o adjudicante tem o direito de não fazer a adjudicação quando resolva adiar a aquisição de bens ou serviços pelo mínimo de seis meses, pelo que faz todo o sentido interpretar o n.º 3 do artigo 36.º, como não impondo a caducidade de todas as propostas, dos candidatos que

não as retirem, sendo um direito do adjudicante a restituição ou libertação da caução provisória prestada pelos concorrentes e não um dever.

Daí que se entenda que não houve caducidade das propostas apresentadas.

4. Violação de princípios jurídicos

Na petição de recurso contencioso alegou a recorrente que o acto recorrido violou os princípios da legalidade, da igualdade, da justiça e da imparcialidade por ter sido enviada a minuta do contrato à ora recorrida, antes da adjudicação.

Sobre esta alegação, pronunciou-se o acórdão recorrido nos seguintes termos:

«Ademais, a notificação da contra-interessada para se pronunciar sobre a minuta do contrato de adjudicação resulta do cumprimento de lei, mais precisamente, do disposto no artigo 39.º do referido Decreto-Lei n.º 64/85/M, que estabelece o seguinte:

“1. A minuta do contrato será remetida, antes da adjudicação, ao concorrente cuja proposta haja sido preferida, para sobre ela se pronunciar no prazo de cinco dias a contar da data da sua recepção.

2. Se no prazo referido não se pronunciar, considerar-se-á aprovada a minuta.”»

Veio a recorrente dizer que o acórdão recorrido não tinha percebido a sua alegação, que se referia ter sido enviada a minuta do contrato à ora recorrida, quando este estava pendente de aprovação superior.

Ora, lendo as conclusões XI, XII, XIII e XIV da alegação do vício constante da petição de recurso contencioso, não se faz qualquer referência à minuta do contrato estar pendente de aprovação superior.

A minuta do contrato foi remetida à concorrente vencedora em cumprimento da lei (n.º 1 do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 64/85/M). Não há qualquer violação de princípios jurídicos.

IV – Decisão

Face ao expendido, nega-se provimento ao recurso.

Custas pela recorrente.

Macau, 24 de Julho de 2019.

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