

**Processo nº 104/2017**

**Data do Acórdão: 14JUN2018**

**Assuntos:**

**Regime jurídico do contrato de empreitadas de obras públicas**

**Concurso público para a empreitada de obras públicas**

**Princípio da concorrência**

## **SUMÁRIO**

1. Por força do princípio da concorrência, consagrado no artº 5º do Decreto-Lei nº 74/99/M, que estabelece o regime jurídico do contrato de empreitadas de obras públicas, uma das condições da concorrência é a de todos os concorrentes poderem competir entre si e forem opositores uns dos outros.
2. Revela-se a existência dos fortes indícios de falsear a concorrência quando dois concorrentes a um concurso público têm uma mesma pessoa física como um dos sócios e um dos administradores, pois entre eles não pode haver concorrência. Por isso devem ser excluídas as propostas por eles apresentadas nos termos prescritos no artº 96º/-f) do Decreto-Lei nº 74/99/M, uma vez que eles não estão a competir entre si nem são opositores um do outro, e antes pelo contrário, conhecem as propostas mutuamente, de modo a poderem dispor *a priori* de uma dupla ou acrescida vantagem no uso dos poderes de oferta, consistente na possibilidade de apresentar duas propostas conjugadas e consertadas, enquanto todos os restantes concorrentes se limitam a poder apresentar uma única proposta.

O relator

Lai Kin Hong

## Processo nº 104/2017

### I

Acordam na Secção Cível e Administrativa do Tribunal de Segunda Instância da RAEM

O Consórcio formado por A, Limitada, e B, Limitada, devidamente identificado nos autos, concorrente do concurso público para a empreitada de construção de habitação social de Mong Há – Fase 2 e de Reconstrução do Pavilhão Desportivo de Mong Há, veio recorrer do despacho proferido em 29NOV2016 pelo Senhor Chefe do Executivo que adjudicou a empreitada ao consórcio formado por C Limitada, e CD, Limitada, mediante o requerimento a fls. 2 a 31 dos p. autos, concluindo e pedindo que:

1. 司法上訴人現針對行政長官所作之對“工程編號19/2016 — 望廈社會房屋建造工程 — 第二期暨望廈體育館重建工程”公開招標之判給批示的決定提出司法上訴；
2. 首先，司法上訴人認為被上訴人之批給決定因違反法律及合法性原則而可撤銷，理由如下：
3. 在本投標程序中，E為第二對立利害關係人D有限公司的股東及行政管理機關成員；
4. 亦同時是第1號競投者F有限公司/G有限公司合作經營中，G有限公司的股東及唯一行政管理機關成員；
5. D有限公司及G有限公司，分別透過與C有限公司及F有限公司組成“C有限公司/D有限公司合作經營”及“F有限公司/G有限公司合作經營”參與競投；
6. E以G有限公司行政管理機關成員身份代表簽署由第1號競投者F有限公司/G有限公司合作經營提交的標書；

7. 同時以D有限公司行政管理機關成員身份代表簽署第2號競投者C有限公司/D有限公司合作經營提交的標書；
8. 因此，毫無疑問地，第1號競投者F有限公司/G有限公司合作經營及第2號競投者C有限公司/D有限公司合作經營互相知悉對方的標書內容，尤其是工程造價及施工期；
9. 根據招標方案內關於工程造價及施工期的評審準則，競投者之間提出的工程造價及施工期對評分結果有重要影響，尤其是以平均投標價計算競投者得分的情況下，任何一份標書的投標總價對平均價構成互動關係，並會直接影響各競投者得分及投標結果；
10. 第2號競投者C有限公司/D有限公司合作經營及第1號競投者F有限公司/G有限公司合作經營之間的合謀行為明顯擾亂了正常競爭條件；
11. 故此，根據第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』第5條第1款結合第96條f)項之規定，第1號競投者F有限公司/G有限公司合作經營及第2號競投者C有限公司/D有限公司合作經營提交的標書不應獲得接納；
12. 而第2號競投者C有限公司/D有限公司合作經營更不應獲得判給；
13. 且根據相同法令第5條第2款之規定，基於第1號競投者F有限公司/G有限公司合作經營及第2號競投者C有限公司/D有限公司合作經營之間的損害競爭之行為或協議已導致承攬之判給，被司法上訴人應中止承攬之履行；
14. 被司法上訴人的判給決定明顯地違反了《行政程序法典》第3條規定之合法性原則，以及第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』第5條第1款、以及第96條f)項之規定；
15. 事實上，建設發展辦公室亦同意，不論競投者以獨立名義或與其他實體組合參與公開招標，均僅可提交獨一份投標書；
16. 按照《行政程序法典》第124條之規定，現被上訴的行政行為屬

可撤銷的行政行為。

17. 其次，司法上訴人認為被司法上訴行為中，就“施工經驗及質量”的評分違反法律規定，理由如下：
18. 評標委員在會對評標要素『4.2最近十年內以承建商身份承接並完成之本地兩項最高工程金額』及『4.3最近十年內以承建商身份完成的同類型本地工程經驗』進行評分時，基於司法上訴人提交的工程清單中之“H第三期工程(I)工程”及“H第二期工程(J酒店)”包含多份合同，而按單一合同選取工程最高金額；
19. 司法上訴人認為上述評分決定存在可撤銷的瑕疵；
20. 基於工程規模龐大及行政管理原因，單項工程內眾多不同的工種不可能在同一時期展開；
21. 故定作人H路丞股份有限公司將上述兩項工程拆分為多個合同並分別判給兩名司法上訴人，並於不同時間段開展，以達致設計深化可以與施工同步進行，將設計已完成的工種先行開展，並同步繼續完成餘下設計，務求令項目得以在最短時間完成；
22. 雖然該兩項工程是由不同合同組成，但該等合同按同一工作地點及連續的時間序列應歸類為一項大型工程；
23. 對此，H路丞股份有限公司確認“I”為單一工程項目，雖然工作基於行政原因於不同時間以不同合約發判，但所有工作均屬單項工程內所包含之不同工種；
24. H路丞股份有限公司亦確認雖然“H第二期工程(J酒店)”拆分為不同合約，但就規劃及管理上而言，每一分期實際屬於單一工程；
25. 需要補充的是，在私人項目中，由於設計、財務及工作的安排考慮，按工程進度以多份合同判給項目是業界慣常的作法；
26. 控標案卷內將施工經驗作出一個評審要素的理由，是為選取具備經驗的承標人，而對於一項工程是以一個合同完成或是由多個子合同構成並無重要性；

27. 而司法上訴人於複雜的大型工程中逐一完成被委託的工程合同，正正反映了上訴人具備優良技術及能力；
28. 事實上，上述見解亦得到運輸基建辦公室的認可。在其負責的“氹仔柯維納馬路交通樞紐第一期建造工程”、“C360-輕軌一期路氹城段建造工程”以及“C385 -輕軌一期車廠上蓋建造工程”的招標程序中，運輸基建辦公室認同在此情況下，各子項組成單一項工程“H第二期工程(J酒店)”；
29. 根據第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』第55條第1款f)項及第94條第1款及第2款之相關規定，判給應考慮的各因素僅限於招標公告及方案內所指明的因素；
30. 在本招標方案，就“最近十年內(截至公開開標日)以承建商身份在本澳完成的五項最優工程清單”的選取標準是“只應填五項，倘多於五項，則只選取清單中首五項工程進行評分”；
31. 建設發展辦公室並沒有對“工程”作出定義，亦沒有註明當一項工程包含多份合同時，按單一合同選取工程最高金額；
32. 縱然司法上訴人認為在進行施工經驗評分時只選取單一合同有違第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』選取適合承攬人的原則；但若建設發展辦公室認為當一個工程由多份合同組成時，只按單一合同選取最優工程計算得分，則應在招標方案內作出此規定；
33. 例如同樣是建設發展辦公室在“離島醫療綜合體 - 護理學院建造工程”之招標程序中所要求的條件：“只應填五項以總承建商身份完成的工程，每項以單一合同計算。倘多於五項工程，則只選取清單中首五項工程進行評分”。
34. 綜上所述，司法上訴人提交的第13.1.h)項招標文件『最近十年內(截至公開開標日)以承建商身份在本澳完成的五項最優工程清單』內的工程項目符合招標方案內的要件，然而評標委員會卻不考慮工程之總結算金額，而將兩名司法上訴人提交的工程按單一合同選取最優工程計算得分。
35. 因此，被上訴人的決定明顯地違反了《行政程序法典》第3條規

定之合法性原則，以及第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』第55條第1款f)項、第94條第1款及第2款之規定。

36. 按照《行政程序法典》第124條之規定，現被上訴的行政行為屬可撤銷的行政行為。
37. 在被司法上訴行政行為被糾正的情況下，根據評標要素『4.2最近十年內以承建商身份承接並完成之本地兩項最高工程金額』的計算方法，司法上訴人的得分為6.80分；
38. 同時，第一司法上訴人提交的工程清單中首兩項工程項目以及第二司法上訴人提交的工程清單中三項工程項目均涉及地庫建造工程、上蓋混凝土結構工程、建築裝修工程及機電工程；而第一司法上訴人提交的工程清單中首兩項工程項目涉及上蓋混凝土結構工程、建築裝修工程及機電工程；
39. 根據評標要素『4.3最近十年內以承建商身份完成的同類型本地工程經驗』的計算方法故此，司法上訴人的得分為8.50分；
40. 也就是說，“施工經驗及質量”司法上訴人得分應為19.04分，總得分應為84.84分，為最高得分之競投者；
41. 高於第一對立利害關係人及第二對立利害關係人組成之C有限公司/D有限公司合作經營之總得分80.88，因此，司法上訴人應為本次開標程序的承攬人。

綜上理由，以及按照倘適用的補充法律規定和原則，懇請法官閣下接納本司法上訴，並裁定本司法上訴所主張之事實及法律依據獲證實而理由成立，宣告所針對的行政行為：

1. 因違反《行政程序法典》第3條規定之合法性原則，以及第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』第5條第1款、以及第96條f)項之規定，從而根據《行政程序法典》第124條之規定撤銷被上訴行政行為；
2. 因違反《行政程序法典》第3條規定之合法性原則，以及第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』第55條第1款f)項、第94條第1款及第2款之規

定，從而根據《行政程序法典》第124條之規定撤銷被上訴行政行為。

Citadas para contestar, vieram a entidade recorrida e parte das contra-interessadas contestar, todas pugnando pela improcedência do recurso.

Não houve lugar à produção das provas testemunhais.

Foram a recorrente, a entidade recorrida e as contra-interessadas notificadas para apresentar alegações facultativas.

O recorrente e a entidade recorrida apresentaram alegações facultativas, reiterando *grosso modo* as razões já deduzidas na petição do recurso e na contestação.

Em sede de vista final, o Dign<sup>o</sup> Magistrado do Ministério Público opinou no seu douto parecer pugnando pela procedência do presente recurso.

Colhidos os vistos, cumpre conhecer.

O Tribunal é competente em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia.

O processo é o próprio e inexistem nulidades e questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito do presente recurso.

Os sujeitos processuais gozam de personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade.

Antes de entrar na apreciação, há que suprir uma omissão entretanto verificada.

Tanto o recorrente como a entidade recorrida requereram a produção das provas testemunhais.

Por despacho do Relator transitado em julgado, foi indeferido o pedido de inquirição das testemunhas formulado pelo recorrente.

No entanto, por lapso, o pedido de inquirição das testemunhas formulado pela entidade recorrida não foi objecto de qualquer despacho do Relator.

Há que portanto suprir esta omissão.

Todavia, conforme se vê *infra* na apreciação das questões suscitadas no presente recurso, não se mostra necessária a produção das provas testemunhais, uma vez que existe matéria de facto incontroversa que é suficiente para o conhecimento das questões de direito, objecto do presente recurso.

Portanto, é de ser indeferido o pedido da inquirição das testemunhas formulado pela entidade recorrida.

Passemos então ao conhecimento do recurso.

De acordo com os elementos existentes nos autos, é tida por assente a seguinte matéria de facto com relevância à decisão do presente recurso:

- Em 17AGO2016, foi publicado no B. O. o anúncio do concurso público para a empreitada de construção de habitação social de Mong Há – Fase 2 e de Reconstrução do Pavilhão Desportivo de Mong Há;
- Cinco concorrentes foram admitidos no concurso, entre os quais se encontrava o ora recorrente;

- O concorrente nº 1 é um consórcio formado por F Limitada e G, Limitada;
- O concorrente nº 2 é um consórcio formado por C Limitada e D, Limitada;
- A G, Limitada, integrante do consórcio nº 1, tem como sócio e único administrador E;
- A D, Limitada, integrante do consórcio nº 2, tem como sócios e administradores E e o seu cônjuge K;
- A proposta apresentada pelo consórcio formado por C Limitada e D, Limitada é assinado por E, enquanto administrador representante da D, Limitada;
- A proposta apresentada pelo consórcio por F Limitada e G, Limitada é assinado por E, enquanto administrador representante da G, Limitada;
- De acordo com o relatório de análise de propostas, o consórcio formado por C Limitada e D, Limitada, o consórcio formado por F Limitada e G, Limitada e o ora recorrente foram, respectivamente, classificados em 1º, 3º e 4º lugar; e
- Por despacho do Senhor Chefe do Executivo proferido em 29NOV2016, a empreitada foi adjudicada ao 1º classificado ou seja, o consórcio formado por C Limitada, e D, Limitada;

Antes de mais, é de salientar a doutrina do saudoso PROFESSOR JOSÉ ALBERTO DOS REIS de que *“quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de*

*várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão” (in CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO, Volume V – Artigos 658.º a 720.º (Reimpressão), Coimbra Editora, 1984, pág. 143).*

Conforme resulta do disposto nos artºs 563º/2, 567º e 589º/3 do CPC, ex vi do artº 1º do CPAC, são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento oficioso.

O recorrente imputou ao acto recorrido dois vícios da violação da lei.

Não havendo questões de conhecimento oficioso, são estes dois vícios que constituem o objecto da nossa apreciação:

- 1. Violação dos artºs 5º e 96º/-f) do Decreto-Lei nº 74/99/M;**
- 2. Violação dos artºs 55º/1-f) e 94º/1 e 2 do Decreto-Lei nº 74/99/M**

Então vejamos.

- 1. Violação dos artºs 5º e 96º/-f) do Decreto-Lei nº 74/99/M;**

O Decreto-Lei nº 74/99/M estabelece o regime jurídico do contrato de empreitadas de obras públicas que se aplica às empreitadas de obras públicas promovidas e financiadas, total ou parcialmente, pela Administração, incluindo demais pessoas colectivas de direito público.

Diz o artº 5º do diploma que *são proibidos todos os actos ou acordos susceptíveis de falsear as condições normais de concorrência, devendo ser rejeitadas as propostas e candidaturas apresentadas como sua consequência.*

Ao passo que o artº 96º/-f) do diploma reza que *o dono da obra tem o direito de não adjudicar a empreitada quando haja forte presunção de conluio entre os concorrentes, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 5.º.*

Face ao disposto nessas normas, sabemos que, ao eleger como bem jurídico as condições normais de concorrência na adjudicação das obras públicas através do concurso público, o nosso legislador teve o cuidado de tutelar as condições normais de concorrência através da imposição das consequências severas.

Tendo em conta os fundamentos e o pedido do recurso, importa averiguar se *in casu* as condições normais de concorrência foram postas em causa.

No caso dos autos, foram admitidos 5 concorrentes ao concurso público em causa, sendo que dois desses concorrentes, entre os quais se encontram o consórcio adjudicatário C/D e o consórcio F/G, 2º classificado.

Cada um dos consórcios é formado por duas sociedades comerciais.

Tanto a D que forma o consórcio com a C como a G que forma o outro consórcio com a G tem como sócio e administrador a mesma pessoa que é E.

Na óptica do recorrente, o facto de existir no concurso público, relativamente a dois dos concorrentes, os nºs 1 e 2, identidade de

sócios e administradores, já demonstra obviamente que, tendo o mesmo administrador, os consórcios conhecem as duas propostas por eles apresentadas, nomeadamente no que diz respeito aos preços da obra e aos prazos de execução da obra.

E de acordo com os critérios de avaliação das propostas fixados no concurso público, é tido em conta o médio dos preços da obra propostos pelos concorrentes na pontuação a atribuir a cada uma das propostas, sendo certo que a pontuação ou até a classificação final dos concorrentes serão directamente influenciadas pelo factor prazo de execução da obra e pelo factor preço proposto por qualquer das propostas apresentadas.

O que evidencia, para o recorrente, a existência do coluio entre os dois consórcios para perturbar as condições normais da concorrência.

Portanto, devem ser excluídas as propostas apresentadas pelos consórcios C/D e G/G, nos termos prescritos

Para a entidade recorrida, o recorrente não explicou de que forma o facto de os dois consórcios concorrentes poderem conhecer as respectivas propostas de prazo de execução pudesse contender com o princípio da concorrência.

O Ministério Público, em sede de vista final, acolheu a doutrina preconizada no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de Portugal, tirado em 25MAR2010, no processo nº 05806/09, aí citado a título da jurisprudência no direito comparado, para concluir pela verificação da forte presunção do conluio entre os concorrentes nºs 1 e 2.

*Quid juris?*

Bom, cremos que a boa solução deve ser obtida através do

apuramento do verdadeiro alcance do disposto no artº 5º/1 do Decreto-Lei nº 74/99/M.

Diz a norma que *são proibidos todos os actos ou acordos susceptíveis de falsear as condições normais de concorrência.*

Então pergunta-se o que se devem entender por *condições normais de concorrência?*

Não estamos a falar das *condições normais de concorrência* no mercado em geral, mas das *condições normais de concorrência* no âmbito da contratação pública de empreitadas de obras públicas.

A este propósito, há autores que ensinam:

“.....

*É na concorrência (no apelo e defesa do mercado, ínsito nestes procedimentos) que assenta, na verdade, o valor nuclear dos procedimentos (mais ou menos) concursais: **é a ela que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento.***

*Com a existência de um procedimento dirigido à concorrência assegura-se, na medida do possível, que, na satisfação de interesses administrativos que lhes estão cometidos (e que implicam dispêndio de dinheiros públicos ou cedência de bens ou utilidades administrativos), os entes públicos o façam da forma publicamente mais vantajosa possível.*

*E, quanto mais pessoas se apresentarem perante a Administração, como eventuais futuros contratantes, quanto mais pessoas quiseram negociar com ela, no mercado*

*administrativo, maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da Administração – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas.*

.....

*Chamar a concorrência, lançar um concurso, pressupõe, portanto, considerar os concorrentes como **opositores** uns dos outros, permitindo-se-lhes que efectivamente compitam ou concorram entre si, que sejam medidos (eles ou as suas propostas) sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis. (cf. Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira – in *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*, 1998, pág. 101)*

Na esteira desse ensinamento, reportando à própria função do concurso público para a adjudicação de uma obra pública, uma das condições da concorrência, é a de todos os concorrentes poderem competir entre si e forem opositores uns dos outros.

No caso dos autos, atendendo à circunstância de E ser sócio e administrador de ambas as sociedades, G e D que, por sua vez, formam, respectivamente com a G e C os dois consórcios, parece, por demais evidente, que os dois consórcios não são opositores entre si, por conhecerem as propostas mutuamente.

Não estão a competir entre si, mas sim procuram aumentar, para nós injustificadamente, a probabilidade ou a oportunidade de ganhar o concurso, através da apresentação de duas propostas.

Relembrando o que está disposto na lei, a redacção do citado artº 5º do Decreto-Lei nº 74/99/M evidencia que o nosso legislador se não limita a sancionar apenas as condutas que tenham causado lesão efectiva, mas sim também as condutas susceptíveis de

falsear as condições normais de concorrência.

Ou seja, são proibidos actos ou acordos que têm a virtualidade de colocar em perigo o bem jurídico que a norma visa tutelar.

*In casu*, cremos que o bem jurídico (i. é, as condições normais de concorrência) foi colocado em tal perigo concreto, pois, para além de conhecerem ou pelo menos estarem em condições para conhecer as propostas mutuamente, os dois consórcios, concorrentes nº 1 e 2, não obstante juridicamente autónomos um de outro, devem ser considerados “ligados”, sob ponto de vista da concorrência concursal, por terem um elemento subjectivo comum, que é justamente o mesmo sócio e o mesmo administrador E, como se fosse um único concorrente, de modo a que possam dispor *a priori* de uma dupla ou acrescida vantagem no uso dos seus poderes de oferta, consistente na possibilidade de apresentar duas propostas, em relação a todos os restantes concorrentes, que se limitam a poder apresentar uma única proposta.

Na verdade, como se sabe, com vista a ganhar o concurso, os concorrentes podem optar por atribuir maior peso ao factor preço da obra, oferecendo um preço mais baixo mas propondo um maior prazo de execução, ou optar por atribuir maior peso ao factor prazo de execução, propondo um curto prazo de execução mas oferecendo um preço mais elevado.

Assim, se uma mesma pessoa física puder, através da sua participação em dois concorrentes num mesmo concurso, apresentar duas propostas, uma com maior peso no factor preço, e outro maior peso no factor prazo de execução, esta pessoa física já está a dispor da acima dita dupla ou acrescida vantagem, em relação a outros concorrentes que podem apresentar apenas uma única proposta.

Portanto, *in casu*, para nós, a comprovada circunstância de E ser sócio e administrador em ambos os concorrentes, *de per si*, já potencia a obtenção de ganhos acrescidos no acesso ao mercado através da eventual conjugação consertada das propostas por eles apresentadas.

A favor desse entendimento nosso, é de frisar que, para nós é também pertinente a citação pelo Ministério Público, em sede da vista final, do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de Portugal, tirado em 25MAR2010, no processo nº 05806/09, onde se salienta que *“alias, bastaria o facto de ambas as propostas estarem assinadas por um administrador comum dessas empresas para que se entendesse que não se verificava a sua confidencialidade, pois pelo menos esse, conhecia as duas propostas antes da sua abertura pública, o que violava os princípios da igualdade e da concorrência por os restantes concorrentes apenas conhecerem a sua proposta antes dessa abertura.”*

Pelo que, deveriam ter sido *ab initio* excluídas as propostas apresentados pelo consórcio C/D e pelo consórcio F/G.

Portanto, é de anular o acto recorrido que decidiu adjudicar a empreitada ao consórcio C/D.

## **2. Violação dos artºs 55º/1-f) e 94º/1 e 2 do Decreto-Lei nº 74/99/M**

A este propósito, o recorrente alegou:

17. 其次，司法上訴人認為被司法上訴行為中，就“施工經驗及質量”的評分違反法律規定，理由如下：
18. 評標委員在會對評標要素『4.2最近十年內以承建商身份承接並

完成之本地兩項最高工程金額』及『4.3最近十年內以承建商身份完成的同類型本地工程經驗』進行評分時，基於司法上訴人提交的工程清單中之“H第三期工程(I)工程”及“H第二期工程(J酒店)”包含多份合同，而按單一合同選取工程最高金額；

19. 司法上訴人認為上述評分決定存在可撤銷的瑕疵；
20. 基於工程規模龐大及行政管理原因，單項工程內眾多不同的工種不可能在同一時期展開；
21. 故定作人H路丞股份有限公司將上述兩項工程拆分為多個合同並分別判給予兩名司法上訴人，並於不同時間段開展，以達致設計深化可以與施工同步進行，將設計已完成的工種先行開展，並同步繼續完成餘下設計，務求令項目得以在最短時間完成；
22. 雖然該兩項工程是由不同合同組成，但該等合同按同一工作地點及連續的時間序列應歸類為一項大型工程；
23. 對此，H路丞股份有限公司確認“I”為單一工程項目，雖然工作基於行政原因於不同時間以不同合約發判，但所有工作均屬單項工程內所包含之不同工種；
24. H路丞股份有限公司亦確認雖然“H第二期工程(J酒店)”拆分為不同合約，但就規劃及管理上而言，每一分期實際屬於單一工程；
25. 需要補充的是，在私人項目中，由於設計、財務及工作的安排考慮，按工程進度以多份合同判給項目是業界慣常的作法；
26. 控標案卷內將施工經驗作出一個評審要素的理由，是為選取具備經驗的承標人，而對於一項工程是以一個合同完成或是由多個子合同構成並無重要性；
27. 而司法上訴人於複雜的大型工程中逐一完成被委託的工程合同，正正反映了上訴人具備優良技術及能力；
28. 事實上，上述見解亦得到運輸基建辦公室的認可。在其負責的“丞仔柯維納馬路交通樞紐第一期建造工程”、“C360-輕軌一

期路氹城段建造工程”以及“C385 -輕軌一期車廠上蓋建造工程”的招標程序中，運輸基建辦公室認同在此情況下，各子項組成單一項工程“H第二期工程(J酒店)”；

29. 根據第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』第55條第1款f)項及第94條第1款及第2款之相關規定，判給應考慮的各因素僅限於招標公告及方案內所指明的因素；
30. 在本招標方案，就“最近十年內(截至公開開標日)以承建商身份在本澳完成的五項最優工程清單”的選取標準是“只應填五項，倘多於五項，則只選取清單中首五項工程進行評分”；
31. 建設發展辦公室並沒有對“工程”作出定義，亦沒有註明當一項工程包含多份合同時，按單一合同選取工程最高金額；
32. 縱然司法上訴人認為在進行施工經驗評分時只選取單一合同有違第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』選取適合承攬人的原則；但若建設發展辦公室認為當一個工程由多份合同組成時，只按單一合同選取最優工程計算得分，則應在招標方案內作出此規定；
33. 例如同樣是建設發展辦公室在“離島醫療綜合體 - 護理學院建造工程”之招標程序中所要求的條件：“只應填五項以總承建商身份完成的工程，每項以單一合同計算。倘多於五項工程，則只選取清單中首五項工程進行評分”。
34. 綜上所述，司法上訴人提交的第13.1.h)項招標文件『最近十年內(截至公開開標日)以承建商身份在本澳完成的五項最優工程清單』內的工程項目符合招標方案內的要件，然而評標委員會卻不考慮工程之總結算金額，而將兩名司法上訴人提交的工程按單一合同選取最優工程計算得分。
35. 因此，被上訴人的決定明顯地違反了《行政程序法典》第3條規定之合法性原則，以及第74/99/M號法令『公共工程承攬合同法律制度』第55條第1款f)項、第94條第1款及第2款之規定。
36. 按照《行政程序法典》第124條之規定，現被上訴的行政行為屬可撤銷的行政行為。

37. 在被司法上訴行政行為被糾正的情況下，根據評標要素『4.2最近十年內以承建商身份承接並完成之本地兩項最高工程金額』的計算方法，司法上訴人的得分為6.80分；
38. 同時，第一司法上訴人提交的工程清單中首兩項工程項目以及第二司法上訴人提交的工程清單中三項工程項目均涉及地庫建造工程、上蓋混凝土結構工程、建築裝修工程及機電工程；而第一司法上訴人提交的工程清單中首兩項工程項目涉及上蓋混凝土結構工程、建築裝修工程及機電工程；
39. 根據評標要素『4.3最近十年內以承建商身份完成的同類型本地工程經驗』的計算方法故此，司法上訴人的得分為8.50分；
40. 也就是說，“施工經驗及質量”司法上訴人得分應為19.04分，總得分應為84.84分，為最高得分之競投者；
41. 高於第一對立利害關係人及第二對立利害關係人組成之C有限公司/D有限公司合作經營之總得分80.88，因此，司法上訴人應為本次開標程序的承攬人。

Em síntese, o recorrente entende que foi violado o critério de apreciação das propostas para adjudicação da empreitada, fixado na al. h) do ponto 13.1 do programa do concurso, respeitante à *experiência e qualidade em obras*, à luz da qual o concorrente deveria apresentar uma lista das cinco obras mais relevantes executadas nos últimos dez anos em Macau na qualidade de empreiteiro.

Ao que parece, o recorrente pretende dizer que, por razões várias, um empreendimento pode ser dividido em várias partes e cada uma dessas partes componentes do empreendimento não constitui em si uma obra, mas sim apenas uma parte integrante de uma grande obra.

Portanto, ao considerar uma parte componente de um empreendimento, em vez do empreendimento no seu todo, como

uma unidade de obra, a entidade recorrida violou o critério de apreciação fixado no programa do concurso.

No fundo, está em causa a questão de saber o que se deve entender por *obra*, termo que foi utilizado na al. h) do ponto 13.1 do programa do concurso.

Sobre esta questão este TSI já chegou a pronunciar-se no sentido de que *“pese embora todas as obras respeitem a trabalhos executados no mesmo empreendimento, mas não deixam de ser obras singulares ou individualizadas, formalizadas através da celebração de contratos de empreitada autónomos.”*

Não se vê razão para não manter este entendimento que optou pelo critério formal que nós é mais seguro e certo.

Portanto, improcede esta parte do recurso.

Finalmente, antes de concluir, é de tecer algumas palavras sobre a pretensão manifestada nas alegações de recurso e resumida nas conclusões do recurso, ao que parece, dirigida a este Tribunal, no sentido de que 根據相同法令第 5 條第 2 款之規定，基於第 1 號競投者 F 有限公司/G 有限公司合作經營及第 2 號競投者 C 有限公司/D 有限公司合作經營之間的損害競爭之行為或協議已導致承攬之判給，被司法上訴人應中止承攬之履， ou seja, o decretamento da suspensão da execução da adjudicação de uma empreitada viciada por um acto ou acordo lesivos da concorrência, nos termos do disposto no artº 5º/2 do Decreto-Lei nº 74/99/M.

Ora, reza o artº 5º do Decreto-Lei nº 74/99/M que:

*1. São proibidos todos os actos ou acordos susceptíveis de falsear as condições normais de concorrência, devendo ser rejeitadas as propostas e candidaturas apresentadas como sua*

*consequência.*

*2. Se de um acto ou acordo lesivos da concorrência tiver resultado a adjudicação de uma empreitada, deve ser suspensa a sua execução, seguindo-se o procedimento previsto no artigo 209.º, salvo se a autoridade competente decidir fundamentadamente de outro modo.*

*3. A ocorrência de qualquer dos factos previstos no n.º 1 deve ser comunicada pelo dono da obra à entidade que, no Território, comprova a inscrição no registo oficial dos empreiteiros e, quando se trate de concorrente com sede ou sucursal fora de Macau, à sua congénere do país ou território onde se encontra estabelecido, para os devidos efeitos.*

Por sua vez, o artº 209º, cuja epígrafe é (Rescisão pelo dono da obra), para o que remete o artº 5º/2, preceitua que:

*1. Quando o direito de rescisão pertence ao dono da obra, o empreiteiro é notificado da intenção do seu exercício, dando-se-lhe um prazo não inferior a 5 dias para contestar as razões apresentadas, salvo se houver abandonado a obra ou paralisado os trabalhos.*

*2. Resolvida a rescisão, o dono da obra toma logo posse administrativa dos trabalhos, com a assistência do empreiteiro ou de duas testemunhas idóneas designadas pela entidade empossante.*

Ora, face ao disposto o artº 5º/2 do decreto, a lei não diz a quem compete o decretamento da suspensão da execução.

Já o artº 209º, para onde remete o artº 5º/2, diz-nos qual será o procedimento a seguir para a efectivação da suspensão.

Tendo em conta os termos redigidos no artº 209º, é de concluir que é ao dono da obra que compete dirigir o procedimento com vista à suspensão de execução.

Portanto, não é de atender o tal pedido.

Em conclusão:

3. Por força do princípio da concorrência, consagrado no artº 5º do Decreto-Lei nº 74/99/M, que estabelece o regime jurídico do contrato de empreitadas de obras públicas, uma das condições da concorrência é a de todos os concorrentes poderem competir entre si e forem opositores uns dos outros.
4. Revela-se a existência dos fortes indícios de falsear a concorrência quando dois concorrentes a um concurso público têm uma mesma pessoa física como um dos sócios e um dos administradores, pois entre eles não pode haver concorrência. Por isso devem ser excluídas as propostas por eles apresentadas nos termos prescritos no artº 96º/-f) do Decreto-Lei nº 74/99/M, uma vez que eles não estão a competir entre si nem são opositores um do outro, e antes pelo contrário, conhecem as propostas mutuamente, de modo a poderem dispor *a priori* de uma dupla ou acrescida vantagem no uso dos poderes de oferta, consistente na possibilidade de apresentar duas propostas conjugadas e consertadas, enquanto todos os restantes concorrentes se limitam a poder apresentar uma única proposta.

Tudo visto, resta decidir.

III

Nos termos e fundamentos acima expostos na apreciação da primeira questão, acordam em conferência:

- Indeferir o pedido da inquirição das testemunhas formulado pela entidade recorrida;
- Julgar procedente o recurso, anulando o acto recorrido; e
- Rejeitar o pedido da suspensão da execução nos termos requeridos.

Custas pela rejeição do pedido da suspensão a cargo do recorrente.

Registe e notifique.

RAEM, 14JUN2018

Lai Kin Hong  
Fong Man Chong  
Ho Wai Neng

Mai Man Ieng