

Processo n.º 5 / 2007

Recurso de Decisão Jurisdicional em Matéria Administrativa

Data da conferência: 16 de Janeiro de 2008

Recorrente: A

Recorridos: Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau

B

**Principais questões jurídicas:**

- Nulidade da sentença
- Poder discricionário
- Sindicabilidade de avaliação técnica

## SUMÁRIO

Não se deve confundir a falta de fundamentação da sentença, que só no caso de falta absoluta se pode conduzir à sua nulidade, com a escassez ou insuficiência da fundamentação ou o seu erro jurídico, consubstanciado no erro de julgamento, em que se baseia a discordância de recorrente.

No recurso contencioso, o mérito do exercício do poder discricionário é, em

princípio, insindicável jurisdicionalmente, salvo nos casos de erro manifesto ou total desrazoabilidade deste exercício ou clara violação dos princípios fundamentais do Direito Administrativo.

O Relator: Chu Kin

**Acórdão do Tribunal de Última Instância  
da Região Administrativa Especial de Macau**

Recurso de decisão jurisdicional em matéria administrativa

N.º 5 /2007

Recorrente: A

Recorridos: Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau

B

**1. Relatório**

A interpôs recurso contencioso contra o acto administrativo praticado pelo Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau que lhe negou a adjudicação do concurso público n.º X/XXXX/DSFSM para o Sistema Digital Troncas.

Por acórdão proferido no processo n.º 201/2004, o Tribunal de Segunda Instância negou provimento ao recurso contencioso.

Deste acórdão vem agora a mesma Sociedade recorrer para este Tribunal de Última Instância, formulando as seguintes conclusões nas suas alegações do recurso:

“1. Não se conformando com o referido duto Acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância, interpôs a ora recorrente recurso daquela decisão judicial na parte em que o Tribunal ora recorrido tendo tido conhecimento dos vícios invocados no recurso contencioso oportunamente interposto, ainda que tacitamente, julgou-os improcedentes, sem especificar, contudo, os respectivos fundamentos de facto e de direito justificativos dessa decisão;

2. Importa sublinhar, a este respeito, que não constam do texto do acórdão ora recorrido os vícios que foram alegados pela ora recorrente no seu recurso contencioso, nomeadamente no que diz respeito aos itens de avaliação 1.1, 3.2 e 4.1.5;

3. Relativamente ao item de avaliação n.º 1.1, veio o Tribunal de Segunda Instância consignar o seguinte: “A este propósito – profile das companhias –, o que se escreveu foi que B foi fundada em 1992 e em 2000 tornou-se uma sociedade holdings em Hong Kong – pontuação obtida: 1,5 valores. A foi fundada em 1998, não é uma sociedade Holdings – Pontuação obtida: 1,2 valores.

Ora, discordando-se ou não, parece que está explicada a razão da diferenciação”;

4. No que diz respeito ao item de avaliação n.º 3.2, veio o Tribunal de Segunda Instância consignar o seguinte: “Sobre esta questão (...), escreveu-se: B enumera detalhada e concretamente os pormenores da execução no seu plano de execução e á Motorola foi atribuído o certificado de qualidade ISO9001 sobre o desenho, produção, venda e prestação de serviço dos produtos radioelétricos

analógicos e digitais de duas vias e dois sistemas, por isso pode obter 1 valor. O conteúdo do plano de execução apresentado pela A não é muito detalhado, por isso pode obter 0,5.

Continua explicada a diferenciação e nas razões apresentadas não se nega a qualidade ou a certificação ISO por parte da recorrente”;

5. No que concerne ao item de avaliação n.º 4.1.5 ficou a constar no douto Acórdão que: “(...) se ficou a dever ao facto de as áreas cobertas terem sido desenhadas por um computador de forma analógica, o que faz presumir uma insuficiência quanto àquele dado pretendido (...)”;

6. Resulta assim claro que o Tribunal de Segunda Instância: a) deixou de pronunciar-se sobre questões que tinha necessariamente que apreciar, designadamente os vícios de forma e de lei mencionados na petição de recurso, b) ou, na melhor das hipóteses, não especificou os fundamentos de facto e de direito que justificaram a decisão que adoptou;

7. Sendo, pois, nulo o acórdão recorrido nos termos do art.º 571.º, n.º 1, al.s b) e d), do Código de Processo Civil;

8. Com efeito, o Tribunal de Segunda Instância não especificou qualquer fundamento de facto e de direito justificativo da sua decisão, designadamente ao determinar pela improcedência dos referidos vícios apontados pela recorrente ao acto de adjudicação à B do fornecimento do Sistema Digital Rádio Troncas (TETRA), no âmbito de um concurso público;

9. Verifica-se assim a omissão de pronúncia, que a lei expressamente preceitua no art.º 571.º, n.º 1, al. d), do Código de Processo Civil, aplicável aos presentes autos, como causa de nulidade do acórdão, na medida em que o Tribunal

de Segunda Instância não se pronunciou sobre questões concretamente postas pela recorrente ao Tribunal recorrido, as quais teriam inevitavelmente que ter sido decididas;

10. Se assim não for entendido, o que se admite sem conceder, será ainda nulo o acórdão recorrido por carência factual e legal de fundamentação por parte do Tribunal *a quo* verificando-se assim falta absoluta de motivação – cfr. art.º 571.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Civil;

11. Imputa a ora recorrente, no que concerne ao itens de avaliação n.ºs 6.1.2.3 e 6.2, o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto;

12. Perante as provas técnicas e de viabilidade apresentadas pela ora recorrente, embora a lei deixe ao detentor do poder discricionário a liberdade de resolução, esta pressupõe, além do mais, uma ponderada e legal avaliação e exame dos respectivos pressupostos e dos vários interesses em jogo, por forma a que o fim a atingir, possa ser atingido e pelo processo legalmente admitido;

13. Ou seja, perante os pressupostos de facto inerentes à proposta da ora recorrente deveria esta ter obtido pontuação no que concerne aos itens de avaliação em causa. É, pois, evidente que a ora recorrente preencheu os requisitos exigidos no caderno de encargos;

14. Há discricionariiedade quando a norma jurídica previamente confere valor jurídico a qualquer actuação do agente, dentro de uma série, quer ilimitada, quer limitada, de actuações possíveis, desde que a intenção do agente seja a prossecução do fim legal;

15. Em suma: não haverá discricionariiedade na interpretação da lei, na constatação dos factos materiais, na submissão dos factos à regra de direito, nem

finalmente, na formação da vontade;

16. A submissão dos factos à lei está sujeita às regras da lógica, sendo a formação da vontade a conclusão do silogismo jurídico, em que a premissa maior é a disposição legal devidamente interpretada e a premissa menor a submissão dos factos apurados à regra de direito;

17. E, no presente caso, a ora recorrente deveria ter sido pontuada no que concerne ao item de avaliação n.º 6.1.2.3 e visto alterada a pontuação de 1 para 1,5 no que diz respeito ao item de avaliação n.º 6.2. É assim manifesto o vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto na decisão então recorrida;

18. O douto Acórdão recorrido padece, assim, de vício de violação de lei, mais concretamente, por errada aplicação e interpretação da lei no que concerne ao caderno de encargos e ao Decreto-Lei n.º 74/99/M, de 8 de Novembro, nomeadamente o art.º 54.º deste diploma legislativo.”

Pedindo que o acórdão recorrido seja declarado nulo ou o acto impugnado anulado.

O recorrido Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau, nas suas alegações, ofereceu o merecimento dos autos e entende que deve ser mantido o acórdão recorrido, negando definitivamente provimento à pretensão do recorrente.

A outra recorrida, a contra-interessada B não apresentou alegações.

O Ministério Público emitiu o seguinte parecer:

“Insurge-se a recorrente contra o douto acórdão em crise que negou

provisão a recurso contencioso de acto do Chefe do Executivo que determinou a adjudicação à B do fornecimento do Sistema Digital Rádio Troncas (TETRA), no âmbito de um concurso público cujo objecto era o fornecimento daquele equipamento destinado a ser instalado e posto ao serviço da FSM e em que a recorrente foi preterida, esgrimindo, ao que ousamos sintetizar da respectiva exposição, com

- omissão de pronúncia sobre questões que deveria apreciar, ou, assim se não entendendo,

- falta de especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificaram a decisão,

qualquer deles a determinar a nulidade do aresto, nos termos das al.s b) e d) do n.º 1 do art.º 571.º, Cód. Proc. Civil.

Afigura-se-nos, porém, evidente a falta de razão da recorrente.

Entende esta, além do mais, que o douto acórdão “*deixou de pronunciar-se sobre questões que tinha necessariamente que apreciar, designadamente os vícios de forma e de lei mencionados no recurso*”, fazendo questão de acrescentar que aqueles se reportavam a vício de forma por falta de fundamentação e de violação de lei por erro nos pressupostos de facto.

Ora, foi, no essencial, sobre tais problemáticas e sua conjugação que o douto aresto se debruçou, bastando para tal percepção a mera leitura do mesmo, não se entendendo, francamente, como possa esgrimir-se nesse plano.

Mais: no que tange aos específicos *itens* de avaliação (1.1, 3.2 e 4.1.5) cuja apreciação a recorrente considera omitida, é ela própria quem acaba por transcrever trechos de algumas das considerações expressas pelo tribunal *a quo* a esse propósito.



Em que fica então a assacada omissão de pronúncia?

É por demais evidente que o Tribunal se pronunciou sobre as questões suscitadas, que o fez, aliás, detalhadamente, expressando clara, suficiente e congruentemente as razões por que decidiu no sentido em que o fez, sendo que, em boa verdade, a recorrente, para além do repetido “*anúncio*” da propalada omissão de pronúncia (segmento em que, como se viu, a própria se contradiz nos termos) e falta de fundamentação, se limita a um “*arrumo*” junto da posição assumida em “*voto vencido*” da decisão sob escrutínio, a considerações genéricas e abstractas relativas à caracterização do exercício do poder discricionário (a que gostosamente aderiríamos, não fosse o caso de não conterem qualquer expressão relevante, precisa e concreta no caso), voltando, novamente, a “*reivindicar*” a correcção de determinadas pontuações que lhe foram atribuídas relativamente a determinados factores, sendo que, a esse propósito se mantém o entendimento já assumido em 2ª Instância, ou seja, *“a mais não correspondendo, no fundo, tal argumentação, que a apreciações sobre si própria, sobre a sua própria capacidade técnica e ao seu desejo de ser classificada de forma mais positiva, sendo certo que, de todo o modo, nunca poderia o Tribunal reclassificar ou reponderar as avaliações efectuadas pela Administração, sob pena de, sobrepondo o seu poder de apreciação ao da autoridade administrativa para esse efeito vacacionada, incorrer o juiz em grave lesão do sagrado princípio da separação de poderes”*.

Razões por que, sem necessidade de maiores considerações ou alongamentos, somos a pugnar pelo não provimento do presente recurso.”

Foram apostos vistos pelos juízes-adjuntos.

## **2. Fundamento**

2.1 O Tribunal de Segunda Instância considerou provados os seguintes factos:

Vem posto em causa o acto administrativo do Exmo Senhor Chefe do Executivo, de XX de X último que consubstancia a adjudicação à B o fornecimento do Sistema Digital Rádio Troncas (TETRA), em detrimento da recorrente, A, no âmbito de um concurso que, para o efeito fora publicado no Boletim Oficial, II Série de XX de X de XXXX, com o número X/XXXX/DSFSM.

O objecto do concurso era o fornecimento do equipamento referido no artigo anterior, destinado a ser instalado e posto ao serviço das Forças e Serviços de Segurança de Macau.

Por despacho do Exm.º Senhor Chefe do Executivo, datado de XX de X de XXXX, publicado no Boletim Oficial de XX de X de XXXX, foi aberto concurso público para a aquisição de um sistema digital rádio TRONCAS (TETRA), destinado à Direcção dos Serviços das Forças de Segurança de Macau.

Na altura apresentaram propostas três sociedades sediadas na RAEM, entre elas a recorrente que é uma sociedade comercial por quotas cujo objecto consiste na prestação de “serviços no âmbito informático, nomeadamente em *software* e *hardware* e serviços relacionados com sistemas inteligentes”.

Em 26 de Junho do presente ano, a ora recorrente é notificada do despacho do

Exmo. Senhor Chefe do Executivo, datado de XX de X, tomando, então, conhecimento da adjudicação do concurso em causa à B”.

Em 22 de Julho de 2004, a ora recorrente deu entrada de um recurso contencioso no Tribunal de Segunda Instância.

Em 8 de Outubro de 2004, é a ora recorrente notificada de um requerimento, emitido pelo Gabinete do Secretário para a Segurança, datado de 15 de Setembro, no qual se vem requerer a suspensão da instância.

Constatadas irregularidades da notificação, bem como o incumprimento da tramitação legal exigida pelo n.º 3 do art.º 41.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho que comprometem a sua validade jurídica a recorrente foi notificada da decisão final de não adjudicação, em 14 de Setembro, tendo sido emitida uma nova notificação complemento do anterior acto de não adjudicação praticado pelo Exmo. Senhor Chefe do Executivo, datado de XX de X de XXXX, nos seguintes termos:

“Notifica-se essa Sociedade da decisão em relação ao referido concurso público que por despacho proferido pelo Chefe do Executivo em XX de X de XXXX, foi adjudicado à B, o abastecimento do Sistema Digital Rádio TRONCAS, pelo que não fora adjudicado à essa sociedade o fornecimento daquele sistema.

Notifica-se ainda que em relação ao sistema adicional AVLS/GIS, este não fora adjudicado por não haver concorrentes que fornecessem os itens exigidos.

Caso B, discordasse da referida decisão de adjudicação, poderia interpor recurso contencioso, no prazo de trinta dias, para o Tribunal Administrativo com o objectivo de dar cumprimento ao disposto no art.º 6.º, n.º 1 do DL n.º 63/85/M de 6 de Julho e no art.º 25.º, n.º 2 al. a) do Código de Processo Administrativo Contencioso por remissão do DL n.º 110/99/M de 23 de Dezembro.”

O despacho do DSFSM, objecto daquela notificação, foi do seguinte teor:

“Despacho n.º XX/GD/DSFSM/XXXX

1. Em XX de X de XXXX, através do ofício n.º 3862/2004, desta Direcção de Serviços, foi, à A, com sede em Macau, concorrente ao concurso público n.º X/XXXX/DSFSM, comunicado o seguinte:

a) que, por despacho do Senhor Chefe do Executivo, de XX de X do corrente ano, fora adjudicado à B, o fornecimento do Sistema Digital Rádio Troncas (TETRA), pelo que não fora adjudicado à A, o fornecimento daquele Sistema;

b) que, em relação ao sistema adicional «AVLS/GIS», este não fora adjudicado por não haver concorrentes que fornecessem os artigos exigidos;

c) que, caso A, discordasse da referida decisão de adjudicação do Senhor Chefe do Executivo, poderia interpor recurso contencioso, no prazo de trinta dias, para o Tribunal Administrativo.

2. A referida comunicação foi feita com o objectivo de dar cumprimento ao disposto no n.º 3 do art.º 41.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho.

3. Porém, e devido a lapso destes Serviços, a comunicação em causa foi não só extemporânea como ilegal, por violar o preceituado no referido n.º 3 do art.º 41.º daquele diploma legal.

De facto, naquela data ainda não fora prestada a caução definitiva pelo concorrente preferido no concurso, pelo que não poderia ser comunicado aos restantes concorrentes (no caso, à A) a decisão final tomada sobre o concurso em causa.

4. Por outro lado, continha ainda a comunicação em causa a errada informação de que da decisão final proferida pelo senhor Chefe do Executivo cabia

recurso contencioso a interpor para o Tribunal Administrativo. De facto, o recurso contencioso deveria ser interposto para o Tribunal de Segunda Instância.

Mas, na realidade, o erro foi sanado através do recurso já interposto pela A, para o Tribunal de Segunda Instância.

5. Assim, sendo a comunicação em causa inválida, porque ilegal, e ao abrigo do disposto no art.º 124.º, no n.º 1 do art.º 125.º, no art.º 127.º, no n.º 1 do art.º 130.º e no n.º 1 do art.º 131.º, todos do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro, decido:

Revogar a comunicação feita à A, através do ofício n.º 3862/2004, de 25 de Junho p. p., desta Direcção de Serviços.

Notifique-se este despacho àquela Sociedade, dando-se igualmente conhecimento dele ao Gabinete do Senhor Secretário para a Segurança.

Direcção dos Serviços das Forças de Segurança de Macau, aos 24 de Agosto de 2004

O Director, Substituto  
CHAN PENG SAM  
Superintendente”

## 2.2 Nulidade do acórdão recorrido

A recorrente começou por suscitar a nulidade do acórdão recorrido por omissão de pronúncia e falta de fundamentação em relação aos itens de avaliação 1.1, 3.2 e 4.1.5, nos termos do art.º 571.º, n.º 1, al.s b) e d) do Código de Processo Civil, entendendo que o tribunal recorrido deixou de pronunciar-se sobre questões

que tinha necessariamente que apreciar, designadamente os vícios de forma e de lei mencionados na petição de recurso, ou não especificou os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão que adoptou.

É manifesta a falta de razão nesta questão suscitada pela recorrente.

Na realidade, o Tribunal de Segunda Instância apreciou os vícios de forma por falta de fundamentação e de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e afronta do princípio da igualdade suscitados pela recorrente no recurso contencioso e mencionou os respectivos fundamentos. Especialmente, em relação aos três itens de avaliação, o tribunal recorrido referiu a razão de improcedência dos fundamentos invocados pela recorrente, embora bastante sintética, mas sempre compreensível. Os trechos do acórdão recorrido citados pela recorrente para fundamentar a sua posição são exactamente as considerações que o tribunal recorrido teceu sobre tais itens.

Portanto, não se deve confundir a falta de fundamentação da sentença, que só no caso de falta absoluta se pode conduzir à sua nulidade, com a escassez ou insuficiência da fundamentação ou o seu erro jurídico, consubstanciado no erro de julgamento, em que se baseia a discordância de recorrente.

### 2.3 Vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto

A recorrente alegou este vício especificamente em relação aos itens de avaliação n.ºs 6.1.2.3 e 6.2, afirmando que a própria preencheu os requisitos exigidos no caderno de encargos e deveria ter sido pontuada no que concerne ao item de avaliação n.º 6.1.2.3 e visto alterada a pontuação de 1 para 1,5 no que diz

respeito ao item de avaliação n.º 6.2. Conclui-se que no acórdão recorrido se verifica a errada aplicação e interpretação da lei sobre o caderno de encargos e o Decreto-Lei n.º 74/99/M, nomeadamente o seu art.º 54.º

Sobre a questão em apreço, a recorrente dedicou grande parte do recurso à natureza teórica do poder discricionário que não se apresenta controversa. Mas não desenvolveu mais o fundamento da sua posição.

É de salientar que a avaliação feita pela Administração sobre as propostas apresentadas pelas companhias concorrentes engloba o exercício do poder discricionário. Ora, no recurso contencioso, o mérito do seu exercício é, em princípio, insindicável jurisdicionalmente, salvo nos casos de erro manifesto ou total desrazoabilidade deste exercício ou clara violação dos princípios fundamentais do Direito Administrativo.

É o seguinte o item de avaliação n.º 6.1.2.3:

“No período dos dois anos em que presta os serviços de manutenção e reparação gratuitos, se as companhias concorrentes podem prestar mensalmente serviços de manutenção e exame preventivos do sistema. Em caso positivo podiam obter uma pontuação de 1 valor.”

As duas companhias concorrentes, em que se inclui a ora recorrente, não obtiveram qualquer valor neste item de avaliação por “não preencherem este requisito”, segundo a razão avançada pela Comissão de Avaliação Técnica.

Não está em causa os serviços de manutenção em geral que a recorrente poderia prestar e a sua gratuidade durante dois anos, mas sim os serviços especiais

de manutenção e exame do sistema de comunicação com carácter preventivo e periodicidade mensal.

São estas duas características de serviços que se não vieram apresentadas nas condições de manutenção do sistema de comunicação oferecidas pela recorrente.

É apenas um dos aspectos que a Administração considera no âmbito do item de avaliação n.º 6.1.2 sobre os serviços de manutenção a prestar gratuitamente durante dois anos e que a Administração exige a globalidade. Os serviços de manutenção e exame preventivos do sistema aqui exigidos são diferentes de manutenção normal que é tratada noutros itens de avaliação, pois aqueles exigem uma intervenção técnica activa a fim de detectar as eventuais falhas antecipadamente e com intervalos mensais. Não houve proposta destes serviços pela recorrente, naturalmente esta não conseguiu qualquer valor de pontuação no item de avaliação em causa.

Sobre o item de avaliação n.º 6.2, a recorrente pretende o aumento do valor obtido de 1 para 1,5.

Consta do item de avaliação n.º 6.2:

“Nível de manutenção e reparação do Sistema, profile profissional dos técnicos que se responsabilizam pela manutenção e reparação do Sistema e seu suporte. A pontuação é atribuída conforme as experiências de trabalho dos técnicos principais que se responsabilizam pela manutenção e reparação (incluindo os engenheiros do Sistema Tetra, da rede informática e do *software*) e os locais onde os referidos técnicos são destacados. 1,5 valores.”

Segundo a análise da Comissão de Avaliação Técnica:



“B enumera na sua proposta os técnicos principais que se responsabilizam pela manutenção e reparação e o local onde os mesmos são destacados é Hong Kong, por isso, pode obter 1,2 valores. A compromete-se, na sua proposta, a ter um grupo de técnicos para os trabalhos de manutenção e reparação do Sistema. Os locais onde os seus técnicos são destacados são em Macau e nos locais exteriores, mas esta não indica a lista de técnicos principais responsáveis pela manutenção e reparação, por isso, pode obter 1 valor.”

Então, a diferença das pontuações atribuídas às duas companhias reside na falta de indicação em concreto do principal pessoal técnico de manutenção da recorrente e nos locais em que os pessoais das duas companhias são destacados.

Não é difícil de compreender que a qualidade técnica do pessoal de manutenção é bastante importante para o funcionamento e a manutenção do sistema de comunicação. A não especificação dos técnicos responsáveis não permite à Administração conhecer concretamente a sua preparação técnica e profissional e sobretudo dá menos garantia à Administração no sentido de obter o serviço de manutenção sempre a prestar por técnicos mais qualificados.

Por outro lado, não se nega a vantagem de que uma parte deste pessoal da recorrente é destacada em Macau, que constitui um ponto mais favorável para a recorrente em comparação com outra companhia concorrente. Mas sobre o restante pessoal já a recorrente não especificou o local do seu destacamento, mas apenas refere genericamente ao “exterior de Macau”.

Ponderados todos os aspectos relacionados, não parece que haja erro manifesto na pontuação dada neste item de avaliação.

### **3. Decisão**

Face ao exposto, acordam em julgar improcedente o recurso jurisdicional.

Custas pela recorrente com a taxa de justiça fixada 5 UC.

Aos 16 de Janeiro de 2008.

Os juízes : Chu Kin

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Sam Hou Fai

A Procuradora-Adjunta

presente na conferência: Song Man Lei