

Proc. n° 287/2011

(recurso contencioso)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 19 de Julho de 2012

Descritores:

-Fundamentação e notificação

-Ajuste directo

-Oportunidade e conveniência

SUMÁRIO:

I- *Fundamentação e notificação* são conceitos distintos.

A *fundamentação* é intrínseca ao acto, ao passo que a *notificação* (também a *publicação*) é já acto extrínseco ao acto administrativo decisor e a ele necessariamente posterior. A notificação é um veículo ou instrumento de comunicação, por isso se dizendo *instrumental*. E na medida em que cumpre essa singela função, não visa senão conferir eficácia externa ao objecto comunicado, dotando-o da necessária aptidão para a produção de efeitos, por isso também se intitulando *integrativo de eficácia*. Deste modo, um acto deficientemente notificado não é necessariamente ilegal, embora seja ineficaz.

II- O ajuste directo, que, como se sabe, deverá, em regra e na medida do possível, ser precedido de consulta a, pelo menos, três entidades da especialidade, individuais ou colectivas, domiciliadas, sediadas ou com representação social no Território

III- “*Oportunidade*” e “*conveniência*” são vocábulos que exprimem uma ideia de liberdade dentro da riqueza e variedade das circunstâncias em que o órgão administrativo é chamado a intervir, quanto ao momento da escolha e quanto à opção tomada dentro de um leque de soluções possíveis em ordem à satisfação do interesse protegido pela norma que confere tal poder. Ou seja, estamos aqui perante um nítido caso de exercício de poderes discricionários.

IV- O princípio da *estabilidade das regras concursais* repousa numa necessária relação de confiança que é preciso manter entre entidade adjudicante e concorrentes num determinado concurso público. Segundo ele, não é permitido prever na abertura do concurso a possibilidade de alteração posterior da sua regulamentação, nem a alteração das regras no seu decurso, seja por que motivo for.

Sendo o princípio válido para o concurso, não se pode falar da sua violação, se para um determinado fornecimento foi utilizado o ajuste directo.

Proc. n° 287/2011

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da RAEM

I – Relatório

“A”, com sede em Macau, na Rua de Henrique de Macedo, n°33, Edif. “Yi Chan Lau”, r/c, recorre contenciosamente do despacho de 8/09/2010 do Ex.mo **Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura**, que determinou a adjudicação da Consulta n° 70080/C/10 à CTM referente ao fornecimento de um sistema informático.

Ao acto imputou os *vícios de forma* (por falta de fundamentação) e de *violação de lei* (por adjudicar a consulta a um concorrente cuja proposta não reunia os requisitos exigidos; por violação do princípio da legalidade e do princípio da estabilidade das regras e por violação do princípio da prossecução do interesse público).

*

Contestou apenas a entidade recorrida, pugnando pela bondade legal do acto em causa.

*

A recorrente apresentou alegações facultativas, concluindo-as do seguinte modo:

- i. Vem o presente recurso contencioso interposto do despacho de 8 de Setembro de 2010, do Exmo Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, que determinou a adjudicação à CTM da Consulta n° 70080/C/10 referente ao fornecimento de um sistema informático de medicina tradicional chinesa.
- ii. Acto que está inquinado de ilegalidades o tornam inválido e anulável.
- iii. Por incorrer no vício de violação de lei e em vício de forma.

- iv. Com efeito, do citado despacho, proferido pelo Exmo Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, que determinou a adjudicação da Consulta n.º 70080/C/10 à CTM, não constam factos suficientes e bastantes que permitam destringir por que razão foi a consulta adjudicada à CTM em detrimento da ora recorrente.
- v. O mesmo sucede com ofício do Exm.º Senhor Director dos Serviços de Saúde de Macau n.º 16/DAFIN/2011, de 29/03/2011, que remete para os fundamentos constantes da certidão anexa ao presente recurso, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido (doc. n.º 2), que se resumem a meros critérios abstractos ao referir que os critérios de adjudicação foram “as capacidades técnicas do sistema informático e os custos futuros de desenvolvimento do sistema, bem como a qualidade da assistência técnica a prestar”.
- vi. Dos autos não existe qualquer outro documento que fundamente a adjudicação à CTM.
- vii. Assim, sendo aqueles critérios desacompanhados de quaisquer elementos que os concretizem de nada servem, uma vez que não permitem esclarecer à ora recorrente porque foi preterida.
- viii. A insuficiência de fundamentação do acto não permite saber quais as razões porque se decidiu daquele modo e o iter cognoscitivo e valorativo que aí conduziu, em termos de poder optar por impugnar a decisão ou com ela se conformar.
- ix. No âmbito de um concurso público, a fundamentação para a adjudicação de fornecimento de um bem a determinado concorrente, face ao **Princípio da Transparência da Administração Pública**, deverá levar o concorrente a perceber exactamente quais as motivações de facto que levaram àquele resultado.
- x. O regime jurídico geral da fundamentação dos actos administrativos consta dos arts 114.º, 115.º e 116.º do Código do Procedimento Administrativo.
- xi. Consistindo a fundamentação na externalização precisa das razões de facto e de direito que estão na base do despacho, incorre este em vício de forma por falta de fundamentação.
- xii. Dispõe o art.º 115.º n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo que *“equivale a falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto”*.

- xiii. Em consonância com o exposto, sofrendo a fundamentação do referido despacho de insuficiência, determina a lei a falta da mesma.
- xiv. Porque o direito à fundamentação dos actos administrativos é um direito fundamental dos administrados, a sua falta gera igualmente nulidade do acto, por força do disposto na alínea d), n.º 2, do art.º 122.º do Código de Procedimento Administrativo.

Acresce ainda que,

- xv. O acto recorrido encontra-se inquinado com o vício de violação de lei ao adjudicar a consulta a um concorrente cuja proposta não reunia os requisitos exigidos!
- xvi. Violando, dessa forma, um princípio específico do concurso que é o princípio da estabilidade das regras.
- xvii. Pois que o software proposto pela CTM, conhecido por sistema HIS, é um sistema de aplicações informáticas que serve essencialmente para prestar informação relativa a: diagnóstico, receita, exame, teste, tratamento, operação, enfermaria, materiais sanitários, junta médica, transferência e alta de hospital.
- xviii. Esse sistema de software poderá eventualmente abranger as funções de farmácia de medicina chinesa e consulta médica chinesa.
- xix. Porém, tem pouca utilização no mercado, não dispõe de software de acupunctura, ou seja
- xx. Não satisfaz os requisitos constantes da Consulta no.70080/C/10.
- xxi. Ao ser adjudicada a consulta à CTM, com ofensa ao princípio da estabilidade das regras e ao princípio da legalidade, o acto encontra-se ferido do vício de violação de lei, o que gera a sua nulidade.
- xxii. Por outro lado, foi violado o princípio da prossecução do interesse público (previsto no art. 4.º do CPA, sob a epígrafe de “princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos residentes”, que compete “... aos órgãos administrativos prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos...”).
- xxiii. Na medida em que o software, constante da proposta vencedora, não possibilita o uso em medicina chinesa tradicional, nem é amplamente utilizado,
- xxiv. Ou seja, o fim a que a consulta se destinava não atingido, encontrando-se, por

isso, o interesse público prejudicado.

- xxv. Assim sendo, torna o acto ferido do vício de violação de lei, o que gera a sua nulidade.

Termos em que e nos mais de Direito, deve o presente recurso ser julgado procedente e, por via disso o despacho recorrido do Exmo. Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, que determinou a adjudicação da Consulta n.º 70080/C/10 à Companhia de Telecomunicações de Macau, S.A.R.L., ser considerando nulo, por o mesmo estar ferido do vício de violação de lei.

Caso assim se não entenda, deverá o acto recorrido ser anulado, com fundamento no vício de forma, assim se fazendo a costumada JUSTIÇA.

*

Alegou também a entidade recorrida, apresentando as seguintes conclusões:

- 1- A Recorrente, Recorreu do despacho de 8 de Setembro de 2010, proferido pelo Senhor Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura, despacho esse, que se refere a um fornecimento de um sistema informático, e que determinou a adjudicação da consulta n.º 70080/C/10 à “CTM”, pelo valor de MOP498,000.00 (quatrocentas e noventa e oito mil patacas), em preterimento da “A”.
- 2- O Recurso “*sub júdice*”, tem a ver com um Ajuste Directo procedido de consulta a duas companhias:
 - a) *Companhia de Telecomunicações de Macau, S.A.R.L.*
 - b) A referente ao fornecimento de um sistema informático de medicina tradicional chinesa por parte dos Serviços de Saúde.
- 3- Os critérios de adjudicação para a escolha da “CTM”, “”, tiveram como fundamentos, as capacidades técnicas do sistema informático e os custos futuros no desenvolvimento do sistema, bem como a qualidade da assistência técnica a prestar.
- 4- A Recorrente compreendeu toda a fundamentação do despacho referido, apenas não concorda com a proposta feita pela comissão.
- 5- A fundamentação dada pela certidão exarada pelo Director dos Serviços de Saúde de 10 de Dezembro de 2010 e posteriormente pelo ofício 16/DAFIN/2011 de 29 de

Março de 2011, o qual remete para a anterior certidão, é suficiente e não padece de qualquer “Vício de Forma” por falta de fundamentação conforme a Recorrente alega, pelo que o acto administrativo não está ferido de qualquer vício.

- 6- Igualmente, não assiste à Recorrente qualquer razão quando invoca o vício de “Violação de Lei” do despacho recorrido com base em que não se deveria ter adjudicado a consulta à companhia CTM no dia 08 de Setembro de 2010 pelo Sr. Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura.
- 7- Isto porque, não existiu qualquer concurso, porque o mesmo não era exigido por lei, pelo que cai por terra a argumentação da Recorrente na sua Petição de Recurso e Alegações facultativas de que os Serviços de Saúde estariam violando o Principio da Estabilidade das Regras.
- 8- Houve sim um Ajuste Directo procedido de consulta, cabendo ao poder discricionário da administração proceder à escolha da melhor proposta (Cfr artigo 5.º n.º3 do Decreto-Lei n.º122/84/M).
- 9- Os Critérios de adjudicação constante do n.º4 do aviso de consulta foram integralmente cumpridos pela comissão que adjudicou a consulta à CTM, pois o sistema informático da CTM cumpria ainda com os requisitos e condições exigidos pelos Serviços de Saúde da consulta n.º 70080/C/10.
- 10- Essa escolha pertencia ao poder discricionário da Administração.
- 11- Os critérios que integram o âmbito da discricionariedade técnica da Administração, poderiam apenas ser judicialmente atacados em sede de desvio de poder, o qual não existe, nem foi invocado pela Recorrente.
- 12- Na verdade, cabe a Administração agir no caso concreto, em função das circunstâncias do tempo, lugar, etc., porque se supõe que só a Administração estará em condições para optar pela melhor solução para a prossecução do interesse público, apreciando a questão em apreço em função de critérios de oportunidade e conveniência.
- 13- A Administração não violou o Principio da Prossecução do Interesse Público previsto no artigo 4.º do CPA, contrariamente ao que a Recorrente alega no artigo 42.º da sua petição de recurso, antes pelo contrario, decidiu em conformidade com esse mesmo interesse.
- 14- Pelo exposto, o vício de “Violação de Lei” alegado pela Recorrente ao despacho de 08 de Setembro de 2010, deve naufragar por falta de sustentabilidade de fundamento legal.

15- Os vícios de “Falta de Fundamentação” e de “Violação de Lei” não geram nulidade do acto administrativo, apenas a anulabilidade, pelo que o pedido da Recorrente não tem fundamento legal.

16- Contudo, não deverá, pois o acto que determinou a adjudicação da consulta n.º70080/C/10 ser anulado, porquanto, que não está inquinado de qualquer vício, seja de “Forma”, seja de “Violação da Lei”.

Nestes termos e nos melhores de direito, cujo o douto suprimento se invoca, deve o presente recurso ser julgado improcedente por inexistência do alegados vícios “Vício de Forma”, e de “Violação de Lei”, mantendo-se o acto Recorrido com as demais legais consequências.

*

O digno Magistrado do MP emitiu parecer no sentido da improcedência do recurso.

*

Cumpra decidir.

II- Pressupostos processuais

O tribunal é absolutamente competente.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias e são legítimas.

Não há outras exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento de mérito.

III- Os Factos

Face aos elementos dos autos e à posição assumida processualmente pelas partes, damos por assente a seguinte factualidade:

1- O Serviços de Saúde tornaram pública a consulta n.º 70080/C/10, com vista ao fornecimento de um sistema informático em medicina tradicional chinesa, nos seguintes termos:

Consulta Escrita N.º 70080/C/10

Período de validade das propostas (dias) 365

Recepção de propostas até as horas do dia 2010/05/18 17:45

Pessoa de ligação: Sra. Tai Tel. N.º: xxx

Item	C.Artigo	Designação	Unid.	Quanti.	P.Unitário
1	7502020100	SOFTWARE DE BASE Software de Medicina Tradicional Chinesa Nota: 1. Indique, por favor, de forma expressa, o prazo de entrega, o prazo de conservação e o período de validade das propostas; 2. Entregue, por favor, o índice. Precaução: 1. Pode não ser satisfeitas as exigências previstas no artigo 5.6 nas cláusulas de consulta. Anexo: 1.Especificações técnicas---4 pag.s 2.Cláusulas de consulta 7002/05A: versão chinesa-----9 pag.s 3. Cláusulas de consulta 7002/05A: versão portuguesa-----15 pag.s Forma da oferta: A oferta é feita por escrito, e é encerrada em envelopes por cada concurso, com o número correcto da proposta de adjudicação escrita nos envelopes. Os Serviços de Saúde não admitem, em qualquer caso, oferta com número errado.	UNID	1,00	

É necessário o envio de amostras e/ou catálogos.

É indispensável que os prazos de entrega sejam indicados com precisão.

(Ass.- vide o original)

O Responsável do D.A.Fin.

2- Eram as seguintes as especificações técnicas:

Governo da Região Administrativa Especial de Macau

Serviços de Saúde

70080/C/10

Requisição técnica do software de medicina tradicional chinesa

São incluídos pelo menos 2 sistemas de gestão de farmácias chinesas e 6 sistemas de processo clínico de medicamento tradicional chinês e de acupunctura.

1. O sistema tem de ter as seguintes funções

1.1 Módulo de prescrição e processo clínico de medicina tradicional chinesa:

Função de registar informações básicas dos doentes

Função de registo do processo clínico

Função de produzir módulo do processo clínico

Função de examinação de erro dos nomes de medicamento

Aviso de alergia dos fármacos sujeitos a prescrição médica obrigatória

Aviso de dose para crianças dos fármacos sujeitos a prescrição médica obrigatória

Aviso dos fármacos sujeitos a prescrição médica para mulher grávida

Função de pacote e prescrição médica

Função de imprimir processo clínico e prescrição médica

Função de cálculo automático das despesas para a prescrição

Função de reprodução de imagem médica

Função de consulta de informações de referência clínicas

Função de definir propriamente informações de referência

Função de consulta de livros antigos da medicina tradicional chinesa

Função de análise das síndromas e diagnose auxiliar de doenças

Função de troca de dados do serviço médico

Função de classificação e estatística dos dados

Função de serviço médico à distância

Função de assinatura digital no processo clínico electrónico

Função de manutenção de dados

1.2 Módulo de tratamento de acupunctura:

Função de registar informações básicas dos doentes

Função de registo do processo clínico

Função de produzir módulo do processo clínico

Função de registo do processo clínico

Função de pôr em ordem os pontos de acupunctura segundo os meridianos e partes do corpo humano

Função de pacote e prescrição de acupunctura

Função de imprimir processo clínico e prescrição médica

Função de cálculo automático das despesas para a prescrição

Função de reprodução de imagem médica

Função de consulta de informações de referência clínicas

Função de definir propriamente informações de referência

Função de consulta de livros antigos da medicina tradicional chinesa

Função de análise das síndromas e diagnose auxiliar de doenças

Função de troca de dados do serviço médico

Função de classificação e estatística dos dados

Função de serviço médico à distância

Função de assinatura digital no processo clínico electrónico

Função de manutenção de dados

1.3 Módulo de gestão de farmácias chinesas:

Função de estabelecer um banco de dados para os medicamentos

Função de consulta dos medicamentos

Função de inspecção da entrada e saída dos medicamentos da armazenagem

Função de cálculo automático das despesas para a prescrição

Função de conversão de unidades (tais como conversão de grão e grama)

Função de alerta para um número mínimo de medicamento e de fixar um número de entrega dos medicamentos

Função de aviso da expiração dos medicamentos em estoque Função de aviso do limite mínimo do estoque

Função de consulta, estatística e boletim do estoque dos medicamentos

Função de consulta, estatística e boletim de inspecção da entrada e saída dos medicamentos

Função de consulta, estatística e boletim da venda dos medicamentos

Função de inventariação e consulta

Função de manutenção de dados

Observação: O supracitado sistema deve ser produto já existente e que tem usuários. O número das funções que o sistema fornece tem que ser mais do que 80% das funções requeridas, e as restantes podem ser acrescentadas após a adjudicação. Além disso, o sistema deve fornecer acesso ao sistema HIS que os Serviços de Saúde têm agora, a fim de obter dados tais como informações dos doentes e marcação prévia, bem como responder às respectivas informações do tratamento. Deve-se fornecer respectiva demonstração e esclarecimento das funções do sistema, e a empresa adjudicatária tem de fazer alterações do sistema correspondentes às necessidades do usuário.

2. Requisitos técnicos do sistema

No desenho do sistema deve-se fazer o máximo para usar padrões tecnológicos abertos e evitar o uso de tecnologia patenteada.

O sistema é bem aberto, avançado, seguro, estável e extensível.

O banco de dados deve ser completamente aberto aos Serviços de Saúde.

Na interface do usuário usa-se a língua chinesa tradicional, e a interface deve ser clara, bonita, conveniente e suporta imagens.

A velocidade de reacção do sistema deve ser aceitável.

Para garantir o investimento no caso de não comprarmos o código-fonte do software, sempre que a empresa adjudicatória não possa fornecer serviço de manutenção do software, os Serviços de Saúde tomará o domínio do código-fonte do software para manter o funcionamento normal.

Deve-se elaborar vários tipos de consulta e boletim conforme as necessidades do usuário, permitindo ao usuário definir de forma flexível a condição e o teor.

Os boletins e resultados de consulta podem ser convertidos em formato MS-Excel para análise e aplicação.

Na recolha das informações do sistema, a empresa adjudicatória deve encontrar-se com o respectivo responsável para consultar detalhes e negociar, a fim de determinar a direcção do desenvolvimento do sistema informático.

3. Exigências da plataforma do sistema informático

Plataforma do servidor: *MS Window 2000 Server* ou mais avançada

Plataforma do usuário: *MS Window XP Traditional Chinese & English Professional*

Banco de dados: *Oracle 9i & 10g or SqlServer2005* ou mais avançada

4. Apoio e formação

Deve-se fornecer esclarecimento das funções do software, incluindo o quadro de processo do sistema e o esclarecimento das funções.

Deve-se fornecer esclarecimento detalhado da estrutura dos dados, do desenho do sistema e o manual de uso.

Indicam-se os softwares necessários para o funcionamento do sistema, incluindo o sistema de

operação, o banco de dados e terceiros softwares necessários para o sistema.

Deve-se fornecer aos técnicos informáticos dos Serviços de Saúde formação técnica da gestão e da estrutura do sistema.

Deve-se fornecer serviço de apoio técnico e garantir a reparação do sistema dentro de 24 horas depois de ocorrerem problemas.

A empresa adjudicatória tem que fornecer serviço de alteração razoável e não estrutural das funções do sistema segundo as nossas exigências num ano após a aplicação do sistema para o bom funcionamento deste.

5. Teste do sistema

O pessoal técnico dos Serviços de Saúde vai fazer a teste preliminar do sistema após o seu acabamento.

Se o resultado de teste for satisfatório, pode o usuário começar a usar o sistema com um período experimental de pelo menos 3 meses. Durante este período, precisa-se de testar o sistema com informações reais e testar todos os módulos e a função de integração do sistema.

Durante o período de teste, deve-se proceder à alteração do sistema em conformidade com as sugestões razoáveis do usuário.

Caso o sistema sofra de qualquer avaria durante o período experimental, toda a teste começa de novo até serem corrigidos todos os erros e ficar satisfeito o usuário.

Pode-se assinar a senha do sistema se o resultado da teste for satisfatório.

6. Requisição da oferta

Se o preço do sistema for calculado segundo a unidade de dose (sic.), O proponente tem que indicar o preço de cada sistema independente, também pode indicar de forma selectiva o preço do original programa de computador, ou outras formas de preço.

Não é precisa a oferta de hardware, mas deve-se indicar a exigência mínima da capacidade do hardware.

Deve-se fornecer plano de formação e regras pormenorizadas de copyright.

Deve-se indicar as experiências que a empresa proponente tem no desenvolvimento de projecto do mesmo tipo.

Tem-se de fornecer a programação do desenvolvimento, da instalação e da teste do sistema.

Tem-se de fornecer serviço de conservação gratuita de pelo menos 1 ano (a contar desde o acabamento de desenvolvimento e teste do sistema, bem como a admissão do sistema por parte dos Serviços de Saúde).

Deve-se fornecer plano e preço de conservação depois do período de conservação gratuita, bem como a oferta de serviço anual de garantia, conservação e alteração simples do sistema nos próximos 10 anos.

3- Apresentaram-se à consulta a ora recorrente “A” e a CTM.

4- Quando da análise comparativa dos sistemas informáticos, foi proposto o seguinte:

Mapa comparativo de Equipamento Informático
Sistema de software de medicina tradicional chinesa

	Quantidade	CTM	A
Sistema de gestão de farmácias chinesas	2	498,000	150,000
Sistema de processo clínico de acupuntura e de medicina tradicional chinesa	6		40,800
Acrescimento e alteração das funções do sistema pela 1ª vez		Incluído	300,000
Conservação e manutenção no 1º ano		Incluído	Incluído
Valor total		498,000	490,800

Conservação e manutenção do 2º ano ao 10º ano

	Quantidade	CTM	A
Conservação e manutenção do sistema	Medalha de ouro (reposta dentro de 1 hora, 7x24)	180,000	147,240 (30% do valor total de software)
	Medalha de prata (reposta dentro de 8 horas, 5x9)	140,000	
	Medalha de bronze (reposta dentro de 12 horas, 5x9)	98,000	
Acrescimento de alteração das funções do sistema	Alteração simples e não envolvida na estrutura de software	2,000/Man Day	
	Alteração envolvida na estrutura de software	2,500/Man Day	
Preço de acrescimento de		Grátis	75,000

direito de uso de cada sistema de gestão de farmácias chinesas			
Preço de crescimento de direito de uso de cada sistema de processo clínico de acupuntura e de medicina tradicional chinesa		6,000 (a unidade de compra é de 5)	6,800

Proposta: A diferença entre os preços dos sistemas dos dois fornecedores é inferior a 2%, e as despesas de manutenção são semelhantes. Segundo o Departamento de Organização e Informática dos Serviços de Saúde, são melhores as funções do sistema do fornecedor “CTM”, e a referida companhia também é maior e podia fornecer serviços de manutenção mais convenientes e directos no futuro. Quanto ao crescimento de direito de uso de sistema, a supracitada companhia oferece também um preço mais baixo, razão pela qual propõe-se que seja concedido à “CTM” o presente projecto.

5- Por despacho do Ex.mo Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura de 8/09/2012, foi adjudicado fornecimento do sistema informático à CTM, pelo valor de Mop\$ 498.000,00, com o prazo de 56 dias e com dispensa de celebração de contrato escrito.

III- O Direito

1 - O primeiro vício invocado foi o de forma por *falta de fundamentação*.

No entender da recorrente, nem o acto de adjudicação, nem o ofício do Director dos Serviços de Saúde de Macau n° 16/DAFIN/2011, de 29/03/2011 contêm os factos suficientes que permitam destrinçar por que razão foi contemplada a CTM com o fornecimento do objecto da consulta.

Como se sabe, há diferenças fundamentais entre fundamentação e comunicação. Com efeito, diferentemente do que sucede no direito civil onde, em princípio, existe liberdade de forma na manifestação da vontade (*art. 21º, C.C.*), no direito administrativo a exteriorização da vontade administrativa tem que obedecer a modelos mais ou menos rígidos, em

ordem a um princípio de segurança e certeza nas relações jurídico-administrativas. Dir-se-á que não há liberdade de forma neste campo.

A regra é a de que os actos têm que aparecer pela forma escrita (*art. 112º, n.º1, C.P.A.*), deverão conter certo número de menções e terão que obedecer a certos requisitos de fundamentação (*art. 115º do CPA*)¹. Observado isto, o acto há-de ser levado ao conhecimento do interessado em certas circunstâncias e através de um dos modelos de publicidade referidos na lei (*arts. 68º, 70º, 120º e 121º, do C.P.A.*).

Do que não há dúvida, porém, é que a fundamentação tem que ser observada no procedimento concreto e no respectivo contexto decisório, isto é, deve ser contextual, por isso não se admitindo, geralmente, a fundamentação “a posteriori”. Mas, é precisamente por isso mesmo, isto é, por se entender que cumpre o requisito da contextualidade a chamada *fundamentação por remissão*, aquela através da qual o autor do acto remete os seus fundamentos para o conteúdo de pareceres, informações ou propostas (*art. 115º, n.º1, do CPA*).

Foi o que aqui sucedeu, tal como, de resto, a recorrente reconhece. De modo que sobre o assunto, pouco mais haverá que dizer, senão que a principal crítica que ela erige se foca na ausência de comunicação do teor do acto, o que é coisa bem distinta. Com efeito, viu-se ela na necessidade de pedir certidão a fim de se inteirar do conteúdo da proposta, que o acto assumiu e fez sua. Todavia, como é sabido, *notificação* e *publicação* são, no entanto, já actos extrínsecos ao acto decisor e a ele necessariamente posteriores. São veículos ou instrumentos de comunicação, por isso se dizendo *instrumentais*. E na medida em que cumprem essa singela função, não visam senão conferir eficácia externa ao objecto comunicado, dotando-o da necessária aptidão para a produção de efeitos, por isso também se intitulado integrativos de eficácia. Deste modo, um acto deficientemente notificado não é necessariamente ilegal, embora seja ineficaz².

Ora, como se pode ver, a proposta constante do mapa comparativo de fls.

¹ Ac. TSI, de 22/03/2012, Proc. nº 423/2011; 6/02/2012, Proc. nº 527/2010;

² Em sentido semelhante, Ac. TSI, 7/12/2011, Proc. nº 346/2010.

22-23 do apenso “Traduções” é clara quanto à diferença da valia das candidaturas das propostas, sendo certo que esse documento termina por dizer que”...*são melhores as funções do sistema do fornecedor “CTM” e a referida companhia também é maior e podia fornecer serviços de manutenção mais convenientes e directos no futuro. Quanto ao fornecimento de direito de uso do sistema, a supracitada companhia oferece também um preço mais baixo, razão pela qual propõe-se que seja concedido à “CTM” o presente projecto”*.

Estamos perante fundamentação que, não só pelos termos finais (acima transcritos), mas também pela diferença analisada no quadro comparativo entre as propostas dos concorrentes, é capaz de explicar com suficiente clareza as razões da opção tomada, tal como decorre do doc. n.º2 anexo ao recurso, que refere “*Os critérios de adjudicação para a escolha da Companhia de Telecomunicações de Macau, pelo valor de Mop\$ 498.000,00 (...) tiveram como fundamento as capacidades técnicas do sistema informático e os custos futuros de desenvolvimento do sistema, bem como a qualidade da assistência técnica a prestar”*”.

Portanto, independentemente do que foi comunicado, a verdade é que a entidade administrativa, ao servir-se destes elementos, fez uma fundamentação bastante, permitindo à recorrente perceber o *iter cognoscitivo* do acto administrativo, de modo a permitir que a recorrente pudesse, como aliás fez, acometê-lo devidamente.

Assim sendo, somos a julgar improcedente este vício.

*

Considera a recorrente que a proposta da candidata vencedora tinha apresentado uma proposta que não reunia os requisitos técnicos exigidos. Com efeito, em sua opinião, a proposta da CTM não dispunha de software de acupunctura. E, por isso, o acto que a esta adjudicou o fornecimento do serviço seria *ilegal*.

Ora, em lado nenhum da sua proposta se pode extrair a ideia de que o sistema proposto pela CTM não é operacional em acupunctura, sendo certo que essa matéria decorre de uma ponderação de ordem técnica

(discricionariedade técnica) que este tribunal não pode dominar e que, por isso, não pode sindicá-lo, salvo em caso de erro grosseiro, que no caso em apreço se não vislumbra.

Depois, é bom não se esquecer que estamos, não perante um concurso público, mas sim ante um ajuste directo, que, como se sabe, deverá, em regra e na medida do possível, ser precedido de consulta a, pelo menos, três entidades da especialidade, individuais ou colectivas, domiciliadas, sediadas ou com representação social no Território (*art. 8º, nº 2, do DL nº 122/84/M, de 15/12; tb. Art. 169º, nº 4, do CPA*).

Ora, “quando haja ajuste directo, a escolha do adjudicatário será decidida pela entidade adjudicante, considerando o preço, prazo de entrega ou conclusão, e demais condições oferecidas, que serão apreciadas em função de critérios de *oportunidade* e *conveniência*” (*art. 5º, nº 3, cit. dip.*). “Oportunidade” e “conveniência” são vocábulos que exprimem uma ideia de liberdade dentro da riqueza e variedade das circunstâncias em que o órgão administrativo é chamado a intervir, quanto ao momento da escolha e quanto à opção tomada dentro de um leque de soluções possíveis em ordem à satisfação do interesse protegido pela norma que confere tal poder. Ou seja, estamos aqui perante um nítido caso de exercício de poderes discricionários.

Mas, por ser assim, não vemos que esse tipo de violação possa ser encontrado no acto. Não porque o acto discricionário não seja sindicável, mas porque, para o ser com êxito³, apenas nos casos em que o seu autor tenha violado princípios que constituam limites à actuação discricionária ou, em caso de discricionariedade técnica⁴, tenham sido cometidas ofensas graves e grosseiras e manifestamente desacertadas.

³ Também nos casos em que sejam violados aspectos vinculados do acto discricionário, como é, v.g., o caso da competência.

⁴ Mas, como repetidamente se tem afirmado, quando está em causa a valoração das propostas num procedimento concursal, é *técnico* o domínio da actuação administrativa e livre a apreciação sobre a valia dos candidatos. E não se tratando de aspectos vinculados do acto, diz-se que essa actividade escapa ao poder de sindicância jurisdicional, salvo em caso de *manifesto erro grosseiro* (No direito comparado, entre muitos, ver *Ac. do STA/pleno de 15/01/1997, Proc. nº 27496; STA, de 18/5/2000, Proc. nº 044685; 28/09/2000, Proc. nº 029891; 6/06/2002, Proc. nº 038808; 8/01/2003, Proc. nº 01925/02; 22/05/2003, Proc. nº 0808/03; 17/03/2004, Proc. nº 0173/04; 22/05/2004, Proc. nº 052/04; 4/08/2004, Proc. nº 835/04*).

E nem uma coisa, nem outra podemos nós dizer ter acontecido aqui.

Realmente, pode a recorrente entender que o seu sistema é mais perfeito ou mais eficiente do que o da CTM. Mas se isso for contrariado pela Administração e se os dados dos autos e do processo instrutor não apontarem claramente no sentido propugnado pela recorrente, o insucesso do vício parece ser inquestionável. É que sendo este um caso de apreciação técnica de um sistema de “software”, dificilmente pode o tribunal substituir a decisão de atribuir o ajuste directo à recorrente, em vez de o manter na CTM. Quer dizer, o tribunal não pode dizer que a decisão de atribuir o fornecimento à recorrente é mais correcta por a achar mais apetrechada tecnicamente ou mais conveniente ao interesse público, porque não dispõe desse controlo judicial de mérito⁵.

Improcede, pois, o vício.

*

Argui ainda a recorrente a violação dos princípios da *estabilidade das regras*, da *legalidade* e da *prossecução do interesse público*.

Sobre o primeiro, não divisamos bem o que a recorrente pretende dizer. Na verdade, a *estabilidade das regras concursais* repousa numa necessária relação de confiança que é preciso manter entre entidade adjudicante e concorrentes num determinado concurso público. Segundo esse princípio, após a abertura do concurso não é permitida a alteração da sua regulamentação inicial ou a modificação das suas regras, seja por que motivo for⁶. Ora, sendo isto assim, não vemos em que medida nesta “consulta” que preparou o ajuste directo a Administração tenha alterado a meio caminho as regras inicialmente divulgadas. Aliás, se não estamos perante um concurso, não podemos aplicar ao caso os princípios que daquele são característica exclusiva⁷.

A não ser que a recorrente queira dizer que, tendo considerado

⁵ Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, II, pag. 83.

⁶ Margarida Olazabal Cabral, in *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, pag. 82.

⁷ Contratada, por ajuste directo, a adjudicação de certo empreendimento, com dispensa de concurso público ou privado, são inaplicáveis àquele (ajuste directo) os vícios que eventualmente pudessem afectar este (concurso): *Ac. do STA de 25/02/1992, Proc. nº 022628*.

inicialmente que carecia de um sistema informático com três vertentes, não podia aceitar o sistema da CTM que apenas preenchia duas delas, pois não era capaz de corresponder ao “software” de acupunctura. Se essa for a sua intenção fundamentativa, somos obrigados a repetir-nos: Essa é uma argumentação que a entidade administrativa refuta e que os dados dos autos não comprovam, antes infirmam.

Quanto ao *princípio da legalidade*, é muito lato o seu espectro, como se sabe. Por isso, não basta dizer que determinada actuação administrativa ofende esse princípio contido no art. 3º do CPC. Efectivamente, até na actuação discricionária deve a Administração respeitar a lei nos aspectos que ela vinculadamente estabeleça e os princípios gerais de direito aplicáveis. Neste sentido, considera a recorrente que, por a recorrida particular não ter respeitado os requisitos que constavam da consulta, não podia a Administração atribuir-lhe o fornecimento do sistema. Ao fazê-lo, teria sido cometida a referida violação do princípio.

Mas não. Tal como já dissemos, não pode este tribunal saber mais do que a própria entidade administrativa que mostrou interesse no sistema. E se ela assegura que o sistema da CTM também cumpre o requisito em apreço (aplicação à acupunctura), não está o poder judicial em melhor posição para negar tal afirmação, sobretudo porque os elementos dos autos não o permitem. Deste modo, se a densificação da violação por parte da recorrente por aqui se ficou, não podemos concluir que o acto em causa violou alguma disciplina normativa, algum aspecto vinculado ou aquele princípio em especial.

Por último, acha a recorrente que o acto ofendeu o *princípio da prossecução do interesse público* plasmado no art. 4º do CPA. E isso agora decorreria do facto de o software constante da “proposta vencedora” não proporcionar o seu uso na medicina chinesa tradicional. Ou seja, o fim a que a consulta se destinava não teria sido atingido, encontrando-se o interesse público prejudicado.

Uma vez mais, está a partir de um pressuposto não comprovado: o de que o software da CTM não se mostra capaz de realizar o interesse público que presidiu à adjudicação e que estava no objecto da consulta. Todavia, não podemos dizer sobre o tema mais do que acima já dissemos a respeito do

carácter discricionário e técnico da actividade administrativa em apreço e dos elementos de prova existentes nos autos.

Consequentemente, nenhum destes princípios podemos dar por violado.

IV- Decidindo

Nos termos expostos, acordam em negar provimento ao recurso.

Custas pela recorrente, fixando-se em 7 U.C.

TSI, 19 / 07 / 2012

José Cândido de Pinho

Presente

Lai Kin Hong

Vitor Coelho

Choi Mou Pan