

Processo n.º 489/2021

(Autos de recurso contencioso)

Relator: Fong Man Chong

Data : 12 de Maio de 2022

Assuntos:

- *Itens (experiência profissional)* fixados para avaliação no concurso público de contratação de pessoal

SUMÁRIO:

I – No termos da alínea 1) do n.º 1 do artigo 30.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 e também do ponto n.º 10 do aviso de abertura do concurso, a análise curricular tem por objectivo *«examinar a preparação do candidato para o desempenho de determinada função, ponderando a habilitação académica e profissional, a avaliação do desempenho, a qualificação e experiências profissionais, os trabalhos realizados e a formação profissional complementar»*, se a Entidade competente, após a obtenção de esclarecimentos junto da Divisão de Recursos Humanos e Administrativa do Instituto Cultural, sabe que a Recorrente prestou serviços nesse Instituto no período situado entre Outubro de 2012 e Junho de 2017, no entanto, como durante esse tempo a Recorrente não teve uma ligação com a Administração, aquele tempo de serviço não consta do seu registo biográfico e, portanto, não foi ponderado na análise curricular, cometeu erro, já que o mesmo consubstancia experiência profissional e que deve fazer parte do objecto de avaliação.

II – Em rigor, a situação referida não é uma de erro nos pressupostos de facto, mas de erro manifesto no exercício de poderes discricionários, o que constitui, nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 21.º do CPAC, violação de lei (o erro nos pressupostos de facto também consubstancia violação de lei) geradora da anulabilidade do acto recorrido tal como resulta do disposto no artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 489/2021

(Autos de recurso contencioso)

Data : 12/Maio/2022

Recorrente : **A (A)**

Entidade Recorrida : **Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura**

Contra-interessado : **B (B)**

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I – RELATÓRIO

A (A), Recorrente, devidamente identificada nos autos, discordando do despacho da Senhora **Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura**, datado de 26/04/2021, *que indeferiu o recurso por si interposto da lista classificativa final do concurso para o preenchimento de um lugar vago de técnico superior de 2.ª classe, 1.º escalão, da área de música (música chinesa), em regime de contrato administrativo no Instituto Cultural*, veio, em 07/06/2021, interpor o presente recurso contencioso para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 2 a 56, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. 上訴人 **AA** 參與了文化局第 2019-IC-TS-MC-1 號開考程序。
2. 在最後成績名單中，上訴人排名第二，因不服而向開考實體提起上訴。
3. 上訴人於 2021 年 05 月 07 日收到通知，指根據**社會文化司司長**在 2021 年 4 月

26 日的批示，就開考程序提起之上訴予之駁回，並維持是次開考之最後成績名單。

4. 本司法上訴之標的為該駁回上訴之批示。

5. 開考通告提到本次開考的甄選方法共有三項：知識考試(筆試具淘汰性質)、甄選面試(具淘汰性質)及履歷分析。

6. 在二零二零年七月十五日第 29 期澳門特別行政區公報第二組，公告了知識考試(筆試)成績名單。

7. 在二零二零年十月七日第 41 期澳門特別行政區公報第二組，公告了甄選面試成績名單。

8. 在二零二一年三月十七日第 11 期澳門特別行政區公報第二組，公告了最後成績名單。

9. 上訴人曾在 2012 年 10 月至 2017 年 6 月以取得勞務方式在文化局工作，期間文化局以勞動合同的工作要求以及管理行為領導司法上訴人之工作，並需作考勤紀錄以及定期發放服務報酬。

10. 上訴人在 2017 年 6 月 5 日至 2018 年 6 月 4 日和 2019 年 10 月 13 日至 2020 年 10 月 13 日以個人勞動合同方式在文化局工作。

知識考試(筆試)部分

(可訴性)

11. 被上訴批示認為由於是次開考的知識考試(筆試)成績已於 2020 年 7 月 15 日公佈，且當時並沒有投考人提起上訴，而現時已過上訴期，故司法上訴人不可再就筆試試卷部分進行上訴。

12. 在對不同理解給予應有尊重下，必須指出，本案中，在針對最後成績名單提起司法上訴時提出知識考試(筆試)的評核錯誤，完全是可訴及適時的。

13. 補充第 14/2009 號法律的第 14/2016 號行政法規第 35 條第 4 款及第 36 條對於先法第 23/2011 號行政法規而言，並沒實際變更。

14. 循行政行為的性質而言，階段性成績名單並非終局行為，沒有橫向確定性，另一方面亦沒有縱向確定性(因為須先向開考實體作出行政上訴)。

15. 要了解第 14/2016 號行政法規第 35 及 36 條的含義，須循可分割行為(acto destável)的理論出發，該理論將行政程序當中的非終局行政行為區分出可分割行為。

16. 事實上，階段性成績名單的可上訴性正是源於此，作為行政程序內的中間行為，並非所有性質的決定均產生外部效力。

17. 顯然，要對階段性成績名單中對利害關係人的決定提起司法上訴時，必先要求該行為具外部效力，例如在知識考試後以成績不足某分數為由，淘汰了利害關係人 A，該行為雖不是開考程序的終局行為，但顯然界定了 A 與該行政當局之間的最終地位，並在具體的行政程序中對 A 發出了行政當局的最後話語，因此產生了外部效力。

18. 但本案情況並非如此，上訴人在司法上訴的知識考試中合格，只是分數高低與其他投考人有差異，也就是該知識考試的成績名單對上訴人而言並非行政當局在該程序的最後話語。

19. 此外，也不能說第 14/2016 號行政法規第 35 及 36 條將開考程序的性質由奉行單一反駁原則的簡單程序改為奉行階段穩定性原則的複合程序。

20. 如要將階段性成績名單定性為一項具橫向確定性的行為，而且要求投考人無論合格與否均須先提起上訴的話，這勢必對行政訴訟制度中的“可訴性”規則作出了改變。

21. 如要做到這一點，絕不能透過補充性行政法規(第 14/2016 號行政法規)為之。

22. 因為第 13/2009 號法律第 6 條第(十一)項規定了行政訴訟制度為法律保留範圍。

23. 基於此，最起碼對於可上訴性的事宜必須以法律形式直接作詳盡規定，而循第 14/2016 號行政法規的位階，不能規定階段性成績名單在任何情況下均具橫向決定性及外部效力。

24. 換言之，本案中的開考程序仍然是奉行單一反駁原則的簡單程序，只能循可分割行為(acto desatável)的學說來判斷階段性成績名單在公佈當時是否可訴。

25. 該知識考試的成績在此時只對各投考人產生了程序上的影響，他們可以在隨後的考試中透過表現來改變分數差距。因此該知識考試的成績名單對合格投考人而言並沒有橫向確定性，該行為沒有確定地對他剝奪實體權利，也未對他的實體利益產生變更或消滅性效果。

26. 恰恰相反的是，倘有的損害效果僅在最後成績名單對各成績加總，最終使利害關係人因排名低而不被錄用方會產生。

27. 另一方面，對於該程序而言，基於程序經濟原則，也沒有必要在知識考試合格的情況下處理他的上訴，因為他最終有可能因其他考試的成績而處於有利位置。

28. 對於知識考試中合格投考人的情況，應在對行政程序的終局行為或對該利害關係人而言的終局行為提起上訴時再集中反駁。

29. 此外，合格投考人也沒有正當性對知識考試的成績名單提起司法上訴，因為該名單只有程序內效力，沒有對實體權利產生直接損害。

30. 綜上所述，可在本上訴中對知識考試的瑕疵提出質疑。

知識考試(筆試)的評核錯誤及理由說明矛盾

31. 知識考試(筆試)中, 第三部分(是非題)的第 8 題為(文件 Doc.3 考題部分第 7 頁):
“8. 我國傳統音樂分為器樂、民歌、曲藝及戲曲四大類”
32. 典試委員會認為該題的標準答案為「是」, 但上訴人認為評卷有誤而答案應為「否」。
33. 關於是非題、判斷題或選擇題, 無疑其評分的主觀性比較低, 因此較容易察覺典試委員會在行使行政性公正(Justiça administrativa)時是否存在明顯錯誤。
34. 被上訴批示第 4 頁認為根據該批示的附件 6: “我國的傳統音樂可分為「民歌及民間歌舞音樂」、「說唱音樂」(注: 說唱音樂即曲藝), 「戲曲音樂」及「民族器樂」總共四大類。”
35. 結合被上訴批示(文件 Doc.2)的附件 6, 可見被訴行為完全是以自己的標準來解讀其所引述的教材。
36. 附件 6 引述的兩本參考書均把中國傳統音樂分為五類。
37. 其中, 人民音樂出版社所出版的《中國傳統音樂基礎》的分類為: “漢族民歌與民間歌舞音樂”、“說唱音樂”、“戲曲音樂”、“中國民族器樂”及“少數民族民歌與民間歌舞音樂”。
38. 而中央音樂學院所編的《中國傳統音樂概論課程》則分類為: “民歌”、“民間舞蹈音樂”、“說唱音樂”、“戲曲音樂”和“器樂”。
39. 被上訴批示的附件 6 引述的兩本參考書與其理由說明並無直接對應之處, 因此染有了理由說明矛盾及不連貫的瑕疵, 根據《行政程序法典》第 115 條第 2 款而等於無說明理由, 按該法典第 124 條而應予撤銷。
40. 即使不如此認為, 由於被訴實體認為上述是非題的答案為“是”, 該理解實際上是一項排他及封閉式的列舉, 認為相關分類中有且僅有該四個類別。
41. 與此相反的是, “否”的答案則是一項開放式的答案, 只要能得出存在有別於命題的其他合理的分類(類別可以是或多或少, 甚至截然不同), 則該命題的答案就應為“否”。
42. 因此, 同時存在較權威的學者認為存在不同的分類方法時, 即可得出典試委員會及被訴實體在評核時存在明顯錯誤。
43. 由事物的本質出發, 不論在任何學科, 也不能得出一套公認唯一的分類, 因為循不同的標準均可得出不同結論。
44. 例如依據歌詞的題材內容、產生年代, 或民族與地區作為標準, 所得出的分類將迥然不同。
45. 實際上, 的確存在與被訴實體觀點不同的中國傳統音樂分類學術觀點。
46. 本起訴狀的陳述部分列舉了《民族音樂概論》、《中國民間音樂概論》、《中國傳

統音樂概論》及學術論文《中國傳統音樂分類法的方法論轉型及文化認同特徵》，該等著作所主張的傳統分類標準與考卷是非題第 8 題為所指的標準答題均不相同。

47. 基於此，根據《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項，被訴實體在是非題第 8 題一刀切地認為我國傳統音樂只分為器樂、民歌、曲藝及戲曲四大類，該理解便屬評核時的行使自由裁量權有明顯錯誤，故應予以撤銷。

關於問答題第 2 題的評核錯誤與理由說明瑕疵

48. 知識考試(筆試)中，第四部分(問答題)的第 2 題為(文件 Doc.3 第 8 頁)：“澳門中樂團擬舉辦一場普及音樂會，請撰寫一份音樂會計劃書，須包含音樂會標題、對象、內容和曲目編排。(20%)”

49. 上訴人在知識考試(筆試)答題紙第 6 頁提到其計劃為“澳門中樂團《中樂風華》音樂會由音樂總監兼首席指揮 C 棒……”。

50. 批改文字可見典試委員會的觀點：

“總監擔任着音樂會指揮並不十分合適。

內容太多，無主題，太大型。

目標性-2，合理性-2(+1)”

51. 在上訴人的答題中，就曲目編排上被批改文字指“曲目編排較亂，順序不合理”。

52. 上訴人曾在向被訴實體提出的上訴中，針對典試委員會在筆試本題的評核部分主張「由音樂總監擔任普及音樂會指揮屬合理」的觀點。

53. 然而，被上訴批示回應指“第一，典試委員會並未否定音樂總監指揮普及音樂會，但實際上慣常的做法都是由常任指揮、助理指揮或客席指揮來完成而此題目的評分項目並不包括「指揮的選定」，故上訴人並沒有因此而被扣分”。

54. 然而，該解釋顯然與典試委員會的評核批改存在矛盾，如果上訴人就指揮選定所撰寫的答案沒有被扣分，那為何在批改文字中寫上了“總監擔任着音樂會指揮並不十分合適。”這一句子，而且隨即在文字下方作出了目標性和合理性的評分？

55. 相信典試委員會在考卷上如此書寫批改文字，必然是對評分有影響的事宜，也正是基於此而令司法上訴人在本題中的目標性(2 分)和內容合理性(3 分)分數受損，並在該兩項目中僅取得了 1 分。

56. 因此，被上訴批示在該點的理由說明上出現了矛盾，及不連貫的瑕疵，根據《行政程序法典》第 115 條第 2 款而等於無說明理由，按該法典第 124 條而應予撤銷。

57. 此外，答案中關於「指揮的選定」部分實際上影響了評分，故有必要陳述相關

的評核存在明顯錯誤。

58. 事實上，上訴人作答本題時，是根據近年已公開的大量音樂會資料和澳門中樂團現況作為依據的。主要所依據和參考的資料來源於澳門中樂團以及澳門鄰近地區業界具影響力之職業樂團的普及音樂會模式和規模。

59. 本起訴狀的陳述部分列舉了廣東民族樂團、香港小交響樂團及澳門中樂團的音樂會模式。

60. 上訴人挑選了澳門鄰近地區的兩個具代表性的樂團及其所舉辦的社會反響良好的普及音樂會，以及澳門中樂團在最近的普及音樂會作為例證。從以上三場音樂會的資料，可說明不論西樂團或中樂團，普及音樂會由音樂總監指揮已是屢見不鮮的事。

61. 更須注意的是，澳門中樂團於 2019 年 9 月開始，只有音樂總監兼首席指揮一人在任，並沒有常任指揮，故此題，上訴人建議由音樂總監指揮實屬合理之情。

62. 關於知識考試的上述批改評語“內容太多，無主題，太大型”及“曲目編排較亂，順序不合理”方面，亦存在評核明顯錯誤。

63. 對此，上訴人曾在向被訴實體提出的上訴中，曾主張「音樂會曲目編排合理」。

64. 被上訴批示第 3 頁回應“第二，有關曲目編排的評分項目包括曲目名稱、曲目時長、曲目形式及選曲合理性四項。上訴人的作答中(.....省略)，選曲合理性一項未能考慮到樂團編制而選擇了最大型的兩部委約作品且整場曲目未能合理編排順序(2 分得 0 分)”。

65. 被上訴批示在該點中所指最大型的兩部委約作品正是司法上訴人作答中，音樂時長最多的兩首曲目，即《澳門印象》(時長 10 分鐘)和《澳門隨想曲》(時長 16 分鐘)。

66. 然而，被上訴批示似乎對澳門中樂團的演奏項目不太了解.....因為在其眼中的“未能考慮到樂團編制”的“最大型的兩部委約作品”，卻是題目所指的澳門中樂團經常演奏的曲目。

67. 正如澳門中樂團網頁的介紹可見，澳門中樂團常演曲目尤其注重展現本土文化的委約作品，包括趙季平的《澳門印象》和王丹紅的《澳門隨想曲》。

68. 從本起訴狀的陳述部分所列舉的多場澳門中樂團的音樂會可見，該樂團多次演奏該兩曲目並大受好評。

69. 其中，2017 年 11 月 16 日，澳門中樂團在廣州星海音樂廳上演“澳門變奏—2017 藍色之翼”音樂會亦同時安排了《澳門印象》和《澳門隨想曲》這兩部“最大型的兩部委約作品”。

70. 換言之，以題目所指澳門中樂團的中型編制，完全有能力在音樂會上演奏該“最大型的兩部委約作品”，並表現精彩，相反被上訴批示不給予相關分數的理由顯然脫離了澳門中樂團的現實情況。

71. 此外，也須指出，司法上訴人在答題時的曲目編排是非常合理的，她在回答該題時已作解釋。

72. 事實上，澳門中樂團每年與教青局合作的學生藝術教育普及計劃音樂會中，曲目編排採用了分別以吹(吹管樂器)、拉(拉弦樂器)、彈(彈撥樂器)、打(打擊樂器)為主幹的各一曲目，配以通俗音樂、遊戲音樂或影視作品曲目，最後配以一般性較有意境的中樂大型作品或委約作品。

73. 例如，澳門中樂團(編制為 46 人的中型編制樂隊)於 2018 年 10 月 30 日至 11 月 1 日與教青局合辦之『品味傳統•共賞中樂』藝術教育普及音樂會。

74. 該場音樂會使用 46 人的編制，在中樂界以該編制演出此類作品，實屬於中型的編制，一般 60 人以上的才勉強算是大型編制。

75. 亦可參見香港中樂團與教青局合辦的藝術教育普及音樂會，樂曲的選擇及編排方式也是這一方向。

76. 上訴人在答題中編排這一套音樂會，參考了先例音樂會約 45 人的中型編制已可滿足所有樂曲的基本需求，對比香港中樂團或其他鄰近地區的相同性質音樂會而言，司法上訴人所設計的實屬中型音樂會，故典試委員會對該答題的“太大型”這一批改評價存在明顯錯誤。

77. 而樂曲編排方面，以旋律輕快、特色鮮明的委約作品《澳門印象》開場，音樂會主體則是中樂四大類吹(《百鳥朝鳳》)、拉(《二泉映月》)、彈(《春江花月夜》)、打(《將軍令》)各自的代表性樂曲，並配以具中國傳統特色的文學影視作品(《紅樓夢序曲》及《好漢歌》)、澳門人文風情的委約作品(《澳門隨想曲》)，實屬普及音樂會教育的基礎及傳統人文精品鑑賞

78. 上訴人明白典試委員會在評分時正行使行政公正，由於其判斷帶有專業性和主觀性，只能在評核有明顯錯誤時，法庭方可介入。然而，在本案中，可見以澳門中樂團的規模而言，經常演奏《澳門印象》和《澳門隨想曲》這兩部“最大型的兩部委約作品”，而且上訴人在答題時亦已對曲目編排作適當說明。

79. 被上訴批示第 3 頁所指“選曲合理性一項未能考慮到樂團編制而選擇了最大型的兩部委約作品且整場曲目未能合理編排順序(2 分得 0 分)”的理由便不能完全成立。

80. 在此情況下，對上訴人的答案起碼應給予些許分數，本題在選曲合理性方面只給予 0 分，顯然根據《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項，染有了評核時的行使自由裁量權有明顯錯誤，應予撤銷。

81. 此外，在筆試中上訴人因「指揮的選定」及“內容太多，無主題，太大型”的曲目編排問題而令相關分數—目標性(2 分)和內容合理性(3 分)的分數受損，在該兩項目中僅取得了 1

分，該得分明顯過低，根據《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項，出現了評核時的行使自由裁量權有明顯錯誤，應予撤銷。

履歷分析部分

(程序瑕疵)

82. 在本次開考中，不論是被訴實體還是典試委員會，均沒有就履歷評核這階段的成績作出任何公佈，反而在公佈了甄選面試的階段性成績名單後，直接公佈最後成績名單。

83. 經第 23/2017 號行政法規修改的第 14/2016 號行政法規《公務人員的招聘、甄選及晉級培訓》第三十五條第三及四款之規定：

“三、典試委員會應促使將階段性成績名單立即張貼於開考通告所指定的地點並上載於公職局網頁，以及促使將載明名單的張貼和查閱地點的公告公佈於《澳門特別行政區公報》。”

四、就階段性成績名單提起上訴的期限屆滿後，應按上款的規定公佈實施下一階段甄選方法的地點、日期及時間；如有上訴，應於就上訴作決定的期限屆滿後公佈。”

84. 除應有尊重外，上訴人認為被本開考程序違反了上述規定，具有違反法律之瑕疵。

85. 因此，根據《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項之規定，由於本開考程序違反了《公務人員的招聘、甄選及晉級培訓》第三十五條第三款之規定，故被上訴批示屬可撤銷。

事實前提錯誤

86. 根據「專業或職務能力評估開考報名表」所見，上訴人已同意典試委員會要求其當時的任職部門(文化局)依職權提供身份證明文件副本、學歷證明文件副本、所屬部門發出的個人資料紀錄、專業資格證明文件副本及職業補充訓練證明文件副本。

87. 《行政程序法典》第 86 條第 1 款規定“如知悉某些事實有助於對程序作出公正及迅速之決定，則有權限之機關應設法調查所有此等事實；為調查該等事實，得使用法律容許之一切證據方法。”

88. 《行政程序法典》第 86 條第 2 款規定“明顯之事實及有權限之機關因執行職務而知悉之事實，無須證明，亦不須陳述。”

89. 基於《行政程序法典》第 86 條第 2 款，上訴人已同意典試委員會調取其在任職部門的資料及個人檔案，因此即使上訴人未在開考履歷表中陳述其工作經驗及卓越表現，典試委員會也應在調取個人檔案時而因執行職務知悉相關工作經驗及卓越表現事實，並在履歷分析時予以評價。

90. 根據履歷分析評分表，由所屬部門發出的個人資料，其所載的工作經驗只包含

2017年6月5日-2018年6月4日和2019年10月14日-12月11日兩部分，且卓越表現部分有關獲重要獎項部分為空白。

91. 根據《澳門公共行政工作人員通則》第8條第3款規定“個人檔案內應載明與工作人員之職務狀況、義務及權利有關之一切事實及文件”。

92. 首先，2012年10月至2017年6月期間，上訴人以提供勞務合同(工作協定)形式在文化局進行全職工作，每半年續期一次。

93. 該“提供服務協議”，無論是從形式還是從內容上看，都是一份典型的勞動合同。而且，在實際工作中，這些人員同文化局的正式員工沒有分別，要按照指定時間上下班、服從上級命令、完成指派工作並獲得相應薪酬。

94. 我們知道，不能單純以行為的標題來作法律定性，上訴人透過上述工作協定，實際上已與文化局建立了編制外合同或散位合同的關係。

95. 即使未經過法律規定的與公共部門建立編制外合同或散位合同關係的程序，但這充其量只導致可撤銷，並隨著時間流逝且因無人爭議而在法律秩序中轉為穩固狀態，則為有效行為。

96. 根據《澳門公共行政工作人員通則》被第12/2015號法律更改之前的第2條第1款規定，編制外合同或散位合同的人員亦視為公共行政工作人員。

97. 根據第12/2015號法律《公共部門勞動合同制度》第24條第1款規定“在本法律生效之日以編制外合同或預先訂定期間的散位合同制度任用的工作人員，均被視為以行政任用合同制度任用。”

98. 無論如何，上訴人實際在2012年10月開始已與文化局建立了公職僱傭關係，即使基於相關行政程序瑕疵而導致合同可撤銷亦然。

99. 按《澳門公共行政工作人員通則》第8條第1款，文化局至少應在2012年10月開始已為上訴人建立個人檔案，而該等個人檔案資料應在本開考中供典試委員會作履歷分析。

100. 即使不如此認為，上訴人所簽訂的提供勞務合同(工作協定)實際上亦可被視為一項個人勞動合同。在第12/2015號法律《公共部門勞動合同制度》於2015年11月1日開始生效起，公共部門的個人勞動合同已轉為公法性質，文化局便需要根據《公共部門勞動合同制度》第22條結合《澳門公共行政工作人員通則》第8條第3款規定，為上訴人開立個人檔案。

101. 然而，履歷分析評分表顯示，典試委員會沒有就上訴人2012年10月至2017年6月期間與文化局的工作關係作出任何評價，這便染有了事實前提錯誤的瑕疵。

102. 上訴人在2017年6月5日至2018年6月4日和2019年10月13日至2020

年 10 月 13 日以個人勞動合同(緊急性)方式在文化局工作。

103. 根據第 12/2015 號法律《公共部門勞動合同制度》第 22 條規定，以個人勞動合同任用的人員補充適用公職法律制度的規定。

104. 故此文化局應根據《公共部門勞動合同制度》第 22 條結合《澳門公共行政工作人員通則》第 8 條第 3 款規定，在上訴人的個人檔案內應載明與工作人員之職務狀況、義務及權利有關之一切事實及文件。

105. 文化局在以個人勞動合同(緊急性)方式招聘上訴人時，其已向文化局提供了其個人簡歷、學歷證明、所得獎狀、先前與文化局簽訂的提供勞務合同等資料作聘用資料，故在該局的個人資料記錄中應有以上資料，並應全數提供予典試委員會作履歷分析之評分。

106. 此外，文化局請求司長批准聘用上訴人的第 0112/DOGAF-DRHA/2017 號建議書和第 0307/DOGAF-DRHA/2019 號建議書上也應載有或提述過上訴人所提交過的個人簡歷、學歷證明、所得獎狀、先前與文化局簽訂的提供勞務合同等資料。

107. 該建議書與司長的批准批示作為兩份個人勞動合同的先決前提，屬“與工作人員之職務狀況、義務及權利有關之一切事實及文件”之列，理應載於司法上訴人的個人檔案內。

108. 根據《行政程序法典》第 86 條第 2 款規定，該等資料是典試委員會因執行職務調取司法上訴人的個人檔案而知悉之事實，無須證明，亦不須陳述。

109. 典試委員會沒有就上述個人簡歷、學歷證明、所得獎狀、先前與文化局簽訂的提供勞務合同等資料作出任何評價，這便染有了事實前提錯誤的瑕疵，應予撤銷。

110. 此外，倘若文化局相關部門沒有將上述須載於個人檔案的事實和文件載入司法上訴人的個人檔案時，這同樣存在瑕疵。

111. 根據《行政程序法典》第 9 條第 2 款規定“公共行政當局須對以書面方式提供予私人之資訊負責，即使該等資訊非屬強制性提供亦然”。

112. 基於此，如因該局所提供的個人檔案出現了資料遺漏，則須承擔起撥亂反正的責任。

113. 本案典試委員會作為文化局當中的一個行政機關，兩者應作整體考慮，故此，如出現了違反《公共行政工作人員通則》第 8 條第 3 款所規定的義務而未在個人檔案中附入某些事實和文件，則典試委員會實際上違反了《行政程序法典》第 86 條第 1 款所指調查義務。

114. 本案在採取了相關證據措施取得了司法上訴人的個人檔案全部內容後，倘若發現文化局相關部門沒有將上述須載於個人檔案的事實和文件載入上訴人的個人檔案時，被上訴批示便染有了事實前提錯誤的瑕疵、行使自由裁量權時違反善意原則，處于撤銷。

*

Citada a Entidade Recorrida, a **Senhora Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura** veio contestar o recurso com os fundamentos constantes de fls. 169 a 190, tendo formulado as seguintes conclusões:

1) 對於公開招聘及公開招標程序內的行為(不論是起始行為或中間行為), 如果沒有在適當的時候對此提出異議, 那麼這些行為則被視為沒有爭議並轉為確定, 事後不能成為司法上訴標的, 再者, 知識考試成績名單的行為是一個能夠影響到投考人權利範圍的行為, 經公佈後產生對外效力, 因此, 司法上訴人在得知知識考試(筆試)成績後, 沒有於法定期間內提出任何異議, 即等同司法上訴人已接受該成績結果, 嗣後不能成為行政上訴或司法上訴標的。

2) 就司法上訴人提到評核錯誤及理由說明的瑕疵, 在被訴批示所依據的報告書附件 6 確實提及了我國傳統音樂的分類, 被訴批示內亦對此作出了清晰易懂的說明, 兩者更沒有矛盾及抵觸之處, 故該批示已履行了《行政程序法典》第一百一十五條第一款所規定的要件作出說明理由, 不存有司法上訴人所述的瑕疵。

3) 對於司法上訴人知識考試(筆試)第四部分(問答題)的第 2 題的答案, 並沒有提及由其設定《中樂風華》音樂會可達到的目標及效益, 故典試委員會對“內容目標性”沒有給予任何分數, 不存有不合理之處; 而其答案及在起訴狀所補充的內容, 認為在普及音樂會上演出兩部大型的委約作品《澳門印象》及《澳門隨想曲》實屬合理。

4) 然而, 在普及音樂團上演出兩部大型的委約作品並不合理, 而典試委員會給予“內容太多, 無主題, 太大型”的評語, 以及在結合司法上訴人答案的其他內容後, 在“內容合理性”給予 1 分, 並未見有明顯錯誤。

5) 另外, 被訴批示內已詳細說明典試委員會對有關問題的觀點及評分標準, 並以該標準評核各投考人的試題; 而司法上訴人卻沒有提出依據推翻或否定典試委員會的評核標準。

6) 與此同時, 從法律層面, 只有違反法律方面存有明顯或嚴重的錯誤或典試委員會採納了不公正的標準, 才能對典試委員會行使屬技術性的自由裁量權評核行為提出上訴, 顯然本案不存有上述情況, 因此, 司法上訴人提出的評核錯誤與理由說明瑕疵亦不能成立。

7) 對於司法上訴人提出沒有公佈履歷分析成績而直接公佈最後成績, 認為具有違反法律之瑕疵, 在是次開考中, 履歷分析沒有設定不同性質的考試階段, 亦不具有淘汰性質, 並作為最後種甄選方法。根據經第 23/2017 號行政法規修改的第 14/2016 號行政法規《公務人員的招聘、甄選及晉級培訓》第十五條第一款(九)項及(十)項規定, 實施最後的甄選方法後, 下一步驟就

是公佈最後成績名單。

8) 根據上述行政法規第十二條第一款及行政公職局統一管理制度《專業或職務能力評估開考》指引所述，*履歷分析作為最後一個甄選方法，且不具淘汰性，故完成履歷分析後須編製最後成績名單。*

9) 同時，立法者考慮到繁複冗長的開考程序對招聘公共部門的人力資源安排上、以至各投考人的人生職業規劃皆是不利的，故在確保兩者利益、公平公正的前提下，免除不必要的開考程序，以縮減招聘的完成期間。

10) 因此，立法者沒有規範履歷分析要公佈該成績，一方面是考慮到典試委員會只按既定準則對履歷分析作出評分，不取決於投考人考試表現，投考人亦不能在該甄選方法上作出任何行為，以增加或改變得分；另一方面是，投考人可在獲悉最後成績後，憑藉之前已獲悉的筆試及面試成績分數，得知履歷分析的得分，並可按上述行政法規第三十六條規定，在最後成績名單公佈後的法定期間內提起上訴，在免除不必要的開考程序之餘，投考人的權利仍可得到保護。

11) 故沒有公佈履歷分析成績而直接公佈最後成績，不屬違法也不存有任何程序上的瑕疵。

12) 關於事實前提錯誤的瑕疵，根據上述行政法規第二十條第二條規定，*“各種開考必須使用經行政長官批示核准的格式，以紙張或電子方式提交經投考人填妥並簽署的申請書報考，並須附同證明符合報考要件的文件。”*。

13) 司法上訴人在報考時提交了《專業或職務能力評估開考報名表》及《開考履歷表》，在其《開考履歷表》第一部分、第二部分及第三部分，所填報的學歷資料、工作經驗及專業資格/職業培訓，皆附同相關證明文件。

14) 其沒有提交《開考履歷表》第四部分：卓越表現，而在第五部分：補充資料，只提及曾參與中華青年民族學習交流營、樂器演奏。

15) 不能排除司法上訴人過去曾獲不少獎項或卓越表現，但不知何故司法上訴人並沒有在《開考履歷表》內填寫相關內容及事項，為符合上述行政法規第二十條第二款規定，以及公平公正地對待各報考人或投考人，典試委員會只會審議報考人在法定表格內填報且附有相關證明文件的事項及內容。

16) 此外，正因司法上訴人沒有在法定表格內填寫其認為有利的履歷內容及事項，故即使司法上訴人不認同文化局對其個人檔案上文件存檔的處理方法，以及不認同文化局沒有將其過往於該局提供勞務及所訂立的個人勞動合同所依據的文件交予典試委員會，亦不會對司法上訴人准考資格以及在履歷分析上的得分構成影響。

17) 綜上所述，被訴批示不存有司法上訴人所指「知識考試(筆試)的評核錯誤及理由說明矛盾」、「關於問答題第 2 題的評核錯誤與理由說明瑕疵」、「履歷分析部分(程序瑕疵)」、「事實前提錯誤」，故現懇請尊敬的 中級法院法官閣下判處司法上訴人之理據及請求不成立。

*

A (A), Recorrente, com os sinais identificativos nos autos, veio a oferecer a resposta constante de fls. 197 a 205, tendo formulado as seguintes conclusões:

知識考試(筆試)部分之可訴性

1. 被訴實體**社會文化司司長**在卷宗第 172 至 174 頁認為在知識考試(筆試)成績部分沒有可訴性。

2. 被訴實體還以公開招標程序作為類比，認為如果沒有在適當時候對此提出異議，則事後不能在最後成績公佈後對知識考試(筆試)成績提出行政上訴或司法上訴。

3. 在對不同理解給予應有尊重下，司法上訴人已在司法上訴狀第 21 至 43 條陳述該部分具有可訴性，現針對卷宗第 172 至 174 頁，尚要補充以下內容。

4. 必須指出，公開招標程序中，存在明顯有別於開考程序的規定，以致不可能如被訴實體的答辯般將兩種程序的規則等同起來。

5. 規範公開招標程序的第 63/85/M 號法令除了在特定階段規定了聲明異議和訴願規則外(見該法令第 4、5、27 及 35 條)，在該法令第 6 條第 2 款作出了一項公開招標程序獨有的特別規定。

6. “第 63/85/M 號法令

第六條

(司法上訴)

一、對於就招標作出最終決定之行為，可向行政法院提起司法上訴，但不影響《澳門組織章程》第十八條第四款及第五款規定之適用。

二、如對形式上之瑕疵曾提出聲明異議或訴願但不獲批准，且是否符合有關形式係可能影響所作之決定，則在司法上訴中可審議該瑕疵。”

7. 透過第 63/85/M 號法令第 6 條第 2 款的反義解釋，可得出如未曾提出相關聲明異議或訴願，在招標程序的司法上訴中不可再審議有關瑕疵，由此規定才導致利害關係人必須及有正當性在相關階段中就要提出申駁(可視為對於《行政訴訟法典》第 28 條第 1 款要求的“對外效力”

而言的例外情況)。

8. 然而，翻查適用於本個案的經第 23/2017 號行政法規修改的第 14/2016 號行政法規，並沒有發現任何與第 63/85/M 號法令第 6 條第 2 款相同或相似的規定。

9. 基於兩種程序的規則在本質上不同，故此被訴實體在答辯狀第 19 條中指“考慮到公開招聘及公開招標程序具相同性質”便以公開招標程序規則來斷定知識考識部分沒有可訴性，就與實證法規則不符。

10. 基於經第 23/2017 號行政法規修改的第 14/2016 號行政法規中並不存在與第 63/85/M 號法令第 6 條第 2 款相同或相似的規定，因此在公開招聘程序中仍然奉行作為一般規則的單一反駁原則(即只可針對終局行為作出申駁，並在此時可提出該程序在先前染有的瑕疵)，而不是公開招標程序的階段穩定性原則。

11. 循行政行為的性質而言，階段性成績名單並非終局行為，沒有橫向確定性，另一方面亦沒有縱向確定性(因為須先向開考實體作出行政上訴)。

12. 對於該等階段性成績名單而言，其可訴性只能建基於中間行為產生了對外效力。

13. 正如簡德道在《行政訴訟法培訓教程》(中譯本，何偉寧譯)第 43 頁所指：

“只有在行政程序中最後作出之行為才可成為司法上訴的標的。然而，在某些情況下，一些中間甚至初始行為亦可成為司法上訴的標的(我們稱之為可獨立上訴之行為。該等行為可從其他行為中獨立出來，直接對利害關係人產生外在效力，故將之等同於最後行為，例如在競投中除名的行為)”。

14. 同一著作在第 74 至 75 頁還指出：

“不論有關的行為處於程序中的哪一個階段，只要可產生對外效力，均具可訴性。它可以是一個起始行為(例如開始一個招聘)或中間行為(例如在招聘程序中否決某個投考人的資格，這是一個可提取的行為，可從程序中獨立出來。)由於行為具損害性，產生對外效力，利害關係人可對此提起爭議，故有關行為可成為司法上訴的標的”。

15. 上述著作成書之時，作為第 14/2016 號行政法規前身的第 23/2011 號行政法規已經生效，第 23/2011 號行政法規第 27 和 28 條也規定了階段性成績名單和其上訴事宜：

“第二十七條

成績名單

一、實施甄選方法結束後，典試委員會須編製載明成績名單及其依據的會議錄。

二、如會議錄內含開考中某階段的成績名單，應在會議錄內載明下一階段甄選的地點、日期及時間，典試委員會應促使立即將成績名單張貼在開考通告中所指地點，並將載有張貼

及查閱地點的公告送刊《澳門特別行政區公報》。

三、如會議錄內含開考最後成績名單，則視乎屬普通開考或中央開考，應自最後的甄選方法實施完成之日起計，十五日或三十日內完成會議錄。

四、上款所指會議錄須立即送交許可開考的實體，以便其在十日內認可成績名單。

五、最後成績名單經認可後，典試委員會主席須促使該名單在《澳門特別行政區公報》公佈。

第二十八條

對成績名單提起上訴

一、投考人可就成績名單向許可開考的實體提起上訴，但不得以對其餘投考人的優劣判斷作為上訴依據。

二、提起上訴的期限為十個工作日，視乎屬對開考中某一階段的成績名單或對最後成績名單提起上訴，而分別自上條第二款所指公告或上條第五款所指最後成績名單在《澳門特別行政區公報》公佈之日起計。

三、上訴具有中止效力，就上訴作出決定的期限為十個工作日，如期限屆滿而無明示決定，則視為默示駁回上訴。”

16. 如果不論階段性成績名單中所載的分數為何，淘汰了利害關係人與否，也均可上訴的話，那麼上述著作又何必強調“例如在招聘程序中否決某個投考人的資格，這是一個可提取的行為，可從程序中獨立出來。由於行為具損害性，產生對外效力，利害關係人可對此提出爭議”？

17. 可見，在階段性成績名單可否上訴方面，還須審視其是否產生了對外效力。

18. 如在知識考試後以成績不足某分數為由，淘汰了利害關係人，則固然是可以上訴。但本案中司法上訴人在知識考試並沒有被淘汰。

19. 該知識考試的成績在此時只對各投考人產生了程序上的影響，他們可以在隨後的考試中透過表現來改變分數差距。因此該知識考試的成績名單對合格投考人而言並沒有橫向確定性，該行為沒有確定地對他剝奪實體權利，也未對他的實體利益產生變更或消滅性效果。

20. 因為在階段性成績名單中合格，只能讓投考人繼續留在開考程序當中並進行下一階段的考核，而不會讓其直接被錄用或不被錄用，因而只“成績合格時”只會產生程序內效力，而未有外部效果。

21. 倘有的損害效果僅在最後成績名單對各成績加總，最終使利害關係人因排名低而不被錄用方會產生。

22. 此外，如要將階段性成績名單定性為一項具橫向確定性的行為，而且要求投考人無論合格與否均須先提起上訴的話，這勢必對行政訴訟制度中的“可訴性”規則(即《行政訴訟法典》第 28 條第 1 款規定“對產生對外效力而不受必要行政申訴約束之行政行為，可提起司法上訴”)作出了改變。

23. 如要做到這一點，絕不能透過補充性行政法規(第 14/2016 號行政法規)為之。因為第 13/2009 號法律第 6 條第(十一)項規定了行政訴訟制度為法律保留範圍：

“下列事項須由法律予以規範：

(十一)民事訴訟、刑事訴訟和行政訴訟制度和仲裁制度；”

24. 基於此，最起碼對於可上訴性的事宜必須以法律形式直接作詳盡規定，而循第 14/2016 號行政法規的位階，不能規定階段性成績名單在任何情況下均具橫向決定性及外部效力。

25. 對於知識考試中合格投考人的情況，應適用行政程序的“單一反駁原則”(Princípio de impugnação unitária)，在對行政程序的終局行為或對該利害關係人而言的終局行為提起上訴時再集中反駁。

26. 上述事宜也在正當性的問題上有所反映。

27. 《行政程序法典》第 147 條規定“擁有權利及受法律保護之利益之人，認為被行政行為侵害者，具有對行政行為提出聲明異議或上訴之正當性。”

28. 《行政訴訟法典》第 33 條 a 項也規定“自認擁有被司法上訴所針對之行為侵害之權利或受法律保護之利益之自然人或法人，又或指稱在司法上訴理由成立時有直接、個人及正當利益之自然人或法人”具有提起司法上訴之正當性。

29. 但是，在階段性成績名單中合格的投考人，因該名單沒有對其產生直接的負面後果，故實體權利並未確定受損(只是產生了程序內的影響)，也未存在申駁或上訴的“直接”利益(因為在這一時刻點，申駁或上訴理由成立並未能獲得即時及客觀的得益)，因而此時並沒有正當性針對階段性成績名單提出申駁或上訴。

30. 階段性成績名單中合格的投考人，僅在最終成績名單對其產生直接的負面後果時，方有正當性在對終局的最終成績名單提出申駁或上訴。

31. 此外，作為參考，在 2021 年 7 月 1 日起生效的新法第 21/2021 號行政法規對階段性成績名單的規則作出了明確規定，該新法的第 35 條第 4 款規定“僅在所使用的甄選方法屬淘汰性質時，方公佈階段性成績名單”。

32. 對這一修改的理由應在於，合格或不作淘汰的成績名單對於利害關係人而言並沒有任何對外效力及申駁的正當性可言，因此無須公佈階段性成績名單來讓利害關係人提出倘有

的行政申駁。

33. 實際上，在適用於本案的經第 23/2017 號行政法規修改的第 14/2016 號行政法規上，倘結合《行政訴訟法典》第 28 條第 1 款所規定以“產生對外效力”作為可訴性的條件，以及《行政程序法典》第 147 條和《行政訴訟法典》第 33 條 a 項的正當性規則，亦可得出相同結論。

34. 因為司法上訴人在知識考試中分數合格，因而在公佈階段性成績名單時不可針對該成績名單提起任何申駁或上訴，唯有在最終成績名單公佈且令其實體權利受損時，方可在針對最終成績名單的申駁及司法上訴就知識考試中的瑕疵提出爭議。

35. 綜上所述，在本司法上訴中，知識考試(筆試)部分具有可訴性。

* * *

O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o douto parecer de fls. 381 a 389, pugnando pelo provimento do recurso.

* * *

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre analisar e decidir.

* * *

II – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

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

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

批示:

1. 同意本報告書所載分析、事實依據和法律依據，按照現行第 14/2016 號行政法規第三十六條第一款及第三款，結合第 183/2019 號行政命令授予之權限，駁回本上訴，維持是次開考之最後成績名單。

2. 交文化局依法作出通知。

社會文化司司長

XXX

2021 年 4 月 26 日

事由：第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇一個職缺(開考編號：2019-IC-TS-MC-1)【最後成績上訴函-A】之詳細報告

報告書

編號：0004/IC-CM/INF/2021

日期：13/04/2021

文化局於 2019 年 11 月 13 日公佈進行統一管理制度的專業或職務能力評估對外開考，以行政任用合同制度填補高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇一個職缺(開考編號：2019-IC-TS-MC-1)。

1. 最後成績名單

上述開考的最後成績名單於 2021 年 3 月 17 日公佈於《澳門特別行政區公報》(見附件 1)。

及格的投考人：

名次

姓名

最後成績

1.º	B	5202XXXX	60.60
2.º	A	5138XXXX	60.10

2. 上訴

是次開考最後成績的上訴期為 2021 年 3 月 18 日至 3 月 31 日。文化局於 2021 年 3 月 31 日接獲投考人 A(以下稱「上訴人」)的上訴函(見附件 2)。

上訴人對是次開考的最後成績提出三點上訴內容，其中兩點針對知識考試(筆試)成績，上訴人認為本典試委員會評卷有誤；另一點針對履歷分析，上訴人認為用於分析其工作經驗及卓越表現部分的材料有缺失。

3. 典試委員會會議

典試委員會於 2021 年 4 月 7 日召開會議，就該上訴進行討論後作出決定：**不接納上訴人 A 對最後成績提出的上訴**，並作會議紀錄(見附件 3)。

4. 典試委員會對上訴內容作解釋和說明

4.1 就上訴人在最後成績名單公佈之後再對筆試試卷部分進行上訴，根據經第 23/2017 號行政法規修改的第 14/2016 號行政法規第三十六條第二款規定「提起上訴的期限自公告或名單公佈於《澳門特別行政區公報》翌日起計，為期十個工作日。」，本典試委員會一致認為，由於是次開考的知識考試(筆試)成績已於 2020 年 7 月 15 日公佈(見附件 4)，且當時並沒有投考人提起上訴，而現時已過上訴期，故上訴人不可再就筆試試卷部分進行上訴。

4.2 而有關上訴人針對筆試試卷所提出的內容，本典試委員會亦作如下解釋，以釋除疑慮(上訴人知識考試卷宗見附件 5)：

第一點：上訴人認為第三部份是非題第 8 題「中國傳統音樂分為器樂、民歌、曲藝及戲曲四大類。」答案為「否」，評卷有誤。

典試委員會意見：

關於中國傳統音樂之分類，近年來相繼出現了幾種不同的劃歸方法，主要是因角度不同而造成，然而，典試委員會認為，學術問題應以相關專業院校中多年來集體的研究成果與實際的教學實踐及操作為準，而非依照個人觀點。目前在中國音樂學院、中央音樂學院等國內最高音樂學府的內部教學大綱及教材(見附件 6)中均顯示，我國的傳統音樂可分為「民歌及民間歌舞音樂」、「說唱音樂」(注：說唱音樂即曲藝)、「戲曲音樂」及「民族器樂」總共四大類。其中關於民間歌舞音樂，可細分為漢族與少數民族兩部分，但由於歌與舞素來不分家，民間歌舞一般都是採用當地民歌小調的音樂，故而民間歌舞音樂大部分素材都屬於民歌，在實際教學研究中亦是劃

歸於民歌類別。因此，試題中「中國傳統音樂分為器樂、民歌、曲藝及戲曲四大類。」答案應為「是」，典試委員會評卷無誤。

第二點：上訴人認為第四部份問答題第 2 題「撰寫一份普及音樂會計劃書」被錯誤扣分。

典試委員會意見：

此問答題是根據以下標準而評分：標題(2%)、對象(1%)、內容合理性(3%)、內容目標性(2%)、曲目名稱(2%)、曲目時長(2%)、曲目形式(2%)、選曲合理性(2%)、答題邏輯(2%)、文章格式(1%)、文筆工整及錯別字(1%)。上訴人得分為：標題 0.5 分、內容合理性 1 分、曲目名稱 1 分、曲目時長 1 分、答題邏輯 2 分、文章格式 1 分、文筆工整及錯別字 0.5 分，共 7 分。

上訴人的上訴理由主要圍繞兩點，一為「是否可由音樂總監擔任普及音樂會指揮」，二為「音樂會曲目編排是否合理」。第一，典試委員會並未否定音樂總監指揮普及音樂會，但實際上慣常的做法都是由常任指揮、助理指揮或客席指揮來完成，而此題目的評分項目並不包含「指揮的選定」，故上訴人並沒有因此而被扣分；第二，有關曲目編排的評分項目包括曲目名稱、曲目時長、曲目形式及選曲合理性四項。上訴人的作答中，曲目名稱一項部分曲目寫法有誤且未寫作曲者(2 分得 1 分)，曲目時長一項未能考慮普及音樂會中需要進行講解及互動的時間(2 分得 1 分)，曲目形式一項未有註明形式是獨奏、合奏或是獨奏與樂隊協奏(2 分得 0 分)，選曲合理性一項未能考慮到樂團編制而選擇了最大型的兩部委約作品，且整場曲目未能合理編排順序(2 分得 0 分)。典試委員會評卷無誤。

4.3 關於履歷分析，上訴人的上訴理由針對工作經驗和卓越表現兩部分。

第一，上訴人認為，其於 2012 年 12 月至 2017 年 6 月期間，以提供勞務合同(工作協定)形式進行全職工作，每半年續期一次，上述期間文化局以勞動合同的工作要求以及管理行為領導其工作，並需作考勤紀錄以及期定發放服務的報酬，此情況，形成其與文化局之間的實際勞資關係，並應將上述期間之工作經驗計算在履歷分析項目內。

第二，2017 年 6 月至 2018 年 6 月，以及 2019 年 10 月至 2020 年 10 月文化局以個人勞動合同(緊急性)方式聘用其擔任職務，在招聘時其已提交個人簡歷、學歷證明、所得獎狀等資料，故上訴人認為以上資料應載於其個人資料紀錄，並計算在履歷分析項目內。

典試委員會意見：

典試委員會是根據上訴人於 2019 年 11 月 29 日所提交的開考履歷表以及文化局人力資源及行政處提供之其個人檔案資料，並根據行政公職局關於填補入職職位開考的履歷評審準則進行評分(見附件 7)。

而上訴人於 2019 年 11 月 29 日所提交的開考履歷表(見附件 8)，其工作經驗部分僅填報了 2017 年 6 月至 2018 年 6 月以個人勞動合同方式於文化局擔任藝術策劃，並無填報其他工作經驗，亦無提供任何證明文件；其卓越表現部分亦無填報或提交任何證明文件。

文化局人力資源及行政處提供之上訴人個人檔案資料(見附件 9)，包括其身份證明文件副本、學歷證明文件副本以及個人資料紀錄，其中個人資料紀錄所載之工作經驗如下：

部門	職級	職階	任用方式	開始日期	備註
文化局	其他人員	---	個人勞動合同	2017-06-05	2018-06-04
文化局	其他人員	---	個人勞動合同	2019-10-14	2020-10-13

經向文化局人力資源及行政處了解，由於上訴人 2012 年 10 月至 2017 年 6 月期間以提供勞務合同(工作協定)形式為文化局提供服務，並不構成任何與行政當局的聯繫，故不會載入其個人資料紀錄；而在上訴人以個人勞動合同方式入職文化局時，並無提交所得獎狀等資料之正本予文化局人力資源及行政處作鑑証存檔，故亦不會載入其個人檔案。

由於上訴人所提交的開考履歷表中無填報或提交任何證明文件，而由文化局人力資源及行政處提供的上訴人之個人檔案資料無相關資料紀錄，且上訴人在上訴函中亦無提交任何資料之證明文件，故典試委員會不接納上訴人針對履歷分析所提出的上訴。

5. 總結

基於上述理由，典試委員會於 2021 年 4 月 7 日所召開的會議中作出一致決定：**不接納上訴人 A 對最後成績提出的上訴。呈請司長同意並駁回上訴人 A 的上訴。**

6. 本典試委員會在此聲明，是次開考均根據經第 23/2017 號行政法規修改的第 14/2016 號行政法規的規定進行，並嚴格依據無私、獨立、自主、保密和遵守法律的原則執行有關的招聘和甄選程序。

特此報告，呈請上級明示。

典試委員會主席

YYY

附件：

1. 公佈於 2021 年 3 月 17 日《澳門特別行政區公報》之最後成績名單；
2. 上訴函-A(副本)；

3. 典試委員會第十次會議記錄(副本);
4. 公佈於 2020 年 7 月 15 日《澳門特別行政區公報》之知識考試(筆試)成績名單;
5. 上訴人 A 知識考試卷宗及問答題評分細則(副本);
6. 參考教材相關資料(副本);
7. 上訴人 A 履歷分析評分表(副本);
8. 上訴人於 2019 年 11 月 29 日所提交的開考履歷表及專業或職務能力評估開考報名表;
9. 文化局人力資源及行政處提供之上訴人個人檔案資料(副本)。

* * *

IV – FUNDAMENTOS

A propósito das questões suscitadas pelo Recorrente, o Digno. Magistrado do MP junto deste TSI teceu as seguintes doughts considerações:

“(…)

1.

A, melhor identificada nos autos, veio interpor recurso contencioso do acto praticado pela **Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura** que indeferiu o recurso por si interposto da lista classificativa final do concurso para o preenchimento de um lugar vago de técnico superior de 2.^a classe, 1.^o escalão, da área de música (música chinesa), em regime de contrato administrativo no Instituto Cultural, pedindo a respectiva anulação.

A Entidade Recorrida apresentou contestação na qual suscitou a excepção dilatória da irrecorribilidade parcial do acto que foi objecto de impugnação contenciosa e, além disso, impugnou a existência de qualquer dos vícios que a Recorrente imputou ao acto recorrido.

Foram apresentadas alegações facultativas pela Recorrente e pela Entidade Recorrida.

2.

2.1.

(i)

Como referimos, a Entidade Recorrida invocou a excepção dilatória da irrecorribilidade parcial do acto por considerar que o facto de a Recorrente, na sequência da publicação no Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau n.º 29, II Série, de 15 de Julho de 2020, da lista classificativa da prova escrita de conhecimentos, não ter interposto recurso perante a entidade que autorizou a abertura do concurso precluiu a possibilidade de, no presente recurso, a mesma invocar vícios atinentes à dita prova escrita de conhecimentos.

Não nos parece. Vejamos.

De acordo com a norma do artigo 36.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016, na redacção aqui aplicável resultante do Regulamento Administrativo n.º 23/2017, no âmbito dos procedimentos concursais de recrutamento e selecção para efeitos de ingresso e de acesso na carreira dos trabalhadores dos serviços públicos, os candidatos podem interpor recurso das listas classificativas para a entidade que autorizou a abertura do concurso, no prazo de dez dias úteis, a contar a contar do dia seguinte à data da publicação do anúncio ou da lista no Boletim Oficial, sendo que tal recurso tem efeito suspensivo e é decidido no prazo de dez dias úteis, no termo do qual se considera indeferido caso não haja lugar a decisão expressa.

A questão que agora vem colocada pela Entidade Recorrida é a de saber se a falta de interposição da lista classificativa intermédia tem efeito preclusivo sobre a possibilidade de invocação de vícios próprios da lista não impugnada no recurso contencioso do acto de homologação da lista classificativa final.

Salvo o devido respeito por outro entendimento, cremos que não. Pelo seguinte.

(ii)

No nosso sistema de contencioso administrativo vigora o chamado princípio da impugnação unitária. De acordo com tal princípio, só é possível, em regra, impugnar o acto final do procedimento, e não já os actos interlocutórios ou procedimentais.

Na base deste princípio está o entendimento, que se nos afigura correcto, de que apenas o acto final do procedimento atinge ou lesa, de forma directa e imediata, a esfera jurídica do particular e, como tal, só quanto a esse acto se justifica abrir a via contenciosa. Assim, os chamados actos meramente preparatórios do procedimento administrativo, por isso que são meramente instrumentais relativamente à decisão final, não se repercutem, em regra, directamente na esfera

jurídica do particular, não constituindo, portanto, actos com eficácia externa. Daí a sua regra da sua irrecorribilidade consagrada no n.º 1 do artigo 28.º do CPAC.

A excepção a esta regra é a dos chamados actos preparatório destacáveis, ou seja, os actos que, embora inseridos no procedimento e anteriores à decisão final, produzem autónoma e directamente efeitos externos, projectando-se negativamente na esfera jurídica do particular, lesando a sua posição jurídica subjectiva. Relativamente a tais actos, existe uma longa tradição jurisprudencial no sentido da admissão da possibilidade da sua impugnação imediata sem que, portanto, o particular tenha de aguardar pelo acto final do procedimento.

Relativamente à natureza das deliberações do júri no âmbito de procedimentos concursais, é de considerar que tais deliberações são actos meramente preparatórios da decisão final que não revestem a natureza de actos destacáveis por não serem imediatamente lesivas dos direitos e interesses dos candidatos (a não ser, naturalmente, que da deliberação resulte a eliminação de um candidato, pois nesse caso, em relação ao candidato eliminado, tal deliberação produz directamente indiscutíveis efeitos externos, constituindo, pois, um acto destacável). Só o acto final de homologação da lista classificativa final é susceptível de produzir tal lesão e, com ela, efeitos externos. Daí que apenas esse acto seja contenciosamente impugnável (neste sentido, entre muitos outros, veja-se o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 18.02.2021, processo n.º 3825/08.5BCLSB, disponível *online*, com amplas referências jurisprudenciais).

(iii)

Quer isto dizer, voltando ao nosso caso, que, ainda que a Recorrente tivesse deduzido impugnação administrativa da deliberação do júri relativa à lista classificativa da prova escrita de conhecimentos, nem por isso poderia recorrer contenciosamente da decisão que tivesse indeferido essa impugnação, uma vez que, como vimos, só da decisão final homologatória da lista classificativa final caberia recurso contencioso.

Ora, se assim é, não vemos, salvo melhor juízo, fundamento legal que permita sustentar o entendimento da Entidade Recorrida no sentido de que aquela impugnação administrativa prevista no artigo 36.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 é pressuposto da possibilidade de, em sede de recurso contencioso da decisão final do procedimento, se invocarem vícios atinentes aos actos preparatórios, *maxime*, atinentes às listas classificativas intermédias.

Como é sabido, esse efeito preclusivo só ocorre relativamente aos chamados actos

destacáveis que, como vimos, excepcionam o princípio da impugnação unitária. Aí sim, a falta de impugnação contenciosa de tais actos, impede a invocação dos vícios que lhe respeitem na impugnação do acto final do procedimento. Fora desse âmbito excepcional, prevalece a regra: na impugnação do acto final podem ser invocadas ilegalidades que afectem os actos preparatórios.

De resto, em nosso modesto entendimento, não estando em causa actos destacáveis, para que a interposição de recurso administrativo de actos meramente preparatórios da decisão final, eles próprios não recorríveis contenciosamente, pudesse constituir pressuposto da invocação dos respectivos vícios na impugnação do acto final do procedimento, necessário seria que isso mesmo fosse objecto de previsão legal expressa.

Na verdade, constituindo o acesso aos tribunais administrativos um direito fundamental expressamente acolhido pelo artigo 36.º da Lei Básica, as restrições ou limitações a tal direito que o legislador preveja, estão sujeitas, além do mais, à observância ao chamado princípio da determinabilidade, o qual, por sua vez, é uma decorrência do princípio básico da segurança jurídica ínsito na própria ideia de Estado de Direito. De tal princípio decorre que tem de resultar inequivocamente da lei o sentido e alcance da restrição ou limitação ao direito fundamental, neste caso, ao direito de acesso pleno à justiça administrativa.

Se a intenção subjacente à previsão contida no artigo 36.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 era a de erigir o recurso administrativo dos actos meramente preparatórios ali previsto em pressuposto da posterior invocação dos respectivos vícios no recurso contencioso do acto final do procedimento, era imperioso, parece-nos evidente, que uma norma o dissesse de forma expressa e inequívoca, de forma a que os particulares pudessem actuar em conformidade. No caso, manifestamente, tal não acontece (diferentemente do que sucede, por exemplo, com a norma do n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho).

Sendo certo, como se facilmente se alcança, que a hipótese não é enquadrável no regime geral da impugnação contenciosa dos actos administrativos decorrente do n.º 1 do artigo 28.º do CPAC, pois que esta tem apenas em vista os actos que produzam efeitos externos, algo que, como vimos, não sucede com os actos meramente preparatórios.

Mais. A imposição normativa de um ónus de impugnação administrativa de um acto preparatório como condição de invocação dos respectivos vícios no recurso contencioso do acto final do procedimento, por isso que se traduz numa limitação de um direito fundamental (em

princípio, fora das hipóteses dos actos destacáveis, no recurso do acto final do procedimento o particular deve poder invocar todas as ilegalidades, incluindo, portanto, as atinentes aos actos preparatórios, como é próprio do mencionado princípio da impugnação unitária. Não é demais salientar que esta problemática não se confunde com a da compatibilidade, que a nosso ver existe, entre o princípio da tutela jurisdicional efectiva e a existência de impugnações administrativas necessárias) e respeita ao regime legal do processo administrativo contencioso, em nossa humilde opinião, só poderia ser feita por lei formal e não por intermédio de regulamento administrativo, tal como decorre do disposto nas alíneas 1) e 11) do artigo 6.º da Lei n.º 13/2009.

Sendo isto assim, como nos parece que é, não vemos fundamento legal para considerar que a Recorrente esteja impedido de invocar no presente recurso vícios que concernem à deliberação do júri que se consubstanciou na lista classificativa da prova escrita de conhecimentos.

(iv)

Também não nos parece, com todo o respeito, que o facto de o Recorrente não ter impugnado a dita lista classificativa por meio do recurso a que se refere o artigo 36.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 possa representar uma aceitação tácita desse acto com a consequente ilegitimidade para a invocação dos vícios que digam respeito.

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 34.º do CPAC, «não pode recorrer que, sem reserva, total ou parcial, tenha aceitado, expressa ou tacitamente, o acto, depois de praticado», esclarecendo o n.º 2 do referido artigo que «a aceitação tácita é a que deriva da prática espontânea de facto incompatível com a vontade de recorrer».

A aceitação do acto, como assinala a doutrina, é um pressuposto processual negativo autónomo do recurso contencioso cuja ocorrência impede o conhecimento pelo juiz do mérito da causa (assim, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Aceitação do Acto Administrativo*, in Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo, Coimbra, 2003, p. 907 e, no mesmo sentido, CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Aceitação da nomeação versus aceitação do acto administrativo*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 37, Janeiro/Fevereiro 2003, p. 45. Em sentido não coincidente, reconduzindo a aceitação do acto ao pressuposto processual geral do interesse em agir, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Do Velho se Fez Novo: A Acção Administrativa Especial de Impugnação de Actos Administrativos*, in Temas e Problemas de Processo Administrativo, e-book, 2.ª edição, 2011, p. 95).

Desta configuração da aceitação como pressuposto do recurso contencioso decorre, a nosso ver, que a mesma tem de respeitar ao acto que é objecto de impugnação contenciosa e não aos actos meramente preparatórios não destacáveis (já neste sentido, na jurisprudência portuguesa, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24.06.1986, processo n.º 10251, com sumário disponível *online*).

Assim, somos a entender que não ocorre qualquer obstáculo ao conhecimento no presente recurso do mérito da pretensão anulatória deduzida pela Recorrente relativamente aos vícios da deliberação do júri de que resultou a lista classificativa da prova escrita de conhecimentos.

2.2.

2.2.1.

(i)

A Recorrente começou por atacar o acto através da invocação de vícios atinentes ao que considera ser um erro manifesto no exercício de poderes discricionários no concernente ao modo como o júri avaliou a sua resposta à 8.^a pergunta da Parte III e a 2.^a pergunta da parte IV da prova escrita de conhecimentos. No essencial, a Recorrente não se conforma com as pontuações que foram atribuídas pelo Júri.

Cremos, no entanto, que a pretensão da Recorrente não pode, neste ponto, ser acolhida.

Vejamos porquê.

(i)

A questão em torno do controlo judicial dos actos administrativos do tipo daqueles que aqui estão em causa, ou seja, actos que atribuem uma classificação na sequência de uma avaliação realizada através de um exame ou de uma prova escrita ou oral, tem sido objecto de particular atenção por parte da doutrina e da jurisprudência comparadas. Na República Federal da Alemanha, por exemplo, vem-se entendendo, pelo menos de acordo com parte significativa da doutrina e da jurisprudência que, em tais situações, é concedida aos órgãos administrativos com competência para avaliar, um espaço de livre apreciação (*beurteilungsspielraum*) que, por isso, só em termos limitados são sindicáveis pelos tribunais. Isto é assim, em especial, por causa das características do próprio processo avaliativo que, implicando uma interacção entre o avaliador e os

candidatos é, essencialmente, irrepetível (*nicht wiederholbar*) (neste sentido, por exemplo, JORN IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, 2019, p. 123 e STEFFEN DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, 2018, p. 107). Portanto, salvo quando a valoração efectuada se mostre arbitrária, não pode o avaliado discutir perante o Tribunal se o avaliador valorou erradamente uma resposta correcta como falsa (assim, HARTMUT MAURER/CHRISTIAN WALDOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, 2017, p. 164).

O fundamento material para esta restrição à plena sindicância judicial de tais actos administrativos encontra-se fundamentalmente, de acordo com a jurisprudência constitucional alemã, no princípio da igualdade, mais concretamente no princípio da igualdade de oportunidades que, neste domínio, tem uma importância crucial. De acordo com esse princípio, devem os avaliados ter, tanto quanto possível, condições comparáveis de realização das provas e estar sujeitos a iguais critérios de valoração. Ora, não seria compatível com esse princípio a avaliação isolada de um candidato no âmbito de um processo administrativo contencioso. Nessa circunstância, a avaliação uniforme de todos os candidatos que é exigência do dito princípio da igualdade sairia fortemente prejudicada (nesse sentido pode ver-se o fundamental acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 7 de Abril de 1991, BverfGE 84, 34, disponível para consulta integral *online*).

No direito comparado mais próximo do nosso, a jurisprudência administrativa portuguesa, na esteira da doutrina tradicional, tem vindo a apelar aos conceitos de discricionariedade imprópria, de discricionariedade técnica ou de justiça administrativa, para caracterizar a actividade administrativa quando está em causa a avaliação de conhecimentos e competências, considerando que a Administração pode, nesse âmbito, emitir juízos de mérito que, via de regra, se encontram subtraídos à fiscalização contenciosa.

Como se escreveu no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25.05.2006, processo n.º 1123/05 (disponível para consulta no site www.dgsi.pt), «estamos perante uma actividade de avaliação técnico-profissional por parte do júri, para a qual são apenas convocados critérios técnicos, a qual se insere na margem de "livre apreciação" ou "prerrogativa de avaliação" dos júris dos concursos, em princípio jurisdicionalmente insindicável, restringindo-se os poderes de controlo do Tribunal à legalidade externa do acto, ao erro grosseiro ou manifesto, à utilização de critério desajustado, ou ao desrespeito dos princípios gerais reguladores da actividade

administrativa (...)» (alguma doutrina tem, no entanto, a nosso ver com boas razões, criticado fortemente, a utilização do conceito de discricionariedade técnica ou imprópria, referindo-se-lhe como um *monstrum irregulare* no plano dogmático. Assim, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.^a edição, Coimbra, 2018, p. 60. No mesmo sentido crítico, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Coimbra, 2020, pp. 217-218, para quem a chamada discricionariedade técnica se encontra construída com base num equívoco de fundo, devendo ser eliminado por inutilidade, pois que «os casos cobertos pela figura, ou, pura e simplesmente, não são de discricionariedade, por mobilizarem juízos técnicos objectivos, de verificação, ou, na medida em que suscitem juízos de valor e de apreciação, são casos de discricionariedade como quaisquer outros»).

(ii)

Tendo isto presente, entendemos que também entre nós se deve reconhecer que nas decisões resultantes de avaliações especializadas, incluindo a generalidade dos exames e provas académicas e bem assim as provas de avaliação em concursos no âmbito da função pública ou de acesso a determinadas profissões sujeitas a regulação pública, pelas razões que têm sido apontadas na doutrina e jurisprudência comparadas, existe uma zona de indeterminação que torna inadequada a admissibilidade um controlo jurisdicional estrito da actuação administrativa. Antes, é de considerar que à Administração foi aí concedida uma margem de livre apreciação e de valoração próprias e por isso, em tais situações, a actuação administrativa não pode ser objecto de reexame, mas apenas de fiscalização pelo tribunal, por se tratar, verdadeiramente, de uma actuação discricionária.

Assim, além do desvio de poder, do erro de facto e da falta de fundamentação, são contenciosamente controláveis, a partir da fundamentação apresentada, o erro manifesto de apreciação e, em geral, a compatibilidade do juízo decisório com os princípios fundamentais que regem a actividade administrativa (assim, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, p. 63).

No caso em apreço, ao contrário do que vem alegado pela Recorrente, não se verifica que o júri avaliador tenha, em relação à sua prova, actuado com de forma manifestamente errónea na apreciação que fez das respectivas respostas ou que tenha definido critérios de avaliação ou concretamente pontuado tais respostas de forma intoleravelmente arbitrária ou desrazoável. Daí que, estamos em crer, seja defeso ao Tribunal sindicar o mérito das pontuações concretamente

atribuídas às respostas às perguntas da prova escrita que a Recorrente concretamente questiona.

Justifica-se, assim, a nossa asserção inicial no sentido de que, nesta parte, deve improceder o recurso.

2.2.2

(i)

A Recorrente invoca igualmente um vício procedimental que consiste na falta de publicação da classificação da fase da análise curricular, o que, seu entender, viola o disposto no n.º 3 do artigo 35.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016.

Parece-nos que não tem razão. Vejamos, brevemente, porquê.

(ii)

Preceitua o artigo 35.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016, na redacção introduzida pelo Regulamento Administrativo n.º 23/2017, o seguinte:

«1. Concluída a aplicação dos métodos de selecção, o júri elabora a acta contendo a respectiva lista classificativa e sua fundamentação.

2. A acta a que se refere o número anterior é elaborada no prazo máximo de 15 dias, ou de 30 dias no caso do concurso de avaliação de competências integradas, a contar da data da aplicação do último método de selecção.

3. O júri deve promover a imediata afixação da lista classificativa intermédia nos locais indicados no aviso de abertura do concurso e no sítio da Internet do SAEP, e a remessa para publicação no Boletim Oficial do anúncio onde constem os locais em que a mesma se encontra afixada e pode ser consultada.

4. O local, data e hora da aplicação dos métodos de selecção da fase seguinte deve ser divulgado, nos termos referidos no número anterior, findo o prazo de interposição de recurso da lista classificativa intermédia ou, havendo recurso, findo o prazo para ser proferida decisão sobre o mesmo.

5. A acta da lista classificativa final é de imediato submetida à entidade que autorizou a abertura do concurso para efeitos de homologação da lista classificativa, dispondo esta de 10 dias para o fazer.

(...)».

Resulta da norma transcrita uma exigência de publicação de todas as listas classificativas intermédias, sem distinção em função do seu carácter eliminatório ou não. No entanto, para a correcta interpretação do preceito legal em referência, não pode deixar de ser considerado o disposto no artigo 15.º do mesmo Regulamento Administrativo que estabelece as etapas do procedimento de avaliação de competências profissionais ou funcionais. Dele resulta, em especial das respectivas alíneas 6) a 10), que a exigência de publicação das listas intermédias existe apenas na sequência da aplicação dos métodos de selecção que não sejam o último. Quanto a este, o que daquele artigo 15.º decorre é que se lhe siga a publicação da lista classificativa final, não sendo, portanto, objecto de publicação autónoma.

(iii)

No caso, de acordo com o ponto n.º 9 do aviso de abertura do concurso publicado no Boletim Oficial n.º 46, II Série, de 13 de Novembro de 2019, os métodos de selecção definidos foram os seguintes: 1.º método de selecção — Provas de conhecimentos (prova escrita, com a duração de 3 horas), com carácter eliminatório; 2.º método de selecção — Entrevista de selecção, com carácter eliminatório e 3.º método de selecção — Análise curricular.

Conforme resulta dos pontos n.ºs 11 e 12 do aviso, os resultados obtidos na aplicação dos métodos de selecção são classificados de 0 a 100 e a classificação final resulta da média ponderada das classificações obtidas nos métodos de selecção utilizados, da seguinte forma: provas de conhecimentos = 50%, entrevista de selecção = 30% e análise curricular = 20%.

A Administração publicou as listas classificativas intermédias respeitantes à prova de conhecimentos e à entrevista de selecção e, após a avaliação curricular, publicou a lista classificativa final.

Pode assim dizer-se que, desta forma, cumpriu a tramitação procedimental resultante da conjugação do disposto nas alíneas 6) a 10) do artigo 15.º com o previsto no n.º 3 do artigo 35.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 e por isso se pode concluir que não ocorre, segundo cremos, a preterição de uma formalidade procedimental legalmente imposta invocada pela Recorrente.

2.2.3.

(i)

Finalmente, a Recorrente imputou ao acto recorrido o erro nos pressupostos de facto, porquanto a Administração apenas considerou em sede de experiência profissional os períodos compreendidos entre 5 de Junho de 2017 e 4 de Junho de 2018 e entre 14 de Outubro de 2019 e 11 de Dezembro de 2019, quando, segundo diz, entre Outubro de 2012 e Junho de 2017, a Recorrente trabalhou no Instituto Cultural ao abrigo de contratos que, sendo, na aparência, de prestação de serviços, eram, na realidade, verdadeiros contratos de trabalho.

Neste ponto, julgamos que a pretensão da Recorrente tem bom fundamento.

(ii)

Como resulta da fundamentação do acto recorrido, a experiência profissional da Recorrente considerada foi a respeitante ao tempo de serviço prestado no Instituto Cultural ao abrigo de contrato individual de trabalho entre 5 de Junho de 2017 e 4 de Junho de 2018 e entre 14 de Outubro de 2019 e 11 de Dezembro de 2019.

Ainda de acordo com a mesma fundamentação, após a obtenção de esclarecimentos junto da Divisão de Recursos Humanos e Administrativa do Instituto Cultural, a Recorrente prestou serviços nesse Instituto no período situado entre Outubro de 2012 e Junho de 2017. No entanto, como durante esse tempo a Recorrente não teve uma ligação com a Administração, aquele tempo de serviço não consta do seu registo biográfico e, portanto, não foi ponderado na análise curricular.

Cremos, com todo o respeito, que, ao desconsiderar o tempo de serviço que prestou no Instituto Cultural entre Outubro de 2012 e Junho de 2017, na avaliação curricular da Recorrente, a Administração incorreu em erro manifesto no exercício de poderes discricionários.

Como resulta do disposto na alínea 1) do n.º 1 do artigo 30.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 e também do ponto n.º 10 do aviso de abertura do concurso, a análise curricular tem por objectivo «examinar a preparação do candidato para o desempenho de determinada função, ponderando a habilitação académica e profissional, a avaliação do desempenho, a qualificação e experiências profissionais, os trabalhos realizados e a formação profissional complementar».

Sendo assim, parece-nos evidente que, independentemente do título jurídico ao abrigo do qual a Recorrente prestou serviços no Instituto Cultural entre Outubro de 2012 e Junho de 2017 (e sabemos todos, na sequência da publicação do Relatório do Comissariado Contra a Corrupção sobre a matéria, e, portanto, a Administração melhor que ninguém, que, ainda que sob

uma aparência de contrato de prestação de serviços, a Recorrente, durante aquele período de tempo, trabalhou efectivamente para aquele Instituto), esse tempo de serviço não podia, de forma alguma, ser desconsiderado na análise curricular, por ser do domínio do óbvio, com todo o respeito o dizemos, que o mesmo consubstancia experiência profissional que não podia, ao menos em sede do recurso hierárquico que culminou com o acto recorrido, deixar de ser ponderada ainda que sob o pretexto puramente formal de que o dito tempo não consta do registo biográfico da Recorrente.

A questão não é, em rigor, de erro nos pressupostos de facto (como se sabe, o mesmo ocorre quando haja uma divergência entre os pressupostos de que o autor do acto partiu para prolatar a decisão administrativa final e a sua efectiva verificação na situação em concreto, resultando do facto de se terem considerado na decisão administrativa factos não provados ou desconformes com a realidade, isto é os fundamentos da motivação do acto em causa não existiam ou não tinham dimensão que foi por ele suposta) mas de erro manifesto no exercício de poderes discricionários. Em qualquer caso, constitui, nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 21.º do CPAC, violação de lei (o erro nos pressupostos de facto também consubstancia violação de lei) geradora da anulabilidade do acto recorrido tal como resulta do disposto no artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo.

3.

Face ao exposto, salvo melhor opinião, parece ao Ministério Público que o presente recurso contencioso deve ser julgado procedente, anulando-se, em consequência, o acto administrativo recorrido.

*

Quid Juris?

Concordamos com a douta argumentação acima transcrita, da autoria do Digno. Magistrado do MP junto deste TSI, à qual integralmente aderimos sem reservas, sufragando a solução nela adoptada, entendemos que a decisão recorrida enferma dos vícios imputados e como tal é de conceder provimento ao recurso contencioso, anulando-se o acto recorrido.

*

Síntese conclusiva:

I – No termos da alínea 1) do n.º 1 do artigo 30.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 e também do ponto n.º 10 do aviso de abertura do concurso, a análise curricular tem por objectivo *«examinar a preparação do candidato para o desempenho de determinada função, ponderando a habilitação académica e profissional, a avaliação do desempenho, a qualificação e experiências profissionais, os trabalhos realizados e a formação profissional complementar»*, se a Entidade competente, após a obtenção de esclarecimentos junto da Divisão de Recursos Humanos e Administrativa do Instituto Cultural, sabe que a Recorrente prestou serviços nesse Instituto no período situado entre Outubro de 2012 e Junho de 2017, no entanto, como durante esse tempo a Recorrente não teve uma ligação com a Administração, aquele tempo de serviço não consta do seu registo biográfico e, portanto, não foi ponderado na análise curricular, cometeu erro, já que o mesmo consubstancia experiência profissional e que deve fazer parte do objecto de avaliação.

II – Em rigor, a situação referida não é uma de erro nos pressupostos de facto, mas de erro manifesto no exercício de poderes discricionários, o que constitui, nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 21.º do CPAC, violação de lei (o erro nos pressupostos de facto também consubstancia violação de lei) geradora da anulabilidade do acto recorrido tal como resulta do disposto no artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do TSI acordam em **julgar procedente o recurso**, anulando-se a decisão recorrida.

*

Sem custas por isenção subjectiva.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 12 de Maio de 2022.

(Relator)

Fong Man Chong

(Segundo Juiz-Adjunto)

Ho Wai Neng

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Tong Hio Fong

Mai Man Ieng