

Processos nº 692/2008 e 693/2008
(Autos de recurso contencioso)

Data: 26/Junho/2014

Assunto: **Concurso público**
Discricionariedade técnica
Erro sobre os pressupostos de facto

SUMÁRIO

- A adjudicação, através de concurso público, é um acto administrativo pelo qual a Administração escolha a proposta preferida e seleccionar o concorrente com quem pretende contratar.

- E nesse procedimento, embora a Administração esteja vinculada aos critérios estabelecidos no programa de concurso, mas detém ampla margem de discricionariedade técnica na apreciação e valoração dos respectivos critérios.

- Não se verificando que a Administração, na apreciação dos diversos critérios, tenha omitido ou descurado factos relevantes, no sentido de ter actuado de forma não esclarecida, não há lugar ao apontado erro sobre os pressupostos de facto.

O Relator,

Tong Hio Fong

Processos n° 692/2008 e 693/2008
(Autos de recurso contencioso)

Data: 26/Junho/2014

Recorrentes:

- C Limitada
- Companhia de B Limitada

Entidade recorrida:

- Chefe do Executivo da RAEM

Acordam os Juizes do Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I) RELATÓRIO

C Limitada e Companhia de B Limitada, sociedades comerciais com sede em Macau, melhor identificadas nos autos, vêm interpor recurso contencioso de anulação do despacho do Exm° Chefe do Executivo da RAEM, de 10.10.2008, que autorizou a adjudicação, através de concurso público, do fornecimento do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros" (doravante designado por "Sistema") a favor da companhia XXX Hong Kong Limited, Macau Branch.

Tendo a recorrente C Limitada (no Processo n° 692/2008) formulado nas suas alegações as seguintes conclusões:

1. O presente recurso tem por base o despacho de Exm°. Senhor Chefe do Executivo de 10/10/2008 que determinou a adjudicação à Sociedade "XXX Hong Kong - Macau Branch" do fornecimento do sistema

de passagem automático de visitantes (doravante SPAV), no âmbito do concurso público n.º 8/299XX/DSFSM, publicado no B.O. em que a recorrente foi preterida e cujo objecto era o fornecimento daquele equipamento destinado a ser instalado e posto ao serviço da DSFSM.

2. Ora, não se conformando com o mesmo, interpõe a ora Recorrente o presente recurso por entender que o acto administrativo de que se recorre viola a lei, na modalidade de erro sobre os pressupostos de facto, bem como o princípio da igualdade, inexistindo qualquer razoabilidade na fundamentação que o sustenta.

3. A análise das várias propostas apresentadas a concurso é feita por uma comissão de análise e segundo critérios previamente estabilizados no regulamento de concurso.

4. Para a avaliação das propostas a Administração goza de largo grau de discricionariedade na escolha dos critérios, tendo igualmente uma margem de livre apreciação relativamente à valoração dos diferentes factores, embora restringida pelo próprio âmbito dos critérios fixados previamente.

5. No caso sub judice, é nítida a ampla discricionariedade na ponderação dos factores que estiveram na base da fixação dos critérios estabelecidos, bem como a errónea apreciação efectuada dos factos, ou melhor dos pressupostos que levaram a uma decisão injusta e violadora da lei.

6. Se verificamos alguns dos critérios bem como os respectivos pressupostos de facto que levaram a tal apreciação a favor da Sociedade "XXX Hong Kong - Macau Branch", doravante

companhia concorrente, concluimos pela violação da lei na apreciação das propostas porquanto, não serem claras as razões da fixação de critérios e apreciação das respectivas propostas. Não se pretende apenas pôr em causa a competência técnica da sociedade concorrente, mas também o mérito da sua proposta, atendendo à violação das regras básicas de concorrência.

7. Desde já se considera incompreensível e incongruente o resultado do supra parecer n.º 18XX/DA/2008 (processo n.º 812.12.201) e datado de 03.10.2008, que conclui pela adjudicação do fornecimento do Sistema à Sociedade Concorrente.

8. Ora, por exemplo, ressalvado o devido respeito, não se compreende o resultado do concurso público, se analisamos os seguintes factores de apreciação.

9. Quanto à da "capacidade técnica", da análise da comissão de avaliação resultou que a ora Recorrente teve uma melhor pontuação do que a concorrente a quem foi adjudicado o fornecimento do sistema. Sendo que foi considerado que a ora Recorrente já era bastante experiente, tendo sido quem forneceu e instalou o sistema existente no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, e que está neste momento a ser utilizado pelos cidadãos de Macau, sem qualquer problema. Ao passo que relativamente à companhia concorrente foi atribuída uma pontuação apenas satisfatória, em virtude de não ser conhecida muita experiência de maior à sua empresa em Macau, apenas goza da fama de pertencer a um grupo internacional japonês, conhecido nesta área.

10. Relativamente à aquisição, manutenção e reparação do

SAPV, da análise da comissão de avaliação resultou que a recorrente apresentou preços mais concorrentes, considerados razoáveis. Havendo uma discrepância notória de valores, na ordem de 58% relativamente aos primeiros dois anos de manutenção e de 47% relativamente ao terceiro a décimo ano de manutenção.

11. Mais, relativamente à forma de garantia da manutenção, em termos de recursos humanos, atenta-se igualmente a uma má apreciação dos factos pressupostos da decisão: ora, alega a Companhia concorrente, "XXX Hong Kong - Macau Branch", que consegue prestar um serviço especializado de outsourcing oriundo de Hong Kong e Sengcheng. Por outras palavras, a "XXX Hong Kong - Macau Branch" consegue apenas garantir o serviço de manutenção através de uma empresa terceirizada, que não é uma companhia local.

12. Não é só a existência formal dessa indicação da empresa responsável pela manutenção e reparação do sistema que se deve reconhecer na motivação da pontuação a atribuir.

13. É de conhecimento público, que qualquer pessoa para trabalhar em Macau necessita da respectiva autorização de trabalho, que demora no mínimo três meses. Assim, como pode ser garantido um serviço de manutenção eficaz, quando está dependente de uma licença de trabalho que por sua vez também está sujeita a ser indeferido, por falta de requerimentos.

14. Ao passo que a Recorrente dispõe de uma equipa de técnicos especializados devidamente autorizados para trabalhar em Macau, contando já com a experiência anterior de manutenção e

reparações do sistema no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco. Pelo que foi manifesta a desigualdade verificada no que diz respeito às informações prestadas à DSFSM.

15. Relativamente ao Sistema "E-Channel" apresentado pela "XXX Hong Kong - Macau Branch", a companhia concorrente "XXX Hong Kong - Macau Branch" apresentou-se a concurso com o sistema "E-Channel", cuja propriedade intelectual foi vendida ao Governo de Hong Kong, onde está a ser utilizado.

16. Ora, será que esta questão foi devidamente analisada? Será que não é uma questão importante? Será que a comissão de avaliação ponderou sobre o facto de que o Governo de Hong Kong, caso tenha realmente registado a patente, o Governo de Macau poderá vir a ser responsabilizado? Ora, esta questão, da análise que aparentemente foi feita, não parece ter sido abordada.

17. Ao contrário, todo o sistema apresentado a concurso pela Recorrente é da sua autoria, não havendo cópia do sistema de qualquer outro país ou região.

18. O Sistema apresentado pela companhia concorrente, apesar de contar com a vantagem em termos de garantia de sucesso de Hong Kong, conta contudo, com o risco de ser objecto de uma disputa de interesses de índole de propriedade intelectual, envolvendo, desnecessariamente, duas Regiões Administrativas.

19. Por outro lado, pergunta-se será que o facto preço, como em todos os outros concursos não será um factor importante a ter em conta? O preço apresentado pela ora Recorrente é muito mais

aliciante do que o apresentado pela companhia concorrente, contudo, este critério foi avaliado com toda a discricionariedade que a Comissão de avaliação tinha ao seu dispor.

20. Por outro lado, ressalvo o devido respeito, é incompreensível e incongruente a pontuação atribuída ao factor de apreciação de imagem da empresa, relativamente à ora recorrente.

21. Primeiro, a comissão avaliadora considera que a ora recorrente possui uma capacidade técnica superior à da companhia concorrente, sendo que a recorrente já possui um "background" na Região, pela instalação do sistema de passagem instalado no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, não sendo conhecidos quaisquer problemas com a companhia.

22. E é essa mesma comissão avaliadora que considera que a companhia concorrente não dispõe desse background, sendo nova em Macau.

23. Contudo, acaba por atribuir em termos de projecção de imagem de grupo uma pontuação mais favorável à empresa concorrente, apenas porque a empresa tem origem japonesa e é conhecida internacionalmente, dando um grande enfase a este ponto, incompreensivelmente.

24. Mais, em termos de apresentação global do sistema a companhia concorrente acaba por somar mais pontuação. E neste pressuposto, reivindica a recorrente, a pontuação que lhe foi atribuída em comparação com a da companhia concorrente, por considerar ter-se verificado manifesto vício de violação de lei, por

erro nos pressupostos de facto.

25. É pois manifesto o vício, bastando para isso olhar para o sistema apresentado pela concorrente, que se trata da cópia exacta do sistema vendido a Hong Kong, pois apesar de contar com a garantia de funcionamento e de êxito, não deixa de se tratar de uma cópia de outro sistema, aplicado noutra região.

26. Ora um sistema a nível de segurança, apresentado de novo para ser aplicado numa região, deve ser protegido e devidamente valorizado, trata-se de uma questão de segurança, de interesse público.

27. Outro ponto que não foi devidamente analisado foi a precisão. E aí mais uma vez a avaliação não diferencia as concorrentes. Há que fazer uma análise comparativa entre a precisão e o tempo de dispendido para a realização de um trabalho. A recorrente sempre teve os melhores resultados a nível dos testes a que foi submetida, apresentando contudo um período de tempo de instalação do sistema superior ao apresentado pela companhia concorrente.

28. Contudo, a concorrente apesar de se propor à instalação do sistema em tempo recorde, os testes a que foi submetido não apresentam um resultado muito satisfatório. Pelo que não se percebe por que razão a Comissão de avaliação preferiu a Companhia concorrente. A sabedoria popular diz e muito bem "depressa e bem não há quem".

29. Por todo o exposto, a recorrente não entende a decisão em si relativa ao despacho de adjudicação, pois existe uma evidente

falta de fundamentação, verificando-se erro nos pressupostos de facto que foram apreciados, havendo uma discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis.

30. Ora, o erro na interpretação baseado em factos materialmente inexistentes ou apreciados erroneamente entram no vício de violação de lei, pois a ideia falsa sobre os pressupostos de facto em que se funda a decisão traduzem de facto uma violação de lei.

31. No caso "sub judice", o erro, segundo se alega, resultou de uma deformação da vontade, por causa da ignorância ou do conhecimento defeituoso, pelo menos, aparentemente, do órgão decisor e/ou de uma omissão de factos importantes que levaram a uma interpretação errónea sobre a realidade de facto.

32. Mas convirá não esquecer, no fundamental, que nos termos da lei reguladora do concurso em causa, a especificação do critério da adjudicação e explicitação dos factores que nela deveriam intervir devem ser feitas, no programa do concurso e caderno de encargos.

33. Contudo, sabemos que a Administração goza de discricionariedade na escolha do critério de avaliação das propostas e dos respectivos factores, ficando, no entanto vinculada a seguir com rigor a resolução tomada e publicitada nos termos referidos.

34. Para além de que nada impede a comissão de avaliação de estabelecer sub-factores da avaliação, nem de os quantificar.

35. Perante esta realidade fáctica, fácil é dizer que a Comissão de Análise está sujeita a um limite intrínseco, não podendo

apresentar sub-critérios que não resultem da necessidade de densificar os critérios base, nem que distorçam os critérios iniciais.

36. Contudo, se comermos por somar, uma omissão aqui e a opção por um sub-critério ali, depressa podemos passar “despercebidos” ao olhar menos atento dos limites intrínsecos, tendo em conta que a Administração goza de discricionariedade na escolha do critério de avaliação das propostas e de margem de livre apreciação na valoração dos respectivos factores aquando da adjudicação.

37. Mas apesar dessa ampla discricionariedade técnica, quando há lugar à ofensa de um princípio constitucional fundamental ou em caso de erro manifesto ou de inobservância de algum aspecto vinculado, como é o caso, os actos daí resultantes não podem deixar de ser sindicáveis, no sentido de garantir a boa defesa do interessado, neste caso o ora Recorrente.

38. Ora, em regra, sabemos que a adjudicação é feita visando a proposta que ofereça melhores condições de preço e/ou de prazo de entrega ou conclusão do fornecimento.

39. Porém, sabemos também que estabelecidos e consolidados os critérios base, a eles se encontra vinculada a Administração, dispondo, contudo, de larga margem de livre apreciação relativamente à ponderação e valoração dos respectivos factores de avaliação, tendo sempre em vista a prossecução do interesse público.

40. Contudo, no caso sub judice verifica-se um erro grosseiro ou manifesto de apreciação e representação dos factos, pois

analisados os "itens" de avaliação, designadamente os postos em causa pela recorrente, depressa se conclui que assistimos a um afastamento ou não cumprimento dos critérios de avaliação pré-fixados e a uma incongruência na análise dos pressupostos de facto referidos pela Recorrente.

41. Nestes termos entende que deve ser concedido provimento ao presente recurso e, em consequência anulado o despacho recorrido, por vício de violação de lei, por discrepância entre o conteúdo ou o objecto do acto e as normas jurídicas que lhe são aplicáveis, neste caso das regras que regulamentam o concurso e ainda por violação dos mais elementares princípio de direito como o princípio da legalidade, igualdade, dever de fundamentação e transparência das decisões, segundo o qual "devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas", (Artigo 8º, n.ºs 1 e 2 do Código de Procedimento Administrativo), com todas as consequências legais.

Conclui, pedindo que se julgue procedente o recurso e, em consequência, se anule o acto administrativo ora recorrido, e seja substituído por outro que se mostre mais adequado conforme os reais pressupostos de facto.

*

Por sua vez, a recorrente Companhia de B Limitada (no Processo nº 693/2008) alegou em sede de conclusões o seguinte:

關於第一部分評分事實錯誤

1. 就“第一部份評分”內“系統的維修保養、支援服務和文件”之項目分數計算上，上訴人比第一名之“日本xx”低，其中一個主要理由是因為“建議書”指出“該公司(即上訴人)只提供電話支援服務，委員會表示在此情況下有理由相信將會影響系統的運作”(參見附件一第7頁)。

2. 然而，事實上上訴人並不僅提供電話支援服務，還提供其他服務包括維修服務，因為上訴人所提交的標書文件上清楚說明“本公司接獲緊急維修會先致電現場瞭解故障情況，維修員會在電話提供簡單方法去協助指導現場操作員即時去解決問題，以上如無效或仍未能解決，維修員會於一小時內趕到現場作緊急維修”。

3. 該錯誤直接導致上訴人在“系統的維修保養、支援服務和文件”項目上僅得7分(參見附件一第10頁)，上訴人認為關於該項目評分應至少9分。

4. 此外，就“投標者及其合作伙伴的實力”項目分數而言亦存在兩方面事實錯誤，其一，“建議書”亦提及：*上訴人只負責維修保養服務，而其合作夥伴“國際商業機氣全球服務公司”則負責後台軟件及提供設備，“上海xxxx資訊產業股份有限公司”負責前臺開機的軟件，而“日電自動系統(香港)公司”則負責開機的硬體設計及安裝。*(參見附件一第6頁)

5. 然而，事實上上訴人是負責統籌、開機的硬體設計、安裝和本地軟硬體支援並與日電自動系統(香港)公司共同為此項目之開機製造商，背景實力絕非只限於負責維修保養服務。

6. 其二，“建議書”亦錯誤認為上訴人及其合作夥伴完全沒有設置旅客自助過關系統的經驗。(參見附件一第7頁)

7. 但是，上訴人在人行通道開機系統經驗無論在使用原理上和機械結構上，都曾處理關於這方面之經驗。

8. 上述兩方面關於“投標者及其合作伙伴的實力”項目的事實錯誤導致上訴人在該項目評分僅得6.38分數(參見附件一第10頁)，但是，上訴人認為關於這方面評分至少應為8.5分。

9. 綜上所述，上述各種錯誤令上訴人在第一部份分數之最後總評選結果低於“日本xx”和第二名“xx科技”，且上訴人僅得0.67總分。

關於第二部分評分事實錯誤

1. 就“第二部份評分”亦出現多個事實錯誤，而“第二部份評分”包括“系統的整體表現”和“系統的演示”兩個評分項目組成(參見附件一第14頁和文件三第52和53頁)。

2. 而“建議書”再將上述“系統的整體表現”分為三個小評分項目組成，包括“從用戶角度分析”、“在設備上的純技術分析”及“在管理方面的分析”(參見附件一第11頁)。

3. 關於上述三個小評分項目(即“從用戶角度分析”、“在設備上的純技術分析”及“在管理方面的分析”)之評分上均出現了事實錯誤。

4. “建議書”認為：“日本xx”在系統演示時，所提供的開機表現出較強的穩強性，在半小時的壓力測試期間，沒有出現故障。整體流程暢順，在預讀部分和核對指紋部份配合恰當。在使用方面，顯示屏提供適當的指示及提示，以方便旅客使用。每一個細微部份都考慮周詳，包括：旅客使用開機的安全性、防止旅客以假身份過關。”(參見附件一第6頁)

5. 然而，上述全部關於“日本xx”系統演示之事實分析並不真實，相反，根據澳門保安部隊的技術分析報告17頁得知，“日本xx”根本沒有演示檢測偽證功能(參見附件一第34頁)。

6. 亦由於“日本xx”沒有演示檢測偽證功能，使其系統的整體表現比其他競投人之系統更為暢順和快速，導致其“第二部分評分”提高了。

7. 此外，亦因為“日本xx”沒有演示檢測偽證功能，導致“第二部分評分”關於“從用戶角度分析”項目內“速度比較”欄目上，“日本xx”比上訴人的評分高。

8. 但事實上“日本xx”根本沒有演示“光學證件及護照閱讀器過關”，所以“從用戶角度分析”項目的關於速度之評分上不應為7.63分(參見附件一第60頁)，因為其根本不應該得任何分數。

9. 由於速度評分佔“從用戶角度錯誤的分析”項目評分之百分之二十(參見附件一第60頁)，故此該評分錯誤直接導致“從用戶角度錯誤的分析”項目評分和第二部份總評分均出現

了錯誤。

10. 最後，技術分析報告內就上訴人第二部分“在設備上純技術分析”項目上亦錯誤地認定“由於斷電時間機閘門不會自動鬆開，要用鑰匙開啓”。(附件一第41頁)

11. 上述錯誤的認定已影響了“在設備上純技術分析”之項目評分，導致上訴人在該項目關於“其他設備”一欄分析方面僅獲得“可以接受”(參見附件一第48頁)和上訴人最終在該第二部分評分之總分僅為4.22分(參見附件一第11頁)。

法律錯誤

1. 另一方面，在第二部分關於“管理方面的分析”項目評分上亦出現了法律錯誤。

2. 根據承投規則，旅客自助過關系統應在不多於2分鐘內“自動”恢復操作(參見附件三第16頁)。

3. 但是“日本xx”在智能卡閱讀器的“斷電至恢復運作時間”及“是否需要重啓程式”均沒有說明；而在閘機“重啓時間”及“斷電至恢復運作時間”分別為3分56秒及2分50秒，嚴重超出了承投規則中要求2分鐘的上限要求，但最後卻得到“優”的評語。

4. 故此，由於上述法律錯誤，導致“日本xx”在第二部分總評分上獲得4.60分，被上訴行為亦因此違反了“該競投”之承投規則、《行政程序法典》所規定的公平原則、平等原則和第63/85號法令第12和137條之規定。

5. 另一個法律錯誤為：根據承投規則所確立評分規則，第二部份之評分應由“系統的整體表現”及“系統的演示”兩部分組成，並佔全部總分之60%；但是，被上訴行為所同意之第二部份的評分根本沒有清楚反映“系統的整體表現”及“系統的演示”各自之分數，而是為僅顯示“各競投公司之系統的整體表現”之分數。

6. 此外，“建議書”將“各競投公司之系統的整體表現”分為“從用戶角度分析”、“在設備上的純技術分析”、及“在管理方面的分析”三部分組成，亦與承投規則所要求的標準有異。

7. 上述改變，令在系統演示過程中表現出色的上訴人未能得到公平的評分而違反

了公平原則。

8. 最後，關於價格之評分上，根據承投規則之技術要求，系統必須使用“xxx Singapore”指紋算法之軟件(參見附件三第20頁)。

9. 但是，由於“日本xx”是“xxx Singapore”指紋算法之軟件的指定供應商，導致上訴人為投得“該系統”必須購置153套算法，該成本亦需計算在上訴人的投標總價格(即MOP\$190,495,255.17)上。

10. 而作為投標人之一的“日本xx”作為該軟件之指定供應商便不需要支付該HKD\$13,281,825.96的成本。這令其在第三部份評分之分數比其他對手高，構成違反公平原則之嚴重瑕疵。

11. 除此之外，上述承投規則之技術要求(即系統必須使用“xxx Singapore”指紋算法之軟件)因指定特定採購物品的品牌亦同時違反了廉政公署的“採購程序指引”(參見附件五)和澳門《商法典》第168條之規定。

12. 綜上所述，被上訴行為(至少關於上訴人和“日本xx”之總評分方面)出現了嚴重事實錯誤和法律錯誤，並因此違反了《行政程序法典》第124條規定應予以撤銷或變更。

Conclui, pedindo que se julgue procedente o recurso e, em consequência, se anule o acto recorrido.

*

Regularmente citada, apresentou a entidade recorrida as contestações constantes de fls. 156 a 166 (do Processo n° 692/2008) e de fls. 126 a 134 (do Processo n° 693/2008), formulando, respectivamente, as seguintes conclusões:

Processo n° 692/2008

1. Contestação por excepção

- Pugna-se pela rejeição do recurso nos termos do art.º

46º, n.º 2 alínea f) do CPAC, e 28º, n.º 1 do CPC, ex-vi art.º 1º daquele primeiro diploma.

Contestação por impugnação

- Foram respeitados no processo de concurso todos os princípios que presidem a este tipo de procedimento, com relevância para a legalidade, transparência e boa-fé, imparcialidade, eficiência e economia.

- O exercício do poder discricionário da administração conteve-se nos limites das regras, critérios e sub-critérios a que se auto-vinculou, sendo que estes se encontram conformes a lei, designadamente ao Dec-Lei n.º 63/85/M e ao CPA.

- Foi adjudicado o objecto do concurso à concorrente que, ponderado todos os factores de avaliação se apresentou em melhores condições, ou seja, as mais favoráveis ao interesse público nos termos em que tal é prosseguido pelo art.º 37º, n.º 1 do referido Dec. Lei n.º 63/85/M.

- O relatório/proposta sobre o qual recaiu o despacho de adjudicação é fiel e consequente relativamente aos conteúdos do processo de concurso, não viciando a vontade do órgão decisor, o Chefe do Executivo, ora recorrido.

- Entidade que proferiu a sua decisão livre de qualquer erro sobre os pressupostos e em clara conformidade com a lei.

*

Processo n.º 693/2008

- Foram observados e realizados os princípios que decorram

o ritual do concurso público, designadamente aqueles que constam do DL n.º 63/85/M e do Código do Procedimento Administrativo.

- Não se verificam os vícios invocados pelo recorrente na sua, aliás, muito doura e brilhante petição inicial, quer os caracterizados pelos invocados "erros de facto", quer os caracterizados pelos invocados "erros de direito", os quais, um por um, foram objecto de contestação específica suportada no relatório e nas demais peças processuais.

- Não se vislumbram, igualmente, quaisquer outros factos que possam inquinar o acto de vício juridicamente invalidante.

Pugnando pela rejeição do recurso, e subsidiariamente, pela sua improcedência, por não verificação de qualquer vício no acto recorrido.

*

XXX Hong Kong Limited, Macau Branch, doravante designada por contra-interessada, também apresentou a sua contestação, em cujas alegações formulou as seguintes conclusões:

結論 - 第692/2008號司法上訴卷宗

(C Limitada)

1. 上訴人在陳述書中重複地提及對立利害關係人公司名稱，但在陳述當中並沒有指出對立利害關係人身份及沒有要求作出傳喚；

2. 該遺漏明顯是很嚴重的過錯，而且屬不可寬恕的錯誤及遺漏；

3. 法院須根據《行政訴訟法典》第46條第2款f項的規定，初端駁回上訴人之司法上訴；

4. 公開競投項目的委員會由多個部門組成，符合澳門特區政府謀求之公共利益。
5. 上訴人並沒有在陳述書中清楚指出委員會在哪一方面作出錯誤認定的事實，哪一方面錯誤適用法律的規定以及沒有提供任何證據；
6. 競投項目之《招標計劃》、《承投規則》及《技術要求說明》沒有要求競投公司必須在澳門有經驗，而是要求說明對類似自助過關系統之經驗；
7. 上訴人針對對立利害關係人在澳門地區沒有經驗的指責是與競投項目沒有任何直接關係的。
8. 對立利害關係人根據招標計劃的要求提供所須的附加項目的報價，該部份的報價不屬於主要競投部份；
9. 上訴人質疑對立利害關係人人力資源不足以為付系統的保養及維修是沒有任何事實依據的；
10. 對立利害關係人的人力資源充足，加上香港專業顧問團隊配合下，必定令計劃得以順利落實進行；
11. 相反，在技術分析報告中，委員會指出上訴人的公司人力資源不足；
12. 香港特區政府使用的E-Channel與本競投項目根本沒有任何關係；
13. 工業產權的保護範圍屬於地域性的，加上香港政府與澳門政府所採用的系統存有差異，因此兩者並沒有任何重疊之處；
14. 上訴人在司法上訴中提出的事實依據不清晰，法律理由不明確，司法上訴的請求亦含糊不清；
15. 上訴人在陳述書中指出很多與針對行政行為無關的事實作為事實依據，加上沒有就其提出的事實依據適用法律，因此，上訴人根本不存在任何事實及法律理由足以令法院作為考慮上訴的依據。
16. 對立利害關係人認為是次公開競投在公平及公正的條件下進行，不存在任何違反法律的情況；
17. 對立利害關係人所提交的標書說明及系統演示，大部份獲得“良”及多方面獲

得“優”的評語，說明對立利害關係人的技術及系統均比委員會之要求為高；

18. 委員會在行使自由裁量權作出評核時均受制於競投規則及技術規則說明內的規定，因此，不存在任何錯誤及不公平現象。

*

結論 - 第693/2008號司法上訴卷宗

(XX行綜合設備有限公司)

1. 上訴人並沒有根據競投標書的規定滿足委員會就技術、維修保養及支援服務方面的要求，因此這方面的得分不應被提高；

2. 上訴人將旅客自助過關系統與一般的人行通道閘機系統互相混淆；

3. 上訴人錯誤地理解委員會就旅客自助過關系統的經驗方面的要求；

4. 委員會指出上訴人沒有設置旅客自助過關系統經驗的分析結果是正確的，以及評分亦屬於公平及準確的；

5. 澳門政府已在答辯狀中解釋及更正對利害關係人有演示檢測偽證功能的結果，而且效果令人滿意；

6. 上訴人主觀地在陳述書第32點中顯示分析表，目的為歪曲委員會直實的分析結果，從而令法院產生誤導；

7. 上訴人錯誤地認定《技術規格說明書》中第4.2.17要求的而作出不正確的技術演示，因此未能符合相關技術的基本要求；

8. 對立利害關係人認為委員會在演示檢測偽證功能的評分結果是正確及公平的；

9. 上訴人主觀地在陳述書第40點中顯示分析表，目的為歪曲委員會直實的分析結果；

10. 根據技術分析報告第3項的分析圖表，斷電至恢復運作並非屬於“緊急操作”，而是屬於“穩定性”的測試，而對立利害關係人獲得的評語為“良”非“優”；

11. 對立利害關係人認為委員會在“穩定性”測試的評分屬正確及公平的，並沒有任何錯誤認定；

12. 使用“XXX Singapore”指紋算法軟件為澳門特區政府在承投規則中指定的；
13. 使用“XXX Singapore”指紋算法之軟件為政府必須配合澳門身份證明局採用一致的軟件，符合項目的要求及公共利益；
14. 若上訴人認為在進行招標時某些步驟出現不當情事，上訴人可以根據第63/85/M號法令第四條的規定自獲悉有關事實之日起十日內向委員會提出聲明異議；
15. 加上對立利害關係人同時需要根據標書的要求購置“XXX Singapore”指紋算法之軟件，與其他競投者一樣；
16. 不存在違反廉政公署的採購程序指引及澳門《商法典》第168條的規定；
17. 委員會在是次競投項目中並沒有出現事實錯誤或法律瑕疵；
18. 上訴人所提出的事實及法律依據不足以令法院行政行為撤銷或變更被上訴人之行政行為；
19. 對立利害關係人認為是次競投符合公平及公正的條件下進行，不存在任何事實錯誤或法律適用的錯誤。

結論 (惡意訴訟)

1. 上訴人C Limitada及XX行綜合設備有限公司所提交的司法上訴屬無依據的主張，以及故意誤導法院及歪曲事實，明顯屬於一種惡意訴訟行為；
2. 法院必須根據《民事訴訟法典》第385條的規定，判處上訴人為惡意訴訟並支付惡意訴訟罰款；
3. 對立利害關係人基於上訴人的惡意訴訟行為而導致大量支出，其中包括訴訟代理費以及其他費用開支；
4. 根據《民事訴訟法典》第385條及386條的規定，判處上訴人向對立利害關係人作出損害賠償，賠償範圍包括訴訟代理費以及其他費用開支；
5. 法院在訂定認為合理的賠償金額時，必須考慮以不少於澳門幣拾萬元為賠償金額，包括訴訟代理費及其他費用開支；
6. 由於上訴人為法人，因此，根據《民事訴訟法典》第387條的規定，要求損害賠

償之責任由上訴人C Limitada及XX行綜合設備有限公司之代表負責。

Conclui, pugnando pela improcedência dos recursos.

*

No uso da faculdade prevista no artigo 68º do Código do Processo Administrativo Contencioso, apresentaram a recorrente Companhia de B Limitada e a contra-interessada XXX Hong Kong Limited, Macau Branch alegações facultativas, constante de fls. 269 a 286 e 287 a 292 dos autos, respectivamente, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

*

Findo o prazo para alegações, o Ministério Público deu o seguinte parecer:

“Vêm “C, Lda” e “Companhia de B, Lda” impugnar o despacho do Chefe do Executivo de 10/10/2008, através do qual e no âmbito do concurso público n.º 8/2007/DSFSM, foi adjudicado o fornecimento e instalação do “*Sistema de Passagem Automática de Visitantes (SPAV)*” à empresa “*NEC-Hong Kong-Macau Branch*”, assacando-lhe, a 1ª, divergência entre o conteúdo ou objecto do acto e as normas jurídicas aplicáveis com alegação de deformação de vontade do órgão decisor, dada a omissão de factos importantes, que terão levado a interpretação errónea sobre a realidade de facto atinente aos diversos “*itens*” sob avaliação, imputando ainda afronta aos

princípios da legalidade, igualdade e transparência, bem como vício de forma por falta de fundamentação, enquanto a 2ª, para além também de erros de apreciação e análise a alguns desses factores, invoca a afronta dos princípios da imparcialidade, igualdade, justiça e proporcionalidade.

Cremos, porém, não lhes assistir qualquer razão.

Impõe-se, desde logo, uma breve consideração relativa ao pedido da 1ª Recorrente, atinente a pretendida substituição do acto recorrido *"por outro que se mostre mais adequado e conforme aos reais pressupostos de facto."*

Como se sabe, nos termos do art.º 20º, CPAC, *"Excepto disposição em contrário, o recurso contencioso é de mera legalidade e tem por finalidade a anulação dos actos recorridos ou a declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica."*

Desta forma, os tribunais administrativos, ou actuando como tal, exercem uma função de controle e não de substituição da Administração, não constituindo aqueles uma Administração de grau mais elevado, não podendo o julgador ir além da declaração de invalidade ou anulação do acto impugnado, sob pena de grave ofensa da separação de poderes, daqui decorrendo que o pedido a formular apenas poderá consistir na declaração de inexistência, nulidade ou anulação do acto recorrido: qualquer outro pedido, salvo o disposto no art.º 24º CPAC, deverá ter-se como legalmente inadmissível, o que deverá suceder relativamente ao segmento relatado.

Posto isto, sendo certo que grande parte do alegado por

ambas as Recorrentes assenta no que as mesmas entendem constituir erros de apreciação de análise e valoração relativos aos diversos factores de avaliação, tais como a "capacidade técnica", "assistência", "aquisição, manutenção e reparação", "imagem da empresa", "precisão", "vantagens competitivas dos concorrentes e seus futuros colaboradores", "apresentação global do sistema", "demonstração do sistema", "estabilidade do sistema", "recuperação do sistema em caso de quebra de energia" e "avaliação geral do sistema", convirá não esquecer que na análise de tais factores, detém a Administração uma ampla margem de discricionariedade técnica, sem prejuízo dos critérios a que se auto vinculou na definição do programa do concurso, tornando-se evidente que o carácter das matérias e os níveis operacionais pretendidos constituem campo onde o escrutínio e empreender pelo julgador se há-de, a este nível, quedar por eventual ocorrência de erro grosseiro ou injustiça manifesta, tanto mais que, por vezes, aparente incoerência de pontuações resultará da interacção de diversos factores ou critérios, sem que tal signifique, forçosamente, o atropelo de qualquer dos princípios ou normas que devem presidir à análise nos concursos.

Seja como for, da análise que empreendemos do procedimento, não se divisa que na apreciação específica dos diversos "itens" sujeitos a ponderação e dentro da sua liberdade de ponderação/avaliação, a Administração tenha omitido ou descurado factos relevantes ou, apurados estes, efectuado interpretações ou extraído ilações inaceitáveis, desrespeitado, por qualquer forma, os

critérios a que se auto vinculou no programa de concurso, usado, de forma ilegal, a margem de livre apreciação, ou que, em síntese, na escolha do seu co-contratante para a adjudicação da obra posta a concurso, tenha usado de qualquer forma de favoritismo, não actuando em função da efectiva realização do interesse público na escolha da "melhor proposta", de acordo com o preceituado no art.º 37º do Dec. Lei 63/85/M, não se vislumbrando, pois o assacado atropelo de qualquer dos princípios enunciados.

Finalmente, a adjudicação em questão foi efectuada com base em "Relatório/Proposta" da Direcção das Forças de Segurança de Macau, sufragada pelo Secretário para a Segurança, a qual contém, inequivocamente, de forma clara, suficiente e congruente, as razões das avaliações/valorações/pontuações atribuídas a cada concorrente nos diversos factores sujeitos a escrutínio e que conduziram à escolha da proposta apresentada pela "NEC" como a "melhor proposta", ficando um cidadão médio em perfeitas condições de apreender tais razões, o que não deixou de suceder com as recorrentes. Poderão, como sucede, não concordar com as mesmas, mas que elas se mostram perfeitamente compreensíveis, é indesmentível razão por que soçobra também a alegação relativa a este vício formal.

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

*

O Tribunal é o competente e o processo o próprio.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas, e têm interesse processual.

Não existe outras nulidades, excepções e questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

Cumprido decidir.

II) FUNDAMENTOS DE FACTO E DE DIREITO

Resulta provada dos elementos constantes dos autos, designadamente do processo administrativo, a seguinte matéria de facto com pertinência para a decisão do recurso contencioso:

- Foi aberto concurso público para a aquisição do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros", que se tornou público mediante o Aviso da Direcção dos Serviços das Forças de Segurança de Macau, de 19 de Novembro de 2007, publicado no Boletim Oficial n.º 48, da II Série.

- Do programa do concurso constava o seguinte:

"...

16. Critérios de avaliação

16.1 O concorrente deve fornecer os elementos requeridos no n.º 15, todos os materiais incompletos vão ser considerados como falta de componentes e em consequência ser rejeitados.

16.2 O concorrente deve fazer a demonstração dentro de 14 dias depois de ser notificado da aceitação.

16.3 Inspeção in loco/ visita às fábricas.

16.4 Critérios de avaliação técnica:

Critérios	Conteúdo	Classificação
1.	Vantagens competitivas dos concorrentes e seus colaboradores	10%
	<ul style="list-style-type: none"> - O "background" e a escala da companhia; - Experiências nos trabalhos semelhantes ao sistema de controlo automático; - As informações detalhadas sobre a concepção, montagem, funcionamento e apoio prestados aos sucessivos casos semelhantes ao sistema de controlo automático, assim como a avaliação dos respectivos utentes. 	
2.	Projecto de execução de obra	
	<ul style="list-style-type: none"> - Tempo necessário para a conclusão de obra; - Projecto de execução de administração de obra; - Projecto de procedimento de obra; - Quantidade do pessoal de obra e as suas habilitações; - O processo detalhado do calendário de execução de obra; - As propostas e materiais de formação. 	

3.	Reparação, manutenção, serviço de apoio e os respectivos documentos do sistema	
<ul style="list-style-type: none"> - Mecanismo de notificação de erros; - Prazo de garantia e manutenção gratuita; - Frequência de manutenção periódica; - As despesas e os planos após o prazo de garantia e manutenção gratuita; - O número do pessoal destacado em Macau de longo prazo e as habilitações de cada um; - O tempo de resposta e de reparação em caso de avaria; - Mecanismo de limpeza de componentes e acessórios; - As espécies e quantidade de peças e acessórios de reserva de Macau. 		
4.	Perfomance geral do sistema	60%
	Conteúdo	Classificação
<p><u>A concepção geral do sistema:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - A concepção íntegra e a forma; - O tempo necessário para passagem pelo controlo automático; - Eficácia e concepções dos vários componentes (tais como as portas da passagem, 		

os motores, os leitores de bilhete de identidade inteligente, os leitores de passaporte, as impressoras de passagem das catracas, as instalações de supervisão ambulante, os scanners de impressão digital, os postes de controlo de supervisão, os computadores de passagens das catracas);

- A credibilidade, a disponibilidade e a resistência do sistema;
- A protecção e a segurança do sistema;
- A capacidade de integração com o sistema actual;
- Outras funções do sistema;

A facilidade de uso do produto:

- Do ponto de vista dos visitantes;
- Do ponto de vista dos funcionários em serviços;
- Do ponto de vista dos técnicos de reparação.

5.

Demonstração do sistema

- O plano de demonstração
- A demonstração de passagem normal
- A demonstração de passagem em casos

	<p><i>anormais</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>A capacidade de tratamento de acidentes</i> - <i>A demonstração da identificação facial</i> - <i>A demonstração do sistema de registo de visitantes a Macau</i> - <i>A demonstração dos softwares de fiscalização central</i> - <i>A demonstração dos softwares do posto de controlo e supervisão</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>A versão de desktop</i> • <i>A versão ambulante</i> 	
6.	<i>Preço do sistema</i>	30%
	<ul style="list-style-type: none"> - <i>O preço de manutenção e reparação de cada posto fronteiriço (com o prazo de garantia de 2 anos);</i> - <i>Os preços de referência respeitantes a manutenção e reparação do 3º a 10º ano.</i> - <i>O preço de cada catraca, incluindo as despesas com hardwares, softwares e outras despesas.</i> - <i>As despesas necessárias com cada posto fronteiriço (um só pagamento), incluindo: Portas do Cerco, Terminal Marítimo Novo da Taipa, Terminal Marítimo do Porto Exterior ou</i> 	

<i>Posto Fronteiriço de COTAI."</i>	
-------------------------------------	--

- Foram apresentadas ao concurso seis propostas, entre as quais se encontravam as apresentadas pelas recorrentes C Limitada e Companhia de B Limitada, assim como a apresentada pela contra-interessada XXX Hong Kong Limited, Macau Branch.

- Feita a abertura, foram admitidas as referidas propostas.

- Foi elaborada pela Direcção dos Serviços das Forças de Segurança de Macau a informação/proposta n.º XXX/DA/2008, de 3.10.2008, onde veio propor a adjudicação do fornecimento do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros" à contra-interessada XXX Hong Kong Limited, Macau Branch, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

- Constava nessa informação/proposta, entre outros assuntos, o seguinte:

"...

A Comissão de análise técnica alega no resumo do relatório de análise técnica que, por o presente concurso público ser um projecto de informação de grande escala, e o efeito do sistema de controlo automático de passageiros poder influenciar directamente todos os residentes de Macau e os visitantes, é necessário um sistema de boa qualidade e de alta estabilidade, e o concorrente tem que

ter muita experiência na área de sistema de controlo automático de passageiros e um forte background. Além disso, no presente concurso público, apesar de os 6 concorrentes supracitados oferecerem componentes de catraca semelhantes, são muito diferentes as demonstrações do sistema feitas pelas concorrentes após a integração dos componentes. Relativamente às concorrentes, a Comissão fez a seguinte análise a nível técnico:

(1) XXX Hong Kong Limited, Macau Branch

A "XXX Hong Kong Limited, Macau Branch" (adiante designada por NEC) é um organização internacional, tendo filiais na Europa, na América, na África e na Ásia. No presente concurso público, a "NEC" participa 70% na parte de IT e é responsável pelos trabalhos de desenho de software e integração do sistema. Os membros principais do grupo de desenvolvimento são oriundos de Hong Kong, e por não haver restrições de visto entre Hong Kong e Macau, a Comissão teve em conta que se no futuro ocorrer avaria de software do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros", o pessoal de desenvolvimento desta companhia poderia prestar apoio no local em curto prazo.

O maior parceiro da "NEC", a "International Security Technology Ltd" (adiante designada por International Security) participa 80% na parte de

mecanismo, e é uma companhia de Hong Kong, e a sua empresa-mãe "IST International Security Technology (Shen Zhen) Ltd" é uma forte companhia produtora de catracas. Esta tem muita experiência na instalação de sistema de controlo automático, e teve sucesso em estabelecer mais de 300 linhas de controlo automático de passageiros e de veículos para o governo de Hong Kong, que segundo os jornais de Hong Kong, satisfizeram os requisitos exigidos pelo governo de Hong Kong no sentido de atingir a 99,5% de utilização do sistema. Actualmente esta companhia ainda é fornecedora de catracas do sistema de controlo automático de passageiros em Hong Kong, e recentemente tem estabelecido e-passagens para estudantes para o governo de Hong Kong. Além de fornecer catracas, a "International Security" também fornece soluções técnicas de precaução e segurança, e ainda fabrica bilhetes de identidade de cidadãos para os departamentos de segurança pública das províncias e cidades da China.

Na demonstração do sistema, a catraca fornecida pela "NEC" mostrou maior estabilidade, e durante o período de meia hora de teste de pressão, não ocorreu avaria. Correu bem todo o processo, e as partes de leitura prévia de cartão e verificação de impressão digital coordenaram-se adequadamente. Deram-se instruções adequadas no écran para facilitar o uso dos passageiros.

Foram consideradas todas as detalhes, incluindo a segurança no uso das catracas e a prevenção de passagem de visitantes com identidade falsa. As catracas fornecidas a Hong Kong funcionam bem, e o ambiente, a cultura e a demanda de cidadãos de Macau são semelhantes aos de Hong Kong, pelo que as catracas são apropriadas para Macau. Por isso, a "NEC" tem vantagem neste aspecto e mostrou forte espírito de trabalho em equipa com o seu colaborador "International Security". Quanto à segurança da catraca, as portas da catraca abrem automaticamente quando tocarem nos obstáculos.

A "NEC" é a única companhia que forneceu duas catracas para a demonstração do Sistema, que foi realizada segundo os requisitos técnicos previstos na "especificação técnica", pelo que as catracas desta companhia já estão perto de ser completadas, e só precisam de pequenas modificações antes de entrar em funcionamento. Em relação ao prazo de entrega das catracas, esta companhia tem o mais curto prazo para completar o projecto, precisando apenas de 436 dias. A Comissão alegou que tem confiança nesta companhia quanto à produção do respectivo Sistema. Embora esta companhia tenha ponto fraco na identificação facial durante a demonstração, havendo situações de identificação errada, mas a companhia pode aprofundar o estudo deste projecto

ou fornecer outros métodos adequados de identificação facial, a fim de atingir o critério de aceitação do presente concurso público.

Globalmente, em termos técnicos, a "NEC" apresentou resultados médios durante a demonstração de sistema, e teve boa preparação na demonstração. Além de ter capacidade, esta companhia também tem muita experiência na instalação do sistema de controlo automático de passageiros, razão pela qual a Comissão considerou esta companhia como a primeira classificada na lista.

Ademais, a Comissão também alega no resumo do relatório de análise que, durante a demonstração, o Sistema da "NEC" apresentou comportamento estável, correu bem no processo de passagem, e o sistema global tem considerações detalhadas. A qualidade da catraca é boa e o desenho de software é excelente. O sistema pode integrar plenamente todos os componentes da catraca, e o grupo mostrou espírito de trabalho em equipa potente. Por a "NEC" e o seu colaborador serem potentes e terem muita experiência no sistema de controlo automático de passageiros, e o seu sistema ter apresentado comportamento estável e excelente durante a demonstração, a Comissão entende que a "NEC" é capaz de cumprir a tarefa do presente concurso público de grande escala.

*

(2) Companhia de B, Lda

A "Companhia de B, Lda" (adiante designada por B) responsabiliza-se pelo serviço de manutenção, o seu colaborador "XXX Global Services Company Limited" (adiante designada por XXX) responsabiliza-se pelo background software e fornecimento de equipamentos, a "JXXX (Shanghai) Information Industry Co., Ltd" é responsável pelo foreground software das catracas e a "XXX Automatic System (H.K.) Co." é responsável por desenho do hardware e instalação de catracas.

A "B" reiterou na sua demonstração que a catraca fornecida por esta tinham desenho correspondente à ergonomia, e a Comissão também julgou que a catraca desta companhia era fácil de usar, conseguiu dar instruções claras e teve bela aparência. Tem boa apresentação quanto à velocidade e correu bem o processo de passagem, mas às vezes ocorreram situações de instabilidade e não conseguiu ter boa demonstração na identificação facial. Esta companhia não demonstrou a função de integração com o "Sistema Informático CCTV". De acordo com a proposta entregue pela companhia, esta pode fornecer equipamentos de bastidor de alto nível, tais como servidor, equipamento da rede e desenho redundante.

A "B" fez a demonstração de sistema conforme os

requisitos técnicos previstos na "especificação técnica", pelo que as catracas estão perto de ser completadas, mas segundo os dados constantes na proposta, o respectivo prazo de entrega é de 579 dias. De acordo com a proposta entregue pela "B", esta é a única companhia registada em Macau entre os concorrentes, e todos os seus colaboradores não são companhias registadas no local, mas durante a demonstração, a introdução da catraca foi feita pelo responsável da "IBM", mas esta não sabia bem o funcionamento dos outros colaboradores. De facto, os colaboradores só sabem as partes pelas quais eles próprios são responsáveis, por isso, a Comissão alegou que tinha razões justas para crer que iria surgir problema na integração e coordenação entre os colaboradores no futuro.

A "B" e os seus parceiros não têm nenhuma experiência na instalação de sistema de controlo automático de passageiros, e é possível que estes enfrentem muitos problemas na instalação do supracitado Sistema. Segundo as experiências do passado, ocorrem frequentemente problemas não previsíveis no sistema de controlo automático de passageiros, e normalmente as companhias com pouca experiência precisam de mais tempo para resolver os problemas, afectando assim a operação do Sistema. Por isso, para o presente concurso público de

grande escala, a experiência na instalação de sistema de controlo automático de passageiros é um factor de ponderação muito importante.

Quanto à manutenção, a "B" propõe que nas férias só fornece serviço de manutenção urgente, e para os trabalhos não urgentes só fornece serviço de apoio por telefone das 7 horas de manhã às 12 horas de noite. Caso ocorra avaria de software não previsível do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros" que precisa de ser corrigida de imediato, esta companhia só fornece serviço de apoio por telefone, e a Comissão alegou que tinha razões justas para crer que iria afectar a operação do Sistema.

A "B" refere na sua proposta que não concorda com a maneira de pagamento em (7) prestações prevista na "especificação técnica", mas propõe que a nossa Direcção pague 30% do preço a esta companhia a título de sinal logo depois de assinar o contrato. Por a questão acima referida não estar relacionada com análise técnica, a Comissão deixa a questão ao Departamento de Administração para decisão.

Em termos gerais, a "B" teve boa apresentação na demonstração, mas carece de experiência na instalação de sistema de controlo automático de passageiros e tem problemas de coordenação entre os colaboradores.

...

(4) C Limitada

A "C Limitada" (adiante designada por "Ite") é o actual fornecedor das 35 passagens de controlo automático de passageiros nas Portas do Cerco, mas tendo em conta a sua apresentação durante a demonstração neste concurso público, a "Ite" é menos potente e não tem recursos humanos suficientes, sendo a equipa de manutenção e a equipa do programa quase constituídas pelas mesmas pessoas. Por isso, a Comissão tem dúvidas se esta companhia tem condições para satisfazer as necessidades de celeridade sobre o andamento de trabalhos e de serviço de manutenção quando no futuro vão ser instalados sistemas de controlo automático de passageiros nos 3 postos fronteiriços.

Durante a demonstração, a "Ite" tinha boa apresentação na detecção de seguimento e na identificação facial. Conseguiu detectar correctamente a situação de seguimento sucessivo de duas pessoas. Também conseguiu identificar correctamente a minha cara e as caras de outras pessoas. Mas o sistema revelou-se instável na demonstração e ocorreu frequentemente avaria da catraca, especialmente quando a porta tocou nos passageiros ao fechar-se, não conseguia abrir automaticamente, causando avaria da catraca. Além disso, quando as pessoas, ao

fazerem o teste, colocaram documentos no leitor óptico de BIR e de passaportes, aparecia muitas vezes mensagem de leitura errada e precisava de ajuda de pessoas desta companhia para proceder à leitura correcta dos documentos, revelando-se que a capacidade de integração desta companhia é normal. A catraca da "Ite" tem mau aspecto quanto ao desenho, não permitia uma utilização plena do espaço na passagem, e a disposição dos circuitos interiores era desordenada, trazendo muita inconveniência aos passageiros e pessoal de manutenção.

Em termos gerais, a demonstração do sistema pela "Ite" é insatisfatória, e a companhia não tem capacidade suficiente, razão pela qual a Comissão põe as suas reservas quanto à capacidade desta companhia de conseguir tratar este sistema de informação de grande escala."

- Por despacho do Exm^o Chefe do Executivo proferido em 10.10.2008, determinou a adjudicação à contra-interessada "XXX Hong Kong Limited, Macau Branch", do fornecimento do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros".

*

Este é o acto recorrido.

*

Quanto à questão de falta de identificação dos contra-interessados, ficou já ultrapassada uma vez que

foi ordenada a citação dos mesmos para querendo intervir nos presentes autos.

*

Do Processo nº 692/2008

Começamos pelo recurso interposto pela recorrente C Limitada.

Refere a recorrente que, embora a Administração detenha amplo grau de discricionariedade na valoração dos critérios a que se auto vinculou na definição do programa do concurso, mas no seu entender verifica-se errónea apreciação dos pressupostos de facto, bem como violação do princípio da igualdade e falta de razoabilidade na fundamentação que sustentava o acto de adjudicação.

Vejamos.

Foi aberto concurso público para a aquisição do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros".

Após estudo, análise e apreciação pela Comissão de análise técnica, ficaram preteridas as recorrentes e demais concorrentes ao referido concurso público, e foi adjudicado o fornecimento e instalação do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros" à contra-interessada XXX Hong Kong Limited, Macau Branch.

Consagra-se no nº 1 do artigo 161º do Código de Procedimento Administrativo que *"salvo regime especial, nos contratos que visem associar um particular ao*

desempenho regular de atribuições administrativas o co-contratante deve ser escolhido por concurso público, por concurso limitado ou por ajuste directo”.

Diz-se concurso público aquele procedimento de escolha do co-contratante resultante duma proposta da Administração ao público de modo a permitir à Administração escolher a proposta mais vantajosa.¹

No respeitante aos contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços, dispõe o n.º 1 do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M que *“a adjudicação será feita em regra, e quando outro critério não seja definido no programa do concurso, ao concorrente cuja proposta ofereça melhores condições de preço e/ou de prazo de entrega ou conclusão do fornecimento”.*

Na verdade, a adjudicação mais não seja do que um acto administrativo pelo qual a Administração escolha a proposta preferida e seleccionar o concorrente com quem pretende contratar.

E nesse procedimento de formação do contrato administrativo, embora a Administração esteja vinculada aos critérios estabelecidos no programa do concurso, mas goza de ampla margem de livre apreciação e valoração dos respectivos critérios.

¹ Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro e José Cândido de Pinho, in Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau e SAFF, página 949

A escolha do co-contratante é uma decisão que, com maior ou menor grau, comporta simultaneamente aspectos discricionários e vinculados. Mas enquanto a discricionariedade se reporta principalmente à escolha das propostas, a vinculação respeita sobretudo ao procedimento.²

No vertente caso, assaca a recorrente ao acto de adjudicação vício de erro nos pressupostos de facto, por entender não serem claras as razões de fixação dos critérios e apreciação das respectivas propostas, havendo uma errónea apreciação dos factos.

O erro sobre os pressupostos de facto subjacentes à decisão releva no exercício de poderes discricionários, exigindo-se que os factos que sirvam de motivo de um acto administrativo devem ser verdadeiros, de modo que o órgão decisor possa actuar de forma livre e esclarecida, sem que a sua vontade seja viciada.

E quanto ao vício invocado, não parece ter razão a recorrente, senão vejamos.

Do critério de capacidade técnica

Alega a recorrente que de acordo com a análise feita pela Comissão, ela obteve uma melhor pontuação do que a contra-interessada a quem foi adjudicado o

² Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro e José Cândido de Pinho, in Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau e SAFF, página 948

fornecimento do "Sistema", nomeadamente por ter a recorrente maior experiência e ser fornecedora do sistema já existente no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, o qual estava a ser utilizado pelos cidadãos de Macau, sem qualquer problema, enquanto à contra-interessada foi atribuída uma pontuação apenas satisfatória, mas mesmo assim a recorrente não conseguiu a adjudicação do mesmo.

Salvo o devido respeito, e contrariamente ao que foi dito pela recorrente, não obstante ser verdade que ela foi fornecedora do sistema já existente no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, possuindo, assim, em Macau alguma experiência nesse âmbito, mas feita a apreciação pela Comissão de análise técnica, no tocante ao critério em causa, foi atribuída à contra-interessada uma pontuação mais alta em comparação com a nota da recorrente.

Em boa verdade, não podemos ignorar que a classificação dada pela Comissão foi resultado de ponderação de vários factores, isto é, para além do facto de os concorrentes terem ou não experiência nos trabalhos semelhantes, foram também atendidos outros factores, tais como (in)suficiência de recursos humanos, celeridade na resolução de problemas técnicos, etc.

Tudo para apontar a inexistência do invocado erro nos pressupostos de facto.

*

Quanto ao critério de aquisição, manutenção e reparação do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros"

Alega a recorrente que ela tinha apresentado melhores preços, nomeadamente ofereceu preços de aquisição e manutenção mais concorrentes, verificando-se uma discrepância notória de valores, na ordem de 58% relativamente aos primeiros dois anos de manutenção e de 47% relativamente ao terceiro a décimo ano de manutenção, em comparação com os preços apresentados pela contra-interessada.

Em primeiro lugar, em nossa opinião, não se verifica o tal erro nos pressupostos, considerando que a Comissão de análise técnica não desconhecia os valores apresentados pelas diversas concorrentes.

Em segundo lugar, a apreciação do mérito do concurso e respectiva graduação feita pela Comissão não se restringe somente aos valores dos preços oferecidos pelas concorrentes, mas foi resultado de uma análise global de todos os itens de ponderação a que se auto vinculou, cuja actividade se insere no âmbito do exercício de poderes discricionários da Administração.

*

No tocante à questão do serviço de manutenção,

alega a recorrente que a contra-interessada não era uma empresa local, daí que apenas conseguiria garantir o serviço de manutenção através de outra empresa terceira fora da Região, enquanto a recorrente dispunha de uma equipa de técnicos especializados devidamente autorizados para trabalhar em Macau, com experiência na área de manutenção e reparações do "Sistema" no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco.

De acordo com os critérios de avaliação fixados no programa do concurso, seriam tidas em consideração, no concernente à matéria de reparação, manutenção e serviço de apoio, entre outros factores, o número do pessoal destacado em Macau de longo prazo e suas habilitações, bem como o tempo de resposta e de reparação em caso de avaria.

Provado que foram tidos oportuna e devidamente em consideração pela Comissão de análise técnica os referidos critérios, sobretudo quando se refere que a contra-interessada XXX Hong Kong Limited, Macau Branch era uma organização internacional, e responsável pelos trabalhos de desenho de software e integração do sistema, e caso houvesse alguma avaria de software do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros", seria apoiada pelo pessoal da companhia em curto prazo.

Em boa verdade, não ficou estipulado no caderno

de encargos que os concorrentes teriam que ser companhias locais.

Por outro lado, não se descortina que, por parte da contra-interessada, havia falta de técnicos especializados devidamente autorizados para trabalhar em Macau com o objectivo de garantir o serviço de manutenção do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros", pelo contrário, constava do acto recorrido que a recorrente tinha pouca vantagem competitiva, por haver insuficiência de recursos humanos, designadamente o pessoal de manutenção e de programação pertencia à mesma equipa, daí que a Comissão desconfiava se a recorrente teria capacidade suficiente para acompanhar a instalação do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros" e para assegurar os serviços de manutenção.

*

Do sistema "E-Channel" apresentado pela contra-interessada XXX Hong Kong Limited, Macau Branch

Invoca a recorrente que a contra-interessada apresentou-se a concurso com o sistema "E-Channel", cuja propriedade intelectual foi vendida ao Governo de Hong Kong, enquanto o sistema apresentado a concurso pela recorrente era da sua autoria, entendendo que, se adoptasse o sistema fornecido pela contra-interessada, correria o risco de ser objecto de disputa de interesses

de índole de propriedade intelectual entre as duas Regiões.

Ora bem, quanto a nós, não se descortina em que medida se verifica a alegada violação dos direitos de propriedade intelectual. E mesmo que houvesse, seria uma questão entre a contra-interessada e a Região Administrativa Especial de Hong Kong, a qual não nos compete apreciar nesta sede.

Nesta conformidade, não julgamos existir o apontado vício de violação de lei, por erro nos pressupostos de facto.

*

Sobre o critério de apreciação de imagem da empresa e precisão do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros"

Alega ainda a recorrente que era incompreensível e incongruente a pontuação atribuída ao critério de apreciação de "imagem da empresa da recorrente", uma vez que, segundo se refere, ela já possuía um "background" na RAEM, decorrente da instalação do Sistema de passagem no Posto Fronteiriço das Portas do Cerco e não foram conhecidos quaisquer problemas relacionados com a companhia; enquanto a companhia da contra-interessada não dispunha desse "background", por ser nova em Macau.

Diz a recorrente que, no entanto, acabou por

atribuir, em termos de projecção de imagem de grupo, uma pontuação mais favorável à contra-interessada, apenas porque a empresa tinha origem japonesa e era conhecida internacionalmente.

Mais alega a recorrente que o sistema apresentado pela contra-interessada era uma cópia exacta do sistema vendido em Hong Kong, não deixando, assim, de encarar uma questão de segurança, de interesse público.

Refere também que sempre teve os melhores resultados a nível dos testes a que foi submetida, enquanto os testes a que foi submetida a contra-interessada não apresentavam um resultado muito satisfatório, daí que, no seu entender, a decisão está inquinada do alegado vício de erro nos pressupostos de facto ao valorar o critério "precisão".

Salvo o devido respeito por melhor opinião, entendemos não assistir igualmente razão à recorrente.

Em nossa opinião, não se vislumbra em que termos se verifica o alegado erro nos pressupostos de facto, se demonstrada não está qualquer deformação de vontade do órgão decisor, o que só aconteceria se este tivesse tomado em consideração, para decisão da proposta de adjudicação, informações erradas, mas não foi o caso.

Tomando em consideração o teor da proposta, podemos verificar que a Comissão de análise técnica tinha

integral conhecimento dos factos em causa, nomeadamente bem sabendo que a recorrente era o actual fornecedor das 35 passagens de controlo automático de passageiros nas Portas do Cerco, bem como do facto de que a contra-interessada era o fornecedor de mais de 300 passagens de controlo automático de passageiros e de veículos para o Governo de Hong Kong.

Aliás não era verdade que, tal como sustentava a recorrente, ela sempre teve os melhores resultados a nível dos testes a que foi submetida, enquanto os testes a que foi submetida a contra-interessada não apresentavam um resultado muito satisfatório, visto que, de acordo com o acto recorrido, concluiu-se que a contra-interessada tinha razoável demonstração a nível dos testes técnicos, enquanto a demonstração do "Sistema" feita pela recorrente era insatisfatória, sendo assim, a Comissão entendeu que a recorrente não possuía capacidade suficiente para manobrar o sistema de informação de grande escala.

Salta à vista que a recorrente queria apenas pôr em causa a livre apreciação dos critérios definidos pela Administração, mas como acima se referiu, embora a Comissão esteja vinculada aos critérios estabelecidos no programa do concurso, detém uma ampla margem de discricionariedade técnica, só sendo sindicável a sua

decisão se ocorrer erro grosseiro ou injustiça manifesta.

Nas circunstâncias descritas no vertente recurso, não se descortina que a Administração teria ultrapassado os limites da sua discricionariedade, nem que os factos que serviram de fundamento do acto recorrido eram falsos, de modo que o órgão decisor tivesse actuado de forma não esclarecida.

Nesta conformidade, não se verifica o apontado erro nos pressupostos de facto.

*

Finalmente, alega a recorrente que a decisão recorrida foi proferida com ofensa das regras que regulamentam o concurso e dos vários princípios que regem a actividade da Administração, nomeadamente da legalidade, igualdade, dever de fundamentação e transparência das decisões, bem como com falta de cumprimento dos critérios de avaliação.

Considerando que a recorrente apenas se limitou a questionar a pretensa violação daquelas regras e princípios, mas não veio a alegar factos concretos com base nos quais se sustentam os seus argumentos, pelo que, sem necessidade de delongas considerações, improcede o apontado vício de violação de lei.

Do Processo n° 693/2008

Apreciamos agora o recurso interposto pela recorrente Companhia de B Limitada.

A recorrente insurge-se contra o acto de adjudicação, alegando que os factos que serviram de fundamento do acto recorrido não correspondiam integralmente à verdade, o que resultou uma classificação mais baixa do que a da contra-interessada.

Mas não nos parece ter razão a recorrente, senão vejamos.

Quanto à parte relativa às vantagens competitivas dos concorrentes, projectos de execução e respectivos documentos juntos

Alega a recorrente que a Comissão de análise técnica mal analisou a questão, por que não era verdade que a recorrente só forneceria serviço de apoio por telefone, mas sim forneceria em primeiro lugar serviço de apoio por telefone, e se este não daria resultado, deslocar-se-ia o operador ao local dentro de uma hora.

Em boa verdade, a Comissão pretendia obter um serviço de apoio "imediato", mas segundo o acto recorrido, ficou consignado que o serviço a ser prestado pela recorrente não era um serviço de apoio imediato, por que se refere que "caso ocorra avaria de software não previsível do Sistema de Controlo Automático de Passageiros que precisa de ser corrigida de imediato,

esta companhia só fornece serviço de apoio por telefone, e a Comissão entende que há razões para questionar que isso vai afectar a operação do sistema”.

Sendo assim, se a recorrente só iria disponibilizar operador ao local uma hora depois de ocorrer alguma avaria de software, não entendemos que havia ali um serviço “imediato”, daí que não se vislumbra qualquer erro nos pressupostos de facto.

*

Alega ainda a recorrente que a Comissão não ponderou devidamente as circunstâncias concernentes às vantagens competitivas dos concorrentes e seus colaboradores, defendendo que ela não era uma companhia que se responsabilizava exclusivamente pelos serviços de reparação e manutenção, tal como entendeu a Comissão.

Salvo o devido respeito, entendemos que, analisando a proposta e respectivos documentos apresentados pela recorrente, afigura-se-nos que grande parte dos serviços por esta anunciados estavam ligados directamente à reparação e manutenção do sistema, enquanto as restantes companhias colaboradoras é que se responsabilizavam pelo fornecimento de equipamentos e execução dos trabalhos de exploração de software e desenho e instalação do hardware.

Por outro lado, ao contrário do que se refere na

decisão recorrida, diz a recorrente que tanto ela como os seus colaboradores tinham experiência na instalação do "Sistema de Controlo Automático de Passageiros", isso significa que a Comissão de análise técnica considerou erradamente o critério relativo à falta de experiência por parte da recorrente e seus colaboradores.

Mais uma vez, julgamos não assistir razão à recorrente, tendo em conta que o que se pedia pela Comissão era um sistema de controlo fronteiriço, cuja funcionalidade era totalmente diferente do controlo de entrada de pessoas nos hotéis.

Como se refere na decisão recorrida, "segundo as experiências do passado, costumam ocorrer frequentemente problemas não previsíveis no sistema de controlo automático de passageiros, e normalmente as companhias com pouca experiência precisavam de mais tempo para resolver os problemas, afectando assim a operação do sistema."

Ora bem, disse a recorrente que ela chegou a realizar obras no MGM Macau, Wynn Resort Macau, Grand Lisboa Hotel, Macau Fisherman's Wharf e Macau Tower, mas em relação ao "Sistema de Controlo Automático de Passageiros" nos postos fronteiriços, era só a primeira vez.

Razões pelas quais não se vislumbra os apontados

erros nos pressupostos de facto.

*

Quanto à parte relativa à apresentação geral do "Sistema" e demonstração do "Sistema"

Alega a recorrente que, ao contrário do que consta da decisão recorrida, a contra-interessada não demonstrou a sua capacidade de detecção de documentos falsos.

Embora se registe no relatório de análise técnica do concurso público elaborado pela Direcção dos Serviços das Forças de Segurança de Macau que, no respeitante à contra-interessada, "não se exibiu a função de detecção de documento falso", mas atenta o conteúdo da restante parte do relatório, bem como a resposta assumida pela entidade recorrida, não é difícil chegar à conclusão que se tratava de um lapso de expressão ou de escrita, pois não era verdade que não foi feita a demonstração quanto à detecção de documento falso.

Na verdade, se bem repara a seguinte afirmação inserida na decisão recorrida, é fácil chegar à tal conclusão:

"Na demonstração do sistema, a catraca fornecida pela XXX mostrou grande estabilidade, e durante o período de meia hora de teste de pressão, não ocorreu avaria. Em termos genéricos, o processo correu bem, e o procedimento

de leitura prévia de cartão e a verificação de impressão digital encontravam-se devidamente coordenadas. Deram-se instruções adequadas no écran para facilitar o uso dos passageiros. **Foram bem ponderados todos os pormenores, incluindo a segurança do uso das catracas e a prevenção de que os visitantes passassem com identidade falsa...** (realçado e sublinhado nosso)

*

O mesmo acontece em relação à pontuação sobre o critério de "comparação de velocidade". Alegando a recorrente que, não tendo a contra-interessada chegado a demonstrar a função de detecção de documentos falsos, não deveria obter uma pontuação mais alta do que a recorrente.

Como acima se referiu, como nunca a contra-interessada deixou de proceder à demonstração da sua capacidade de detecção de documentos falsos, a questão não deixa de ser inócua.

*

Refere ainda a recorrente que a Comissão de análise técnica mal apreciou o critério respeitante a "análise a partir da técnica de equipamento", defendendo que não correspondia à verdade que "em caso de corte de energia eléctrica, as portas das catracas de passagem ficam trancadas, carecendo de abertura através de chave".

Ora bem, mais uma vez sem razão a recorrente.

Na realidade, em caso de corte de energia, de acordo com o sistema apresentado pela recorrente, as portas de saída iriam ficar trancadas, carecendo de abertura através de chave, e só estariam abertas as portas de entrada, o que não correspondia às exigências previstas na alínea 4.2.17 das especificações técnicas onde diz que **“em caso de acidente, nomeadamente incêndio, o sistema teria que disponibilizar a abertura de todas as portas da catraca...”** (realçado e sublinhado nosso)

Não tendo a recorrente conseguido satisfazer a referida especificação técnica, necessariamente não poderia obter boa pontuação quanto a esse aspecto.

*

Alega ainda a recorrente que no concernente ao critério de “operação urgente”, a contra-interessada ultrapassou o limite máximo de 2 minutos para recuperar o sistema em caso de quebra de energia, mas mesmo assim obteve uma classificação de “Excelente”.

Em primeiro lugar, o que estava em causa não era o critério de “operação urgente”, mas sim o de “estabilidade do sistema”.

Em segundo lugar, no que à questão respeita, foi confessado pela entidade recorrida que a contra-interessada não conseguiu atingir a performance dos 2

minutos, e por esta razão foi-lhe atribuída na apreciação global do critério de "estabilidade do sistema" uma classificação de "Bom" e não de "Excelente".

Como acima se referiu, a Administração goza de ampla margem de livre de discricionariedade técnica na apreciação e valoração dos critérios a que se auto vinculou na definição do programa do concurso, e tendo agido dentro dos limites discricionários, não se vislumbra o vício apontado.

*

Alude ainda a recorrente que, na realidade, a 2ª parte da avaliação era composta por dois elementos/critérios - "apresentação geral do Sistema" e "demonstração do Sistema", que correspondiam a 60% da avaliação total, mas refere que a Comissão, em vez de recorrer àqueles dois critérios, adoptou um critério de "apresentação geral do Sistema de todas as empresas", o qual era composto, por sua vez, por três subcritérios, a saber, "análise a partir dos utentes", "análise técnica a partir de equipamento" e "análise a partir de gestão", sendo assim, no seu entender, a medida tomada pela Comissão não corresponderia aos critérios definidos no caderno de encargos.

Salvo o devido respeito, igualmente não assiste razão à recorrente.

Segundo as especificações técnicas exigidas e devidamente anunciadas pela Comissão, constava o seguinte:

“Critérios de avaliação

...

Classificação - 60%

4. Performance geral do sistema

A concepção geral do sistema:

- A concepção íntegra e a forma;*
- O tempo necessário para passagem do controlo automático;*
- Eficácia e concepções dos vários componentes (tais como as portas de passagem, os motores, os leitores de bilhete de identidade inteligente, os leitores de passaporte, as impressoras de passagem das catracas, as instalações de supervisão ambulante, os scanners de impressão digital, os postes de controlo de supervisão, os computadores de passagem das catracas);*
- A credibilidade, a disponibilidade e a resistência do sistema;*
- A protecção e a segurança do sistema;*
- A capacidade de integração com o sistema actual;*
- Outras funções do sistema.*

A facilidade de uso do produto:

- *Do ponto de vista dos visitantes;*
- *Do ponto de vista dos funcionários em serviço;*
- *Do ponto de vista dos técnicos de reparação.*

5. Demonstração do Sistema

- *O plano de demonstração;*
- *A demonstração de passagem normal;*
- *A demonstração de passagem em casos anormais;*
- *A capacidade de tratamento de acidentes;*
- *A demonstração da identificação facial;*
- *A demonstração do Sistema de registo de visitantes a Macau;*
- *A demonstração dos softwares de fiscalização central;*
- *A demonstração dos softwares do posto de controlo e supervisão:*
 - *A versão de desktop;*
 - *A versão ambulante."*

Nesta conformidade, podemos verificar que a Comissão de análise técnica deixou bem claro todos os subcritérios que densificavam o critério "apresentação geral dos sistemas das companhias concorrentes", daí que manifestamente o acto recorrido não está inquinado do vício apontado.

*

A recorrente insurge-se ainda contra a alegada vantagem conferida à contra-interessada, traduzida no facto de estar indicado no caderno de encargos que era necessária a utilização do software de algoritmo de impressões digitais da companhia "XXX Singapore".

Segundo disse a recorrente, a contra-interessada é fornecedora do software de algoritmo de impressões digitais da "XXX Singapore" em Macau, e para conseguir apresentar a sua proposta, a recorrente teria que adquirir junto daquela contra-interessada os jogos do tal software. Ao passo que a contra-interessada era a própria fornecedora do software, daí que não precisava de fixar custo para tal.

Em nossa opinião, continuamos a entender não ter razão a recorrente.

Embora seja verdade que a contra-interessada era a fornecedora do software de algoritmo de impressões digitais da "XXX Singapore" em Macau, mas não significa que ela não teria que fixar custo para aquisição dos jogos do tal software.

De facto, as duas sociedades comerciais, "XXX Singapore" e "XXX Hong Kong Limited, Macau Branch" ora contra-interessada, têm personalidade jurídica diferente.

Não se logrando a prova de que a contra-

interessada, como sendo fornecedora do software em Macau, teria sido beneficiada com qualquer tipo de favoritismo, é difícil dizer que haveria lugar a violação do princípio da imparcialidade.

Por outro lado, se bem reparar, verificamos que os preços apresentados pela recorrente na sua proposta eram mais baixos do que os oferecidos pela contra-interessada, o que se presumiria ter pouca relevância a alegada questão de aquisição dos jogos do software junto da contra-interessada.

Nesta conformidade, improcede o alegado vício de violação de lei.

*

Litigância de má fé

Invoca a contra-interessada que as recorrentes C Limitada e Companhia de B Limitada teriam agido de má fé, por entender que os factos e fundamentos jurídicos invocados pelas recorrentes não são suficientes para o que Tribunal anule ou altere o acto administrativo ora recorrido.

No entendimento da contra-interessada, bem sabendo as recorrentes que não havia fundamento para o recurso, tendo alterado a verdade dos factos e induzido o Tribunal em erro, deveriam as mesmas ser condenadas como litigantes de má fé.

Diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave, agiu de forma censurável e contra os ditames de boa fé, conforme as situações previstas no artigo 385º, nº 2 do Código de Processo Civil.

Aí se distingue entre dolo substancial e dolo instrumental.

A má fé traduz-se, em última análise, na violação do dever de probidade que o artigo 264º impõe às partes.³

Segundo o princípio da boa fé consagrado no artigo 9º do Código de Processo Civil, "1. As partes devem agir de acordo com os ditames de boa fé; 2. As partes não devem, designadamente, formular pedidos ilegais, articular factos contrários à verdade, requerer diligências meramente dilatórias e omitir a cooperação preceituada no artigo anterior."

Assim, há lugar a má fé substancial quando a parte agiu com dolo directo, caracterizado pela alteração consciente da verdade dos factos ou omissão de factos essenciais, ou indirecto, com dedução de pretensão cuja falta de fundamento não se ignora.

Enquanto a má fé instrumental consiste no uso de meios processuais reprováveis, com o fim de conseguir um objectivo ilegal ou entorpecer a acção de justiça.

O dolo substancial diz respeito ao fundo da

³ Manuel de Andrade, in Noções Elementares de Processo Civil, página 356

causa, ou melhor, à relação jurídica material ou de direito substantivo; o dolo instrumental diz respeito à relação jurídica processual.⁴

Ora bem, verifica-se no caso vertente que as recorrentes apenas se limitaram a exercer o seu direito de recurso, alegando os fundamentos que acharem correctos, apesar de estes não serem acolhidos por este Tribunal, mas não podemos afirmar com toda a segurança que as recorrentes teriam recorrido a meios processuais reprováveis, com o fim de conseguir um objectivo ilegal ou entorpecer a acção de justiça.

Razão pela qual se julga improcedente o pedido de condenação das recorrentes como litigantes de má fé.

*

Tudo exposto, temos que julgar improcedentes os dois recursos contenciosos.

III) DECISÃO

Face ao exposto, acordam em julgar improcedentes os recursos contenciosos apresentados pelas recorrentes C Limitada e Companhia de B Limitada.

Custas pelas recorrentes, fixando-se, para cada uma delas, a taxa de justiça em 8 U.C.

⁴ Alberto dos Reis, in Código de Processo Civil Anotado, Volume II, pág. 263

Fixa-se em 2 UC a taxa de justiça pelo incidente de má fé, a suportar pela contra-interessada XXX Hong Kong Limited, Macau Branch.

Registe e notifique.

Macau, 26 Junho de 2014

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong

João A. G. Gil de Oliveira

Fui presente

Mai Man Ieng