

Proc. n.º 181/2017

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 28 de Setembro de 2017

Descritores:

- Concurso de adjudicação*
- Comissão de Abertura das Propostas*
- Reclamação*
- Irrecorribilidade contenciosa*
- Experiência do concorrente*
- Valoração das propostas*

SUMÁRIO:

I. Em concurso público para aquisição de bens e serviços para a Administração, regido pelo Decreto-Lei n.º 63/85/M, a não reclamação da decisão da comissão de abertura das propostas que admite os candidatos faz precluir a possibilidade de invocar deficiências da proposta do concorrente vencedor no recurso contencioso do acto de adjudicação.

II. Quanto aos aspectos relativos ao acto público do concurso, se não foram objecto de reclamação no momento próprio, eles estabilizaram-se e tornaram-se firmes, não podendo posteriormente ser apreciados em sede de impugnação contenciosa, por *irrecorribilidade*.

III. Quando o Programa do Concurso obriga à documentação da

experiência de cada um dos concorrentes na área de intervenção do objecto do concurso está a referir-se à sociedade concorrente e não a outra pessoa colectiva de que a concorrente seja sócia, dado que cada uma delas mantém autonomia e personalidade jurídica próprias.

IV. A actividade de valoração das propostas insere-se na margem de “livre” apreciação ou de “prerrogativa” de avaliação que assiste ao decisor, cuja sindicância pelo tribunal, em caso de alegação de errado juízo valorativo, quanto ao mérito daquelas, se deve limitar ao erro grosseiro ou manifesto e/ou ao desrespeito dos princípios gerais de direito que constituem limites internos à discricionariedade.

Proc. n° 181/2017

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.

I - Relatório

A sociedade “**COMPANHIA DE A MACAU LIMITADA**”, em chinês “**A 澳門有限公司**”, em inglês “**A CONSULTANTS MACAU COMPANY LIMITED**”, com sede em 澳門 ..., registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o n.º... (doravante designada apenas como “**Recorrente**”), veio *recorrer contenciosamente* -----

Do despacho do **CHEFE DO EXECUTIVO da RAEM**, de 30 de Dezembro de 2016, que procedeu à adjudicação da “*Prestação de serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa*” à “**B-GESTÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE INSTALAÇÕES, S.A.**”, com sede em..., em Macau, registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o n.º SO ...;

Além desta empresa “B”, são ainda *contra-interessados*:

- **C GESTÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS, LIMITADA** (C控股)

有限公司), com sede em 澳門..., registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o n.º...;

- **D (MACAU) - GESTÃO DE SERVIÇOS DE NAVEGAÇÃO, LIMITADA (D船務管理服務(澳門)有限公司)**, com sede em 澳門..., registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o n.º...;

- **COMPANHIA DE CONSTRUÇÃO E ENGENHARIA E, LDA. (E 建築工程有限公司)**, com sede em 澳門..., registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o n.º...; e

- **AGÊNCIA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS F, LIMITADA (F船務有限公司)**, com sede..., em Macau, registada na Conservatória dos Registos Comercial e de Bens Móveis sob o n.º....

Na petição inicial – que terminou com um pedido de anulação do acto administrativo sindicado, cumulado com o de condenação à prática do acto administrativo legalmente pedido – a recorrente formulou as seguintes conclusões:

«1. A Recorrente participou, como Concorrente, no Concurso promovido pelo Governo da RAEM, nomeadamente através da DSAMA.

2. O Concurso visou a adjudicação do contrato de Prestação de serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa, que prevê o fornecimento dos bens e serviços objecto do Concurso por parte do adjudicatário à RAEM, serviços esses a prestar na infraestrutura pública referida *supra*.

3. Tendo o Concurso corrido os seus termos, foi emitido o Acto Recorrido, pelo qual foi autorizada a adjudicação do Contrato à Adjudicatária, conforme indicado pela Carta da DSAMA com a Referência 046/DAF/DF/CNT-Proc.126/2016, de 9 de Janeiro de 2017.

4. Sendo a Recorrente concorrente do Concurso, foi notificada da Adjudicação em 12 de Janeiro de 2017, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 3 do Artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho.

5. Desejando indagar quanto aos critérios que haviam em última análise presidido à Adjudicação, bem como rever todo o processo do Concurso, com vista a aferir do acerto da decisão de Adjudicação e eventual interposição de recurso contencioso, a Recorrente requereu junto da DSAMA, por carta de 17 de Janeiro de 2017, entregue a 18 de Janeiro, a consulta do referido processo de Concurso.

6. O Senhor Director da DSAMA respondeu a este pedido em 24 de Janeiro de 2017, através do Ofício Ref. n.º 142/DAF/DF/CNT-proc. 126/2016, de 23 de Janeiro de 2016, deferindo parcialmente a consulta do processo do Concurso.

7. A recusa parcial de acesso aos Documentos - que, como se demonstrou em sede própria, é manifestamente equivocado e absurdo - tomou de surpresa a Recorrente, dado que o Director da DSAMA decidiu, de uma penada e sem mais fundamentação, vedar o acesso a dois documentos que são axiomaticamente essenciais para a preparação do presente recurso contencioso contra o acto de adjudicação.

8. Com efeito, no contexto de um recurso contencioso como o presente, a consulta dos Documentos reveste-se de particular importância, porquanto da sua análise - e apenas da sua análise - puderam ser verificados os factos que consubstanciam as graves irregularidades concursais que justificam a anulação da Adjudicação em sede do presente recurso contencioso de anulação.

9. Com efeito, é dos Documentos cuja consulta foi recusada pelo Director da DSAMA que fluem os elementos que atestam a desconformidade da proposta da B relativamente aos requisitos mínimos das propostas exigidos pelo programa de Concurso, bem como elementos que permitem avaliar a incorrecção da avaliação que veio a ser atribuída à proposta da mesma Concorrente e da Recorrente.

10. Por esse motivo, a ora Recorrente viu-se forçada a instaurar acção para intimação para consulta de processo junto do Tribunal Administrativo de Macau em 26 de Janeiro de 2017, na sequência da recusa parcial do pedido de consulta do processo do Concurso, que corre presentemente termos no Tribunal Administrativo de Macau sob o n.º 282/17-PICPPC.

11. Certamente por se ter apercebido do desacerto da decisão vertida no Ofício Ref. n.º 142/DAF/DF/CNT-Proc. 126/2016, de 23 de Janeiro de 2016, o Senhor Director da DSAMA decidiu notificar a Recorrente de que poderia afinal consultar os documentos do processo administrativo em causa, nomeadamente a proposta e os respectivos documentos.

12. Refira-se, em qualquer caso, que o Senhor Director da DSAMA não satisfez integralmente a pretensão da ora Recorrente com a referida notificação, uma vez que, pese embora a Recorrente tenha consultado o processo em 10 e 13 de Fevereiro de 2017, só em 14 de Fevereiro de 2017 a DSAMA lhe permitiu aceder aos *curriculum vitae* dos trabalhadores da Adjudicatária e às cópias dos documentos juntos pela mesma no âmbito do artigo 9.º, n.º 3, al. b., e respectivo Anexo 8, do Programa de Concurso, cujo acesso lhe foi negado em 13 de Fevereiro de 2017, por a DSAMA defender que a Recorrente não teria direito a aceder aos mesmos nos termos legais.

13. Considerando o exposto, deve considerar-se que **i)** a contagem do prazo de interposição do presente recurso ficou suspensa desde a apresentação da carta da ora Recorrente de 17 de Janeiro de 2017, em 18 de Janeiro de 2017, nos termos do n.º 1 do artigo 110.º do CPAC, **ii)** que a suspensão da contagem do mesmo prazo se manteve com a instauração da acção para intimação para consulta de processo e **iii)** que a contagem do prazo apenas retomará o seu curso com o trânsito em julgado da decisão que extinga a instância por satisfação da pretensão na pendência do pedido de intimação, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 110.º do CPAC.

14. Em todo o caso, a Recorrente, agindo em boa fé, tendo em conta que viu finalmente satisfeita a sua pretensão de forma integral em 14 de Fevereiro, e que da consulta dos documentos relativamente aos quais havia requerido a intimação (e apenas dela) conseguiu obter informação bastante para sustentar a sua pretensão nos presentes autos, a Recorrente decidiu, em nome da celeridade, propor o presente recurso mesmo com o prazo suspenso.

15. Termos em que o presente recurso contencioso é tempestivo, para todos os efeitos legais.

16. A Recorrente apresentou a sua proposta a Concurso, que foi admitida, dando-se aqui por reproduzida a factualidade alegada nos artigos 1.º a 18.º *supra*, na parte aplicável.

17. Após a consulta dos Documentos que, repete-se, apenas foram facultados à ora Recorrente pela DSAMA após intimação para o efeito, é para a ora Recorrente inequívoco que o acto de Adjudicação é ilegal e inválido a vários títulos, e que a lei e - em especial- os termos do Programa de Consulta exigiam de forma vinculativa que, no caso em apreço, a adjudicação tivesse recaído sobre a proposta da ora

Recorrente, em detrimento das demais, sendo esses os interesses e direitos que pretende fazer valer no presente recurso contencioso.

18. Com efeito, após análise do relatório de avaliação das propostas dos concorrentes, bem como da proposta da Adjudicatária e da proposta da C, a Recorrente detectou diversos erros objectivos de aplicação das regras do Programa de Consulta que, quando considerados em conjunto ou isoladamente, inquinam o Acto Recorrido de ilegalidade, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC, e afectam decisivamente a pontuação quer da Recorrente, quer da Adjudicatária, nos termos que se passam a expor.

19. Do artigo 10.º n.º 1 do Programa de Concurso, resulta que, de entre os documentos a juntar às respectivas propostas, os concorrentes deviam juntar o original de declaração de apresentação de proposta a Concurso, em conformidade com o Anexo 9 junto ao Programa de Concurso, com reconhecimento notarial de assinaturas.

20. Nos termos do n.º 2 do artigo 11.º do Programa de Concurso, os documentos referenciados no artigo 9.º e 10.º do mesmo Programa de Concurso deviam ser elaborados pelas Concorrentes, devendo cada página dos mesmos ser assinada pelos representantes das concorrentes com competência para o efeito e ser carimbadas com o carimbo da sociedade Concorrente.

21. Nos termos do n.º 4 do mesmo artigo 11.º do Programa de Concurso, quando o Programa de Concurso exigir que determinados documentos observem determinadas formalidades, a falta de observância dessas formalidades impõe que se considere que o Concorrente nunca apresentou o documento em causa.

22. Nos termos do n.º 2 do artigo 17.º do Programa de Concurso, a proposta dos concorrentes não será admitida quando não forem entregues quaisquer dos documentos mencionados nos n.ºs 1 a 3 do artigo 9.º ou mencionados no artigo 10.º do mesmo Programa de Concurso.

23. Nos termos do n.º 3 do artigo 17.º do Programa de Concurso, a proposta dos concorrentes não será admitida quando os documentos referenciados nos n.ºs 1 a 3 do artigo 9.º ou no artigo 10.º carecerem de conteúdo essencial ou principal ou preterirem quaisquer formalidades específicas do Programa de Concurso.

24. Consultada a proposta da Adjudicatária, verifica-se que a declaração de apresentação da respectiva proposta a Concurso, em conformidade com o Anexo 9 junto ao mesmo Programa de Concurso, a que se refere o artigo 10.º n.º 1 do Programa de Concurso, contrariamente ao que é exigido pelo artigo 11.º do

Programa de Concurso, não se encontra carimbada pela sociedade Adjudicatária.

25. Faltando o referido carimbo, forçoso é concluir que deve considerar-se que, para efeitos de aceitação da sua proposta, a Adjudicatária nunca entregou a declaração a que se refere o artigo 10.º n.º 1 do Programa de Concurso, nos termos do artigo 11.º, n.º 4 do Programa de Concurso devendo, por conseguinte, considerar-se que a proposta da Adjudicatária não devia ter sido admitida ao Concurso, e devia ter sido tratada como inexistente, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, do mesmo documento, pelo que nunca poderia ter sido considerada no âmbito daquele, termos em que deveria ter sido a Recorrente e não a B a sociedade escolhida como adjudicatária n âmbito do Concurso.

26. Considerando o exposto, forçoso é concluir que o Acto Recorrido viola o Programa de Concurso, devendo, por esse motivo, ser anulado por V. Exas., nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC, o que desde já se requer para os devidos efeitos legais.

27. Consultada a proposta da C, verifica-se que a declaração correspondente ao Anexo 5 junto ao Programa de Concurso, contrariamente ao que é exigido pelo referido Anexo 5, não se encontra assinada por quem tem competência para o efeito, uma vez que apenas se encontra subscrita por um administrador, enquanto que os estatutos da referida concorrente determinam que a sociedade se vincula com a assinatura conjunta de um administrador do Grupo A e de um Administrador do Grupo B, uma vez que a apresentação de uma proposta a um concurso desta envergadura não pode ser considerada um acto de mero expediente.

28. Faltando a assinatura de um dos administradores na declaração de apresentação da proposta a concurso, forçoso é concluir que deve considerar-se que a C nunca entregou a declaração a que se refere o referido Anexo 5, nos termos do artigo 11.º, n.º 4 do Programa de Concurso, devendo, por conseguinte, considerar-se que a proposta daquela sociedade não devia ter sido admitida ao Concurso, e devia ter sido tratada como inexistente, novamente nos termos do artigo 17.º, n.º 2, do mesmo documento, pelo que nunca poderia ter sido considerada no âmbito daquele.

29. Esta conclusão resulta não só do acima indicado n.º 2 e 3 do artigo 17.º do Programa de Concurso, que, repete-se, comina a preterição de formalidade essencial dos documentos de uma proposta com a conclusão de que ela não foi apresentada, como da própria lei comercial da RAEM, que considera que a vontade social não se acha adequadamente expressa quando o documento em que essa vontade se encontre vertida não tenha sido emitido de acordo com a forma de vinculação prevista nos estatutos da sociedade em causa.

30. Não sendo a proposta da C considerada no âmbito do Concurso, deveria ter sido a Recorrente e não a B a sociedade escolhida como adjudicatária no âmbito do Concurso, pelo que, também por esta via, deverá concluir-se que o Acto Recorrido viola o Programa de Concurso, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC, devendo, por esse motivo, ser o mesmo anulado por V. Exas., o que desde já se requer para os devidos efeitos legais.

31. Nos termos do artigo 18.º do mesmo Programa de Concurso se ao documento [exigido no Concurso] foi aposto selo mas o respectivo montante é insuficiente ou uma assinatura sujeita a reconhecimento notarial não foi objecto da mesma, a proposta é admitida condicionalmente, devendo a concorrente sanear os vícios ou entregar os documentos em falta dentro de 24 horas, de acordo com as instruções de Comissão de Abertura de Propostas.

32. Salvo melhor opinião, da leitura a *contrario sensu* do artigo 18.º do Programa do Concurso deve concluir-se que outro tipo de omissões, como por exemplo falta de carimbo e/ou assinatura e/ou rubrica, exigidos, inter alia, nos termos dos artigos 9.º, n.º 3, al. b), e 11.º, n.º 2 do Programa de Concurso, e ocorridos no caso dos autos, são insanáveis, i.e., não só dão origem à inadmissibilidade da proposta nos termos dos artigos 11.º, n.º 4, e 17.º do Programa de Concurso como faltando tais elementos no momento de abertura de propostas nem sequer há lugar à respectiva aceitação condicional nos termos do referido artigo 18.º, devendo desde logo a mesma ser considerada inadmissível e rejeitada, para todos os efeitos legais.

33. Pese embora o exposto, não só a Comissão de Abertura de Propostas não rejeitou a proposta da Adjudicatária e da C como era sua obrigação, como ainda deu como verificadas as formalidades aposição de carimbo e assinatura nos documentos relevantes da Adjudicatária e da C no Anexo 2 da acta da 1.ª Reunião da Comissão de Abertura de Propostas (cfr. Documento n.º 11, que protesta juntar, que contém o sinal ✓ no campo respectivo), pese embora ser manifesto que aqueles documentos não cumpriam tais formalidades, como se demonstrou, tudo em flagrante violação das regras do Programa de Concurso, o que mais uma vez inquina Acto Recorrido de ilegalidade, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC, devendo por conseguinte ser anulado nos termos legais.

34. À luz do Programa de Concurso, os critérios de avaliação definidos no Programa de Concurso ficaram consignados no respectivo artigo 16.º.

35. Nos termos da 1.ª e da 2.ª Reuniões da Comissão para Avaliação de Propostas no âmbito deste Concurso, de 26 e 27 de Setembro de 2016, foram ainda deliberados métodos concretos de avaliação das propostas, constantes de anexo à acta da 2ª Reunião referida.

36. Do artigo 9.º, n.º 3, do Programa de Concurso, resulta que a proposta dos concorrentes deve incluir diversos elementos relativos à Dimensão e à Experiência das sociedades concorrentes.

37. Quanto à “Experiência anterior da Concorrente”, refere o artigo 9.º, n.º 3, al. c), que a mesma deve ser ilustrada de acordo com o formulário constante do Anexo 8 do Programa de Concurso, incluir as informações dos serviços prestados de 2012 a 2016 relacionados com a natureza do objecto do serviço do concurso, e com prazos de execução da prestação de serviços iguais ou superiores a 6 meses consecutivos.

38. Nos termos do mesmo artigo 9.º, n.º 3, al. c) do Programa de Concurso, deviam ser anexados documentos que permitissem comprovar os factos mencionados no formulário constante do Anexo 8 apresentado (e.g. contrato de prestação de serviço), devendo os mesmos documentos serem assinados pelo representante da entidade contratante respectiva, devendo ser aposto o respectivo carimbo.

39. Do mesmo modo, de acordo com a nota de rodapé constante do formulário constante do Anexo 8 do Programa de Concurso, em alternativa aos contratos de prestação de serviços em causa, para prova dos dados indicados na tabela constante do formulário constante do referido Anexo 8, poderia ser apresentada uma carta pela entidade contratante respectiva, devendo a mesma ser assinada por quem tem competência para o efeito e aposto o carimbo da respectiva entidade.

40. Consultado o formulário apresentado pela Adjudicatária correspondente ao Anexo 8 do Programa de Concurso, a Recorrente verificou que no mesmo a Adjudicatária declara que prestou serviços em todas as 12 categorias referenciadas, o que pretensamente lhe permitiria auferir 6 pontos esse título.

41. Consultado o relatório de avaliação das propostas, verifica-se que a Comissão de Avaliação de Propostas atribuiu 4 pontos e 6 pontos à proposta da Adjudicatária no que respeita ao *local* onde os serviços foram alegadamente prestados e ao tipo de serviços alegadamente prestados, respectivamente.

42. Todavia, consultados os documentos que a Adjudicatária apresentou para prova da sua Experiência Anterior, verifica-se que os mesmos nunca poderiam ter permitido que lhe fossem atribuídos os 4 e 6 pontos referenciados.

43. Em primeiro lugar, porque não tendo apresentado os contratos de prestação de serviço respectivos para prova da prestação dos serviços conexos com o objecto do Concurso, a Adjudicatária limitou-se a apresentar três cartas que se destinariam a fazer essa prova, sendo que nenhuma das referidas cartas se encontra carimbada, tal como se exige no artigo 9.º, n.º 3, al. b) do Programa de Concurso.

44. Não se encontrando tais cartas carimbadas em conformidade com o disposto no artigo 9.º, n.º 3, al. b) do Programa de Concurso, a Comissão para Abertura de Propostas deveria ter considerado que esses documentos nunca foram entregues, nos termos do artigo 11.º, n.º 4, do Programa de Concurso, termos em que a Adjudicatária deveria ter obtido 0 pontos no que respeita ao critério Experiência do concorrente e não os 10 pontos que lhe foram atribuídos pela Comissão de Avaliação das Propostas, pelo que o Acto Recorrido é ilegal nesta sede por violação das referidas disposições do Programa de Concurso, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC.

45. Em segundo lugar, nos termos das referidas cartas, os pretensos contratos de prestação de serviços não foram celebrados com a Adjudicatária, mas com entidades terceiras.

46. Não permitindo o Programa de Concurso que a alegada experiência de uma entidade terceira possa ser relevada para efeitos de experiência de cada concorrente, a experiência dessas terceiras entidades não podia ter sido valorada no âmbito do presente Concurso, pelo que, também por essa via, a Adjudicatária deveria ter obtido 0 pontos no que respeita ao critério Experiência Anterior e não os 10 pontos que lhe foram atribuídos pela Comissão de Avaliação das Propostas, termos em que também por esse fundamento o Acto Recorrido é ilegal por violação do Programa de Concurso, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC.

47. Em terceiro lugar, duas das cartas apresentadas pela Adjudicatária para prova da sua experiência anterior não identificam minimamente que entidades é que supostamente teriam contratado os serviços da Adjudicatária.

48. Salvo melhor opinião, é evidente que a simples utilização de papel timbrado aludindo a “G Entertainment” ou “H Macau”, como acontece *in casu*, sem que as sociedades sejam correctamente identificadas com elementos distintivos, como por exemplo pelo número de matrícula na Conservatória do Registo Comercial e de Bens Móveis de Macau (“**CRCBM**”) ou pela firma completa, não permite com um mínimo de certeza exigível identificar a entidade a quem foram alegadamente prestados os serviços em causa.

49. Por outro lado, não podendo ser identificadas as entidades a quem alegadamente os serviços foram prestados não é possível verificar se tais documentos foram assinados pelos representantes das entidades respectivas, tal como impunha o artigo 9.º, n.º 3, al. b) do Programa de Concurso.

50. Na falta de demonstração sobre a identidade das sociedades a quem foram alegadamente prestados os ditos serviços e da verificabilidade de que os documentos foram assinados pelo representante com

competência para o efeito (ou pelo menos por um número de representantes suficiente para vincular a sociedade), deverá entender-se que os documentos que a Adjudicatária apresentou para prova do alegado no formulário correspondente ao Anexo 8 nunca foram apresentados, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 11.º, n.º 4, do Programa de Concurso, razão pela qual a adjudicatária deveria ter obtido 0 pontos no que respeita ao critério Experiência do concorrente no âmbito destes alegados contratos e não os 10 pontos que lhe foram atribuídos pela Comissão de Avaliação das Propostas.

51. Ou seja, por força das razões indicadas em primeiro, segundo e terceiro lugares *supra*, a pontuação da Adjudicatária relativamente ao item Experiência Anterior deveria ter sido de 0 e não 10 que lhe foram atribuídos pela Comissão para Avaliação das Propostas, sob pena de o Acto Recorrido padecer de ilegalidade clamorosa por violação das normas do Programa de Concurso, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC.

52. Mesmo que nenhum dos invocados fundamentos formais de invalidade das referidas cartas procedessem, o que não se concede e apenas admite por mera cautela de patrocínio, sempre se diria que a Adjudicatária não poderia em caso algum ter obtido 10 pontos no que respeita ao item Experiência Anterior da sociedade.

53. Com efeito, de acordo com a subalínea 2), da alínea III), do n.º 2 do Artigo 16.º do Programa do Concurso, sobre os critérios de avaliação da Experiência anterior da concorrente, a pontuação relativa à “Experiência anterior da Concorrente” deve ser calculada com base na *quantidade, tipo de serviço e conteúdo do serviço* prestado, num total de 10 valores.

54. Sucede que, conforme se explanou no artigo 40.º *supra*, a Comissão para a Avaliação de Propostas deliberou ainda métodos concretos de avaliação das propostas, designadamente quanto ao item experiência anterior dos concorrentes.

55. Como se explanou, o Parágrafo E1) da Parte I do anexo à acta da 2.ª Reunião da referida Comissão é relativo ao *local* onde os serviços relacionados com o objecto do presente concurso foram prestados, a que se determina atribuir a pontuação máxima de 4 valores, de acordo com os elementos ali discriminados.

56. O Parágrafo E2) da Parte I do anexo à acta da 2.ª Reunião da referida Comissão é relativo ao *tipo* de serviços prestados cujo objecto esteja relacionado com o objecto de presente concurso, no âmbito da qual se atribui uma pontuação máxima de 6 valores, sendo atribuídos 0.5 valores para cada uma das

categorias dos serviços ali indicadas.

57. Ora, é flagrante que os critérios definidos pela Comissão para Avaliação de Propostas nos parágrafos E1) e E2) do referido anexo à acta da 2.º Reunião daquela comissão privilegiou os factores *localização da prestação de serviços (ou tipo de beneficiário da prestação de serviços) e tipo dos serviços*, em detrimento do factor quantidade, pese embora a subalínea 2), da alínea III), do n.º 2 do Artigo 16.º do Programa do Concurso determine que a pontuação relativa à “Experiência anterior da Concorrente” deve ser calculada com base na *quantidade, tipo de serviço e conteúdo do serviço* prestado, num total de 10 valores.

58. Desse modo, ao atribuírem 4 pontos à Adjudicatária e 3 pontos à Recorrente no âmbito do critério definido no referido parágrafo E1), i.e., quanto aos *locais* onde os respectivos serviços foram prestados, a Comissão para Avaliação de Propostas pecou por excesso relativamente à Adjudicatária, dado que só por uma vez a mesma prestou serviços em Aeroporto e em hotel (para além do facto de não se compreender por que razão é que a Comissão para a Avaliação das Propostas valoriza serviços prestados em hotel quando o que está em causa no presente Concurso é a prestação de serviços num porto), ao passo que pecou por defeito ao atribuir apenas 3 pontos à Recorrente nesta sede, apesar de a mesma ter apresentado 11 contratos relativos à prestação de serviços em portos.

59. Ou seja, no limite, a Recorrente deveria ter recebido 4 pontos quanto a este critério, sob pena de flagrante violação de lei por violação do princípio da proporcionalidade ou padecer de erro manifesto ou total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários e violação das normas do Programa de Concurso, o que inquina a referida decisão nos termos do artigo 21.º, n.º 1, al. d do CPAC.

60. Mesmo que nenhum dos fundamentos acima invocados procedesse, o que não se concede apenas se admite por mera cautela de bom patrocínio, sempre se dirá que não se vislumbra como é possível que a Comissão para Avaliação das Propostas tenha atribuído à Adjudicatária 6 pontos dos 6 pontos possíveis no âmbito do critério definido no referido parágrafo E2), i.e., quanto tipo de serviços alegadamente prestados.

61. Recorde-se que a cada uma das 12 categorias de serviços indicadas correspondia 0.5 pontos.

62. Ora, compulsadas as cartas apresentadas pela Adjudicatária, verifica-se que entre o que a Adjudicatária declara no formulário que corresponde ao anexo 8 do Programa de Concurso e o que consta nas mesmas cartas há uma enorme discrepância, conforme exposto na petição.

63. Salvo melhor opinião, salta à vista que a Comissão para Avaliação de Propostas cometeu um erro

grosseiro de avaliação e violou inequivocamente as normas do Programa de Concurso (artigo 16.º e os critérios pela mesma Comissão determinados) ao atribuir 6 pontos à Adjudicatária no que respeita ao conteúdo de serviços alegadamente prestados durante o período compreendido entre 2012 a 2016, por referência às referidas 12 categorias de serviços, quando na realidade não poderia ter-lhe atribuído mais do que um ponto (0.5 pontos por trabalhos associados à categoria Sistemas de Electricidade e 0.5 pontos por trabalhos associados à categoria “Outros”¹), razão pela qual a decisão recorrida padece de clamorosa ilegalidade, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC, devendo por conseguinte ser anulada por V. Exas.

64. Da sucessão de erros indicada *supra*, que, repete-se, em nada resultam do exercício legítimo de discricionariedade por parte da Administração na valoração dos méritos relativos e absolutos das propostas da Recorrente e da Adjudicatária, mas antes de uma errada aplicação objectiva dos critérios estipulados pelo Programa de Concurso e pela Própria Comissão para Avaliação das Propostas, resulta um impacto absoluto na admissão da proposta da Adjudicatária e da proposta da C e na avaliação das propostas da Adjudicatária e da Recorrente, impacto esse que é, por si só, idóneo a determinar que o Contrato objecto da Consulta deva ser adjudicado à Recorrente e não à Adjudicatária.

65. Nos termos do relatório de avaliação das propostas, a Adjudicatária obteve 87.50 pontos, a **Recorrente** obteve **86.97** pontos, e a C obteve 79.07 pontos, correspondendo aos primeiro, **segundo** e terceiro lugares no âmbito do presente Concurso, respectivamente.

66. Da omissão de formalidades essenciais na proposta da Adjudicatária referenciadas nos artigos 24.º a 31.º resulta, como já se deixou exposto, que deve considerar-se que a Adjudicatária nunca entregou a declaração a que se refere o artigo 10.º n.º 1 do Programa de Concurso, nos termos do artigo 11.º, n.º 4 do Programa de Concurso, devendo, por conseguinte, considerar-se que a proposta da Adjudicatária não é admissível, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, devendo, por conseguinte, a proposta desta ficar de fora do Concurso, devendo o Contrato dos autos ser adjudicado à Recorrente, uma vez que é a segunda classificada no âmbito do mesmo, passando a ser a primeira com a exclusão da Adjudicatária, o que expressamente se requer a V. Exas., nos termos legais.

67. Da omissão de formalidades essenciais na proposta da C referenciadas *supra* resulta que deve considerar-se que a C nunca entregou a declaração a que se refere o anexo 5 do Programa de Concurso, nos termos exposto *supra*, devendo, por conseguinte, considerar-se que a proposta daquela sociedade não é admissível, devendo, desse modo ficar excluída do Concurso.

¹ Mesmo que se considere que mencionou correctamente na tabela em que consistem os propalados “Outros” serviços, conforme é exigido pelo parágrafo E2) acima mencionado.

68. Ficando a C excluída do Concurso, o preço que apresentou no âmbito da sua proposta deixa de relevar para efeitos do cálculo do preço médio das propostas, nos termos e para os efeitos dos n.º 1, al. 1, e n.º 2, al. 1, do artigo 16.º do Programa de Concurso.

69. Excluída, como deve ser e devia ter sido, a proposta da C, o preço médio apresentado a Concurso é de MOP\$260,268,000.00 e não de MOP\$ 222,201,000.00.

70. Tendo em consideração o referido preço médio de MOP\$260,268,000.00, do recálculo da pontuação dos concorrentes resulta que a Recorrente teria obtido não 46.28 pontos no que respeita ao item *preço*, mas antes 50 pontos (teto máximo neste item), sendo que Adjudicatária mantinha 50 pontos (teto máximo neste item) que lhe foram atribuídos.

71. Deste recálculo do impacto do item preço na avaliação das propostas dos concorrentes resulta que a **Adjudicatária** mantém a pontuação global que lhe foi atribuída (**87.50 pontos**) (cfr. artigo 82.º *supra*), mas a **Recorrente** passaria a ter **90.69** pontos (86.97 pontos + [50-46.28=3.72] =90.69), donde deverá o Contrato dos autos ser adjudicado à Recorrente em conformidade.

72. Face ao exposto, afigura-se claro que estamos perante circunstâncias que afectam decisivamente a validade do acto administrativo de adjudicação do contrato objecto da Consulta que, não tendo sido rectificado em sede própria pela Entidade Recorrida, deve ser objecto de anulação em conformidade, nos termos do disposto no artigo 21.º, n.º 1 do CPAC, nomeadamente quanto aos cálculos parciais e totais das classificações das propostas da Recorrente e da referida A que conduziram à Adjudicação, o que desde já se requer.

73. Da invalidade do Acto Recorrido no que respeita a questões de forma relativamente ao item Experiência Anterior e do erro grosseiro na valoração da Experiência da Adjudicatária, resulta que em vez dos 10 pontos que lhe foram atribuídos nessa sede, não deveriam ter sido atribuído quaisquer pontos à Adjudicatária nessa sede, o que colocaria a **Recorrente** e a Adjudicatária com **86.97** e **77.50**, respectivamente, donde resultaria a Recorrente como evidente vencedora do Concurso dos autos, o que se requer seja decretado por V. Exas..

74. Da invalidade do Acto Recorrido no que respeita a questões de fundo relativamente ao item Experiência Anterior da Adjudicatária e do erro grosseiro na valoração do mesmo item, a que se referem os artigos 62.º a 69.º *supra*, resulta que a Recorrente deveria ter recebido 4 pontos na mesma sede, nos termos e com os fundamentos expostos, o que colocaria a **Recorrente** e a Adjudicatária com **87.97** e **87.50**, respectivamente, donde resultaria a Recorrente como vencedora do Concurso dos autos, o que se

requer seja decretado por V. Exas..

75. Da invalidade do Acto Recorrido no que respeita a questões de fundo relativamente ao item Experiência Anterior da Adjudicatária e do erro grosseiro na valoração do mesmo item, a que se referem os artigos 70.º a 79.º *supra*, resulta que a Adjudicatária deveria ter recebido o máximo de 1 ponto nessa sede (cfr. artigo 79.º *supra*), o que colocaria a **Recorrente** e a Adjudicatária com **86.97** e 82.50, respectivamente, donde resultaria a Recorrente como vencedora do Concurso dos autos, o que se requer seja decretado por V. Exas..

76. O que está em causa no presente Recurso Contencioso é, por um lado, a anulação do acto recorrido, nomeadamente pela necessidade de exclusão ou rejeição da proposta da Adjudicatária e da proposta da C e pelo cálculo errado da pontuação das propostas da Recorrente e da Adjudicatária no respeito ao Critério Experiência Anterior, nos termos expostos *supra* e, por outro, a condenação da Entidade Recorrida à prática de acto administrativo legalmente devido.

77. A Administração definiu os critérios de avaliação e respectivos pesos atribuído no artigo 16.º do Programa de Concurso e na acta da 2.ª Reunião da Comissão para Avaliação de Propostas, nos termos explanados nos artigos 39.º e 40.º *supra*.

78. Afigura-se manifesto à Recorrente que a Administração se constituiu na obrigação de apreciar as propostas das concorrentes em conformidade com os Critérios de Avaliação por si formulados, a partir do momento em que aqueles instrumentos chegaram ao conhecimento público e/ou as propostas foram admitidas a concurso.

79. De outra perspectiva, a partir de qualquer desses momentos, as concorrentes passaram a gozar do direito de ver as suas propostas apreciadas em conformidade com esses mesmos critérios de avaliação, a que a Administração se quis auto-vincular.

80. O Acto Recorrido tem subjacente a conclusão de que a proposta da Adjudicatária obteve a pontuação mais elevada à luz dos critérios definidos no Programa de Concurso.

81. Por tudo quanto foi exposto, afigura-se à Recorrente que existe uma discrepância manifesta entre o conteúdo do acto recorrido e as regras do concurso que lhe eram aplicáveis e que assumem a natureza de *lex inter partes*.

82. A Comissão de Avaliação de Propostas estava vinculada a excluir a proposta da Adjudicatária e da C nos termos e com os fundamentos expostos - não o tendo feito, o Acto Recorrido viola as normas do

Programa de Concurso acima referenciadas (designadamente os respectivos artigos 9.º, n.º 3.º, al. b., artigo 10.º, n.º 1, artigo 11.º, n.º 2 e n.º 4, artigo 16.º e artigo 17.º), padecendo de violação de lei, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC, devendo por isso ser anulado em conformidade.

83. A Comissão de Avaliação de Propostas estava obrigada a desconsiderar as três cartas que se destinariam a fazer prova da experiência anterior da Adjudicatária, em conformidade com o disposto no artigo 9.º, n.º 3, al. b) do Programa de Concurso, nos termos expostos nos artigos 48.º e 61.º supra - não o tendo feito, o Acto Recorrido viola o disposto no artigo 11.º, n.º 4, e artigo 17.º do Programa de Concurso, padecendo de violação de lei, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC, devendo por isso ser anulado em conformidade.

84. Não tendo a Comissão de Avaliação de Propostas desconsiderado as referidas cartas como devia, a pontuação atribuída à Adjudicatária nessa sede é mais elevada do que era suposto, pelo que o Acto Recorrido também viola o artigo 16.º do Programa de Concurso e os critérios definidos no Anexo I da acta da 2.ª Reunião da Comissão para Avaliação de Propostas, padecendo de violação de lei, nos termos e para os efeitos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC, devendo por isso ser anulado em conformidade.

85. Em virtude de a Comissão de Avaliação de Propostas ter atribuído 3 pontos (e não 4 pontos) à Recorrente no âmbito do critério definido no referido parágrafo E1) do Anexo I da Acta da 2.ª Reunião da Comissão para Avaliação de Propostas, o Acto Recorrido viola o princípio da proporcionalidade ou padece de erro manifesto ou total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários e violação das normas do Programa de Concurso definidas no respectivo artigo 16.º, o que inquina o Acto Recorrido de violação de lei nos termos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC.

86. Em virtude de o relatório de avaliação atribuir 6 pontos (e não 1 ponto) à Adjudicatária no âmbito do critério definido no referido parágrafo E2) do Anexo I da Acta da 2.ª Reunião da Comissão para Avaliação de Propostas, o Acto Recorrido viola o artigo 16.º do Programa de Concurso, bem como os critérios definidos no Anexo I da acta da 2.ª Reunião da Comissão para Avaliação de Propostas, designadamente constantes do respectivo parágrafo E2) acima referenciado, o que inquina o Acto Recorrido de violação de lei nos termos do artigo 21.º, n.º 1, al. d), do CPAC.

87. Considerando o exposto, que resultou na Adjudicação do Contrato à Adjudicatária, ao arrepio das normas e critérios acima referenciados, o Acto Recorrido - padece, assim, de ilegalidade, por violação de lei, na acepção lata e residual referenciada *supra*, ou por *erro manifesto de apreciação*.

88. Constatadas que ficam as referidas violações de lei, necessário se torna concluir que o Acto Recorrido é *ilegal por violação de lei*, na sua acepção mais lata e residual, ou que é ilegal por *erro manifesto de apreciação*, devendo ser anulado em conformidade, nos termos do disposto artigo 21.º, n.º 1 do CPAC, e do artigo 124.º do CPA, o que desde já se requer a V. Exa..

89. Nos termos do artigo 24.º do CPAC, qualquer que seja o tribunal competente, pode cumular-se no recurso contencioso o pedido de determinação da prática de acto administrativo legalmente devido quando, em vez do acto anulado ou declarado nulo ou juridicamente inexistente, devesse ter sido praticado um outro acto administrativo de conteúdo vinculado.

90. Em face das circunstâncias explanadas, designadamente no que respeita à exclusão das propostas da Adjudicatária e da C e da avaliação das propostas da Recorrente e da Adjudicatária, cabia à Administração actuar nos termos expostos supra, verificar qual a proposta que obtém pontuação mais elevada e adjudicar o respectivo Contrato à Recorrente, uma vez que esta apresentou a proposta que do exercício devido sairia vencedora, em conformidade.

91. Com efeito, das considerações antecedentes - relativamente à necessidade de exclusão de propostas e valoração da pontuação em conformidade com os critérios definidos no Programa de Concurso e no Anexo I da acta da 2.ª Reunião da Comissão para Avaliação de Propostas - resulta que tais decisões têm natureza *vinculada*, restando à Administração praticar os actos, também eles *vinculados*, de exclusão de propostas e apuramento da proposta vencedora e de adjudicação do Contrato à Recorrente, em conformidade.

92. Neste contexto, afigura-se à Recorrente que ao pedido de anulação do Acto Recorrido, nos termos e com os fundamentos expostos, pode cumular-se o pedido de determinação da prática de acto administrativo legalmente devido, incluindo a exclusão das propostas da Adjudicatária e da C, o recálculo das pontuações da Recorrente, o eventual recálculo das pontuações da Adjudicatária, em conformidade com o exposto supra, e apuramento da proposta vencedora, para adjudicação do Contrato à Recorrente em conformidade, o que desde já se requer a V. Exas.

93. Com efeito, em vez do Acto Recorrido, deviam ter sido praticados, de forma vinculada, os actos administrativos referenciados, independentemente de qualquer *margem de livre decisão* da Administração, pois esse era o único sentido possível da decisão ou decisões em causa - nos termos do disposto no artigo 24.º, n.º 1 do CPAC.

94. Afigura-se, pois, à Recorrente que o Acto Recorrido, constitui um *acto positivo de conteúdo*

ambivalente, uma vez que introduziu uma modificação em favor de terceiro - Adjudicatária -, em detrimento das pretensões da Recorrente, que pretendia ser ela a beneficiária, em resultado da prática de actos vinculados, relativamente ao qual a Administração não gozava de qualquer margem de discricionariedade, conforme anteriormente exposto.

95. Termos em que, em cumulação com o pedido de anulação do Acto Recorrido, requer a V. Exa. a condenação da Administração à prática de um novo acto administrativo de adjudicação, nos termos expostos.

Nestes termos e nos melhores de direito, sempre com o douto suprimento de V. Exas., requer a anulação do Acto Recorrido, por violação de lei ou erro manifesto de apreciação.

Em cumulação com o pedido de anulação do acto recorrido nos termos expostos supra, requer a V. Exas. que seja a Administração condenada à prática de um novo acto administrativo de adjudicação, nos termos previstos e permitidos pelo artigo 24.º, n.º 1 do CPAC, que contenha:

a. Exclusão da proposta apresentada pela Adjudicatária nos termos e com os fundamentos indicados nos artigos 24.º a 31.º e adjudicação do Contrato à Recorrente, nos termos explanados designadamente no artigo 83.º supra; quando assim não se entender;

b. Exclusão da proposta apresentada pela C nos termos e com os fundamentos indicados nos artigos 32.º a 35.º e adjudicação do Contrato à Recorrente, nos termos explanados designadamente nos artigos 84.º a 94.º supra; quando assim não se entender;

c. Desconsideração das cartas apresentadas pela Adjudicatária a que se refere o artigo 9.º, n.º 3, al. b) do Programa de Concurso, nos termos expostos nos artigos 48.º a 61.º supra, e adjudicação do Contrato à Recorrente, nos termos explanados designadamente no artigo 95.º supra; quando assim não se entender;

d. Recálculo da pontuação obtida pela Recorrente no que respeita ao parágrafo E1) do Anexo I da acta da 2.ª Reunião da Comissão para Avaliação de Propostas, nos termos expostos nos artigos 62.º a 69.º supra, e adjudicação do Contrato à Recorrente, nos termos explanados designadamente no artigo 96.º supra; quando

assim não se entender;

e. Recálculo da pontuação obtida pela Adjudicatária no que respeita ao parágrafo E2) do Anexo I da acta da 2.ª Reunião da Comissão para Avaliação de Propostas, nos termos expostos nos artigos 70.º a 79.º *supra*, e adjudicação do Contrato à Recorrente, nos termos explanados designadamente no artigo 97.º *supra*.

Mais requer a V. Exas. que seja ordenada a citação da Entidade Recorrida e dos Contra Interessados para contestar, querendo, e a primeira para juntar aos autos o processo administrativo instrutor nos termos legais.»

*

Nas respectivas contestações, a entidade administrativa e a contra-interessada “B” suscitaram a *ilegalidade de cumulação de pedidos*, bem como a *irrecorribilidade do acto* na parte alusiva à matéria que deveria ter sido objecto de reclamação e de recurso hierárquico necessário, face ao disposto nos arts. 29º a 35º do DL nº 63/85/M.

*

A recorrente teve oportunidade de se pronunciar sobre esta matéria exceptiva.

*

Na oportunidade, sobre este assunto, o digno Magistrado do MP opinou o seguinte:

“Em sede de contestação, a autoridade recorrida e a contra-interessada “B - Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, S.A.”, suscitaram a ilegalidade da cumulação de pedidos, por falta dos

pressupostos legais exigidos, e a questão da estabilização, a partir da realização do acto público do concurso, dos aspectos relativos à habilitação dos concorrentes e à observância de requisitos formais de admissão das propostas e dos documentos que as instruíam.

Têm razão.

Nos termos do artigo 24.º do Código de Processo Administrativo Contencioso, é possível cumular no recurso contencioso o pedido de determinação da prática de acto administrativo legalmente devido. Mas, a possibilidade de cumulação assegurada por este normativo não importa a dispensa dos requisitos exigidos pelo artigo 103.º, n.º 1, do Código de Processo Administrativo Contencioso, para a acção de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido. É patente que tais requisitos não estão preenchidos, pelo que a cumulação pretendida não é admissível. De resto, a própria tese da recorrente, expressa na sua petição de recurso, aponta, em caso de anulação do acto, para a necessidade de operações complementares de pontuação de concorrentes, que, além de poderem traduzir poderes não vinculados, são obviamente do foro da Administração e nas quais o tribunal não pode intrometer-se, sob pena de estar a invadir o espaço da Administração e a praticar administração activa, em violação do princípio da separação dos poderes.

Procede a invocada excepção de cumulação ilegal de pedidos, devendo rejeitar-se o pedido de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido.

Quanto à outra questão, importa considerar que, nos termos dos artigos 29.º a 35.º do DL n.º 63/85/M, das deliberações adoptadas pela Comissão no acto público do concurso, sobre habilitação dos concorrentes, propostas e documentos que as instruem, cabe reclamação para a própria Comissão, de cuja deliberação haverá recurso hierárquico para a entidade adjudicante. Pois bem, estes meios administrativos gratuitos configuram um mecanismo de impugnação administrativa necessária. A forma como estão estruturados, os prazos curtos para a decisão, bem como o sustar do procedimento até haver decisão, apontam nesse sentido, tal como sustentam a entidade recorrida e a contra-interessada. Em idêntico sentido, e de forma inequívoca, aponta também a norma do artigo 6.º, n.º 2, do DL n.º 63/85/M, ao estatuir que apenas os vícios de forma contra os quais se haja reclamado ou recorrido hierarquicamente sem êxito poderão ser discutidos no recurso contencioso. O que tudo confere àqueles meios gratuitos uma inegável feição de impugnação necessária à abertura da via contenciosa.

Constata-se, todavia, que a recorrente não impugnou gratuitamente, no acto público do concurso, quer a habilitação dos concorrentes, quer as propostas, quer os documentos, relativamente aos quais agora, em sede de recurso contencioso, vem suscitar problemas de conformidade formal com as exigências

regulamentares do concurso.

E não o tendo feito, aqueles elementos, alegadamente deficitários à luz do programa do concurso e do caderno de encargos, estabilizaram e firmaram-se no procedimento, não podendo agora ser alvo da incursão impugnatória da recorrente.

Assim, na parte relativa às deliberações adoptadas pela Comissão, no acto público do concurso, quanto à admissão dos concorrentes, das propostas e dos documentos que a instruíram, formou-se caso decidido, por falta de impugnação graciosa necessária, pelo que a respectiva matéria se apresenta irrecurável.

Procede, pois, a invocada irrecurabilidade, pelo que, nessa parte, deve também rejeitar-se o recurso”.

*

O conhecimento desta matéria exceptiva foi relegado para a decisão final pelo despacho de fls. 280.

*

Houve lugar a *alegações facultativas*, tendo a recorrente contenciosa reiterado no essencial as apresentadas na petição inicial e a entidade recorrida mantido a posição manifestada na sua contestação.

Também a contra-interessada “B” apresentou alegações, tendo-as concluído da seguinte maneira:

«i. A Contra-Interessada mantém tudo o que articulou em sede de contestação;

ii. O acto posto em crise pela Recorrente é irrecurável;

iii. No procedimento concursal vigora o princípio da sequência impugnatória pelo que a recorribilidade teria de ter sido precedida de recurso hierárquico necessário interposto pela recorrente, o que não se verificou;

- iv. Assim obstando ao conhecimento do mérito dos autos;
- v. É irrelevante que a declaração de apresentação da proposta não tenha apostado o carimbo comercial, na medida em que esse documento contém um reconhecimento notarial de assinaturas que assegura a existência da Contra-Interessa e a verificação de poderes dos seus signatários;
- vi. Assegurando-se assim a legalidade do documento e a transparência da declaração negocial para efeitos do concurso público;
- vii. Do mesmo modo não padecem de qualquer vício as cartas relativas à experiência da Contra-Interessada. Estas foram devidamente assinadas pelos gerentes com capacidade para o atestar, sendo por isso desnecessário que os seus Administradores a assinem;
- viii. E o que materialmente atestam é a experiência da Contra-Interessada, também no âmbito das relações que mantém com as suas subsidiárias;
- ix. Sendo a Contra Interessada a empresa-mãe a experiência das subsidiárias é um património seu devidamente - e bem - valorado pela Comissão de Apreciação de Propostas que fez a devida apreciação dos factos de que tomou conhecimento;
- x. A valoração efectuada é feita com base numa ampla discricionariedade técnica que goza a Comissão de Avaliação de Propostas;
- xi. A Administração deve observar os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade, sendo estes os verdadeiros limites internos ao poder discricionário;
- xii. A Administração actuando com base na discricionariedade que a lei lhe concede não pode ser alvo de controlo jurisdicional, salvo quando exista uma violação intolerável do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade;
- xiii. A Recorrente não demonstra a ofensa a esses princípios nem essa violação intolerável fazendo meros juízos de (in)conveniência que não são sindicáveis judicialmente;
- xiv. Não procede a tese dos poderes vinculados que a Recorrente imputa à Comissão de Avaliação de Propostas;
- xv. Não sendo vinculados esses poderes é ilegal a coligação de pedidos ao abrigo do artigo 24.º do

CPAC.

Nestes termos e nos mais de Direito que V. Ex.^{as} doutra mente suprirão, se requer a não apreciação dos presentes Autos ou, caso assim se não entenda, o que não se concede, seja negado provimento ao recurso, por não se verificarem os vícios assacados pela Recorrente ao acto administrativo posto em crise nos mesmos Autos.»

*

O digno Magistrado do MP, sobre o mérito do recurso, manifestou a seguinte posição:

«Companhia de A Macau, Limitada» recorre contenciosamente do acto de 30 de Dezembro de 2016, do Exm.º Chefe do Executivo, que adjudicou à contra-interessada “B - Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, S.A.” a *prestação do serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa*, cumulando o pedido de anulação do acto com o pedido de condenação à prática de acto administrativo legalmente devido.

Imputa ao acto os diversos vícios arrolados na sua petição de recurso, que a entidade recorrida e a adjudicatária contestam, ambas asseverando a legalidade do acto e pugnando pela sequente improcedência do recurso.

Oportunamente foram suscitadas as questões da legalidade da cumulação de pedidos e da recorribilidade do acto, aqui na parte relativa aos aspectos da habilitação dos concorrentes e das exigências formais para admissão das respectivas propostas.

Sobre essas questões já nos pronunciámos a fls. 278 a 279, aqui se reiterando a posição então assumida, no sentido da procedência da excepção da cumulação ilegal de pedidos e sequente rejeição do pedido de condenação à prática de acto devido, bem como da rejeição do recurso, por irrecorribilidade, na parte relativa a vícios que não foram objecto da indispensável impugnação administrativa necessária.

Posto isto, falta abordar, e será esse o objecto deste nosso parecer, os vícios atribuíveis ao despacho de adjudicação, ou de autorização da adjudicação, enquanto acto decisor final do procedimento e que absorve as incidências procedimentais posteriores ao acto público do concurso, já que este, como antes referido, se firmou na ordem jurídica como etapa procedimental não impugnada.

Está, desde logo, nesta situação e importa conhecer a arguição de que, em matéria de valoração de experiência anterior, a adjudicatária não teria prestado os serviços certificados pela “X - Administração de Aeroportos, Ld.”, bem como os serviços certificados por “X Entertainment” e por “H Macau”. Isto porque esses serviços foram, na realidade, prestados, respectivamente, por “B Technical and Energy Services, Limited”, “X Facilities Management, Limited” e “X Facility Management, Limited”. Assim, ao valorar tais serviços como tendo sido prestados pela adjudicatária, teria a Comissão de Avaliação violado o Programa do Concurso, o mesmo sucedendo, por arrastamento, com o acto recorrido.

A questão que aqui se coloca é a de saber se, no âmbito de um concurso, uma empresa pode aproveitar a experiência global do seu grupo de empresas, nomeadamente das subsidiárias, fazendo-se prevalecer dessa experiência como sua, para efeitos de avaliação do item “experiência anterior”. A Comissão entendeu que sim, e esse é também o entendimento veiculado pela entidade recorrida e pela contra-interessada adjudicatária, valendo-se essencialmente do argumento de que se está perante empresas subsidiárias, cuja experiência acaba por ser partilhada e tomar-se comum.

Por nós, embora com dúvidas, propendemos a admitir a validade do procedimento utilizado para pontuar a experiência anterior da adjudicatária na prestação de serviços. Com efeito, demonstrado que está que se trata de sociedades subsidiárias, sabido que, hoje em dia, há uma grande mobilidade entre pessoal e meios técnicos de empresas do mesmo grupo, no sentido de aproveitar sinergias, e ponderando que, no fundo, o *know how* de empresas do mesmo grupo tende a ser transversal a todas elas, não repugna que se possa valorar, em matéria de experiência dos concorrentes, obras anteriores de empresas subsidiárias.

Assim, improcederá o inerente vício de violação de lei.

Depois, a recorrente verbera também a atribuição de 4 valores à adjudicatária na pontuação relativa ao *local onde os serviços foram prestados*, quando a si, recorrente, apenas foram atribuídos 3 valores, não obstante a experiência que comprovou relativa a 11 obras portuárias. E critica também a atribuição de 6 valores à adjudicatária, na ponderação do *tipo de serviços prestados*, dizendo não vislumbrar como é possível que, nessa matéria, tenham sido atribuídos à adjudicatária os 6 valores da pontuação máxima prevista. Teria havido, também aqui, violação de lei por desrespeito das regras resultantes do regulamento do concurso e da sua densificação operada pela Comissão de Avaliação das Propostas.

No primeiro caso (atribuição de 4 valores quanto- ao local da prestação dos serviços), é patente que a recorrente não tem razão. A recorrente apenas documentou serviços em portos, e tal é pontuado com 3 valores, de acordo com o da 2.ª reunião da Comissão de Avaliação. A adjudicatária, por sua vez, documentou serviços em aeroportos, o que é pontuável com 3 valores, e documentou outros serviços,

pontuáveis com 2 pontos, atingindo assim o máximo possível de pontos na rubrica em análise, que é de 4. Não ocorre, pois, qualquer violação dos critérios concursais resultantes do regulamento do concurso e da sua densificação levada a cabo pela Comissão de Avaliação, sendo de salientar que a crítica dirigida aos critérios no artigo 68.º da petição de recurso não tem qualquer acuidade nesta sede de recurso contencioso de anulação.

No segundo caso (atribuição da valoração relativa ao tipo de serviços prestados), a entidade recorrida explica, de modo claro e cabal, a forma como foi obtida a pontuação e a sua conformidade com o regulamento do concurso e as regras de execução e concretização de alguns parâmetros instituídas pela Comissão de Avaliação. Também aqui não se detecta nenhum desvio às normas por que se rege o concurso.

Donde a improcedência, também, deste vício de violação de lei.

Termos em que o nosso parecer vai no sentido de ser negado provimento ao recurso e mantido o acto impugnado».

*

Cumpre decidir.

II – Pressupostos processuais

1 - O tribunal é absolutamente competente.

O processo é o próprio.

*

2 – *Nulidades*

Foi suscitada a *ilegalidade de cumulação de pedidos*, com o argumento de

que o conteúdo do acto não seria vinculado, ao contrário do que o exigiria o art. 24º, nº1, al. a), do CPAC.

Estaremos, efectivamente, com esse fundamento perante uma cumulação ilegal de pedidos e, conseqüentemente, em presença de uma causa de nulidade (cfr. v.g., art. 139º, nº2, al. c), do CPC)?

Não cremos.

Está em causa o pedido cumulado com o da anulação do acto, e que tem por finalidade a obtenção de uma decisão judicial que condene a Administração a praticar um novo acto administrativo que contenha:

- A exclusão da proposta apresentada pela adjudicatária “B”;
- A exclusão da proposta apresentada pela concorrente “C”;
- A desconsideração das cartas apresentadas pela adjudicatária “B” a que se refere o art. 9º, nº3, al. b), do Programa do Concurso;
- Recálculo da pontuação obtida pela Recorrente no que respeita ao parágrafo E1 do anexo I da acta da 2ª reunião da Comissão para a Avaliação das Propostas e adjudicação do serviço à recorrente;
- Recálculo da pontuação obtida pela Adjudicatária no que se refere ao parágrafo E2 do anexo I da acta da 2ª reunião da Comissão para a Avaliação das Propostas e adjudicação do serviço à recorrente.

Para nós a questão é simples: Uma vez deduzida a cumulação com base na

al. a), do n.º1, do art. 24.º do CPAC (cfr. tb. art. 103.º, n.º1, al. b), do CPAC), se o tribunal vier a entender que o caso não pode ser representado por uma situação de actividade vinculada, por exemplo, mas sim discricionária – o que na sentença final pode ser concluído pela análise da matéria de fundo - então a situação só pode resolver-se pela improcedência desse pedido cumulado e não por uma decisão adjectiva ou formal. Assim parece ser o caso.

Por conseguinte, salvo melhor opinião, não nos parece que estejamos em presença inequívoca de uma matéria processual no seu sentido mais puro ou estrito, mas antes ligada à substância ou fundo da causa. Razão pela qual a apreciaremos no capítulo IV do presente aresto.

*

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

*

4 – *Da irrecorribilidade*

Está agora em causa a alegação da entidade recorrida e da contra-interessada “B”, que mereceu o beneplácito do Ministério Público, segundo a qual há matéria do recurso que não pode ser sindicada, em virtude de não ter sido objecto de impugnação administrativa necessária, tendo em conta do disposto nos arts. 29.º a 35.º do DL n.º 63/85/M.

Vejamos, então.

Pretende-se saber se a falta de reclamação por parte da ora recorrente da decisão da “Comissão de Abertura das Propostas” - que admitiu os candidatos, nomeadamente aquele a quem viria a ser adjudicada a prestação do serviço – a impede de, no recurso, invocar deficiências da proposta da concorrente vencedora do concurso.

Foi nesse sentido que se pronunciaram a entidade recorrida (arts. 24º-44º, da contestação a fls. 155-162), a contra-interessada “B” (arts. 1º-8º da sua contestação a fls. 252-254) e o próprio Ministério Público.

Pois bem. Tal como referem os contestantes e o digno Magistrado do MP, de acordo com o teor dos artigos 29.º a 35.º do DL n.º 63/85/M, das deliberações adoptadas pela Comissão no acto público do concurso, sobre habilitação dos concorrentes, propostas e documentos que as instruem, cabe *reclamação* para a própria Comissão, de cuja deliberação haverá *recurso hierárquico* para a entidade adjudicante.

Por outro lado, é certo que, até o recurso hierárquico ser decidido, a entidade competente não poderá proceder à adjudicação, face ao que dispõe o art. 35º, nº3, do mesmo diploma, o que revela que esta impugnação tem efeito suspensivo da tramitação procedimental e que reúne todas as características de impugnação necessária (cfr. também o art. 157º do CPA).

Ora, os preceitos invocados ilustram, a nosso ver, um caso de impugnação

administrativa necessária. O mesmo, aliás, se extrai do artigo 6.º, n.º 2, do DL n.º 63/85/M, quando determina que apenas os vícios de forma de que se haja reclamado ou recorrido hierarquicamente sem êxito poderão ser discutidos no recurso contencioso. Sem assim, aquela impugnação administrativa apresenta-se como condição de acesso à via contenciosa.

Esta é, de resto, a posição que o TUI já abraçou nos Processos n.ºs 31/2012 e 31/2012, datados de 27/06/2012 quando afirma que “*Em concurso público para aquisição de bens e serviços para a Administração, regido pelo Decreto-Lei n.º 63/85/M, a não reclamação da decisão da comissão de abertura das propostas que admite os candidatos, preclude a possibilidade de invocar deficiências da proposta do concorrente vencedor no recurso contencioso do acto de adjudicação*”.

Por conseguinte, como a recorrente não apresentou reclamação contra a admissão da proposta da contra-interessada “B”, não pode agora preencher os vícios do acto com os vícios daquela proposta, nomeadamente respeitantes à habilitação dessa concorrente, bem como aos documentos que ela integrava. Pode, por isso, dizer-se que, quanto a esses aspectos relativos ao acto público do concurso, eles se estabilizaram e tornaram firmes, não podendo agora ser apreciados em sede de impugnação contenciosa, por *irrecorribilidade* (cfr. arts. 28º, n.º1 e 46º, n.º2, al. c), do CPAC).

Nesta parte, portanto, procede a matéria exceptiva.

Em consequência, dela se *absolvem da instância* a recorrida e

contra-interessadas.

Imposto de justiça pela recorrente em 2 UC.

III – Os Factos

1 - A recorrente tem como actividade principal 工業及民用建築、交通工程、岩土和海事水力工程、城市基礎建設工程施工及上述工程的勘察、設計、諮詢、監測、監察、顧問管理、投資；工程及樓宇的管理及維修保養、碼頭及橋樑的管理及維護、航運大樓及輔助設備之維修與經營、船務代理.

2 - Foi aberto concurso por despacho do Chefe de Executivo de 8 de Agosto de 2016 para a “*Prestação do serviço de manutenção das instalações do Terminal Marítimo de Passageiros da Taipa*”.

3 - Para além da recorrente e da concorrente “B-GESTÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE INSTALAÇÕES, S.A.”, foram também admitidas a concurso as seguintes sociedades:

a) **C GESTÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS, LIMITADA** (C控股有限公司);

b) **D (MACAU) - GESTÃO DE SERVIÇOS DE NAVEGAÇÃO, LIMITADA** (D船務管理服務(澳門)有限公司);

c) COMPANHIA DE CONSTRUÇÃO E ENGENHARIA E, LDA. (E 建築工程有限公司); e

d) AGÊNCIA DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS F, LIMITADA (F船務有限公司).

4 - No acto público do concurso a recorrente não apresentou qualquer reclamação à Comissão de Abertura das Propostas.

5 - No termo do concurso, foi emitido o despacho do Chefe do Executivo de 30 de Dezembro de 2016, aposto sobre o Parecer da DSAMA n.º 066/DAF/DD, pelo qual foi autorizada a adjudicação à “B”.

6 - A recorrente foi notificada da Adjudicação em 12 de Janeiro de 2017, nos termos e para os efeitos do disposto do disposto no n.º 3 do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 63/85/M, de 6 de Julho.

7 - Nessa carta, a recorrente foi informada da Adjudicação à “B” e de que, querendo, poderia recorrer contenciosamente da Adjudicação, no prazo legal.

8 - Desejando indagar quanto aos critérios que haviam em última análise presidido à Adjudicação, bem como rever todo o processo do Concurso, com vista a aferir do acerto da decisão de Adjudicação e exercício dos seus direitos a tutela administrativa e contenciosa, a recorrente, no exercício do seu direito à informação e à consulta de processos administrativos em que é parte, requereu junto da DSAMA, por carta de

17 de Janeiro de 2017, entregue a 18 de Janeiro, a consulta do referido processo de Concurso, conforme cópia protestada juntar aos autos de recurso contencioso como Documento n.º 2 da petição de recurso.

9 - A referida consulta foi inicialmente negada à ora recorrente e depois deferida faseadamente após intimação judicial para essa finalidade, nos termos explanados na petição de recurso, vindo o direito à consulta do processo ser satisfeito em 14 de Fevereiro de 2017.

10 - Damos por reproduzido o teor do Programa do Concurso (fls. 8 e sgs. do apenso “Traduções”).

11 - Damos aqui por reproduzido também o teor do anexo à acta da 2ª reunião da Comissão de Avaliação das Propostas, que contém os métodos concretos de avaliação das propostas (*cfr. fls. 308 a 326 do p.a., com tradução no art. 40º da p.i.*).

IV – O Direito

1 - Face ao que acima concluimos, não se conhecerá da matéria impugnativa referente aos vícios das propostas apresentadas pelos concorrentes. Tal é o caso da omissão de formalidades essenciais na proposta da adjudicatária (arts. 24º-31º e 36º-38º da p.i.), na proposta da C (arts. 32º-35º e 36º-38, da p.i.).

Tal-qualmente não se conhecerá da questão posta pela recorrente nos arts.

41º a 49º da p.i., na parte concernente à atribuição de 4 e 6 pontos à adjudicatária, respectivamente quanto ao *local e tipo de serviços* por ela prestados. A recorrente entende que as três cartas juntas pela adjudicatária não estão carimbadas, ao contrário do que o exige o art. 9º, nº3, al. b), do Programa do Concurso. Todavia, esta matéria está intimamente ligada ao facto alegado de aquela adjudicatária não ter apresentado os respectivos contratos para prova da prestação de serviços conexos com o do objecto do concurso, circunstância que a recorrente acha estar incluída no âmbito de previsão do nº4, do art. 11º do Programa do Concurso e que deveria ter levado a entidade competente a considerar “*falta de entrega do respectivo documento*”. Ora, como dissemos, devendo esta matéria ter sido objecto de reclamação no acto público – e que até poderia, segundo parece, levar à não admissão da proposta, nos termos do art. 17º, (2) e (3), do Programa do Concurso – a falta desse tipo de impugnação na altura própria impede que o vício que então poderia ter sido deduzido seja agora suscitado no âmbito do recurso contencioso.

*

2 – A recorrente defende, depois (arts. 50º e sgs.), que a adjudicatária não fez prova da sua experiência na matéria da prestação do serviço posto a concurso, uma vez que as cartas por ela juntas se limitam a referir que a entidade prestadora dos alegados serviços foram, não a adjudicatária “*B-Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, SA*”, mas sim “*B Technical and Energy Services, Limited*” e “*X Facilities Manegement Limited*” e “*X Facility Manegement Limited*”. Ou seja, a recorrente

considera que a experiência destas entidades, porque são “terceiras” e distintas da contra-interessada “B-Gestão”, não poderia servir de factor para a atribuição da pontuação (10 pontos) dada pela Comissão de Avaliação das Propostas a esta concorrente, o que torna ilegal o acto sindicado por violação do Programa do Concurso.

E tem razão.

Na realidade, o que o Programa do Concurso exige é que a “dimensão e experiência da empresa” seja documentada pela:

- “*Apresentação breve da **sociedade** concorrente*”, através da menção da sua estrutura orgânica, dimensão, número total de empregados, currículos do pessoal de direcção, etc.;

-“*Experiência **do concorrente***”, com referência aos serviços prestados pelo “concorrente” no período de 2012 a 2016 e de natureza semelhante à do objecto do concurso.

Como se vê, o Programa do Concurso não facilita a comprovação da experiência do concorrente através da experiência de empresas detidas pela concorrente, ou, melhor dizendo, de sociedades de que a concorrente, por seu turno, seja sócia. O que ele quer é que seja a “**sociedade concorrente**” a mostrar a (*sua*) experiência que ela (*apenas ela*) detêm no âmbito do objecto do concurso. Se quisesse que a experiência pudesse ser feita através de entes terceiros (sucursais, subsidiárias, filiais, etc.) tê-lo-ia permitido expressamente através de formulas mais ou menos deste tipo

“Apresentação breve da experiência da sociedade concorrente, por si ou por intermédio de sucursais, subsidiárias ou filiais”.

De resto, nem sequer o caso traduz uma situação que caracterize a existência de empresas sucursais, subsidiárias ou filiais. Na verdade, estas sociedades (“*B Serviços Técnicos e de Energia, Limitada*” ou em inglês “*B Technical and Energy Services, Limited*” e também “*X Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, Limitada*” ou, em inglês, “*X Facilities Management Company Limited*”) são entidades autónomas, com vida própria, com administrações independentes e com objecto e actividades não necessariamente coincidentes com o da ora recorrida particular “B”, embora delas esta seja também sócia, conforme se pode bem verificar a fls. 194-218 e 219-226).

A título de exemplo, o mesmo se passa quando uma sociedade por quotas adquire a maioria do capital das acções de uma determinada sociedade anónima. Não é a aquisição das acções que permite a uma sociedade por quotas, por exemplo, arrogar-se dotada da experiência da anónima, que continua a ter a sua existência social juridicamente autónoma.

Não esqueçamos que a sociedade concorrente mantém uma personalidade jurídica própria e distinta daquela de que dispõem as empresas de que ela seja sócia.

E quanto às sucursais e filiais (mas estas em apreço efectivamente nem sequer o são), em princípio só dispõem de *personalidade judiciária* para demandar ou ser demandadas quando a acção proceda de factos por elas

praticados (art. 41º, nº1, do CPC), sendo que nos restantes casos, e excluído o do nº2, do citado preceito, só a intervenção da administração principal e a ratificação ou repetição do processado sana a falta do pressuposto (nº3, do art. 41º). E isto é assim no plano judiciário, mas nem sequer o é já no plano jurídico-substantivo, pois a sucursal não dispõe de personalidade jurídica. Com efeito, “A ausência de personalidade jurídica habilita a distinguir a *sucursal* da *filial*. Esta é um sujeito de direitos, com personalidade jurídica, vale dizer, dependente economicamente da sociedade-mãe, mas possuidora de autonomia jurídica. A autonomia da *sucursal* é de difícil determinação, pois que tal é um problema fundamentalmente económico antes de ser um problema jurídico. Pode dizer-se que toda a *sucursal* deve dispor de instalações permanentes – do direito (real ou obrigação) a um local – e ser gerida por uma pessoa física que tenha poderes para obrigar a sociedade ou, em geral, o titular da empresa, em face de terceiros.

Dizer isto é dizer que as *sucursais*, em razão da sua autonomia de gestão, dispõem de uma *clientela* própria, ou seja, constituem um distinto estabelecimento da empresa; além disso, dispõem de personalidade judiciária (artº 7º/1 CPC). O que mais não significa que as *sucursais* são *estabelecimentos* (comerciais ou industriais) *secundários*, titulados por entes com personalidade jurídica (pessoas humanas, sociedade comerciais, ...) – v.g. no sector bancário, dos seguros, etc. – que, exercendo o mesmo tipo de actividade do *estabelecimento principal* permitem a expansão da actividade económica do titular deste último, podendo ser autonomamente negociados (v.g., *trespasse*), pois que apresentam o conteúdo mínimo para, em face do escopo que perseguem, continuarem a exercer a mesma actividade [agora sob a orientação de um outro titular], na medida em que continuam a projectar os valores da organização e exploração – reconhecidas pelo público – que já indiciavam a sua existência ou vida na pessoa do anterior titular. (...)” (Remédio Marques, *Direito Comercial - Introdução. Fontes. Actos de comércio. Comerciantes. Estabelecimento.*

Sinais distintivos, Editora REPROCET, Coimbra/1995, pág. 442; tb. *Ac. do TCA de 4/10/2012, Proc. n.º 09099/12*)².

Podemos, em suma, afirmar que não existe uma transmissão automática da experiência empresarial de cada uma daquelas sócias para a sociedade concorrente “B”. Dito de outro modo, não encontramos aqui uma situação que configure nenhum grupo de sociedades, nenhuma situação de domínio de uma sobre outra, nenhuma situação reveladora de uma sociedade-mãe que responda pela sociedade-filha ou nenhuma sociedade-filha que actue em nome e em favor da sociedade-mãe.

Temos assim que concluir que neste concurso foi tida em conta na esfera da concorrente “*B-Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, S.A.*” uma experiência que era de terceiros. Andou mal pois a Comissão, violando, por isso, o Programa do Concurso no art. 9º, n.º3, tal como defendido pela recorrente (ver conclusões 43^a-51^a da p.i.).

*

3.1 – Sustenta ainda a recorrente que a Comissão de Avaliação, na reunião tida em 26 e 27 de Setembro de 2016, deliberou uma metodologia concreta para a avaliação, tendo elegido para a densificação do critério da

² Sobre a natureza ainda das sucursais, vide, v.g., o *Ac. do STA de 21/05/2008, Proc. n.º 0191/08: do TCA/Sul, de 4/10/2012, Proc. n.º 09099/12*.

Em Portugal, o Tribunal de Contas julgou inadmissível a apresentação concorrencial de propostas apresentadas pela sociedade mãe e da sucursal no mesmo concurso: Ac. de 28/04/2009, Proc. n.º 47/09, Acórdão n.º 96/2009. Por seu turno, o TCA/Sul teve oportunidade de dizer que a apresentação de propostas distintas pela sociedade-mãe e sociedade-filha não integra necessariamente a noção de concorrência desleal, salvo no caso de concorrência concertada (Ac. do TCA de 11/08/2010, Proc. n.º 05146/09).

“*experiência anterior da concorrente*” a atribuição de 4 e 6 valores referentes, respectivamente, ao *local* e ao *tipo de serviço* anterior que cada concorrente tenha sido prestado no parágrafo E1) e E2) do anexo à acta da reunião.

E que a contra-interessada foi contemplada com a pontuação de 10 pontos, obtendo os valores máximos possíveis nos itens “localização” e “tipo de serviço”, que assim foram privilegiados em detrimento do critério “Conteúdo do serviço” previsto no art. 16º, nº2, (3), al. 2), do Programa do Concurso.

E considera, neste plano, que a atribuição de 4 pontos à “B” no item “Local do serviço” viola o programa, uma vez que apenas ela prestou serviço em aeroporto e hotel uma única vez, quando a recorrente provou ter prestado serviço em portos na sequência de 11 contratos. Em sua opinião, os 4 pontos deveria ter sido atribuídos a si e não à adjudicatária.

Como se vê, a recorrente não comina de inválidos os referidos critérios, apenas imputa a invalidade à deliberação que estabelece a pontuação dos concorrentes no confronto entre a sua e a proposta da vencedora “B”.

Mas, quanto a isto, a recorrente não está a ver bem a questão, se nos é permitido dizê-lo assim. Com efeito, se ela apresentou experiência em portos, obteve nesse item o máximo que podia obter para o local de prestação de serviços “Porto, Aeroporto, Instituto de Hospital”. Nesse plano obteve 3 pontos, tal como a “B”, de resto.

Mas, por outro lado, a “B” também apresentou experiência em hotéis. O que, segundo a alínea E1), 2 do referido anexo, podia ser avaliado até ao máximo de 2 pontos. Ao ter atribuído à “B” recebido 4 pontos contra os 3 da recorrente, não vemos que motivo haja para proceder a censura à deliberação da Comissão, ficando assim explicada a divergência pontual entre as suas propostas.

*

3.2 – Nos arts. 70º a 79º da p.i., a recorrente insurge-se, ainda, contra a atribuição à “B” de 6 pontos no critério do parágrafo E2), al. 2), quanto ao *tipo de serviços prestados* alegadamente por essa concorrente à “X”, “G” e à “H Macau”, negando que, de acordo com as cartas juntas, ela tenha realizado os serviços que disse ter prestado nas 12 categorias de serviços previstas no aludido item. Teria havido, por isso, uma violação das normas do Programa do Concurso.

Como se sabe, a *“actividade de valoração das propostas insere-se na margem de “livre” apreciação ou de “prerrogativa” de avaliação que assiste ao decisor, cuja sindicância pelo tribunal, em caso de alegação de errado juízo valorativo, quanto ao mérito daquelas, se deve limitar ao erro grosseiro ou manifesto e/ou ao desrespeito dos princípios gerais de direito que constituem limites internos à discricionariedade”* (em direito comparado, o Ac. do STA, de 25/05/2004, Proc. nº052/04).

Na verdade, porque *“a valoração e pontuação das propostas em procedimento concursal insere-se na “margem de livre apreciação” ou*

das “prerrogativas de avaliação” atribuída à entidade que a elas procede a qual, para uns, “decorre do exercício da chamada discricionabilidade técnica, ou do puro exercício de um poder discricionário” e, para outros, da aplicação “de conceitos vagos, elásticos ou indeterminados, para cujo preenchimento, a administração emite juízos de valor de carácter eminentemente técnico-especializado, juízos de prognose de experiência, com intervenção de necessários elementos subjectivos.” E, porque assim era, quando nessa actividade estivesse apenas em causa “a apreciação de conceitos naturalísticos, de pura dedução lógico-formal, compreende-se que o tribunal não faça um controlo jurisdicional pleno, não indo além da dimensão garantística ou formal da decisão administrativa, não podendo, (.....), substituir pelos seus os juízos e as valorizações empreendidas pela administração.” (Ac. do STA 20.3.03, Proc. n.º 1561/02 e de 30/06/2011, Proc. n.º 0191/11).

Esta é, de resto, a posição que este tribunal já tomou sobre o assunto (v.g., *Ac. do TSI, de 21/09/2006, Proc. n.º 201/2004*).

Contudo, e tal como referem os contestantes e o digno Magistrado do MP, não se vê que a análise destas diversas categorias de serviços tenha sido efectuada pela Comissão em manifesto erro ou desrazoabilidade.

Neste aspecto, pois, não se descortina o apontado vício.

Contudo, a inviabilidade deste vício em nada prejudica a procedência do vício caracterizado no ponto 2 supra e, conseqüentemente, a procedência do recurso contencioso nessa parte.

*

4 – Importa agora voltar ao *pedido cumulado*.

Ele tinha em vista que o tribunal condenasse a Administração à prática de novo acto que procedesse:

- a) - À exclusão da proposta apresentada pela adjudicatária “B”;
- b) - À exclusão da proposta apresentada pela concorrente “C”;
- c) - À desconsideração das cartas apresentadas pela adjudicatária “B” a que se refere o art. 9º, nº3, al. b), do Programa do Concurso;
- d) - Ao recálculo da pontuação obtida pela Recorrente no que respeita ao parágrafo E1 do anexo I da acta da 2ª reunião da Comissão para a Avaliação das Propostas e adjudicação do serviço à recorrente;
- e) - Ao recálculo da pontuação obtida pela Adjudicatária no que se refere ao parágrafo E2 do anexo I da acta da 2ª reunião da Comissão para a Avaliação das Propostas e adjudicação do serviço à recorrente.

Quanto aos itens das alíneas a) a c), eles estão prejudicados pelo que se disse e concluiu no capítulo II-4º, em virtude de a matéria em apreço não poder ser apreciada no âmbito do presente recurso contencioso.

Quanto aos itens d) e e), o tribunal está impedido de fazer administração activa e de se substituir à Administração na avaliação do mérito das propostas em concurso. Aliás, e reafirmando o que há pouco já adiantámos,

a avaliação das propostas não é sequer matéria vinculada, de modo que ao tribunal apenas cabe o controlo da legalidade, sendo excluído dos seus poderes de conhecimento o controle de mérito, salvo nos casos em que exista *erro grosseiro* no juízo de mérito efectuado pela Administração e exceptuando ainda a sindicabilidade dos vícios respeitantes a aspectos legalmente vinculados do concurso, o que não é o caso.

Portanto, o tribunal apenas pode julgar procedente o pedido no sentido de se determinar a prática de um novo acto administrativo que proceda ao recálculo da pontuação obtida pela recorrente e pela adjudicatária no que respeita aos parágrafos E1) do Anexo I da acta da 2ª reunião da Comissão para a Avaliação das Propostas.

V – Decidindo

Face ao exposto, acordam em:

- 1 - Julgar procedente o recurso contencioso e, em consequência, anular o acto administrativo sindicado;
- 2 - Julgar parcialmente procedente o pedido cumulado e, em consequência, determinar a prática de um novo acto administrativo que proceda ao recálculo da pontuação obtida pela recorrente e pela adjudicatária no que respeita aos parágrafos E1) do Anexo I da acta da 2ª reunião da Comissão para a Avaliação das Propostas.

Custas:

- Pela contra-interessada “B-Gestão, Operação e Manutenção de Instalações, SA” com taxa de justiça em 5 UCs;
- E pela recorrente, com taxa de justiça em 2 UCs.

TSI, 28 de Setembro de 2017

José Cândido de Pinho

Tong Hio Fong

Lai Kin Hong

Mai Man Ieng