TRIBUNAL DE RECURSO
Rua Caicoli Dili-Timor-Leste
Tlf. 3331148/3331149

processo NUC. 0098/17.TRDIL
(01/RO.VP/2015/CC)
Secção de Processo

CERTIDÃO

Certifico que,

a. Pela Secção acima indicada, correm termos os autos de Processo com o **NUC.** 0098/17.TRDIL, Processo Recurso Camara de Contas.

b. As fotocópias que seguem são fiel dos originais de 71 folhas acordão existente nos autos, e vão por mim rubricadas e numeradas com o carimbo em uso neste Tribunal

c. Foi enviado e destina-se ao Representante Coordenador La'o Hamutuk : Sra. Marta da Silva.

Dili, 20 de Agosto de 2017
O Oficial de Justiça

Manuel Francisco

ACÓRDÃO Nº 1, de 18 de Julho de 2017 – Plenário do Tribunal de Recurso

RECURSO ORDINÁRIO Nº 01/VP/2015/CC

PROCESSO Nº 011/VP/2015/CC

RELATOR: JUIZ CONSELHEIRO ALBERTO BRÁS.

Acordam os Juízes da Câmara de Contas, em Plenário/Tribunal de Recurso:

I. RELATÓRIO

1.

Rui Maria de Araújo, Primeiro-Ministro da República Democrática de Timor-Leste [representando o Conselho de Ministros], **Alfredo Pires,** Ministro do Petróleo e dos Recursos Minerais da República Democrática de Timor-Leste [ainda em representação do Conselho de Ministros] e **Kay Rala Xanana Gusmão,** Ministro do Planeamento e Investimento Estratégico da República Democrática de Timor-Leste [também em representação do Conselho de Ministros] interpuseram recurso do acordo do colectivo de Juízes da Câmara de Contas do Tribunal de Recurso, proferido em 23.10.2015, e que recusou o visto ao contrato relativo à conceção e construção da Base de Abastecimento de Suai, celebrado em 27.8.2015 entre o Estado de Timor-Leste e o consórcio empresarial HDEC-HEC e com o valor de USD 719.212.000 [setecentos e dezanove milhões e duzentos e doze mil dólares americanos].

405

II.

2.

No âmbito das suas alegações, os recorrentes concluem como segue:

"I. DA QUESTÃO PRÉVIA:

1. *O douto Acórdão de recusa do visto ao Contrato referente à Concepção e Construção da Base de Abastecimento do Suai, é datado de 23 de Outubro de 2015, tendo sido comunicado a uma das partes com legitimidade para recorrer do mesmo, o Ministro do Petróleo, a 27 de Outubro.*

2. *A Câmara de Contas nunca notificou o Conselho de Ministros da sua decisão, enquanto entidade com competência para recorrer, estando a tal obrigada.*

3. *O prazo para emissão da recusa de visto terminou a 26 de Outubro.*

4. *Até essa data, nenhuma das entidades com competência para recorrer teve conhecimento da decisão de recusa do visto.*

5. *Tendo por conseguinte a Câmara de Contas violado o disposto no nº 2, do artigo 65º da Lei nº 9/2001, de 17 de Agosto pois, "a decisão de recusa de visto, ou pelo menos o seu sentido deve ser comunicada no próprio dia em que foi proferida".*

6. *Não o tendo efectuado, e tendo somente notificado o Ministro do Petróleo a 27 de Outubro, isto é, 1 dia depois do prazo legal para a decisão, deve, a Câmara de Contas considerar que o visto ao Contrato referente à Concepção e Construção da Base de Abastecimento do Suai foi tacitamente conferido.*

7. *Acresce que o Conselho de Ministros, enquanto órgão constitucional com competência legal para autorizar a adjudicação e assinatura do contrato, e consequentemente com competência, poder e direito de recurso da decisão de recusa de visto NUNCA foi notificado do Acórdão ora recorrido.*

8. *A falta de notificação do Conselho de Ministros, origina uma nulidade insanável do douto Acórdão.*

9. *E, em consequência, deve a Câmara de Contas considerar que foi emitido Visto Tácito ao Contrato referente à Concepção e Construção da Base de Abastecimento do Suai.*

Não se considerando como tal, e à cautela, apresentam as Recorrentes:

II DAS RAZÕES DE FACTO

10. *Adere-se integralmente aos factos assentes descritos sob os números 1 a 22 e número 23.*

11. *Impugna-se o facto número 22, pois o objectivo da visita da equipa mista à República da Coreia não foi o de se certificar das condições de elegibilidade do consórcio HDEC-HEC.*

12. *Antes sim, tratou-se de uma visita habitual ao primeiro classificado em projectos com importância idêntica ao projecto cujo contrato o visto foi recusado e tem como objectivo conhecer o consórcio, projectos semelhantes por si desenvolvidos*

e contactar as autoridades locais com o objectivo de recolher informações sobre a sustentabilidade da empresa melhor classificada.

13. *Conclui-se ainda, pela impugnação de todos os factos cujo Acórdão, sem razão justificativa, controverta aquando da exposição da matéria de direito, contrariando os previamente assentes.*

III. DAS RAZÕES DE DIREITO

III.A. O CONSÓRCIO HDEC-HEC APRESENTOU DOIS PREÇOS NA SUA PROPOSTA?

14. *O Júri do Concurso, no exercício das suas competências próprias, aceitou a proposta financeira da HDEC-HEC, no valor total de US $ 789.307.000. O Júri do Concurso não relevou qualquer nota adicional que a concorrente tenha anexado à sua proposta relativa à taxa de impostos a ser aplicada, uma vez que, o programa de concurso é claro e objectivo, ao determinar que o preço total, deve incluir todas as taxas e impostos a serem pagos.*

15. *O Júri do Concurso, no exercício das suas competências próprias, aceitou a proposta financeira da AFCons, no valor total de US $ 799.900.001. O Júri do Concurso não relevou qualquer nota adicional que a concorrente tenha anexado à sua proposta relativa à taxa de impostos a ser aplicada, uma vez que, o programa de concurso, é claro e objectivo, ao determinar que o preço total, deve incluir todas as taxas e impostos a serem pagos.*

16. *O Júri do Concurso analisou e classificou as propostas financeiras de ambas as concorrentes, tal como as mesmas foram formuladas em modelo próprio constante do programa de concurso.*

17. *Da avaliação financeira, resultou a seguinte classificação: HDEC-HEC - 2000 pontos; AFCons - 1973 pontos.*

18. *Da avaliação combinada, isto é, combinando a avaliação técnica das propostas juntamente com a avaliação financeira das mesmas, resultou a seguinte classificação: 1ª Posição: HDEC-HEC com 4835 pontos; 2ª Posição AFCons com 4604 pontos.*

19. *Assim, o Júri do Concurso nunca relevou na análise das propostas qualquer nota que estivesse em anexo às propostas financeiras e respeitantes às taxas de imposto a serem cobradas.*

20. *Pelo que não pode ser considerado que houve apresentação de dois preços, ou de duas propostas, quer pela concorrente HDEC-HEC, quer pela concorrente AFCons.*

Não obstante,

21. *Posteriormente, o Júri do Concurso confrontou a concorrente classificada em 1º lugar que a sua proposta financeira era 31% acima do montante orçamentado pelos consultores EastLog.*

22. *Igualmente, obteve um esclarecimento TIMOR GAP sobre a taxa de retenção na fonte a ser aplicada, tendo esta comunicado que deveria ser aplicada a taxa normal, isto é, que não seria aplicável a taxa especial das actividades petrolíferas.*

23. *Considerando a possibilidade conferida pelo artigo 37-A do Regime Jurídico do Aprovisionamento, e munidos das conclusões estatuídas em 17 e 18 supra, o Júri do Concurso questionou se a concorrente classificada em primeiro lugar estaria em condições de reduzir a sua proposta.*

24. *A concorrente, reduziu o preço em cerca de 60 milhões de USD.*

25. *A ilustre Câmara de Contas considera que essa redução do preço proposto é superior à redução da taxa de retenção na fonte, pelo que se fosse equivalente, a empresa só poderia ter reduzido a sua proposta de preço em metade desse valor.*

26. *Contudo, a ilustre Câmara esquece que da aplicação do regime fiscal do sector petrolífero não implica somente uma redução da taxa de retenção na fonte. Implica igualmente um desagravamento de vários impostos.*

27. *Tal como parece ignorar, que não é uma competência do Júri do Concurso certificar-se que os concorrentes calcularam bem ou mal as taxas de imposto.*

28. *Antes sim, é uma competência do Júri do Concurso tentar obter a melhor proposta técnica ao menor preço possível.*

29. *E foi exclusivamente com base nesse critério que o Júri do Concurso agiu.*

30. *Acresce que esta decisão significou uma poupança superior a 60 milhões de dólares norte-americanos, e que o douto Acórdão considera um "desrespeito pelo procedimento concorrencial com impacto no resultado financeiro do contrato".*

31. *Sem qualquer dúvida afirmamos que resultou efectivamente um impacto financeiro superior a 60 milhões de dólares norte-americanos.*

Um impacto financeiro que permitirá poupar mais de 60 milhões de dólares norte-americanos aos cofres do Estado.

Um impacto financeiro que permitirá poupar mais de 60 milhões de dólares norte-americanos aos contribuintes.

Um impacto financeiro que permitirá reverter mais de 60 milhões de dólares norte-americanos para outros projectos necessários ao desenvolvimento do país.

32. *Motivos pelos quais se deve considerar a deliberação do Júri do Concurso de aceitação do preço apresentado pelo consórcio adjudicatário como válida, legal e devidamente fundamentada pelo interesse público que visou proteger.*

III.B. Violou o Júri do Concurso o Princípio da Igualdade?

33. *Aquando da avaliação técnica da proposta da AFCons, o Júri do Concurso deparou-se com a condição por esta apresentada de "o projecto de qualificação é para o desenvolvimento de infraestruturas", e que "os impostos aplicáveis são considerados segundo o regime não petrolífero".*

34. *Perante tal condição o Júri do Concurso poderia: i) ter deliberado excluir a AFCons por ter entregue uma proposta técnica sob condição, OU ii) solicitar esclarecimentos sobre a referida condição.*

35. *O Júri do Concurso nunca solicitou o retirar da condição formulada.*

36. *Tendo a AFCons, livremente, decidido retirar a mesma.*

37. *O Júri do Concurso não solicitou qualquer esclarecimento relacionado com qualquer condição à HDEC-HEC, pois esta não apresentou qualquer condição na sua proposta técnica.*

38. *Posteriormente, aquando da avaliação das propostas financeiras, ambas as concorrentes apresentaram um anexo às suas propostas financeiras, com menção sobre o regime fiscal que ambas considerariam que se aplicaria.*

39. *O Júri do Concurso ignorou os anexos apresentados por ambos os concorrentes, pois considerou que, nos termos do Programa de Concurso, cabe a estes incluir no preço final proposto todos os montantes que estes considerem devidos como taxas ou impostos.*

40. *Em ambos os momentos do procedimento (isto é, quer aquando da avaliação da proposta técnica, quer aquando da avaliação da proposta financeira), o Júri do Concurso tratou ambas as concorrentes em igualdade de circunstâncias.*

41. *Não sendo possível concluir por qualquer violação do Princípio da Igualdade.*

III.C. Violou o Júri do Concurso o Princípio da Igualdade ao não proceder à negociação com ambos os concorrentes?

42. *O douto acórdão reconhece existir uma redacção dúbia do artigo 37ºA do RJA, questionando se deve o Júri do Concurso, após a classificação final dos concorrentes, abrir um período de negociações com todos os concorrentes.*

43. *Apesar de o Acórdão referir que as negociações com todos os concorrentes é a única interpretação possível derivada de uma interpretação sistemática da disciplina do RJA, os Recorrentes discordam.*

44. *E discordam, pois consideram que o período de negociação só é aberto após a classificação final de todos os concorrentes (e não na fase de pré-qualificação como por vezes parece fazer crer o douto Acórdão), isto é, após se ter efectuado a avaliação técnica das propostas e avaliação financeira das mesmas.*

45. *Originando-se, consequentemente, uma ordenação final dos mesmos.*

46. *Assim, entende-se que cabe ao Júri do Concurso entabular negociações com o primeiro classificado com o objectivo de, uma vez mais, tentar obter a melhor proposta técnica ao melhor preço possível.*

47. *Na mera suposição teórica, se o fizesse com todos os concorrentes, aniquilaria a classificação efectuada das propostas financeiras. Por outras palavras, seria como se nunca tivessem existido propostas financeiras e todos os concorrentes voltariam a apresentar propostas financeiras ab initio.*

48. *Não sendo essa a interpretação que deve ser dada à letra da lei, julgamos pois que o Júri agiu correctamente.*

49. *Reforça tal interpretação, pois esse é o procedimento adoptado pelas organizações internacionais de que o Estado faz parte, bem como a conclusão que se pode estatuir de outros procedimentos de fiscalização da Câmara de Contas.*

50. *Reforça igualmente tal interpretação o próprio texto do artigo 37ª, nº 2 quando este refere que as negociações "quando sejam feitas a mais do que um concorrente". Interpretando a norma a contrario sensu, podemos concluir que a negociação pode então ser igualmente feita com mais do que um concorrente.*

51. *Concluindo-se pela não violação de qualquer norma procedimental, nem do Princípio da Igualdade.*

III.D. O montante da garantia bancária prestada pelo adjudicatário é correcto?

52. *Considera o douto Acórdão que a garantia bancária prestada para a execução do contrato não corresponde a 10% do valor do contrato sujeito a visto prévio.*

53. *No entanto, e considerando-se que se trata de uma garantia de execução do contrato, o douto Acórdão parece não relevar que o montante a ser executado de imediato é inferior ao montante total da adjudicação e da assinatura do mesmo.*

54. *Essa diferença resulta da existência de uma opção ALB. Opção essa que garante ao Dono da Obra a opção de nos primeiros 180 dias de execução do contrato requerer a execução dos trabalhos descritos na opção ALB.*

55. *Assim, a garantia solicitada ao adjudicatário foi a correspondente ao do valor do contrato, excluindo o valor da opção ALB, pois esse é o valor que ao momento é certo que irá ser executado.*

56. *Exigir uma garantia de valor superior, significa igualmente maiores custos para o erário público.*

57. *Motivos pelos quais, considera-se correcto o valor de garantia bancária prestada, garantindo ao Ilustre Tribunal que caso venha a accionar a opção ALB, irá consequentemente actualizar o montante da garantia de execução prestada pela adjudicatária.*

III. Está o Consórcio Adjudicatário impedido de participar ou não reúne as condições de elegibilidade?

58. *O Consórcio Adjudicatário não preenche qualquer das condições previstas no artigo 292 do RJA que o impeça ou seja causa para a sua desqualificação.*

59. *Não está incluído nas listas de proibição de contratação de nenhuma das organizações internacionais que o Estado faça parte.*

60. *Não se podendo concluir pelo preenchimento de qualquer condição de impedimento à participação no processo de aprovisionamento nem de ser parte contratante de um contrato público com o Governo.*

61. *Motivos pelos quais, não deve ser recusada a emissão do visto com fundamento em condições de inelegibilidade ou impedimentos inexistentes.*

IV. DO INTERESSE PÚBLICO

62. *O Parlamento Nacional aprovou o Plano Estratégico de Desenvolvimento 2011 - 2030, que define a Base de Abastecimento do Suai, objecto deste contrato, como a pedra basilar de todo o projecto de desenvolvimento quer da indústria petrolífera no país, quer do projecto de desenvolvimento que preconiza para a costa Sul.*

63. *Os eventuais erros identificados pela Câmara de Contas ao processo de aprovisionamento conducente ao contrato cujo o visto foi recusado, são, na opinião dos Recorrentes, erros originados pela frágil regulação do Regime Jurídico do Aprovisionamento, não sendo nenhum deles, conforme supra exposto, susceptíveis de aplicação de um trato de nulidade.*

64. *Acresce a firme convicção dos Recorrentes que o Júri do Concurso agiu ao longo do procedimento de aprovisionamento, tendo como norte o desenvolvimento integrado da Costa Sul, através do melhor projecto conducente à construção da Base de Abastecimento do Suai.*

Isto é, agiu na convicção que prosseguia o interesse público.

65. *Recusar o visto ao contrato ora em preço, comportará prejuízos incalculáveis para o País quer pela necessidade de repetição de todo o procedimento, quer pelo atraso a que condenará todo o processo de desenvolvimento programado.*

66. *Os Recorrentes, certos que a Câmara de Contas, na prossecução dos objectivos que estão legalmente cometidas, é igualmente um parceiro no desenvolvimento sustentável do país, apresentam o presente Recurso."*

Terminam, advogando que a fundamentação invocada legitima a procedência da questão prévia suscitada, o que, em consequência, determinará que o contrato em causa se mostra tacitamente visado, ou, assim não se entendendo, os recorrentes, na invocação dos artigos 73º e seguintes da Lei nº 9/2011, adiantam, ainda, que os fundamentos aduzidos sustentam, de modo bastante, a revogação do acórdão recorrido e, decorrentemente, a concessão do visto ao contrato, com a necessária produção dos correspondentes e legais efeitos.

3.

Uma vez notificado, o **Ministério Público**, apoiado no artigo 76º, nº 1, da Lei nº 9/2011, de 17.8., emitiu parecer, aí vertendo a argumentação seguinte:

- A Câmara de Contas emitiu decisão no prazo legalmente previsto para o efeito, não ocorrendo, pois, a formação de visto tácito;
- A alegada e invocada nulidade do acórdão não merece provimento;
- *"A análise de mérito do recurso deve considerar o princípio da identidade do desvalor jurídico entre o contrato e os actos administrativos de que haja dependido a sua celebração, correlacionado com o regime legal da nulidade e da anulabilidade"*

4.

Foram colhidos os vistos legais.

III. Da Fundamentação.

Dos Factos.

5.

Para além da factualidade identificada em 1., e com relevância, considera-se ainda assente a materialidade seguinte:

a.

A celebração do contrato referente à conceção e construção da Base de Abastecimento do Suai foi aprovada por deliberação do Conselho de Ministros tomada em reunião ordinária ocorrida em 11.6.2015, sendo que o procedimento de aprovisionamento escolhido e que o antecede foi o concurso público internacional, por sua vez, precedido de uma fase de pré-qualificação [lançada em maio de 2013];

b.

O projeto a que respeita o presente contrato compreende a conceção e a construção da 1ª fase da base integrada de abastecimento multiusos, localizada no SUAI, e para apoio às instalações "offshore" de gás e de petróleo.

E as obras correspondentes incluem, ainda, o desenvolvimento de cerca de 40 hectares de terreno, instalações marítimas, construção de um quebra-mar e trabalhos associados de mecânica e de eletricidade.

Opcionalmente, e como parte integrante do objeto do contrato, mostra-se prevista a construção de um cais líquido adicional (ALB), a dragagem da bacia do porto, a edificação de um cais para gás líquido (GPL) e a construção de estradas de acesso.

c.

O processo de aprovisionamento foi conduzido pela Comissão Nacional de Aprovisionamento, integrada no Ministério do Planeamento e Investimento Estratégico, assessorada pela empresa "*EastLog, Ltd*", sedeada em Singapura.

d.

Na fase de pré-qualificação foram selecionadas cinco empresas [HDEC-HEC, *Essar Projets*, AFCons, *Bam International* e *San José, Co.*], sendo que destas, apenas apresentaram propostas técnicas o consórcio HDEC-HEC e as empresas AFCons e *Bam International*.

e.

A avaliação técnica das propostas foi elaborada pela empresa consultora *EastLog*, ultimada pela Comissão Nacional de Aprovisionamento e, finalmente, aprovada pelo Conselho de Ministros.

f.

O consórcio e as empresas [HDEC-HEC, AFCons e *Bam International*] que apresentaram proposta técnica obtiveram a classificação seguinte:

HDEC – HEC	- 2835 pontos;
AFCons	- 2631 pontos;
BAM International	- 2387 pontos.

A empresa BAM International foi excluída do procedimento, por obtenção de pontuação inferior a 69% no critério C.

g.

As concorrentes admitidas apresentaram, **no domínio do preço**, as propostas constantes do quadro que segue:

Empresa	Preço	Obs. dos candidatos
HDEC-HEC	USD 682.959.000 (obras) USD 106.348.000 (ALB-opção) USD 789.307.000 (total)	A concorrente declara que calculou o seu preço com base em imposto de 6%. Se a taxa do imposto for de 4% para consultoria e 2% para obras, o preço será reduzido de USD 51.923.000 para obras e de USD 8.172.000 para a opção ALB.
AFCons	USD 698.784.673 (obras) USD 101.115.328 (ALB-opção) USD 799.900.001 (total)	A concorrente declara que o seu preço presume que não será aplicável a taxa correspondente ao regime petrolífero (6%).

h.

Presente a pontuação técnica obtida pelas empresas concorrentes e relacionando-a, proporcionalmente, com a pontuação obtida em razão da componente financeira das propostas, aquelas obtiveram as classificações que se vertem no quadro seguinte:

Empresa	Pontuação técnica	Pontuação financeira	Pontuação final
HDEC-HEC	2.835	2.000	4.835
AFCons	2.631	1.973	4.604

O consórcio HDEC-HEC obteve, assim, a melhor classificação em sede de avaliação final [que agrega, e, de modo conjugado, as propostas técnica e financeira] e, nessa medida, posicionou-se como futura adjudicatária.

420
4

i.

A Comissão Nacional de Aprovisionamento [doravante, CNA], no âmbito do procedimento e em sede de clarificação provinda da TIMOR GAP, confirmou que, nos termos da lei fiscal vigente [a Lei n.º 8/2008], a tributação do petróleo fixada pelo Estado não se aplica à obra em causa [Base de Abastecimento de Suai], pois trata-se de um projeto de construção. Daí que, e em consequência, o imposto a calcular seja de 2% para o montante referente a obras e 4% para o preço correspondente a serviços de consultoria.

j.

A CNA empreendeu negociações [antes da adjudicação e após a graduação final das propostas] com o consórcio HDEC-HEC, ordenado em 1.º lugar, daí resultando a redução do valor da proposta no montante de USD 10.000.000.

Presente o valor global – USD 729.212.000 – da proposta apresentada pelo consórcio HDEC-HEC, valor resultante da clarificação fiscal efetuada pela CNA e TIMOR GAP, o preço final da obra sob contrato orça em USD 719.212.000.

E, decompondo, eis o quadro seguinte:

HDEC-HEC	USD 682.959.000 – USD 51.923.000 = USD 631.036.000 (obras) USD 106.348.000 – USD 8.172.000 = 98.876.000 (opção ALB) Total= USD 729.212.000 USD 719.212.000 (com redução)

421
1

6.

Nos termos do artigo 459º, nº 1, alínea a), do Código do Processo Civil, aqui aplicável subsidiariamente [vd. artigo 61º, da Lei nº 9/2011, de 17.8.], considerando o alegado pelos recorrentes [vd. artigo 25º, das alegações de recurso] e porque a prova disponível no processo nº 11/VP/2015/CC o permite, altera-se e adita-se factualidade pela forma que segue:

a.

[altera e reproduz os nºs 22 e 23, da matéria de facto fixada no acordão recorrido].

Em ordem a conhecer das condições de elegibilidade do consórcio HDEC-HEC e de ajuizar da sua capacidade técnica e financeira, elementos da CNA e da TIMOR GAP, enquanto equipa mista, visitaram projetos em curso e sob a responsabilidade daquele consórcio e reuniram com autoridades da Coreia do Sul.

Destas reuniões, as referidas entidades concluíram que o consórcio HDEC-HEC não se encontrava, à data, impedido pelas autoridades públicas sul-coreanas de celebrar contratos de construção na Coreia do Sul [as restrições antes impostas e extensivas a 30 empresas deste país tinham sido objeto de suspensão por ordem do tribunal competente de Seul] e que as aludidas limitações não operavam internacionalmente.

b.

[Introduz factualidade disponível no processo nº 11/2015, também invocada nas alegações dos recorrentes e no acórdão recorrido, e necessária à elaboração do aresto em curso]

b.1

A percentagem de imposto aplicável aos valores do projeto em apreço não foi definida nos documentos do concurso e, nomeadamente, no caderno de encargos, impendendo sobre os concorrentes a equação e quantificação das atinentes obrigações tributárias.

Em consonância, a AFCons, concorrente graduada em segundo lugar, junta à sua proposta técnica uma nota onde presume como aplicável ao projeto em causa o regime fiscal não petrolífero, ao passo que o consórcio HDEC-HEC, graduado em primeiro lugar, também junta à sua proposta financeira um esclarecimento em que elege, como aplicável, imposto em percentagem de 6% sobre o valor global dos trabalhos, embora também considere convocáveis as percentagens de imposto no valor de 4% sobre o valor da consultoria e de 2% sobre o preço da componente "obras".

b.2

A nota referida em alínea que antecede e dirigida à CNA pelo concorrente AFCons mediante a carta de apresentação / recomendação T–359/GJ/3747, porque gerou dúvidas quanto ao objetivo pretendido com a sua junção [poderia admitir-se que se tratava de uma proposta técnica qualificada em razão do imposto aplicável, logo, passível de incumprimento], obrigou à solicitação de esclarecimentos por parte da CNA, tendo a concorrente AFCons, em resposta, peticionado que aquela menção junta à proposta técnica fosse ignorada.

423

b.3

Mostra-se comprovada a prestação de garantia bancária para a execução do contrato, emitida pelo Banco ANZ-Coreia, por sua vez, assegurada e confirmada por uma outra ainda emitida pelo banco ANZ-Timor-Leste [vd. fls.647, do processo nº 11/VP/2015/CC - Vol. 3.].

Do Enquadramento Jurídico

E

Correlativa Apreciação.

7.

Consideradas as conclusões extraídas em sede de alegações e que, por imperativo legal, delimitam o objeto do recurso, e presente a factualidade tida por assente, erguem-se, agora, questões de que importa conhecer e que identificamos como segue:

- Da alegada extemporaneidade da notificação da decisão da recusa do visto e a eventual formação de visto tácito;
- Da vindicada [em alegações de recurso] alteração da matéria de facto fixada no acórdão recorrido e com incidência no correspondente nº 22;
- Da apresentação [ou não] pelo consórcio HDEC-HEC de duas propostas, porventura alternativas, com expressão na vertente financeira;
- Da violação do princípio da igualdade, eventualmente materializada no tratamento discriminatório dos concorrentes e, ainda, na não negociação com o concorrente graduado em segundo lugar;

424

- Da garantia bancária prestada pela entidade adjudicatária e [in]adequação do preço vertido no contrato celebrado;
- O consórcio adjudicatário e a [in]verificação dos pressupostos de elegibilidade para concorrer a obras públicas;
- Considerações finais;
- Da concessão ou não do visto ao contrato.

Cumpre, pois, conhecer.

8. Questão prévia.

Da nulidade insanável, por inverificação da notificação do acórdão recorrido. Da alegada formação de visto tácito, por ocorrência do pressuposto legal contido no artigo 65º, nº 1, da Lei nº 9/2011, de 17.8.

a.

Ao longo das suas alegações, a entidade recorrente assevera que o Conselho de Ministros nunca foi notificado do acórdão que recusa o visto ao contrato, o que impede os membros do Governo que o constituem de exercer plenamente o seu direito ao recurso. E tal circunstância, ainda segundo as entidades recorrentes, confere ineficácia ao acórdão recorrido em razão de nulidade insuprível.

Por outro lado, e ainda segundo as entidades recorrentes, a notificação da recusa do visto terá operado extemporaneamente e em desrespeito pelo artigo 65º, da Lei nº 9/2011, de 17.8., o que conduzirá, inevitavelmente, à formação de visto tácito.

Vejamos se assiste razão aos recorrentes.

b.

Sob a epígrafe "*remessa dos processos ao Tribunal*", o artigo 62º, nº 5, da Lei nº 9/2011, de 17.8., dispõe que "*salvo indisposição em contrário ou delegação de competências, cabe ao dirigente máximo do serviço ou ao presidente do órgão executivo ou de administração o envio dos processos para fiscalização prévia ...*".

O contrato em apreço foi remetido a esse Tribunal e Câmara de Contas pela Comissão Nacional de Aprovisionamento, serviço da administração direta do Estado [vd. artigo 1º, do Decreto-Lei nº 14/2011 de 30.3.] e ora na dependência do Ministro do Planeamento e Investimento Estratégico e sob a respetiva superintendência.

A CNA é, assim, e jurídico-administrativamente, um serviço simples sem personalidade jurídica e judiciária.

Neste contexto, a Câmara de Contas, ao tempo da entrada do contrato em apreço, bem poderia questionar a competência da CNA para a sua remessa, porquanto, e em rigor, tal encargo recairia sob o "*dirigente máximo*" em funções no citado Ministério do Planeamento e Investimento Estratégico.

Mas não o fez, certamente por presumir a legitimidade da CNA para o referido envio.

426

c.

Aquando da notificação da decisão de recusa do visto, o Tribunal de Recurso/Câmara de Contas, **diligentemente**, assegurou que a mesma abrangesse a sobredita CNA e, ainda, o Ministério do Petróleo e Recursos Minerais.

O procedimento adotado revela suporte legal e é o adequado, pois, no caso, a competência para o envio do contrato a fiscalização prévia seria centrável em tais entidades.

E embora reconheçamos que o Conselho de Ministros é a entidade competente para aprovar a celebração do presente contrato, a tese perfilhada pelos recorrentes exigiria, no limite, que aquela notificação fosse efetuada, individualmente, a todos os ministros ou membros do Governo. O que, convenhamos, se intui como irrazoável, legalmente não exigível e, processualmente, desnecessário.

E, daí, a opção, pela notificação do Ministro do Petróleo e Recursos Minerais, autor do ato e real dono da obra, e, obviamente, membro do governo e do Conselho de Ministros.

Acresce, e cumpre vincar, que ao Tribunal de Recurso/Câmara de Contas, ainda em coerência com o disposto nos artigos 62º, nº 5, e 65º, nº 2, da Lei nº 9/2011, de 17.8., apenas se exige que a *comunicação* das suas decisões seja dirigida aos representantes máximos das entidades que submetem atos/contratos a fiscalização prévia.

Ao ordenar-se a comunicação [aliás, realizada] à CNA, órgão integrado no Ministério do Planeamento e Investimento Estratégico, e ao Ministério do Petróleo e Recursos Minerais, tal iniciativa, longe da restrição, exibe, até, manifesta excessividade.

De acordo com o exposto, é ajustado afirmar que, face aos citados artigos 62º e 65º da Lei nº 9/2001, a Câmara de Contas / Tribunal de Recurso não estava obrigada a comunicar ao Conselho de Ministros o teor do acórdão recorrido, embora se saiba que a este cabe autorizar a celebração do contrato. Donde, a inverificação de alguma ilegalidade, porventura geradora de nulidade.

De resto, nem se vislumbra alguma ofensa prática ao direito ao recurso, pois o Primeiro-Ministro e o Ministro do Planeamento e Investimento Estratégico figuram como recorrentes, fazendo-o, e sublinhe-se, em representação do Conselho de Ministros.

Por último, sempre se dirá que nesta parte, a alegação dos recorrentes é suscetível de colidir com o denominado princípio da boa-fé [vd., ainda, o artigo 6º-A da Lei do Processo Administrativo, e artigo 6º, do RJA], pois não é razoável que a Administração, deambulando pelo equívoco, se suporte em situação por si promovida e de duvidosa regularidade para, ao seu abrigo, vindicar, a final, a insuficiência da comunicação do acórdão recorrido.

Repetindo-nos, inverifica-se a prática de qualquer ato gerador de nulidade insanável.

Assim, e nesta parte, não assiste razão aos recorrentes.

d.

Por outro lado, e no encalço do alegado pelos recorrentes, lembramos, com relevância, que, nos termos do nº 1 do artigo 65º, da Lei nº 9/2011 de 17.8., "*os atos, contratos e demais instrumentos jurídicos remetidos à Câmara de Contas para fiscalização prévia consideram-se visados*[1] *se não tiver havido decisão de recusa do visto no prazo de 30 dias após a data do seu registo de entrada*", sendo que, nos termos do nº 3, daquela norma, o prazo de visto tácito suspende-se[1] na data do ofício que solicita elementos ou diligências até à data do registo de entrada das correspondentes respostas.

Reconhece-se que o pedido de visto deu entrada em 18.9.2015 e que a suspensão do prazo ocorreu entre 15.10. e 21.10.2015.

Por outro lado, é inequívoco que o limite do prazo para a notificação da recusa do visto operaria a 25.10.2015, mas, porque se trata de um domingo, tal limite ou fim do prazo transferiu-se para o dia útil seguinte, ou seja, 26.10.2015.

Consultados os ofícios veiculadores das notificações / comunicações [vd. fls. 746 e 747, do processo nº 11/VP/2015/CC, vol. 3], logo se constata que estas tiveram lugar em 26.10.2015 [e não em 27.10.2015, como alegam os recorrentes], o que se infere das menções de recebimentos aí inscritas e devidamente datadas e assinadas.

[1] Sublinhado nosso.

Acresce que, nos termos do nº 2, do artigo 65º, da Lei nº 9/2011, de 17.8., a comunicação da decisão da recusa do visto não exige particulares formalidades atinentes ao ato de notificação, bastando a prova inequívoca de que a transmissão de tal decisão foi levada ao efetivo conhecimento da entidade ou entidades que submeteram a visto prévio determinados atos ou contratos.

O que ocorreu no caso em apreço, tal como se infere da entrega material do acórdão em órgãos próprios da CNA e do Ministério do Petróleo e Recursos Minerais [de resto, tais notificações eram dirigidas ao Diretor da CNA e ao Ministro Petróleo e Recursos Minerais], não sendo este Tribunal e Câmara de Contas responsáveis por eventuais ausências de prontidão ocorridas no seio daqueles organismos e que poderão ter determinado atrasos na transmissão da decisão aos mencionados Diretor e Ministro.

e.

Consequentemente, e porque a comunicação da decisão de recusa do visto ao contrato operou no prazo de 30 dias sobre a data do registo de entrada deste no serviço competente, inverifica-se o pressuposto previsto no artigo 65º, nº 1, da Lei nº 9/2011, de 17.8., e consequentemente, não há lugar a visto tácito.

De igual modo, e repetindo-nos, não ocorre visto tácito em razão da não transmissão formal do acórdão recorrido ao Primeiro-Ministro e Conselho de Ministros, atenta a já fundada desnecessidade da correspondente comunicação e a ausência de norma que, no caso, a tal obrigue.

430

9. Da peticionada alteração da matéria de facto fixada no acórdão recorrido.

Os recorrentes, em sede de alegações, divergem da factualidade fixada no nº 22, do acórdão recorrido, advogando que a deslocação do CNA à República da Coreia não teve como objetivo a certificação das condições de elegibilidade do consórcio, mas integrou-se num procedimento habitual em processos de aprovisionamento, atenta a importância estratégica de que o procedimento em apreço se reveste. Pelo que, se peticiona a correspondente alteração.

Conforme anotámos em III, deste acórdão, conhecemos do alegado pelos recorrentes, nesta parte, tendo, em conformidade, procedido à adição da factualidade que alarga o âmbito da matéria inscrita no citado ponto 22 [adita-se materialidade referente à capacidade técnica e financeira do consórcio HDEC-HEC], embora mantendo a matéria reportada à certificação das condições de elegibilidade do consórcio adjudicatário.

A orientação assim expressa suporta-se na componente documental que acompanha o contrato submetido a fiscalização prévia.

Donde o acolhimento, mas apenas parcial, do alegado e peticionado pelos recorrentes.

10.Da apresentação [ou não] pelo consórcio HDEC-HEC de duas propostas, porventura, alternativas, com expressão no segmento financeiro.

a.

Ao entender-se no acórdão recorrido [vd. pág. 8] que o consórcio HDEC-HEC se apresentou a concurso com uma proposta financeira que se traduzia em dois preços

distintos, considerou-se, afinal, que aquele concorrente submeteu a concurso duas propostas marcadas, até, pela alternatividade, o que, ainda segundo aquele acórdão, constitui matéria subsumível aos artigos 29º, nº 1, alínea i), 67º, nº 1, e 84º, nº 2, alínea a), do RJA, normas que preveem a desqualificação e exclusão do procedimento de aprovisionamento.

Para além disso, e ainda segundo o acórdão recorrido, a violação daquele bloco normativo afeta, negativamente, o resultado financeiro do contrato, efeito decorrente da inobservância do princípio da concorrência.

Nas suas alegações, e sumariando, o recorrente diverge de tal entendimento, lembrando que, ao tempo da avaliação financeira das propostas, o Júri do Concurso não considerou a nota anexa à proposta financeira [fixava dois preços distintos, consoante fosse aplicável um imposto em uso no âmbito petrolífero (6%), ou, diferentemente, um imposto de 2% incidente sobre obras e de 4% sobre o preço dos serviços de consultoria], relevando apenas esta última, e que, só após a ordenação final dos concorrentes e no apelo a negociações permitidas pelo artigo 37º-A, do RJA, se logrou um preço final orçado em USD 729.212.000.

Assim, e segundo os recorrentes, não ocorre motivo para a desqualificação e/ou exclusão da proposta apresentada pelo consórcio HDEC-HEC, nem, por maioria de razão, para recusar o visto ao contrato.

Impõe-se, pois, indagar se o consórcio HDEC-HEC apresentou ou não duas propostas a concurso, porventura alternativas, e quais as consequências legais.

Cumpre, pois, conhecer.

b.

De acordo com a cláusula 14.5. do programa do concurso, os concorrentes estavam obrigados a indicar um valor global para a execução de todas as prestações objeto do contrato a celebrar e, nesse valor global, deveriam ser incorporados os custos inerentes à prestação de tal serviço, incluindo taxas e impostos.

Por outro lado, e segundo a cláusula 24.3. da secção 1 e ITB 14.4. da secção 2 do Programa do Procedimento, no concurso em apreço não são admitidas propostas alternativas ou variantes, sendo o preço fixo e insuscetível de ajustamento. Regras que são coerentes com o estabelecido nas normas constantes dos artigos 29º, nº1, alínea i), 67º, nº1, e 84º, nº 2, alínea a), todos do RJA.

É, ainda, imperioso reconhecer que o preço final do contrato adiantado pelo consórcio HDEC-HEC pressupõe uma redução que não decorre apenas da variação da percentagem do imposto [de 6% para 4% (consultoria) e 2% (obras)], mas vai além desta, superiorizando-a.

Finalmente, e porque relevante, importa lembrar que, nos termos do presente regime procedimental, a equação e quantificação dos impostos aplicáveis também impendia sobre os concorrentes.

Sob este enquadramento fáctico e normativo, prosseguiremos.

c.

Face à prova disponível, a proposta apresentada pelo consórcio HDEC-HEC constitui uma oferta substanciada por uma componente técnica [proposta técnica] e por uma outra componente de natureza financeira [proposta financeira], à semelhança do ocorrido com os demais concorrentes, e ainda por imperativo das regras inscritas no Programa do Procedimento / Caderno de Encargos e aqui aplicáveis.

A componente financeira da proposta fazia-se acompanhar de uma nota onde se declarava que o preço apresentado [USD 789.307.000] assentava na aplicação do imposto de retenção na percentagem de 6% e com referência à prática tributária decorrente do regime petrolífero, sendo que, a aplicar-se as percentagens de 4% para serviços de consultoria e de 2% para obras, o consórcio HDEC-HEC e ora concorrente reduziria, em USD 60.095.000, o valor global da proposta por si apresentada.

Pergunta-se:

Tal materialidade materializa dualidade de propostas, por forma cumulativa ou alternativa?

Vejamos.

d.

A dilucidação da questão equacionada passará, necessariamente, por esclarecer se aquela nota, ela própria, reúne virtualidades para configurar uma proposta autónoma e alternativa.

Ora, atendo-nos ao teor da mencionada "*nota*" e à natureza da relação que mantém com a proposta global apresentada pelo consórcio HDEC-HEC, afigura-se-nos que tal documento traduzirá, quando muito, uma informação, certamente adicional e dirigida ao dono da obra, no sentido de que, a adotar-se um imposto em percentagem inferior e não aplicável ao sector petrolífero [no caso, 4% para consultoria e 2% para obras], o preço sofreria uma redução de USD 53.923.000 relativamente à componente *obras* e de USD 8.172.000 para a opção ALB.

Não se trata, pois, de um valor global alicerçado num amplo e relevante reajustamento dos preços parcelares já encontrados e correspondentes à vastidão de componentes que integram a proposta [na vertente financeira], mas de um preço global e final a suportar num modelo tributário distinto e alternativo [e, claramente, mais favorável], posteriormente clarificado e fixado, em definitivo, pela entidade adjudicante [vd. o esclarecimento prestado, oportunamente, pela TIMOR GAP e divulgado no procedimento pela CNA – fls. 621, do Processo n.º 11/VP/2015/CC, 3º Vol.]

Dito de outro modo, e explicitando, a referida "*nota*" está longe de corporizar os elementos essenciais que o RJA [vd. artigo 64º] exige como requisitos da constituição e perfeição das propostas, circunstância que impede a consideração da mesma ["*nota*"] como uma oferta autónoma e também alternativa.

e.

Por outro lado, a "*nota*" que acompanha a proposta financeira do consórcio HDEC-HEC justificar-se-á, até, pela omissão, no domínio das peças procedimentais, de qualquer concretização do regime fiscal aplicável, o que era suscetível de gerar nos concorrentes incerteza e insegurança passiveis de reclamar suprimento. E importa

acentuar que a proposta do consórcio HDEC-HEC na vertente financeira, radicava em imposto calculado sob percentagem máxima [6%], ou seja o aplicável ao sector petrolífero.

De resto, e em coerência com o afirmado, lembramos que a concorrente AFCons, graduada em segundo lugar, também juntou nota anexa à proposta financeira apresentada, sob a forma de "*carta de recomendação*", onde esclarece que o preço global encontrado não considera o regime tributário aplicável no domínio petrolífero.

f.

No âmbito do acórdão recorrido afirma-se que "*o consórcio HDEC-HEC, sob a desculpa da eventual variação da taxa do imposto, apresentou, de forma escondida, duas propostas de preço para contrato*". E, adiantando, suporta tal juízo na circunstância de o montante da redução [USD 60.095.000] operada sobre o preço global [USD 789.307.000] da proposta apresentada pelo referido consórcio adjudicatário ser bem superior ao que resultaria da aplicação de imposto na percentagem de 4% para consultoria e 2% relativa a obras [segundo cálculos efetuados no acórdão recorrido, a redução conseguida ao abrigo destas últimas percentagens nunca poderia exceder USD 31.296.391,6].

O exercício realizado decorre, como aí se refere, de uma simples "*operação aritmética*" e cujo resultado não deixaria dúvidas quanto à pluralidade das propostas apresentadas pelo consórcio HDEC-HEC, nomeadamente, na vertente financeira.

A propósito, e como adiantámos acima, os recorrentes contradizem o citado exercício matemático, esclarecendo que o regime fiscal aplicável ao sector petrolífero, em detrimento do regime fiscal doméstico, deve ter em consideração outros impostos [e

não apenas o imposto de retenção na fonte] para se obter o valor da redução feita pelo concorrente HDEC-HEC e aos quais, sublinham, se aplicam taxas consideravelmente mais elevadas [vd. a exemplificação constante do artigo 56, das alegações, e cujo conteúdo se dá aqui por inteiramente reproduzido]. Ou seja, e interpretando, a aplicação de um regime fiscal distinto do aplicável ao sector petrolífero **comportará componentes variáveis** não consideradas ou abrangidas pela operação aritmética realizada no âmbito do acórdão recorrido, e que, necessariamente, gerarão uma redução de valor bem diferente, mas claramente superior ao encontrado pelo Tribunal «*a quo*».

g.

Reconhece-se a pertinência e oportunidade do exercício aritmético e juízo jurídico subsequente vertidos no acórdão recorrido.

No entanto, o alegado pelos recorrentes, nesta parte, embora não permita uma cabal demonstração do itinerário aritmético conducente ao valor encontrado [USD 729.212.000], introduz elementos [as citadas "*componentes variáveis*"] que, **sendo acolhiveis**, não deixam de lançar a dúvida sobre a completude, bondade e indiscutibilidade do exercício aritmético desenvolvido no âmbito do acórdão recorrido e, mais particularmente, sobre o valor da redução aí encontrado e tido como ajustado.

Neste contexto de dúvida e não dispondo este Tribunal de elementos que, fundadamente, permitam contrariar, tecnicamente, o valor [USD 60.095.000] da redução fixada pelo consórcio HDEC-HEC, impõe-se, assim, o necessário e correspondente acolhimento.

A final, e em abono do afirmado, importa adiantar que a redução operada pelo consórcio HDEC-HEC decorre, segundo esta entidade, apenas da adoção de um regime fiscal não aplicável ao sector petrolífero e não de um outro fator porventura convocável. Esclarecimento que, e lembramos, integrava a referida nota anexa à proposta financeira.

Aqui chegados, é adequado afirmar que o valor da redução encontrado no acórdão recorrido, porque não suficientemente suportado no plano técnico, suscita naturais dúvidas quanto à sua exatidão. E, daí, a inaptidão dos cálculos em que se funda para, em segurança, suportarem a afirmada ocorrência de propostas financeiras alternativas apresentadas pelo consórcio HDEC-HEC.

h.

Confortando o exposto, importará ainda evidenciar que o Júri do Concurso / CNA, aquando da avaliação financeira das propostas, ignorou, quer a nota anexa à proposta financeira apresentada pelo consórcio HDEC-HEC, quer a nota anexa à proposta técnica apresentada pelo concorrente AFCons e sob a forma de "*carta de recomendação*".

Ateve-se, tão-só, ao montante expresso nas respetivas propostas financeiras, o que, de resto, se infere do ponto 8, do relatório de avaliação das propostas [vd. fls. 381 e 382, proc° n° 11/VP/2015/CC, vol. 2] sendo que, e sublinhe-se, o valor da proposta financeira apresentada pelo consórcio HDEC-HEC pressupõe a aplicação de imposto na percentagem de 6%, ou seja, a correspondente ao regime fiscal em uso no domínio petrolífero e manifestamente mais gravosa.

Apesar disso, e após o reconhecimento da ausência de erros aritméticos, o Relatório de avaliação das propostas, na vertente financeira, posiciona o consórcio HDEC-HEC em primeiro lugar [com base em proposta com o valor de USD 789.307.000] e o concorrente AFCons em segundo lugar [este, com base em proposta no valor de USD 799.900.001].

E da combinação da pontuação técnica e do preço, ao consórcio HDEC-HEC foram atribuídos 4.835 pontos, ao passo que ao concorrente AFCons foram atribuídos 4.604 pontos.

Uma ordenação final que confere à proposta do consórcio HDEC-HEC a condição de melhor classificada.

Por outro lado, e segundo o Relatório de avaliação das propostas, o Júri do concurso apenas considerou a "*nota*" anexa à proposta financeira apresentada pelo consórcio HDEC-HEC em momento posterior à graduação ou ordenação final dos concorrentes. E assim terá procedido, impulsionado, de um lado, pelos estudos da consultora *Eastlog* [consideraram o valor de USD 789.307.000 superior, em 31%, às estimativas de engenharia por si elaboradas - vd. relatório de avaliação das propostas, pág. 382, ponto 9., do processo nº 11/VP/2015/CC, vol. 2] e, do outro, porque, finalmente, e após consulta da TIMOR GAP, a CNA assentou que a obra objeto do contrato em apreço não se subordinava à tributação vigente e aplicável aos domínios do Petróleo e do Gás [vd. ponto 10., do citado Relatório da avaliação das propostas], sendo, ao invés, aplicável o denominado imposto doméstico [4% sobre consultoria e 2% referente a obras].

439
A

É neste contexto que o preço global e final da proposta apresentada pelo consórcio HDEC-HEC se fixa em USD 729.212.000. Não, certamente, na sequência de alguma proposta tida como alternativa, mas como efeito direto da indicação/clarificação do regime fiscal aplicável levada a cabo pela entidade adjudicante e que, coincidentemente, se identifica com a indicação efetuada pelo concorrente HDEC-HEC em nota que anexou à proposta financeira por si apresentada. Regime que, e lembramos, também subjaz à proposta financeira apresentada pela AFCons.

i.

A ordenação final das propostas não decorre, pois, da nota anexa à proposta financeira apresentada pelo consórcio HDEC-HEC, nem, por outro lado, da referida "*carta de recomendação*" junta pelo concorrente AFCons.

Urge, pois, concluir que a nota anexa à proposta financeira apresentada pelo consórcio HDEC-HEC não enforma uma proposta distinta e autónoma.

j.

Presente o exposto, impõe-se concluir pela inverificação da apresentação, por parte do consórcio HDEC-HEC, de duas propostas, cumulativa ou alternativamente, e, por isso, **não se vislumbra a violação** do disposto nos artigos 29º, alínea i), 67º, nº 1, 84º, nº 2, alínea a), todos do RJA [aprovado pelo Decreto-Lei nº 10/2005, de 21.11.], ou, ainda, alguma infração às cláusulas 12ª, 13ª e 14ª, do Programa do Concurso.

Na ausência de violação de Lei, o ato administrativo, traduzido na admissão a concurso da proposta apresentada pelo consórcio HDEC-HEC, é, pois, válido, não legitimando, naturalmente, a desqualificação e/ou exclusão da proposta apresentada pelo adjudicatário, o consórcio HDEC-HEC.

490
A

11. Da não negociação com o candidato ordenado em segundo lugar

VS

Princípio da igualdade

a.

A dado passo do acórdão recorrido [vd. ponto C] sustenta-se que a realização de negociações apenas com um dos candidatos qualificados e antes da adjudicação, para além de violar norma expressa – os nºs 1 e 3, do artigo 37º-A, do RJA – e o princípio da igualdade, ainda previsto no artigo 4º, nº 2, deste mesmo diploma legal, é também suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que constitui motivo de recusa do visto.

A propósito, e sumariando, os concorrentes alegam [e divergindo ...] que o Júri do concurso decidiu negociar com o primeiro classificado, ou seja, o candidato que apresentou a melhor proposta técnica e a melhor proposta financeira, o que se refletiu na ordenação final dos concorrentes. E, prosseguindo, os recorrentes afirmam que tal iniciativa se ajusta às melhores práticas consagradas internacionalmente para o aprovisionamento (vd. "*Procurement Guidelines*", Mandaluyong City, Philippines: Asian Development Bank, 2015) já adotadas em outros procedimentos tendentes à formação de contratos, que, por seu turno, terão sido objeto de fiscalização nesta Câmara de Contas e sem formulação de qualquer objeção ou recomendação.

Por último, os recorrentes, ara além de vincarem que a negociação teve lugar após a avaliação combinadas das propostas técnica e financeira, sustentam, também, que a norma contida no artigo 37º-A, do RJA, a legitima e autoriza.

Passaremos a conhecer.

b.

Introdutoriamente, e porque indispensável à apreciação em curso, importa esclarecer se o artigo 37º-A, introduzido no RJA pelo Decreto-Lei nº 24/2008, de 23.7., está ou não em vigor.

Na verdade, e como é sabido, apesar do caráter impositivo da norma contida no artigo 6º, deste último diploma legal, o citado artigo 37º-A não integra, em sede de republicação, a versão atualizada do RJA.

Conquanto seja equacionável a dúvida quanto à vigência da referida norma [o artigo 37º-A], afigura-se-nos, contudo, que a mesma carece de suporte.

Com efeito, o artigo 37º-A, integra um diploma legal cuja tramitação legistica não evidencia vício que inquine ou comprometa a sua validade, tendo, até, sido objeto de publicação, ato que confere perfeição ao processo legislativo correspondente.

É, assim, seguro afirmar que a não integração do artigo 37º-A na republicação da versão utilizada do RJA só pode resultar de lapso, que, e reconheça-se, já deveria ter sido suprido.

Entendemos, pois, que a norma constante do artigo 37º-A, do Decreto-Lei nº 24/2008, de 23.7., se encontra em vigor, produzindo os seus normais e aí enunciados efeitos.

442

c.

Na afirmação dos princípios da estabilidade das regras do concurso e da intangibilidade ou imutabilidade das propostas [princípio que impõe a inalteração, na pendência do procedimento, do programa do concurso e do caderno de encargos, pressuposto indispensável à salvaguarda dos princípios da concorrência e da confiança dos concorrentes nas regras traçadas pela Administração], **o artigo 8º, nºs 1 e 2, do RJA** [secundado, «*in casu*», pelas cláusulas 24.3., 27.1. e 29.1., da seção 1, do Programa do Concurso] dispõe que os "*documentos relevantes que servem de base ao procedimento devem manter-se inalterados durante toda a tramitação processual, até final*", embora admita solução diferente, caso se preveja, no âmbito das peças procedimentais, o recurso à negociação.

Também a norma contida no artigo 34º, nº 1, do RJA, preceitua que, antes da adjudicação do contrato, não devem ter lugar quaisquer negociações entre o Serviço Público e um concorrente relativamente a uma oferta submetida a concurso, embora salvaguarde os casos previstos na lei.

A marcante contenção e restrição no apelo à negociação fixada nas normas invocadas alinha, de resto, com a orientação legislativa e doutrinária dominante no âmbito do direito da contratação pública, certamente determinada pela necessária salvaguarda do princípio da tipicidade ou da legalidade das espécies procedimentais [vd. em Timor-Leste, o artigo 37º, do RJA], pois, em regra, a lei não autoriza a administração a "*criar*" novos tipo de procedimento ou a enxertar figuras procedimentais em procedimentos distintos e sob tramitação. Princípio que, e anotamos, concorre para a observância dos demais princípios da concorrência, da transparência e da igualdade, também estruturantes da contratação pública.

Sobre este enquadramento normativo e principialista, é indubitável que a admissibilidade de negociações antes da adjudicação constituirá sempre uma exceção e que esta reclamará suporte legal e/ou procedimental.

Deste modo, e para aferirmos da **[i]**legalidade da tramitação procedimental seguida nesta parte do concurso, impõe-se, de um lado, a abordagem de matéria referente à admissão, "*in casu*", do processo negocial, e, do outro, o esclarecimento dos destinatários **[**concorrentes**]** a envolver em tal negociação.

Vejamos, pois.

d.

Como já salientámos, os artigos 8º e 34º, do RJA, proíbem a negociação entre o Serviço Público e os concorrentes, a menos que, e contrariamente, a correspondente admissão se preveja no programa de procedimento ou tal possibilidade resulte da Lei.

Percorrido o programa de procedimento, logo se intui a ausência de previsão da fase de negociações.

No entanto, o artigo 37º-A, do RJA, cuja vigência admitimos acima, para além de prever a possibilidade de negociações no domínio de contratos de valor superior a USD 250.000, concretiza, ainda, os aspetos sobre os quais aquelas devem incidir e onde, naturalmente, pontifica o preço.

Trata-se ainda de uma norma [lei de habilitação específica] que, nos termos do artigo 4º do diploma legal em que se encontra inserida, o Decreto-Lei nº 24/2008, de 23.7., prevalece sobre a demais normação constante do RJA e, nomeadamente, em casos de dúvidas decorrentes de interpretação ou de divergência reguladora.

É, pois, uma norma especial e de habilitação específica.

Por outro lado, e realce-se, o artigo 37º-A, do RJA, contrariamente ao verificado em ordenamentos jurídicos distintos, mas substancialmente próximos, apenas condiciona a admissibilidade da fase de negociações ao valor do procedimento de aprovisionamento.

O que é compreensível, pois os aprovisionamentos de elevado valor justificarão iniciativas no sentido de melhorar os atributos das propostas.

d1.

A fase de negociação das propostas prevista no artigo 37º-A, do RJA, configura, assim, um verdadeiro subprocedimento "*enxertado*" num outro procedimento sob tramitação, subordinando-se, no essencial, a regras próprias. Tem, obviamente, base legal e impõe-se, ainda que a fase de negociações não se preveja no procedimento.

E, anotando, a admissão de tal negociação nem sequer constituirá um "*procedimento surpresa*", pois embora não previsto no procedimento, decorre diretamente da Lei, que, uma vez publicada, é, presuntivamente, do conhecimento geral.

Em razão do exposto, e sublinhe-se, a norma contida no citado artigo 37º-A, em caso de conflito, sobrepõe-se à disciplina contida nos artigos 8º, nº 2, e 34º, nº 1, do RJA, normas que, como é sabido, prescrevem a proibição de negociações antes da adjudicação, salvo em casos previstos na lei ou previsão expressa nas peças procedimentais.

d2.

Deste modo, assente a vigência do referido artigo 37º-A, do RJA, e porque o valor do procedimento de aprovisionamento é superior a USD 250.000, é imperioso concluir que, «*in casu*», é admissível a fase de negociação das propostas, em ordem a obter a melhor solução e o melhor contrato possível, através da otimização dos atributos da proposta.

Entendimento que, e acrescentamos, coincide com o perfilhado no acórdão recorrido.

e.

No seguimento do exposto, presente o alegado pelos recorrentes e face ao disposto no nº 3 do referido artigo 37º-A [dispõe que "*as propostas de negociação, quando sejam feitas a mais do que um concorrente devem ser exactamente iguais e devem ser feitas sempre por escrito*"], questiona-se se a negociação prevista naquela norma deve ser ou não realizada, **obrigatoriamente**, com todos os concorrentes que detenham os requisitos anunciados no concurso e, em qualquer caso, qual a fase procedimental em que a mesma poderá ter lugar. Questão sobrevinda a alguma indeterminação técnico-legística que perpassa pela formulação textual da norma em causa [polissemia do texto] e que, em conformidade, obriga a exercício interpretativo tendente à clarificação do respetivo âmbito de aplicação, sentido e alcance.

Importa, assim, indagar.

f.

Como bem se intui, o citado artigo 37º-A não define ou esclarece a fase ou fases do procedimento em que poderá ter lugar a abertura do processo negocial, limitando-se a enunciar a possibilidade e pressupostos da sua realização, a identificar os objetivos prosseguidos, a elencar as condições exigidas aos concorrentes passíveis de integrar tal negociação e a prescrever a observância do princípio da igualdade [vd. nº 3].

Apesar disso, e aprioristicamente, diremos que, no caso em apreço, e atenta a configuração do procedimento em causa [concurso público internacional precedido da fase de pré-qualificação], a negociação do preço só poderia ter lugar em momento posterior à pré-qualificação dos candidatos, pois, em rigor, só a partir desta fase ocorrem as condições materiais [propostas financeiras] viabilizadoras de tal processo negocial.

Esta ilação, porque lógica, objetiva e percetível ao destinatário comum, não suscitará controvérsia.

No entanto, o afirmado não esgota o esclarecimento da questão acima equacionada pois sempre restará esclarecer se a referida negociação poderá ter lugar em qualquer fase do espaço procedimental que medeia entre a pré-qualificação dos candidatos e adjudicação.

A propósito, e no encontro de resposta para a questão ora formulada, urge, desde já, acentuar que o artigo 37º-A, do Decreto-Lei nº 24/2008, e ora integrado no RJA, não proíbe que a negociação se realize no referido espaço procedimental e em fase que preceda a adjudicação, embora a restrinja a procedimentos de aprovisionamento de valor superior a USD 250.000.

Por outro lado, e no apelo a critérios de racionalidade, diremos que o surgimento da norma contida no artigo 37º-A, norma com natureza especial e excecional, apenas alcançará justificação, caso introduza regulação inovadora em tal matéria, pois, de contrário, bastariam as normas contidas nos artigos 8º e 34º, do RJA, que, como é sabido, vedam a realização de negociações antes da adjudicação.

Assim, e interpretando, cremos que o legislador, com a presente norma [artigo 37º-A] pretendeu "*romper*" com a disciplina em vigor, admitindo, para aprovisionamentos de elevado valor, não só a negociação, bem como a verificação desta em momento anterior à adjudicação. Uma leitura que, no silêncio da lei e na ausência de disciplina contrária, se impõe.

Afinal, e na invocação de conhecido brocardo latino, aqui convocável, também diremos que "*ubi lex non distinguit nec nos distinguire debemus*".

Por último, cumpre lembrar que, nos termos do artigo 4º do Decreto-Lei n.º 24/2008, a norma contida no artigo 37º-A, agora introduzida no RJA, prevalece sobre as regras deste último diploma legal que concorram na disciplina da matéria em apreço e que, sob qualquer forma, com esta conflituem. Recordamos, no caso, as normas constantes dos artigos 8º, nº 2, e 34º, nº 1, ainda do RJA.

As negociações operadas ao longo deste procedimento com o consórcio HDEC-HEC tiveram lugar após a avaliação combinada das propostas técnica e financeira apresentadas pelos concorrentes e, uma vez concluída a ordenação/graduação final respetiva [vd. Apenso nº 1 ao Vol. 2 do procº 11/VP/2015/CC e fls. 381 vº e 382 vº deste último]**. Logo, e pelo exposto, não padecem de ilegalidade**[2]**.**

g.

Mas, ainda determinados pelas alegações dos recorrentes e pela componente dispositiva do acórdão recorrido, importará saber se, face ao mencionado artigo 37º-A, a entidade adjudicante estava obrigada a entabular negociações com os dois concorrentes graduados [o consórcio HDEC-HEC e a AFCons]**, comprovadamente portadores dos requisitos técnicos anunciados no concurso**.

Na ausência de solução expressa e clara contida naquela norma, a resposta à presente interrogativa implicará, necessariamente, prévio exercício interpretativo dirigido à norma constante do nº 3, do citado artigo 37º-A, do RJA, que, como é sabido, dispõe que "*as propostas de negociação, quando sejam feitas a mais que um concorrente devem ser exactamente iguais e devem ser feitas sempre por escrito*".

[2] Uma solução que, de resto, se aproxima da consagrada no ordenamento jurídico português [vd. Código dos Contratos Públicos], o qual, para além de admitir a fase de negociações no âmbito do concurso público, situa esta em momento posterior à análise e avaliação das propostas.

g.1.

Nesta parte, compreendemos, até, a interpretação marcadamente contida seguida no acórdão recorrido [aqui se sustenta a obrigatoriedade da negociação com todos os concorrentes pré-qualificados, pois, de contrário, violar-se-ia o princípio da igualdade].

Afinal, está em causa a observância ou não do princípio da igualdade no domínio do procedimento pré-contratual, princípio esse que se posiciona como estruturante da contratação pública e assume importância maior no âmbito do procedimento administrativo.

Diremos, mesmo, e na ausência de suporte legal, que o estabelecimento de negociações apenas com um dos concorrentes admitidos e com vista à obtenção de alterações à proposta por si apresentada, constituiria, em tese, um tratamento privilegiado e tendencialmente ofensivo do ordenamento jurídico em vigor. Para além disso, uma negociação sob tal condição, tenderá à violação dos princípios da igualdade, da imparcialidade e da transparência, com a densificação que lhes é conferida pelos artigos 3º, º e 6º, do Decreto-Lei nº 32/2008, de 27.8. [aprova o Procedimento Administrativo].

g.2.

Adentro dos princípios e normas invocadas e na consideração da factualidade fixada em local próprio deste acórdão, indagaremos pois se o nº 3 do artigo 37º-A, do RJA, obriga, **em qualquer circunstância**, a que a negociação opere relativamente a todos os concorrentes que preencham os requisitos anunciados no concurso.

h.

Porque basilar da análise em curso, já sublinhámos que a negociação ora questionada teve lugar após a ordenação final das propostas e com o concorrente graduado em primeiro lugar. Ou seja, a negociação teve lugar com o concorrente que, expectavelmente, se posicionava como iminente adjudicatário.

Ora, a admitir-se a negociação ainda com o concorrente AFCons, classificado em segundo lugar, a mesma potenciaria, inegavelmente, a inconsideração das propostas financeiras apresentadas por cada um dos concorrentes e, no limite, inutilizaria a relevante tramitação procedimental até aí seguida, incluindo a avaliação das propostas e a subsequente e correspondente ordenação final.

Seguramente, o legislador, embora não o afirme, de modo expresso, não quis a produção de tais efeitos.

E, certamente, também não terá admitido qualquer "*pacto*" com a "*subversão*" procedimental que entendimento diverso geraria, prevenindo, até, a observância do princípio da estabilidade das propostas.

i.

Diremos, mesmo, e com fundada propriedade, que o legislador, para além de não estabelecer a **realização necessária [**mas facultativa**]** de uma fase de negociações no âmbito do procedimento em apreço, admite, ainda e implícitamente, que a mesma tenha lugar após a avaliação e ordenação diferenciada das propostas e apenas com o concorrente graduado em primeiro lugar.

Esta afirmação, não sendo ofensiva de norma expressa, assenta, por outro lado, em imperativos de natureza lógica e racional.

Com efeito, depara-se-nos uma proposta classificada em primeiro lugar [a apresentada pelo consórcio adjudicatário] e que, pela sua valia técnica e preço, se perfila como a mais satisfatória para o interesse público. Esta circunstância já desaconselharia a abertura das negociações a todos ou parte dos concorrentes.

A propósito, lembramos ainda que, contrariamente ao verificável em procedimentos por negociação [vd. artigo 42º, do RJA], no âmbito do concurso público e do concurso limitado por prévia qualificação [o caso em apreço], os concorrentes têm óbvia tendência para apresentar as suas melhores propostas, pois sabem que a margem para a sua negociação se revela escassa ou inexistente.

Presente o exposto, e repetindo-nos, a abertura das negociações à pluralidade dos concorrentes não só induziria uma morosidade procedimental excessiva e a evitar, como não encontraria justificação bastante nas propostas concretamente apresentadas.

Enquanto nota final, não deixaremos de sublinhar que a realização de negociações no domínio do concurso limitado por prévia qualificação evidencia, até, alguma desadequação normativa e impropriedade procedimental, pois, a concretizar-se, aproximaria tal tipo procedimental do procedimento por negociação, previsto no artigo 42º do RJA. Sobreposição que, para além de rejeitável, reforça a natureza claramente facultativa do recurso à fase de negociações prevista no artigo 37º-A, do RJA.

i.1.

Mas, para além da argumentação exposta, que, com evidência, já se ergue como suporte bastante da legalidade das negociações operadas apenas com o consórcio HDEC-HEC, importa sublinhar que a literalidade da norma contida no referido nº 3 do artigo 37º-A, do RJA, não determina, directa ou indirectamente, a impossibilidade de a negociação ser realizada apenas com o concorrente graduado em primeiro lugar[3].

i.2.

De resto, e também no enfrentamento da ausência de proibição expressa e perante o silêncio da lei, o julgador, no âmbito do acórdão recorrido, e com vista à apreensão do melhor sentido e alcance daquela norma, teve necessidade de apelar, interpretando, à integração sistemática deste último normativo na disciplina do RJA e no ordenamento jurídico vigente. E, após tal exercício interpretativo, concluiu que, existindo vários concorrentes, a restrição das negociações a um destes violaria o princípio da igualdade.

Ora, à parte a respeitabilidade que tal construção jurídica nos merece, pensamos que o aí decidido não reflete a adequada ponderação da fase procedimental em que tais negociações ocorreram e a condição concursal [graduado em primeiro lugar] do concorrente chamado à negociação, nem, por outro lado, equacionou, na melhor medida, as gravosas consequências geráveis pela solução aí encontrada e a que já fizemos referência em alíneas que antecedem.

[3] Trata-se de uma orientação que, coincidentemente, se ajusta à legalmente consagrada em ordenamentos jurídicos internacionais e, nomeadamente, a vertida no Código dos Contratos Públicos português.

E, sem pretendermos particularizar o sentido [este deve assumir dimensão genérica] a conferir àquela norma, o artigo 37º-A, nº 3, do RJA, diremos, sem reserva, que tal disposição legal comporta a realização de negociações apenas com os concorrentes que, após avaliação das propostas, tenham sido posicionados em primeiro lugar.

j.

Aqui chegados, e tendo presente as referidas injustificação, instabilidade e fragilidade procedimentais ínsitas ao acesso de todos os concorrentes à negociação já após a sua graduação e ordenação finais, entendemos, por adequado, que esta apenas deva operar relativamente ao concorrente classificado em primeiro lugar.

Trata-se de uma solução que, para além de não se mostrar vedada por lei, melhor acautela a integridade, previsibilidade e dignidade procedimentais.

k.

Sem cedência à arbitrariedade, mas vinculados a interpretação cumpridora dos critérios estabelecidos no artigo 8º, do Código Civil, não nos repugna admitir, como melhor sentido e alcance da norma contida no referido nº 3 do artigo 37º-A, que as negociações aí previstas apenas devem ser dirigidas a todos os concorrentes portadores dos requisitos técnicos anunciados no concurso, desde que se situem em tempo anterior à avaliação e ordenação final das propostas. Após esta fase, e ainda de acordo com a argumentação exposta, a negociação em causa deverá ser exercitada com o concorrente ou concorrentes [caso de empate pontual] graduados em primeiro lugar e, coincidentemente, já na condição de espectáveis adjudicatários.

l.

É, pois, de concluir que a negociação realizada apenas com o consórcio HDEC-HEC cabe na previsão normativa do artigo 37º-A, do Decreto-Lei nº 2/2008, de 23.7., e, em especial, do seu nº 3, não violando, ainda, a demais normação que rege os procedimentos de aprovisionamento [vd. Decreto-Lei nº 10/2005, de 21.11.] e os contratos públicos [vd. Decreto-Lei nº 12/2005, de 21.11.].

m.

E também não infringe o princípio da igualdade, na aceção melhor expressa nos artigos 4º, nº 2, do RJA, e 3º, da Lei do Procedimento Administrativo [vd. Decreto-Lei nº 32/2008, de 27.8.].

Desde logo, e sem delongas, porque o consócio HDEC-HEC e a AFCons, ambas concorrentes, não reúnem, de modo igual, as condições que, segundo entendimento acima expresso, permitem o acesso à negociação.

Com efeito, e lembramos, aquele primeiro concorrente, após avaliação das propostas financeira e técnica, foi graduado em primeiro lugar, mercê da pontuação superior que lhe foi atribuída, ao passo que o concorrente AFCons foi classificado em segundo lugar.

Impunha-se, pois, tratamento diferenciado para situações também distintas.

Procedimento não censurável à luz da lei e dos princípios.

455

n.

Finalmente, e precisando, sublinha-se que, o valor da proposta traduzido em USD 729.212.000 não resulta, em boa verdade, de uma negociação estruturada e autónoma realizada com o consórcio HDEC-HEC, mas decorrerá da já referida clarificação fiscal levada a efeito pela TIMOR GAP, sob solicitação da CNA, e que, a propósito, esclareceu não se aplicar ao procedimento em causa o regime tributário em uso no sector petrolífero.

O consórcio HDEC-HEC limitou-se, pois, a respeitar o esclarecimento / compromisso inscrito em nota que anexou à proposta financeira por si apresentada.

12. Da violação do princípio da igualdade, atento o invocado tratamento discriminatório dispensado a um candidato.

a.

O, aliás douto acórdão recorrido considerou, ainda, que "*a decisão de solicitar a um dos concorrentes qualificados, a AFCons, que retirasse da proposta a menção de que o cálculo do preço se baseava numa taxa de imposto de 2%, sob pena de não ser admitida, e de, por outro lado, não ter tido a mesma exigência no que respeita à proposta da outra concorrente, a HDEC-HEC*", constitui, por parte da CNA, um tratamento desigual dos concorrentes, que se perfila como discriminatório e, consequentemente, ofensivo do princípio da igualdade, melhor densificado e previsto no nº 2, do artigo 4º, do RJA.

A violação deste princípio, adianta-se, constituiu fundamento da recusa do visto.

Alegando, os recorrentes divergem do decidido, nesta parte, vincando que o Júri do concurso jamais sugeriu à concorrente AFCons que retirasse da sua proposta a menção de que o cálculo do preço se baseava numa taxa de imposto de 2%, mas limitou-se a solicitar esclarecimentos, pois, aquando da avaliação da proposta técnica, constatou-se que a empresa em causa havia formulado a condição seguinte: "*o projecto de qualificação é para o desenvolvimento de infraestruturas*" e "*os impostos aplicáveis são considerados segundo o regime petrolífero*".

Perante a divergência equacionada, cumpre decidir.

b.

Como bem resulta do artigo 86º, do RJA, "as propostas devem ser submetidas em dois envelopes[4]: o envelope um deve responder aos critérios técnicos e profissionais, análise comercial e industrial e de desenvolvimento local; o envelope dois deve conter o valor da proposta".

Preconiza-se, pois, a ocorrência de uma fase de avaliação da proposta técnica, a que se seguirá, e após conclusão daquela, a abertura e subsequente avaliação da proposta financeira.

c.

Ora, conforme referenciámos acima e decorre da factualidade assente e documentada [vd. III, deste acórdão, e pág. 621 e seguintes do processo nº 11/VP/2015/CC, vol. 3], a CNA observou que, **por anexo à proposta técnica**, a

[4] Sublinhado nosso.

concorrente AFCons juntara uma "*nota*" onde afirmava que tal projeto se destinaria ao desenvolvimento de infraestruturas, e que os impostos aplicáveis eram considerados segundo o regime não petrolífero.

Baseando-nos, ainda, em factualidade documentada e não controvertida, é seguro afirmar que, face àquela "*nota*", a CNA terá representado a possibilidade de estar perante uma proposta técnica condicionada, logo, eventualmente incumpridora. Motivo porque, e no suprimento da incerteza gerada, instou a concorrente AFCons a esclarecer a questão, baseando-se, para tanto, na cláusula 27.1. da ITB.

Em resposta, a AFCons solicitou à CNA que ignorasse o teor da referida "*nota*", oportunamente junta à proposta técnica [vd. carta, com a refª T739/GJ/3747, de 7.8.2014, integrada no Anexo 5 do presente procedimento].

Assim, e perante a factualidade tida por assente, de resto, suportada documentalmente, não vislumbramos que a CNA tenha, alguma vez, solicitado à AFCons a retirada da menção contida na sobredita carta de recomendação. Ao invés, o afastamento de tal "*nota*" partiu da iniciativa do concorrente em causa, a AFCons.

d.

Por outro lado, e paralelamente, a CNA, **na fase de avaliação da proposta técnica**, não instou o consórcio HDEC-HEC à prestação de qualquer esclarecimento, pois, ainda segundo a CNA, o concorrente em causa não juntou qualquer declaração, carta, condição ou qualquer nota a tal proposta [técnica]. E, daí, a não formulação de qualquer dúvida e a ausência de qualquer incerteza.

458

e.

Perante o exposto, aliás, suportado documentalmente, não se vislumbra que a CNA/Júri do Concurso tenha, nesta parte, tratado, de modo desigual, os concorrentes AFCons e HDEC-HEC.

Com efeito, e autonomizando [de acordo com as regras previstas nas peças procedimentais] os momentos de avaliação da proposta técnica e da proposta financeira, a CNA, ao tempo de avaliação daquela primeira proposta, solicitou esclarecimentos ao concorrente AFCons, não adotando idêntica atitude relativamente ao consórcio HDEC-HEC, por este não ter junto qualquer "nota" geradora de dúvidas ou incertezas.

Ou seja, e como se impunha, situações distintas geraram respostas e reações diferentes por parte da CNA.

f.

Posteriormente, e distingamos, aquando da avaliação das propostas financeiras, a CNA teve necessidade de enfrentar a questão relativa ao regime tributário aplicável, e, mais especificamente, à percentagem do imposto a estabelecer, matéria que, conforme já referimos acima, foi clarificada pela TIMOR GAP, ao adiantar que, no caso, não é convocável o regime em uso no sector petrolífero.

Ainda como desenvolvemos em 10., deste acórdão, cujo conteúdo aqui se dá por reproduzido, a CNA/Júri do Concurso, aquando da avaliação das propostas

financeiras, não considerou as "*notas*"/*esclarecimento* apresentadas pelos concorrentes HDEC-HEC e AFCons e reportadas a matéria fiscal, atendo-se, tão-só, aos montantes inicialmente expressos em tais propostas. E estas, conjugadas com a avaliação das propostas técnicas, ditaram a ordenação/graduação final dos concorrentes em causa [vd. Apenso nº 1 ao Vol. 2 do procº 11/VP/2015/CC e fls. 381 vº e 382 vº deste último].

Tão-pouco, relevará, enquanto argumentação suportadora da invocada desigualdade no tratamento dispensado aos concorrentes AFCons e HDEC-HEC, o facto de a redução do valor da proposta apresentada por este último consórcio vir a traduzir-se em USD 729.212.000, por efeito do modelo tributário adotado [o denominado regime fiscal doméstico, em detrimento do aplicável ao sector petrolífero], porquanto a percentagem do imposto definida aplicava-se a ambos os concorrentes e sem qualquer distinção ou diferença quantitativa.

g.

Enfim, não se divisa que a CNA/Júri do Concurso, ao longo do percurso procedimental, tenha adoptado medidas consideradas discriminatórias [jurídica e/ou facticamente], seja por concessão de benefícios ilegítimos, seja pela ausência de igualdade de condições no acesso e participação dos interessados no procedimento.

Assim, e ao invés do sustentado no acórdão recorrido, não se vislumbra que a CNA/Júri do procedimento tenha tratado, de modo desigual, candidatos em situação idêntica.

Por tudo, entendemos não se encontrar violado o princípio da igualdade, consagrado no artigo 4º, nº 2, do RJA, ainda com expressão no artigo 3º, da Lei do Procedimento Administrativo, e, genericamente, também previsto no artigo 16º, da CRDTL.

Termos em que assiste razão aos recorrentes, nesta parte.

13. O consórcio adjudicatário

e

A reunião dos requisitos de elegibilidade para concorrer a obras públicas.

a.

Sob a alínea E)., decidiu-se no acórdão recorrido, que, na ausência de esclarecimento cabal acerca do procedimento dos requisitos de elegibilidade para concorrer a obras públicas, por parte do consórcio HDEC-HEC, não estariam reunidas as condições para a concessão do visto ao contrato sob apreciação.

Em sede de alegações, e contrapondo, os recorrentes advogam que, até ao momento, não há conhecimento de qualquer decisão judicial, transitada em julgado, a suspender as atividades empresariais do consórcio adjudicatário, junta documentos [carta do Ministério da Terra, Infra-Estruturas e Transportes da República da Coreia, carta da Associação Internacional de contratantes da República da Coreia, extrato de decisão do Tribunal Administrativo de Seul e declaração emitida pela empresa, com

lista dos contratos assinados por esta com entidades públicas e com países terceiros], devidamente autenticados ou sob a forma original, e comprovativos da reunião de condições de elegibilidade, concluindo pela ausência de algum impedimento legal com aptidão para inviabilizar a celebração do contrato perseguido pelo presente procedimento de aprovisionamento

Importa conhecer.

b.

De acordo com o artigo 29º, do RJA, e com relevo para a economia do presente acórdão, constituem causas de desqualificação e exclusão dos concorrentes do procedimento de aprovisionamento a efetiva suspensão das suas atividades empresariais por decisão judicial e a ocorrência de desqualificação anterior por força de suspensões administrativas ou de procedimentos de licenciamento.

Prescindimos de considerar as demais causas de exclusão e desqualificação elencadas no nº 1, do citado artigo 29º, por não integrarem matéria controvertida sobrevinda a alguma divergência entre as alegações de recurso e o aresto recorrido.

Por outro lado, e sob epígrafe "*Da prova dos requisitos*", o artigo 30º, ainda do RJA, dispõe:

> *"1. O serviço público pode requerer aos concorrentes que forneçam documentação apropriada ou outras informações que possam vir a ser consideradas úteis para certificar a qualificação deles.*

2. O requerimento pode incluir a certificação notarial ou a confirmação oficial de qualquer documento relativo à qualificação dos fornecedores nos procedimentos de aprovisionamento."

Sob acréscimo, a alínea g), do nº 1. do artigo 27º, ainda do RJA, preceitua que os concorrentes, como pressuposto da participação em procedimentos de aprovisionamento, não podem "*apresentar nenhuma das causas de desqualificação previstas no presente diploma*".

Eis, pois, a normação relevante que norteará a apreciação que segue.

E, por último, mas também com relevância, **a cláusula 3.1**, da Secção I do Programa do Concurso, prescreve a exclusão das propostas dos concorrentes com envolvimento comprovado em práticas anti-concorrenciais **[**cartelização, corrupção, fraude ou práticas coercivas**]** **e a cláusula 4.3**, ainda daquela peça procedimental, dispõe que devem ser excluídos os concorrentes a quem tenham sido aplicadas sanções administrativas de proibição de participação em procedimentos de contratação pública por organizações internacionais reconhecidas pelo Estado contratante.

Regras que seguem, de perto, e, até, secundam os citados artigos 27º e 29º, do RJA.

Eis o quadro normativo que norteará a análise que segue.

c.

Preliminarmente, anotar-se-á que a mera leitura da normação acima transcrita e referenciada deixa intuir que não impende sobre as entidades concorrentes a obrigação de, por sua iniciativa, demonstrarem a reunião de condições para se candidatarem a obras públicas, cabendo tal indagação à entidade pública posicionada como entidade adjudicante e dono da obra, caso ocorram razões que tal legitimem.

Por outro lado, e na esteira do acórdão recorrido, também entendemos que para a desqualificação, exclusão e demais impedimentos relevam, ainda, as sanções/condenações impostas por autoridades nacionais [referenciando o país onde se encontra sedeada e opera a entidade empresarial candidata/concorrente].

d.

Presente o que antecede e em linha com o acima exposto, importará, no caso, **e apenas**, saber se ocorre prova de que o consórcio HDEC-HEC foi objecto de sanções administrativas ou judiciais, indutoras da sua inelegibilidade para concorrer a obras públicas.

Vejamos.

e.

A propósito, e conforme decorre da factualidade tida por assente em **III.**, deste acórdão, e em 22. e 23. do acórdão recorrido, um grupo constituído por técnicos da

CNA e da TIMOR GAP realizou várias reuniões com autoridades da República da Coreia, tendo concluído que o consórcio HDEC-HEC não se encontrava, à data, banida pelas entidades oficiais, estando, até, autorizada a celebrar contratos de construção naquele País.

Por outro lado, e certamente para suprir a insuficiência invocada no acórdão recorrido [aí se refere que não se comprova, mediante documento oficial com força probatória bastante, que o consórcio adjudicatário reúne os requisitos de elegibilidade ...], os recorrentes, sob os anexos 6, 7, 8, e 9 que integram as alegações de recurso, juntam:

- O original de uma declaração emitida pelo Presidente do consórcio adjudicatário HDEC-HEC e onde se identificam os contratos por esta efetuados com entidades públicas coreanas e países terceiros nos anos 2013, 2014 e 2015.
- Carta do Ministério de Terras, Infraestruturas e Transportes da República da Coreia, onde se afirma que o consórcio em causa não se encontra impedido de participar, concorrendo, a algum projeto governamental coreano e que eventuais impedimentos só teriam aplicação na República da Coreia, destacando-se, finalmente, a enorme experiência e conhecimentos do aludido consórcio, e a que é concedido reconhecimento nacional e internacional.
- Carta da Associação Internacional de Contratantes da República da Coreia, onde se afirma a capacidade técnica do consórcio HDEC-HEC para executar o projecto em apreço.

E, por fim,

- Excerto de decisão do Tribunal Administrativo de Seul, datado de 30.10.2015, e onde se anota que a restrição à elegibilidade da *Hyundai Engineering & Construction Co, Ltd*, para concorrer à execução de obra pública se encontra suspensa, por alegada necessidade de prevenir danos irreparáveis àquela empresa e porque não é evidente que da suspensão de tal restrição resulte dano ou prejuízos públicos.

Registamos que, à exceção do original apresentado sob o anexo 6, todos os demais anexos se mostram reconhecidos e autenticados notarialmente, exigência prevista no nº 2, do artigo 30º, do RJA.

No âmbito do acórdão recorrido e com referência à matéria em apreço, o julgador decidiu a recusa do visto, firmando-se, ainda, na insuficiente força probatória dos documentos juntos para atestar a verificação das condições de elegibilidade do consórcio adjudicatário [HDEC-HEC] para concorrer a procedimentos que tenham por objeto a execução de obras públicas. Insuficiência que, nos termos do acórdão recorrido, assentaria, até, na ausência da respetiva certificação.

Ora, à excepção do documento original junto [vd. anexo 6 às alegações de recurso]**, a prova documental agora apresentada pelos recorrentes e constituída pelos anexos 7, 8 e 9, mostra-se certificada notarialmente e, por isso, perfila-se como válida e credível**.

f.

Não ignoramos [vd. exposição apresentada ao longo do procedimento pela concorrente AFCons] a existência de outra prova, cujo conteúdo conflituará, ao menos parcialmente, com a vertida na documentação junta pelos recorrentes e que

atenta na prática de actividades, por parte do consórcio HDEC-HEC, que o concorrente AFCons considera impeditivas da adjudicação realizada.

Porém, para além de imperarem razões de disciplina processual [vd. o artigo 434º, do Código do Processo Civil e a delimitação material do objecto do recurso passível de conhecimento pelo Tribunal «*ad quem*»] que sempre obstariam à sua consideração, importará ter presente que a prova invocada pela AFCons não foi admitida e ponderada pela entidade adjudicante, a quem, como já se afirmou, cabe indagar da [in]verificação das causas de desqualificação e exclusão dos concorrentes e exigir prova dos correspondentes requisitos [vd. artigos 29º e 30º, do RJA].

g.

Embora cientes da fragilidade do processo que conduz à certificação dos documentos juntos pelos recorrentes, o certo é que não dispomos de elementos que, validamente, infirmem e contradigam a prova ali vertida, ou, de algum modo, permitam o alicerçamento de dúvida séria quanto à respectiva fiabilidade.

Por outro lado, a elegibilidade de qualquer concorrente para participar em procedimentos referentes à execução de obra pública basta-se com a mera ausência de prova que, por si e com certeza, ateste a verificação de situações justificativas da exclusão e/ou desqualificação dos concorrentes e melhor discriminadas no artigo 29º, do RJA.

Logo, e sob esta perspetiva, será adequado afirmar que, nesta parte, o segmento dispositivo ou decisório do acórdão sob recurso não se ajusta à materialidade tida como assente sob os pontos 22 e 23 do mesmo.

h.

Na relevação da prova produzida declarada assente em **III.**, do presente acórdão, e na consideração da prova junta pelos recorrentes sob os anexos 6, 7, 8 e 9, impõe-se adiantar o seguinte:

- Desconhece-se a existência de alguma decisão transitada em julgado que suspenda ou restrinja a normal capacidade do consórcio adjudicatário;
- Não resta comprovada a imposição ao consórcio HDEC-HEC de alguma sanção, com natureza administrativa, provinda de organizações internacionais reconhecidas pelo Estado de Timor-Leste e que tenha conduzido à desqualificação ou exclusão do referido consórcio adjudicatário da sua condição de concorrente em algum procedimento concursal ou outro;
- A prova junta sob os anexos 7, 8 e 9, porque certificada notarialmente, reputa-se de válida e credível.

Assim, e como corolário do exposto, é de concluir pela inverificação de alguma causa ou pressuposto com aptidão para retirar ao consórcio adjudicatário a legitimidade e capacidade para participar no presente procedimento concursal, com as legais consequências.

Logo, e nesta parte, o recurso procede.

14. Da garantia bancária prestada pelo consórcio adjudicatário.

a.

Em alegações, os recorrentes impugnam o decidido sob a alínea D) do acórdão recorrido, argumentando que, contrariamente ao aí estabelecido, a garantia bancária a prestar, e na percentagem de 10%, deverá incidir sobre USD 631.067.000, valor total correspondente à execução do contrato e com referência à data da sua celebração.

Cremos, no entanto, o impugnado sobrevem a algum lapso na apreensão do teor da decisão, pois, e conforme consta do acórdão recorrido, também aqui se considera justificado o valor da garantia prestada.

Tal não impede que alertemos a entidade adjudicante para a necessidade de atualizar o montante da garantia prestada e logo que seja acionada a opção ALB.

Nesta fase, não vislumbramos motivo para a impugnação deduzida.

Ademais, mostra-se cumprido o disposto no artigo 33º, do Decreto-Lei nº 11/2005, de 8.11.

469

b.

Mas os recorrentes, ainda em sede de alegações, "*contestam*" a sugerida correcção ao preço do contrato [levada a efeito no acórdão recorrido], pois entendem que o conjunto de obras [incluindo as que integram a opção ALB], já previsto e orçamentado no concurso de aprovisionamento, compõem o preço total do mesmo [contrato].

Compreende-se o exercício técnico vertido no acórdão recorrido e registamos a preocupação adiantada e relativa à previsão e cativação da verba destinada a assegurar a despesa acordada em contrato.

Apesar disso, e nesta parte, a argumentação dos recorrentes procede.

Com efeito, e conforme resulta do procedimento, o valor do contrato – USD 719.212.000 – já incorpora o montante aceite para obras [USD 631.067.000] e o montante fixo aceite para a opção ALB [USD 88.145.000], cujo acionamento dependerá do dono da obra e deverá ter lugar até 180 dias sobre a data do início da execução material do referido contrato.

Para além disso, e como bem adiantam os recorrentes, aquele conjunto de obras [incluindo as reportadas à opção ALB] mostra-se previsto e orçamentado no presente concurso de aprovisionamento, integrando, até, o correspondente preço total. E este, assinale-se, constitui o montante máximo a pagar pelo dono da obra à entidade adjudicatária.

Deste modo, e porque legal, entendemos ser desnecessário imprimir alguma correcção ao valor do contrato celebrado.

Neste ponto, mas apenas parcialmente, **[**vd. alínea a)**]**, também procede o alegado pelos recorrentes.

IV.

Assim, e concluindo:

- A notificação do acórdão recorrido operou em conformidade com a lei aplicável, seja no tocante à forma, seja no referente à identidade dos destinatários – a CNA e o Ministério do Petróleo dos Recursos Minerais -, em nada, cerceando o acesso à justiça e, em especial, o direito ao recurso;

- O acórdão recorrido foi proferido no prazo legalmente previsto no artigo 65º, nº 1, da Lei nº 9/2011, de 17.8., ou seja, nos 30 dias decorridos sobre a data do registo de entrada do instrumento contratual submetido a visto e comunicado, regularmente, à entidade peticionante em igual prazo, ainda nos termos do artigo 65º, nº 2, da referida Lei.

  Não ocorreu, pois, a formação do visto tácito.

- Acolhe-se, parcialmente, a alteração da matéria de facto vertida no ponto 22., do acórdão recorrido;

- **A nota anexa à proposta financeira apresentada pelo consórcio HDEC-HEC, pelo seu conteúdo, estrutura e finalidade, não constitui uma proposta autónoma e/ou alternativa**;

E, daí, a não violação do disposto nos artigos 29º, alínea i), 67º, nº 1, e 84º, nº 2, alínea a), do RJA e do estipulado nas cláusulas 12ª, 13ª e 14ª, do Programa do Concurso.

Não se verificam, ainda, os pressupostos legitimadores da desqualificação e exclusão da proposta apresentada pelo consórcio HDEC-HEC;

- Porque cabe no âmbito material da previsão normativa do artigo 37º-A, do RJA, norma em vigor e aplicável, a negociação realizada apenas com o concorrente classificado em primeiro lugar, para além de legal e válida, também não ofende o princípio da igualdade e da estabilidade e imutabilidade das propostas;

- De igual modo, não se vislumbra a violação do princípio da igualdade, por solicitação de esclarecimentos apenas a um concorrente, a AFCons, pois apenas se tratou, de modo desigual, situações distintas e não comparáveis;

- **Na ausência de prova que imponha juízo diverso e, até, contrário, é de concluir que o consócio HDEC-HEC, ora adjudicatário, reúne as condições de elegibilidade para concorrer à execução de obras públicas;**

- **A garantia bancária prestada dá cumprimento ao estabelecido no artigo 33º, da Lei nº 11/2005, de 8.11.**

  Não suscita reparo o valor ou preço total vertido no contrato, porquanto corresponde ao conjunto de obras [incluindo as referentes à opção ALB] previsto e orçamentado no concurso de aprovisionamento em apreço e constitui o montante máximo a pagar pela entidade adjudicante à adjudicatária.

V. DECISÃO:

Em razão de todo o exposto, os Juízes do Tribunal de Recurso, em Plenário, decidem o seguinte:

1.

- **Negar provimento ao recurso** na parte em que se peticiona o reconhecimento da formação de visto tácito e se vindica a nulidade insanável do acórdão recorrido.

- **Conceder provimento ao recurso** relativamente à sustentada [pelos recorrentes] inexistência de apresentação de pluralidade de propostas ou de propostas alternativas, com a consequente inverificação da violação do disposto nos artigos 29º, nº 1, alínea i), 67º, nº 1, e 84º, nº 2, alínea a), do RJA, aprovado pelo Decreto-Lei nº 10/2005, de 21.11., e, bem assim, nas cláusulas 12ª e 13ª do Programa do Concurso/Caderno de Encargos.

- **Conceder provimento ao recurso** na parte em que se sustenta a vigência do artigo 37º-A, do RJA, introduzido pelo Decreto-Lei nº 24/2008, de 23.7., e, ainda, a legalidade do entabulamento de negociações, antes da adjudicação [mas após a ordenação final das propostas], apenas com o concorrente graduado em primeiro lugar, por não violação de norma aplicável, direta ou indiretamente, e inverificação da inobservância dos princípios da igualdade e da imutabilidade das propostas.

- **Conceder provimento ao recurso** na parte em que se advoga a não violação do princípio da igualdade **[**vd. III. B., das alegações dos recorrentes**]** por parte da CNA/Júri do Concurso

- **Conceder provimento ao recurso** na parte em que se alega que o consórcio HDEC-HEC reúne os requisitos de elegibilidade para concorrer à execução de obras públicas.

- **Conceder provimento ao recurso** na parte em que se entende, por adequado, o valor constante do preço vertido no contrato.

E, finalmente, mas ainda em consequência,

- **Revogar o acórdão recorrido [à exceção da pronúncia sobre a garantia bancária], concedendo-se, assim, o visto ao contrato em apreço e agora sob fiscalização prévia.**

2.

Ordenar, ao abrigo do artigo 35º, da Lei nº 9/2011, de 17.8., a realização de fiscalização concomitante dirigida à execução material e financeira do contrato em apreço, a exercitar mediante a implementação das necessárias e pertinentes auditorias.

Notifique.

474
4

Díli, 18 de Julho de 2017

Os Juízes do Tribunal de Recurso
(em Plenário)

Alberto Fernandes Brás - Relator

Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes

Edite Palmira dos Reis