



91  
f

**ACÓRDÃO Nº 3, de 18 de Julho de 2017 –  
Plenário do Tribunal de Recurso**

**RECURSO ORDINÁRIO N.º 02/VP/2016/CC**

**PROCESSO Nº 04/VP/2016/CC**

**I – RELATÓRIO**

1. Em 26 de Janeiro de 2016 a Exmo. Director da Comissão Nacional de Aprovisionamento (doravante designada como CNA) remeteu à Câmara de Contas o Contrato para a Construção de Infraestruturas de Drenagem de Díli celebrado em 23 de Novembro de 2014 entre o Estado de Timor-Leste, representado pelo Ministro das Obras Públicas, e a *China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd*, com o valor de 72.800.006,07 USD, para efeitos de fiscalização prévia, nos termos previstos no art.º 62.º - n.º 2 da Lei n.º 9/2011, de 17 de Agosto – Lei Orgânica da Câmara de Contas do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas.
2. Os Serviços de Apoio da Câmara de Contas verificaram, preliminarmente, o processo, nos termos do disposto no art.º 63.º da Lei n.º 9/2011, tendo produzido o Relatório, que se dá como reproduzido, concluindo que haveria fundamento legal para a recusa do “Visto”.



TRIBUNAL DE RECURSO

92  
7  
*[Handwritten signature]*

3. Em 16 de março de 2016, os Juizes da Câmara de Contas do Tribunal de Recurso proferiram o Acórdão que consta de fls. 1.052 a 1.069 em que, por unanimidade, foi recusado o "Visto" ao contrato supra-identificado.
4. Em 31 de março de 2016, o Governo da República Democrática de Timor-Leste, representado pelo Exmo. Primeiro-Ministro e pelo Exmo. Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, não se conformando com a recusa do "Visto", e na sequência da deliberação tomada em Conselho de Ministros de 29 de Março de 2016, veio Interpor recurso do Acórdão do Plenário supra-referenciado.
5. O recurso foi, liminarmente, admitido por despacho do relator proferido no dia 6 de Junho de 2017, ao abrigo do disposto no art.º 74.º - n.º 3 da Lei n.º 9/2011, atenta a legitimidade dos Recorrentes e a tempestividade na interposição (art.º 74.º - n.º 1 da Lei n.º 9/2011).
6. Nos termos do disposto no art.º 74.º - n.º 4 da Lei n.º 9/2011, o presente recurso tem efeito suspensivo.
7. A entidade recorrente, no âmbito do recurso, formulou as seguintes conclusões:

*i. Quanto à matéria de facto*

*A decisão quanto à matéria de facto constante do acórdão recorrido deve ser alterada, por aditamento, no sentido de considerar provados os seguintes factos:*

- a) *Que a CNA fez a avaliação técnica das propostas dos concorrentes considerou que a proposta apresentada pelo concorrente China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd obteve melhor pontuação e foi considerada com melhor capacidade de resposta;*



TRIBUNAL DE RECURSO

93

4

- b) Que o Governo, reunido em Conselho de Ministros, em 21 de novembro de 2014, aprovou a proposta de adjudicação do contrato de execução de obras de construção de infraestruturas de drenagem na Cidade de Díli à concorrente China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd, pelo valor de \$72 800 006,07 dólares americanos;
- c) Que a CNA publicou, no Jornal "Timor Post" do dia 27 de novembro de 2014, a intenção de adjudicação do contrato de execução de obras objeto de recusa de visto ao concorrente China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd, pelo valor de \$72 800 006,07 dólares americanos;
- d) Que a publicação da intenção de adjudicar o contrato de execução de obras objeto de recusa de visto ao concorrente China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd, pelo valor de \$72 800006,07 dólares americanos fixou o prazo de cinco dias para reclamações dos concorrentes;
- e) Que o prazo para reclamações da intenção de adjudicação do contrato de execução de obras objeto de recusa de visto terminou no dia 2 de dezembro de 2014;
- f) Que os concorrentes não apresentaram reclamações da intenção de adjudicação do contrato que foi publicada no Jornal "Timor Post" do dia 27 de novembro de 2014;
- g) Que o Governo, em reunião do Conselho de Ministros realizado no dia 21 de novembro de 2014, autorizou o Ministro das Obras Públicas a outorgar e assinar o contrato de execução de obras objeto de recusa de visto ao concorrente China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd, pelo valor de \$72 800 006,07 dólares americanos.



99  
A  
[Handwritten signature]

**ii. Quanto à matéria de direito**

*Relativamente a matéria de direito impugnada nas presentes alegações, formulam-se as seguintes conclusões:*

- a) Os elementos obrigatórios ou essenciais do ato administrativo estão enumerados no nº 1 do artigo 42º do Decreto-Lei nº 32/2008, de 27 de agosto;*
- b) O concurso público não constitui elemento essencial da adjudicação;*
- c) O concurso público é apenas um dos tipos legais de aprovisionamento;*
- d) O concurso público é exigido com carácter obrigatório, se e na medida em que a sua realização seja possível;*
- e) No caso concreto, o contrato celebrado entre o Ministério das Obras Públicas e a empresa China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group, Ltd, relativo às obras de construção de infraestruturas de Drenagem em Díli, com recursos provenientes do acordo de crédito que a RDTL celebrou com o Export-Import Bank of China, uma instituição de financiamento internacional, a realização do concurso público não era possível;*
- f) O financiamento de parte do pagamento do preço relativo à execução de obras de infraestruturas de drenagem da Cidade de Díli com recursos provenientes do crédito concessional do Export-Import Bank of China, instituição chinesa de financiamento internacional, para promoção de exportação de empresas chinesa, motiva e justifica a decisão da CNA de iniciar o de aprovisionamento pelo "concurso limitado por pré-qualificação";*



TRIBUNAL DE RECURSO

95  
A  
[Handwritten signature]

- g) *As infrações às normas e princípios constantes do RJA estão sujeitas a um regime específico de Impugnação, que inclui reclamação (artigos 96º a 100º), o recurso hierárquico necessário (artigo 101º a 103º, nºs 1 e 2) e o recurso contencioso, judicial (artigo 103º, nº 3);*
  
- h) *A infração de normas e princípios constantes do RJA, mesmo que ocorresse, conduziria à anulabilidade do procedimento administrativo de aprovisionamento, nos termos do disposto no artigo 52º do Decreto-Lei na 32/2008, de 27 de agosto;*
  
- i) *Porque a anulabilidade não é de conhecimento oficioso e só pode ser apreciada pelo tribunal que seria competente para processar e julgar matéria de contencioso administrativo e no âmbito do respetivo processo, a Câmara de Contas não podia recusar visto com fundamento na violação da normas e princípios constantes do RJA;*
  
- j) *O procedimento administrativo de aprovisionamento através de concurso limitado por pré-qualificação não é ilegal;*
  
- k) *A negociação apenas com o vencedor do concurso, com vista a baixar o preço do contrato, não viola os princípios fundamentais da contratação pública, especialmente, o princípio da igualdade, o princípio da estabilidade e o princípio da segurança, pelo que não há fundamento para recusa de visto previsto no artigo 30º, nº 3, da LOCC;*
  
- l) *Face ao regime jurídico do procedimento administrativo de aprovisionamento e do ato administrativo, a infração do RJA só constitui fundamento de recusa de visto se, e na medida em que, conduzir à nulidade do aprovisionamento ou do ato administrativo respetivo;*



96  
7

m) No caso dos autos, porque o procedimento administrativo de provisionamento não viola normas e princípios constantes do RJA, não se verifica fundamento de recusa de visto previsto no nº 3 do artigo 30º da LOCC.

**iii. Normas jurídicas violadas**

A decisão de recusa de visto viola as normas jurídicas constantes das seguintes disposições legais: artigos 4º, 5º, 6º, 37º, alínea a), 37º-A, 40º, 47º, nº 1, 96º, 97º, 98º, 99º, 100º, 101º, 102º e 103º do RJA; artigo 50º e 52º do Decreto-Lei nº 32/2008, de 27 de agosto; artigo 29º do Regime Jurídico dos Contratos Públicos; artigo 30º, nºs 1 e 3, da LOCC; artigo 416º, nº 1, alínea d), do CPC.

**iv. Sentido em que as normas jurídicas violadas deviam ter sido interpretadas e aplicadas**

- a) As disposições legais violadas pelo duto acórdão recorrido deviam ter sido interpretadas e aplicadas com o seguinte sentido e alcance:
- b) No procedimento administrativo de provisionamento para a celebração do contrato público de execução de obras, o concurso público não é sempre obrigatório;
- c) Que o concurso público não é elemento essencial do ato administrativo de adjudicação;
- d) Que o procedimento administrativo de provisionamento para a celebração do contrato objeto de recusa de visto não viola as normas e princípios constantes do RJA;



TRIBUNAL DE RECURSO

07  
4

- e) *E que, mesmo que o procedimento administrativo de aprovisionamento para a celebração do contrato objeto de recusa violasse normas e princípios constantes do RJA, tal infração determina a anulabilidade do aprovisionamento, a qual, por não ser de conhecimento oficioso do Tribunal, não constitui fundamento de recusa de visto previsto no nº 3 do artigo 30º da LOCC.*

A Entidade Recorrente termina as suas alegações defendendo a procedência do recurso e, em consequência:

- a) *Seja suprida a nulidade do acórdão recorrido, decorrente do facto de o mesmo ter tomado conhecimento de matéria que o Tribunal não podia conhecer, conforma as conclusões expendidas supra;*

*Em consequência da supressão da nulidade do acórdão,*

- b) *Seja o mesmo substituído por outro que conceda o visto ao contrato de execução relativo às obras de construção de infraestruturas de Drenagem em Díli; ou*

*Caso assim se não entenda,*

- c) *Seja a matéria de facto alterada no sentido de lhe acrescentar os factos que estão documentalmente provados, nos termos das conclusões sobre a matéria de facto referidas supra e, em consequência, seja efetuado um novo julgamento, decidindo-se afinal pela concessão do visto ao contrato de execução relativo às obras de construção de infraestruturas de Drenagem em Díli;*

*E, complementarmente à alteração da matéria de facto considerada provada,*



*[Handwritten signature and initials]*

- d) *Seja ainda alterado o julgamento da matéria de direito, nos termos das conclusões supra referidas, e, em consequência, substituir o douto acórdão recorrido por outro que concede visto ao contrato de execução relativo às obras de construção de infraestruturas de Drenagem em Dili.*
8. O Exmo. Magistrado do Ministério Público, notificado, emitiu o douto Parecer previsto no art.º 76.º - n.º 1 da Lei n.º 9/2011, cujo teor se dá, globalmente, por reproduzido.

**Em conclusão geral, “o Ministério Público é de parecer que o acórdão merece confirmação”.**

## **II – OS FACTOS**

1. Na 1.ª instância foram dados como provados os seguintes factos:

A) *Da listagem de documentos apresentados à Câmara de Contas (a fls. 3), pela Comissão Nacional de Aprovisionamento (doravante designada por CNA), no que respeita aos documentos comprovativos à decisão ou deliberação de contratação e aprovação do tipo de procedimento de aprovisionamento adotado, consta a observação “Sem documento a apresentar. Contudo, é de notar que o referido aprovisionamento é restrito às empresas chinesas de construção tal como recomendado pela Embaixada da República Popular da China (RPC) e em conformidade com o acordo de empréstimo do banco EXIM. A CNA realizou o concurso restrito através de pré-qualificação apenas para estas empresas de construção. (Consultar o Apêndice 3)”;*





TRIBUNAL DE RECURSO

99  
Handwritten signature and initials.

- B) Do Apêndice 3 (a fls. 41), consta o ofício do Fundo das Infraestruturas com o n.º 621/SGP-FI/CAFI/XII/2013, de 2 de Dezembro, dirigido ao Diretor da Comissão Nacional de Aprovisionamento, onde se menciona "As agreed during the meeting on November 27, 2013, in your office that NPC will be able to select the construction company recommended by the Chinese Embassy. Note that the selection of the company is one of pre-processes done by the government of Timor-Leste prior to the signing loan agreement with Exim Bank of China. The selected company will eventually construct the selected Dili drainage infrastructure proposed by the government of Timor Leste."
- C) Do mesmo Apêndice 3 (a fls. 42), consta o ofício (2013) Dong Zi n.º 88, de 2 de Dezembro de 2013, da Embaixada da China, dirigido à Ministra das Finanças informando que "(...) According to the negotiation result between the officials from our embassy and your Ministry, here enclose the letter including the supplement list of suggested China companies for your reference which propose to do de Dili Drainage System project with preferential export buyer's credit from the Import-Export Bank of China. All these companies have rich experience in municipal engineering: Hebei construction Group Co. Ltd., China Railway Shisiju Group Corporation, Jiangsu Jiangdu Construction Group Co. Ltd., China Railway Construction (HK) Ltd. (...)";
- D) Do Convite para a fase de pré-qualificação (a fls. 45), consta "1. This invitation for Pre-Qualification follows the discussion between Government of Timor-Leste and the Exim Bank of China. 2. The Government of Timor-Leste (GoTL) acting through the Ministry of Finance (MoF) would like to pursue the founding source of the concession loan from Exim Bank of China (EBC) to improve the drainage system of Dili with amount of approximately fifty million USD (Exim Bank of China Funding). The Government acting through the Ministry of Finance – Timor-Leste (The employer) intends to apply the Exim Bank Funding to eligible payments under the contract for which this invitation for Pre-Qualification is issued." (...) 7. Participation in this competition is only open to the following Firms: China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd., China Nuclear Industry 22nd Construction Company Ltd., China Chongqing International Construction Co. (CICO), China Railway Construction (HK) Ltd.,



100  
+

Hebl Construction Group Co. Ltd., 6) China Railway Shisiyu Group Co., Jiangsu Jiangdu Construction Group Co. Ltd. The Employer intends to issue bidding documents reflecting the scope of the proposed design-built activities to three (3) short-listed bidders only that demonstrate capacity to implement the works. It is expected that invitations for bid to the pre-qualified bidders will be issued in May 2014 (...)"

- E) Verificando-se que o convite para a pré-qualificação fora dirigido a 7 empresas e que no ofício da Embaixada Chinesa n.º (2013) Dong Zi n.º 88, apenas haviam sido indicadas 4 companhias, solicitou-se esclarecimentos à CNA sobre esta questão (ofício TE/CContas/2016/020, a fls. 829).

Em resposta a CNA enviou o ofício da Embaixada Chinesa n.º (2013) dong Zi n.º 87, de 19 de Novembro de 2013, dirigido à Ministra das Finanças, (a fls. 834) com a indicação das restantes companhias a quem foram enviados os convites;

- F) Na fase de pré-qualificação, foram pré-qualificadas 4 empresas, a quem foi dirigido o convite para a apresentação de propostas, mencionando (a fls. 47) " (...) The employer through National Procurement Commission (NPC) now invites the bids for the construction of Dili Drainage Infrastructure. The bidding will be conducted through bidding procedures described in the Bidding Documents associated with this Invitation for Bid, in accordance with the Government of Timor-Leste Procurement Guidelines. (...) Participation is only open to the following prequalified firms. China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd., China Chongqing International Construction Corporation (CICO), China Railway Shisiyu Group Corporation, Jiangsu Jiangdu Construction Group Co. Ltd."

- G) Do Relatório da Avaliação técnico-financeira (a fls. 91), consta que "(...) The mode of procurement used is Limited International Competitive Bidding (LCB) in Single Stage: Two-envelope Bidding Procedures. (...) All four (4) [prequalified] bidders attained the passing technical score of 350 points in the detailed examination of technical bids and ranked as follows:



TRIBUNAL DE RECURSO

10/7  
*[Handwritten signature]*

Bidder n.º	Bidder Name	Score	Ranking
Bidder n.º 1	China Chongqing International Construction Corporation (CICO)	440,00	3rd
Bidder n.º 2	China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd	465,00	1st
Bidder n.º 3	China Railway Shisiju Group Corporation	420,00	4th
Bidder n.º 4	Jiangsu Jiangdu Construction Group Co Ltd	441,00	2nd

H) Segundo o mesmo documento, foram abertos os envelopes referentes às propostas financeiras das duas empresas classificadas nos dois primeiros lugares, tendo a concorrente China Shandong apresentado o preço de US \$79.849.060,39 e a concorrente Jiangsu Jiangdu o preço de US \$82.392.846,68.

O custo das obras, segundo a estimativa do engenheiro do Estado era de US \$67.063.594,63, pelo que os preços oferecidos pelos concorrentes situavam-se, respetivamente, 19,06% e 22,68% acima daquele valor.

Após a avaliação combinada da pontuação técnica e financeira das concorrentes, a proposta da China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd. foi considerada vencedora.

I) Consta do mesmo relatório de avaliação que "2.5 Contract Negotiation. The evaluation committee decided after the detail evaluation of Price Bid to invite First Ranked prospective responsive bidder (China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd.) for negotiation because contract cannot be awarded to bidder considering 19.06% high bid in comparison with Engineer Estimate. Negotiation was conducted in the series of meeting with representative of prospective responsive winning bidder and officials of ADN. The following was decided in the final negotiation meeting which was held on November 20, 2014. The ADN reviewed its cost estimate which result in na increase in the Engineer Estimate from US \$67.063.594,63 to US \$70.111.939,83. The final agreed price was US \$72.800.006,07, which includes the 2% tax and a provisional sum for contingencies of US \$2.690.000,00.



102  
/

*Conclusion and Recommendations. In view of the foregoing evaluation of bids as presented in this report, it is recommended that the contract for Dili Drainage Infrastructure, Timor-Leste, IFB n.º ICB/053/MPW-2014 be awarded to Bidder n.º 2, China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd., for the amount of US \$72.800.006, 07."*

- J) *O contrato de empréstimo a crédito com comprador preferencial, referido nos parágrafos anteriores, foi celebrado a 18 de Dezembro de 2015, entre o Estado de Timor-Leste, representado pela Ministra das Finanças e o Banco de Exportações e Importações da China – China EximBank e foi remetido à Câmara de Contas para efeitos de fiscalização prévia, a coberto do ofício 003/VI/GMF/2016-01, de 6 de janeiro, tendo sido autuado e registado sob o n.º 002/NP/2016/CC;*
- K) *Do clausulado desse contrato e com interesse para a apreciação do contrato em análise, constam as seguintes estipulações:*

*"Considerando que: (A) o Mutuário solicitou ao Mutuante que disponibilizasse ao Mutuário um empréstimo de valor não superior a Cinquenta Milhões de Dólares Americanos (50.000.000,00 USD), relativo às necessidades de financiamento previstas no Contrato Comercial (...). (B) O Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações da República Democrática de Timor-Leste (doravante Utilizador Final) e o China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd. (doravante Fornecedor Chinês) assinaram a 23 de Novembro de 2014 um Acordo de Contrato para a Construção de Infraestruturas de Escoamento em Díli (doravante Contrato Comercial), com o número de contrato LCB/053/MPW-2014, visando a implementação do Projeto (conforme definido no artigo n.º 1).*

*2.4 A totalidade dos proveitos do Financiamento será aplicada pelo Mutuário para o fim exclusivo de pagar aproximadamente Sessenta e Oitoponto Seis Nove por cento (68,69%) do montante do Contrato Comercial.*



103  
7

2.5 Os bens, tecnologias e serviços comprados através dos proveitos do Financiamento deverão ser adquiridos preferencialmente a partir da China. Os standards tecnológicos usados para implementação do Projeto serão preferencialmente os standards do Código Chinês de Concepção.

2.6 O Mutuário pagará ao Mutuante, de uma só vez, uma Comissão de Gestão sobre o montante agregado do Financiamento, calculado à taxa indicada no n.º 2 do artigo 2º, equivalente a Cento e Vinte e Cinco Mil Dólares Americanos (125.000,00 USD), no prazo de trinta (30) dias após a efetivação do presente Acordo, mas não após a primeira Data de Desembolso. (...)

2.7 Durante o Período de Disponibilidade o Mutuário pagará semestralmente ao Mutuante uma Comissão de Empréstimo calculada à taxa do n.º 2 do artigo 2º sobre o montante não sacado e não oculto do Financiamento. A Comissão de Empréstimo contará a partir da data 30 dias após a data em que o presente Acordo se tornar efetivo, inclusive, e será calculada com base no número de dias decorridos e num ano com 360 dias. (...)

L) Tendo-se suscitando-se dúvidas sobre a legalidade do Contrato em apreciação, foram solicitados à Comissão Nacional de Aprovisionamento os esclarecimentos seguintes, através do ofício n.º TR/CContas/2016/027, de 25 de fevereiro:

- i. "O contrato respeitante a Construção de Infraestrutura de Drenagem de Díli, foi precedido de um Concurso Limitado, antecedido por uma fase de Pre-Qualificação em que foram admitidas exclusivamente empresas Chinesas, indicadas pela respetiva Embaixada.
- ii. O motivo que justificou a adoção desse procedimento, de acordo com do que consta nos documentos juntos aos Autos (cfr. ofício no. 068/CNA/I/2016) terá sido o facto de ter sido assumido esse compromisso pelo Estado Timor-Leste com o Banco Exim, como condição prévia para a concessão do empréstimo por parte do Banco.



104  
7  
*[Handwritten signature]*

- iii. O RJA provado pelo DL n.º 10/2005 de 21 de novembro, determina que em obras de valor de superior a USD \$1.000.000,00 seja realizado o concurso internacional, nos termos do artigo 39º, e, no artigo 49º, al. b), a pré-qualificação é obrigatória para as obras no valor superior de USD \$250.000,00.
- iv. Assim sendo, solicito V. Exa. que justifique como se considera legalmente possível a celebração do presente contrato da Construção, com violação do disposto na citada norma legal, tendo ainda em consideração que não se afiguram presentes, no caso em apreciação, os pressupostos de que depende aplicação da disciplina excepcional contida na alínea b) do artigo 12º do RJA.
- v. Verifica-se todavia, que nem no texto do empréstimo – nem em qualquer outro documento que o acompanhou - se encontra prevista qualquer cláusula atributiva de exclusividade a favor das empresas chinesas, mas tão-somente uma condição preferencial (cfr. cláusula 2.5). Caso de verifique que os documentos que comprovam o referido compromisso existem, solicita-se a sua remessa à Câmara de Contas.”
- M) Em resposta, a CNA através do ofício n.º 014/CNA/III/2016, de 8 de março, alegou que (a fls.1010):

“Reportamo-nos ao vosso ofício de 25 de Fevereiro de 2016, com a referência TR/CContas/2016/027, solicitando à CNA a justificação da legalidade do processo de concurso realizado para o projecto em epígrafe no qual a participação foi limitada a empresas chinesas indicadas pelo Governo chinês. O Ministério das Finanças forneceu à CNA uma cópia da carta da Embaixada da China em Timor-Leste (datada de 3 de Março de 2016) que declara que a participação em concursos para projectos financiados pelo Governo chinês através do crédito preferencial de compradores (PreferentialBuyersCredit) é limitada a empresas chinesas seleccionadas e recomendadas pelo Governo chinês.



105  
A

*Esperamos que esta confirmação formal emitida pela Embaixada da China seja satisfatória, tendo em conta os esclarecimentos/documentos solicitados por de V. Exas. (...)"*

N) *A carta da Embaixada da China em Timor-Leste, referida no ponto anterior, tem o seguinte teor.*

*"(2016) Dongzi No.S021 - The Economic and Commercial Counselor's Office of the Embassy of the People's Republic of China in the Democratic Republic of Timor-Leste presents its compliments to the Ministry of Finance of the Democratic Republic of Timor-Leste (RDTL), and has the honor to inform the latter of the following:*

*In accordance with Preferential Buyer Credit (PBC) Loan Management Regulation of the Chinese Government, if the PBC project is required for bid, the Government of Borrowing Country should invite tenders from a short list of Chinese companies that are recommended by the Chinese Government.*

*The Economic and Commercial Counselor's Office of the Embassy of the People's Republic of China in the Democratic Republic of Timor-Leste avails itself of this opportunity to renew to the Ministry of Finance of the Democratic Republic of Timor-Leste the assurance of its highest consideration."*

## **2. DA IMPUGNAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO**

Os Recorrentes alegam no recurso (ponto 3.2) que a 1.ª instância não deu como provados factos que, em seu entendimento, são essenciais para a decisão a tomar nesta 2.ª instância.



TRIBUNAL DE RECURSO

106  
7

Tendo em conta que os factos que os Recorrentes pretendem aditar estão documentalmente comprovados aditam-se à matéria de facto provada na 1.<sup>a</sup> Instância os seguintes factos:

- 2.1 Que a CNA fez a avaliação técnica das propostas dos concorrentes e considerou que a proposta apresentada pelo concorrente *China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd* obteve melhor pontuação e que apresenta melhor capacidade de resposta;
- 2.2 Que o Governo, reunido em Conselho de Ministros, em 21 de novembro de 2014, aprovou a proposta de adjudicação do contrato de execução de obras de construção de infraestruturas de drenagem na Cidade de Díli à concorrente *China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd*, pelo valor de \$72 800006,07 dólares americanos;
- 2.3 Que a CNA publicou, no Jornal "Timor Post" do dia 27 de novembro de 2014, a intenção de adjudicação do contrato de execução de obras objeto de recusa de visto ao concorrente *China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd*, pelo valor de \$72 800006,07 dólares americanos;
- 2.4 Que a publicação da intenção de adjudicar o contrato de execução de obras objeto de recusa de visto ao concorrente *China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd*, pelo valor de \$72 800006,07 dólares americanos fixou o prazo de cinco dias para reclamações dos concorrentes;
- 2.5 Que o prazo para reclamações da intenção de adjudicação do contrato de execução de obras objeto de recusa de visto terminou no dia 2 de dezembro de 2014;





107  
Handwritten signature and initials

- 2.6 Que os concorrentes não apresentaram reclamações da Intenção de adjudicação do contrato que foi publicada no Jornal "Timor Post" do dia 27 de novembro de 2014;
- 2.7 Que o Governo, em reunião do Conselho de Ministros realizado no dia 21 de novembro de 2014, autorizou o Ministro das Obras Públicas a outorgar e assinar o contrato de execução de obras objeto de recusa de visto ao concorrente *China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd*, pelo valor de \$72 800 006,07 dólares americanos

### III – O DIREITO

#### A. DA NULIDADE DO ACÓRDÃO

1. Alegam os ilustres Recorrentes que o Acórdão da Câmara de Contas conheceu de matéria que não devia conhecer, especificamente, quando fundamentou a recusa do Visto na violação de normas e princípios constantes do Regime Jurídico do Aprovisionamento pelo que o Acórdão recorrido padeceria do vício de nulidade, nos termos do art.º 416.º - n.º 1 – al. d) do CPC.
2. O Ministério Público, no Parecer que emitiu sobre esta questão pronuncia-se como segue:

*Liminarmente, o recorrente invoca a nulidade do douto acórdão recorrido, sob alegação de que a Câmara de Contas conheceu "de questões de que não podia tomar conhecimento".*



TRIBUNAL DE RECURSO

100  
f

O douto acórdão recorrido assentou a recusa de visto em dois segmentos argumentativos que epigrafou "da formação do contrato mediante procedimento escolhido" e "das negociações apenas com um dos candidatos.

O simples enunciar dos epígrafes de que se serviu o douto acórdão denota que todas as ilegalidades que fundamentaram a decisão se "localizaram" na fase pré-contratual, o mesmo é dizer, na fase do procedimento administrativo de aprovisionamento.

Alega o recorrente que a ilegalidade do procedimento administrativo de aprovisionamento não pode constituir fundamento de recusa de visto, porquanto esse espécime de vício é sancionado com anulabilidade, e, como tal, não é de conhecimento oficioso e apenas pode arguida em sede de processo administrativo interposto por quem tenha legitimidade e perante o tribunal com competência em matéria do contencioso administrativo.

O Ministério Público tem estas premissas por exatas e, na verdade, não se descortina no douto aresto recorrido que outra fosse a perspectiva da instância a quo.

O douto tribunal julgou ter havido preterição indevida do concurso público na adjudicação do contrato. E como firmasse o entendimento de que "o concurso público, quando obrigatório, é elemento essencial do ato administrativo adjudicatório" - e, como tal, gerador de nulidade do ato de administrativo adjudicatório -, julgou-se competente para declarar a nulidade nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 50º do Decreto-Lei n.º 32/2008, de 27 de agosto (Procedimento Administrativo).



109  
#

*É absolutamente claro que a instância a quo se estribou na competência difusa e indistintamente reconhecida a todos os tribunais "de declarar a nulidade dos actos administrativos".*

*(...)*

*Não parece, contudo, que a perspectiva vincada no acórdão possa ser impugnada apenas numa base meramente conceitual, baseada, como se intenta no requerimento do recurso, na distinção entre o conceito de "procedimento administrativo" e o conceito de "acto administrativo". Que estes conceitos se distinguem, não há nenhuma dúvida. A doutrina e própria a lei os distinguem de forma muito nítida.*

*(...)*

*Nas alegações do recurso, sugere-se que os "elementos essenciais" seriam os elementos constitutivos do acto administrativo, definidos na Lei do procedimento administrativo.*

*Cláusula geral idêntica é utilizada no Código de Procedimento Administrativo português, e a verdade é que sobre o seu exato conteúdo não existe unanimidade, nem na doutrina nem na jurisprudência. Alguma doutrina tem-na como sinónimo de "elementos constitutivos ou estruturantes", e existem arestos do STAp que consideram nulos "os actos a que falte qualquer dos elementos indispensáveis para que se possa constituir acto administrativo, incluindo os que caracterizam cada espécie concreta, ou feridos de vícios graves e decisivos equiparáveis àquela carência". Mas também há um segmento da doutrina que propugna que o conceito remete para a ideia de vícios especialmente graves e evidentes. Outra ideia que se recorta da doutrina portuguesa é que "os elementos essenciais do acto administrativo" estão diretamente associados à tipologia dos atos e gravidade dos vícios.*



110  
Handwritten signature and scribbles.

*Estas referências são excessivamente fragmentária. Mas por elas já se pode ver que a alegada nulidade do acórdão, por "excesso de pronúncia", está longe de ser incontroversa. Pelo menos segundo certa perspectiva de direito, essa questão cabe dentro dos poderes de cognição do tribunal a quo.*

*A questão verdadeiramente não é de excesso de pronúncia ou, se quisermos, de violação dos poderes, mas sim se a conclusão em si mesma é ou não procedente.*

3. Em nosso entendimento, os juízes da Câmara de Contas, no douto Acórdão recorrido, não incorreram em vício de nulidade ao considerarem que, no procedimento havido, e atento o valor das obras em causa, o concurso público era obrigatório e que constitua um elemento essencial<sup>1</sup> do acto de adjudicação pelo que a sua preterição determinaria a nulidade<sup>1</sup> do acto de adjudicação por força do disposto no n.º 1 do art.º 50.º do Decreto-Lei n.º 32/2008, de 27 de Agosto.

- **Nestes termos, e sem necessidade de maiores desenvolvimentos julga-se improcedente a arguida nulidade invocada pelos Recorrentes uma vez que a Câmara de Contas, face à inexistência de concurso público recusou o visto, ao abrigo do disposto no n.º 3 do art.º 30.º da LOCC (Lei n.º 9/2011, de 17 de Agosto).**

---

<sup>1</sup> Sublinhado nosso.



111  
7

## **B. O REGIME JURÍDICO DO APROVISIONAMENTO**

1. Os Decretos-Lei n.ºs 10/2005 e 12/2005, ambos de 21 de Novembro, aprovaram o Regime Jurídico do Aprovisionamento (doravante RJA) e o Regime Jurídico dos Contratos Públicos (doravante RJCP).

Nos termos do art.º 2.º do RJA, o âmbito de aplicação do diploma abrange os procedimentos de aprovisionamento dos serviços públicos feitos à custa do Orçamento do Estado ou como encargo de outros recursos financeiros que sejam possuídos ou controlados por eles, estando sujeitos a este regime todas as actividades de aquisição de bens e serviços, assim como a execução de obras para fins públicos.

O art.º 12.º do RJA estabelece o princípio da compatibilidade com as Normas Internacionais no seguintes termos:

*O presente diploma não é aplicável quando entre em conflito de lei com uma obrigação internacional contraída pela RDTL, em virtude de:*

- a) Um tratado ou outra forma de acordo internacional assinado pela RDTL com um ou mais Estados;*
  - b) Um acordo entre a RDTL e uma instituição de financiamento internacional.*
2. No caso em apreciação, a Comissão Nacional de Aprovisionamento (CNA) realizou um procedimento que foi designado por "Concurso Internacional Limitado" (*Limited International Competitive Bidding – LCB*), em que apenas foram convidadas para a fase de pré-qualificação as empresas chinesas que foram identificadas pela Embaixada da República Popular da China.

(Facto provado A) na 1.ª instância)



TRIBUNAL DE RECURSO

12  
7

Ainda neste âmbito, ficou provado “que o referido aprovisionamento é restrito às empresas chinesas de construção tal como recomendado pela Embaixada da República Popular da China (RPC) e em conformidade com o acordo de empréstimo do banco EXIM” da RPC.

(Facto provado A) na 1.ª instância)

O referido contrato de empréstimo veio a ser celebrado a 18 de Dezembro de 2015 entre o Estado de Timor-Leste e o Banco de Exportações e Importações da China.

(Facto provado J) na 1.ª instância)

O motivo que justificou a adopção deste procedimento, de acordo com o que consta nos documentos juntos aos autos terá sido o facto de ter sido assumido este comportamento pelo Estado de Timor-Leste com o Banco Exim, como condição prévia para a concessão do empréstimo por parte do Banco.

(Facto provado L.ii.) na 1.ª instância)

3. Face ao que vimos referenciando conclui-se que, atento o valor das obras de construção (72.800.006,07 USD) seria exigível a realização de um concurso público internacional nos termos do art.º 39.º - n.º 2 – a) do DL n.º 10/2005. O concurso público internacional é o convocado com o fim de promover a participação de concorrentes de todos os países e é obrigatório nos contratos de construção de obras cujo valor estimado exceder os 1.000.000 USD.

Assim sendo, dúvidas não subsistem relativamente ao procedimento adoptado pela CNA que foi denominado como “Concurso Limitado Internacional”. Tal procedimento não está previsto no RJA pelo que não tem fundamento legal pois os tipos de procedimentos constantes do art.º 37.º do RJA devem ser considerados taxativos.



13  
A

Na verdade, restringir a empresas de um determinado país a participação ou a preferência nos procedimentos públicos afecta, de forma irremediável e insanável o regime jurídico do aprovisionamento público vigente.

Sublinha-se que, no caso dos autos e por força da restrição à concorrência, as empresas nacionais estavam impedidas de se candidatar aos concursos públicos no seu país.

Como bem se assinala no acórdão recorrido o intérprete deve adoptar uma maior exigência e rigor na interpretação e aplicação de cláusulas excepcionais ao princípio geral da protecção da concorrência, como decorre do art.º 4.º - n.º 3 do RJA.

Acresce que o "Concurso limitado por prévia qualificação" se deve aplicar quando a complexidade técnica ou os altos montantes envolvidos aconselhem uma prévia avaliação das capacidades financeiras, comerciais e técnicas dos concorrentes já admitidos (art.º 40.º do RJA). O que não foi o caso destes autos pois se limitou a participação por razões exclusivas da nacionalidade dos concorrentes.

### **C. A RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE ENTRE OS CONTRATOS DE MÚTUO E O DE CONSTRUÇÃO**

Corre termos neste Tribunal o Processo n.º 02/VP/2016/CC remetido para Fiscalização Prévia da Câmara de Contas e que tem como objecto o Acordo de Empréstimo com Comprador Preferencial entre o Estado da República Democrática de Timor-Leste e o Banco de Exportações e Importações da China (EximBank) no valor de 50.000.000 USD.



TRIBUNAL DE RECURSO

---

114  
R  
*[Handwritten signature]*

Em 16 de Março de 2016 os juizes da Câmara de Contas do Tribunal de Recurso proferiram o Acórdão em que foi, por unanimidade, recusado o visto ao contrato de mútuo.

O Acórdão foi objecto de recurso tendo sido proferido o Acórdão deste Tribunal de Recurso em que, por unanimidade, se julgou improcedente o recurso, confirmando-se a decisão da 1.<sup>a</sup> Instância de recusa do visto ao Contrato de Mútuo.

O Contrato de Mútuo foi contraído no pressuposto de que o projecto e a empreitada foram adjudicados à *China Shandong International Economic & Technical Group* como resulta, de forma clara, dos considerandos A) e B) das Cláusulas 2.4, 6.7 e 9.1 do Contrato de Mútuo.

**Ou seja, e como também se refere naquele processo de recurso, é manifesta a relação de prejudicialidade entre ambos os contratos: se o contrato de mútuo fosse visado, o contrato de construção poderia ser visado e efectivado.**

Em síntese final e conclusiva:

- O contrato de mútuo celebrado em 18 de Dezembro de 2015 entre o Estado de Timor-Leste e o Banco de Exportações e Importações da República Popular da China no montante de 50.000.000 USD (cinquenta milhões de dólares americanos), tinha como objecto o financiamento pelo Mutuário, de 68,69% do montante dos custos para a Construção da Infraestrutura de Drenagem de Díli;





TRIBUNAL DE RECURSO

---

115  
*[Handwritten signature]*

- O contrato foi objecto de recusa do visto, em 1.ª instância da Câmara de Contas;
- O recurso da decisão de recusa do visto foi decidido por Acórdão de 18 de Julho de 2017, nos termos do qual foi confirmada a decisão de recusa do visto na 1.ª instância.
- A recusa do visto ao contrato de mútuo, confirmada na 2.ª instância do Tribunal de Recurso, determina *ipso facto* que o financiamento, de 68,69%, da construção da Infraestrutura de Drenagem de Díli fique prejudicado e sem efeito dada a relação de prejudicialidade entre ambos os contratos face à ilegalidade e inconstitucionalidade de cláusulas constantes do contrato de mútuo, que justificaram a decisão de confirmação da recusa de visto da 1.ª instância.



IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos constantes do Acórdão, os juízes do Tribunal de Recurso da República Democrática de Timor-Leste acordam em confirmar o Acórdão da 1.<sup>a</sup> instância que recusou o visto ao Contrato para a Construção de Infraestruturas de Drenagem de Díli celebrado entre a República Democrática de Timor-Leste e a *China Shandong International Economic & Technical Cooperation Group Ltd*

Notifique.

Díli, 18 de Julho de 2017

O Plenário do Tribunal de Recurso

Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes - Relator

Alberto Fernandes Brás

Edite Palmira dos Reis