



1052  
JAV

# TRIBUNAL DE RECURSO

CÂMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

Acórdão do Plenário de Juízes da Câmara de Contas do Tribunal de Recurso, constituído por Deolindo dos Santos, Maria Natércia Gusmão e Jacinta Correia da Costa.

## I. Relatório

A Comissão Nacional de Aprovisionamento remeteu a esta Câmara de Contas do Tribunal de Recurso, para efeitos de Fiscalização Prévia, o Contrato de Obras Públicas para Construção das 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 empresa *China Shandong International Economic e Technical Cooperation Group Ltd*, com o valor de US \$72.800.006,07.

O contrato em análise foi remetido a coberto do ofício n.º 023/CNA/I/2016, datado de 26 de Janeiro de 2016 e deu entrada neste Tribunal na mesma data. Juntamente com o contrato, foram remetidas as declarações sobre Cabimento de Verba e de Compromisso com Encargos Plurianuais, a garantia de execução apresentada pela adjudicatária, a tradução do contrato para a língua portuguesa, os documentos que, de acordo com contrato, dele fazem parte integrante e a documentação referente ao processo de aprovisionamento, legalmente exigida.

\*\*\*

## II. Factos assentes

Para a decisão, para além dos acima referidos, relevam os factos seguintes, evidenciados por documentos e informações constantes do processo e que se dão por assentes:

- 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 adoptado, 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)*”;
- 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 Director 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*



1053  
TW

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Dili tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

- 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., Hebi Construction Group Co. Ltd., 6) China Railway Shisiju 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/CC/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 Shisiju 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*

f

2



1054  
JW

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Dili tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

*technical score of 350 points in the detailed examination of technical bids and ranked as follows:*

Bidder n.º	Bidder Name	Score	Ranking
Bidder n.º 1	<i>China Chongqing International Construction Corporation (CICO)</i>	440,00	3rd
Bidder n.º 2	<i>China Shandong International Economic &amp; Technical Cooperation Group Ltd</i>	465,00	1st
Bidder n.º 3	<i>China Railway Shisiju Group Corporation</i>	420,00	4th
Bidder n.º 4	<i>Jiangsu Jiangdu Construction Group Co. Ltd.</i>	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, respectivamente, 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. 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 –

f





1055  
PV

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Dili tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

China Exim Bank 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/VP/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 Dili (doravante Contrato Comercial), com o número de contrato LCB/053/MPW-2014, visando a implementação do Projecto (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 Oito ponto Seis Nove por cento (68,69%) do montante do Contrato Comercial.*

*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 Projecto 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 efectivação 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 efectivo, inclusive, e será calculada com base no número de dias decorridos e num ano com 360 dias. (...)*

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

- i. *“O contrato respeitante a Construção de Infraestrutura de Drenagem de Dili, foi precedido de um Concurso Limitado, antecedido por uma fase de Pré-Qualificação em que foram admitidas exclusivamente empresas Chinesas, indicadas pela respectiva Embaixada.*
- ii. *O motivo que justificou a adopção 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*



1056  
TV

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

*assumido esse compromisso pelo Estado Timor-Leste com o Banco Exim, como condição prévia para a concessão do empréstimo por parte do Banco.*

- iii. *O RJA provado pelo DL no 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/CC/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 (Preferential Buyers Credit) é limitada a empresas chinesas seleccionadas e recomendadas pelo Governo chinês.*

*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.*

   5



1057  
IV

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

*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.*

\*\*\*

### III. Do direito

O regime jurídico da contratação pública em Timor-Leste, encontra-se, em geral, definido pelo quadro instituído pelos Decretos-Lei n.ºs 10/2005 e 12/2005, ambos de 21 de Novembro, que, respectivamente, aprovaram o Regime Jurídico do Aprovisionamento (doravante RJA) e o Regime Jurídico dos Contractos Públicos (doravante RJCP), sendo aplicável aos contractos celebrados o disposto na Lei n.º 9/2011, de 17 de Agosto que aprovou a Orgânica da Câmara de Contas (doravante LOCC).

Considerando a sua natureza e valor, o contrato em análise encontra-se sujeito ao Visto da Câmara de Contas, em conformidade com as disposições conjugadas do art.º 3º, n.º 1 e alínea b), do n.º 1, do art.º 32º, da LOCC.

\*\*\*

### IV. Apreciação

São as seguintes questões que o Tribunal deve apreciar e decidir:

- a). Da formação do Contrato mediante o procedimento escolhido.
- b). Das negociações apenas com um dos candidatos.

\*

#### a). Da formação do Contrato mediante o procedimento escolhido.

O contrato de obras públicas em referência está sujeito ao regime de formação dos contractos públicos estabelecidos no RJA, uma vez que pela definição do seu objecto desde logo se verifica que se encontra excluída a possibilidade de respeitar a um procedimento de aprovisionamento sujeito a algum dos regimes especiais previstos nos números 3 a 7 do art.º 2 do RJA.

No seu art.º 2º, onde se encontra definido o seu âmbito de aplicação, o RJA determina que “

*1. O âmbito de aplicação do presente 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.*

*2. Estão sujeitos a este regime jurídico geral de aprovisionamento, todas as actividades de aquisição de bens e serviços, assim como a execução de obras para fins públicos.”*

Estando a contratação em análise abrangida pelo âmbito de aplicação do diploma, cumpre ainda averiguar se a aplicação do seu regime jurídico deve ser afastada por uma outra causa: a obediência ao Princípio da Compatibilidade com as Normas Internacionais, previsto pelo seu art.º 12º.

Nos termos desta disposição legal, “o presente diploma não é aplicável quando entre em conflito com uma obrigação internacional contraída pela RDTL, em virtude de: a) Um tratado

6





1058  
PAU

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Dili tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

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.”

A Comissão Nacional de Aprovisionamento realizou um procedimento que designou 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 indicadas pela Embaixada Chinesa.

No regime jurídico instituído pelo RJA, não se encontra prevista nem regulada essa forma de procedimento de aprovisionamento, sendo que a enunciação dos tipos de procedimentos que consta do art.º 37º se deve considerar taxativa.

De acordo com as informações constantes dos Autos, a justificação de ter sido efectuado o procedimento limitado, resultou do compromisso nesse sentido, assumido pelo Governo, por exigência das condições específicas do acordo de empréstimo com o banco EXIM, que veio a ser posteriormente formalizado e que se destinava ao financiamento parcial do projecto.

O contrato de empréstimo com o Banco EXIM foi assinado em 18 de Dezembro de 2015. Compulsando o seu clausulado e os documentos remetidos, não é possível encontrar qualquer estipulação que imponha a exclusividade da contratação de empresas chinesas para a realização das obras de construção.

Ao contrário do que é referido pela CNA, na cláusula 2.5 do contrato de empréstimo, encontra-se estipulado que “Os bens, tecnologias e serviços comprados através dos proveitos do Financiamento deverão ser adquiridos preferencialmente a partir da China. (...)” (sublinhado nosso)

Não resulta do texto transcrito que tenha sido acordado ou garantido o direito de exclusividade a favor das empresas chinesas. O que se encontra estipulado no texto contratual é um direito de preferência na aquisição a partir da China dos bens, tecnologias e serviços a utilizar nas obras de construção financiadas pelo empréstimo.

Considerando que no texto do contrato, ou nos documentos que dele fazem parte integrante, devem constar todas as obrigações assumidas pelos contraentes e os termos e condições em que o fazem, é irrelevante para efeitos de interpretação do contrato que no regulamento de empréstimos chinês (*Preferential Buyer Credit Loan Management Regulation*) se encontre previsto que “*se o Crédito Preferencial for requerido no concurso, o Governo do País Mutuário deve convidar os concorrentes de uma pequena lista de companhias chinesas recomendadas pelo Governo Chinês*”, conforme consta da carta de 3 de Março, da Embaixada Chinesa, uma vez que essa condição não foi expressamente estipulada no texto contratual.

A preferência e a exclusividade são, como se sabe, conceitos que se não confundem.

O pacto de preferência consiste, nos termos do art.º 349º do Código Civil, “*na convenção pela qual alguém assume a obrigação de dar preferência a outrem na venda de determinada coisa.*”

Por direito de preferência, deve entender-se “*o direito que certa pessoa tem de preferir a qualquer outra na compra de certo bem (ou na realização de outro contrato com a preferência), desde que se disponha a celebrar o contrato em igualdade de condições com terceiro.*” (Ana Prata - Dicionário Jurídico, Vol I, 5ª Ed., pág. 509)



1058  
IV

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

Pode dizer-se que, ao contrário do direito exclusivo, o direito de preferência, por definição, pressupõe a concorrência que justifica o seu exercício.

Verifica-se, pois, que não se demonstra que tenha sido assumido pela RDTL o alegado compromisso de concessão de exclusividade a favor das empresas chinesas, para a realização do projecto, por força de estipulação expressa no acordo de empréstimo, susceptível de afastar o regime jurídico do RJA, em obediência ao Princípio da Compatibilidade Com as Normas Internacionais.

Conclui-se, pelo exposto, que à contratação em análise é aplicável o regime jurídico do RJA.

Deve deixar-se claro, contudo, que não se afigura legalmente admissível, perante o regime jurídico do aprovisionamento público em vigor, a estipulação de uma cláusula de exclusividade a favor de empresas de determinada nacionalidade, mesmo que se trate do país de origem da instituição financiadora.

Limitar a concorrência apenas às empresas de determinado país, sem que se verifiquem, no caso concreto, circunstâncias específicas - especiais aptidões de natureza técnica, por exemplo - que justifiquem essa limitação, constitui uma violação aos princípios fundamentais que regem a contratação pública.

Atente-se que se fosse legalmente admissível limitar o acesso ao concurso a empresas internacionais de determinado país, as empresas nacionais estariam impedidas de se candidatar aos concursos públicos no seu próprio país, o que para além de ilegal, seria um inadmissível absurdo.

As empresas timorenses que reúnam as condições exigidas, não podem ser impedidas de se candidatar aos concursos internacionais abertos no seu próprio país, conforme expressamente prevê o n.º 4, do art.º 39º do RJA.

Não pode esquecer-se que os Princípios da Igualdade e da Concorrência, são princípios estruturantes do Estado de Direito, que se impõem à actividade de contratação pública na formação dos contractos públicos, mediante a utilização de procedimentos que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos neles interessados.

As normas jurídicas que regem a contratação pública, em particular as que procedem à definição dos procedimentos a utilizar na adjudicação dos contractos públicos, têm de ser vistas como densificações dos princípios acima referidos e como instrumentos da realização dos objetivos mais amplos por eles visados.

Nos casos em que a lei admita excepções aos procedimentos concorrenciais mais abertos, há que ser rigoroso e exigente na interpretação e aplicação dessas excepções, procurando a salvaguarda do princípio da concorrência e realizando procedimentos fechados, apenas quando não haja alternativa concorrencial possível.

A igualdade, a imparcialidade e a concorrência estão bem patentes nas normas vigentes:

O Princípio da Legalidade e da Igualdade, previsto no art.º 4º do RJA, dispõe que: “

*1. Na elaboração e execução dos procedimentos de aprovisionamento, os Serviços Públicos observam as regras tipificadas no presente diploma, só se admitindo as excepções previstas na lei.*

f  8





1060  
TV

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

2. As condições de acesso e de participação são iguais para todos os interessados e tais critérios devem ser bem expressos em toda a tramitação do procedimento de aprovisionamento, sendo interdita qualquer discriminação aos concorrentes.” (sublinhado nosso)

O Princípio da Imparcialidade, consagrado no n.º 2, do art.º 5º estatui que “Nos procedimentos de aprovisionamento devem ser considerados todos os interesses, sendo que nos documentos de concurso e outros documentos relevantes não se podem incluir cláusulas susceptíveis de beneficiar ou prejudicar qualquer das partes.” (sublinhado nosso)

Finalmente o n.º 2, do art.º 28, determina que “Em nenhum caso o Serviço Público pode estabelecer requisitos discriminatórios para qualquer dos concorrentes, ou contra categorias ou grupos destes, na base da nacionalidade ou de outros aspectos que não sejam objectivamente justificáveis.” (sublinhado nosso)

Considerando o valor do projecto, a adjudicação deveria ter sido precedida de Concurso Público Internacional, nos termos do art.º 39º do RJA: “1. O concurso público internacional é o convocado com o fim de promover a participação de concorrentes de todos os países.

2. O concurso público internacional será obrigatório nos casos a seguir: a) Contractos de construção de obras, cujo valor estimado exceder os \$1.000.000 USD (um milhão de dólares norte-americanos) (...) (sublinhado nosso).”

E, para as obras de valor superior a US \$250.000, o concurso público deve ser obrigatoriamente precedido da fase de pré-qualificação, conforme a alínea b), do art.º 49º do RJA.

O concurso público, quando obrigatório, é elemento essencial do acto de adjudicação, pelo que a sua preterição é geradora de nulidade do acto adjudicatório, por força do disposto no n.º 1, do art.º 50º do Decreto-Lei n.º 32/2008, de 27 de agosto (Procedimento Administrativo), entendimento que é seguido também na jurisprudência comparada e pacífica do Tribunal de Contas Português.

A realização de concurso público na formação dos contractos, por via da concorrência que se desenvolve entre os participantes, visa potenciar a qualidade das propostas e baixar os respectivos custos, protegendo o interesse financeiro e criar condições para a escolha da melhor proposta.

Nesse sentido o acórdão deste Tribunal de Recurso de 8 de Outubro de 2013 no processo n.º 42/VP/2013/CC “ao impor como regra o procedimento de aprovisionamento por concurso público internacional nesses casos o legislador pretende garantir a boa aplicação do dinheiro público: o concurso público permite a concorrência e a escolha do melhor fornecedor dos bens e serviços pretendidos e o concurso internacional alarga ainda mais o número e a qualidade dos concorrentes e a possibilidade de o Estado escolher o fornecedor cuja oferta tenha a melhor relação preço/qualidade.”

A ilegalidade de não ter sido assegurada a concorrência legalmente exigida, é, assim, susceptível de conduzir à alteração do resultado financeiro pretendido pelo procedimento e pelo contrato, constituindo fundamento de recusa do visto, ao abrigo do disposto no n.º 3, do art.º 30º da LOCC.

\*\*\*

f

9



## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

### b). Das negociações efectuadas apenas com um dos candidatos.

Consta do Relatório de Avaliação da CNA, referido no facto I), que a Comissão de Avaliação decidiu, após a avaliação detalhada da proposta financeira, convidar a concorrente classificada em primeiro lugar (*China Shandong Internacional Economic & Technic Cooperation Group Ltd.*) para a negociação, porque o contrato não poderia ser adjudicado ao licitante, considerando a sua proposta ser 19,06% mais alta do que a estimativa do Engenheiro do Dono da Obra.

A negociação foi realizada através de reuniões com representantes do licitante vencedor e funcionários da ADN, tendo sido decidido na reunião final, realizada em 20 de Novembro de 2014, que a ADN fizesse a revisão da sua estimativa de custos, aumentando-a de US \$ 67.063.594,63 para US \$ 70.111.939,83 e a concorrente reduzisse o preço da sua proposta para US \$ 72,800,006.07, que já incluía o imposto de 2% e um montante provisório para contingências de US \$ 2,690,000.00.

O art.º 8º do RJA, que consagra o Princípio da Estabilidade e da Segurança, proíbe expressamente que, antes da adjudicação, sejam efectuadas negociações nos procedimentos que não as admitam expressamente. E, determina ainda que, após a adjudicação, as partes apenas podem introduzir pequenas modificações ou ajustes de carácter acessório.

A mesma proibição é, ainda, reforçada pelo art.º 34º do RJA ao dispor que “Salvo nos casos previstos na lei, não devem ter lugar quaisquer negociações entre o Serviço Público e um concorrente relativamente a uma oferta submetida, antes da adjudicação do contrato.”

Todavia, o art.º 37-A, cuja redacção foi introduzida ao RJA, pelo DL n.º 24/2008, de 23 de Julho, veio, estabelecer que nos procedimentos de aprovisionamento de valor superior a US \$250.000 é possível a negociação de preços com os concorrentes que cumpram os requisitos técnicos anunciados no concurso.

Mais adiante, no seu n.º 3, o mesmo dispositivo legal determina 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.

Ora, da redacção do artigo, e, mais concretamente quanto à expressão “*quando sejam feitas a mais do que um concorrente*”, coloca-se a questão de saber se, caso exista mais do que um concorrente que cumpra os requisitos técnicos anunciados no programa do concurso, a abertura de negociações com todos os concorrentes em igualdade de circunstâncias é obrigatória, ou se, ao contrário, a entidade que dirige o processo de aprovisionamento pode escolher o candidato com quem quer, em exclusivo, iniciar negociações.

A questão que se coloca prende-se, pois, com a interpretação jurídica a dar ao preceito, sendo que a interpretação correta deve ter em consideração a sua integração sistemática na disciplina do RJA e no Ordenamento Jurídico em vigor.

Quando exista mais do que um concorrente pré-qualificado que reúna as condições estipuladas no concurso, manda o respeito pelo Princípio da Igualdade consignado no art.º 4º, n.º 2, do RJA, que nas negociações sobre o preço, antes de efectuada a adjudicação, seja obrigatório que as propostas sejam feitas a todos os concorrentes em igualdade de circunstâncias.

f

 10



## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

1062  
19

O Princípio da Igualdade entre concorrentes à contratação pública, como é sabido, constitui uma densificação directa, em matéria de contratação pública, do Princípio da Igualdade consagrado no art.º 16º da CRDTL. Assim, tendo a CNA decidido efectuar negociações sobre o preço da proposta, apenas com um dos concorrentes pré-qualificados, não o tendo feito com o outro, violou o art.º 37-A, interpretado segundo o Princípio da Igualdade que impõe tratamento igual às situações que sejam juridicamente iguais.

Neste mesmo sentido, também o Prof. Doutor Fausto Quadros (“O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, Revista da Ordem dos Advogados, pág. 719 e 720”), ensina que:

*“Mas não são apenas a natureza e a função do acto de adjudicação que são postas em causa com a adjudicação condicionada à modificação ulterior da proposta aprovada: é o próprio concurso que é desvirtuado, na sua função e no seu escopo, e é o próprio objecto do contrato a formar que é unilateralmente alterado - unilateralmente, porque sem o conhecimento prévio nem a participação dos outros concorrentes.*

*De facto, o concurso público não pretende apurar uma qualquer proposta, mas a proposta «mais vantajosa» para o contraente público e para o interesse público. Este é o primeiro critério universalmente consagrado para a adjudicação. Qualquer comportamento diferente da parte da Administração, diz o Conselho de Estado francês, infringe «princípios gerais de Direito que regem os concursos».*


*Por isso, nem é necessário que a lei diga que a adjudicação será efectuada a favor da proposta «mais vantajosa», porque é essa a função essencial do concurso. Mas, mesmo assim, di-lo, em Espanha, o art.º 15º do Regulamento de Contratação das Autarquias Locais, de 9 de Janeiro de 1953. E di-lo também, entre nós, o art.º 93º do citado Decreto-Lei n.º 235/86, ao definir o regime jurídico das empreitadas e dos fornecimentos de obras públicas. Ora, fica por demonstrar se outros concorrentes, não beneficiados com a adjudicação, não satisfariam o objecto das negociações de modo mais vantajoso e conveniente para o interesse público e, porventura, até em termos mais económicos para o contraente público.*

*De facto, com que exactidão se pode afirmar que a proposta escolhida na adjudicação, mas mais tarde modificada por acordo firmado exclusivamente entre o dono do concurso e o adjudicatário, é a mais vantajosa, se, sobre os aspectos negociados, em rigor, não houve concurso, isto é, se sobre eles não se ficou a conhecer a posição dos outros concorrentes, porque as negociações só tiveram lugar com o adjudicatário?*

*É legítimo presumir-se que qualquer deles poderia, se também tivesse participado nessas negociações, ter satisfeito os fins do concurso e, portanto, o objecto do contrato, em termos mais vantajosos para o interesse colectivo e até mais benéficos para os dinheiros públicos.*

*Isso põe em causa a própria razão de ser do concurso público, desnaturando-o em formas que praticamente se reconduzem ao ajuste directo, dado que o conteúdo e a substância do contrato se vão verdadeiramente decidir, na sua essência, em negociações a entabular apenas entre o contraente público e o cocontratante já previamente escolhido.*

*É que aquilo que na realidade se passa, juridicamente, quando o dono do concurso adjudica sob a condição de negociações ulteriores com o adjudicatário é que este substitui a sua*

f  11





1063  
Pv

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR - Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

*proposta inicial, que apresentara ao concurso, por uma nova proposta, que já não é sujeita a concurso.*

*Por isso, mais do que a adjudicação sob a condição de negociações com o adjudicatário temos aqui a adjudicação a uma nova proposta que não foi ao concurso, e que, por isso, vai conduzir a um novo contrato, diferente do prefigurado e anunciado quando da abertura do concurso. Houve, pois, a simulação de um concurso com determinadas propostas: mas o que efectivamente aconteceu foi o ajuste directo com uma nova proposta, à margem do concurso.*

*O que fica dito em nada é prejudicado pelo facto de, eventualmente, a modificação da proposta do adjudicatário, que se vai negociar, dever ter lugar, nos termos da adjudicação, no sentido mais favorável ao contraente público: «baixar os preços», «melhorar as prestações financeiras», etc.*

*Em primeiro lugar, não se pode excluir que, na economia global do contrato, os contraentes não beneficiados com a adjudicação satisfizessem ainda melhor do que o adjudicatário (melhor para o contraente público e para o interesse colectivo) o novo conteúdo desejado para a proposta vencedora. Em segundo lugar, mesmo vindo a proposta vencedora a ser modificada em sentido mais favorável ao contraente público, é claro que se está a proceder a uma alteração ao contrato, nos termos em que este ficou perfeito no momento da adjudicação, alteração essa sobre a qual não são ouvidos os demais concorrentes.*

*Tudo isso se agrava se a proposta de um outro concorrente, que não o adjudicatário, tiver oferecido «melhores preços» do que o adjudicatário ou «condições financeiras» superiores às do adjudicatário, porque nesse caso, segundo o critério da probabilidade normal, utilizado em Direito, é de admitir que esse concorrente, em princípio, estivesse mais próximo de melhorar a sua proposta em termos de vencer a proposta escolhida na adjudicação.”*

E, mais adiante, continua o mesmo autor:

*“A lei pode conferir ao dono do concurso maior ou menor autonomia na condução dos trâmites do processo do concurso e na própria escolha do cocontratante - com a única condição de que essa autonomia tenha base e medida na lei, por respeito pelo princípio da legalidade, nos moldes em que o recortámos atrás.*

*Mas essa autonomia também por aqui confundir-se-á com o arbítrio e, por isso, será contrária ao Direito, se for tão longe que consinta ao dono do concurso soluções ou comportamentos que, duma forma ou doutra, se traduzam na infracção ao princípio da igualdade dos concorrentes em todo o processo do concurso e até ao termo do processo de formação do contrato.*

*O princípio da igualdade nesta matéria mais não é do que uma expressão de dois princípios constitucionais básicos do nosso ordenamento jurídico: o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, enunciado no art.º 13 da Constituição, e o princípio da livre, sã e leal concorrência, que decorre da filosofia político-económica do sistema da Economia de Mercado, ainda que na forma de Economia Social de Mercado, construído pelo nosso texto constitucional.”*

Concluímos, assim, a análise desta questão: Entabular negociações apenas com um dos candidatos qualificados, com preterição do outro candidato qualificado, para além de se traduzir



1069  
DA

## TRIBUNAL DE RECURSO

CAMARA DE CONTAS

Rua: Caicoli, Díli tel. 3331148, 3331149

Proc. n.º 004/VP/2016/CC/TR – Acórdão n.º 01/VP/2016/CC.

em violação de normas procedimentais expressas – os n.ºs 1 e 3 do art.º 37-A, do RJA e do Princípio da Igualdade, previsto no n.º 2, do art.º 4º - consubstancia, facto susceptível de afectar o efeito financeiro do contrato e constitui fundamento para a Recusa do Visto ao contrato *sub iudice*.

\*\*\*

### V. Decisão

Pelas razões expostas, acordam os Juízes que integram este colectivo da Câmara Contas do Tribunal de Recurso em recusar o Visto ao contrato acima identificado.

Díli, 16 de Março de 2016.

Os Juízes do Tribunal de Recurso

Deolindo dos Santos

Relator

Maria Natércia Gusmão Pereira

Jacinta Correia da Costa