



727  
JW

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

CÂMARA DE CONTAS

ACÓRDÃO N.º 01/VP/2015/CC  
PROCESSO N.º 011/VP/2015/CC

Acórdão do Coletivo de Juízes da Câmara de Contas do Tribunal de Recurso, constituído por Maria Natércia Gusmão Pereira (Relatora), Guilhermino da Silva e Deolindo dos Santos

### I – RELATÓRIO

Para efeitos de Fiscalização Prévia da Câmara de Contas, a Comissão Nacional de Aproveitamento remeteu à Câmara de Contas o Contrato referente à Concepção e Construção da Base de Abastecimento do Suai, celebrado em 27 de agosto de 2015, entre o Estado de Timor-Leste, representado pelo Ministro do Petróleo e Recursos Minerais e o Consorcio HDEC-HEC, representado pelo seu Vice-Presidente, pelo preço de USD \$719.212.000 (setecentos e dezanove milhões e duzentos e doze mil dólares americanos).

O contrato em análise foi remetido a coberto do ofício n.º 083/CNA/IX/2015, datado de 17 de Setembro de 2015, e deu entrada neste Tribunal no dia 18 seguinte. Juntamente com o contrato, foram remetidas as declarações sobre Cabimento de Verba e de Compromisso com Encargos Plurianuais, a garantia de execução apresentada pelo Consórcio, a tradução do contrato para a língua portuguesa e foi remetida toda a documentação que, de acordo com contrato, dele faz parte integrante.

### II – FACTOS ASSENTES

Dos elementos constantes do processo, designadamente da descrição dos procedimentos realizados, constante do Relatório de Avaliação Técnico-Financeira Conjugada (cfr. vol. I, pags. 380 a 388), relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

1. A celebração deste contrato foi aprovada por deliberação do Conselho de Ministros em reunião ordinária realizada no dia 11 de junho de 2015. Da respetiva acta consta o seguinte (citamos) (cfr. vol. I, pags. 426 a 428):

*“O MPRM informou que o processo de supply base de Suai é bastante moroso, mas encontram-se na fase de apresentação do processo de concurso de arrematação pela CNA. Informou que o processo não é simples porque é um dos maiores projectos da história de desenvolvimento de Timor-Leste e envolve companhias de renome*



728  
F

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

CÂMARA DE CONTAS

*internacional, com suas diferenças. O MPRM ou Timor Gap a quem foi confiada a gestão tem participado segundo as suas capacidades.*

*Pela CNA foi feita a apresentação sobre o relato do processo de aprovisionamento do desenho e construção da base de fornecimento de Suai, sendo que, a razão desta apresentação reside no caso de várias prolações por quatro extensões de bill security. O processo passou pela pré-qualificação de 5 companhias, entretanto, apenas 3 apresentaram as suas propostas de concurso, (...)*

*No entanto, as referidas empresas propõem custos superiores, isto é, \$799.900.001,00, aos estabelecidos pela companhia consultora Eastlog de Singapura no valor de \$602 540 525,00, por isso será negociado para redução com base nos preços unitarios de cada actividade e nas taxas de 6% para 4% e 2%, respectivamente, ficando reduzido o montante proposto de \$789.307.000,00 para \$729.212.000,00, alegando a situação geográfica de Timor-Leste longe dos mercados de matérias primas, taxas mais altas na região e altos custos nos transportes.*

*Na última negociação da CNA com os gestores da empresa obtivemos uma redução de \$10.000.000 (dez milhões de dólares) de desconto, como prémio. Eis o relatório e caso Vossas Excelências inviabilizem a aprovação, poderá a Companhia vir a retroceder-se com agravantes para Timor-Leste e solicita-se a decisão do Conselho de Ministros."*

*Intervenções:*

*O V-MOPTC pediu a clarificação sobre o custo final do projecto e sugeriu que se fizesse inspecção aos projectos.*

*O MECAAEI/MAE mostrou-se preocupado com a parte legal dessas companhias, pedindo explicação.*

*O MNEC informou que a companhia Hunday tinha redigido uma carta ao Vice-Primeiro- Ministro do V Governo, saudoso "La Sama" em que prometera doar quaisquer benefícios a Timor-Leste caso vier a desenvolver aqui as suas actividades, salvo o erro, nas áreas de representação em Timor e no centro de formação de engenharia. Segundo o Primeiro-Ministro, a sugestão do MNEC esta mais relacionado com o gestor do projecto.*

*O Primeiro-Ministro perguntou, para quanto tempo o projecto e implementado e qual será a modalidade de orçamentação, e, do ponto de vista das finanças, sera ou não possível assinar um contrato cujo montante não foi oportunamente previsto no OGE.*

*Respostas:*



729  
ju

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

A CNA confirmou ao V-MOPTC que o custo final é de \$719.212.000,00. Visitamos projectos da mesma natureza com a dimensão de 10 vezes superior ao de Timor-Leste em Abudabi, na Arábia, em Singapura onde nos proporcionaram visitas ao reservatório subterrâneo, situado a 150 metros abaixo da superfície do solo. Respondendo o MECAA/EJ/MAE, informou a CNA que, de facto houveram restrições de 30 empresas construtoras na Coreia e que foi possível obter o decreto do Tribunal de Seoul que suspende as referidas restrições.

O documento está no relatório apresentado durante a visita dos membros da CNA à Coreia, foram contactados diferentes instituições locais, como o serviço de aprovisionamento público, o ministério de infraestruturas que mostrou uma carta que garante que neste momento a HYUNDAI não está impedida de participar, embora o caso ainda se encontre no tribunal de Coreia e não internacionalmente, além da informação dos oficiais do ministério de Justiça referiram que houve de facto algumas inconsistências no processo de aprovisionamento na Coreia que afectou muitas instituições como as 30 empresas construtoras. No seu seguimento, a CNA solicitou que, caso a proposta seja aprovada, fosse também aprovado o montante de \$719.212.000,00.

O MPRM informou que, para assegurar a boa qualidade do projecto, foi contratado um consultante, além disso, propôs fosse criada uma comissão nacional que venha supervisionar as actividades do consultante e de todo o processo. Referiu que a natureza do projecto necessita obrigatoriamente de uma importante construção para quebra-mar destinada a afrouxar o impacto das ondas e que este componente é imprescindível. Quanto ao processo de tenderização referiu que, mesmo que fosse aprovado, o processo não tem aqui seu fim, outras lamentações virão umas atrás de outras e relativamente às taxas e aos impostos é assunto de revisão da lei tributária. Referiu ainda, quanto à modalidade de orçamentação, que o projecto virá a necessitar de um montante de adiantamento, sendo o remanescente orçamentado no projecto.

O MPIE informou, quanto à modalidade de orçamentação, que será dotado a favor do projecto um montante no Orçamento Geral do Estado, a ser despendido segundo a prestação de serviço e, quanto ao tempo necessário da construção, é difícil de prever, pela severidade do mar do Sul.

A CNA informou relativamente à sugestão do MNEC, que o gestor do projecto será alertado no sentido de tomar as necessárias providências sobre os 35% prometidos pelo HYUNDAI e clausulados no contrato.



730  
ju

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

*O Primeiro-Ministro instruiu que a implementação será estipulada pela CNA e Ministérios técnicos responsáveis, incluindo a orçamentação para 2016.*

*Decisão: Aprovado"*

2. O projeto a que respeita a presente contratação compreende a concepção e a construção da 1ª Fase da base integrada de abastecimentos, multiusos, localizada no Suai, para apoio às instalações offshore de gás e de petróleo;
3. As obras incluem o desenvolvimento de cerca de 40 hectares de terrenos, instalações marítimas, construção de um quebra-mar e trabalhos associados de mecânica e de eletricidade;
4. Encontra-se, ainda, prevista no contrato a opção de construção de um cais líquido adicional (ALB), a dragagem da bacia do porto, a construção de um Cais para gás líquido (GPL) e de estradas de acesso;
5. O procedimento adotado foi o Concurso Público Internacional, precedido da fase de pré-qualificação, previsto e regulado no art.º 48º e seguintes do RJA;
6. O processo de aprovisionamento foi conduzido pela CNA, assessorada pela firma de Singapura, *Eastlog, Ltd*;
7. O processo de pré-qualificação foi lançado em maio de 2013, com a publicação dos avisos de abertura;
8. Nesta fase ficaram pré-qualificadas cinco empresas: a HDEC+HEC, a *Essar Projects*, a *Afcons*, a *Bam International* e *San José, Co*. Das cinco empresas pré-qualificadas, apenas três apresentaram propostas técnicas: a HDEC+HEC, a *AFCons* e a *Bam International*;
9. A avaliação técnica das propostas foi preparada pela empresa consultora *Eastlog*, finalizada pela CNA e aprovada pelo Conselho de Ministros;
10. As três empresas que apresentaram proposta técnica, obtiveram a seguinte classificação:

Empresa	Pontuação	Obs.
HDEC-HEC	2.835	1º classificado
AFCons	2.631	2º classificado
BAM International	2.387	Excluído*

\* Excluído por ter obtido pontuação inferior a 69%, no critério C.



731  
Je

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

11. As duas concorrentes aprovadas apresentaram as seguintes propostas de preço:

Empresa	Preço	Obs dos Candidatos
HDEC-HEC	682.959.000 - (obras)	A concorrente declara que calculou o seu preço, com base no imposto de 6%. Se a taxa de imposto for de 4% para consultoria e 2% para obras, o seu preço será reduzido de US \$51.923.000 para as obras e de US \$8.172.000 para a opção ALB.
	106.348.000 - (opç ALB)	
	<b>789.307.000 - (total)</b>	
AFCons	698.784.673 - (obras)	A concorrente declara que o seu preço presume que não será aplicável a taxa de imposto de 6%.
	101.115.328 - (opç ALB)	
	799.900.001 - (total)	

12. Considerando a pontuação técnica obtida pelas empresas e conjugando-a proporcionalmente com a pontuação das respetivas propostas financeiras, as empresas ficaram classificadas do seguinte modo:

Empresa	Pontuação técnica	Pontuação financeira	Pontuação Final
HDEC-HEC	2.835	2000	4.835
AFCons	2.631	1973	4.604

13. A empresa HDEC-HEC obteve a melhor classificação na avaliação final (técnico-financeira conjugada), tendo sido declarada vencedora.

14. A CNA pode confirmar, através de informação prestada pela TIMOR-GAP que, de acordo com a Lei Tributária em vigor, que a taxa do imposto a aplicar pelo Estado seria de 2% para o montante relativo a obras e de 4% para o valor dos serviços de consultoria;

15. Assim sendo, o preço final do contrato, passou a ser de US \$729.212.000, por se considerar o desconto total de US \$60.095.000, oferecido na proposta vencedora.

732  
ju

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

## CÂMARA DE CONTAS

HDEC+HEC	682.959.000 – 51.923.000 = 631.036.000 – (obras) 106.348.000 – 8.172.000 = 98.176.000 – (opç ALB) 729.212.000 – (total)
----------	---

16. O preço da proposta, após a redução referida, era ainda 21% superior à estimativa dos engenheiros do Estado;
17. A CNA considerou que essa diferença era aceitável, porque (i) o preço da 2ª classificada, *AFCons*, no montante de US \$799.900.000, era substancialmente superior, (ii) porque a 1ª classificada se propunha a incorporar 35% de participação local e (iii) atendendo à avaliação favorável da consultora *Eastlog*;
18. Considerando que o preço de US \$729.212.000, era ainda superior em 21% ao valor da estimativa da consultora, a CNA decidiu negociar com a concorrente a fim de obter o melhor preço comercial possível, fundamentando essa faculdade na previsão do art.º 37-A, do RJA;
19. Das negociações realizadas, resultou um desconto de US \$10.000.000, passando, por conseguinte, o preço final do projeto a ser de US \$719.212.000;
20. Esse preço final, ficou ainda a cerca de 19% acima da previsão dos engenheiros da consultora *Eastlog*;
21. Suscitaram-se, entretanto, à CNA dúvidas sobre a idoneidade da empresa HDEC+HEC;
22. A fim de se certificar das condições de elegibilidade do consórcio, foi constituída uma equipa mista, com elementos da CNA e da TIMOR-GAP, que visitou vários projetos que da empresa e teve reuniões com autoridades Coreanas;
23. Concluindo que a HDEC+HEC não se encontrava, à data, banida pelas entidades oficiais e estava autorizada a celebrar contratos de construção na Coreia;

## III – DO DIREITO

A presente contratação encontra-se sujeita ao regime jurídico instituído pela Lei n.º 9/2011, de 17 de Agosto que aprovou a Orgânica da Câmara de Contas (LOCC), e pelos Decretos-Lei n.ºs 10/2005 e 12/2005, ambos de 21 de Novembro, que, respetivamente, aprovaram o Regime Jurídico do Aprovisionamento (RJA) e o Regime Jurídico dos Contratos Públicos (RJCP).

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 a), do n.º 1, do art.º 32º, da LOCC.



733  
Je

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

#### IV – APRECIÇÃO

Durante a análise do processo, suscitaram-se dúvidas sobre a legalidade das matérias que seguidamente se identificam e analisam, tendo sido notificada a CNA para prestar esclarecimentos sobre aquelas questões e juntar os documentos necessários ao completo estudo do processo.

A CNA remeteu os esclarecimentos solicitados e juntou (i) a declaração sobre cabimento de verba (Anexo I) e de Compromisso com Encargos Plurianuais (Anexo II), devidamente retificadas, (ii) cópia do BOPQ inicial da HDEC+HEC, (iii) comprovativo de ter sido constituído um banco representante com sede em Timor-Leste, para efeitos de efetivação da garantia bancária junta ao processo, emitida por banco com sede na Coreia, e (iv) documentos comprovativos de terem sido adjudicados à HDEC+HEC projetos domésticos na Coreia.

#### Questões a decidir.

A - A primeira questão, cujos esclarecimentos foram solicitados à CNA, tratava de saber como considerava legalmente admissível que tenha sido aceite a proposta financeira do consórcio HDEC+HEC, dado que esta apresentava dois preços totais distintos, (US \$789.307.000 e US \$729.212.000), face ao que prescrevem as disposições da alínea i), do art.º 29º, do n.º 1 do art.º 67º e da alínea a), do n.º 2, do art.º 84º, todos do Regime Jurídico do Aprovisionamento (RJA), aprovado pelo Decreto-Lei, n.º 10/2005, de 21 de Novembro, tendo ainda presentes as estipulações das cláusulas 12ª e 13ª do Programa do Concurso/Caderno de Encargos e, bem assim, o teor dos esclarecimentos prestados aos concorrentes na fase de preparação das propostas. (cfr. vol. III, pags. 617 a 620)

Sobre esta questão, respondeu a CNA (cfr. vol. III, pags. 621 a 625), alegando que (citamos):

*“De acordo com a Cláusula 4.2 (e) das instruções aos candidatos (ITB), o consórcio HDEC+HEC apresentou apenas uma proposta para o aprovisionamento do Design e Construção do projecto da Base de Fornecimentos do Suai e mediante a apresentação de apenas uma proposta para o referido aprovisionamento, a proposta do consórcio encontra-se em cumprimento dos requisitos dos artigos 29º, 67º e 84º do Decreto-Lei 10/2005 bem como as cláusulas 12ª e 13ª do Programa de Concurso.*



134  
Jr

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

CÂMARA DE CONTAS

*Com base na cláusula 14.3 das instruções aos candidatos (ITB) a proposta financeira no montante de US\$789,307,000.00, cotado pelo consorcio HDEC+HEC na carta de proposta financeira e na lista de quantidades principais, foi considerada para avaliação e o mesmo montante foi documentado no relatório de avaliação financeira (consultar anexo 1 - carta de proposta financeira).*

*No entanto, o consórcio HDEC+HEC submetera uma nota (nota do candidato - Anexo I) na sua proposta financeira declarando que o preço apresentado na carta de proposta financeira se baseava na taxa de imposto de retenção da Indústria do Petróleo e Gas de 6% e o consórcio HDEC+HEC declarou ainda que, caso a taxa de imposto de retenção se baseasse em 2% (para actividades de construção) e 4% (para serviços de consultoria), haveria urna redução automática no preço da proposta de US \$51.923.000 para as Obras e de US \$8.172.000 para a opção ALB, caso aplicavel.*

*Em resposta ao pedido de clarificação por parte da CNA, a TIMOR GAP informou que a Base de Fornecimentos do Suai não se encontra sujeita a disposições especiais previstas na Lei n.º 8/2008 - Disposições especiais aplicaveis à tributação do Petróleo e do Gas da Lei Tributária.*

*A TIMOR GAP clarificou ainda que o capítulo IX da Lei Tributária, referente à Tributação do Petróleo, e um regime especial apenas aplicável-aos Contratados (que tenham assinado um contrato de petróleo com a ANP), os seus sub-contratados ou qualquer pessoa que receba um montante para bens e serviços fornecido por esses Contratados ou sub-contratados, o que não se aplica à Base de Fornecimentos do Suai por se tratar de um projecto de construção (vide anexo 2).*

*Com base na clarificação prestada pela Timor GAP, o montante aceitável seria o de US\$729,212,000, apresentado pelo consorcio HDEC+HEC na nota do candidato (bidder's note), e apos negociação da CNA e Timor GAP com o consórcio, o montante acordado do contrato foi o de USS 719,212,000."*

Passando à análise do fundo da questão, trata-se, por conseguinte, de saber se o facto de a proposta financeira da HDEC+HEC e nota anexa, apresentar dois preços distintos, alegadamente justificados pela incerteza quanto ao valor da taxa de imposto aplicável, consubstanciou ou não a apresentação de duas propostas de preços ou propostas alternativas, proibidas por lei e pelo programa do concurso.

Como antes se referiu, a proposta financeira do consórcio HDEC+HEC, incluía uma nota declarando que o preço apresentado, de US \$789.307.000, se baseava na taxa de imposto de retenção da Industria do Petróleo e Gás de 6% e, caso a taxa de imposto se baseasse em 2% (para atividades de construção) e 4% (para serviços de consultoria), haveria urna redução automática no preço da proposta de US \$51.923.000 para as Obras e de US





735  
Jr

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

\$8.172.000 para a opção ALB, caso fosse exercida, o que totalizaria um desconto de US \$60.095.000.

Ou seja, na prática, a HDEC+HEC, apresentava alternativamente dois preços: US \$789.307.000, no caso da taxa de imposto ser de 6% e US \$729.212.000, caso a mesma taxa viesse a ser de 4% e de 2%, respetivamente, sobre o valor dos serviços de consultoria e o das obras.

Para concluir se a proposta assim formulada, corresponde ou não, a uma única proposta contratual, como alega a CNA, necessario se torna que se verifique se a diferença entre os dois preços propostos, respeita apenas à variação da taxa do imposto entre os 6% e as taxas de 4% e de 2%, tendo por base o mesmo valor líquido de impostos.

Se o preço de US \$789.307.000, presumia a aplicação da taxa de 6%, implica que se considerou, nesse preço, que o valor do imposto que se presumiu aplicável seria, nesta hipótese, de US \$47.358.420 ( $789.307.000 \times 6\% = 47.358.420$ ).

E qual seria então o valor do imposto, sobre o mesmo preço, caso as taxas fossem de 4% e de 2%, para o valor dos serviços de consultoria e para as "Obras"?

Dado que cada uma das parcelas da proposta, a respeitante às "Obras" e a respeitante à opção ALB, engloba um valor para as obras de construção e um valor para a consultoria (*design*), e necessário que se calcule separadamente os montantes de imposto para cada uma das parcelas, embora o valor referente aos serviços de consultoria seja muito reduzido, relativamente ao valor total.

Conforme se retira do BOPQ inicial da HDEC+HEC, o custo dos serviços de consultoria é de US \$12.262.435,60 para a componente "Obras" e de US \$1.531.987,50, o que totaliza a quantia de US \$13.794.423,1. A essa parcela será aplicado o imposto de 4%, isto é US \$551.776,94.

Aos restantes US \$ 775.512.576,9, respeitantes ao valor das "Obras", será aplicada a taxa de imposto de 2%, isto é US \$15.510.251,5.

Assim sendo, o valor total do imposto, calculado com as taxas de 4% e 2%, sobre a proposta da HDEC+HEC, respetivamente para "Obras" e para consultoria, seria de **US \$16.062.028,4** ( $15.510.251,5 + 551.776,9$ ).

Para que pudesse ser considerado que a proposta da HDEC+HEC continha apenas uma proposta de preço, justificada pela variação da taxa do imposto, essa diferença não poderia ser superior à diferença entre o imposto considerado à taxa de 6% (**47.358.420**) e o valor hipotético do imposto às taxas de 4% e de 2% (**16.062.028,4**).



736  
J

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

Ou seja, o desconto máximo que poderia ter sido oferecido sobre a mesma proposta de preço, correspondendo apenas à diferença entre as taxas de imposto referidas, não seria superior a US \$31.296.391,6 (47.358.420-16.062.028,4).

Ora, sendo o valor do desconto oferecido de **US \$60.095.000**, não restam dúvidas que essa dedução não pode ser consequência apenas da diferença do valor das taxas de imposto, mas corresponde efetivamente a uma segunda proposta ou a uma proposta alternativa de preço.

Aliás, a impossibilidade de ser como afirma a CNA é por demais evidente.

Com efeito, bastaria uma simples operação aritmética para concluir que o desconto oferecido, de US \$60.095.000 – cerca de 7.5% sobre o preço – já era superior ao valor máximo do imposto considerado (6%), quando na realidade, a ser como se afirmava, não poderia exceder os 4% desse preço (a diferença entre a taxa máxima de 6% e a mínima de 2% do imposto).

Confirma-se, assim, que o consórcio HDEC+HEC, sob a desculpa da eventual variação da taxa imposto, apresentou de forma escondida, duas propostas de preço para o contrato.

Não pode, por conseguinte, acolher-se o entendimento perfilhado pela CNA.

A apresentação de duas propostas ou de propostas alternativas, ainda que feitas no mesmo documento, viola expressamente as disposições da alínea i), do art.º 29º, do n.º 1 do art.º 67º e da alínea a), do n.º 2, do art.º 84º, todos do Regime Jurídico do Aprovisionamento (RJA), aprovado pelo Decreto-Lei, n.º 10/2005, de 21 de Novembro. E, viola ainda as estipulações das cláusulas 12ª e 13ª do Programa do Concurso/Caderno de Encargos e, bem assim, o teor dos esclarecimentos prestados aos concorrentes na fase de preparação das propostas.

Todas as disposições referidas, impõem que o concorrente que apresente a concurso duas propostas de preço, seja excluído do procedimento.

Com efeito, dispõe a alínea i), do art.º 29º, citada, que *“são desqualificados e excluídos do procedimento de aprovisionamento os concorrentes que incorram numa das situações a seguir: (...) i) submetam mais de uma oferta no mesmo concurso.”*

Também o n.º 1, do art.º 67º do RJA, não deixa dúvidas quanto a essa questão, ao estabelecer que *“cada concorrente apenas pode apresentar uma única proposta”*.

E no mesmo sentido aponta a alínea a), do n.º 2 do art.º 84º, ao prescrever que *“são excluídas as propostas que: a) sejam apresentadas por um mesmo concorrente”*.



734  
Jv

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

CÂMARA DE CONTAS

Ora, tendo-se verificado desconformidades insanáveis com disposições legais expressas, na admissão da proposta do consórcio adjudicatário - alínea i), do art.º 29º, o n.º 1, do art.º 67º e a alínea a), do n.º 2 do art.º 84º, todos do RJA - consistindo no desrespeito pelo procedimento concorrencial com impacto no resultado financeiro do contrato, tem este Tribunal que lhe recusar o Visto, nos termos do n.º 3, do art.º 30º da Lei n.º 9/2011, de 17 de Agosto.

B- Questionou-se ainda a CNA, como considerava respeitadora dos princípios orientadores da contratação pública, designadamente, os consignados nos art.ºs 4º (Princípio da Legalidade e Igualdade) e 5º (Princípio do Interesse Público, da Imparcialidade e da Confidencialidade) do RJA, a decisão de solicitar a uma das concorrentes qualificadas, a AFCONS, que retirasse da sua proposta a menção de que o cálculo do preço se baseava numa taxa de imposto de 2%, sob pena de não ser admitida, e, por outro lado, não ter tido a mesma exigência no que respeita à proposta da outra concorrente, a HDEC+HEC, em que figurava a menção de que a sua proposta se baseava na taxa de imposto de 6% e que se a referida taxa viesse a ser de 4% e de 2%, o preço total seria deduzido da quantia aproximada de US\$60.000.000.

A esta questão a CNA, alegou que (citamos):

*"De acordo com a cláusula 14.5 das ITB, todos os impostos, taxas e outros encargos a pagar pelo Empreiteiro no âmbito do Contrato devem ser incluídos nas tarifas e preços e no preço total da proposta apresentada pelo candidato.*

*A carta de apresentação - com a ref. T-7359/GJ/3747, datada de 7 de Agosto de 2014 (vide Anexo 3) - submetida pela AFCONS afirma que o projecto de qualificação "é para o desenvolvimento de infraestruturas", e que "os impostos aplicáveis são considerados segundo o regime não petrolífero".*

*Esta carta deu origem a incertezas, não obstante o cumprimento da carta de proposta técnica. Poderia interpretar-se que a AFCONS teria preparado uma proposta técnica qualificada com base no pressuposto do preço do imposto aplicável, o que poderia levar a que fosse declarada como uma proposta incumpridora. Por esse motivo, a CNA solicitou à AFCONS para esclarecer a questão com base na cláusula 27.1, das ITB. Em resposta à CNA, a AFCONS retirou a sua carta de apresentação na Proposta Técnica.*

*Considerando que o consórcio HDEC + HEC não apresentou qualquer declaração/carta/condição/nota na sua proposta técnica. Nenhum esclarecimento foi solicitado a este consórcio durante a avaliação da proposta técnica.*

*Alem disso, novamente em outra carta de apresentação na proposta financeira da AFCONS, está incluída uma nota mencionando que preço é baseado num regime de*



738  
JC

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

CÂMARA DE CONTAS

*imposto não-petrolífero.*

*Por outro lado, a proposta financeira da HDEC+HEC inclui uma nota especificando que o seu preço se baseia numa taxa de imposto de 6% sob a categoria da indústria do petróleo e do gás.*

*Sendo os 6% a taxa de imposto máxima possível para este projecto, a proposta financeira do consórcio HDEC+HEC foi considerada como inclusiva de todos os impostos a pagar pelo Empreiteira nos termos do contrato conforme mencionado na cláusula 14.5 das ITB e, portanto, CNA não viu necessidade de solicitar à HDEC+HEC para retirar a referida nota."*

O Princípio da Igualdade, consagrado no n.º 2 do art.º 4º, do RJA, determina que "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".

Ora o facto de ter tratado de modo desigual, candidatos em situação idêntica, configura, por parte da CNA, um tratamento discriminatório para com aquele concorrente, que ofende frontalmente o Princípio acima referido.

As notas apresentadas pelos dois concorrentes eram análogas, pois ambas versavam sobre a questão dos impostos que incidiriam sobre o projeto. A diferença respeitou apenas ao documento a que foram juntas: a primeira foi junta com a proposta técnica, a segunda com a proposta financeira.

Essa diferença não se pode considerar justificação suficiente para que tivesse sido dado tratamento diferenciado aos concorrentes. Não podem, por conseguinte, merecer acolhimento, quando a esta questão, as razões invocadas pela CNA.

O Princípio da Igualdade é um dos princípios fundamentais, estruturantes do Estado de Direito, e, em matéria de contratação pública, a violação desse Princípio, através de tratamento discriminatório dispensado a um dos candidatos, constitui fundamento para a recusa do Visto.

C - Questionou-se, também, a CNA, sobre como poderia considerar-se respeitadora dos princípios orientadores da contratação pública, acima enumerados – os consignados nos art.ºs 4º e 5º do RJA –, que ao abrigo do art.º 37-A do RJA, a CNA, tenha decidido, antes da adjudicação, iniciar negociações sobre o preço apenas com um dos consórcios qualificados,



739  
Jr

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

a HDEC+HEC, não o tendo feito com o outro concorrente que também se encontrava qualificado, atento à disciplina resultante do disposto nos n.º 1 e 3, do citado preceito legal.

*Em resposta, a CNA esclareceu que.*

*“Em resultado da avaliação combinada, a negociação foi realizada com o consórcio HDEC+HEC, por se tratar da proposta qualificada com o montante mais baixo do aprovisionamento em questão.*

*E prática corrente que, caso a negociação falhe com o candidato com a proposta qualificada de montante mais baixo, então a negociação será realizada com o candidato da segunda proposta qualificada de montante mais baixo.*

*Neste sentido, a negociação com a HDEC+HEC foi realizada de forma a obter-se o melhor contrato comercial possível.*

*A pontuação técnica obtida pelo consorcio HDEC+HEC foi de 2835/3000, enquanto que a pontuação técnica da AFCONS foi de 2631/3000.*

*Assim sendo, a pontuação técnica obtida pela HDEC+HEC foi 6% mais alta do que a AFCONS.*

*O preço da proposta da HDEC+HEC foi de US \$729.211.000 enquanto que o preço apresentado pela AFCONS foi de US \$799.900.0011 (9,69% mais alta do que a proposta da HDEC+HEC.*

*Com base nestas questões, a CNA decidiu realizar as negociações contratuais com a HDEC+HEC de forma a obter-se o melhor contrato comercial possível.*

Passando à apreciação desta questão, salientamos que em matéria de apresentação de propostas, o art.º 8º do RJA, que institui o Princípio da Estabilidade e da Segurança, proíbe expressamente que, antes da adjudicação, sejam efetuadas 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 redação 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



740  
Je

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

dispositivo legal determina que *“as propostas de negociação, quando sejam feitas a mais do que um concorrente devem ser exatamente iguais e devem ser feitas sempre por escrito”*.

Ora, da redação 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 efetuada a adjudicação, seja obrigatorio que as propostas sejam feitas a todos os concorrentes em igualdade de circunstâncias.

O Princípio da Igualdade entre concorrentes à contratação pública, como é sabido, constitui uma densificação direta, em materia de contratação pública, do Princípio da Igualdade consagrado no art.º 16º da CRDTL. Assim, tendo a CNA decidido efetuar 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.

Também quando a esta questão, não colhem as razões invocadas pela CNA.

Entabular negociações apenas com um dos candidatos qualificados, com preterição do outro candidato que se encontrava em idênticas condições, para além de se traduzir em violação de normas procedimentais expressas – os n.ºs 1 e 3 do art.º 37-A, do RJA e o Princípio da Igualdade, previsto no n.º 2, do art.º 4º – e, consubstanciando facto suscetível de afetar o efeito financeiro do contrato, constitui fundamento para a Recusa do Visto.

D – Solicitou-se à CNA que justificasse da razão por que o consórcio adjudicatário apresentou a garantia bancaria referente à execução contratual, apenas com o valor de US \$63.106.700, uma vez que o contrato apresenta um valor de US \$719.212.000 e nele se encontra previsto que a garantia de execução seja prestada por 10% sobre o preço contratual.



741  
Jc

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

Sobre a matéria, a CNA esclareceu que:

*“O Design e Construção da Base de Fornecimentos do Suai apresenta o seguinte preço de proposta (com base no consorcio HDEC+HEC):*

*a) Montante aceite para Obras = (US\$) 631.067.000.00 Dolares americanos*

*b) Montante fixo aceite para a opção de Obras [ALB] = (US\$) 88.145.000.00 Dólars americanos.*

*[a opção de Obras ALB, que poderá ser adicionada às Obras, a criterio exclusivo do empregador, atraves da entrega de uma notificação por escrito ao Empreiteiro na altura ou antes da data de validade para a Opção das Obras ALB, conforme indicado no apêndice ao concurso.”(Clausula 26.3 das Condições Específicas do Contrato)].*

*De acordo com a clausula 26.4 das Condições Específicas do Contrato – Ajustes ao Valor do Contrato, Adiantamentos, Garantias e Seguros, no caso do Dono do Projecto optar por adicionar a opção Obras ALB às Obras e de acordo com o Apêndice ao Concurso – Cláusula 26.3 – a validade da opção ALB e de 180 dias após a data de início. (Anexo 4)*

*Portanto, o montante da garantia de execução é de 10% valor aceite do contrato (US \$631.067.000) perfazendo US \$63.106.700.”*

Analisando esta questão, verifica-se que no Contrato em análise esta prevista a prestação de garantia de execução no valor de 10% do valor do contrato. O contrato, como acima se indicou, apresenta o valor de US \$719.212.000, tendo sido esse o valor que foi sujeito à aprovação do Conselho de Ministros e sendo este ainda o valor da despesa sobre que incide e é requerido o Visto da Câmara de Contas.

Pelos esclarecimentos da CNA, compreende-se que o valor da garantia de execução tenha sido calculado em função do valor aceite pelo Estado. Porém, não se compreende que o valor do contrato incluia, desde já, o montante das obras, cuja aceitação é ainda condicional, isto é, sujeita a aceitação por parte do Estado.

De acordo com os esclarecimentos prestados, o contrato em apreciação tem atualmente o valor contratado efetivo de US \$631.067.000.00 e, assim, justifica-se o valor da garantia prestada.

No entanto, deve considerar-se que sempre seria necessária a correção do preço que figura no contrato, passando nele a constar apenas o valor que se encontra aceite. Deste modo se evitariam confusões durante a execução contratual e certamente o excesso de cativação de verba, caso não venha a ser atuada a opção ALB pelo Estado.



742  
J

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

### CÂMARA DE CONTAS

E - Foi, finalmente, solicitado à CNA o envio ao Tribunal, dos elementos disponíveis, designadamente dos que tivessem sido recolhidos pela equipa que se deslocou à República da Coreia, comprovativos de que o consórcio adjudicatário não se encontrava, à data da apresentação da respetiva proposta, banido ou impedido de se candidatar a concursos de obras públicas na República da Coreia.

Não obstante constar da acta do Conselho de Ministros que aprovou a celebração do contrato, acima transcrita, que foi possível à equipa da CNA, obter o decreto do Tribunal de Seoul que suspende as restrições à HDEC+HEC e que o Ministério de Infraestruturas Coreano, mostrou uma carta que garante que neste momento que a HYUNDAI não está impedida de participar em concursos públicos, embora se afirme que o caso ainda se encontra em curso no Tribunal de Coreia, a CNA apenas juntou duas cópias de notificações de contratos, sem qualquer assinatura ou certificação e, por conseguinte, sem qualquer valor probatório.

Os requisitos essenciais que devem comprovar os candidatos à contratação pública, constam do art.º 27º do RJA. De acordo com a alínea g) deste preceito, os candidatos não podem *“apresentar nenhuma das causas de desqualificação previstas no presente diploma.”*

As causas de desqualificação referidas, encontram-se descritas no art.º 29º, salientando-se, entre elas, as causas constantes das alíneas d) *“tenham sido suspensas as suas atividades empresariais por decisão judicial”* e g) que *“tenham sido desqualificados de outra forma em resultado de suspensões administrativas...”*

As dúvidas que pudessem surgir sobre se as condenações relevantes para efeitos de desqualificação, seriam apenas as que tivessem lugar perante autoridades nacionais ou se relevariam igualmente, para os mesmos efeitos, as eventuais condenações por autoridades estrangeiras, seriam dissipadas pelo confronto com o teor das cláusulas 3.1 e 4.3 do Programa do Concurso, onde se prevê que devam ser excluídas as propostas dos concorrentes que se tenham envolvido em práticas anti-concorrenciais, como a cartelização, corrupção, fraude ou práticas coercivas e, bem assim, 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.

Em face do exposto, não se comprovando nos autos, através de documento oficial com força probatória suficiente, que o consórcio adjudicatário reúne os requisitos de ilegitimidade para concorrer a obras públicas ou seja, que não apresenta nenhuma das





743  
Ju

## TRIBUNAL DE RECURSO DE TIMOR-LESTE

CÂMARA DE CONTAS

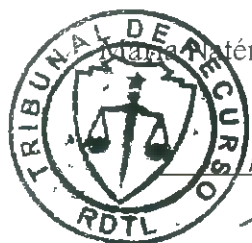
causas de desqualificação legalmente previstas, sem que essa matéria fosse cabal e completamente esclarecida, não estariam reunidas as condições para a concessão do Visto ao contrato em apreciação.

### V – DECISÃO

Pelas razões expostas, acordam os Juizes que integram este Coletivo do Tribunal de Recurso em recusar o Visto ao contrato acima identificado.

Dili, aos 23 de outubro de 2015.

Os Juizes do Tribunal de Recurso,



Antónia Gusmão Pereira, Relatora

Guilhermino da Silva, Presidente

Deolindo dos Santos