



Tribunal de Contas

ACÓRDÃO N.º 96/2009 - 28.Abr.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 47/09)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Apresentação das Propostas / Princípio da Igualdade / Princípio da Concorrência / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. As propostas que resultem da prática de actos ou acordos susceptíveis de falsear as regras da concorrência devem ser excluídas (cfr. art.º 53.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho).
2. As empresas concorrentes que apresentam uma identidade nominal de membros nos Conselhos de Administração, devem ser consideradas, para efeitos concursais, uma única empresa.
3. Não admitindo o Programa de Concurso a apresentação de duas propostas pelo mesmo concorrente, nem a apresentação de propostas alternativas ou variantes, e considerando-se que as propostas apresentadas são propostas de uma única empresa, a entidade adjudicante ao admiti-las violou o disposto no art.º 12.º, n.º 1 a 3 do Programa de Concurso a que se auto-vinculou e que se consubstancia num vício de violação de lei, atenta a natureza regulamentar daquela peça procedimental.



Tribunal de Contas

4. Violou, conseqüentemente, os princípios da igualdade e da concorrência, o que implica a exclusão das mesmas nos termos do art.º 53.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

5. As ilegalidades mencionadas, por violarem o núcleo central dos princípios da contratação pública - princípios da igualdade e da concorrência - são fundamento de recusa de visto ao contrato, por serem manifestamente susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato, nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c), da Lei 98/97, de 26 Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



Tribunal de Contas

Transitou em julgado em 28/06/10

ACÓRDÃO Nº 96 /2009 – 28ABR 2009 – 1ªS/SS

Proc .nº 47/2009

1. A Administração Central do Sistema de Saúde I.P. – adiante designada por ACSS – remeteu para fiscalização prévia um contrato de prestação de serviços em regime de *outsourcing* das infra-estruturas de telecomunicações, celebrado com a sociedade **P.T – Comunicações, S.A.**, no montante de € 7 977.421,18, acrescido de IVA.

2. Para além do referido em 1., relevam para a decisão os seguintes factos:

A) O contrato supra identificado foi precedido de concurso internacional, publicado no D.R., II Série, n.º 202, de 19/10/2006 (fls. 84 e 85), nos Jornais “O Público” e “Diário de Notícias”(fls. 123 e 113), e no JOUE, de 10-10-2006 (fls. 69 a 78);

B) O procedimento concursal foi autorizado pela Resolução do Conselho de Ministros 72/2006, de 18 de Maio, publicada no DR, II Série, de 8 de Junho de 2006, nos termos do qual foi:

- Delegada, com possibilidade de subdelegar, no Ministro da Saúde, a competência para a prática de todos os actos no



Tribunal de Contas

âmbito do Procedimento, com excepção do acto de adjudicação;

- Aprovado o programa do concurso e o caderno de encargos;
- Constituído o Júri do concurso, órgão no qual foi delegada a competência para realização da audiência prévia dos interessados (fls. 16 e 17);

C) Em 4DEZ2008, foi aprovada a Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/2009, publicada na II Série do DR de 7 de Janeiro de 2009 (fls. 942), nos termos da qual foi:

- Autorizada a despesa no montante de € 7.977.421,18, que acrescida do IVA à taxa legal de 20%, totaliza a quantia de € 9.572.905,42;
- Delegada na Ministra da Saúde a competência para a prática do acto de adjudicação, bem como todos os actos subsequentes necessários para a outorga do contrato;

D) O despacho de adjudicação foi proferido em 5DEZ2008, pela Ministra da Saúde, de acordo com o qual a prestação de serviços **foi adjudicada à PT Comunicações**, tendo em simultâneo sido aprovada a minuta do contrato e delegado no Presidente do Conselho Executivo da ACSS a competência para a outorga do contrato (fls. 944 a 946);



Tribunal de Contas

E) O Acto Público do Concurso ocorreu em 11JUL2007, tendo sido admitidos todos os concorrentes, a saber: 1. PT Comunicações, S.A; ONITELECOM – Infocomunicações SA; PT Corporate, em representação da PT Prime, SA - conforme se pode ver da alínea seguinte do probatório - e a NOVIS (fls. 367 a 372);

F) Em 17ABR2008, foi elaborado pelo Júri do Concurso o Projecto de Relatório de Avaliação das Propostas, tendo este órgão procedido à apreciação das reclamações apresentadas em sede de acto público do concurso pela ONITELECOM e pela PT-Prime, indeferindo-as, **tendo**, concomitantemente, **proposto a exclusão da PT Comunicações e da PT Prime**, o que se passa a transcrever, na parte relevante:

“ (...)

Assim a lista definitiva dos candidatos admitidos no acto público, inclui os seguintes concorrentes:

1. *PT Comunicações SA*
2. *ONITELECOM – Infocomunicações SA*
3. *PT Corporate, SA*
4. *NOVIS, SA*

(...)



Tribunal de Contas

Iniciada a reunião da capacidade técnica e financeira dos concorrentes e de avaliação das propostas, o Júri verificou, relativamente a cada concorrente anteriormente admitido a eventual existência de irregularidades

*Ao analisar a proposta do Concorrente PT Comunicações, e tendo em conta a reclamação apresentada no acto público pela ONITELECOM, a qual foi apreciada de um ponto de vista meramente formal, **deliberou o Júri pedir a colaboração do Gabinete Jurídico**¹:*

Nestes termos e conforme parecer em anexo, o qual se transcreve na parte respeitante a esta matéria:

“De acordo com a Nota Introdutória da proposta apresentada pela PT Corporate, esta firma apresenta a proposta em representação da PT Prime, empresa que será responsável pela prestação de serviços que constituem o seu objecto e titulares de todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato a celebrar². Segundo invocado pela PT Corporate o fenómeno é de representação. (...)

Resulta assim, que o concorrente é representado ou o mandante – ou seja, a PT PRIME³(...)

Sendo a PT PRIME o concorrente, os documentos a apresentar para atestar a capacidade técnica e financeira teriam de ser desta - como o foram – e não da PT Corporate.

¹ O evidenciado é nosso.

² O evidenciado é nosso.

³ O evidenciado é nosso, tendo-se, para tanto, invocado o disposto nas disposições conjugadas dos artigos 258.º e 1178, nºs 1 e 2 do Código Civil.



Tribunal de Contas

Não assiste assim razão à ONITELECOM, sendo que a reclamação se mantém improcedente.

Da análise desta situação surgiu a questão da admissibilidade das propostas apresentadas pela PT Comunicações SA e pela PT Prime SA.

Assim, e tendo como fundamentos os constantes no parecer que constitui o anexo 1, a esta acta e da qual faz parte integrante, e em especial o facto de a apresentação de duas propostas por uma “única empresa” falseia a concorrência e viola os princípios da igualdade e da concorrência plasmados nos artigos 9.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, o júri delibera excluir as propostas apresentadas pela PT Comunicações S.A e pela PT Prime S.A⁴.

Comprovando-se a inexistência de qualquer impedimento legal, o Júri deliberou admitir as propostas dos concorrentes ONITELECOM – Infocomunicações, SA e NOVIS, S.A⁵, uma vez que parece não resultarem indícios das irregularidades aludidas.

Seguidamente, o Júri verificou as habilitações profissionais, bem como as capacidades técnica e financeira dos concorrentes, deliberando admitir as propostas dos concorrentes n.ºs 2 e 4 uma vez que estavam devidamente comprovadas.

De seguida, e com vista à determinação do mérito das propostas admitidas, o júri procedeu à análise detalhada das mesmas, nos termos do ar.,º 20.º do Programa do Concurso.

(...)

⁴ O sublinhado meu.



Tribunal de Contas

Assim, as propostas ficaram ordenadas de acordo com a pontuação obtida,

1.º ONITELECOM – 93.00

2.º NOVIS – 75.91⁶

O Júri

(...)” - doc. de fls. 393 a 398;

G) Conforme resulta da Acta do Projecto de Relatório de Avaliação das Propostas a que se refere a alínea que antecede, tal Projecto assumiu, na íntegra, a fundamentação do Parecer jurídico que constitui o Anexo 1 à referida Acta.

Este Parecer consta de papel timbrado da Sociedade de Advogados Barrocas Sarmiento Neves e está subscrito pela Consultora Jurídica Cláudia Monge.

A propósito da proposta de exclusão das sociedades PT Prime e PT Comunicações, diz, no essencial, a referida jurista:

II - Da admissibilidade das propostas apresentadas pela PT Comunicações S.A e pela PT Prime S.A.

⁵ O sublinhado é da nossa autoria

⁶ O evidenciado é nosso.



Tribunal de Contas

18. Esta questão deve ser analisada face aos factos compulsados pela apreciação da documentação e propostas dos concorrentes para apreciação da reclamação apresentada pela ONITELECOM. Atentemos, pois, nos factos juridicamente relevantes, para, de seguida, discutir das questões jurídicas que se colocam e respectivas consequências.

“a) Factos relevantes

19. Como vimos apresentam-se como concorrentes a PT-Prime, S.A. e a PT-Comunicações, S.A..

20. Estas empresas são ambas detidas a 100% pela PT SGPS.⁷ 21. Estes factos resultam, aliás, claros, da estrutura do Grupo PT apresentada pelos dois concorrentes nos termos e para os efeitos da alínea e) do n.º 1 do art.º 8.º do Programa do Concurso Público n.º 2/2006.

22. A referida alínea e) do n.º 1 do art.º 8.º do Programa exigia a apresentação de “lista exaustiva das empresas que, face aos critérios estabelecidos no n.º 4 do art.º 3.º da Directiva n.º 97/37/CEE, sejam consideradas empresas associadas aos concorrentes ou de cada um dos membros que constituem o agrupamento concorrente.

23. Em resposta a esta exigência, na instrução das suas propostas, as duas empresas juntam exactamente o mesmo documento.

24. A PT Corporate, que age em representação da PT Prime, no âmbito deste concurso, tem, conforme decorre da apresentação daquela feita na pág. 10 da proposta da PT Prime, igualmente, plenos poderes de representação da PT Comunicações.

⁷ O evidenciado é nosso



Tribunal de Contas

25. *Nos termos da alínea f) do art.º 7.º do Programa de concurso era exigida “declaração (...) na qual cada concorrente (...) indique (...) no caso de ser uma sociedade, a denominação social, o número de pessoa colectiva, a sede, as filiais que interessam à execução do contrato, os nomes dos titulares dos corpos gerentes ou de outras pessoas com poderes para a obrigarem, acompanhada de certidão do registo comercial actualizada.”.*

26. *Como é possível compulsar pelas declarações juntas pela PT Corporate em representação da PT Prime e pela PT Comunicações, nos termos e para os efeitos desta alínea f) do art.º 7.º do Programa, os membros do conselho de administração da PT Prime e do Conselho de Administração da PT Comunicações são exactamente os mesmos. A única diferença é que o Conselho de administração da PT Prime é composto, além do seu Presidente, por um Administrador delegado e três vogais, ao passo que o Conselho de Administração da PT Comunicações é composto, além do seu Presidente, por quatro vogais, sendo, no entanto, integralmente coincidentes os membros: o presidente é o mesmo; o administrador delegado e todos os vogais são comuns. O mesmo é confirmado pela composição dos órgãos sociais descrita em documento junto por cada uma das empresas nos termos da a) do art.º 7.º do Programa de concurso;*

27. *Desta declaração resulta ainda um outro facto com relevo para apreciação da questão: a PT Prime obriga-se com a intervenção:” “a) de dois membros do Conselho de Administração; de um Administrador-delegado; de mandatários constituídos no âmbito de nos termos do respectivo mandato”; a PT Comunicações obriga-se com a intervenção de dois membros do Conselho de Administração; “b) de um só membro do Conselho de Administração em que tenham sido delegados poderes para o fazer; c) de mandatários constituídos no âmbito e nos termos do respectivo mandato.”. No caso concreto, o administrador delegado da PT – Prime que assina a*



Tribunal de Contas

proposta e os documentos que a acompanha, e assim obriga a empresa, é um dos vogais que assina a proposta da PT- Comunicações e que a par de um outro vogal do Conselho de Administração obriga esta sociedade;

28. *Este facto torna inequívoco que as duas empresas têm conhecimento integral das duas propostas no âmbito deste procedimento.*

29. *Este conhecimento é comprovado por outros elementos. Até o modo como foram estruturadas as propostas revela inequivocamente o seu conhecimento recíproco.*

30. *A ilustrar este facto atentemos, designadamente, no seguinte:*

(...).

32. *De acordo com o art.º 22 do Programa de concurso “a adjudicação será feita segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, atendendo aos seguintes factores por ordem decrescente de importância: a) Prazo de Execução e Planeamento do Projecto:25%; b) Capacidade de implementação: 25%; c) Adequação técnica: 20%; d) Preço: 15%; e) Capacidade de Operação, Manutenção e Assistência Técnica: 15%;*

34. *(...).*

35. *O artigo 12.º do Programa de Concurso determina, no seu n.º 1, que “proposta base é a única apresentada pelo concorrente ou aquela que este indica como a sua proposta principal”; e nos seus nºs 2 e 3 que não são admitidas propostas base com alterações ao caderno de encargos nem propostas com variantes.”.*

b) Do Direito quanto à admissibilidade das propostas apresentadas pela PT Comunicações S.A e pela PT Prime S.A. **R**



Tribunal de Contas

(...)

III- Conclusões

1.ª A reclamação apresentada pela ONITELECOM Infocomunicações, S.A. é improcedente;

2.º Quanto à apresentação de proposta pela PT Prime e pela PT Comunicações, para efeitos concorrenciais e concursais, tudo se passa como se apenas uma única entidade se tratasse, independentemente das propostas por cada um efectivamente apresentadas. A apresentação das duas propostas por uma “única empresa” falseia a concorrência e viola os princípios da igualdade e da concorrência, plasmados nos artigos 9.º e 10.º do DL 197/99, de 8 de Junho.

3.º Permitir, por hipótese, que a Portugal Telecom escolhesse uma das duas propostas quando já conhecia as condições essenciais das restantes propostas, a Administração não estaria a proporcionar a todos os concorrentes iguais condições de acesso, pois a PT SGPS ficaria sempre numa posição de vantagem;

4.º Devem ser excluídas as propostas apresentadas pela PT Comunicações SA e pela PT Prime SA, pelos fundamentos supra expostos.” – doc. de fls. 399 a 414;

H) Em sede de audiência prévia (art.º 108.º, n.º 1, do DL 197/99, de 8 de Junho), vieram a PTPrime e a PTComunicações pugnar pela sua admissão e, em consequência, pela avaliação das respectivas propostas, refazendo, em conformidade, o quadro classificativo proposto no projecto de Relatório de Avaliação das Propostas, alegando, no essencial, o seguinte:



Tribunal de Contas

- A PT Prime (doravante designada por “PTP”) é uma entidade juridicamente autónoma, com objecto social distinto da PT Comunicações (doravante “PTC”), pelo que em nada se confunde com a mesma;
- A PTP é independente de todas as outras empresas do Grupo, decidindo, por sua livre iniciativa os concursos a que se pretende apresentar e os recursos técnicos e humanos que dispõe para esse efeito;
- A PTP não se confunde com a PTC ou com qualquer outra empresa do Grupo PT, porquanto são duas empresas distintas, que sempre actuaram no mercado das telecomunicações, de um modo autónomo e até concorrencial;
- E para tal tem sido indiferente o facto de serem ambas detidas pela Portugal, SGPS, pois que o Grupo PT tem mais de 20 empresas, cada uma direccionada para diferentes segmentos de mercado;
- É irrelevante a existência de membros comuns entre os Conselhos de Administração;
- A PTC e a PTP não constituem uma única unidade económica, uma vez que o objecto social de ambas



Tribunal de Contas

as empresas é substancialmente diferente, apenas sendo comum a prestação de serviços de telecomunicações;

- A PTC e a PTP não mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrente da participação total no capital, não se podendo, por isso, concluir que uma mesma empresa apresentou duas propostas;
- Daí que não se mostre violado o princípio da igualdade, consagrado no art.º 9.º do DL 197/99, dado que nenhuma empresa está em vantagem em relação às outras concorrentes por apresentar mais do que uma proposta;
- Também não se mostra violado o princípio da concorrência, uma vez que pelo facto de serem totalmente detidas pela mesma empresa (PT-SGPS), não deixam de ser concorrentes entre si, sendo as respectivas propostas perfeitamente compatíveis;
- Considerar-se que existe uma única empresa a concorrer, como se fez no Relatório de apreciação das propostas, estar-se-ia a desconsiderar a personalidade colectiva das empresas PTC e PTP, sendo certo que o princípio-regra que vigora no



Tribunal de Contas

Direito Societário é o da autonomia das pessoas colectivas;

- A exclusão da PTC viola o princípio da legalidade administrativa porque não tem justificação ou base na lei, não existindo por isso fundamento para tal;
- Não se mostra violado o princípio da boa-fé, já que as duas empresas assumem, de modo absolutamente transparente no âmbito dos concursos em que participam, a existência de uma relação de grupo, não existindo quaisquer indícios sérios de que a PTP tenha conhecimento integral da proposta apresentada pela PTC – fls. 421 a 500;

I) Em face das pronúncias do PTP e da PTC, o Presidente do Júri solicitou, em 20MAI2008, ao Conselho Directivo da ACSS a “colaboração jurídica necessária” com vista à sua apreciação, no que se refere aos seguintes pontos⁸:

“ ...

3. O teor de ambas as reclamações, incide, principalmente, sobre a exclusão daquelas empresas, a qual teve por base o parecer do Gabinete Jurídico exarado na informação n.º 070/07/094.

⁸ Negrito nosso



Tribunal de Contas

4. *Existe na pronúncia do concorrente PT PRIME, vide parte I, uma questão prévia que importa analisar, que é o facto de se ter apresentado a concurso a empresa **PT Corporate, esta foi dissolvida em 11/03/08**⁹, pelo que a PT Prime actua em nome próprio e sem representação, conforme consta da página 2 daquela reclamação, é necessário verificar se esta situação não constitui impedimento à participação no Concurso.*

5- *As partes II, IV, V e VI da pronúncia da PT Prime, contêm algum conteúdo técnico, pelo que o júri elaborou o documento em anexo.*

6. *Assim solicita-se ao Conselho Directivo da ACSS, que providencie a colaboração jurídica necessária para a apreciação do ponto 3,4 e 5 da presente informação” – fls 502 e 503;*

L) Em 22MAI2008, o Conselho Directivo da ACSS deliberou solicitar Parecer Jurídico ao Prof. Dr. Pedro Machete e ao escritório “Macedo e Associados”, Sociedade de Advogados, Ri sobre:

- da admissibilidade da apresentação de duas propostas, autónomas e individuais, por parte de duas sociedades pertencentes ao mesmo grupo;

- da violação, ou não, por parte dos concorrentes das especificações do Caderno de Encargos;

⁹ Negrito nosso



Tribunal de Contas

- da análise jurídica do teor do relatório emitido pelo Júri, a seu pedido, constante do n.º 5 da informação – fls. 502;

M) Em reunião de 31JUL08 do Conselho Directivo da ACSS foi deliberado remeter ao Presidente do Júri a informação da Consultora Jurídica Cláudia Monge, prestada em papel timbrado da Sociedade de Advogados “Barrocas Sarmento Neves”:

Naquela diz-se, designadamente:

2. *As pronúncias repudiam os fundamentos que determinaram a exclusão.*
3. *A proposta de exclusão constante do Relatório do Júri, nos termos do art.º 107.º do DL 197/99, de 8 de Junho, foi feita por acolhimento do teor da informação jurídica n.º 070/07/94 desta Sociedade de Advogados, pelo que entende esta Sociedade não se pronunciar sobre o mérito dos fundamentos das pronúncias que propugnam a admissão das referidas propostas.*
4. *Para garantia da imparcialidade no juízo de apreciação sobre os fundamentos da exclusão refutados pelas empresas, esta Sociedade solicitou parecer independente à Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Ciências*



Tribunal de Contas

Jurídicas, não afecta a esta Sociedade que se junta em anexo à presente informação¹⁰;

5. *Mais solicita o Júri apreciação sobre da questão prévia de saber se a dissolução da PT Corporate afecta os actos concursais e a apreciação das questões jurídicas que o documento técnico preparado pelo júri quanto às partes II, I, V e VI da pronúncia da PT Prime suscitam.*

6. ***Sobre estas duas questões respondemos, por não nos sentirmos quanto a elas impedidos¹¹.***

A PT Corporate agiu no âmbito do concurso como representante da PT Prime, sendo o concorrente o representado a PT Prime e não a PT Corporate. A dissolução da PT Corporate em data posterior à do exercício de poderes de representação da PT Prime pela PT Corporate não afecta a posição da PT Prime, que passará a agir directamente e não através de representante ou, porventura, a agir através de outro representante cujos poderes venha a atestar. Esta dissolução não tem efeitos procedimentais” - doc. de fls. 505 e 506;

N) O Parecer, de acordo com os elementos constantes dos autos, designadamente do ponto 4. da alínea que antecede foi pedido pela Sociedade “Barrocas Sarmiento Neves” à Mestra em Direito Sofia Tomé d’Alte, e não pela entidade adjudicante – doc. de fls. 507 a 523.

¹⁰ O sublinha é nosso.

¹¹ O negrito é nosso.



Tribunal de Contas

Neste argumenta-se, em síntese, o seguinte:

- *“...o comportamento de apresentar duas propostas por parte de cada uma das PTs concorrentes, serve o interesse económico do Grupo globalmente considerado, mas não se concretiza na adopção de prática restritiva da concorrência precisamente porque as duas empresas assumem comportamento concorrencial efectivo e competitivo entre si. Nesta medida a susceptibilidade do Grupo PT poder ser beneficiado só se manifesta, eventualmente, a nível procedimental, mas já não a nível económico-concorrencial, não se podendo por isso considerar esta situação como reconduzível a uma prática restritiva da concorrência que fundamente a sua exclusão do procedimento concursal em curso. Esta, a ocorrer, resultará simplesmente da apreciação a efectuar das propostas apresentadas, seleccionando aquela que melhor responda à satisfação do interesse público e excluindo todas as demais.*
- O facto de os Conselhos de Administração de ambas as empresas serem constituídos pelos mesmos titulares não viola os princípios da igualdade e da concorrência, porquanto:
 - O art.º 53.º do DL 197/99, de 8/06, remete *“claramente para o direito da concorrência o intérprete que pretenda analisar se determinada prática será de qualificar como restritiva ou não das regras da concorrência.*



Tribunal de Contas

No caso presente, entendeu-se, num primeiro momento, que a apresentação de duas propostas por parte de duas empresas pertencentes a um mesmo grupo seria de integrar como actuação imputável ao grupo económico em que se insere e, nesse sentido, teriam então violado a igualdade e concorrência devidas e exigíveis no âmbito do procedimento concursal.”.

Daí que seja relevante “determinar a existência de um comportamento concorrencial efectivo entre as empresas em questão.

Na análise desse comportamento são relevantes os elementos de diferenciação retirados das propostas apresentadas.

Dada uma resposta positiva a essa questão, como sucedeu no caso presente, ficará demonstrada a existência de concorrência efectiva entre as empresas em causa, facto este que imediatamente secundariza a eventual relevância da composição do Conselho de Administração de cada uma delas.

Diga-se, aliás, que a questão da composição dos Conselhos de Administração das empresas integradas num grupo societário será de relevância eminentemente interna. Efectivamente, e a partir do momento em que uma determinada sociedade comercial se assuma como subjectividade jurídica autónoma, detentora de personalidade jurídica própria, a actuação dos seus órgãos releva em termos de vinculação externa da sociedade, enquanto tal, designadamente em face de terceiros.



Tribunal de Contas

Tal significa que, no caso vertente, o facto de o Conselho de Administração de cada uma das PTs apresentadas a concurso ser composto pelos mesmos titulares, em nada releva no que concerne ao seu hipotético comportamento anti-concorrencial. Trata-se, na verdade, de actuações de subjectividades jurídicas distintas: a PT Prime e a PT Comunicações representadas externamente pelos órgãos próprios, nomeados por quem de direito, no exercício de mandatos próprios e diferenciados, podendo mesmo afirmar-se que tal situação se pode configurar, no limite, como um problema interno de escolha dos administradores pelos accionistas, com potenciais vantagens de diversa ordem no que tange à orgânica interna do Grupo.

Nessa medida, e desde que a actuação das empresas concorrentes revele um comportamento competitivo e concorrencial efectivo – como foi o caso -, a composição dos seus órgãos de administração deverá entender-se como irrelevante para a problemática em apreço.

Conclusão¹²:

De toda a análise expendida, entendemos que a apresentação de propostas no âmbito de um mesmo procedimento concursal regulado pelo DL 197/99 de 8 de Junho, por parte de empresas integradas num grupo societário a que pertençam, não viola as disposições dos arts. 9.º, 10.º nem 53.º do respectivo diploma, porquanto tal actuação não consubstancia, no caso concreto,

¹² Negrito nosso.



Tribunal de Contas

prática restritiva da concorrência que determine a sua exclusão do presente concurso.” – fls. 507 a 523;

O) Em 31JUL2008 foi deliberado em reunião do Conselho Directivo da ACSS a remessa ao Presidente do Júri do Concurso do Parecer Jurídico emitido pela “Macedo e Associados, assinado por Paulo Rios Oliveira e Mariana Magalhães, que concluiu (pág. 524):

”1. Não existe qualquer motivo que obrigue à desconsideração da personalidade jurídica das duas concorrentes PT Prime e PT Comunicações.

2. Ambas apresentaram propostas autónomas e individuais ao mesmo concurso, inexistindo qualquer óbice à sua admissibilidade.

3. A personalidade jurídica das referidas sociedades não foi utilizada com objectivos ou fins ilícitos por parte dos seus sócios, pelo que não se justifica ignorar a autonomia de cada uma delas entre si e de ambas em relação ao Grupo PT.

4. Inexiste também qualquer violação ao princípio da concorrência do Decreto-lei n.º 197/99 ou à Nova Lei da Concorrência.

5. Na verdade, apesar de não serem aplicáveis as regras da concorrência às relações internas de um grupo de sociedades, sempre serão aplicáveis às suas relações externas.



Tribunal de Contas

6. Não faria sentido atribuir às entidades económicas liberdade para se organizarem em forma de grupo para depois lhe fosse retirada autonomia e liberdade jurídicas para se candidatarem ao mesmo concurso.

7. Assim, não é aplicável aquela lei às relações internas do grupo PT, entre sociedade-mãe e sociedades-filhas, mas sempre nos deveremos debruçar sobre a relação entre estes concorrentes com os demais e a sua posição no acto público em questão.

8. Não existe qualquer prática restritiva da concorrência, nem qualquer indício de conluio, sendo as propostas da PT Prime e PT Comunicações autónomas, individuais, distintas e concorrentes entre si.

9. Portanto, têm de ser admitidas, à luz dos princípios da igualdade e da concorrência.

10. Isto sempre em pleno cumprimento do disposto no art. 10.º do supra referido Decreto-Lei 197/99.

11. Não deve falar-se “violação das especificações do Caderno de Encargos” mas antes de desconformidade da proposta com estas especificações.

12. A verificação desta (des)conformidade dependerá da avaliação técnica do júri, dentro da sua margem de discricionariedade.

13. Poderá ocorrer a exclusão de uma proposta caso seja esta considerada inaceitável à luz dos critérios de avaliação definidos pelo júri.

14. Por fim, não poderá um jurista pronunciar-se sobre questões técnicas atinentes à conformidade ou não das propostas dos concorrentes com as especificações técnicas do caderno de Encargos, que dizem respeito



Tribunal de Contas

exclusivamente à área da Engenharia Informática e ciências relacionadas.” – fls. 525 a 546;

P) Nos dias 4 e 5 de Setembro de 2008, o Júri do Concurso reuniu tendo elaborado o 2.º Projecto do Relatório de Avaliação das Propostas, que se transcreve:

“2º PROJECTO

RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS

Aos dias 4 e 5 de Setembro de 2008 reuniu o júri do presente concurso com o fim de, nos termos do Artigo 105º e seguintes, do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho deliberar sobre a apreciação dos concorrentes e das propostas.

Pela Resolução do Conselho de Ministros nº72/2006 de 8/06/2006, foi autorizada a abertura do concurso e nomeado o Júri, o qual tem a seguinte composição:

Efectivos;

Paulo Renato Pinto

João Paulo Figueiredo

José Cruz

Suplentes:

Luis Salavisa

Paulo Machado



Tribunal de Contas

Pela mesma resolução foi delegada no Júri competência para realizar a audiência prévia.

Por despacho n° 202/2007 de 25/10/07, de Sua Excelência o Ministro da Saúde foi alterada a constituição do júri que passou a ter a seguinte constituição:

Efectivos;

Paulo Renato Pinto

João Paulo Figueiredo

Laura Raposo

Suplentes:

Luis Salavisa

Maria João Campos

O referido despacho produz efeitos desde o dia 12 de Julho de 2007.

Em 05 de Maio p.p. foi enviado o Projecto de Relatório de Avaliação de Propostas aos concorrentes a fim de que os mesmos se pronunciassem.

Dentro do prazo estabelecido vieram os Concorrente n° 1 - PT Comunicações e n°3 PT Prime, apresentar as suas alegações, no sentido da alteração do Projecto de decisão com vista à admissão das suas Propostas, conforme consta dos Anexos 1 e II a este Relatório.



Tribunal de Contas

O júri tendo em conta que grande parte do teor das alegações visava a questão da exclusão de ambas as empresas, a qual teve por base a Informação no 070/07/094 do Gabinete Jurídico, solicitou ao Conselho Directivo colaboração jurídica para apreciação da matéria.

O Conselho Directivo solicitou parecer às Sociedades de Advogados Barrocas Sarmiento Neves e Macedo & Associados.

A Sociedade de Advogados Barrocas Sarmiento Neves, entendeu não se pronunciar, uma vez que o teor da Informação 070/07/94, era da sua autoria pelo que solicitou parecer independente à Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em ciências jurídicas¹³.

1. A Mestre Sofia Tomé D'Alte¹⁴, assistente da Faculdade de Direito de Lisboa, emitiu o parecer constante do Anexo III a este Relatório, analisando a questão essencial de se saber se no âmbito de um procedimento concursal para a celebração de um contrato submetido à aplicação do DL 197/99 de 08 de Junho existe legitimidade ou não para a apresentação de várias propostas de empresas integradas no mesmo grupo empresarial, concluindo que esta apresentação de propostas em simultâneo não viola as disposições dos artº 9º, 10º e 53º

¹³ O Negrito é nosso

¹⁴ O negrito é nosso.



Tribunal de Contas

do referido Diploma, porquanto tal actuação não consubstancia, no caso em concreto, prática restritiva da concorrência que determine a sua exclusão.

2. A Sociedade de Advogados Macedo & Associados¹⁵, emitiu o parecer que constitui o Anexo IV a este relatório e sobre a mesma questão, conclui que não existe prática restritiva da concorrência, nem qualquer indicio de conluio, sendo as Propostas da PT Prime e da PT Comunicações autónomas, individuais, distinta e concorrentes entre si, pelo que devem ambas ser admitidas.

Assim o júri, tendo em conta os dois pareceres supra referidos deliberou admitir os concorrentes N° 1 e 3— PT Comunicações e PT Prime, e procedeu a nova avaliação.

*O Júri solicitou ainda colaboração jurídica para apreciação da questão prévia da dissolução da PT Corporate em 11/03/08, **pelo que a PT Prime passou a agir em nome próprio¹⁶**, concluindo-se que juridicamente a dissolução não tem efeitos procedimentais.*

Seguidamente, o Júri verificou as habilitações profissionais, bem como, as capacidades técnica e financeira dos concorrentes, deliberando admitir todas as propostas, uma vez que estas estavam devidamente comprovadas.

¹⁵ O negrito é nosso

¹⁶ O negrito é nosso.



Tribunal de Contas

De seguida, e com vista à determinação do mérito das propostas admitidas, o Júri procedeu à análise detalhada das mesmas, nos termos do artigo 20.º do Programa do Concurso.

Da análise resulta o quadro que constitui o anexo V e que aqui se descreve:

Critério a) Prazo de Execução e Planeamento do Projecto

• Subcritério Prazo de execução

Todos os concorrentes apresentam um prazo de execução de 4 meses, pelo que nos termos da acta de critérios, obtêm 20 pontos

• Subcritério Plano Detalhado

O concorrente n° 1 PT Comunicações apresenta um plano com as várias fases do projecto, devidamente identificadas e cronologicamente descritas, pelo que nos termos da acta de critérios o mesmo é considerado detalhado e como tal obtém a pontuação de 5 pontos.

O Concorrente n° 2 - ONITELECOM - Infocomunicações 5 A — apresenta um plano dividido por fases, em que cada uma das fases estão devidamente identificadas e cronologicamente descritas, pelo que nos termos da acta de critérios o mesmo é considerado detalhado e como tal obtém a pontuação de 5 pontos.



Tribunal de Contas

O Concorrente n° 3 - PT Corporate apresenta um plano com as várias fases do projecto, devidamente identificadas e cronologicamente descritas, pelo que nos termos da acta de critérios o mesmo é considerado detalhado e como tal obtém a pontuação de 5 pontos.

O Concorrente n° 4 — NOVIS apresenta um macro plano com as várias fases devidamente identificadas, mas não cronologicamente descritas, pelo que nos termos da acta de critérios o mesmo é considerado parcialmente detalhado e como tal obtém a pontuação de 2,5 pontos.

Critério b) Capacidade de implementação

Subcritérios:

- Serviço de “Outsourcing” de infra-estrutura de telecomunicações*
- Serviços de operação, manutenção, gestão de redes privadas de voz, dados e imagem*
- Serviços de suporte técnico e “help-desk” com cobertura nacional*
- Gestão de projectos de grande dimensão*
- Corpo técnico afecto ao projecto*

Tendo em conta que para a avaliação deste critério e sub-critérios, o júri teria de ponderar elementos que se baseiam na experiência dos concorrentes, em especial na listagem de referências que constam da sua proposta e não podendo a experiência dos concorrentes ser avaliada em sede de



Tribunal de Contas

proposta, o júri deliberou por unanimidade rectificar a pontuação dos concorrentes atribuindo a todos a pontuação máxima.

Critério c) Adequação Técnica

• Subcritério - Alta disponibilidade

Todos os concorrentes apresentam nas suas propostas soluções assentes em meios alternativos de comunicação, redundância de equipamentos e acessos, e redes baseadas em tecnologia IP/MPLS, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri considera que as mesmas suportam e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.

• Subcritério - Convergência de redes de dados, voz e imagem

Todos os concorrentes apresentam nas suas propostas soluções baseadas em tecnologias IP/MPLS, com capacidade de implementação de diferentes classes de serviço (tecnologia baseada em QoS), pelo que nos termos da acta de critérios, o júri considera que as mesmas suportam e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.

• Subcritério - Funcionalidades de Qualidade de Serviço (QoS) que assegurem o desempenho de aplicações críticas

Tal como no subcritério anterior, todos os concorrentes apresentam nas suas propostas soluções baseadas em



Tribunal de Contas

tecnologias IP/MPLS, com capacidade de implementação de diferentes classes de serviço (tecnologia baseada em QoS), pelo que nos termos da acta de critérios, o júri considera que as mesmas suportam e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.

- **Subcritério - Segurança e privacidade dos dados em níveis idênticos ao de uma rede suportada em tecnologia de circuitos dedicados**

Nenhum dos concorrentes apresenta na sua proposta tecnologia que suporte este critério, uma vez que a separação do tráfego numa rede IP/MPLS é efectuada ao nível 3 do modelo OSI, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri considera que as mesmas não suportam e como tal obtêm a pontuação de 0 pontos.

- **Subcritério - Capacidade de assegurar, de forma transparente, a manutenção do endereçamento privado e o suporte a múltiplos protocolos**

Todos os concorrentes apresentam propostas baseadas em tecnologias que suportam a manutenção de endereçamento privado e suporte a múltiplos protocolos, desde que encapsulados em IP, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri considera que as mesmas suportam e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.



- **Subcritério - Fácil implementação e disseminação de novas Aplicações**

Todos os concorrentes apresentam propostas baseadas em tecnologias que suportam a implementação e disseminação de novas aplicações, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri considera que as mesmas suportam e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.

- **Subcritério - Flexibilidade para adicionar ou migrar locais ou entidades**

Todos os concorrentes apresentam propostas baseadas em tecnologias que suportam a flexibilidade para adicionar ou migrar locais ou entidades, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri considera que as mesmas suportam e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.

- **Subcritério - Flexibilidade para permitir o incremento de acessos e de nível de serviço**

Todos os concorrentes apresentam propostas baseadas em tecnologias que suportam a flexibilidade para permitir o incremento de acessos e de nível de serviço, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri considera que as mesmas suportam e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.

- **Subcritério - Capacidade para oferecer múltiplos acessos seguros a entidades e utilizadores remotos**



Tribunal de Contas

O concorrente n° 1 PT Comunicações e o concorrente n° 3 — PT Corporate, apresentam uma solução baseada em túneis IPSec e UMTS/HSDPA para suporte da ligação de utilizadores remotos. Para a ligação de entidades externas é proposta a utilização de um Firewall Centralizado disponibilizado no Backbone IP/MPLS.

O Concorrente n° 2 - ONITELECOM - Infocomunicações S A — propõe uma solução com recurso ao estabelecimento de um túnel entre o equipamento do IGIF e o concentrador de serviços da ONI, que permite efectuar a autenticação e associação dos utilizadores aos perfis, com os privilégios que forem definidos.

O Concorrente no 4 - NOVIS apresenta uma solução baseada em ligações Dialup e ligações seguras em IPSec.

Nos termos da acta de critérios, o júri considera que as propostas suportam o subcritério, e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.

- **Subcritério - Possibilidade de implementação dos mecanismos de comunicação necessários em situações de Disastor Recovery**

Todos os concorrentes apresentam nas suas propostas soluções baseadas em tecnologias IPÍMPLS, capazes de reencaminhar logicamente todos os fluxos de comunicações entre os vários locais da rede, pelo que nos termos da acta



Tribunal de Contas

de critérios, o júri considera que as mesmas suportam e como tal obtêm a pontuação de 2 pontos.

Critério d) Preço

A pontuação deste critério é obtida pela aplicação da fórmula: $PP = 15x Vm/Va$ em que PP é a pontuação a calcular, Vm é o valor da proposta de menor custo e Va é o valor da proposta em análise.

O concorrente n° 1 PT Comunicações apresenta o preço de 7977.421,18 € a que corresponde um valor de $PP = 15$;

O Concorrente n° 2 - ONITELECOM - Infocomunicações S A apresenta o preço de 8.280.000,00€ a que corresponde um valor de $PP = 14,45$;

O Concorrente n° 3 - PT Corporate apresenta o preço de 8.823.034,64 € a que corresponde um valor de $PP = 13,56$;

O Concorrente n° 4 — NOVIS apresenta o preço de 13.192.693,00 € a que corresponde um valor de $PP = 9,07$;

Critério e) Capacidade de Operação, Manutenção e Assistência Técnica

- **Subcritério - A monitorização, supervisão, operação, manutenção e gestão da infraestrutura de rede**



Tribunal de Contas

Todos os concorrentes prevêm a monitorização, supervisão, operação, manutenção e gestão da infraestrutura de rede, apresentando uma descrição nas suas propostas em tudo equivalente, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri atribui-lhes a pontuação de 1,875 pontos.

- ***Subcritério - Os Serviços de Assistência Técnica remota, local e HelpDesk***

Todos os concorrentes prevêm os serviços de assistência técnica remota, local e helpdesk, apresentando uma descrição nas suas propostas em tudo equivalente, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri atribui-lhes a pontuação de 1,875 pontos.

- ***Subcritério - Nível de suporte e tempo máximo de reposição de serviço***

Todos os concorrentes apresentam nas suas propostas o nível de suporte e tempo máximo de reposição de serviço previstos no Caderno de Encargos, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri atribui-lhes a pontuação de 1,875 pontos.

- ***Subcritério - A gestão de trouble tickets e o acompanhamento de anomalias***

Todos os concorrentes prevêm nas suas propostas a gestão de trouble tickets e o acompanhamento de



Tribunal de Contas

anomalias, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri atribui-lhes a pontuação de 1875 pontos.

- ***Subcritério - O fornecimento de relatórios sobre o estado actual da Rede, sugestões de acções a desenvolver e alternativas de evolução***

Todos os concorrentes prevêem nas suas propostas o fornecimento de relatórios sobre o estado actual da rede, sugestões de acções a desenvolver e alternativas de evolução, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri atribui-lhes a pontuação de 1 875 pontos.

- ***Subcritério - O fornecimento de documentação relativa à solução implementada e aos procedimentos de operação, manutenção, gestão e monitorização/supervisão da Rede***

Todos os concorrentes prevêem nas suas propostas o fornecimento de documentação relativa à solução implementada e aos procedimentos de operação, manutenção, gestão e monitorização/supervisão da rede, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri atribui-lhes a pontuação de 1,875 pontos.

- ***Subcritério - O fornecimento de relatórios de Moves, Add and Changes (MACs) de acordo***



Tribunal de Contas

***com regras pré - estabelecidas e acordadas
entre as partes***

Todos os concorrentes prevêem nas suas propostas o fornecimento de relatórios de Moves, Add and Changes (MAC5) de acordo com as regras pré-estabelecidas e acordadas entre as partes, pelo que nos termos da acta de critérios, o júri atribui-lhes a pontuação de 1,875 pontos.

Assim, as propostas ficaram ordenadas de acordo com a pontuação obtida,

1º - PT - Comunicações —98,00

2º - ONITELECOM —97,45

3.º - PT - Corporate —96,56

4º - NOVIS — 89,57

O Júri” – doc. de fls. 547 a 556;

Q) Na sequência do Projecto de Relatório de Avaliação que antecede, veio a ONITELECOM, em sede de audiência prévia, nos termos e para os efeitos do art.º 108.º do DL 197/99, pronunciar-se, concluindo como se segue:

“1) O Júri do concurso do concurso na elaboração do mesmo fundou-se:



Tribunal de Contas

a) **num parecer jurídico proferido num escritório cuja escolha não se revela transparente e imparcial¹⁷;**

b) **num parecer jurídico prestado por terceira pessoa não indicada pela ACSS, IP¹⁸;**

2) O rol de factos e ilegalidades e a falta de transparência na fase do procedimento posterior à notificação da deliberação do Júri que mandou notificar, para efeitos de audiência prévia, o primeiro Relatório de Avaliação tem como consequência que deve ser desconsiderado em sede de adjudicação a parte em que se admitiu a PT Prime e a PT Comunicações, cuja exclusão deverá manter-se e em consequência, adjudicar-se os serviços concursados à ONI por ser o concorrente mais bem qualificado;

3) Os factos constantes do processo concursal, pela sua manifesta clareza na demonstração de que as empresas PT Prime e PT Comunicações conheciam reciprocamente as propostas, impõem sob pena de violação dos princípios elementares da contratação pública, em especial do princípio da concorrência, a imediata exclusão da PT Prime e da PT Comunicações, por os mesmos apenas formalmente apresentarem duas propostas, não se encontrando, na verdade, em concorrência entre si;

4) Caso assim não se entenda, sempre se deveria excluir as empresas PT Prime e PT Comunicações por o ordenamento jurídico português e

¹⁷ O negrito é nosso.

¹⁸ O negrito é nosso



Tribunal de Contas

comunitário as tratar, para efeitos de procedimentos concursais, como uma única empresa, ou empresas associadas, considerando por isso que as duas propostas são de um único concorrente;

5) Caso assim se não entenda, deverão ambas as empresas ser ainda excluídas porquanto ao concorrerem a concurso declararam que as suas propostas eram confidenciais, ficando demonstrando que as empresas haviam partilhado toda a informação comercial, incluindo preço, entre si, falseando o concurso, pois é inadmissível aceitar o contrário, quando o CA de ambas as empresas é integrado pelas mesmas pessoas;

6) O facto de as empresas pertencerem ao Grupo PT e se encontrarem subordinadas à estratégia deste Grupo teve como consequência que estas se conluíassem no sentido de falsearem o concurso, constituindo este facto uma causa de não adjudicação, nos termos do art.º 57.º, n.º1. al. b) do DL 197/99, de 8 de Junho;

7) Por último, o 2.º Relatório de Avaliação deveria ter-se recusado à avaliar as propostas apresentadas pela PT Prime e PT Comunicações por ambas se deverem considerar propostas condicionadas, na medida em que contêm alteradas não permitidas ao Caderno de Encargos”

(....)” – fls. doc. de fls. 562 a 604;

R) Juntamente com a pronúncia que antecede, foi junto um parecer jurídico da **Sociedade de Advogados “Macedo Vitorino & Associados”, que conclui pela exclusão das propostas da **PT Prime e da PT Comunicações** - fls. doc. 606 a 661, aqui, dado por reproduzido para todos os efeitos legais;**



Tribunal de Contas

S) No dia 21OUT2008, foi proferido o RELATÓRIO FINAL DO JÚRI, que se transcreve:

“RELATÓRIO FINAL

As 10h do dia 21 de Outubro de 2008 reuniu o júri do presente concurso com o fim de ponderar as observações dos concorrentes, nos termos do Artº 109º, do DL 97/99, de 8 de Junho.

Pela Resolução do Conselho de Ministros nº 72/2006 de 8/06/2006, foi autorizada a abertura do concurso e nomeado o Júri, o qual tem a seguinte composição:

Efectivos:

Paulo Renato Pinto

João Paulo Figueiredo

José Cruz

Suplentes:

Luis Salavisa

Paulo Machado

Pela mesma resolução foi delegada no Júri competência para realizar a audiência prévia.

Por despacho nº 202/2007 de 25/10/07, de Sua Excelência o Ministro da Saúde foi alterada a constituição do júri que passou a ter a seguinte constituição:

Efectivos:

Paulo Renato Pinto

João Paulo Figueiredo

Laura Raposo

Suplentes:

Luís Salavisa

Maria João Campos

O referido despacho produz efeitos desde o dia 12 de Julho de 2007.



Tribunal de Contas

Pelo mesmo Despacho, foi delegada no Júri competência para realizar a audiência prévia nos termos do n.º2 do art.º 98.º do DL n.º197/99 de 8 de Junho.

Em tempo oportuno, o júri procedeu á análise das propostas admitidas e ordenou-as, para efeitos de selecção, excluindo os concorrentes n.º1 — PT Comunicações e n.º3 - PT Prime. Assim, as propostas ficaram ordenadas de acordo com a pontuação obtida, 1.º - ONITELECOM — 93.00 e 2.º - NOVIS - 75.91 conforme consta do relatório fundamentado elaborado em 05/05/2008.

Nos termos do art.º 108.º do Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho, foi realizada a audiência prévia escrita com notificação dos concorrentes, através de ofício registado com aviso de recepção.

No âmbito do Projecto de Relatório de Avaliação de Propostas, Dentro do prazo estabelecido vieram os Concorrente n.º 1 - PT Comunicações e n.º 3 — PT Prime, apresentar as suas alegações, no sentido da alteração do Projecto de decisão com vista à admissão das suas Propostas, conforme consta dos Anexos 1 e li a este Relatório.

O júri tendo em conta que grande parte do teor das alegações visava a questão da exclusão de ambas as empresas, a qual teve por base a Informação n.º 070/07/094 do Gabinete Jurídico, solicitou ao Conselho Directivo colaboração jurídica para apreciação da matéria.

O Conselho Directivo solicitou parecer às Sociedades de Advogados Barrocas Sarmiento Neves e Macedo & Associados.



Tribunal de Contas

Assim o júri, tendo em conta os dois pareceres supra referidos deliberou admitir os concorrentes N° 1 e 3— PT Comunicações e PT Prime, e procedeu a nova avaliação¹⁹.

O Júri solicitou ainda colaboração jurídica para apreciação da questão prévia da dissolução da PT Corporate em 11/03/08, pelo que a PT Prime passou a agir em nome próprio, concluindo-se que juridicamente a dissolução não tem efeitos procedimentais.

Tendo em conta que esta deliberação do júri produziu alterações fundamentais no Projecto de Relatório de Avaliação de Propostas, foi elaborado um segundo projecto de Relatório o qual foi enviado aos interessados em 08/09/2008, por carta registada, para que os mesmos se pronunciassem em sede de audiência escrita.

Em sede de audiência escrita veio o concorrente n.º 2 ONITELECOM, apresentar as suas alegações contra a admissão dos concorrentes n.º1 e n.º3 — PT Comunicações e PT Prime, conforme Anexo I a este Relatório.

Assim, e dado que a matéria fulcral daquela pronúncia incidia sobre a violação do Princípio da Concorrência, o júri solicitou a colaboração do Conselho Directivo no sentido de obter parecer sobre a matéria por parte da Autoridade da Concorrência.

Entendeu o Conselho Directivo da ACSS através de deliberação tomada em 09/10/08, que aquela entidade já não teria competência para se pronunciar sobre se, num procedimento em concreto há ou não violação do princípio da concorrência enquanto princípio da

¹⁹ O negrito é nosso



Tribunal de Contas

contratação pública. Entendeu aquele conselho também que face aos pareceres jurídicos emitidos durante o processo de concurso, nada aponta para a existência de práticas restritivas da concorrência ou que a procurem falsear e que como tal determinem o dever de comunicação à Autoridade da Concorrência.

Alega ainda o concorrente ONITELECOM que haveria violação do princípio da imparcialidade por parte do júri, ora durante todo o procedimento e atenta a dificuldade da matéria, e face ao exposto anteriormente, o júri solicitou a colaboração de peritos na matéria, não procedendo assim, a alegação do concorrente.

Quanto à alegação de que houve violação do artigo 20º do PC — Análise das Propostas, o júri esclarece que em sede de Caderno de Encargos, foram definidos os requisitos para a apresentação das propostas, ao serem elaborados os critérios e sub-critérios de avaliação, foram definidas as especificidades. Assim, é entendimento do júri, que as diferenças técnicas entre os concorrentes estão inseridas nos sub-critérios, originando desde logo, a igualdade da pontuação.

*Em conclusão e face ao atrás exposto, o júri deliberou manter o seu projecto de decisão inicial, propondo que o seu relatório elaborado em 04 e 05 de Setembro p.p. seja parte integrante do presente relatório, deliberação esta tomada com **dois votos a favor e um contra**²⁰.*

O JÚRI (doc. de fls. 662 a 664);

²⁰ O negrito é nosso.



Tribunal de Contas

T) Em 23OUT2008, o Conselho Directivo da ACSS deliberou remeter o processo de concurso à Senhora Ministra da Saúde a fim de que fosse proferido **o despacho de adjudicação, o qual foi proferido em 5DEZ2008** (doc. fls. 944 a 946);

U) O processo foi devolvido pela Unidade em **22JAN2009** para que a entidade adjudicante informasse se o despacho de adjudicação tinha sido objecto de impugnação, remetendo-se, em caso afirmativo, as respectivas peças processuais;

V) Na sequência da referida devolução foi remetido:

- Providência cautelar interposta pela ONITELECOM, em 13JAN2009, na qual se requer a suspensão do procedimento pré-contratual ou em alternativa a suspensão de eficácia do acto de adjudicação e (fls. 987)
- Acção de contencioso pré-contratual interposta por aquela sociedade em 19JAN2009, na qual se pede que se declare (i) a ilegalidade do acto administrativo de admissão das propostas da PT Comunicações e PT Prime; (ii) a nulidade ou anulabilidade se assim se entender do acto de adjudicação à PT Comunicações; (iii) a nulidade de todos os actos subsequentes à prática das ilegalidades referidas, condenando a Ré à prática de todos os actos e operações necessárias à reconstituição da situação que existiria caso a deliberação ilegal de admissão das empresas PT ou de



Tribunal de Contas

adjudicação não tivesse sido tomada, incluindo, se for o caso, a declaração de nulidade do contrato entretanto celebrado com o adjudicatário (fls. 1135 a 1192);

X) No dia 27MAR2009, foi remetida a sentença, sem nota de trânsito em julgado, que indeferiu o pedido de suspensão de eficácia do acto de adjudicação, por, *inter alia*, se entender que a questão em análise não é pacífica e notória, não sendo, por isso, evidente a procedência da acção principal, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 120.º do CPTA – doc. de 3104 a 3126;

Z) Em 28JAN2009, a sociedade de advogados “Gonçalves Pereira, Castelo Branco”, na qualidade de representante legal da empresa ONITELECOM, **enviou ao Tribunal de Contas** uma exposição, na qual se relata de forma sucinta os factos que sustentam a providência cautelar e a acção contenciosa a que atrás se alude, juntando-se cópia de parecer jurídico emitido em 1DEZ2008, que conclui pela ilegalidade de admissão das propostas PT Corporate e PTC com fundamento na violação do princípio da igualdade, juntando parecer jurídico do Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa (doc. fls. 3527 a 3537);

A1) Naquela exposição diz-se, designadamente:

“Assunto: ilegalidade manifesta praticada no âmbito do Concurso Público n.º 2/2006 que consubstancia o procedimento tendente à



Tribunal de Contas

celebração do Contrato para Aquisição de Serviços e Comunicações no âmbito da Rede Informática de Saúde (RIS) ”:

Vimos, em representação da nossa Constituinte ONITELECOM – Infocomunicações, S.A., concorrente ao concurso público em epígrafe, trazer ao conhecimento desse Ilustre Tribunal factos que importarão inevitavelmente a prática de uma ilegalidade grosseira no caso de vir a ser celebrado o contrato objecto do referido concurso público com o concorrente PT Comunicações.

Na verdade, no âmbito do concurso público acima identificado, apresentaram-se a concurso quatro empresas, sendo que duas delas – a PT Comunicações e a PT Prime - eram e são detidas a 100% pelo mesmo accionista único e tinham e têm exactamente as mesmas pessoas como membros do Conselho de Administração.

Relevamos que foi inclusivamente a mesma pessoa que assinou as propostas de um e outro concorrente, a saber, o seu Administrador Carlos Alves Duarte.

È assim evidente que tendo ambas as empresas concorrentes os mesmos administradores e sendo a mesma pessoa a assinar ambas as propostas, encontra-se definitivamente e irremediavelmente comprometido o princípio da igualdade e da concorrência.

Mais, consultado o procedimento verifica-se que as propostas decalcadas uma da outra, com páginas com cópias integrais e nas que o não são só foram introduzidas alterações pontuais para permitir que estivessem em concurso duas propostas com preços e solução tecnológicas diferentes.

A Entidade adjudicante começou, e bem, por excluir do concurso aquelas duas propostas, por considerar que havia uma violação grosseira dos



Tribunal de Contas

princípios da igualdade e da concorrência e que, na prática, poderia considerar-se que um mesmo concorrente havia apresentado duas propostas.

No entanto, surpreendentemente, e após a primeira audiência prévia aquela posição foi alterada e readmitidas ilegalmente, as referidas duas propostas, tendo sido proposto pelo júri a adjudicação do contrato ao concorrente PT Comunicações.

A nossa Constituinte, que havia sido classificada em primeiro lugar no primeiro relatório de avaliação, em sede de segunda audiência prévia, opôs-se a tal alteração de posição.

Em 19 de Dezembro de 2008, aquela foi notificada de que havia sido autorizada a adjudicação à empresa PT Comunicações, S.A., do contrato de prestação de serviços em causa no presente concurso público, sem, no entanto, dar-lhes a conhecer a fundamentação da decisão.

Foi de imediato pedido acesso ao procedimento concursal (24 de Dezembro de 2008) tendo só agora recebido a nossa Constituinte resposta àquele pedido, dizendo-lhe que o procedimento estará apto para a consulta apenas no próximo dia 28 de Janeiro de 2009, tendo mais sido informada que o contrato aguardaria, neste momento, visto do Tribunal de Contas.

Ao tomar conhecimento de que a adjudicação à PT Comunicações estaria autorizada a nossa Constituinte requereu a competente providência cautelar (...).

Considerando o dever de colaboração que existe para com a Administração Pública, a nossa Constituinte não quis deixar de trazer ao conhecimento desse Tribunal, antes da prática do acto de oposição



Tribunal de Contas

do Visto, as ilegalidades praticadas no presente concurso público²¹, que são palmares, e revelam um desprezo total pela lei e pelos princípios constitucionais conformadores da actuação da Administração, que infectam a decisão de adjudicação dos serviços concursados à PT Comunicações.

No mesmo sentido de colaboração a nossa Constituinte e para conformação do acima referido, junta um Parecer de Direito (...), onde veemente se repudia a manifesta ilegalidade da admissão das propostas (...), na senda, aliás, da primeira decisão do Júri, também ela fundada em parecer jurídico bem fundamentado, que, depois, foi ilegalmente alterada.

Na expectativa de que quanto acima dito possa ser ponderado por esse Tribunal no acto de decidir a aposição do Visto a um contrato que se encontra eivado de ilegalidade grosseira, apresentamos os mais respeitosos cumprimentos.

Em anexo segue o Parecer.” – vide doc. fls. 3527 a 3537

A2) Em s.d.v., datadas de 6FEV2009, 16FEV2009, 18MAR2009, 24MAR09, 26MAR2009, respectivamente, foi devolvido o contrato para os seguintes fins (sendo que os despachos de 18MAR2009, de 24MAR2009 e 26MAR2009, foram prolatados na sequência de aberturas de conclusão por ordem verbal):

i) A ACSS:

²¹ Negrito nosso.



Tribunal de Contas

- Remettesse cópia da decisão proferida na sequência da interposição da providência cautelar interposta em 13.01.2009, pela ONITELECOM (fls. 1275);
- Juntasse informação documentada, sobre se as propostas apresentadas pela PT – Prime e PT – Comunicações, haviam sido subscritas pelo mesmo Administrador, isto é, pelo membro do Conselho de Administração, Carlos Duarte (fls. 1307 e 1308);
- Remettesse cópia autenticada da proposta apresentada pela PT – Prime (fls. 1479);
- Remettesse os documentos juntos pela PT – Prime e pela PT – Comunicações, em consequência do exigido na alínea e) do n.º 1 do artigo 8.º do Programa de Concurso (fls. 1676 a 1678);

ii) A Conservatória do Registo Comercial remettesse:

- Cópia certificada da constituição das sociedades PT – Prime e PT – Comunicações, onde constasse a identificação dos respectivos Conselhos de Administração, até à presente data (fls. 1307);
- Cópia certificada dos órgãos sociais da Portugal – TELECOM, desde 2000 até à presente data (fls. 1479);



Tribunal de Contas

- iv) **A Portugal TELECOM** informasse documentadamente sobre a identificação dos respectivos membros dos Conselhos de Administração nos anos de 2006 e 2007, bem como se, nessas datas, o Presidente de cada um desses Conselhos – Rodrigo Costa – era também Vice-Presidente Executivo da Portugal Telecom, e na eventualidade de ter cessado funções, se informasse a data respectiva (fls. 1307);
- v) **A PT – Comunicações** remetesse o documento por si junto no âmbito do processo concursal, em consequência do exigido na alínea e) do n.º 1 do artigo 8.º do Programa de Concurso (fls. 1676);
- vi) **A PT – Prime** remetesse o documento por si junto no âmbito do processo concursal, em consequência do exigido na alínea e) do n.º 1 do artigo 8.º do Programa de Concurso (fls. 1677);
- vii) Para o Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa informasse se fora proferida sentença no âmbito da providência cautelar instaurada em 13JAN2009 pela ONITELECOM (fls. 1277);

A3) Com relevância para a questão controvertida importa transcrever alguns dos artigos constantes do **Programa de Concurso**:



Tribunal de Contas

Art.º 6 – Concorrência

1. A prática de actos ou acordos susceptíveis de falsear as regras da concorrência tem como consequências as prescritas no art.º 53.º do DL 197/99, de 8 de Junho.

2. No âmbito do procedimento, uma entidade, seja ela concorrente, subcontratada ou consultora, não poderá prestar serviços ou fazer parte de mais de um agrupamento, nem concorrer simultaneamente a título individual e integrada num agrupamento.

Art.º 7.º Capacidade financeira dos concorrentes

A avaliação da capacidade financeira dos concorrentes é aferida pela ponderação das informações contidas nos seguintes documentos:

a) Relatório de contas e relatórios de auditoria ou certificação legal de contas, tudo relativo aos últimos três exercícios findos, ou dos exercícios findos desde a constituição, caso esta tenha ocorrido há menos de três anos, de cada empresa ou membro do agrupamento

(...)

f) Declaração com (a)s assinatura(s) reconhecidas(s), na qual cada concorrente ou membro do agrupamento concorrente indique o seu nome, o número fiscal do contribuinte, o estado civil e o domicílio ou, no caso de ser uma sociedade, a denominação social, o número de pessoa colectiva, a sede, as filiais que interessam à execução do contrato, os nomes dos titulares dos corpos gerentes e de outras pessoas com poderes para a obrigarem, acompanhada de certidão do registo comercial actualizada.

Art.º 8.º -Capacidade técnica dos concorrentes



Tribunal de Contas

1. A avaliação da capacidade técnica dos concorrentes é aferida pela ponderação das informações contidas nos seguintes documentos.

a) Curriculum da actividade de cada concorrente ou membro do agrupamento do concorrente e descrição da respectiva estrutura organizacional, onde se evidencie o exercício o exercício de actividades similares às que são objecto do presente concurso, nomeadamente:

i. Serviço “Outsourcing” de infra-estrutura de telecomunicações;

ii. Serviço de operação, manutenção, gestão de redes privadas de voz, dados e imagem, com pelo menos 1500 “sites” cobertos por todo o território nacional;

iii. Serviços de suporte help-desk com cobertura nacional;

iv. Gestão de projectos de grande dimensão.

b) Lista de pessoal a afectar à equipa de projecto e funções a desempenhar, respectivas qualificações, incluindo curriculum detalhado, com descrição das actividades relevantes, designadamente respeitante a projectos complexos e de actividades similares ao objecto do presente contrato;

(...)

e) Lista exaustiva das empresas que, face aos critérios estabelecidos no n.º 4 do art.º 3.º da Directiva n.º 93/37/CEE, sejam consideradas empresas associadas dos concorrentes ou de cada um dos membros que constituem o agrupamento do concorrente (fls. 208 a 210).



Tribunal de Contas

A4) A PT Comunicações, S.A. e a PT Prime, S.A. são ambas detidas a 100% pela PT SGPS (vide doc. de fls.2446, que se refere ao organigrama da PT Comunicações, e doc. de fls. 3005, que se refere ao organigrama da PT Prime) apresentado pelos dois concorrentes, nos termos e para os efeitos da alínea e) do n.º 1 do art.º 8.º do Programa do Concurso (vide doc. de fls.2445 da PT Comunicações e doc. de fls. 3004 da PT Prime);

A5) Para efeitos da alínea e) do art.º 8.º do Programa do Concurso, a PT Comunicações e a PT Prime juntam exactamente o mesmo documento – vide doc. de fls. 2445 e 2446, que se refere à declaração junta pela PT Comunicações e doc. de fls. 3004 e 3005, que se refere à declaração junta pela PT Prime;

A6) A PT Corporate, que agiu em representação da PT Prime, no âmbito deste concurso, tem, conforme decorre da apresentação daquela feita na pág. 10 da proposta da PT Prime, igualmente, plenos poderes de representação da PT Comunicações (doc., a fls. 2473);

A7) Os membros do Conselho de Administração da PT Prime e do Conselho de Administração da PT Comunicações são exactamente os mesmos – vide declaração da PT Corporate, em representação da PT Prime e da PT Comunicações, juntas nos termos e para os efeitos da alínea f) do art.º 7.º do Programa



Tribunal de Contas

do Concurso (vide docs., a fls. 2310 a 2312, a fls. 2884 a 2886, bem como o docs. da Conservatória do Registo Comercial juntos 1319 e 1340 a 1341);

A8) A única diferença é que o Conselho de Administração da PT Prime é composto, além do seu Presidente, por um Administrador delegado e três vogais, ao passo que o Conselho de Administração da PT Comunicações é composto, além do seu Presidente, por quatro vogais, sendo, no entanto, integralmente coincidentes os membros: o presidente é o mesmo; o administrador delegado e todos os vogais são comuns – vide docs. da Conservatória do Registo Comercial juntos a fls. 1319 e 1340 a 1341, bem como o doc. junto por cada uma das empresas nos termos e para os efeitos da a) do art.º 7.º do Programa de concurso; doc. de fls. 1947 a 2186 da PT Comunicações, e de fls. 2670 a 2854 da PT Prime;

A9) Em 24ABR2006, Rodrigo Costa foi designado Vice-Presidente da Comissão Executiva da PORTUGAL TELECOM, SGPS, sendo que, à data da apresentação das propostas, era membro dos Conselhos de Administração da PT Comunicações e da PT Prime (vide fls. 3128, documento que certifica a designação de Rodrigo Costa, como membro da Comissão Executiva da Portugal Telecom, SGPS, e fls. 1319, relativamente à PT Comunicações, e fls. 1343, relativamente à PT Prime);



Tribunal de Contas

A10) A PT Prime obriga-se com a intervenção: de dois membros do Conselho de Administração; de um Administrador-delegado; de mandatários com poderes (vide doc. da Conservatória do Registo Comercial de Lisboa – doravante C.R.C, junta a fls. 1338 e doc. junto para efeitos da alínea a) do art.º 7.º do P.C., a fls. 2670 a 2854); **a PT Comunicações obriga-se com a intervenção** de dois membros do Conselho de Administração; de um administrador delegado; de um ou mais mandatários - mandatários constituídos no âmbito e nos termos do respectivo mandato – vide doc. da C.R.C., junto a fls. 1315 e doc. junto para efeitos da alínea a) do art.º 7.º do P.C., a fls. 1947 a 2186);

A11) O Administrador delegado da PT – Prime, Carlos Duarte, que assina a proposta e os documentos que a acompanha **é um dos vogais que assina a proposta da PT- Comunicações** e que a par de um outro vogal do Conselho de Administração obriga esta sociedade – vide propostas de ambas as empresas ((doc. de fls 800 e fls. 2310, da PT Comunicações, e doc. de fls. 2592, da PT Prime);

A12) O organigrama da Equipa de Projecto, junto nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 8.º Programa de Concurso, pela PT Prime e pela PT Comunicações é exactamente igual, conforme se pode verificar das propostas de ambas as empresas, sendo também exactamente igual a descrição que cada concorrente faz



Tribunal de Contas

de cada elemento que compõe este organigrama (doc. de fls. 2336, relativamente à PT Comunicações, e doc. de fls. 2975, relativamente à PT Prime);

A13) As descrições que acompanham este documento são textualmente iguais, conforme se pode ver das propostas apresentadas por ambas as empresas (doc. de fls. 2337 a 2339, da PT Comunicações, doc. de fls. 2976 a 2978 da PT Prime);

A14) As áreas de negócios e a forma como são apresentadas no curriculum da PT Prime e no Curriculum da PT Comunicações, juntos como documento para permitir a **avaliação da capacidade técnica do concorrente**, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 8.º do Programa, são as do Grupo Portugal Telecom, sendo que a PT Comunicações, S.A. e a PT Prime, S.A. são ambas detidas a 100% pela PT SGPS;

A15) A imagem e a respectiva solução constantes da página 21 da proposta da PT Prime são as mesmas que pela PT Comunicações são apresentadas na página 12 da sua proposta (doc. de fls 2486, relativamente à PT Prime, e doc. de fls. 678, relativamente à PT Comunicações);

A16) A descrição das componentes de acesso, das soluções tipo, do local crítico são gráfica e textualmente iguais, como resulta da parte final da página 13 e páginas 14, 15, e 16 da proposta da PT Comunicações, e final da página 22 e páginas 23, 24 e 25 da



Tribunal de Contas

proposta da PT Prime (doc. de fls. 679 a 682, relativamente à PT Comunicações, e doc. de fls. 2487 a 2490, relativamente à PT Prime);

A17) O modelo funcional do serviço designado como OMG apresentado em cada uma das propostas é exactamente igual, conforme se vê de páginas **132** da proposta da PT Prime e **117** da proposta da PT Comunicações (fls. 2597, relativamente à PT Prime, e **784** relativamente à PT Comunicações);

A18) O quadro que expõe as principais áreas de negócio da PT Comunicações na apresentação que é feita na proposta deste concorrente na **pág. 9** é igual ao quadro que, por referência ao Grupo Portugal Telecom (PT) integra a **pág. 16**, respeitante à apresentação da PT Prime, da proposta desta empresa (fls. 675, relativamente à PT Comunicações e fls. 2478, relativamente à PTPrime);

A19) Os **segundos, terceiros e quartos parágrafos dos sumários executivos de cada uma das propostas**, que descrevem as condições essenciais das propostas quanto ao modo como se configuram que os serviços devem ser prestados, são totalmente coincidentes (vide páginas 673 e 674, da proposta da PT Comunicações, e páginas 2473 e 2474, da proposta da PT Prime);



Tribunal de Contas

A20) O preço das propostas **não** é coincidente, sendo que a proposta da PT Comunicações – empresa adjudicatária – é de 7.977.421,18, e da proposta da PT Prime é de 8.823.034,64 € - vide fls. 800 e 2592, respectivamente;

A21) No Subcritério - Capacidade para oferecer múltiplos acessos seguros a entidades e utilizadores remotos, a PT Prime e a PT Comunicações apresentam um solução inteiramente coincidente *“baseada em túneis IPSec e UMTS/HSDPA para suporte da ligação de utilizadores remotos. Para a ligação de entidades externas é proposta a utilização de um Firewall Centralizado disponibilizado no Backbone IP/MPLS”*, sendo certo que estes são os únicos concorrentes que apresentam uma solução baseadas em túneis – vide 2.º Projecto de Relatório de Avaliação das Propostas, a fls. 551;

A22) **A páginas 11 da proposta da PT Prime, diz-se** *“A Infra-estrutura de suporte, a experiência, as parcerias, as pessoas e o serviço são os factores centrais que permitem ao Grupo PT deter um posicionamento diferenciado e único, destacando-se as seguintes valências e competências:*
- a utilização das infra-estruturas das suas diversas empresas, nomeadamente da PT- Comunicações, PT Prime, TMN; PT Contact, PT Sistemas de Informação, TV Cabo e Telepac; no mesmo sentido, no final da
pág. 16 da proposta da PT Prime, é descrito que o Grupo PT possui um conjunto de competências único em Portugal, nomeadamente nas suas empresas **PT Comunicações** *(comunicações fixas), TMN (comunicações móveis), PT Sistemas de Informação (tecnologias de informação), PT*



Tribunal de Contas

*Inovação (telemedicina) e **PT Prime** (comunicações empresariais), todas elas líderes nos mercados respectivos e com uma longa e íntima relação com o sector da Saúde, tendo estabelecido parcerias com várias empresas, líderes mundiais nas suas áreas de actuação” - vide proposta da PT Prime, de fls. 2476 a 2478;*

A23) Em s.d.v., de **7ABR2009**, decidiu-se devolver o contrato à ACSS, a fim de que a mesma fosse notificada dos seguintes documentos: **(i)** do documento de fls.3128; **(ii)** das certidões da Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, doc. de fls 1315 a 1395; **(iii)** do documento junto pela PT Comunicações a fls. 3233; e **(iv)** do doc. de fls. 3527 a 3537.

Mais decidiu-se notificar aquela entidade para remeter aos autos o Relatório Final do Júri, de onde conste a declaração de voto “contra”, a que se refere a parte final desse Relatório.

A 24) Na sequência da referida devolução foi junto o Relatório Final do Júri, tal como o mesmo já constava dos autos, ou seja, **sem a declaração de voto contra.**

Foram igualmente juntos documentos, cuja remessa não foi solicitada, e que já constavam do processo.



2.2. SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO

2.2.1. DA VIOLAÇÃO DO ART.º 6.º, N.º 1, 1.ª PARTE DO PROGRAMA DO CONCURSO

Dispõe o art.º 6.º da referida peça procedimental:

Art.º 6 – Concorrência

1. A prática de actos ou acordos susceptíveis de falsear as regras da concorrência tem como consequências as prescritas no art.º 53.º do DL 197/99, de 8 de Junho.

2. No âmbito do procedimento, uma entidade, seja ela concorrente, subcontratada ou consultora, não poderá prestar serviços ou fazer parte de mais de um agrupamento, nem concorrer simultaneamente a título individual e integrada num agrupamento.

Por seu turno, dispõe o n.º 1 do art.º 53.º do DL 197/99, de 8 Junho, sob a epígrafe, “Práticas restritivas da concorrência”, que:

“1- As propostas que resultem de práticas restritivas da concorrência ilícitas devem ser excluídas.



Tribunal de Contas

2- (...).

3- (...)"

Com vista à apreciação desta questão, importa ter em conta, *inter alia*, a seguinte matéria de facto:

- **O Acto Público do Concurso ocorreu em 11 de Julho de 2007**- vide alínea E) do probatório;
- O contrato foi adjudicado à PTC, com um voto contra, desconhecendo-se, porém, qual o seu teor ou se o mesmo foi expresso por escrito, apesar de a entidade adjudicante ter sido notificada para apresentar o Relatório Final do Júri de onde constasse a declaração de voto “contra” (vide alíneas P) a T), A23) e A24) do probatório);
- Foram também oponentes ao referido concurso a PTP, representada pela PT Corporate, bem como a ONITELECOM, que ficou graduada em 2.º lugar, e a NOVIS, que ficou graduada em último lugar (vide, *inter alia*, as alíneas E), F), P) a S) e A6) do probatório);
- A alínea e) do art.º 8.º do Programa do Concurso exigia a apresentação de “*Lista exhaustiva das empresas que, face aos critérios estabelecidos no n.º 4 do art.º 3.º da Directiva*”



Tribunal de Contas

n.º 93/37/CEE, sejam consideradas empresas associadas dos concorrentes ou de cada um dos membros que constituem o agrupamento do concorrente” (vide alínea A3) do probatório);

- A PT – Comunicações e a PT – Prime são ambas detidas a 100% pela PT SGPS, conforme resulta dos documentos juntos pela PT-Comunicações, nos termos e para os efeitos da alínea e) do n.º 1 do art.º 8.º do Programa do Concurso (vide alíneas A4) e A5) do probatório);
- A alínea f) do art.º 7.º do Programa de concurso exigia *“Declaração com a(s) assinatura(s) reconhecida(s), na qual cada concorrente ou membro do agrupamento concorrente indique (...) , no caso de ser uma sociedade, a denominação social, o número de pessoa colectiva, a sede, as filiais que interessam à execução do contrato, os nomes dos titulares dos corpos gerentes ou de outras pessoas com poderes para a obrigarem, acompanhada de certidão do registo comercial actualizada.”;*
- A PT Corporate (dissolvida em 11MAR2008), que apresentou a proposta da PT Prime em representação desta, no âmbito deste concurso, tinha, conforme decorre do documento de fls. 2473 e seguintes, igualmente, plenos



Tribunal de Contas

poderes de representação da PT Comunicações (cfr. alíneas G), I) e A6) do probatório);

- A alínea a) do art.º 7.º do Programa do Concurso exigia que os concorrentes apresentassem “*Relatório de contas e relatórios de auditoria ou certificação legal das contas, tudo relativo aos últimos exercícios findos, ou dos exercícios findos desde a constituição, caso esta tenha ocorrido há menos de três anos, de cada empresa concorrente ou membro do agrupamento*” (vide alínea A3) do probatório);
- **Os membros do Conselho de Administração da PT Prime e do Conselho de Administração da PT Comunicações são exactamente os mesmos** (vide documentos apresentados nos termos das alíneas f) e a) do art.º 7.º do Programa do Concurso, e alínea A7) do probatório);
- A única diferença é que o Conselho de Administração da PT Prime é composto, além do seu Presidente, por um Administrador delegado e três vogais, ao passo que o Conselho de Administração da PT Comunicações é composto, além do seu Presidente, por quatro vogais, sendo, no entanto, integralmente coincidentes os membros: o Presidente é o mesmo; o Administrador Delegado e todos os Vogais são comuns (vide documentos



Tribunal de Contas

apresentados nos termos das alíneas f) e a) do art.º 7.º e alínea A8) do probatório);

- **A PT Prime obriga-se com a intervenção:** de dois membros do Conselho de Administração; de um Administrador-delegado; de mandatários constituídos no âmbito e nos termos do respectivo mandato (vide declaração junta para efeitos da alínea f) do art.º 7.º do Programa do Concurso e alínea A10) do probatório);
- **A PT Comunicações obriga-se com a intervenção** de dois membros do Conselho de Administração; de um só membro do Conselho de Administração em que tenham sido delegados poderes para o fazer; de mandatários constituídos no âmbito e nos termos do respectivo mandato (vide declaração junta para efeitos da alínea f) do art.º 7.º do Programa do Concurso e alínea A10) do probatório);
- **O Administrador Delegado da PT – Prime, Carlos Duarte, que assina a proposta e os documentos que a acompanha é um dos Vogais que assina a proposta da PT- Comunicações e que a par de um outro vogal do Conselho de Administração obriga esta sociedade – Carlos Duarte – vide alínea A11) do probatório;**
- **Em 24ABR2006, Rodrigo Costa foi designado Vice-Presidente da Comissão Executiva da PORTUGAL**



Tribunal de Contas

TELECOM, SGPS, sendo que, à data da apresentação das propostas, era membro dos Conselhos de Administração da PT Comunicações e da PT Prime – vide alínea A9) do probatório;

- **O organigrama da Equipa de Projecto**, junto nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 8.º Programa de Concurso, pela PT Prime e pela PT Comunicações é exactamente igual, conforme se pode verificar das propostas de ambas as empresas, sendo também exactamente igual a descrição que cada concorrente faz de cada elemento que compõe este organigrama - vide alínea A12) do probatório;
- **As descrições** que acompanham este documento são textualmente iguais, conforme se pode ver das propostas apresentadas por ambas as empresas - vide alínea A13) do probatório;
- **As áreas de negócios** e a forma como são apresentadas no curriculum da PT Prime e no Curriculum da PT Comunicações, juntos como documento para permitir a avaliação da capacidade técnica do concorrente, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 8.º do Programa, são as do Grupo Portugal Telecom, sendo que a PT Comunicações, S.A. e a PT Prime, S.A. são ambas detidas a 100% pela PT SGPS – alínea A14) do probatório;



Tribunal de Contas

- **A imagem e a respectiva solução** da proposta da PT Prime são as mesmas que pela PT Comunicações são apresentadas na sua proposta – vide alínea A15) do probatório;
- **A descrição das componentes de acesso, das soluções tipo, do local crítico são gráfica e textualmente iguais** – vide alínea A16) do probatório;
- **O modelo funcional do serviço designado como OMG apresentado em cada uma das propostas é exactamente igual** – vide alínea A17) do probatório;
- **O quadro que expõe as principais áreas de negócio da PT Comunicações na apresentação que é feita na proposta deste concorrente na pág. 9 é igual ao quadro que, por referência ao Grupo Portugal Telecom (PT) integra a pág. 16, respeitante à apresentação da PT Prime, da proposta desta empresa** – vide alínea A18) do probatório;
- **Os segundos, terceiros e quartos parágrafos dos sumários executivos de cada uma das propostas**, que descrevem as condições essenciais das propostas quanto ao modo como se configuram os serviços que devem ser prestados, são totalmente coincidentes – vide alínea A19) do probatório;



Tribunal de Contas

- O preço das propostas **não** é coincidente, sendo que a proposta da PT Comunicações – empresa adjudicatária – é de 7.977.421,18, e o da proposta da PT Prime é de 8.823.034,64 € - vide alínea A20) do probatório;
- No Subcritério - Capacidade para oferecer múltiplos acessos seguros a entidades e utilizadores remotos, a PT Prime e a PT Comunicações apresentam uma solução inteiramente coincidente *“baseada em túneis IPSec e UMTS/HSDPA para suporte da ligação de utilizadores remotos. Para a ligação de entidades externas é proposta a utilização de um Firewall Centralizado disponibilizado no Backbone IP/MPLS”*, **sendo certo que estes são os únicos concorrentes que apresentam uma solução baseada em túneis** – vide alínea A21) do probatório;
- **A páginas 11 da proposta da PT Prime, diz-se “A Infra-estrutura de suporte, a experiência, as parcerias, as pessoas e o serviço são os factores centrais que permitem ao Grupo PT deter um posicionamento diferenciado e único, destacando-se as seguintes valências e competências: - a utilização das infra-estruturas das suas diversas empresas, nomeadamente da PT- Comunicações, PT Prime, TMN; PT Contact, PT Sistemas de Informação, TV Cabo e Telepac; no mesmo sentido, no final da **pág. 16 da proposta da PT Prime**, é descrito que o Grupo PT**



Tribunal de Contas

*possui um conjunto de competências único em Portugal, nomeadamente nas suas empresas **PT Comunicações** (comunicações fixas), **TMN** (comunicações móveis), **PT Sistemas de Informação** (tecnologias de informação), **PT Inovação** (telemedicina) e **PT Prime** (comunicações empresariais), todas elas líderes nos mercados respectivos e com uma longa e íntima relação com o sector da Saúde, tendo estabelecido parcerias com várias empresas, líderes mundiais nas suas áreas de actuação” - vide alínea A22) do probatório.*

Vejamos, então, se da matéria de facto supra referida podemos concluir que a entidade adjudicante, ao ter admitido os concorrentes PTC e PTP, praticou um acto susceptível de se consubstanciar numa prática restritiva da concorrência, violando, por esta via, o disposto, no artigo 6.º, n.º 1, do Programa do Concurso, bem como no artigo 53.º, n.º 1, do DL 197/99, de 8 de Julho, para o qual o art.º 6 do Programa do Concurso remete.

Conforme resulta da matéria de facto (alíneas A7) e A8) do probatório) há uma identidade nominal dos membros dos Conselhos de Administração da PTC e da PTP, sendo certo que as propostas de ambas as sociedades foram assinadas pelo



Tribunal de Contas

mesmo Administrador – Carlos Duarte (vide alínea alínea A11) probatório).

Como é consabido, em sede de contratação pública, aplica-se, evidentemente o princípio da igualdade (vide artigos 13.º e 266.º, n.º 2, da CRP, 2.º e 5.º do CPA, 9.º do DL 197/99, de 8/6), **sendo certo que o princípio da concorrência é um corolário ou instrumento do princípio da igualdade**²².

O princípio da igualdade exige que se trate de forma igual situações de facto iguais e que se trate de forma diferenciada situações de facto diferentes.

Quer isto dizer que a igualdade e conseqüentemente a concorrência deve ser aferida de acordo com parâmetros materiais, o que implica a desconsideração consubstanciada no facto de ambas as sociedades serem juridicamente distintas e de terem apresentado duas propostas autónomas.

Se do processo concursal se puder concluir que um ou mais concorrentes - por inerência dos cargos que exercem no seio das respectivas entidades concorrentes - têm ou podem ter

²² Vide Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, Almedina, pág.100.



Tribunal de Contas

conhecimento, antes do acto público de abertura, de informação acerca de propostas a apresentar por outros concorrentes, **que não é facultada aos demais**, teremos forçosamente que concluir que tal facto favorece aqueles e desfavorece os que a ou desconhecem.

No caso em apreço, o conhecimento recíproco das propostas apresentadas pela PTP e pela PTC é inevitável já que há uma identidade dos membros dos respectivos Conselhos de Administração, incluindo o seu Presidente, e que ambas as propostas foram assinadas pelo mesmo Administrador – Carlos Duarte.

Competindo aos Conselhos de Administração ou a quem os represente gerir as sociedades e vinculá-las perante terceiros (artigos 406.º a 409.º do Código das Sociedades Comerciais), a decisão de concorrer ao presente concurso público, bem como o conhecimento recíproco das propostas apresentadas, são actos que, **por natureza**, são do conhecimento de ambas as sociedades²³.

Vale isto por dizer o seguinte:

²³ Cfr. Parecer do Professor Marcelo de Sousa, junto aos autos.



Tribunal de Contas

- **A admissão das propostas da PTC e da PTP, no circunstancialismo fáctico supra descrito, na medida em que as coloca numa situação de vantagem face às suas concorrentes (vide art.ºs 13.º e n.º 2 do art.º 266.º da CRP, 2.º e 5.º do CPA, e art.ºs 9.º e 10.º do DL 197/99, de 8/06), é um acto eivado do vício de violação de lei do art.º 6.º, n.º 1, 1.ª parte, do Programa do Concurso, a que a entidade adjudicante se auto-vinculou, por falsear as regras da concorrência, o que implicaria a sua exclusão nos termos do art.º 53.º, n.º 1, do DL n.º 197/99, de 8 de Junho.**

2.2.2. Da violação dos princípios da concorrência e da igualdade - aquele considerado autonomamente e também como corolário do princípio da igualdade -, decorrente da eventual consideração da apresentação das propostas da PTC e PTP como propostas apresentadas por uma “única empresa”, e suas implicações no disposto nos art.º 6.º, n.º 1, 1.ª parte, e art.º 12.º, nºs 1 e 3, do Programa do Concurso

Para tal, importa saber se, para efeitos concursais e consequentemente concorrenciais, as empresas PTC e PTP, apesar de juridicamente distintas, devem ser consideradas como uma “única empresa”, e, no caso positivo, se a apresentação de



Tribunal de Contas

duas propostas autónomas por parte daquelas, se consubstancia na violação do princípio da concorrência.

Se a resposta for positiva, teremos forçosamente que concluir pela ilegalidade da admissão das propostas da PTC e da PTP, dado estarmos perante um procedimento caracterizado pelo recurso à concorrência, o que torna tal admissão *contra natura*.

Com efeito, a admissão de tais propostas com todas as consequências procedimentais daí advenientes, no circunstancialismo atrás referido, confeririam a estas uma situação de privilégio que desafiaria toda a concorrência.

É de facto no respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios: é ela (concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento. E se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, isso há-de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico²⁴.

²⁴ Vide Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Estudos de Contratação Pública – I”, Coimbra Editora, pág. 67



Tribunal de Contas

Chamar a concorrência significa, assim, e entre o mais, que todos os concorrentes sejam opositores uns dos outros, ou seja, que compitam entre si.

Tal como refere o Acórdão do STA, de 1 de Junho de 2006, in Proc. n.º 01126/05 , in www.dgsi.pt , “ *Tendo duas empresas concorrentes a um concurso publico de concessão e exploração como único sócio e gerente a mesma pessoa, entre elas não pode haver concorrência, pelo que se impõe a respectiva exclusão do concurso*”.

Na verdade, se tais concorrentes estiverem numa relação recíproca de interdependência ou de subordinação de tal modo que se possa afirmar que estes, por natureza ou de facto, não podem concorrer entre si, e/ou que tal facto coloca um concorrente em situação de vantagem perante os demais, por aquele poder apresentar duas propostas, ao invés do que acontece com os restantes, teremos forçosamente que concluir que tais actos procedimentais são ilegais, por violarem os princípios da concorrência e da igualdade.

Diríamos mesmo que qualquer interpretação contrária à supra descrita poderia ser mesmo inconstitucional por violar o princípio da concorrência, enquanto corolário do princípio da igualdade (art.º 13.º da CRP).



Tribunal de Contas

Vejamos:

1. Conforme resulta do probatório a Portugal Telecom, SGPS detém a participação totalitária no capital social da PTC e da PTP;

2. Nos termos da alínea e) do art.º 8.º do Programa do Concurso, os concorrentes tinham que apresentar uma lista exaustiva das empresas que, **face aos critérios estabelecidos no n.º 4 do art.º 3.º da Directiva n.º 93/37/CEE**, fossem consideradas empresas associadas dos concorrentes ou de cada um dos membros que constituem o agrupamento concorrente (alíneas A3), A4) e A5) do probatório);

3. Para estes efeitos, a PTC e a PTP juntaram o mesmo documento, o que prova que estas estão numa relação de “*Grupo por domínio total inicial*” (art.º 488.º do CSC, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março), ou seja, a PTC e a PTP foram *ab initio* criadas e detidas *in totum* pela Portugal Telecom SGPS.

4. Quer isto dizer, em síntese, o seguinte:

- A Portugal Telecom, SGPS, **é responsável para com os credores** da PTC e da PTP, nos termos do art.º 501.º do CSC, aplicável por força do art.º 491.º do mesmo diploma legal;



Tribunal de Contas

- A Portugal Telecom, SGPS, **é responsável pelas perdas** da PTC e da PTP, nos termos do art.º 502.º do CSC, aplicável por força do art.º 491.º do mesmo diploma legal;
- A Portugal Telecom, SGPS, tem **o direito de dar instruções vinculantes** à PTC e à PTP, nos termos do art.º 503.º do CSC, aplicável por força do art.º 491.º do mesmo diploma legal;
- Os membros do órgão de administração da Portugal Telecom SGPS são responsáveis para com a PTC e PTP, nos termos dos artigos 72.º a 77.º, com as necessárias adaptações (art.º 504.º do CSC, aplicável por força do art.º 491.º do mesmo diploma legal);
- O que significa, entre o mais, que **a Portugal Telecom, SGPS** – sociedade mãe – **para além do direito de dar instruções vinculantes, responde por todo o passivo das PTC e da PTP** – sociedades “filhas” – independentemente de este ter resultado ou não do exercício concreto do seu poder de controlo intersocietário: aquela responsabilidade respeita a todas as obrigações sociais, sendo no dizer de vários autores, independente da respectiva fonte ou conteúdo (vide, a propósito, Acórdão do STJ, de 31.05.2005, Proc. n.º 05A1413, in www.dgsi.pt);



Tribunal de Contas

- Estamos, assim, perante o domínio total da Portugal Telecom, SGPS – sociedade mãe – perante as PTC e PTP - sociedades filhas;
- Ou seja, do ponto de vista substantivo, e na óptica do direito comercial, estamos perante duas empresas – a PTC e a PTP – totalmente dominadas pela Portugal Telecom, SGPS, sem autonomia, como se de sucursais desta última se tratasse;
- Também à luz do n.º 4 da Directiva n.º 93/37/CEE – a que alude a alínea e) do artº 8.º do Programa do Concurso – **nos termos da qual é apresentada pelas duas concorrentes a estrutura do Grupo PT**, *não são consideradas terceiros as empresas que se tenham agrupado para obter a concessão, nem as empresas a ela associadas. De acordo com aquele preceito comunitário, por empresa associada entende-se qualquer empresa em que o concessionário possa exercer, directa ou indirectamente, **uma influência dominante**²⁵, ou qualquer empresa que possa exercer uma influência dominante sobre o concessionário ou que, tal como o concessionário, esteja sujeita a influência dominante de outra empresa em virtude da propriedade, da participação financeira ou das regras que a regem;*

²⁵ Negrito nosso,



Tribunal de Contas

- E mais refere aquele preceito “**Presume-se a existência de uma influência dominante**²⁶ quando, directa ou indirectamente, em relação a outra, uma empresa: detenha a maioria do capital subscrito da empresa; ou disponha da maioria dos votos correspondentes às acções ou partes de capital emitidas pela empresa ou possa designar mais de metade dos membros dos órgãos da administração, de direcção ou de fiscalização da empresa;
-
- **A Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março**, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, revogou, com efeitos a 31 de Janeiro de 2006 (cfr. art^os 80.^o e 82.^o da Directiva) a directiva n.^o 93/37/CEE, e também determina no n.^o 2 do seu art.^o 63.^o que por “empresa associada” se deve entender *qualquer empresa em que o concessionário possa exercer directa ou indirectamente, uma influência dominante, sobre o concessionário ou que, tal como o concessionário, esteja sujeita à influência dominante de outra empresa em virtude da propriedade, da participação financeira ou das regras que a*

²⁶ Negrito nosso



Tribunal de Contas

rejam. Presume-se a existência de influência dominante quando, directa ou indirectamente, em relação à outra, uma empresa: a) Detenha uma participação maioritária no capital subscrito da empresa; ou b) Disponha da maioria dos votos correspondentes às acções emitidas pela empresa; ou c) Possa designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa;

- Para a questão em análise releva o disposto no n.º 2 do art.º 2.º da Lei 18/2003, de 11 de Junho (doravante designada por Lei da Concorrência);
- Nos termos do n.º 2 da referida disposição legal, sob a epígrafe “Noção de empresa”, *Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do art.º 10.º;*
- Os direitos ou poderes detidos, directa ou indirectamente, por uma empresa sobre a outra, juridicamente distinta, relevantes para efeitos do conceito de empresa e referidos no n.º 2 do art.º 10.º da Lei da Concorrência, são os seguintes: **(i)** participação maioritária do capital; **(ii)** detenção de mais de metade dos votos; **(iii)** possibilidade de designar mais de metade dos



Tribunal de Contas

membros do órgão de administração ou de fiscalização; **(iv)** poder gerir os negócios dessa empresa;

- O facto de as empresas PTC e PTP terem os mesmos Conselhos de Administração compostos pelos mesmos administradores é revelador da existência de laços de interdependência existentes entre ambos, advindo essa interdependência do facto de ambas as empresas serem detidas na totalidade pela Portugal Telecom, SGPS, ou seja, de serem empresas do mesmo grupo empresarial, cuja holding-mãe é a Portugal Telecom, SGPS, S.A;
- Os membros dos Conselhos de Administração da PTC e da PTP são os mesmos, sendo que o Presidente de cada uma deles era também, à data da apresentação das propostas, o Vice-Presidente da Portugal Telecom, SGPS, SA – Rodrigo Costa – que cessou funções posteriormente;
- Acresce que ambas as propostas foram assinadas por um Administrador comum de ambas as empresas – Carlos Duarte;
- Estes factos são, claramente, reveladores da existência de uma **relação de subordinação** relativamente à holding-mãe, Portugal Telecom, SGPS;
- **Daí que à questão formulada *ab initio* possamos responder positivamente**, ou seja, as empresas PTC e PTP, apesar de



Tribunal de Contas

juridicamente distintas, **devem**, para efeitos concursais e de concorrência, **ser consideradas como uma única empresa, pelo que a admissão de duas propostas apresentadas pelo Grupo PT** – que tem como *holding mãe a Portugal Telecom, SGPS, SA* – **configura uma violação do princípio da concorrência** - vide art.º 10.º do DL 197/99, de 8 de Junho -, **por tal se consubstanciar na apresentação de duas (2) propostas por uma “única empresa” e, conseqüentemente, na violação do art.º 6.º, n.º 1, 1.ª parte, do Programa do Concurso, na medida em que a admissão daquelas duas propostas falseia as regras da concorrência, o que implicaria a sua exclusão nos termos do art.º 53.º, n.º 1, do DL n.º 197/99, de 8 de Junho, para o qual aquele remete;**

- Acresce que os factos constantes das alíneas A12) a A22) do probatório são manifestamente indiciadores de uma identidade de propostas da PTC e PTP;
- Nos termos do **art.º 12.º do Programa de Concurso**, sob a epígrafe “Alterações à proposta base e propostas com variantes”, estabelece: 1. *Proposta base é a única apresentada pelo concorrente ou aquela que este indica como a sua principal proposta;* 2. *Não são admitidas propostas base com alterações ao caderno de encargos;* 3. *Não são admitidas propostas com variantes”;*



Tribunal de Contas

- **Não admitindo o Programa de Concurso a apresentação de duas propostas pelo mesmo concorrente, nem a apresentação de propostas alternativas ou variantes, e considerando-se, como se considera - vide o atrás referido - que as Propostas da PTC e da PTP são propostas apresentadas por uma “única empresa” - a Portugal Telecom, SGPS – impõem-se as seguintes conclusões: (i) a entidade adjudicante ao ter admitido as propostas da PTC e da PTP violou o disposto no art.º 12.º, nºs 1 a 3 do Programa do Concurso, a que a entidade adjudicante se auto-vinculou, o que, para todos os efeitos, se consubstancia **num vício de violação de lei**, atenta a natureza regulamentar daquela peça procedimental, e, conseqüentemente, os princípios da igualdade e da concorrência; (ii) o primeiro – o princípio da igualdade - na medida em que a Portugal Telecom, SGPS, apresentou duas propostas e não um proposta, como o impõe o art.º 12.º, nºs 1 a 3 do Programa do Concurso, ficando em situação de vantagem perante os restantes concorrentes, que apenas puderam apresentar uma única proposta; (iii) o segundo – o princípio da concorrência -, porque, consubstanciando-se as propostas da PTC e da PTP como duas propostas de uma “única empresa” - a Portugal Telecom, SGPS – entre as mesmas não pode haver uma efectiva e sã concorrência.**



Tribunal de Contas

Verificam-se, assim, as supra referidas ilegalidades (vide pontos 2.2.1 e 2.2.2. que antecedem), **que, por violarem o núcleo central dos princípios da contratação pública** – princípios da igualdade e da concorrência - **são, a nosso ver, fundamento suficiente de recusa do visto ao contrato, por serem manifestamente susceptíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato** (art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei 98/97, de 26/08).

3. DECISÃO

Termos em que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei 98/97, de 26/08, se decide recusar o visto ao contrato.

São devidos emolumentos.

Lisboa, 28 de Abril de 2009

Os Juízes Conselheiros

Helena Ferreira Lopes



Tribunal de Contas

António Santos Soares

Helena Abreu Lopes

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)