

Presidente do Conselho de Administração da LIPOR

Rec. nº 30/ A/94
Proc.:R-3166/93
Data:1994-02-01
Área: A 1

Assunto: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ETAR (ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS) - CONCURSO PÚBLICO - CONCEPÇÃO, CONSTRUÇÃO E EXPLORAÇÃO - LIPOR II.

Sequência:

No seguimento da resposta à Recomendação por mim dirigida a Vossa Excelência em 17 de Dezembro de 1993, e após análise e estudo da mesma, entendi por conveniente formular nova Recomendação com base nos argumentos que a seguir se expõem:

I

1. Uma vez que a resposta do Conselho de Administração da LIPOR, veiculada por Vossa Excelência, tem como único pilar de sustentação o Parecer a ela anexo, da autoria do Dr. Mário Esteves de Oliveira, cujo teor assume sem reservas, será a este que me reportarei ao longo da Recomendação;

2. Começo por referir um aspecto em que são manifestamente despropositadas as considerações feitas nesse Parecer, e assumidas por Vossa Excelência.

Como Vossa Excelência certamente sabe, antes da emissão da Recomendação foi efectivamente ouvido o Conselho de Administração da LIPOR, em reunião que durou mais de três horas. E se mais não foi ouvido, tal deve- se exclusivamente, e como Vossa Excelência também certamente saberá, à posição assumida pelo próprio Conselho de Administração da LIPOR, que manifestou total indisponibilidade para, por um lado, discutir questões técnicas, e por outro lado, prestar esclarecimentos adicionais no âmbito de um procedimento que poderíamos qualificar de contraditório (com o argumento de que não se estava perante um processo judicial).

Estranho, pois, as dúvidas manifestadas no Parecer sobre a actuação do Provedor de Justiça nesta matéria, e mais estranho ainda que Vossa Excelência tenha feito suas essas dúvidas.

3. Como questão prévia, e ainda antes de entrar na questão de fundo, importa chamar a atenção de Vossa Excelência para o facto de o referido Parecer não ter manifestamente assimilado de forma correcta o intuito e o alcance da minha Recomendação de 17 de Dezembro de 1993.

Parece conveniente, pois, recordar aqui o que então recomendei:

"Que o Conselho de Administração da LIPOR não proceda à adjudicação da Empreitada de Concepção, Construção e Exploração da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II, permitindo derrogações e incumprimentos do Caderno de Encargos e do Processo de Concurso em geral, em clara violação das

disposições legais citadas; e ainda, sem proceder previamente a uma reanálise de todo o processo de classificação das propostas, e sem dar conhecimento prévio aos concorrentes de todos os elementos efectivamente tomados em conta no processo de decisão, em termos de os concorrentes poderem tomar utilmente uma posição sobre eles."

Dado ser este, e apenas este, o alcance da Recomendação - dado, nomeadamente, que não se recomenda a omissão ou a prática de qualquer acto, e muito menos com este ou aquele conteúdo concreto -, fácil se torna verificar qual o seu intuito, que consistia unicamente em alertar esse Conselho de Administração para uma série de aspectos menos claros relativos ao concurso público aqui em análise, sem o esclarecimento prévio dos quais não deveria, em minha opinião, ocorrer a adjudicação;

4. Não tinha pois a referida Recomendação, a qual não constitui nenhum acto administrativo ou decisão judicial, necessidade de estar mais solidamente fundamentada do que o foi, pelo que tenho alguma dificuldade em compreender o alcance de algumas das críticas expendidas no, aliás douto, Parecer do Dr. Mário Esteves de Oliveira, nomeadamente a que se refere ao uso da expressão "parece", que tão violenta reacção despertou naquele Ilustre Jurisconsulto;

5. Feitos estes esclarecimentos prévios, cabe agora rebater os argumentos aduzidos pelo Dr. Esteves de Oliveira, o que farei seguindo a ordem pela qual os mesmos se apresentam no Capítulo VI do Parecer:

a) A afirmação segundo a qual não existe nenhuma ilegalidade procedimental no facto de não se ter dado aos interessados conhecimento de alguns elementos do processo da HIDROPROJECTO, da RAMBOLL, HANNERMAN & HOLJUND,AS e "Relatório Final de Avaliação de Propostas [Preliminar]", na medida em que não foram tomados em conta propostas, nem no relatório da nem na deliberação de intenção de adjudicação que nele se baseou, não pode deixar de suscitar um comentário crítico.

Quanto ao relatório da HIDROPROJECTO,SA, único referido na Recomendação, não posso senão reiterar o que nessa Recomendação escrevi.

O argumento avançado pelo Conselho de Administração da LIPOR, e agora retomado no Parecer, afigura-se-me sobremaneira artificial, e confunde fundamentação do acto com informação dos interessados finda a instrução do processo.

A este propósito, convém referir o seguinte.

O Conselho de Administração deu cumprimento ao disposto nos artigos 100º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo. O Parecer, no entanto, parte do princípio de que isso foi uma "gentileza" do Conselho, na medida em que a tal não era legalmente obrigado, pelo que quaisquer vícios que se possam verificar nesse aspecto serão totalmente irrelevantes: sempre se teria feito mais do que o que a lei impunha.

Ora, isto não é correcto: o cumprimento do disposto nos artigos 100º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo é uma obrigação legal nestes casos. Com efeito, da conjugação dos artigos 181º, e 2º, nº 2, alínea c) e nº 6, daquele Código, resulta claramente a aplicação dos artigos 100º e seguintes ao procedimento em causa.

O Decreto- Lei nº 235/86, de 18 de Agosto, no seu artigo 232º, não prevê expressamente a aplicação subsidiária do Código do Procedimento Administrativo (nem o podia fazer), mas este inclui-se certamente nas "leis e regulamentos administrativos que prevejam casos análogos", além de que, sendo posterior àquele Decreto- Lei, sobre ele prevalece.

Assente este ponto, importa esclarecer uma outra questão.

Nos termos do artigo 125º, nº 1 do Código do Procedimento Administrativo, a fundamentação do acto pode consistir em mera remissão para pareceres anteriores, que passarão a fazer parte do acto, e que, portanto, devem ser notificados ao interessado conjuntamente com o acto "stricto sensu".

Desta perspectiva, se a fundamentação do acto de adjudicação da empreitada em causa for feita por mera remissão para o Relatório da Comissão de Acompanhamento, este, (e só este) fará parte do acto de adjudicação, e só este deverá ser notificado aos interessados.

No entanto, no caso concreto, não estamos perante um acto administrativo (de adjudicação), mas sim perante uma formalidade processual, através da qual se pretende dar aos interessados a possibilidade de se pronunciarem sobre todos os elementos constantes do processo, no sentido de melhor assegurar a legalidade e correcção do acto administrativo que vier a ser praticado.

Nada obsta, bem pelo contrário, a que a Administração comunique aos interessados o projecto de acto administrativo que pretende praticar, e que esse projecto remeta para um parecer ou relatório constante do processo.

No entanto, isso não significa que só esse parecer ou relatório é que deve ser comunicado aos interessados, com exclusão de quaisquer outros. Bem pelo contrário: aos interessados deve ser facultado o acesso a todos os elementos que não foram tidos em consideração o deveriam ter sido.

A não ser assim, esvazia-se completamente de sentido a formalidade de audiência dos interessados prevista nos artigos 100º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

Dir-se-á que o Relatório da HIDROPROJECTO, S.A., não faz parte do processo, que é um documento meramente particular.

Mas esta argumentação não colhe. É evidente que não é admissível que um órgão administrativo encomende um relatório sobre um assunto que tem que decidir, relatório destinado a permitir-lhe controlar a bondade da solução que lhe é apresentado pelo órgão instrutor do processo, que receba esse relatório e tome dele conhecimento, e que depois invoque que não faz parte do processo porque é um documento particular e não foi tomado em consideração. Pode, efectivamente, não ter sido tomado em consideração, mas não é por isso que deixa de ser um elemento do processo, e de estar portanto abrangido pelo direito à informação dos interessados. Neste domínio, não pode haver "documentos particulares", sob pena de se subverter completamente o direito à informação dos interessados.

b) Não posso igualmente deixar de contestar o entendimento expresso no Parecer, segundo o qual seria admissível a apresentação de propostas com condições divergentes das constantes do Caderno de Encargos, devido à especial natureza do concurso e do próprio Caderno de Encargos.

Convém, desde logo, deixar bem claro que o concurso em causa se rege pelo disposto no Decreto-Lei nº 285/86, de 18 de Agosto: era essa a legislação vigente na altura e é a ela que se reportam o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos em inúmeras disposições, e designadamente no ponto 15. do Programa do Concurso (Legislação Aplicável) e na Cláusula 34ª do Caderno de Encargos (Casos Omissos).

Por outro lado, importa também referir que, não obstante as inegáveis especialidades deste concurso, ele não é enquadrável no artigo 59º, nº 4, daquele Decreto-Lei nº 235/86, como pretende o Dr. Esteves de Oliveira fazer crer.

Se assim fosse, não existiria, para o simplesmente Caderno de Encargos, como se prevê no referido

Se assim fosse, não existiria, pura e simplesmente, Caderno de Encargos, como se prevê na referida disposição legal.

Ora, o artigo 62º, nº 1, alínea c), e nº 2, do Decreto-Lei nº 235/86, é claro ao afirmar que apenas é possível a apresentação de propostas de derrogações ao Caderno de Encargos se o Programa de Concurso o permitir expressamente.

É manifesto, também, que o Programa do Concurso não o permite. Forçoso se torna pois concluir que, neste concurso, o Caderno de Encargos é totalmente vinculativo, sendo obrigatório, não só respeitá-lo na íntegra, como também aceitá-lo na íntegra - e, conseqüentemente, não sendo admissível a apresentação de propostas no sentido da sua alteração.

Ora, a proposta da CHIM/ESYS- MONTENAY (Proposta nº 6) contém indiscutivelmente inúmeras propostas de alteração ao Caderno de Encargos, como se pode verificar consultando o seu volume IV, pág. 1 e seguintes: aditamentos às cláusulas 3ª, 9ª, 20ª e 26ª, modificações das cláusulas 5ª, 6ª, 7ª, 13ª, 26ª, 27ª, 33ª, 60ª, 80ª e 86ª, para citar apenas os casos mais flagrantes.

Diversa é, evidentemente, a situação quando o próprio Caderno de Encargos prevê aditamentos ou modificações, como acontece nas cláusulas 35ª (2) e 36ª (3), referidas no Parecer. Mas não é isso que se verifica nas cláusulas acima elencadas, em relação às quais nenhuma derrogação é possível.

Poder-se-á eventualmente contrapor que estamos aqui perante meras propostas ou solicitações de alteração do Caderno de Encargos, apresentadas pela CNIM/ESYS- MONTENAY, mas de cuja aceitação não se faz depender a celebração do contrato - isso é verdade; mas, como já referi, nem este tipo de propostas é admissível, ou pode ser tido em consideração.

Mais graves são outras situações em que o Concorrente estabelece que determinada alteração ao Caderno de Encargos "fará parte integrante do contrato" - ou seja, e para ser mais rigoroso, faz decorrer da adjudicação da empreitada a esse Concorrente a aceitação automática dessa alteração ao Caderno de Encargos, alteração que assim é erigida em elemento essencial e "sina qua non" da Proposta.

É o que se passa com a fixação de um limite máximo global para as multas por incumprimento ou defeituoso cumprimento do contrato por parte do adjudicatário. O Caderno de Encargos nada diz sobre este limite máximo global.

Mas daí não se pode, evidentemente, retirar a conclusão que o Parecer retira - a de que se trata de uma lacuna, que o Concorrente se limita a colmatar. Se o Caderno de Encargos não fixa limite máximo global e nem sequer se refere à existência de tal limite, isso significa apenas, e como é claro, que não haverá limite máximo.

O estabelecimento de tal limite configura pois, indubitavelmente, uma alteração do Caderno de Encargos. E não se invoque que tal alteração depende de "comum acordo entre o Adjudicatário e o Dono da Obra" - não só estas alterações por acordo também são inadmissíveis, como é claro que não se pode compaginar isso com a afirmação de que essa alteração "fará parte integrante do contrato".

Em todo o caso, é manifesta a existência, na Proposta nº 6, de inúmeras propostas de alteração do Caderno de Encargos, independentemente da essencialidade que assumam, pelo que, nos termos expostos, não posso deixar de reiterar o que a este propósito tive oportunidade de salientar na anterior Recomendação.

c) Quanto à propriedade da instalação, não posso deixar de, antes de mais, manifestar a minha perplexidade pela primeira crítica que é feita à Recomendação: "aquele incrível "parece" ", como diz o Parecer. Uma

simples leitura do ponto 5 da Recomendação, ainda que distraída, basta para se perceber sem margem para dúvidas, que em lugar algum nela se escreve o que naquele Parecer lhe é imputado, e que, designadamente, o "parece" não está no sítio onde o Parecer o coloca. O que aí se diz é que, "Quanto à propriedade da instalação parece decorrer do Caderno de Encargos, nomeadamente quando prevê a recepção da Estação, que a propriedade desta passaria para a LIPOR após a conclusão da obra. É aliás isso que é assumido pelo "Relatório Final de Avaliação de Propostas" (página 249) e corroborado no "Relatório da Comissão de Acompanhamento" (página 10)."

Suscitaram-se-me, efectivamente, dúvidas quanto à regulamentação deste ponto pelo Caderno de Encargos, dúvidas à regulamentação deste ponto pelo Caderno de Encargos, dúvidas aliás partilhadas pelo Dr. Esteves de Oliveira (e, por remissão, pelo próprio Conselho de Administração da LIPOR) - nada mais.

De qualquer forma, a questão da propriedade da instalação perdeu toda a relevância com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, cujo artigo 7º dispõe que a propriedade dos bens pertence à concessionária enquanto durar a concessão, o que neste caso nem sequer levanta problemas, uma vez que é a concessionária que terá que construir a instalação "ex novo". Ora, nos termos do artigo 18º, nº 1, do mencionado diploma, e como melhor se verá adiante, não é possível celebrar um contrato de concessão depois da entrada em vigor desse diploma sem respeitar, entre outros, o seu artigo 7º.

d) Como se escreve na Recomendação, do Anúncio do Concurso resulta expressamente que o financiamento será assegurado pelo Adjudicatário (ponto 8 alínea a)). Daí se concluiu ser esta a regra aplicável ao presente concurso.

Esta conclusão é impugnada no Parecer, com base em duas ordens de considerações: o Anúncio não é um elemento normativo do concurso, Programa do Concurso e Caderno de Encargos, não decorre de forma alguma a exigência de que o financiamento seja assegurado pelo Adjudicatário. Ambas estas premissas são incorrectas, como passarei a demonstrar.

Para afirmar que só o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos são a "lei" do concurso, socorre-se o Parecer do artigo 59º, nº 1, do Decreto-Lei nº 235/86. No entanto, esse normativo apenas dispõe que "O concurso terá por base... um caderno de encargos e um programa do concurso...". Ora, "ter por base" não significa "ser exclusivamente regulado por". Tanto mais que o anúncio do concurso vem também regulado no mesmo diploma, no seu artigo 63º, cujo nº 2 dispõe que "O anúncio do concurso indicará:
... 1) As modalidades essenciais de financiamento...".

É bom de ver, pois, que o anúncio do concurso também é "lei" do concurso, pelo menos, e no que aqui importa, quanto às modalidades essenciais de financiamento - exigindo a lei que o anúncio indique as modalidades de financiamento, não faz sentido considerar que essa indicação não é "normativa", ou não é "lei" do concurso.

Bastaria, pois, o que vem disposto no Anúncio do Concurso para se poder concluir, com certeza, que o financiamento da empreitada em causa deve ser assegurado pelo Adjudicatário. Mas a verdade é que, para além disso, o mesmo decorre, sem margem para dúvidas, do próprio Caderno de Encargos e do Programa do Concurso. Com efeito, e como também se reconhece no Parecer, em lugar nenhum destes documentos se faz qualquer referência ao regime de financiamento do projecto. A interpretação a dar a este facto é simples. A actividade objecto do concurso é uma actividade do adjudicatário: é este que tem que conceber, construir e explorar a Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II.

Sendo assim, não havendo no Programa de Concurso nem, sobretudo, no Caderno de Encargos ("documento que contém, ordenadas por artigos numerados, as cláusulas jurídicas e técnicas gerais e especiais a incluir no contrato a celebrar", como diz o artigo 61º, nº 1, do Decreto-Lei nº 235/86), qualquer obrigação de o dono da obra financiar o adjudicatário, é evidente que é este que tem que financiar a sua própria actividade - o dono da

obra financeira e adjudicatário, é evidente que é este que tem que financiar a sua própria actividade - e não a obra apenas tem que o remunerar segundo o preço fixado.

Mais uma vez, e ao contrário de que se defende no Parecer, a ausência de disposição expressa não configura aqui uma lacuna que os concorrentes podem preencher à sua vontade, mas sim a opção clara por uma determinada solução, ainda por cima confirmada pelo texto expresso do Anúncio do Concurso.

São, pois, totalmente dispiciendas as alongadas considerações que no Parecer se expendem a este propósito, na medida em que partem da premissa, errada, de que os elementos normativos do concurso não tinham optado por uma solução nesta matéria.

É claro que não ignoro as condicionantes que envolvem o financiamento deste projecto, nomeadamente a possibilidade de utilização de fundos comunitários. Mas trata-se aí de uma mera possibilidade, não de uma certeza, de uma possibilidade não quantificada, e de uma possibilidade sem qualquer reflexo vinculativo nos elementos normativos do concurso (Anúncio, Programa e Caderno de Encargos), mas apenas referida expressamente na Nota Descritiva (Ponto 2. - Objectivos do Concurso). Neste contexto, é evidente, pois, que o que era exigido aos concorrentes era que apresentassem uma proposta em que assumissem integralmente o financiamento do projecto, para a hipótese, possível, de não haver financiamento comunitário, sem prejuízo das alterações que eventualmente viessem depois a ser introduzidas no contrato se esse financiamento fosse efectivamente concedido (alterações cuja contabilização deveria ser possível com base nos elementos fornecidos, desde logo, pelas próprias propostas).

Portanto, e ao contrário do que se sustenta no Parecer, não bastava aos concorrentes apresentar uma proposta de preço por tonelada de lixo tratado - era também preciso garantir que, a esse preço, o único esforço financeiro exigido da LIPOR seria o pagamento do lixo tratado.

Face ao exposto, e não sendo minimamente questionado o que na minha anterior Recomendação e no próprio "Relatório Final de Avaliação de Propostas" se considerou a respeito da Proposta da CNIM/ ESYS-MONTENAY, não posso, também aqui, deixar de reiterar o que naquela minha Recomendação escrevi a este propósito.

e) Quanto à questão dos critérios de classificação e da metodologia da sua aplicação, não posso deixar de concordar com o Dr. Esteves de Oliveira quando define os microcritérios a que fiz referência na minha anterior Recomendação como "mediações concretizadoras ou proposições intermédias" dos critérios fixados na Lei e no Programa de Concurso, consubstanciando-se então em processos auxiliares de determinação dos parâmetros abstractamente fixados.

Já não poderei no entanto partilhar da opinião do Ilustre Jurisconsulto segundo a qual a fixação dos referidos microcritérios em momento posterior ao da abertura das propostas não acarreta qualquer tipo de problema.

Com efeito, a fixação de quaisquer critérios de apreciação e classificação das propostas, sejam eles critérios de ordem geral ou "processos auxiliares de determinação de parâmetros abstractamente fixados", terá que ser feita, em obediência aos mais elementares ditames da boa fé, em momento anterior ao da abertura das propostas, sob pena de, perante uma tão grande abstracção dos referidos critérios de ordem geral, o estabelecimento de critérios especificadores poder ser feito "à imagem e semelhança" de uma das propostas concorrentes.

Não se ignora, certamente, que se está aqui no âmbito do exercício de um poder discricionário da Administração. Mas é precisamente por isso que se deverão aqui assegurar maiores garantias procedimentais. E uma dessas garantias, que se haverá de considerar essencial para assegurar um mínimo de transparência no

exercício desse poder, e precisamente a fixação de "microcritérios", por um lado, e a sua fixação antes do conhecimento das propostas, por outro.

Dir-se-á, como diz o Parecer, que o procedimento adoptado não sofre, por isso, de qualquer invalidade, ou mesmo de qualquer irregularidade não invalidante. Talvez. Lembraria apenas que, nos termos dos artigos 1º, nº 1, e 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, a actividade do Provedor de Justiça, designadamente a formulação de recomendações, não está sujeita a estritos critérios de legalidade, mas também a critérios de justiça e de boa administração.

Além do mais, mantenho plenamente o que na Recomendação ponderei a propósito da contradição entre a atribuição do valor residual zero ao estabelecimento finda a concessão e a penalização das propostas com mais alto rendimento energético, e que de forma alguma é abalado pelo que se escreve no Parecer.

Com efeito, não se substitui o "ponto de vista estritamente formal da lógica dos juristas" por qualquer outro ponto de vista válido e aceitável. Antes se fazem considerações totalmente descabidas, como esta: "De resto, prejudicar a durabilidade do equipamento por uma produção energética excessiva seria sempre prejudicar aquele valor zero final, que seria atingido, então, antes ou muito antes do termo do concurso, recolocando-se a questão e a coerência do juízo formulado pela Comissão a este propósito".

Ora, isto é esquecer completamente dois aspectos essenciais. Por um lado, que, independentemente disso, todas as propostas foram igualmente classificadas quanto ao tempo de vida útil das diferentes componentes da instalação. E por outro lado, e mais importante, que o adjudicatário é obrigado pelo contrato de concessão a manter o funcionamento da instalação até ao termo da concessão, pelo que qualquer material degradado terá que ser por ele (isto é, à sua conta), reparado ou substituído em moldes que possibilitem o cumprimento do contrato, não se colocando pois, em termos relevantes para o dono da obra, a hipótese de o valor zero se atingir antes do termo da concessão.

Finalmente, quanto ao que no Parecer se escreve sobre a impotência destas ilegalidades para invalidar o concurso, na medida em que não implicam uma reviravolta na classificação das propostas, cumpre-me salientar apenas dois pontos. Em primeiro lugar, que a contradição apontada é, bem vistas as coisas, uma contradição na fundamentação da intenção de adjudicar (e, a manter-se, do acto de adjudicação), o que, como bem saberá o Dr. Esteves de Oliveira, é por si só causa de invalidade. Em segundo lugar, que o que a Recomendação recomendava era a reanálise do processo, designadamente para se averiguar se, precisamente, não haveria mais ilegalidades do tipo da apontada, ilegalidades que somadas pudessem conduzir então a uma alteração da ordem de classificação das propostas.

II

6. De acordo com a "Nota de Imprensa" divulgada pelo Conselho de Administração da LIPOR, na sequência da reunião extraordinária desse órgão realizada no dia 4 de Janeiro pp, foi adjudicada a Empreitada de Concepção, Construção e Exploração da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II, ao Agrupamento de Empresas CNIM/ ESYS- MONTENAY, confirmando-se, assim, a opção enunciada na intenção de adjudicação constante da deliberação aprovada na reunião de 20 de Outubro pp..

Verifico, pois, que a minha Recomendação apenas parcialmente foi acatada.

E digo parcialmente na medida em que o Conselho de Administração da LIPOR sempre teve o cuidado de, por intermédio do Parecer do Dr. Mário Esteves de Oliveira, ponderar o que constava da Recomendação, tentando defender a legalidade e correcção da sua anterior actuação.

Mas, como procurei demonstrar, não o minimamente, pelo que sou forçado a concluir que na íntegra, as ilegalidades e incorrecções por mim na referida Recomendação.

Tal facto bastaria, por si só, para justificar nova intervenção do Provedor de Justiça no processo em análise. Mas a verdade é que há mais razões.

Com efeito, até agora, todo o processo do concurso, bem como toda a contestação a ele movida pelos reclamantes, se tem baseado na legislação vigente à data da sua abertura, e que é a legislação que lhe é primeiramente aplicável - essencialmente, o Decreto- Lei nº 235/86. E nessa linha se insere a minha anterior Recomendação.

Mas a verdade é que ocorreram entretanto modificações legislativas cuja influência no concurso importa agora considerar.

Efectivamente, em 10 de Novembro de 1993, entrou em vigor o Decreto- Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, diploma que, conforme consta do seu artigo 1º, pretende regular "o regime de exploração e de gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos".

Sendo a LIPOR uma associação de municípios, constituída ao abrigo da Lei nº 77/79, de 25 de Outubro, não pode deixar de se considerar que o objecto da presente concessão se encontra abrangido pelo âmbito material do citado Decreto- Lei nº 379/93, de acordo com o exposto no nº3 do seu artº 1º, e tendo em conta a definição do objecto da concessão constante do artigo 9º, nºs 1 e 2.

Este diploma introduz algumas alterações no quadro legal em que decorria o concurso em apreço. E o problema está, evidentemente, em determinar qual a influência dessas alterações no concurso, quer quanto ao seu procedimento, quer quanto ao seu resultado final.

Começarei por salientar que não existe neste Decreto- Lei qualquer norma que estabeleça o seu âmbito temporal de aplicação, e, nomeadamente, não existe qualquer norma que determine que ele só é aplicável a processos iniciados (concursos abertos) depois da sua entrada em vigor, norma que é relativamente corrente em diplomas do género.

Significa isto que, nos termos gerais de direito, o diploma é imediatamente aplicável aos processos em curso, ou seja, que os actos processuais praticados depois da sua entrada em vigor têm que lhe ser conformes.

Por outro lado, dispõe o nº 1 do artigo 18º deste Decreto- Lei que "As situações actualmente existentes relativas aos serviços municipais mencionados no presente diploma devem ser reajustadas ao regime agora estabelecido, no prazo máximo de 180 dias, a contar da data da entrada em vigor do presente diploma".

Desta disposição é possível concluir, desde logo, que o Decreto- Lei nº 379/93 não se atribui eficácia retroactiva, isto é, não vem invalidar ou validar situações previamente existentes. A apreciação da validade dessas situações deve continuar a ser feita à luz da legislação que lhes era aplicável - esse é, aliás, o princípio geral em matéria de aplicação da lei no tempo (artigo 12º do Código Civil).

Se essas situações forem inválidas, não é o Decreto- Lei nº 379/93 que vem sanar essa invalidade. Se essas situações forem válidas, aplicar- se- á o artigo 18º, nº 1, desse diploma, havendo, então sim, que proceder à adaptação aí prevista.

A aplicação deste artigo 18º, nº 1, levanta duas questões fundamentais: a de determinar o que se deve entender por "situações actualmente existentes", e a de saber como, e em que medida, se há- de proceder ao reajustamento dessas situações.

Para responder a estas questões, importa distinguir várias situações, reportadas à data da entrada em vigor do Decreto- Lei nº 379/93:

- processos em curso (designadamente, concursos abertos), mas em que ainda não há adjudicação;
- processos em que já houve adjudicação, mas ainda não foi outorgado o contrato de concessão;
- processos em que já foi outorgado o contrato de concessão.

Tudo aponta no sentido de se considerar que mesmo os contratos de concessão já outorgados devem ser reajustados (na medida do possível) à nova legislação - é essa também, aliás, a opinião defendida no Parecer, e subscrita portanto pelo Conselho de Administração da LIPOR.

É o que se deduz, desde logo, do artigo 18º, nº 2, no qual a referência a "situações actualmente existentes", inclui, claramente, e aliás essencialmente, concessões já outorgadas, - por um lado, a mesma expressão deve ser interpretada da mesma maneira nos dois números do mesmo artigo, e por outro lado, torna-se claro que concessões outorgadas não estão ao abrigo do reajustamento.

A própria terminologia adoptada aponta no mesmo sentido: "situações actualmente existentes" inculca uma ideia de estabilidade, de situações definitivas. Além de que, se fosse intenção do legislador deixar de fora do artigo 18º as concessões já outorgadas, sempre poderia ter recorrido à terminologia, já consagrada, de "processos pendentes".

Ora, se os próprios contratos de concessão estão sujeitos a reajustamento, por maioria de razão o estarão as outras situações atrás referidas. Com uma diferença essencial entre elas: no caso de já ter havido, à data da entrada em vigor do Decreto- Lei nº 379/93, uma adjudicação (válida), o reajustamento deverá necessariamente ter em conta o que decorre dessa adjudicação, uma vez que aquele diploma não a vem invalidar: o adjudicatário tem direito a que a concessão lhe seja feita a ele, e não a um outro concorrente, e tem direito a que o reajustamento se faça com base na sua proposta, que deve ser alterada apenas no necessário para a tornar materialmente conforme com o Decreto- Lei nº 379/93.

Mas essa conformidade (material) tem que ser total: na ausência, já assinalada, de norma em contrário, deve entender-se que o Decreto- Lei se aplica aos contratos celebrados depois da sua entrada em vigor, sendo nulos os que lhe forem contrários, em virtude do disposto no artigo 17º.

No caso de, à data da entrada em vigor do Decreto- Lei nº 379/93, não ter ocorrido ainda a adjudicação, a situação é diferente. Com efeito, não existem então quaisquer direitos ou interesses legítimos constituídos a favor de qualquer concorrente, e que o dono da obra seja, conseqüentemente, obrigado a respeitar. A margem de manobrado reajustamento é, pois, muito mais ampla: em última análise, irá mesmo, se for indispensável, até a possibilidade de recomeçar de novo o processo, a partir do zero.

Com esta latitude, haverá, pois, que reajustar a situação existente (validamente existente, claro, na medida em que, como já referi, o Decreto- Lei nº 379/93 não vem validar situações ilegais anteriores), a fim de que o acto de adjudicação esteja já, ele próprio, em conformidade com a nova legislação (uma vez que é posterior à entrada em vigor desta).

Era neste estado, isto é, na fase de instrução anterior à adjudicação, que se encontrava o Concurso Público de Concepção, Construção e Exploração da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II, aquando da entrada em vigor do Decreto- Lei nº 379/93 :os concorrentes tinham sido notificados da intenção de adjudicação - acto puramente instrutório, não constitutivo de quaisquer direitos ou interesses legalmente protegidos -, nos termos e para os efeitos dos artigos 100º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

Deveria, pois, ter-se procedido, nessa altura, ao reajustamento do concurso , nos termos do artigo 18º, nº 1 do Decreto- Lei nº 379/93, o que, nos termos do exposto , implicaria, não o recomeço puro e simples do processo (na medida em que parte substancial do processado é aproveitável, visto que respeita o disposto naquele diploma), mas apenas a reformulação dos elementos do Concurso (Anúncio, Programa e Caderno de Encargos), a concessão de um prazo aos concorrentes admitidos para adaptarem as suas propostas aos novos

circunstancialismos decorrentes da Lei e daqueles documentos, e a sua reapreciação global tendo em conta os novos parâmetros e conduzindo a uma nova decisão de intenção de adjudicar.

Só assim se obteria, afinal, um acto de adjudicação conforme com o Decreto- Lei nº 379/93. E não se diga, como diz o Parecer, que a adjudicação ainda deveria ser feita com base na legislação anterior, sendo apenas necessário proceder a ajustamento (os ajustamentos possíveis) no contrato de concessão. Tal solução é manifestamente incongruente com dois aspectos já salientados a propósito da nova legislação, e que conjugados conduzem inequivocamente à solução aqui adoptada: a aplicação imediata e a necessidade de reajustamento.

Se com base na mera ideia de aplicação imediata se poderia ainda, eventualmente, construir uma solução que apontasse para a aplicação imediata apenas das regras processuais - partindo da ideia de que não se pretendeu invalidar os documentos de concursos já abertos, que assim continuariam a reger esses concursos até ao fim -, a verdade é que a necessidade de reajustamento se opõe completamente a essa solução, na medida em que esse reajustamento é, essencialmente, um reajustamento material.

E, como é bom de ver, não faz sentido admitir que, depois da entrada em vigor do Decreto- Lei nº 379/93, se pratique, com base na legislação anterior, um acto cuja consequência seja tornar substancialmente mais difícil o reajustamento exigido pelo artigo 18º, nº daquele diploma.

7. O Decreto- Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, foi publicado, como aliás se refere logo no seu preâmbulo, na sequência das alterações introduzidas à Lei nº 46/77, de 8 de Julho, (vulgarmente conhecida por Lei de Delimitação de Sectores) pelo Decreto- Lei nº 372/93, de 29 de Outubro.

Até então, e nos termos do disposto na artigo 4º, nº 1, alínea b), da referida Lei, na redacção dada pelo Decreto- Lei nº 339/91, de 10 de Setembro, era vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso à actividade económica no sector do saneamento básico.

Quer isto dizer que, quando foi aberto o Concurso Público de Concepção, Construção e Exploração da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II, estava vedado às entidades que a ele podiam concorrer o acesso a parte da actividade que iria ser objecto da concessão.

Este facto poderia levar à conclusão de que todo o Concurso estaria inquinado, desde o início, por manifesta ilegalidade, pelo que todos os actos que nele viessem a ser praticados estariam também irremediavelmente afectados por essa ilegalidade.

Tal não é, evidentemente, o entendimento do Conselho de Administração da LIPOR, tal como não tem sido também o entendimento do Governo, manifestado em sucessivos despachos e protocolos celebrados com a LIPOR (Despacho Conjunto dos Ministros do Planeamento e da Administração do Território e do Ambiente e Recursos Naturais, de 15 de Setembro de 1991; Despacho Conjunto dos Secretários de Estado do Planeamento e do Desenvolvimento Regional e dos Recursos Naturais, de 25 de Fevereiro de 1993; Protocolo entre a LIPOR, a E.G.F., a Direcção Geral do Desenvolvimento Regional e a Direcção Geral do Ambiente, homologado pelo Secretário de Estado dos Recursos Naturais).

Esta é também a minha opinião. O que a Lei nº 46/77, na sua versão anterior, vedava às empresas privadas e similares era o acesso à actividade económica na área do saneamento básico. Essa Lei só era violada quando alguma dessas empresas acedia efectivamente a essa actividade. No caso em apreço, só seria violada, pois, com a concessão da empreitada, ou, quando muito, com a adjudicação (dado que esta confere um direito à concessão), nunca antes.

Nesta medida, a abertura do Concurso, só por si, não violou a Lei nº 46/77, na sua versão anterior. E quando da adjudicação e da concessão já estava ou estará em vigor o Decreto- Lei nº 372/93, com o qual aqueles actos são conformes.

O único argumento que se poderia invocar no sentido da invalidade de todo o Concurso seria o de que, aquando da sua abertura, este teria como objecto uma concessão contrária à lei, ou, se se preferir, que ele foi aberto a entidades que, a essa data, não poderiam exercer a actividade objecto da concessão.

Só que o Concurso não foi aberto para uma concessão a outorgar nesse mesmo dia, mas sim num futuro mais ou menos próximo. E nada obsta, na lei, a que se abra um concurso tendo em vista uma situação legal ainda não existente, mas que se prevê vir a existir - um concurso sob condição, digamos assim. E se essa condição se vier a verificar dentro do prazo de validade do concurso, não se vê qualquer razão para o considerar inválido.

No caso em apreço, a condição do Concurso era a possibilidade legal de empresas privadas e similares acederem ao exercício da actividade económica no sector do saneamento básico. Essa condição verificou-se, com a entrada em vigor do Decreto- Lei nº 372/93, ainda antes da própria adjudicação da Empreitada. Não descortino, pois, aqui qualquer invalidade.

8. Nestes termos, e ao abrigo do disposto na alínea a), do artº 20º, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, formulo a seguinte RECOMENDAÇÃO :

1. Que o Conselho de Administração da LIPOR revogue, por ilegal, o acto administrativo que adjudicou a Empreitada de Concepção, Construção e Exploração da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II ao agrupamento CNIM/ ESYS- MONTENAY.

2. Que, considerando as vastas alterações introduzidas no processo do presente Concurso pela entrada em vigor do Decreto- Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, se proceda, nos termos e no prazo fixados no nº 1, do seu artigo 18º, a todos os reajustamentos necessários, designadamente:

- tornando compatíveis todos os documentos do concurso - Anúncio, Programa e Caderno de Encargos com as exigências do novo diploma legal;
- concedendo aos concorrentes um prazo que permita a adaptação das suas propostas ao disposto naquele diploma e nos documentos do concurso assim adaptados;
- reapreciando globalmente todas as propostas assim alteradas de acordo com os novos parâmetros;
- proferindo nova decisão de intenção de adjudicar, nos termos e para os efeitos dos artigos 100º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo.

0 Provedor de Justiça

José Menéres Pimentel