

Presidente do Conselho de Administração da LIPOR

Rec. nº 174/ A/94
Processo- 3166/93
Data: 1994-12-07
Área: A2

Assunto: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS - CONCURSO PÚBLICO - ADJUDICAÇÃO - LIPOR II

Sequência: Não Acatada

1. Os reclamantes no processo em epígrafe trouxeram ao meu conhecimento a acta da reunião extraordinária do Conselho de Administração da LIPOR de 14 de Novembro de 1994, na qual foi deliberado, quanto ao Concurso Público de Concepção, Construção e Exploração da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II, aprovar e apropriar os Relatórios da Comissão de Acompanhamento (com data de Outubro de 1993) e da Comissão de Avaliação (com data de Outubro de 1994), considerar como proposta mais vantajosa a Proposta nº 6, apresentada pelo agrupamento CNIM/ ESYS- MONTENAY e, conseqüentemente, manifestar a intenção de adjudicar a este agrupamento a concessão em concurso.

Perante tais deliberações, vejo- me compelido, no exercício das competências que constitucional e legalmente me são atribuídas, a dirigir nova Recomendação ao Conselho de Administração a que V.Exa preside, nos termos e com os fundamentos que passo a expor.

2. Seria de esperar, nesta altura, e atendendo às evoluções deste acidentado processo, que o Conselho de Administração da LIPOR assumisse uma postura de integral respeito pelo princípio da legalidade, de modo a que as suas deliberações fossem, de um ponto de vista jurídico, absolutamente inquestionáveis, para o que teria bastado o acatamento atempado, integral e substancial das recomendações do Provedor de Justiça e dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria- Geral da República.

A ser assim, há muito tempo que este complexo processo estaria terminado, a adjudicação feita, o contrato de concessão celebrado e as obras de construção da incineradora de resíduos sólidos da Área Metropolitana do Porto provavelmente já começadas.

Não foi essa, no entanto, a opção do Conselho de Administração da LIPOR. Ao tomar uma primeira deliberação de adjudicação ilegal e ao protelar reiteradamente os necessários reajustamentos no processo do Concurso, esse Conselho foi o único responsável pelos primeiros atrasos neste processo.

Agora, ao deliberar o que deliberou na sua reunião de 14 de Novembro, em manifesto desrespeito pelos princípios e normas jurídicas aplicáveis, esse Conselho torna- se o único responsável por outros atrasos que se venham a verificar. As entidades que, tendo por missão constitucional e legal defender a legalidade e os direitos dos particulares perante a administração, vêm apontando e tentando corrigir as ilegalidades e irregularidades verificadas ao longo de todo este processo, mais não têm feito que cumprir a sua missão.

3. Conforme reconheceu esse Conselho de Administração - ofício nº ..., de 9 de Agosto de 1994 -, só contrariadamente, e apenas quando a isso foi obrigado, modificou o processo do presente Concurso, adequando- o, parcialmente, e de forma paulatina ao longo do último ano, às exigências decorrentes dos princípios e normas jurídicas que o regem.

Não posso, neste ponto, deixar de reconhecer que, em alguns aspectos importantes do processo do Concurso, tem esse Conselho de Administração, tardiamente embora, e na sequência dos dois doutos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria- Geral da República, homologados por Sua Excelência a Ministra do Ambiente e Recursos Naturais, acatado alguns pontos das sucessivas recomendações que me vi forçado a dirigir- lhe.

Infelizmente, tal facto não significa que o Conselho de Administração da LIPOR tenha, ainda que de forma renitente e "a conta- gotas", reconhecido a razão do Provedor de Justiça, ou sequer do Conselho Consultivo da Procuradoria- Geral da República ou de Sua Excelência a Ministra do Ambiente e Recursos Naturais. É manifesto agora, com a deliberação que supostamente resulta de todas as alterações introduzidas no desenrolar do Concurso, que o cumprimento da lei foi apenas aparente e formalista, ao arpejo de todas as opiniões, pareceres e recomendações das referidas entidades.

Na verdade, o que o Conselho de Administração da LIPOR acabou por deliberar na reunião extraordinária de 14 de Novembro do corrente ano - ao recuperar na íntegra o Relatório da Comissão de Acompanhamento de Outubro de 1993 e ao apropriar um novo Relatório da Comissão de Avaliação das Propostas que, no que tem de substancial, se limita a remeter para o "Relatório Final de Avaliação de Propostas" elaborado pela EGF - foi, na prática, fazer tábua rasa de todas as conclusões até agora alcançadas e tomar agora de novo a mesma deliberação já tomada em 20 de Outubro de 1993.

4. Na sequência das minhas anteriores recomendações e dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria- Geral da República, procedeu faseadamente esse Conselho de Administração, através das deliberações de 22 de Abril, de 27 de Julho, de 1 de Agosto e de 26 de Agosto de 1994, à adaptação do processo do Concurso - Anúncio, Programa do Concurso e Caderno de Encargos - ao regime normativo constante do Decreto- Lei nº 379/93, de 5 de Novembro. Foram, assim, objecto de modificação alguns aspectos deste processo de concurso, de que salientarei, entre outros, os relativos ao regime de reversão da propriedade dos bens afectos à concessão, estabelecimento do regime do sequestro e do resgate, fixação do montante da caução a pagar, proibição da admissibilidade de variantes, enumeração dos critérios e sub-critérios de adjudicação, enunciação dos poderes do concedente e correlativos deveres do concessionário, proibição da transmissão, total ou parcial, da concessão e regime da rescisão da concessão.

Torna- se elementar afirmar, como já o fiz na minha Recomendação nº 136/94, de 23 de Agosto, e no ofício que enviei a V. Ex^a em 20 de Setembro p.p., que a modificação dos documentos do concurso, atenta a sua profundidade e amplitude, deveria necessariamente ter dado lugar à possibilidade de idêntica reformulação profunda e ampla das propostas dos concorrentes. Não repetirei aqui, por desnecessário, o que na altura tive a ocasião de salientar.

Ora, o que aconteceu foi que esse Conselho de Administração deliberou não dar aos concorrentes essa possibilidade. O reduzidíssimo prazo para reformulação das propostas, de 20 mais 10 dias úteis (e nestas circunstâncias não será errado dizer que 20 mais 10 não é igual a 30, porque poderá eventualmente haver quem se teria abalançado à reformulação com um prazo de 30 e que tenha considerado que ela era impossível com o prazo inicialmente fixado de 20 dias), e ademais começado a correr quando ainda não estava terminada a alteração dos documentos do Concurso, tornava impossível, na prática, qualquer reformulação das propostas que as pudesse adaptar adequadamente às modificações introduzidas no Concurso. E tanto é assim que nenhuma reformulação foi efectuada.

Não podendo os concorrentes ter em consideração as modificações introduzidas nos documentos do Concurso, estas tornaram- se, evidentemente, letra- morta. É como se nunca tivessem sido feitas.

5. O facto de nenhuma das propostas ter sido reformulada significa que essas propostas violam agora normas dos documentos reformulados do Concurso ou normas imperativas do Decreto- Lei nº 379/93, de 5 de Novembro. É o caso, designadamente, de todas as propostas que admitem variantes, expressamente proibidas pelo artº 10º, nº 2, alínea g), do Decreto- Lei nº 379/93 e pelo artº 9º, nº 8, do Programa do Concurso.

A conclusão inelutável que o Conselho de Administração da LIPOR deveria ter retirado desse facto é a de que nenhuma proposta poderia ser considerada nesta fase do Concurso, por nenhuma respeitar a "lei" do Concurso. Não foi isso, no entanto, que aconteceu, uma vez que o Conselho de Administração da LIPOR, ao arpejo de qualquer princípio jurídico ou mesmo de qualquer regra de simples senso comum, deliberou considerar e apreciar todas as propostas, não obstante elas não corresponderem ao que era exigido no Concurso.

É certo que não estamos aqui perante um novo concurso, mas perante a reformulação de um concurso pré-existente, tal como é certo que as propostas agora consideradas já tinham sido objecto de apreciação liminar, que tinha concluído pela sua admissibilidade (erradamente, aliás, pelo menos quanto à proposta do agrupamento CNIM/ ESYS- MONTENAY, como referi na minha Recomendação de 17 de Dezembro de 1993).

Mas não é menos verdade que, implicando a adaptação do Concurso ao disposto no Decreto- Lei nº 379/93 a alteração dos documentos do Concurso e a conseqüente reformulação das propostas, não pode deixar também de implicar uma nova apreciação da admissibilidade das propostas (quer essa apreciação seja feita liminarmente quer seja, por imperativos de celeridade processual, efectuada aquando da avaliação final das propostas). Admitir e considerar propostas que não respeitam as reformulações introduzidas nos documentos do Concurso, como fez esse Conselho de Administração, significa, também aqui, que essas reformulações ficaram letra- morta.

6. A desconsideração a que esse Conselho de Administração votou as reformulações do processo do Concurso não se fica, porém, por aqui. Essas reformulações não foram sequer consideradas na avaliação e classificação das propostas.

Com efeito, e como resulta da respectiva acta, na sua reunião de 14 de Novembro de 1994 o Conselho de Administração da LIPOR "delibera, por unanimidade: a) aprovar e apropriar o Relatório da Comissão de Acompanhamento bem como o Relatório da Comissão de Avaliação nomeada por deliberação de vinte e sete de Julho de mil novecentos e noventa e quatro", relatórios cujas apreciações faz suas, e que "aqui se dão por integralmente reproduzidos, ficando apensos à acta, dela fazendo, por isso, parte integrante, para todos os efeitos" (pág. 6 da acta).

Como se pode ler na pág. 4 do seu Relatório, a extinta Comissão de Acompanhamento tinha, entre outras atribuições, a de "Superintender na avaliação das propostas concorrentes ao Concurso Público, supervisionando a estrutura técnica de análise, nos precisos termos definidos no Caderno de Encargos a este propósito (...)".

É evidente que as profundas alterações introduzidas no Caderno de Encargos, bem como nos restantes documentos do Concurso, impedem o recurso a um Relatório elaborado com base em pressupostos muito diferentes daqueles em que agora veio a ser utilizado e que, obviamente, não foram - como não podiam ter sido - equacionados e ponderados aquando da sua elaboração.

Por outro lado, refere-se a pág. 6 desse Relatório que "O Concurso rege-se pelo DL nº 235/86 de 18 de Agosto, bem como pela restante legislação aplicável", o que, naturalmente, tendo em conta a data da conclusão do Relatório - Outubro de 1993 -, não incluía ainda, por nem sequer ter sido publicado, o diploma que finalmente viria a reger o Concurso - Decreto- Lei nº 379/93, de 5 de Novembro.

A este respeito, sempre se poderá dizer que as limitações do Relatório da Comissão de Acompanhamento acabam, afinal, por ser nele mesmo reconhecidas, ao referir, na pág. 10, que "Não considera, entretanto, a Comissão de Acompanhamento, que seja, no momento presente, relevante para este trabalho - análise das propostas - as reflexões que o consultor EGF faz, nomeadamente, sobre:

- as modificações legislativas que se presumem virem a ser publicadas para este sector dos resíduos sólidos a breve prazo, e mais genericamente no domínio do Saneamento Básico, que serão equacionadas aquando da sua publicação;"

Como parece evidente, a publicação do Decreto- Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, veio tornar relevantes para a classificação das propostas determinados factores que em Outubro de 1993 não foram tidos em conta pela Comissão de Acompanhamento pelo simples facto de nessa data serem desconhecidos - é a própria Comissão que o diz. Hoje, não pode o Conselho de Administração da LIPOR fazer seu o Relatório da Comissão de Acompanhamento e simultaneamente esquecer o que nesse mesmo Relatório se escreve quanto à relevância de futuras alterações a nível legislativo. Essas alterações são, de facto, relevantes, deveriam ter sido "equacionadas aquando da sua publicação", mas a verdade é que não o foram.

equacionadas aquando da sua publicação , mas a verdade é que não o foram.

Quanto ao Relatório da Comissão de Avaliação nomeada em 27 de Julho p.p. por deliberação desse Conselho de Administração, limita-se a remeter genericamente para o Relatório Final de Avaliação de Propostas elaborado pela EGF, e no qual se baseou o já referido Relatório da Comissão de Acompanhamento - documento, portanto, tão "datado" juridicamente como este -, apenas apreciando e valorando de novo as propostas quanto ao recém- introduzido macrocritério "Segurança da Prestação do Serviço". Mas fá-lo atribuindo igual ponderação a todas elas, o que, no mínimo, é curioso e não acontece na valoração de mais nenhum macrocritério ou microcritério, e tem o resultado óbvio: mantendo idêntica a ponderação de todos os outros macrocritérios, a introdução de um elemento neutro determina a manutenção das posições relativas das diversas propostas. Ou seja, aparentemente muda-se alguma coisa para que na realidade tudo fique na mesma. Até esta alteração dos documentos do Concurso foi tornada irrelevante.

7. Ao arrepio da lógica e dos princípios, a Comissão de Avaliação partiu da premissa de que a não modificação das propostas equivalia à manutenção da sua anterior apreciação e classificação, esquecendo que, embora não tenha sido alterado o objecto da apreciação e classificação, foi alterado o respectivo parâmetro, o que não pode deixar de ter reflexos naquela apreciação e classificação, desde logo ao nível da própria admissibilidade das propostas.

Mas convém sublinhar que esta atitude estava já prefigurada na deliberação desse Conselho de Administração de 27 de Julho. Na verdade, pode ler-se na acta da respectiva reunião que "...ponderando ainda que se irá proporcionar aos Concorrentes a possibilidade de reformularem as suas propostas face aos reajustamentos a introduzir no procedimento, o que determina a necessidade da existência de uma Comissão de Avaliação com vista à reapreciação global das propostas, se alguma ou algumas delas vierem a ser reformuladas...", e mais adiante que "À atrás nomeada Comissão competirá verificar, previamente à reapreciação global, se as eventuais reformulações das propostas se adequam aos reajustamentos ou se excedem o que tais reajustamentos impõem".

Ou seja: a reapreciação global das propostas depende da reformulação das propostas e não da reformulação dos documentos do Concurso, e por outro lado a apreciação liminar incide só sobre as eventuais reformulações (e não sobre as propostas, reformuladas ou não), e mesmo aí só para verificar se não excedem o imposto, não para verificar se o não atingem.

8. Em conclusão, podemos traçar o seguinte quadro geral: reformulados, ainda que contrariadamente e a "conta- gotas", o Anúncio do Concurso, o Programa do Concurso e o Caderno de Encargos, por forma a compatibilizá- los com a alteração do regime jurídico surgida com a publicação do Decreto- Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, todo o procedimento do Concurso se desenrolou a partir daí como se não tivesse havido qualquer reformulação - não foi dada aos concorrentes a possibilidade real de adaptarem as suas propostas a essa reformulação; não tendo havido adaptações, as propostas originais foram admitidas a apreciação embora fossem contrárias aos documentos reformulados; e, por fim, essa apreciação foi feita sem ter em conta a reformulação, quer por efeito de mera remissão para documentos anteriores, quer "neutralizando" as consequências dessa reformulação.

Estamos aqui, objectivamente, perante uma clara fraude à lei: respeito aparente, na forma, desrespeito real, na substância. Pode dizer-se que existem, efectivamente, dois Concursos Públicos de Concepção, Construção e Exploração da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II: o Concurso formal, baseado na lei e nos documentos reformulados de acordo com a lei, e que não é o mesmo que o outro, o Concurso real, para o qual foram apresentadas as propostas e no qual elas foram apreciadas.

9. A repetição agora da deliberação tomada em 20 de Outubro de 1993, com apropriação dos documentos em que aquela se tinha já baseado, vem, evidentemente, renovar a actualidade e pertinência das observações que a propósito da referida deliberação formulei na minha Recomendação de 17 de Dezembro de 1993 e reiterei na Recomendação nº 30/94, de 1 de Fevereiro, e que me dispense de repetir aqui, por desnecessário.

10. Dado o exposto, não tenho quaisquer dúvidas em afirmar que a deliberação do Conselho de Administração da LIPOR de 14 de Novembro de 1994 é ilegal, devendo, portanto, esse Conselho revogá- la.

Verifico, também, que, por responsabilidade exclusiva do Conselho de Administração da LIPOR - que, nos termos referidos, protelou indevidamente as necessárias reformulações do processo do Concurso e, depois, fez tábua rasa dessas reformulações -, se encontra já largamente ultrapassado o prazo de 180 dias concedido pelo artº 18º, nº 1, do Decreto- Lei nº 379/93 para o reajustamento da situação do Concurso na altura ao disposto naquele diploma, sem que tal reajustamento tenha sido concretizado ou esteja em vias de o ser.

Para esse efeito, seria necessário, nesta altura, fazer regressar o procedimento ao momento da deliberação desse Conselho de Administração de 1 de Agosto de 1994, com as precisões e clarificações entretanto introduzidas quanto à divulgação da composição da comissão de avaliação das propostas e quanto ao montante da caução, concedendo aos concorrentes um prazo suficiente para que pudessem proceder a uma efectiva reformulação das suas propostas (prazo que, nos termos expostos na minha Recomendação nº 136/94, entendo ser o de 90 dias), e procedendo- se depois a uma apreciação das propostas que tivesse efectivamente em conta a reformulação (ou não) das propostas e a alteração dos documentos do Concurso.

Ora, tal regresso ao passado não se afigura agora exequível, em termos de respeitar minimamente o artº 18º, nº 1, do Decreto- Lei nº 379/93, se não na sua letra, pelo menos no seu espírito, que é claramente o de não deixar perpetuar no tempo situações contrárias ao disposto nesse diploma.

Encontra- se, pois, esse Conselho de Administração perante a impossibilidade de sanar a ilegalidade de que enferma a sua deliberação de 14 de Novembro de 1994, ilegalidade que se transmitirá irremediavelmente à deliberação de adjudicação e que, nos termos do artº 17º do Decreto- Lei nº 379/93, condenará à nulidade qualquer contrato de concessão que na sequência dela venha a ser celebrado.

11. Face ao exposto, e ao abrigo do poder que me é conferido pelo artº 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril,

RECOMENDO ao Conselho de Administração da LIPOR que:

Anule o Concurso Público de Concepção, Construção e Exploração da Estação de Tratamento de Resíduos Sólidos LIPOR II, dado que o mesmo se encontra viciado por ilegalidades determinantes da nulidade do contrato de concessão que venha a ser celebrado e as situações geradoras dessa invalidade não podem já ser objecto de modificação.

Solicito a V.Exa que, nos termos do disposto no artº 38º, nº 2, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, me seja dado conhecimento da posição assumida pelo Conselho de Administração da LIPOR quanto a esta Recomendação.

Informo ainda V.Exa que dei conhecimento do conteúdo desta Recomendação a Sua Excelência a Ministra do Ambiente e Recursos Naturais e a Sua Excelência o Procurador- Geral da República.

O Provedor de Justiça
José Menéres Pimentel