

VICE-PRESIDENTE DO GOVERNO REGIONAL

Despacho n.º 304/2005 de 15 de Março de 2005

1. – Mediante requerimento apresentado nos termos do artigo 22.º do Caderno de Encargos aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/2005, de 3 de Janeiro, que regulamenta a primeira fase e a segunda fase do processo de reprivatização da Electricidade dos Açores, SA (EDA), vem o representante comum do agrupamento composto pelas sociedades NSL – Nicolau Sousa Lima, SGPS, SA, Investaçor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA, SICA – Sociedade de Investimentos e Construções Açoreana, Lda., Corrente Verde, SGPS, SA, Sociedade Financeira de Investimentos e Gestões Açores – Finançor, SA, NovEnergia 2010 SICAV, Companhia de Seguros Açoreana, SA, e CEEETA – Centro de Estudos em Economia da Energia, dos Transportes e do Ambiente, interpor *recurso hierárquico* da deliberação do júri do concurso relativo à primeira fase de reprivatização da EDA, que indeferiu a reclamação apresentada pelo agrupamento ora recorrente no acto público a que se refere o artigo 16.º do mesmo Caderno de Encargos, e que teve lugar nos dias 16 e 17 de Fevereiro de 2005.

Alega, para tanto, que a deliberação impugnada estaria ferida de um vício de violação de lei por infracção ao disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 19.º do Caderno de Encargos (n.º 4.16 do requerimento) e de um vício de falta de fundamentação devido à falta de confrontação «dos compromissos societários dos membros do Concorrente n.º 1 com a resposta dada ao questionário pelos mesmos, a qual constava da reclamação» (n.º 4.8 do requerimento).

Alega ainda que a deliberação impugnada estaria ferida de um segundo vício de violação de lei por erro na interpretação e aplicação do direito, já que não seria necessária uma conclusão segura quanto ao preço a oferecer, bastando «o mero indicio de qual o preço oferecido para ter que se excluir o concorrente» (n.ºs 4.19, 4.23, 4.24 e 4.25 do requerimento) e de um segundo vício de falta de fundamentação, por não ter esclarecido porque é que as conclusões do reclamante foram consideradas pelo júri “altamente rebuscadas” (n.º 4.21 do requerimento).

E conclui pedindo que seja dado provimento ao recurso apresentado, determinando-se a exclusão do concorrente n.º 1, por se verificar a hipótese da alínea c) do n.º 3 do artigo 19.º do Caderno de Encargos.

2. – Nos termos do n.º 1 do artigo 22.º do Caderno de Encargos que rege concurso relativo à primeira fase de reprivatização da EDA, apenas das deliberações do júri sobre reclamações cabe recurso para o Vice-Presidente do Governo Regional que, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei Orgânica do IX Governo Regional, aprovada pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 38-A/2004/A, de 11 de Dezembro, tem competência em matéria de privatizações, sucedendo, assim, nas competências atribuídas ao Secretário Regional da Presidência para as Finanças e Planeamento pela alínea d) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei Orgânica do VIII Governo Regional, aprovada pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 33/2000/A, de 11 de Novembro.

Com efeito, não pode o Vice-Presidente do Governo Regional pronunciar-se no âmbito da apreciação do presente recurso, nem tal lhe é solicitado pelo recorrente, quanto à matéria que constitui a *nota prévia* ao requerimento de recurso e que consta dos seus números 1.1 a 1.24.

Não obstante, entende o Vice-Presidente do Governo Regional dever informar o recorrente que o acordo entre a Região Autónoma dos Açores, o Fundo Regional de Abastecimento, a Bencom – Armazenagem e Comércio de Combustíveis, SA, e a EDA – Electricidade dos Açores, SA, relativo ao fornecimento de fuelóleo à EDA e à indústria da Região Autónoma dos Açores, foi aprovado pela Resolução do Conselho de Governo Regional n.º 194/99, de 30 de Dezembro, a qual foi publicada no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*, I Série, n.º 52, de 30-12-1999, páginas 1396 e 1397. Trata-se, por isso, de um documento sem natureza confidencial e não nominativo, a cujo acesso qualquer cidadão tem direito nos termos da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto.

3. – Conhecendo dos vícios imputados pelo recorrente à deliberação impugnada importa atentar no seguinte:

3.1. – Nos termos do artigo 19.º do Caderno de Encargos que rege o concurso relativo à primeira fase de reprivatização da EDA, o júri só pode excluir liminarmente as propostas que «nos documentos exigidos no artigo 11.º incluam qualquer referência que o júri considere indiciadora do valor oferecido pelas acções objecto do presente concurso». Está, por isso, em causa, nessa disposição legal, a formulação pelo júri de um juízo sobre o carácter indiciador ou não indiciador do preço, de referências incluídas nos documentos apresentados para a admissão formal das propostas. Esse juízo implica, naturalmente, uma valoração que o legislador confiou ao júri do concurso e que pode ser contestada pelos concorrentes. Porém, não poder oferecer dúvidas que uma tal valoração permite ao júri alguma *margem de conformação* quanto ao entendimento que considere adequado atribuir ao *conceito de referência indiciadora do valor oferecido pelas acções objecto do concurso*.

Entende o recorrente que esse conceito deverá ser interpretado através da conjugação das respostas dadas pelo concorrente n.º 1 ao questionário que constitui o documento elaborado de acordo com o anexo II ao Caderno de Encargos e junto em cumprimento do disposto nos artigos 10.º, n.º 2, alínea c), e 11.º, n.º 1, alínea a), do mesmo Caderno de Encargos, com os compromissos sociais assumidos pelas entidades integrantes do agrupamento e juntos em cumprimento do disposto nos artigos 10.º, n.º 2, alínea c), e 11.º, n.º 1, alínea m), do Caderno de Encargos.

Para o recorrente o *conceito de referência indiciadora do valor oferecido pelas acções objecto do concurso* deveria ter sido construído pelo júri através da concatenação dos vários documentos apresentados pelo concorrente e, desde que dessa concatenação se pudessem retirar conclusões, ao menos de forma indiciária, quanto ao valor oferecido pelas acções objecto do concurso, então haveria que excluir o concorrente em causa nos termos do artigo 19.º, n.º 3, alínea c), do Caderno de Encargos.

A seguir-se uma tal metodologia, o *conceito de referência indiciadora do valor oferecido pelas acções objecto do concurso* não resultaria dos documentos exigidos no artigo 11.º do Caderno de Encargos, mas outrossim de um exercício especulativo a que júri se teria que dedicar, confrontando uns documentos com outros, para intuir referências indiciadoras do valor oferecido pelas acções.

Acontece que uma tal metodologia de trabalho não só não se afigura compatível com o teor do artigo 19.º, n.º 3, alínea c) do Caderno de Encargos, que não permite ao júri excluir liminarmente as propostas mediante o *confronto dos documentos* exigidos aos concorrentes pelo artigo 11.º do Caderno de Encargos, como não faz qualquer sentido na configuração dada pelo legislador à fase de admissão das propostas no concurso relativo à primeira fase de reprivatização da EDA.

Vejamos.

3.1.1. – O artigo 19.º, n.º 3, alínea c) do Caderno de Encargos, que não permite ao júri excluir liminarmente as propostas mediante o *confronto dos documentos* exigidos aos concorrentes pelo artigo 11.º do Caderno de Encargos.

De facto as referências indiciadoras do valor oferecido pelas acções não podem resultar de apreciações subjectivas decorrentes do confronto dos documentos de habilitação dos concorrentes. O artigo 19.º do Caderno de Encargos é claro quando apenas permite ao júri a exclusão liminar das propostas quando os «documentos exigidos no artigo 11.º incluam qualquer referência que o júri considere indiciadora do valor oferecido pelas acções objecto do presente concurso».

A conclusão de que os documentos incluem uma referência indiciadora do valor oferecido pelas acções não só carece de mediação e valoração interpretativa pelo júri no quadro dos poderes discricionários que lhe são atribuídos pelo legislador, como não se pode bastar com *quaisquer indícios* e muito menos com referências indirectas decorrentes de raciocínios especulativos, antes exige *indícios seguros* que levem de forma directa e imediata a conclusões susceptíveis de desvirtuar a segunda fase do acto público.

Não se trata de pôr o júri a dar palpites sobre o preço oferecido pelos concorrentes através do confronto de vários documentos de habilitação. Trata-se, outrossim, de excluir concorrentes que comprometam na fase de admissão das propostas a fase subsequente do concurso, que consiste na abertura das ofertas, onde, fundamentalmente, está em causa a divulgação do conteúdo substantivo das propostas dos concorrentes.

Ora é manifesto que, por muito que isso custe ao concorrente n.º 2, ora recorrente, não se poderia pedir ao júri que desenvolvesse raciocínios como os sugeridos na reclamação e reafirmados no requerimento de recurso, obtidos por indução (e não por silogismo, como pretende o recorrente) a partir da conjugação da resposta ao questionário com os compromissos societários assumidos entre as entidades que integram o agrupamento concorrente n.º 1.

Na realidade e bem vistas as coisas, só podem constituir referências indiciadoras do valor oferecido pelas acções, aquelas que se obtêm de forma directa através da análise dos documentos e não as que decorrem de palpites ou extrapolações elaboradas a partir do confronto dos compromissos societários com a resposta a perguntas do questionário. Por isso, bem se compreende, o júri tenha considerado tal extrapolação “altamente rebuscada”.

3.1.2. – Por outro lado, não faz qualquer sentido excluir liminarmente as propostas mediante o confronto dos documentos exigidos aos concorrentes pelo artigo 11.º do Caderno de Encargos, atenta a configuração dada pelo legislador à fase de admissão das propostas no concurso relativo à primeira fase de reprivatização da EDA.

Com efeito, importa não esquecer que a resposta dada pelo agrupamento concorrente n.º 1 à questão do financiamento para a aquisição das acções postas a concurso resulta directa e expressamente da pergunta n.º 2.3 do questionário, que constitui o anexo II ao Caderno de Encargos e faz parte dos documentos de habilitação exigidos aos concorrentes nos termos dos artigos 10.º, n.º 2, alínea c), e 11.º, n.º 1, alínea a), do mesmo Caderno de Encargos:

«ANEXO II

Questionário a preencher pelos concorrentes

[alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º do caderno de encargos]

...

«2.3 - Apresentação de elementos que possibilitem a avaliação da capacidade financeira do concorrente, com vista a assegurar o cumprimento dos objectivos resultantes do n.º 1 do artigo 2.º do caderno de encargos, bem como de elementos comprovativos da origem de eventual financiamento para a aquisição das acções objecto do presente concurso»

...» (sublinhado aditado).

Ora, se assim é, seria completamente inadequado que o júri fosse entender como indiciadora do preço uma referência que é exigida pelo próprio Caderno de Encargos; como completamente inadequado seria entender que essa referência tolheria a liberdade contratual dos concorrentes no plano dos compromissos inter-societários assumidos pelas entidades integrantes do agrupamento. Por outras palavras, seria um absurdo limitar a liberdade contratual das partes com o argumento de que os compromissos inter-societários que entendessem assumir não seriam lícitos, pois poderiam levar à sua exclusão do concurso por indicarem o preço a oferecer pelas acções.

De resto, entendimento semelhante ao que acaba de se adoptar mereceu o sancionamento do Supremo Tribunal Administrativo, quando em acórdão tirado pela 1.ª subsecção do contencioso administrativo em 8 de Janeiro de 2003, decidiu que «no âmbito dos concursos públicos para trabalhos de concepção, regulados no DL n.º 197/99, de 8 de Junho, a indicação no projecto de uma estimativa do custo da obra, em cumprimento e com as especificações constantes do Caderno de Encargos, não é necessariamente indiciadora do preço da proposta, para efeitos do disposto no art. 101.º, n.º 3, al. b) daquele diploma».

3.1.3. – Toma-se, assim, evidente, que a deliberação impugnada não só não está ferida de um vício de violação de lei por infracção ao disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 19.º do Caderno de Encargos (n.º 4.16 do requerimento) como não sofre de falta de fundamentação devido à ausência de confrontação «dos compromissos societários dos membros do Concorrente n.º 1 com a resposta dada ao questionário pelos mesmos, a qual constava da reclamação» (n.º 4.8 do requerimento).

De facto, na interpretação feita pela júri e bem expressa na deliberação impugnada «a referência indiciadora do valor oferecido pelas acções deve resultar claramente dos documentos apresentados a concurso, não se podendo atribuir tal natureza a especulações feitas pelo reclamante sobre relações intersocietárias que se encontram na disponibilidade das partes» (cfr. acta do acto público do concurso).

3.2. – Também não assiste qualquer razão ao recorrente quando alega que a deliberação impugnada estaria ferida de um segundo vício de violação de lei por erro na interpretação e aplicação do direito, já que não seria necessária uma conclusão segura quanto ao preço a oferecer, bastando «o mero indicio de qual o preço oferecido para ter que se excluir o concorrente» (n.ºs 4.19, 4.23, 4.24 e 4.25 do requerimento)

Como já se disse, cabe no âmbito da *margem de conformação* do júri do concurso o entendimento a atribuir ao *conceito de referência indiciadora do valor oferecido pelas acções objecto do concurso*. E, não podendo o júri proceder à exclusão liminar das propostas mediante o confronto dos documentos de habilitação exigidos aos concorrentes, sobretudo quando as indicações que deles constam ou decorrem de exigências do próprio Caderno de Encargos ou surgem no exercício da liberdade contratual, é evidente que a deliberação impugnada não está ferida do segundo vício de violação de lei por erro na interpretação e aplicação do direito que lhe é imputado pelo recorrente.

Na verdade, os indícios invocados pelo recorrente não podem constituir *indícios seguros* que levem de forma directa e imediata a conclusões susceptíveis de desvirtuar a segunda fase do acto público.

Neste sentido, é perfeitamente compreensível que o júri tenha entendido que os compromissos assumidos pelos membros do agrupamento concorrente n.º 1 em matéria de capitais próprios não conduzem a «conclusões seguras quanto ao preço oferecido pelas acções a alienar pela Região Autónoma dos Açores» (cfr. acta do acto público do concurso).

Verifica-se, assim, que inexistente o segundo vício de violação de lei imputado pelo recorrente à deliberação recorrida.

3.3. – Finalmente, decorre de quanto se expôs que também não existe o segundo vício de falta de fundamentação imputado pelo recorrente à deliberação impugnada, uma vez que flui directamente do texto da deliberação a razão porque o júri entendeu que as conclusões do reclamante eram “altamente rebuscadas” (cfr. n.º 4.21 do requerimento).

Com efeito, escreve-se na deliberação impugnada que «é necessário percorrer por várias vezes os documentos e os argumentos do reclamante para se chegar à conclusão, altamente rebuscada, de que os compromissos em matéria de capital social da sociedade a constituir pelo agrupamento concorrente n.º 1 têm uma tal natureza, que conduzam a conclusões seguras quanto ao preço oferecido pelas acções a alienar pela Região Autónoma dos Açores» (cfr. acta do acto público do concurso).

Realmente, para se chegar à conclusão de que os compromissos em matéria de capital social da sociedade a constituir pelo agrupamento concorrente n.º 1 podem constituir *indícios seguros* quanto ao preço oferecido pelas acções a alienar pela Região Autónoma dos Açores, mesmo recorrendo à resposta dada pelo agrupamento concorrente n.º 1 ao ponto 2.3. do questionário, torna-se necessário desenvolver diversos raciocínios obtidos por indução, os quais apenas permitem extrapolações que de forma alguma decorrem directamente da análise dos documentos. Por isso, bem se compreende que o júri tenha considerado tais extrapolações “altamente rebuscadas”.

Inexiste, assim, o segundo vício de falta de fundamentação imputado pelo recorrente à deliberação impugnada.

4. – Decisão:

4.1. – Termos em que, ao abrigo dos poderes que me são conferidos pela alínea *d*) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei Orgânica do IX Governo Regional e pelos artigos 22.º e 23.º do Caderno de Encargos aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 1/2005, de 3 de Janeiro, *indefiro o recurso hierárquico* apresentado pelo representante comum do agrupamento composto pelas sociedades NSL – Nicolau Sousa Lima, SGPS, SA, InvestaÇor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA, SICA – Sociedade de Investimentos e Construções Açoreana, Lda., Corrente Verde, SGPS, SA, Sociedade Financeira de Investimentos e Gestões Açores – FinanÇor, SA, NovEnergia 2010 SICAV, Companhia de Seguros Açoreana, SA, e CEEETA – Centro de Estudos em Economia da Energia, dos Transportes e do Ambiente, contra a deliberação do júri do concurso relativo à primeira fase de reprivatização da EDA, que indeferiu a reclamação apresentada pelo agrupamento ora recorrente no acto público a que se refere o artigo 16.º do Caderno de Encargos, e que teve lugar nos dias 16 e 17 de Fevereiro de 2005.

4.2. – Notifique-se o recorrente para o domicílio indicado no documento a que se refere a alínea *n*) do n.º 1 do artigo 11.º do Caderno de Encargos e publique-se no *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*.

28 de Fevereiro de 2005. - O Vice-Presidente do Governo Regional da Região Autónoma dos Açores, *Sérgio Humberto da Rocha Ávila*.