



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

## DECISÃO N.º 7/FP/2012

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 12 de abril de 2012, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato de execução da empreitada de construção do Caminho Agrícola no Massapez - Arco da Calheta, outorgado, em 10 de janeiro de 2012, entre o Município da Calheta e a empresa Nascimento & Nascimento, Ld.ª, pelo preço de 455 798,52€ (s/IVA).

### I - Os FACTOS

Da análise efetuada ao processo em apreço resulta apurada a seguinte matéria de facto com interesse para a decisão a proferir:

- Em 4 de agosto de 2011 foi autorizada, por despacho do Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, emitido ao abrigo de um despacho de delegação de competências, a abertura do concurso público para a execução da empreitada de construção do Caminho Agrícola no Massapez - Arco da Calheta, com o preço base de 503 317,75€ (s/IVA) (cfr. a cláusula 25.º, n.º 1, do caderno de encargos).
- Por força do estipulado na subalínea xi da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento, as propostas deveriam integrar, entre outros, documentos comprovativos que demonstrassem a utilização, pelos concorrentes, de produtos de construção (seus ou adquiridos) abrangidos pela Diretiva Comunitária 89/106/CE, pelo Decreto-Lei n.º 103/2007, de 23 de agosto, e NP ENV 13670-1, bem como, em caso de ser aplicável, declaração de compromisso dos fornecedores.
- O critério de adjudicação adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, assim densificado (cfr. o artigo 11.º do programa do procedimento):

#### **a) Valia técnica da proposta (VT) – 0,40**

*Subfactor 1.1. – Plano de Trabalhos (PT) – 0,50*

*No subfactor Plano de Trabalhos (PT), a cada proposta será atribuída uma pontuação de 20, 15, 10 ou 5, resultante do juízo de comparação entre o respetivo atributo com o conjunto ordenado dos diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para este aspeto, conforme consta do seguinte quadro:*

|  |    |
|--|----|
| <i>O plano de trabalhos revela total coerência nas relações de precedência entre todas as atividades da obra, sendo totalmente identificáveis em termos de escalonamento dos trabalhos e nas afetações de mão-de-obra e de equipamento</i>                                     | 20 |
| <i>O plano de trabalhos não revela total coerência nas relações de precedência entre todas as atividades da obra e nas afetações de mão e de equipamento, não existindo, no entanto, dúvidas relevantes quanto ao escalonamento e encadeamento dos trabalhos da empreitada</i> | 15 |
| <i>lano de trabalhos não revela total coerência nas relações de precedência entre as atividades da obra e nas afetações de mão de mão e de equipamento, existindo dúvidas no que respeita ao escalonamento e encadeamento dos trabalhos da empreitada</i>                      | 10 |
| <i>O plano de trabalhos revela manifesta falta de coerência nas relações de precedência entre as atividades da obra e nas afetações de mão de mão e de equipamento, existindo falhas no escalonamento e encadeamento dos trabalhos da empreitada</i>                           | 5  |

**Subfactor 1.2. – Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra (MD) – 0,50**

No subfactor memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra (MD), a cada proposta será atribuída uma pontuação de 20, 15, 10 ou 5, resultante do juízo de comparação entre o respetivo atributo com o conjunto ordenado dos diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para este aspeto, conforme consta do quadro infra:

|   |    |
|---|----|
| A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra revela total coerência com o plano de trabalhos ao nível das atividades principais da obra             | 20 |
| A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra não revela total coerência com o plano de trabalhos ao nível das atividades principais da obra         | 15 |
| A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra revela algumas falhas de coerência com o plano de trabalhos ao nível das atividades principais da obra | 10 |
| A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra revela evidente falta de coerência com o plano de trabalhos ao nível das atividades principais da obra | 5  |

**b) Preço – 0,40**

Parâmetros Base para o Fator b)

A escala de pontuação é de 1 a 10

A pontuação do fator preço é:  $PP = [1 - Pi/(Pb + Pi)] \times 10$

Em que:

PP – Pontuação do fator Preço

PB – Preço base definido no procedimento

Pi – Preço da proposta em análise

**c) Gestão de resíduos Sólidos (RS) – 0,20**

No fator Gestão de Resíduos Sólidos (RS), a cada proposta será atribuída uma pontuação de 20, 15, 10 ou 5, resultante do juízo de comparação entre o respetivo atributo com o conjunto dos diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para este aspeto, conforme consta no quadro seguinte:

|   |    |
|---|----|
| O plano de Gestão de resíduos Sólidos revela total identificação, manuseamento e destino final  | 20 |
| O plano de Gestão de resíduos Sólidos não revela total identificação, manuseamento e destino final, no entanto, não existem dúvidas na sua caracterização e identificação | 15 |
| O plano de Gestão de resíduos Sólidos é generalista e não identifica os materiais característicos da obra   | 10 |
| O plano de Gestão de resíduos Sólidos para além de generalista não se coaduna com a execução da obra  | 5  |

**Pontuação Final = 0,40 VTP + 0,40 PP + 0,20 RS**

- Ao concurso público desencadeado, publicitado nos termos legais, apresentaram proposta as seguintes entidades:

| Concorrente                               | Proposta    |
|---|-------------|
| Nascimento & Nascimento, Ld. <sup>a</sup> | 455 789,52€ |
| AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A.  | 499 500,00€ |
| Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.   | 475 300,00€ |
| Edimade - Edificadora da Madeira, S.A.    | 488 000,00€ |



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional da Madeira*

---

- Na decorrência da análise formal das propostas, o júri do procedimento propôs, no relatório preliminar, elaborado em 19 de setembro de 2011, a exclusão das dos concorrentes Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup> e Edimade - Edificadora da Madeira, S.A., com fundamento na alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º, conjugado com a alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, ambos do Código dos Contratos Públicos (CCP), em virtude de não contemplarem, na íntegra, os documentos exigidos na subalínea xi da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento.
- No mesmo relatório, e em resultado da apreciação e ordenação das propostas à luz do critério e do modelo de avaliação previamente fixados e externados, o júri do procedimento propôs a adjudicação da empreitada à proposta da empresa Farrobo, Sociedade de Construções, S.A., por ter ficado classificada em primeiro lugar.
- No exercício do direito de audiência prévia pronunciaram-se os concorrentes Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup>, e AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A..
- O primeiro deles defendeu nessa sede que havia procedido à entrega, na íntegra, de todos os documentos solicitados no programa do procedimento, por ter entendido que esses documentos diziam respeito a produtos de construção utilizados, de uma forma genérica, em obras a decorrer no presente, e não concretamente a produtos a utilizar na obra posta a concurso, invocando, mesmo assim, ter apresentado declaração de compromisso de um fornecedor. Não obstante, reconheceu não ter juntado a declaração do fornecedor do betão e do betuminoso, isto sem embargo de considerar que a exigência de tal documento comprometeu a livre concorrência e condicionou o respetivo procedimento - atenta a dificuldade de obtenção, em fase do concurso, da dita declaração de compromisso dos fornecedores dos mencionados materiais, por estes serem direta ou indiretamente seus concorrentes - e que, em consequência, a sua não apresentação não poderia ser motivo de exclusão de qualquer concorrente.

Por sua vez, o segundo daqueles concorrentes manifestou a sua concordância com a proposta de exclusão das propostas acima identificadas, formulada pelo júri do procedimento, ao mesmo tempo que questionou a admissão da proposta do concorrente Farrobo, Sociedade de Construções, S.A., igualmente com fundamento no não cumprimento de todos os requisitos estabelecidos na subalínea xi da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento.

- Apreciadas as alegações destes dois concorrentes, o júri do concurso fez constar, no segundo relatório preliminar, datado de 28 de outubro de 2011, que a exigência formulada no citado artigo do programa do procedimento deveria *“ser interpretada, no sentido de os concorrentes, através de documento - declaração de compromisso -”* comprometerem-se, *“por si, ou através de terceiro, nesta fase concursal, a assegurar que”* iriam *“dar cumprimento, na execução da obra em causa, ao conteúdo da Diretiva Comunitária 89/106/CE, pelo DL 301/2007 de 23 de Agosto e NP ENV 1360-1”*.

Segundo o mesmo júri, *“[m]ais não se pode exigir neste momento procedimental, na medida em que, nos termos do n.º 4 do art.º 1.º do CCP, determina-se os princípios basilares da elaboração deste código”,* preceituando aquela norma que *“[à] contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”*.

Por conseguinte, e tendo em conta que *“as disposições de participação dos concorrentes nos procedimentos públicos devem observar regras que não coloquem em causa este*

*princípio da igualdade e da concorrência entre os concorrentes”, sendo o “apelo ao mercado” “dirigido a categorias abertas e indetermináveis de destinatários”, concluiu aquele órgão que “[a] disposição em causa não teve por referência restringir a liberdade de concorrência, antes pelo contrário”, já que a mesma “apenas procurou salvaguardar, através da declaração de compromisso, por si ou por terceiros, que na execução da obra” seria “dado cumprimento à utilização de materiais de construção previstos naqueles diplomas”, relegando “para outra fase - a da execução - a verificação dessa situação, mas nunca em fase temporariamente situada na admissão do procedimento concursal”, afirmando, a final, que “o sentido da declaração exigida no Anexo I, também” deveria “ser interpretada nesse sentido e em seu complemento”.*

- Escudando-se neste raciocínio, e também por considerar que os concorrentes Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup> e Edimade - Edificadora da Madeira, S.A. haviam apresentado as declarações de compromisso consideradas suficientes, o júri do procedimento deliberou propor a readmissão das propostas de ambos, tendo daí resultado a elaboração do seguinte quadro com os resultados da análise, apreciação e ordenação das propostas:

| Concorrentes                              | Valor das Propostas | Valia Técnica da Proposta (40%) |          | Preço (40%) | Gestão (20%) | Pontuação Total | Ordenação |
|---|---------------------|---------------------------------|----------|-------------|--------------|-----------------|-----------|
|   |                     | PT (50%)                        | MD (50%) |             |              |                 |           |
| Nascimento & Nascimento, Ld. <sup>a</sup> | 455 789,52€         | 20                              | 20       | 5,248       | 20           | 14,099          | 1.º       |
| AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.  | 499 500,00€         | 20                              | 20       | 5,019       | 20           | 14,008          | 3.º       |
| Farrobo, Sociedade de Construções, S.A.   | 475 300,00€         | 20                              | 20       | 5,143       | 20           | 14,057          | 2.º       |
| Edimade – Edificadora da Madeira, S.A.    | 488 000,00€         | 20                              | 20       | 5,077       | 20           | 12,031          | 4.º       |

- Após terem sido notificados do conteúdo deste segundo relatório, pronunciaram-se no âmbito da audiência prévia os concorrentes Farrobo, Sociedade de Construções, S.A., e AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A..
- A firma Farrobo, Sociedade de Construções, S.A. pôs em causa a legalidade da readmissão da proposta da empresa Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup>, alegando que a mesma não se encontrava instruída com a totalidade dos documentos exigidos no programa do procedimento, porquanto o concorrente juntou um documento caducado e não entregou o comprovativo relativo ao fornecimento de betão, o que, em seu entender, deveria ter determinado a sua exclusão do concurso, com base no disposto nos artigos 70.º, n.º 2, alínea a), e 146.º, n.º 2, alínea d), do CCP, tendo também invocado a insuficiente fundamentação do sobredito relatório, na parte relativa à atribuição da pontuação máxima à proposta daquele concorrente no âmbito dos subfactores “Plano de Trabalhos” e “Memória Descritiva”.

Por seu turno, o concorrente AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A. questionou a readmissão e avaliação das propostas dos concorrentes Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup> e Edimade - Edificadora da Madeira, S.A., assim como a admissão da proposta da empresa Farrobo, Sociedade de Construções, S.A., bem como a fundamentação deste segundo relatório preliminar.

De acordo com a exposição deste concorrente, as propostas inicialmente excluídas não continham todos os documentos e elementos exigidos na subalínea xi) da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento, estando especificamente em falta, relativamente ao concorrente Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup>, as declarações de compromisso dos fornecedores e os certificados de qualidade e marcação CE dos betuminosos e seus



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional da Madeira*

---

agregados, isto para além de os certificados dos betões, seus agregados e inertes se encontrarem caducados.

- No relatório final, datado de 15 de novembro de 2011, o júri do concurso tomou as observações daqueles concorrentes como “*irrelevantes*”, mantendo a proposta de adjudicação da empreitada à empresa Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup>.
- Acolhendo a fundamentação constante do relatório final do júri do procedimento, o Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, através de despacho de 16 de novembro de 2011, adjudicou a empreitada posta a concurso àquela empresa, tendo o respetivo contrato de empreitada sido assinado em 10 de janeiro de 2012.
- Segundo informação do Município, o despacho de adjudicação da empreitada não foi objeto de recurso hierárquico nem de impugnação contenciosa.
- No âmbito da verificação preliminar que incidiu sobre o processo em apreço instou-se a Autarquia da Calheta, através do ofício ref.<sup>a</sup> UAT I/19, de 24 de janeiro de 2012, a clarificar a admissão ao concurso da empresa adjudicatária, quando os elementos analisados indicavam que a mesma não havia instruído a sua proposta com toda a documentação comprovativa solicitada na subalínea xi) da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do procedimento.
- Paralelamente, solicitou-se àquele Município que, em face das exigências impostas pelos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), *in fine*, e 139.º, n.ºs 3 e 5, do CCP, em matéria de construção do modelo de avaliação das propostas, e tendo ainda presente a disciplina jurídica emanada dos artigos 146.º, n.º 1, alínea d), e 148.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo Código, justificasse o facto de no conjunto ordenado dos atributos suscetíveis de serem propostos afeto às escala de pontuações adotadas no âmbito dos subfactores “*Plano de trabalhos*” e “*Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra*” terem sido utilizadas expressões vagas e indefinidas, tais como “*total coerência*”, “*manifesta falta de coerência*” e “*evidente falta de coerência*”.
- Na sua resposta, constante do ofício ref.<sup>a</sup> 26/SCGC, de 24 de fevereiro de 2012, aquela Autarquia defendeu, relativamente à primeira questão, que “*a adjudicação foi efetuada à empresa Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup> que foi o concorrente que entre os que apresentaram todos os documentos exigidos apresentou o preço mais baixo*”, tendo juntado “*os documentos comprovativos que demonstram que este concorrente utiliza produtos de construção (seus ou adquiridos) abrangidos pela Diretiva Comunitária 89/106/CE e pelo DL 301/2007 de 23 de Agosto e NP ENV 13670-1*”
- No concernente à segunda questão, a Edilidade argumentou o seguinte:  
  
“*No modelo de avaliação das propostas foram utilizadas expressões como «total coerência», «manifesta falta de coerência» e «evidente falta de coerência» no que respeita aos atributos «Plano de trabalhos» e «Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra», traduzidas depois para uma escala numérica de 5 a 20 valores. Neste modelo, foi adotado um conjunto ordenado de diferentes atributos que permitia a atribuição de pontuações parciais, sendo a classificação final obtida a partir do somatório dessas pontuações parciais devidamente ponderadas. A título de exemplo, refira-se a pontuação a atribuir de 20 valores no tocante ao plano de trabalhos, pressuponha que o mesmo estivesse elaborado de modo a ser perceptível identificar todos os trabalhos, a sequência lógica da execução desses trabalhos e os meios a afetar aos mesmos, quer em termos de*



*peçoal, quer em termos de equipamentos. Os planos de trabalhos bem programados teriam a pontuação máxima, só possível quando cumprissem com o descritivo no quadro da sua avaliação. Pretendeu-se desta forma eliminar qualquer poder discricionário na avaliação de propostas, ficando antes o júri vinculado ao enunciado em cada grelha. Refira-se ainda que o modelo de avaliação proposto não foi objeto de qualquer pedido de esclarecimento ou contestação por parte dos concorrentes, pelo que estamos convictos que o mesmo foi claro e não deixou dúvidas aos participantes”.*

- Face à posição sustentada em relação à primeira das questões equacionadas, e porque o exame dos documentos disponibilizados - cujas cópias em suporte digital já constavam, aliás, do processo -, permitiu confirmar de forma indelével que as licenças para o uso da marca produto certificado de alguns dos materiais a utilizar na obra encontravam-se caducadas à data da abertura do procedimento, faltando também a declaração do fornecedor do betão e do betuminoso, solicitou-se novamente ao Município da Calheta, por meio do Despacho n.º 11-A/FP/2012, de 7 março, que demonstrasse a efetiva legalidade da admissão da empresa adjudicatária ao concurso público lançado.
- Neste encadeamento, a Edilidade alegou o seguinte, a coberto do seu ofício ref.ª 48/SCGC, de 23 de março de 2012:

*“Na subalínea xi), alínea b), n.º 1 do art.º 9.º do programa de concurso, exigiu-se aos concorrentes que apresentassem «Documentos comprovativos que demonstrem que o concorrente **utiliza** produtos de construção (seus ou adquiridos) abrangidos pela Diretiva Comunitária 89/106/CE, pelo DL 301/2007 de 23 de Agosto e NP 13670-1. No caso aplicável, declaração de compromisso dos fornecedores (...)».*

*Aquando da elaboração do primeiro relatório preliminar e após a primeira audiência dos interessados, ouvidos todos os concorrentes e atendendo às características da obra em causa, chegou-se à conclusão que a expressão «utiliza» empregue não foi a mais adequada.*

*Na verdade o que se pretendia era que os concorrentes de certa forma se comprometessem que iriam utilizar produtos certificados, exigência aliás que decorre da legislação em vigor.*

*Por outro lado verificou-se que ao concurso foram opositoras outras empresas que para além de concorrentes, também eram fornecedores de produtos de construção. Assim sendo, equacionou-se a questão de haver de certa forma alguns constrangimentos por parte das empresas não produtoras que teriam de pedir uma declaração de compromisso às outras para poderem concorrer, limitando de certa forma a concorrência que se pretendia fomentar.*

*Ponderados todos estes factos, entendeu o júri admitir todas as empresas que apresentaram declarações de certificação de produtos, independentemente das datas que constavam nos documentos, e de entre elas, optar pela adjudicação à empresa que oferecia o preço mais baixo.*

*As questões agora suscitadas já foram devidamente ponderadas pelos nossos serviços de contratação pública, tendo-se decidido que tais exigências não constarão em futuros programas de concurso”.*

- Embora o processo tenha sido instruído com o auto de consignação da obra, datado de 3 de fevereiro de 2012, o Município informou, na mesma ocasião, “que a obra em causa se encontra suspensa e que até à presente data não foram executados quaisquer trabalhos



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

tendo o empreiteiro transmitido à edilidade a vontade de iniciar os trabalhos após a concessão do visto do Tribunal de Contas”, conforme auto de suspensão dos trabalhos, assinado em 2 de março de 2012.

## II - O Direito

Da factualidade dada por assente nos presentes autos emanam duas questões de legalidade que importa apreciar, reportando-se a primeira delas à admissão da empresa adjudicatária ao procedimento pré-contratual e, a segunda, à adoção, no modelo de avaliação das propostas, de expressões genéricas e imprecisas.

A abordagem a dar à primeira destas situações remete-nos, desde logo, para o regime jurídico da contratação pública, constante do CCP, mais especificamente, para os artigos 40.º, n.º 1, alínea b), 41.º e 42.º, que identificam como peças do concurso público o programa do procedimento, no qual a entidade adjudicante define os termos a que obedece a fase de formação do contrato até à sua outorga e que configura, nessa medida, um verdadeiro regulamento, e o caderno de encargos, que contém as cláusulas jurídicas e técnicas a incluir no contrato a formalizar.

Estas duas peças assumem-se como documentos essenciais a qualquer concurso público, dos quais deve constar toda a informação que importe dar a conhecer aos concorrentes, de modo a que estes possam fornecer à entidade adjudicante todos os dados que lhe permitam uma tomada de decisão imparcial.

Nessa medida, cabe à entidade adjudicante, no âmbito dos poderes que a lei lhe confere, formular as regras do concurso, às quais se auto vincula e que, em respeito pelo princípio da estabilidade, devem manter-se inalteradas na sua pendência, uma vez que quaisquer ajustamentos ou alterações subsequentes ao término do prazo de entrega das propostas são, em princípio, suscetíveis de ofender direitos, garantias ou posições dos concorrentes e de gerar desigualdades entre eles, levando também à quebra de confiança depositada nos documentos do concurso.

Por seu turno, ao elaborarem as respetivas propostas, os eventuais concorrentes devem submeter-se e aderir às regras em que a entidade adjudicante declarou unilateralmente estar disposta a contratar, indicando em que termos se predispõem a fazê-lo, relativamente aos aspetos deixados em aberto nos elementos que servem de suporte ao procedimento.

Neste contexto, e em matéria de propostas, determina o artigo 57.º, n.º 1, alínea c), do CCP, que estas são constituídas, entre outros, pelos “[d]ocumentos exigidos pelo programa de procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule”, dispondo, por sua vez, o artigo 146.º, n.º 2, alínea d), do mesmo Código, que, no relatório preliminar, o júri deve propor a exclusão das propostas “que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto no n.º 1” do artigo supra citado.

Donde se retira que os destinatários dos concursos públicos estão obrigados a instruir as suas propostas com a aludida documentação, sob pena de as mesmas virem a ser excluídas, por força da cominação da norma invocada.

Transpondo este quadro legal para o caso concreto, conclui-se que entidade adjudicante, recorrendo ao espaço de manobra que a lei lhe confere no domínio da definição do regulamento do procedimento pré-contratual, exigiu, na subalínea xi da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do concurso, que as propostas fossem instruídas com os documentos comprovativos da utilização, pelos concorrentes, de produtos de construção (seus ou adquiridos) abrangidos pela Diretiva Comunitária 89/106/CE, pelo Decreto-Lei n.º 103/2007, de 23 de agosto, e NP ENV 13670-1, e bem assim, se fosse o caso, com declarações de compromisso dos fornecedores.

Embora a observância desta legislação, que regula e define as características e especificações técnicas e funcionais dos materiais a aplicar em obra, resulte diretamente dos diplomas listados, sempre se poderá, no entanto, equacionar a pertinência prática da exigência feita pela entidade adjudicante relativamente à apresentação daquela documentação pelos opositores ao concurso, isto quando se verifica, por um lado, que a execução de obras públicas pressupõe, desde logo, a obrigatoriedade da utilização de produtos de construção que estejam em conformidade com a legislação invocada e, por outro, que a empreitada a realizar não reveste características de tal modo específicas que pudessem, à partida, justificar essa necessidade, por estar em causa a simples beneficiação de um caminho agrícola já existente, conforme é reconhecido pela Edilidade.

Não obstante as razões que neste âmbito pudessem vir a ser externadas pelo Município da Calheta, o certo é que os concorrentes se encontravam vinculados a instruir as suas propostas com todos os documentos elencados pela entidade adjudicante no regulamento do procedimento, o que, a não acontecer, determinaria a exclusão das respetivas propostas.

Posto isto, e por força do disposto no artigo 146.º, n.º 2, alínea d), em articulação com o artigo 57.º, n.º 1, alínea c), do CCP, impunha-se a exclusão da proposta do concorrente Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup>, a qual, conforme o próprio júri reconheceu no relatório preliminar, não apresentava na íntegra os documentos exigidos na subalínea xi) da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do programa do concurso.

Todavia, não foi esse o entendimento seguido pelo júri do procedimento, já que no seu relatório final propôs a adjudicação da empreitada àquela empresa, com base numa interpretação das peças do concurso que nelas não encontrava suporte.

Face ao que se disse acerca do princípio da estabilidade das regras procedimentais, esta atuação do júri do concurso - que, de harmonia com os artigos 67.º, n.º 1, e 69.º, n.º 1, do CCP configura um órgão *ad hoc* cujos poderes estão confinados à condução dos procedimentos pré-contratuais - deve ter-se por ilegal, na medida em que não dispunha de poderes para alterar as condições em que a entidade adjudicante previamente se dispôs a contratar.

Simultaneamente, ao não atender escrupulosamente às regras impostas pelas peças do concurso, o júri não assegurou a sua aplicação das regras do jogo pré-contratual e favoreceu a empresa Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup>, ao considerar que a respetiva proposta respondia materialmente às exigências instrutórias delineadas pela entidade adjudicante e ao propor assim a sua admissão a concurso, pondo também em crise, com semelhante comportamento, os princípios enformadores da contratação pública, mormente dos princípios da transparência e da concorrência, que encontram consagração expressa no n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

Impunha-se, assim, o afastamento do concurso da proposta da daquele concorrente, com base na alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º, em conjugação com a alínea c) do n.º 1 do artigo





# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

57.º, ambos do CCP, cujos termos mandam excluir as propostas que não incluam por todos os documentos a que alude este último normativo.

Em face do disposto no artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, a inobservância dos preceitos incisos, bem como dos apontados princípios norteadores da contratação pública, de que o artigo 146.º, n.º 2, alínea d), do CCP, é corolário, torna anulável, por vício de violação de lei, o ato de adjudicação da empreitada, consubstanciado no despacho emitido pelo Vice-Presidente da Câmara Municipal da Calheta, em 16 de novembro de 2011, que acolheu a fundamentação constante do relatório final do júri do procedimento, o que, por força do preceituado no n.º 2 do artigo 283.º do CCP, determina a invalidade do contrato celebrado com a empresa adjudicatária.

A segunda questão que subjaz à matéria de facto relatada nestes autos prende-se, conforme foi mencionado, com a definição do modelo de avaliação das propostas que desenvolveu o critério de adjudicação das propostas, e que cumpre aqui analisar, uma vez mais, por remissão para o regime jurídico da contratação pública constante do CCP, mais concretamente para o disposto no artigo 132.º, n.º 1, alínea n), *in fine*, deste Código, o qual preceitua que o programa do procedimento deve indicar “[o] critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando-se claramente os fatores e eventuais subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos fatores ou subfatores, a respetiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuação parciais”.

No caso vertente, o critério de adjudicação adotado foi o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP, tendo sido explicitados no programa do procedimento os fatores e subfatores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respetivos coeficientes de ponderação.

Contudo, o artigo 11.º do programa do procedimento não acolheu corretamente a definição do modelo de avaliação das propostas, uma vez que não identifica de forma clara e precisa o conjunto ordenado dos diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos no tocante aos subfatores do fator “*Valia Técnica da Proposta*” e ao fator “*Gestão de Resíduos Sólidos*” inseridos no critério de adjudicação.

Com efeito, embora a entidade adjudicante goze de alguma margem de discricionariedade no domínio da definição das regras do concurso, nomeadamente no que respeita à escolha do critério de adjudicação e dos respetivos fatores e eventuais subfatores e suas ponderações, não deixa de ser evidente que, na situação em apreço, a disciplina vertida pelos n.ºs 3 e 5 do artigo 139.º do mesmo CCP não foi acolhida na elaboração do modelo de avaliação das propostas, pondo em causa os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência e da boa fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais e que transparecem, quer do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, quer do n.º 4 do artigo 1.º do CCP.

Ganha, por isso, importância o facto de, para a atribuição das pontuações parciais nos subfatores e fatores em causa, o modelo de avaliação adotado aludir unicamente a uma escala estruturada no que concerne aos subfatores “*Plano de trabalhos*” e “*Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra*” integrados no fator “*Valia Técnica da Proposta*”,

e ao fator “*Gestão de Resíduos Sólidos*”, com recurso a expressões vagas e pouco precisas, tais como “*revela total coerência*”, “*não revela total coerência*”, “*revela total identificação*”, “*não revela total identificação*” e “*é generalista*”.

Daí que não colha o entendimento sustentado pela Edilidade de que “[n]este modelo, foi adotado um conjunto ordenado de diferentes atributos que permitia a atribuição de pontuações parciais, sendo a classificação final obtida a partir do somatório dessas pontuações parciais devidamente ponderadas” e de que pretendeu “*desta forma eliminar qualquer poder discricionário na avaliação de propostas, ficando antes o júri vinculado ao enunciado em cada grelha*”, porquanto a ideia que se pode formular acerca do modelo de avaliação adotado é a de que os paradigmas de referência utilizados são vagos e genéricos, e não abonam a favor de uma avaliação objetiva e imparcial, já que a entidade adjudicante não forneceu previamente qualquer densificação ou determinação das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

Em termos concretos, as apontadas deficiências ao nível da formulação do modelo que esteve na base da avaliação das propostas impediram que se ficasse a conhecer o trajeto seguido pelo júri para fazer corresponder à proposta do concorrente Nascimento & Nascimento, Ld., no fator “*Valia Técnica da Proposta*” que integra os subfactores “*Plano de trabalhos*” e “*Memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra*” e no fator “*Gestão de Resíduos Sólidos*” a pontuação de 5 a 20 pontos, com remissão apenas para as expressões “*revela total coerência*”, “*não revela total coerência*”, “*revela total identificação*”, “*não revela total identificação*” e “*é generalista*”, assim como no que tange ao raciocínio desenvolvido para efeitos de atribuição da pontuação aos demais concorrentes nos mesmos subfactores e fatores, porquanto se colocam exatamente as mesmas incertezas, que o concorrente AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A., não deixou de assinalar em sede de audiência prévia.

Ora, a violação dos citados artigos 132.º, n.º 1, alínea n), *in fine*, e 139.º, n.ºs 3 e 5, do CCP, determina a anulabilidade do ato final de adjudicação da empreitada, tal como emana do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, sanção essa que se tramite ao contrato celebrado, por força do consignado no artigo 283.º, n.º 2, também do referenciado Código.

Na perspetiva da fiscalização prévia, as ilegalidades acima identificadas, consubstanciadas na indevida admissão ao concurso da proposta da empresa adjudicatária e na incorreta definição do modelo de avaliação das propostas, constituem motivo de recusa de visto no quadro da previsão normativa da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, na medida em que as mesmas potenciaram, em abstrato, a alteração do resultado financeiro do contrato.

Não obstante, apurou-se que a proposta da empresa Nascimento & Nascimento, Ld.<sup>a</sup>, era a de mais baixo preço e ainda que o Município da Calheta apenas recentemente foi objeto de recomendação relativamente à segunda das ilegalidades enunciadas, através da Decisão n.º 6/FP/2012, de 8 de março, em que se suscitava idêntica questão, não havendo registo de anteriores recomendações dirigidas à Edilidade em relação à primeira das questões suscitadas.

Por outro lado, não pode dar-se por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, pelo que se afigura adequado que o Tribunal de Contas recorra à faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, de conceder o visto e recomendar ao Município da Calheta que, futuramente, evite as ilegalidades de que aqui se dá conta.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

## III – Decisão

Pelo exposto, este Tribunal decide, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato *sub judice*, recomendando ao Município da Calheta que:

- Nos procedimentos de formação de contratos que venha a desencadear, observe a disciplina vinculativa que emerge do artigo 146.º, n.º 2, alínea d), em articulação com o artigo 57.º, n.º 1, alínea c), ambos do CCP, respeitando de forma rigorosa os requisitos de admissibilidade das propostas, impostos pela lei e pelo regulamento do concurso e tendo presente que a adjudicação deve ser feita a um concorrente regularmente admitido;
- Em reforço da chamada de atenção inserida na Decisão n.º 6/FP/2012, de 8 de março, dê pleno cumprimento ao disposto nos artigos 132, n.º 1, alínea n), *in fine*, e 139.º, n.ºs 2 e 3, igualmente daquele Código, explicitando, em concreto, no modelo de avaliação das propostas, quando opte pelo critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, as exatas condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dê conhecimento aos concorrentes no programa do concurso.

São devidos emolumentos, no montante de 455,80€.

Notifique-se o Presidente da Câmara Municipal da Calheta e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet*, e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 12 de abril de 2012.

### **O JUIZ CONSELHEIRO**

*(João Aveiro Pereira)*

### **A ASSESSORA,**

*(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)*

### **O ASSESSOR,**

*(Alberto Miguel Faria Pestana)*

**Fui presente,  
O Procurador-Geral Adjunto,**

*(José Alberto Varela Martins)*

Processo n.º 3/2012 – MUNICÍPIO DA CALHETA.