



DECISÃO N.º 12/2011 – SRTCA

Processo n.º 75/2011

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de prestação de serviços de transporte de passageiros*, em Ponta Delgada, celebrado, em 21-09-2011, entre o Município de Ponta Delgada e o Consórcio Externo “Caetano Raposo & Pereiras, Limitada, Auto Viação Micaelense, Limitada e Varela & Companhia, Limitada”, pelo preço de € 1 069 929,33, acrescido de IVA.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto ao teor das peças do procedimento.
3. Para além dos factos referidos no ponto 1. relevam, ainda, os seguintes:
 - 3.1. Por deliberação da Câmara Municipal de Ponta Delgada, de 10-12-2010, foi aprovada a abertura de concurso público internacional, tendo em vista a prestação de serviços de transportes de passageiros, em Ponta Delgada, pelo valor global estimado de € 1 800 000,00, bem como o programa do procedimento, o caderno de encargos e a repartição de encargos.
 - 3.2. O concurso público internacional foi autorizado por deliberação da Assembleia Municipal de Ponta Delgada, de 22-12-2010.
 - 3.3. O critério de adjudicação fixado foi o do mais baixo preço (artigo 7.º do programa do procedimento).
 - 3.4. O programa do procedimento, no seu artigo 8.º, n.º 1, exigia que os concorrentes apresentassem, entre outros elementos:
 - Alínea *g*): «O preço por km, para a eventualidade de aumento ou diminuição de extensão de qualquer circuito fechado (Cláusula 3ª do Anexo I ao Caderno de Encargos)»;
 - Alínea *h*): «O custo de uma eventual divisão de um circuito fechado em dois, considerando no custo a possível extensão dos circuitos assim como o aumento da frota a afectar aos mesmos»;



- Alínea *i*): «O custo da eventual criação de um novo circuito fechado abrangendo áreas não contempladas nos circuitos fechados descritos na Cláusula 3ª do Anexo I ao Caderno de Encargos»;
- Alínea *j*): «Nota justificativa do preço apresentado para cada circuito fechado, entendendo-se aquele como a discriminação de todos os custos e componentes diversos inerentes à formação do preço unitário proposto, tais como, encargos com aquisição e modificação das viaturas, seguro, inspecções obrigatórias, revisões mecânicas, conservação e reparação, combustível, custos administrativos e com o pessoal, entre outros que o concorrente considere relevantes».

3.5. O caderno de encargos, por seu turno, estabelece quanto ao prazo contratual e obrigações do prestador de serviços:

- cláusula 4.ª «O contrato mantém-se em vigor pelo prazo contratual de 4 (quatro) anos (...)» (n.º 1), o qual «pode ser prorrogado por iniciativa do Município de Ponta Delgada ou a requerimento do prestador de serviços, desde que devidamente fundamentado» (n.º 2).
- no Anexo I fixam-se as especificações técnicas da prestação de serviços, das quais destacam-se: as características dos veículos (cláusula 2.ª); os horários e circuitos (cláusula 3.ª); a obrigação do «adjudicatário... utilizar tantos veículos de transporte de passageiros quantos os necessários para que, em cada ponto do percurso, a frequência diária seja, entre as 7h30 e as 19h30, de 10 em 10 minutos, admitindo-se uma tolerância de 5 minutos»; e a cobrança, pelo adjudicatário, como receita própria, de € 0,30 a cada passageiro transportado (cláusula 7.ª).

3.6. Conforme resulta dos esclarecimentos prestados aos interessados sobre a boa compreensão e interpretação das peças do procedimento, não foram disponibilizadas estatísticas de passageiros transportados, a receita obtida nem os tempos de percurso atuais para a realização dos diferentes circuitos.

Quanto ao prazo contratual, foi esclarecido aos interessados que «[a]penas é permitida uma única prorrogação devendo a mesma operar-se em situações ex-



cepcionais pelo que a sua duração máxima variará, conforme a situação em concreto, entre os 6 e os 12 meses e de acordo com as disposições constantes do Código dos Contratos Públicos».

3.7. Foram apresentadas três propostas a concurso, a saber:

- Concorrente n.º 1 – Agrupamento formado pelas empresas União de Transportes dos Carvalhos, Lda. e Barraqueiro Transportes, S.A. – preço proposto de € 900 000,01.
- Concorrente n.º 2 – ETAC – Empresa de Transportes António Cunha, S.A. – preço proposto de € 1 295 000,00.
- Concorrente n.º 3 – Agrupamento formado pelas empresas Caetano Raposo & Pereiras, Limitada, Auto Viação Micaelense, Limitada e Varela & Companhia, Limitada – preço proposto de € 1 069 929,33.

3.8. No relatório final de análise das propostas, datado de 09-08-2011, foi determinado excluir as propostas apresentadas pelos concorrentes n.ºs 1 e 2.

3.9. O concorrente n.º 1, foi excluído por insuficiência dos elementos constantes da nota justificativa do preço, tal como exigido no programa do procedimento.

3.10. Quanto ao concorrente n.º 2, foi excluído por apresentação incompleta dos documentos comprovativos de como os veículos propostos para a prestação de serviços cumpriam com as especificações técnicas constantes da cláusula 2.ª do Anexo I do Caderno de Encargos.

3.11. A adjudicação recaiu sobre a proposta apresentada pelo concorrente n.º 3.

3.12. Em sede devolução do processo de fiscalização prévia, foram solicitados esclarecimentos, nomeadamente quanto à indicação de preços a pagar pelo eventual aumento ou diminuição da extensão de qualquer circuito fechado, pela divisão de circuito fechado em dois e pela criação de novo circuito fechado abrangendo áreas não contempladas nos circuitos fechados, sobre o prazo de execução do contrato e eventuais prorrogações, bem como relativamente aos elementos a indicar na nota justificativa do preço¹.

¹ Ofício n.º 1974 UAT-I, de 24-10-2011.



3.13. A Câmara Municipal de Ponta Delgada apresentou os seguintes esclarecimentos²:

3.13.1. Quanto à indicação de preços a pagar pelo eventual aumento ou diminuição da extensão de qualquer circuito fechado, pela divisão de circuito fechado em dois e pela criação de novo circuito fechado abrangendo áreas não contempladas nos circuitos fechados, referiu que:

Em bom rigor, a intenção da entidade adjudicante ao solicitar aquelas informações mais não pretendeu do que conhecer os preços praticados por diferentes prestadores de serviços para as prestações identificadas, no âmbito de transporte colectivo de passageiros e a fim de, com isso, auscultar o mercado.

3.13.2. Sobre o prazo de execução do contrato e eventuais prorrogações, alegou que «é o período de tempo estabelecido para a vigência do contrato durante o qual se mantém o valor jurídico do respectivo clausulado», ou seja, pelo prazo de quatro anos. Acrescenta ainda que:

...o contrato objecto da presente resposta nunca poderia exceder o prazo de vigência de 4 anos, ainda que o caderno de encargos tenha feita menção a essa possibilidade de uma prorrogação do prazo contratual.

3.13.3. Relativamente aos elementos a indicar na nota justificativa do preço,

... a razão de ser desta exigência foi a de permitir à Câmara Municipal de Ponta Delgada compreender como foi que o concorrente construiu o preço proposto, aferindo do rigor do mesmo.

4. Suscita-se a seguinte questão: a de saber se as peças do procedimento foram apresentadas à concorrência com uma redação clara e objetiva, com conteúdo pertinente, permitindo que todos os concorrentes pudessem apresentar as suas propostas em moldes idênticos, em ambiente de sã concorrência.

5. É certo que o n.º 4 do artigo 132.º do CCP dispõe que «o programa do concurso pode ainda conter quaisquer regras específicas sobre o procedimento do concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência», mas, como salienta a doutrina,

...não pode a norma ou cláusula adoptadas [pela entidade adjudicante nas peças processuais] dispor *contra legem* (ou contra os regulamentos de execução da lei) nem em violação de princípios gerais de direito aplicáveis em matéria pré-contratual, de qualquer um deles, e não apenas em violação do princípio da concorrência (a que se refere o art. 132.º/4) – assim, as

² Ofício n.º 22906/2011, de 18-11-2011.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 12/2011 (Processo n.º 75/2011)

regras incluídas pela entidade adjudicante no programa do concurso ao abrigo desse preceito, não podem infringir os princípios da boa fé, da protecção da confiança, da proporcionalidade, etc.³

Assim sendo, à entidade adjudicante cabe o direito de solicitar os elementos que devem integrar obrigatoriamente as propostas, conforme previsto no CCP, bem ainda solicitar os elementos justificativos que considere pertinentes e essenciais para a avaliação das propostas presentes a concurso.

No entanto, tal não lhe permite ultrapassar as disposições legalmente previstas, nem desconsiderar os princípios aplicáveis, acabando por influenciar a decisão final de adjudicação por elementos formais sem correspondência direta na letra da lei.

6. Nas peças do presente procedimento, a entidade adjudicante entendeu solicitar a apresentação de elementos aos candidatos que se revelaram acessórios e com vista a preencher outros objetivos que não diretamente com ele relacionados.

Atente-se que nos esclarecimentos prestados pela entidade adjudicante, referidos no ponto 3.13.1 *supra*, esta tinha a intenção de “auscultar o mercado”.

Com esta conduta, a entidade adjudicante exorbitou os objetivos de um procedimento concursal desta natureza: garantir a contratação ao melhor preço do serviço específico apresentado a concurso, já que aproveitou o momento para proceder a um estudo de mercado, pese embora tal não tenha sido tomado em conta na ponderação das propostas.

E exorbitou também a previsão do n.º 4 do artigo 132.º, do CCP, que prevê que o programa do concurso possa conter regras específicas sobre o procedimento do concurso público consideradas convenientes, mas não prevê que a entidade adjudicante aproveite esse momento para fazer estudos de mercado e auscultações que não estão diretamente relacionadas com o objetivo do concurso.

7. Relativamente à matéria relacionada com o prazo de execução do contrato, o disposto no n.º 2 da cláusula 4ª do caderno de encargos, parece permitir a criação de um vínculo tendencialmente perpétuo para a prestação do serviço em causa, contrariando o disposto no artigo 48.º, do CCP.

³ Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, pág. 285 e ss.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 12/2011 (Processo n.º 75/2011)

Em sede de esclarecimentos, veio a entidade adjudicante afirmar que o contrato tem a duração de apenas 4 (quatro) anos, apesar de ter sido mencionada a possibilidade de prorrogação no Caderno de Encargos.

8. De igual modo, a entidade adjudicante também se excedeu ao, no momento da análise das propostas, exigir a apresentação da nota justificativa de preço com todos os elementos discriminados na alínea j) do n.º a do artigo 8.º do programa do procedimento. Especialmente porque o texto dessa alínea não indicava, sem margem para dúvidas interpretativas, a obrigatoriedade de apresentação de todos os elementos, ao incluir as expressões “tais como” e “entre outros”.

Como já foi alvo de reflexão por parte deste Tribunal, em relação à expressão “nomeadamente”, situação análoga à presente, o seu uso introduz uma margem de incerteza e insegurança para os concorrentes ao procedimento,

que não se coaduna com a consagração clara e inequívoca do método e dos elementos que influem na ponderação deste factor, o que pode consequenciar o favorecimento – ou o desfavorecimento – de alguns dos potenciais concorrentes, em relação a outros, e, assim, comprometer a imparcialidade da administração⁴.

A Câmara Municipal alegou, em sede de esclarecimentos prestados na sequência de devolução do processo, que

a razão de ser desta exigência foi a de permitir à Câmara Municipal de Ponta Delgada compreender como foi que o concorrente construiu o preço proposto, aferindo do rigor do mesmo.

Por um lado foi feita esta exigência, mas, por outro lado, não foram disponibilizados elementos necessários à boa preparação das propostas, já que a entidade adjudicante não forneceu os dados estatísticos relativos ao número de passageiros transportados, à receita obtida, nem aos tempos de percurso para a realização dos diferentes circuitos.

Aliás, aqueles dados são essenciais para a formação do preço final já que, sem elementos objetivos, os concorrentes arriscaram-se a apresentar propostas de preço assentes em conjecturas.

⁴ Acórdão do Tribunal de Contas n.º 64/2009, 1.ª S/SS, disponível em www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac064-2009-1sss.pdf.



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 12/2011 (Processo n.º 75/2011)

Do modo como agiu neste procedimento concreto, a entidade adjudicante penalizou concorrentes por irregularidades irrelevantes em relação à firmeza do compromisso assumido com a respetiva apresentação⁵, ao ponderar aspetos que não se revelam essenciais para efeitos de adjudicação, atendendo ao teor de toda a documentação apresentada pelos concorrentes, bem como aos compromissos por aqueles assumidos em sede deste procedimento.

Isto porque, despesas relativas a encargos com seguro, inspeções obrigatórias, conservação e reparação, combustível, custos administrativos e com o pessoal, a título de exemplo, decorrem de diferentes normativos obrigatoriamente aplicáveis, e inserem-se no âmbito do risco próprio da atividade do prestador de serviços, não sendo razoável a entidade adjudicante pretender imiscuir-se nestas matérias.

9. No caso concreto, o júri do procedimento concursal deliberou excluir o concorrente n.º 1, por o mesmo não ter apresentado uma nota justificativa do preço proposto em termos idênticos aos apresentados na alínea j) do n.º 1 do artigo 8.º, do Programa de Concurso.

Note-se que o concorrente n.º 1 apresentou uma nota justificativa discriminada do preço apresentado, bem como a declaração exigida nos termos da qual se vincula às condições e exigências previstas nas peças do procedimento.

10. Com a conduta seguida no presente procedimento concursal, foi excluída a proposta com o valor mais baixo, sendo esse o único critério de adjudicação previsto.

Daqui resulta que o procedimento adjudicatório apresenta elementos que não são claros, o que vem consubstanciar um desrespeito ao princípio da transparência, já que

os órgãos da Administração devem actuar por forma a darem de si mesma uma imagem de objectividade, isenção e equidistância dos interesses em presença, de modo a projectar para o exterior um sentimento de confiança⁶.

⁵ Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, pág. 243 e ss, acrescentando estes autores ainda que “qualquer jurista formalmente tenaz e burocraticamente paciente encontrará, em quase todos os procedimentos (nos seus documentos, nas suas propostas, nas suas formalidades), algo, ainda que seja um pequeno pormenor, menos perfeito ou conforme aos ditames formais da lei ou dos regulamentos aplicáveis” (pág. 244).

⁶ Como consta do n.º 1 do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 1 de outubro de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 048035, disponível em www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/fdfc5c879bbbd1f880256d8bb003326db?OpenDocument.



E só através da observância deste princípio se garante que os concorrentes possam pautar a sua conduta com vista à apresentação de todos os elementos necessários à melhor análise das propostas que defendem, o que permitirá à entidade adjudicante escolher, de facto, a melhor proposta.

Tendo presente o acima referido, apesar de ter sido seguido um tipo de procedimento que potencia a apresentação do maior número de propostas⁷, a exclusão da proposta que apresentava o preço mais baixo, ao arrepio dos princípios e previsões legais em matéria de contratação pública, veio prejudicar o bom resultado financeiro deste procedimento.

11. Em conclusão:

- a) O contrato submetido a fiscalização prévia visa adquirir a prestação de serviços de transporte de passageiros, em Ponta Delgada, tendo sido celebrado na sequência de um concurso público internacional cujo critério de adjudicação foi o do preço mais baixo.
- b) As exigências feitas no procedimento em relação à fundamentação da nota justificativa do preço a apresentar pelos concorrentes extravasam a liberdade conferida pelo n.º 4 do artigo 132.º do CCP.
- c) No relatório final elaborado pelo júri do procedimento, foram excluídas duas propostas, sendo que uma delas – apresentada pelo concorrente n.º 1 – indicava um valor total inferior ao montante adjudicado, bem como preenchia todos os requisitos legais previstos neste caso concreto.
- d) Deste modo, verifica-se que desta ação resulta uma restrição ao universo concorrencial e, conseqüentemente, a alteração do resultado financeiro deste procedimento, o que constitui fundamento de recusa de visto nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

⁷ Aliás, como se pode ler no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 56/2007, de 27 de março – 1ª S/SS, disponível em www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2007/1sss/ac056-2007-1sss.pdf: «Como é sabido, e resulta da lei e do senso comum, os concursos públicos são instrumentos privilegiados para a realização da concorrência. Isto é, o fim principal do concurso público é obter a melhor proposta, ou seja, aquela que, do ponto de vista dos interesses do dono da obra, melhor satisfaz as suas necessidades».



Tribunal de Contas

Secção Regional dos Açores

Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, recusar o visto ao contrato em referência.

Emolumentos: € 20,60.

Notifique-se.

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 13 de Dezembro de 2011

O Juiz Conselheiro

(Nuno Lobo Ferreira)

O Assessor

(Fernando Flor de Lima)

O Assessor

(Carlos Bedo)

Fui Presente
A Representante do Ministério Público

(Joana Marques Vidal)