



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

## DECISÃO N.º 03/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 19 de Janeiro de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato relativo à *“criação e construção dos motivos decorativos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas, nas Festas de Natal e Passagem dos anos de 2009 e 2010, nas Festas de Carnaval dos anos de 2010 e 2011 e nas Festas do Vinho dos anos de 2010 e 2011 na Região Autónoma da Madeira”*, outorgado, em 29 de Outubro de 2009, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Turismo e Transportes (SRTT), e a firma *“LUZOSFERA – Construções, Ld.ª”*, pelo preço de € 6 390 000,00, acrescido de IVA.

### I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir relatados:

- a) Para efeitos de adjudicação do fornecimento dos serviços e bens inseridos no objecto do contrato ora em referência, o Conselho do Governo Regional da Madeira, através da Resolução n.º 654/2009, tomada a 4 de Junho de 2009, autorizou a abertura de um concurso público de âmbito comunitário, ao abrigo do artigo 20.º, n.º 1, al. b), do Código dos Contratos Públicos (CCP), bem como aprovou os respectivos programa do concurso e caderno de encargos.
- b) Nessa sequência, o anúncio de abertura do concurso foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia, n.º 2009/S 114-165079, de 17 de Junho, e no Diário da República, Parte L, 2ª série, n.º 113, e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, 2.ª serie, n.º 112, ambas de 15 de Junho de 2009.
- c) De acordo com o artigo 5.º do programa do concurso, *“A adjudicação é realizada segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com a metodologia de avaliação constante do Anexo I ao Programa do Concurso, que dele faz parte integrante”*.
- d) Da referenciada metodologia resulta que *“A adjudicação será feita à proposta mais vantajosa atendendo à ponderação dos seguintes factores e subfactores, indicados por ordem decrescente da sua importância”*:
  - **Factor 1** – Mérito artístico da proposta (ponderação: 0,45) – Subfactor 1.1 - Adequação dos motivos criados à função a que se destina (ponderação: 0,40);



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional da Madeira*

---

- Subfactor 1.2 – Adequação dos motivos aos locais escolhidos para a sua colocação (ponderação: 0,20); 1.3 – Inovação dos motivos criados (ponderação: 0,40).
- **Factor 2** – Assistência e mérito técnico da proposta (ponderação: 0,20) - Subfactor 2.1-Tecnologias aplicadas (ponderação: 0,25); Subfactor 2.2 – Qualidade dos materiais (ponderação: 0,25); Subfactor 2.3 – Segurança das instalações (ponderação: 0,25); Subfactor 2.4 – Plano de assistência (ponderação: 0,25).
  - **Factor 3** – Programação e meios a afectar à prestação do serviço (ponderação: 0,20) – Subfactor 3.1 - Metodologia e programação geral dos trabalhos (ponderação: 0,35); Subfactor 3.2 – Meios humanos a afectar à prestação do serviço (ponderação: 0,35); Subfactor 3.3 – Equipamentos a afectar à prestação (ponderação: 0,30).
  - **Factor 4** – Preço (ponderação: 0,15).
- e) Para avaliar os subfactores dos factores 1, 2 e 3 foi adoptada a seguinte escala de pontuação: 5 pontos (Excelente – excede claramente os paradigmas normais e previsíveis); 4 pontos (Muito Bom – Supera os paradigmas normais e previsíveis); 3 pontos (Bom – Corresponde ao paradigma tido por normal e corrente); 2 pontos (Medíocre – Corresponde insuficientemente ao paradigma aceitável); 1 ponto (Mau – Não alcança manifestamente o paradigma aceitável).
- f) Verificado que a entidade adjudicante não densificou, no modelo de avaliação divulgado no programa do concurso, os conceitos de paradigma normal, paradigma previsível, paradigma corrente e paradigma aceitável, a Secretaria Regional do Turismo e Transportes explicitou que, no caso concreto, *“(...) uma densificação demasiado exhaustiva dos critérios valorativos, poderia gerar efeitos perversos, ou seja, sairia prejudicada a criatividade e diversidade das propostas, que tenderiam naturalmente para a uniformidade, uma vez que todos os concorrentes se sentiriam obrigados a conformar-se com os parâmetros rigidamente pré-definidos”*.
- g) Ao concurso foram admitidos o consórcio *“Indutora, Instaladora Eléctrica Madeirense, S.A., e Som ao Vivo, Ld.<sup>a</sup>”*, e a empresa *“LUZOSFERA, Construções, Ld.<sup>a</sup>”*, bem como as suas propostas de € 5 980 850,00 e € 6 390 000,00, respectivamente.
- h) Em sede de análise das propostas, o júri do concurso hierarquizou, como 1.<sup>a</sup> classificada, a proposta da concorrente *“LUZOSFERA – Construções, Ld.<sup>a</sup>”*, na sequência do que lhe foi adjudicado o presente fornecimento, por despacho da Secretária Regional do Turismo e Transportes, de 27 de Outubro último.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

## II - O Direito

No plano da actividade pré-contratual jurídico-administrativa, as regras de avaliação das propostas constituem a pedra angular de qualquer programa de concurso, pelo que a sua enunciação e publicitação reveste-se de inegável importância, tanto para os concorrentes, que com base nelas delinearão, de uma forma ou de outra, a respectiva estratégia e apresentarão, de um modo ou de outro, os seus argumentos, quanto para a entidade adjudicante, posto que é à luz dessas regras que se há-de legitimar a escolha da proposta na óptica do interesse público prosseguido.

Ao mesmo tempo, tal divulgação submete-se a uma disciplina rigorosa de modo a não permitir a subversão do próprio concurso. Por isso se fala na auto-vinculação da Administração às regras que definiu no programa do concurso e no caderno de encargos, cujo carácter regulamentar assenta na sua compatibilização com os preceitos legais e regulamentares injuntivos do regime normativo do contrato público em causa, no sentido de que tudo fique pré-estabelecido, sem possibilidade de alterações posteriores (Margarida O. Cabral, in *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, pags. 82, 94 e 146).

Essa é uma maneira de a Administração exteriorizar isenção e imparcialidade e revelar o verdadeiro espírito de transparência concursal: mostrar que não está a privilegiar nenhum dos concorrentes em detrimento de outros. Aqui, o que está em causa é que a entidade adjudicante se auto-vincule de tal maneira que não venha a fazer uma escolha em função daqueles que aparecem a concorrer. Por outro lado, é também uma forma de os concorrentes ajustarem as suas propostas à vontade contratual unilateralmente anunciada pela entidade adjudicante.

Em sintonia, o CCP consagra, no artigo 132.º, n.º 1, alínea n), que o programa do concurso público deve indicar *“O critério de adjudicação, bem como, quando for adoptado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os factores e os eventuais subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respectivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos factores ou subfactores elementares, a respectiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais”*.

Para tanto, a Administração goza de discricionariedade na escolha do critério de adjudicação e dos respectivos factores e eventuais subfactores e suas ponderações, devendo, no entanto, acolher, na elaboração do modelo de avaliação das propostas, a



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional da Madeira*

---

disciplina veiculada pelos n.ºs 2 a 4 do artigo 139.º do CCP. E, muito particularmente, atender a que, para cada factor ou subfactor elementar, tem de “(...) *ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor*” - n.º 3 do artigo 139.º.

O legislador procura neste domínio, por um lado, garantir que a elaboração do modelo de avaliação das propostas se faça em moldes conformes com os princípios da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, da transparência, da publicidade e da boa fé, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer dos artigos 3.º a 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo. Procura, por outro lado, assegurar a observância daqueles mesmos princípios ao longo da fase de avaliação das propostas, assim como durante as diligências que a preparam ou que se lhe seguem - ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

Nesta linha, a elaboração do modelo de avaliação obedece aos termos prescritos pelas disposições acima invocadas do CCP, o que não passa por densificar o critério de adjudicação através da fixação de factores e subfactores, incluindo as respectivas ponderações, que precisem de concretização nos atributos das propostas que venham a ser apresentadas no concurso ou tenham por referentes esses mesmos atributos.

Tornado público o modelo de avaliação no programa de concurso, à Administração compete relacionar os aspectos das propostas com os factores e subfactores fixados ex-ante e as respectivas ponderações, sendo nessa relação que assenta o juízo de ordenação daquelas para fins de adjudicação, tendo em vista demonstrar que a proposta escolhida reúne as condições prévias estabelecidas para satisfazer o interesse público associado ao contrato.

No caso vertente, a selecção do co-contratante obedeceu ao critério previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP, o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, e o programa do concurso explicitou os factores e os subfactores relativos aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respectivos coeficientes de ponderação.

Todavia, é evidente, logo a uma primeira leitura, que o artigo 5.º do programa do concurso trata de modo inadequado a questão do modelo de avaliação das propostas, porquanto omite a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

de serem propostos para os aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos respeitantes aos subfactores do critério de adjudicação.

Com efeito, para a atribuição das pontuações parciais nos subfactores, o modelo alude somente a uma escala assim estruturada: “5 pontos (*Excelente – excede claramente os paradigmas normais e previsíveis*); 4 pontos (*Muito Bom – Supera os paradigmas normais e previsíveis*); 3 pontos (*Bom – Corresponde ao paradigma tido por normal e corrente*); 2 pontos (*Medíocre – Corresponde insuficientemente ao paradigma aceitável*); 1 ponto (*Mau – Não alcança manifestamente o paradigma aceitável*)”.

A ideia que pode formular-se, a este respeito, é a de que os paradigmas de referência são vagos e genéricos, não abonam a favor de uma avaliação objectiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, qualquer densificação ou determinação objectiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

A complexidade da questão aumenta quando na decomposição do critério de adjudicação surgem factores do tipo “*Mérito artístico da proposta*”, “*Assistência e mérito técnico da proposta*” ou “*Programação e meios a afectar à prestação do serviço*”, e depois estes são decompostos noutros conceitos (subfactores) igualmente indeterminados.

Por aqui a entidade adjudicante poderá efectivamente escolher quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos factores e subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos e, portanto, permitem que ela escolha quem quiser e depois faça uma fundamentação à medida da sua intenção.

Com efeito, o júri, após conhecer o conteúdo das propostas e já na fase de análise destas, recorreu a elementos de apreciação que funcionaram como parâmetros que interfiram na aplicação dos subfactores, sem que tivesse havido qualquer vinculação prévia a esse propósito no modelo de avaliação divulgado no programa do concurso. Como se bastasse uma fundamentação assente em ponderações subjectivas e aleatórias, e com recurso a critérios gerais e expressões variáveis, tendentes a preencher o que ficara em aberto na atribuição das menções qualitativas/quantitativas [Excelente (5 valores), Muito Bom (4 valores), Bom (3 valores), Medíocre (2 valores) e Mau (1 valor)].

A verdade, porém, é que a questão não se reconduz à fundamentação das decisões, mas sim ao facto de o júri ter criado parâmetros de avaliação em função dos atributos das propostas, recorrendo a uma matriz arbitrária de análise dos respectivos pontos fortes e fracos, que pontuou discricionária e subjectivamente nos subfactores indicados.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

Deste modo os concorrentes não tiveram prévio conhecimento dos parâmetros que o júri elegeu “*á posteriori*” e a seu bel-prazer, no que considerou ser determinante para a graduação de cada uma das propostas.

Quer dizer, faltou definir, clara e previamente, o conjunto ordenado de diferentes atributos que permitisse a atribuição das pontuações parciais nos subfactores, em sintonia com o disposto na norma do n.º 5 do artigo 139.º do CCP, cujos termos estipulam que as pontuações parciais de cada proposta são atribuídas pelo júri através da aplicação da “expressão matemática” ou, quando esta não existir, através de um juízo de comparação dos respectivos atributos com o conjunto ordenado referido no n.º 3 do mesmo artigo 139.º.

E, neste quadro, paira a dúvida e a suspeita de que o procedimento possa não ter tido a isenção e transparência que se esperava, sendo possível admitir que a eleição “*ad hoc*” dos parâmetros favoreceu a adjudicatária em prejuízo do concorrente preterido. Afinal, sob a aparência do concurso público, subsiste o problema da verdadeira auto-vinculação da Administração no procedimento, ficando a sensação de que, de facto, o critério de adjudicação serviu para legitimar a escolha que se quis fazer.

Tem-se assim por relevante que sobre a entidade adjudicante impendia a obrigação de explicitar no modelo de avaliação as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dar conhecimento aos concorrentes no programa do concurso, conforme prescrevem os artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP, cuja violação determina a anulabilidade do acto final de adjudicação, nos termos do artigo 135.º do Código do Procedimento Administrativo, a qual se transmite ao contrato em análise, por força do preceituado no artigo 283.º, n.º 2, do CCP.

Não pode deixar de reconhecer-se que é a solução legal que vem de pôr-se em destaque que a Secretaria Regional do Turismo e Transportes questiona. E questiona por entender que “(...) *a densificação pretendida melhor se alcança, nos contratos com estas características, com a obrigação de justificar factualmente, perante a especificidade de cada item em análise, a razão de ser da pontuação ou classificação concretamente atribuídas*”.

Este ponto reveste a máxima importância, quanto se emite uma opinião sem suporte na lei com base tão-só em que a solução legal não se ajusta às características do contrato, como se fosse possível alterar ou afastar a solução jurídica concreta que, por via de regra, há-de conformar condutas futuras. O que se defende é, no fim de contas, uma intolerável invasão da zona mais nuclear do processo de avaliação das propostas. Contrária não apenas à



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional da Madeira*

---

lógica do sistema, como à solução que corresponde (a única que corresponde) à letra dos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP.

À luz dos fundamentos de recusa de visto, taxativamente enunciados nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, a ilegalidade decorrente da violação das normas ínsitas aos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do CCP pode constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão normativa da citada alínea c), por se mostrar, pelo menos em abstracto, susceptível de perturbar os interesses dos concorrentes e fazer inclinar para algum dos lados o resultado final do concurso.

Anota-se que a factualidade recolhida nos presentes autos tem contornos em tudo coincidentes com os da apurada no âmbito da análise efectuada a outros processos da SRTT, a cujos contratos foi concedido o visto com recomendações, através, entre outras, da Decisão n.º 3/FP/2007, de 1 de Fevereiro, e, mais recentemente no domínio do CCP, da Decisão n.º 10/FP/2009, de 27 de Outubro, proferidas nos processos com os n.ºs 75/2006 e 54/2009, respectivamente.

Não despicienda é também a circunstância de este Tribunal ter realizado, em 2006, uma auditoria de fiscalização concomitante ao contrato relativo à *“criação, construção, recuperação dos motivos metálicos, montagem e desmontagem das iluminações decorativas nas Festas de Natal e Passagem do Ano de 2005 e nas Festas de Carnaval do ano de 2006, na Região Autónoma da Madeira”*, a qual culminou com a aprovação do Relatório n.º 11/2006-FC/SRMTC.

Nesse Relatório o Tribunal dirigiu uma recomendação à então Secretaria Regional do Turismo e Cultura com o seguinte teor: *“Na decomposição do critério de adjudicação em factores e subfactores, adopte conceitos determinados, com conteúdos objectivos e precisos, indicando os elementos ou aspectos que neles interferem, de modo a que a sua aplicação às propostas respeite os princípios da transparência e da publicidade, da igualdade, da imparcialidade e da boa-fé consagrados nos art.ºs 8.º, 9.º, 11.º e 13.º, do DL n.º 197/99”*.

Interessa, por isso, reter que o concurso público em análise foi aberto já depois de os responsáveis pela Secretaria Regional conhecerem quer a recomendação da Decisão n.º 3/FP/2007, de 1 de Fevereiro, quer a do Relatório n.º 11/2006-FC/SRMTC, as quais, em princípio, deviam ter sido acolhidas no procedimento desencadeado em 2009, uma vez que não se pode falar de uma real e inequívoca incompatibilidade das recomendações com a legislação posteriormente aprovada.



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional da Madeira*

---

Todavia, o certo é que, à data, o Tribunal assentou a sua jurisprudência no regime jurídico constante do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, entretanto revogado, com excepção dos art.ºs 16.º a 22.º e 29.º, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, cujo artigo 1.º aprovou o Código dos Contratos Públicos.

De outro lado, concede-se que a entrada em vigor do CCP possa ter suscitado, numa fase inicial, algumas dificuldades na sua aplicação, porquanto o mesmo Código, apesar de acolher uma visão já perfilhada nas suas linhas essenciais pelo Decreto-Lei n.º 197/99, não “repristinou” exactamente as respectivas soluções na matéria ora em debate.

Em face do que disse, e tendo ainda em atenção a circunstância de não se poder dar por adquirida a alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, o Tribunal de Contas considera adequado fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

E, neste contexto, **recomenda** à Secretaria Regional do Turismo e Transportes que, em procedimentos administrativos futuros, observe o preceituado nos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2 e 3, ambos do CCP, no tocante á elaboração do modelo de avaliação das propostas, quando for adoptado o critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Em concreto, há que afastar a possibilidade de ocorrência de situações que, ainda que remotamente, sejam passíveis de abalar a objectividade e imparcialidade da entidade adjudicante, aferidas não do seu ponto de vista, mas sim do ponto de vista do universo dos potenciais candidatos, quer em concreto, quer em potência, para assim dissipar dúvidas sobre a isenção do seu comportamento concursal.

Tal recomendação não é, seguramente, uma proclamação retórica, despida de qualquer significado, mas sim um padrão ou critério de conduta para a entidade destinatária, que passa a ter confiada a tarefa ou o encargo de velar pelo seu acolhimento.

A Secretaria Regional do Turismo e Transportes não pode, decerto, em boa metodologia jurídica, perante a existência de normas jurídicas claras que instituem um rigoroso e inovador modelo de avaliação das propostas, e que não ofendem normas de hierarquia superior nem violam limitações legais de carácter geral, pretender sobrepor às prescrições normativas os seus próprios juízos, mesmo que os considere mais adequados que os emanados dos órgãos com competência legislativa.





# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

Daí que, no controlo do modo como os actuais responsáveis pela Secretaria Regional do Turismo e Transportes acolhem a recomendação que o Tribunal lhes deixa, haja de operar-se com uma particular firmeza.

### **III – Decisão**

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato em apreço, com a **recomendação expressa no final da parte II da presente** decisão.

São devidos emolumentos, no montante de € 6 390,00.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 19 de Janeiro de 2010.

**O JUIZ CONSELHEIRO,**

*(Alberto Fernandes Brás)*

**A ASSESSORA,**

*(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)*

**O ASSESSOR,**

*(Alberto Miguel Faria Pestana)*

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

*(Orlando de Andrade Ventura da Silva)*

Processo n.º 72/2009 – Secretaria Regional do Turismo e Transportes.