



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 05/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 9 de Fevereiro de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou os contratos do Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E. (SESARAM, E.P.E.), a seguir identificados:

- o contrato relativo “à obra das novas instalações do refeitório e substituição das chapas da cobertura do edifício 2 do Hospital Cruz de Carvalho”, outorgado, a 17 de Novembro de 2009, com a empresa “OLCA Construções, Ld.ª”, pelo valor de € 592.724,09, acrescido de IVA (processo n.º 84/2009);
- e o contrato da “empreitada de remodelação do antigo Laboratório de Patologia Clínica para instalação do Hospital de Dia da Hemato-Oncologia, Unidade da Dor e Serviço de Imagiologia”, outorgado, a 20 de Novembro de 2009, com a firma “TECNOVIA MADEIRA, Sociedade de Empreitadas, S.A.”, pelo preço de € 584 000,00, mais IVA (processo n.º 86/2009).

I - Os Factos

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

- a) Os supras identificados contratos foram celebrados na sequência de concurso público, sujeito ao regime jurídico aprovado pelo Código dos Contratos Públicos (CCP).
- b) Em ambos os concursos, a cláusula 6.ª do respectivo programa aludia a que o critério de adjudicação era o da proposta economicamente mais vantajosa, decomposto nos seguintes factores, indicados por ordem decrescente da sua importância: Factor A – Valia técnica da proposta (0,50); Factor B - Preço da obra (0,40); Factor C – Prazo de execução (0,10).
- c) Para avaliar o Factor A, foram adoptados os subfactores a seguir discriminados: A1) Plano de Trabalhos, Plano de Mão-de-obra e Plano de Equipamentos a afectar à obra (0,35); A2) Memória Descritiva e Justificativa da execução da obra (0,35); A3) Adequação dos Planos de Mão-de-obra e Equipamentos ao Plano de Trabalhos (0,30).
- d) A classificação dos mencionados subfactores processou-se de acordo com a seguinte escala de pontuação: 2 (dois) pontos – Não Satisfaz; 6 (seis) pontos – Satisfaz; 10 (dez) pontos – Bom.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- e) Verificado que o modelo de avaliação divulgado no programa dos concursos não explicitava as condições de atribuição das pontuações da referida escala, o SESARAM, E.P.E, alegou que “ (...) a respectiva densificação está espelhada na avaliação da única proposta admitida a concurso (...), ressaltando que essa avaliação em nada feriu os princípios basilares da contratação pública. No entanto, consciente que importa melhorar o modelo de avaliação das propostas, adequando-o com maior rigor ao estatuído no Código dos Contratos Públicos, já foram tomadas medidas nesse sentido, designadamente fomentando a formação nessa matéria”.
- f) Mais foi apurado que o mapa de quantidades exibido nos concursos fazia referência às marcas comerciais ou industriais «ALAÇO», «YEOMAN», «SHIELD», «SCHUKO», «SPIROVENT», «LEGRAND», «TLV», «SPIRO», «ARMAFLEX» e «WAGO», de alguns dos artigos a incorporar nas obras em causa, desacompanhadas da menção “ou equivalente” (ver os pontos 3.5, 3.10, 3.10.1, 4.1.5, 4.1.6, 4.1.8, 4.1.9, 4.1.10, 4.3.3, 5.2.4.1, 5.2.4.2, 5.2.5.2, 5.2.5.1, 5.2.7.1, 5.3.5.1, 5.3.5.2, 5.4.4.1, 5.4.4.2 e 5.5.4.1 do mapa da empreitada de remodelação do antigo Laboratório de Patologia Clínica e os pontos 4.1, 10.1, 16.1.3, e 17.1.1.5.1 do mapa da obra das novas instalações do refeitório e substituição das chapas da cobertura do edifício 2 do Hospital Cruz de Carvalho).
- g) O SESARAM, E.P.E., argumenta que “Tal indicação visava simplesmente impor um mínimo de qualidade e obter uniformidade entre todos os materiais desta natureza em uso no Hospital Dr. Nélio Mendonça”. (...). No entanto, a verdade é que em tempo algum se pretendeu violar quaisquer princípios da contratação pública e, também aqui, já foram dadas instruções tendentes ao rigoroso cumprimento do Código dos Contratos Públicos”.

II - O Direito

1. Fixada a matéria de facto interessa começar por referir que 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 a respectiva estratégia e apresentarão 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



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

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).

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 disciplina veiculada pelos n.ºs 2 a 4 do artigo 139.º do mesmo 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.

Nesta linha, quando for escolhido o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, a elaboração do modelo de avaliação do concurso público obedece ao preceituado pelas disposições acima invocadas do CCP, sendo, pois, este o critério jurídico decisivo a ter em conta na situação que nos ocupa, à luz do qual a questão de direito não poderá deixar de ser analisada.

No caso vertente, a selecção dos co-contratantes 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 a cláusula 6.ª do programa de cada 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 de serem propostos para os aspectos da execução do contrato submetidos à



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

concorrência pelo caderno de encargos respeitantes aos subfactores “Plano de Trabalhos, Plano de Mão-de-obra e Plano de Equipamentos a afectar à obra”, “Memória Descritiva e Justificativa da execução da obra” e “Adequação dos Planos de Mão-de-obra e Equipamentos ao Plano de Trabalhos”.

A ideia que pode formular-se, a este respeito, é a de que dizer-se que “A classificação dos subfactores será atribuída de acordo com a seguinte escala de pontuação: 2 (dois) pontos – Não Satisfaz; 6 (seis) pontos – Satisfaz; 10 (dez) pontos – Bom” não abona a favor de uma avaliação objectiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não fornece, previamente, qualquer densificação ou determinação objectiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

Por aqui a entidade adjudicante poderá escolher quem mais lhe interessar e fundamentar a sua escolha nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos e, portanto, permitem que o júri, após conhecer o conteúdo das propostas e já na fase de análise destas, recorra a elementos de apreciação que funcionam como parâmetros que interferem na aplicação dos subfactores, sem que tivesse havido qualquer vinculação prévia a esse propósito no modelo de avaliação divulgado no programa do concurso.

Quer dizer, no caso 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, num quadro em que o júri criou a seu bel-prazer parâmetros de avaliação em função dos atributos das propostas, tendentes a preencher o que ficara em aberto na atribuição das menções qualitativas/quantitativas, naquilo que considerou ser determinante para a graduação de cada uma das propostas, paira a dúvida de que o procedimento possa não ter tido a isenção e transparência que se esperava, sendo possível admitir que o critério de adjudicação serviu para legitimar a escolha que se quis fazer.

É bom de ver que a fixação de subfactores que necessitam de concretização nos atributos das propostas a apresentar, ou que tenham por referentes esses mesmos atributos, não afasta, antes pelo contrário, a possibilidade de ocorrência de situações 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.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Tem-se assim por relevante que a entidade adjudicante tinha 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 e 3, do CCP.

2. Dos factos relatados, ressalta ainda que o dono da obra referenciou no mapa de quantidades de trabalhos patenteado nos concursos marcas comerciais ou industriais de material e equipamento a incorporar na obra, quando esta prática é proibida pelo artigo 49.º, n.º 12, do CCP.

Com efeito, a invocada disposição legal proíbe as entidades adjudicantes de indicarem, nas peças do concurso, “(...) especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens”.

A título excepcional, se não for possível formular uma descrição das prestações do objecto da empreitada com recurso a especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados, são autorizadas essas referências quando acompanhadas da menção «ou equivalente», tal como admite o artigo 49.º, n.º 13, do CCP.

O legislador, assim procedendo, exprimiu, no plano técnico-jurídico, o seu pensamento de forma clara e objectiva, apontando para a impossibilidade de o dono da obra recorrer a práticas do tipo da utilizada no caso vertente, as quais podem favorecer ou prejudicar determinadas empresas e introduzir elementos discriminatórios no acesso aos concursos.

A nota a reter é, pois, a de que das normas do artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, do CCP, por si só, decorre já a sua concreta operatividade jurídica e força vinculativa, não se podendo afirmar que estas regras são de difícil aplicação ou que carecem de qualquer intervenção legislativa específica para produzir os efeitos pretendidos pelo legislador, de interditar as entidades adjudicantes de indicarem marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, ou de uma origem ou produção determinadas, quando não acompanhadas da menção «ou equivalente».

3. 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 e 3, do CCP, pode constituir motivo de recusa de visto no quadro da previsão da citada alínea c), por se mostrar, pelo menos em abstracto, passível de perturbar os interesses dos concorrentes e fazer inclinar para algum dos lados o resultado final dos concursos.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

A mesma conclusão é válida para a ilegalidade resultante da ofensa ao artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, ainda do CCP, na medida que é susceptível de introduzir elementos discriminatórios no acesso aos concursos e restritos da concorrência, e, com isso, potenciar o favorecimento de alguns concorrentes em detrimento de outros.

Acresce que esta Secção Regional identificou idêntica ilegalidade no âmbito da análise ao processo n.º 38/2008 do Serviço Regional de Saúde, E.P.E., entretanto transformado em Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., tendo então concedido o visto ao correlativo contrato através da Decisão n.º 12/FP/2008, de 21 de Abril, e recomendado a observância futura do preceituado no art.º 65.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, relativamente à obrigação de fazer acompanhar a indicação de marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, da menção “ou equivalente”.

Pelo que, usufruindo a recomendação então formulada de análogo suporte legal no regime do CCP, sobre os responsáveis pelo SESARAM, E.P.E., impendia o dever de providenciar pelo seu acatamento nos procedimentos lançados após a notificação da citada Decisão.

Todavia, sabe-se que a aludida recomendação não foi acolhida nos concursos em análise, desencadeados ambos em 2009, em virtude de os projectos das empreitadas não terem sido convenientemente revistos na sequência da sua encomenda e aquisição a um gabinete externo, o que revela alguma falta de articulação entre os serviços do SESARAM, E.P.E., e a entidade contratada para a elaboração das peças escritas e desenhadas dos projectos. Seja como for, a prova disponível não evidencia qualquer intenção premeditada de infringir as determinações legais referentes às especificações técnicas.

Assim, e sem que isto signifique que o desacatamento de recomendação seja desprovido de consequência e não suscite reacção do Tribunal, tende-se a enquadrar a resolução da questão na perspectiva de que não existe um nexo de causalidade entre a ilegalidade detectada nos autos e qualquer conduta deliberada de desconsiderar a referenciada recomendação.

De outro lado, valoriza-se a atitude assumida pelo SESARAM, E.P.E., expressa na comunicação de que “(...) já foram dadas instruções tendentes ao rigoroso cumprimento do Código dos Contratos Públicos”, para prevenir e evitar a ocorrência de casos semelhantes no futuro.

A partir deste ponto de vista, e ponderando ainda que a violação do artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, e dos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 e 3, todos do CCP, não importou numa efectiva alteração do resultado financeiro dos contratos, o Tribunal considera ajustado à presente situação o uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** aos contratos em apreço, com as seguintes **recomendações** ao SESARAM, E.P.E., no sentido de que, em futuros procedimentos de empreitadas de obras públicas:

- a) Observe o preceituado nos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º, n.ºs 2 e 3, ambos do Código dos Contratos Públicos, no tocante á elaboração do modelo de avaliação das propostas, quando for adoptado o critério da proposta economicamente mais vantajosa.
- b) Faça acompanhar a indicação de marcas comerciais ou industriais, de patentes ou modelos, da menção «ou equivalente», observando, para o efeito, o preceituado no artigo 49.º, n.ºs 12 e 13, do mesmo Código.

São devidos emolumentos, no montante de € 592,72 no processo n.º 84/2009 e de € 584,00 no processo n.º 86/2009.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 9 de Fevereiro 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)

Processos n.ºs 84 e 86/2009 – Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E..