



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

Transitou em julgado em 15-02-2012

## DECISÃO N.º 2/FP/2012

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 31 de janeiro de 2012, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato avulso número 113/2011, respeitante à empreitada de “*renovação urbanística da Estrada Monumental, incluindo ciclovia*”, outorgado, em 24 de outubro de 2011, entre o Município do Funchal, e o consórcio externo composto pelas empresas “*Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*” e “*Zagope – Construções e Engenharia, S.A.*”, pelo preço de 3 498 000,00€ (s/IVA).

### I - OS FACTOS

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

- a) A celebração do contrato em apreço foi precedida de concurso público, sujeito ao regime jurídico aprovado pelo Código dos Contratos Públicos<sup>1</sup>.
- b) O aviso de abertura do concurso foi divulgado no Diário da República, II Série (Parte L), n.º 90, de 10 de maio de 2011, tendo o respetivo preço base ficado pelos 3 840 000,00€ (s/IVA).
- c) O prazo de execução da empreitada é de 540 dias a contar da data da consignação, ocorrida no dia 23 de novembro de 2011.
- d) A entidade adjudicante exigia, no ponto 9.º do programa do concurso, que os potenciais concorrentes detivessem um alvará de classificação de empreiteiro de obras públicas que titulasse as seguintes autorizações:
  - ❖ Empreiteiro geral ou Construtor geral de Obras de Urbanização e outras Infraestruturas na classe que cobrisse o valor global da sua proposta;
  - ❖ 1.ª Subcategoria da 4.ª categoria na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitasse;
  - ❖ 1.ª, 2.ª, 6.ª, 9.ª e 10.ª Subcategorias da 5.ª categoria na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitasse.
- e) E no ponto 17.1 determinava que a adjudicação recairia sobre a proposta economicamente mais vantajosa tendo em conta os seguintes fatores:

**Preço – 55%**

**Valia técnica da proposta – 45%**

<sup>1</sup> Aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e objeto da Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de junho, e pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

O ponto 17.2 da mesma peça concursal remetia para a **SECÇÃO 2 – Regulamento de avaliação**, no qual se encontrava plasmado o modelo de avaliação das propostas.

Nos termos dos pontos 4.1 e 4.2 do citado Regulamento, as propostas dos concorrentes seriam apreciadas, analisadas, avaliadas e, em função disso, hierarquizadas por ordem decrescente de mérito, sendo o mérito das propostas aferido em função dos fatores e subfactores de análise consignados no programa do concurso, que de seguida se reproduzem:

<b>Fator</b>	<b>Subfactor</b>	<b>Ponderação</b>
Preço	X	55%
Valia técnica da proposta	1.º Subfactor – Plano de Trabalhos através do Diagrama de Barras tipo Gant	15%
	2.º Subfactor – Plano de Mão-de-Obra	10%
	3.º Subfactor – Plano do Equipamento	10%
	4.º Subfactor – Cronograma Financeiro	5%
	5.º Subfactor – Memória Descritiva e justificativa de execução da obra	5%
		100%

Para efeitos de cálculo final de cada proposta foi definida a seguinte fórmula matemática no ponto 6.3 do Regulamento:

$VFi = 0,55xPi + 0,15x1.ºSFi + 0,10x2.ºSFi + 0,10x3.ºSFi + 0,05x4.ºSFi + 0,05x5.ºSFi$  em que:

VFi = Pontuação final de cada proposta;

Pi = Pontuação do preço (Fator preço) de cada proposta;

SFi = Pontuação dos Subfactores da valia técnica de cada proposta.

Em caso de empate entre duas ou mais propostas, seriam as mesmas classificadas em função da pontuação que cada uma delas obtivesse no fator do critério com maior ponderação, isto é, o Preço. A manter-se o empate técnico, a classificação das propostas resultaria da apreciação global relativa preconizada pelo júri dos sucessivos fatores ou subfactores de ponderação (vide o ponto 7).

Por força do ponto 8. do Regulamento, a análise das propostas em face do fator **Preço** seria operacionalizada através da aplicação da fórmula seguidamente indicada, sendo considerada mais vantajosa a que apresentasse a pontuação mais elevada:

$$Pi = 2 + \frac{(P_{base} - P_{proposta})}{(0,2 \times P_{base})} \times 2$$

Em que:

Pbase = Preço base fixado no processo de concurso (preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar);

Pproposta = Preço de cada proposta concorrente em análise;

Pi = Pontuação do preço de cada proposta para valores iguais ou inferiores ao preço base.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

Mandava o ponto 8.2 que a escala de pontuação do critério preço seria variável de 2 até 5 valores, sendo 2 quando o valor da proposta fosse igual ao valor base considerado no processo de concurso e 5 quando o valor da proposta fosse igual ao valor fixado como limite de proposta anormalmente baixa considerado no programa de concurso. Para valores iguais ou abaixo do valor fixado como limite de proposta anormalmente baixa, devidamente justificados, a pontuação poderia ser superior a 5 valores.

Quanto ao fator **Valia Técnica da Proposta**, seria preenchido pelos 5 subfactores acima descritos (vide o ponto 4. do Regulamento), que participariam nas percentagens também ali indicadas para a pontuação final das propostas naquele fator (vide o ponto 9.).

Assim, a análise das propostas, em face deste fator, seria operacionalizada pelos descritores referentes a cada subfactor, abaixo enunciados:

## 1.º SUB-FATOR (1.º SFi) – PLANO DE TRABALHOS ATRAVÉS DO DIAGRAMA DE BARRAS TIPO GANT (15%)

	Descritor	Pontuação
PLANO DE TRABALHOS ATRAVÉS DO DIAGRAMA DE BARRAS TIPO GANT (15%)	O concorrente revela uma inequívoca e perfeita perceção da realidade da obra, apresenta um diagrama de barras adequadamente escalonado e com todas as especificações técnicas solicitadas pelo PC, superando claramente o exigido com a introdução de novas e melhores metodologias e/ou elementos adicionais inovadores e relevantes em relação aos diagramas usualmente aplicados em obras da mesma natureza da obra em concurso.	<b>5 (excelente)</b>
	O concorrente revela uma muito boa perceção da realidade da obra, apresenta um diagrama de barras adequadamente escalonado e com todas as especificações solicitadas pelo PC. Utiliza uma metodologia de diagrama de barras usualmente aplicada em obras da mesma natureza da obra em concurso, evidenciando-se no rigor do mesmo e no recurso a uma criteriosa utilização de subactividades afetas ao desenvolvimento da obra, para além das atividades principais previstas.	<b>4 (bom)</b>
	O concorrente revela uma suficiente perceção da realidade da obra, apresenta um diagrama de barras adequadamente escalonado e com todas as especificações solicitadas pelo PC, muito embora possam eventualmente ser já detetadas algumas falhas não significativas. Utiliza uma metodologia de diagrama de barras usualmente aplicada em obras da mesma natureza da obra em concurso, desenvolvido apenas nas atividades principais previstas.	<b>3 (suficiente)</b>
	O concorrente revela ter pouca perceção da realidade da obra, apresentando um diagrama de barras com falhas significativas quer na metodologia adotada, quer no escalonamento das atividades e na falta das especificações técnicas solicitadas pelo PC.	<b>2 (insuficiente)</b>
	O concorrente revela um desconhecimento total da realidade da obra, apresentando um diagrama de barras irrealista e/ou utilizando metodologias não adequadas sem as especificações técnicas solicitadas pelo PC.	<b>1 (mau)</b>

## 2.º SUB-FATOR (2.º SFi) – PLANO DE MÃO DE OBRA (10%)

	Descritor	Pontuação
PLANO DE MÃO DE OBRA (10%)	O concorrente apresenta um plano de mão-de-obra perfeitamente enquadrado com o diagrama de barras do plano de trabalho, com todas as especificidades técnicas inerentes a este tipo de documento, superando claramente o exigido com a introdução de novas metodologias inovadoras e relevantes.	<b>5 (excelente)</b>
	O concorrente apresenta um plano de mão-de-obra perfeitamente enquadrado com o diagrama de barras do plano de trabalho, utilizando as especificidades técnicas e metodologias comuns a este tipo de documento, denotando uma boa e eficaz afetação quer de tipologias, quer da carga de mão-de-obra à obra.	<b>4 (bom)</b>

	Descritor	Pontuação
	O concorrente apresenta um plano de mão-de-obra medianamente enquadrado com o diagrama de barras do plano de trabalho, utilizando as especificidades técnicas e metodologias comuns a este tipo de documento, denotando uma adequada afetação quer de tipologias, quer da carga de mão-de-obra à obra, muito embora já se possam detetar alguma deficiências não significativas.	<b>3 (suficiente)</b>
	O concorrente apresenta um plano de mão-de-obra, utilizando as especificidades técnicas e metodologias comuns a este tipo de documento, muito embora já denote falhas significativas quer seja no enquadramento com o diagrama de barras do plano de trabalho, quer na afetação de tipologias e cargas de mão-de-obra à obra.	<b>2 (insuficiente)</b>
	O concorrente apresenta um plano de mão-de-obra absolutamente desenquadrado com o digrama de barras do plano de trabalho, utilizando especificidades técnicas e metodologias inadequadas a este tipo de documento.	<b>1 (mau)</b>

### 3.º SUB-FATOR (3.º SFi) – PLANO DE EQUIPAMENTO (10%)

	Descritor	Pontuação
PLANO DE EQUIPAMENTO (10%)	O concorrente apresenta um plano de mão de equipamentos perfeitamente enquadrado com o diagrama de barras do plano de trabalho, com todas as especificidades técnicas inerentes a este tipo de documento, superando claramente o exigido com a introdução de novas metodologias inovadoras e relevantes.	<b>5 (excelente)</b>
	O concorrente apresenta um plano de equipamentos perfeitamente enquadrado com o diagrama de barras do plano de trabalho, utilizando as especificidades técnicas e metodologias comuns a este tipo de documento, denotando uma boa e eficaz afetação quer de tipologias, quer da distribuição e número de equipamentos a utilizar na obra.	<b>4 (bom)</b>
	O concorrente apresenta um plano de equipamentos, utilizando as especificidades técnicas e metodologias comuns a este tipo de documento, muito embora já denote falhas significativas quer seja no enquadramento com o diagrama de barras do plano de trabalho, quer na afetação de tipologias, distribuição e número de equipamentos de equipamentos a utilizar na obra.	<b>2 (insuficiente)</b>
	O concorrente apresenta um plano de equipamentos absolutamente desenquadrado com o digrama de barras do plano de trabalho, utilizando especificidades técnicas e metodologias inadequadas a este tipo de documento.	<b>1 (mau)</b>

### 4.º SUB-FATOR (4.º SFi) – CRONOGRAMA FINANCEIRO (5%)

	Descritor	Pontuação
CRONOGRAMA FINANCEIRO (5%)	O Cronograma Financeiro reflete inequivocamente o Plano de trabalhos.	<b>4 (bom)</b>
	O Cronograma Financeiro reflete algumas deficiências na confrontação com o plano de trabalhos.	<b>3 (suficiente)</b>
	O Cronograma Financeiro está completamente desajustado em relação ao plano de trabalhos.	<b>1 (mau)</b>

### 5.º SUB-FATOR (5.º SFi) – MEMÓRIA DESCRITIVA E JUSTIFICATIVA DE EXECUÇÃO DA OBRA (5%)

	Descritor	Pontuação
MEMÓRIA DESCRITIVA E JUSTIFICATIVA DE EXECUÇÃO DA OBRA (5%)	A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra reflete uma inequívoca perceção da realidade e especificidade da obra, particularizando todos os aspetos essenciais da mesma.	<b>4 (bom)</b>
	A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra reflete uma mediana perceção da realidade e especificidade da obra, de um modo generalista e sem particularizar todos os aspetos essenciais da mesma.	<b>3 (suficiente)</b>
	A memória descritiva e justificativa do modo de execução da obra é bastante omissa e desajustada da realidade e especificidade da obra.	<b>1 (mau)</b>



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

- f) Apresentaram propostas os 8 concorrentes que se identificam no quadro abaixo, tendo 4 sido excluídas e 4 admitidas (vide o relatório preliminar elaborado pelo júri a 12 de agosto de 2011):

Concorrentes	Valor € (S/ IVA)	Prazo (dias)	Admitido	Excluído
Consórcio Sibafil Sociedade de Empreitadas, Lda. e Silva Brandão e Filhos, Lda.	3.600.000,00	540		✓
Consórcio Tecnovia Madeira Sociedade de Empreitadas SA e Zagope Construções e Engenharia SA	3.498.000,00	540	✓	
Construtora do Tâmega Madeira SA	3.605.000,00	540	✓	
Consórcio Arlindo Correia e Filhos SA e Socicorreia Engenharia, Lda.	3.830.000,00	540		✓
José Avelino Pinto Construção e Engenharia, SA	3.628.224,80	540	✓	
Somague Engenharia Madeira, SA	3.808.149,00	540	✓	
Afávias Engenharia e Construções SA	3.785.000,00	540		✓
Consórcio Tecnaco Técnicos de Construção SA e HCI Construções SA	4.056.547,91	540		✓

- g) As exclusões das 4 propostas tiveram na base os seguintes fundamentos:

Concorrentes	Fundamentação
Consórcio Sibafil Sociedade de Empreitadas, Lda. e Silva Brandão e Filhos, Lda. Consórcio Arlindo Correia e Filhos SA e Socicorreia Engenharia, Lda. Afávias Engenharia e Construções SA Consórcio Tecnaco Técnicos de Construção SA e HCI Construções SA	Todos estes concorrentes apresentam um plano de pagamentos onde consideram o mês de início da facturação igual ao mês de início do Cronograma Financeiro, não respeitando assim o prazo mínimo de pagamento em vigor, de 30 dias a 60 dias, conforme estipulado na al. e) do art. 7 do Programa de Concurso e Clausula 32, nºs 3 e 4 do Caderno de Encargos. Ao fixar na Clausula 32 nºs 3 e 4 o prazo de pagamento, fixou um parâmetro base de cumprimento obrigatório, não submetido à concorrência, art. 70 nº2 al. b) que leva à sua exclusão ao abrigo do artigo 146 nº 2 al. o) do Código dos Contratos Públicos  O concorrente em Consórcio Tecnaco Técnicos de Construção SA e HCI Construções SA, apresenta um valor superior ao valor base do Concurso, artigo 5º do Programa de Concurso. A violação do preço base é fundamento para exclusão, artigos 47 nº1, alínea b) do nº 2 do artigo 70º, artigo 146 nº 2 al. o) todos do CPP

- h) Depois de aplicado o critério de adjudicação, foi selecionada pelo júri a proposta apresentada em conjunto pela “*Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A.*” e pela “*Zagope – Construções e Engenharia, S.A.*”, deliberação que foi mantida após o decurso do prazo concedido para efeitos de audiência de interessados, tendo o júri proposto a adjudicação da obra em referência ao consórcio constituído por aquelas duas empresas, pelo preço contratual de 3 498 000,00€ (s/IVA) (vide o relatório final de 1 de setembro passado).
- i) Nessa sequência, a 8 de setembro de 2011, foi adjudicada a empreitada vertente ao consórcio *Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A./Zagope – Construções & Engenharia, S.A.*, por deliberação tomada por maioria dos membros da Câmara Municipal do Funchal.

j) Em sede de verificação preliminar do processo foi solicitado à Autarquia do Funchal, a coberto do ofício com a referência UAT I/595, de 5 de dezembro de 2011, que:

- No tocante ao modelo de avaliação das propostas fixado no ponto 17. do programa do concurso, assente no critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, se explicitasse em que medida a determinação das condições de atribuição das menções quantitativas da escala valorativa definida para os subfactores que compunham o fator “*Valia técnica da proposta*” (em que foram adotadas expressões vagas e indeterminadas como “*inequívoca e perfeita*” e “*muito boa*” e advérbios tais como “*perfeitamente*” e “*medianamente*”), observou a disciplina normativa ínsita nos art.ºs 132.º, n.º 1, al. n), in fine, e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do Código dos Contratos Públicos.
- Demonstrasse que o requisito habilitacional fixado no ponto 9. do programa do concurso, consubstanciado na exigência da titularidade, pelos concorrentes, do alvará de construção de “*empreiteiro geral ou construtor geral de obras de urbanização e outras infraestruturas na classe que cubra o valor global da sua proposta*”, não ofendia o consagrado no artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro.

Quanto à primeira das questões colocadas, a Edilidade argumentou que “*A pontuação dos subfactores da Valia Técnica da Proposta baseia-se de uma forma geral numa graduação simples **também utilizada no sistema escolar** (negrito nosso), isto é, 5 (excelente), 4 (bom), 3 (suficiente), 2 (insuficiente) e 1 (mau). Em cada um dos níveis de pontuação existe um descritivo geral que pretende ser o mais objetivo e explicativo possível para cada situação. Nesse descritivo utilizam-se palavras como «inequívoca e perfeita», «muito boa», «perfeitamente e medianamente», que são utilizadas como auxiliares na apreciação geral das matérias de planeamento de obras, que pela sua natureza técnica são de difícil caracterização e objetivação, mas que no fundo não se pretende mais do que avaliar o modo e a intensidade com que o concorrente estudou a obra (de um mau a um excelente estudo/perceção da obra e que se vai refletir na idoneidade e validade técnica dos elementos da proposta a classificar (plano de trabalhos, plano de equipamento, plano de mão de obra, etc.)”.*

Adiantou ainda que “*Estes modelos de avaliação têm sido utilizados por este Município e nunca foram alvo de reclamação e ou esclarecimento por parte de concorrentes*”.

Relativamente à segunda questão, advogou o seguinte: “*Quando se exige na alínea a) do ponto 9 do programa de concurso, que os concorrentes sejam detentores da autorização de empreiteiro geral ou construtor geral de obras de urbanização na classe que cubra o valor global da sua proposta, não se condicionou a concorrência porque, ao exigir-se essa titularidade na classe 6 ou 5 (dependente da proposta do concorrente), tendo em conta o valor base de concurso de 3.840.000€, os concorrentes teriam de ter unicamente a classe 6 na 1.ª subcategoria da 2.ª categoria por esta ser a subcategoria determinante. Ou seja, embora o concorrente tenha que possuir autorização nas subcategorias 1 e 6 da 2.ª categoria basta ter a classe 6 na 1.ª subcategoria que tem automaticamente a classe 6 como empreiteiro geral ou construtor geral de obras de Urbanização e adicionalmente a classe 3 mínima na 6.ª subcategoria da 2.ª categoria (...).*”

“*A ser correto este entendimento e aprovado quer não houve qualquer condicionamento aos potenciais concorrentes, é certo que a exigência «de empreiteiro geral ou construtor geral de obras de urbanização e outras infraestruturas na classe que cubra o*



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

*valor da sua proposta» não ofende objetivamente o n.º 1 do artigo 31 do DL 12/2004, de 9 de Janeiro, antes permite tendo em conta o valor das propostas a participação de mais concorrentes”.*

## II - O DIREITO

Dos factos tidos por assentes nos presentes autos sobressaem duas questões de legalidade que se refletem no ato de adjudicação da empreitada em referência e, por esta via, no contrato que agora se analisa.

1. A primeira dessas questões prende-se com o modelo de avaliação que desenvolveu o critério de adjudicação consagrado no ponto 17. do programa do concurso *sub judice*, e que cumpre analisar à luz do regime jurídico aprovado pelo Código dos Contratos Públicos, que deriva do facto de esse modelo não observar integralmente os termos do artigo 132.º, n.º 1, alínea n), do referido Código, que preceitua que o programa do concurso deve indicar “O critério de adjudicação, bem como, quando for adotado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os fatores e os eventuais subfactores 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 subfactores elementares, 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 pontuações parciais”, assim como o disposto no artigo 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do Código dos Contratos Públicos.

No caso, a seleção do cocontratante seguiu o critério previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do Código dos Contratos Públicos, o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, e o programa do concurso explicita os fatores e os subfactores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respetivos coeficientes de ponderação.

Todavia, o citado ponto 17. do programa do procedimento não percebe corretamente a questão do modelo de avaliação das propostas, porquanto omite a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para os aspetos da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitantes aos subfactores do fator *Valia técnica da proposta* do critério de adjudicação.

Com efeito, pese embora a entidade adjudicante goze de discricionariedade na escolha do critério de adjudicação e dos respetivos fatores e eventuais subfactores e suas ponderações, sobressai que, na elaboração dos modelos de avaliação das propostas, não foi acolhida a disciplina veiculada pelos n.ºs 2 a 4 do artigo 139.º do mesmo Código.

E, muito particularmente, que, para cada um dos subfactores do fator *Valia técnica da proposta*, não se definiu “ (...) uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos suscetíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse fator ou subfactor”, conforme prescreve o n.º 3 do citado artigo 139.º.

O legislador procura neste domínio 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, reconhecimen-

te dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem quer do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quer do artigo 1.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos (ver a nota preambular do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro).

Nesta linha, a escolha do critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa impõe que a elaboração do modelo de avaliação do concurso público obedeça aos termos das disposições acima invocadas do Código dos Contratos Públicos, sendo, pois, este o critério jurídico decisivo a ter em conta na situação que nos ocupa, à luz do qual a questão de direito deve ser solucionada.

Assume, por isso, importância o facto de, para a atribuição das pontuações parciais nos subfactores em causa, os modelos aludirem simplesmente a uma escala estruturada, classificada entre 1 e 5 valores, no que concerne aos subfactores *Plano de Trabalhos através do Diagrama de Barras tipo Gant, Plano de Mão-de-Obra, Plano do Equipamento, Cronograma Financeiro e Memória Descritiva e Justificativa de Execução da Obra*, com recurso a expressões vagas e indeterminadas tais como “*inequívoca e perfeita*”, “*muito boa*”, e a advérbios como “*perfeitamente*” e “*medianamente*”.

Por aqui não vinga o entendimento da Edilidade do Funchal de que “*Em cada um dos níveis de pontuação existe um descritivo geral que pretende ser o mais objetivo e explicativo possível para cada situação*”. E que “*Nesse descritivo (...) palavras como «inequívoca e perfeita», «muito boa», «perfeitamente e medianamente», (...) são utilizadas como auxiliares na apreciação geral das matérias de planeamento de obras (...), mas que no fundo não se pretende mais do que avaliar o modo e a intensidade com que o concorrente estudou a obra (de um mau a um excelente estudo/perceção da obra e que se vai refletir na idoneidade e validade técnica dos elementos da proposta a classificar (plano de trabalhos, plano de equipamento, plano de mão de obra, etc.)*”.

Isto porquanto se considera que os critérios adotados não observam os preceitos normativos ínsitos nos artigos 132.º, n.º 1, al. n) e 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, do Código dos Contratos Públicos, pois 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 objetiva e imparcial, na medida em que a entidade adjudicante não forneceu, previamente, qualquer densificação ou determinação objetiva das condições de atribuição das menções quantitativas/qualitativas da escala de pontuação.

Por aqui a entidade adjudicante poderia efetivamente escolher quem mais lhe interessasse e fundamentar as suas escolhas nos subfactores do critério de adjudicação, porque eles são indefinidos e, portanto, permitem que ela escolha quem quiser.

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 Código dos Contratos Públicos, 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 respetivos atributos com o conjunto ordenado referido no n.º 3 do mesmo artigo 139.º.

A questão suscitada permanece, pois a obrigação de a entidade adjudicante publicitar o *iter* cognitivo adotado para efeitos de pontuação e ordenação das propostas apresentadas aos concursos, no caso, o raciocínio a seguir pelo júri para fazer corresponder aos subfactores *Plano de Trabalhos através do Diagrama de Barras tipo Gant, Plano de Mão-*



# Tribunal de Contas

## *Secção Regional da Madeira*

---

de-Obra, Plano do Equipamento, Cronograma Financeiro e Memória Descritiva e Justificativa de Execução da Obra, que compõem o fator *Valia Técnica da Proposta*, a valoração pré-estabelecida, coloca-se a montante.

Tem-se assim por relevante que a entidade adjudicante tinha a obrigação de explicitar nos modelos de avaliação as condições de atribuição das pontuações da escala gradativa, e delas dar conhecimento aos interessados no programa de procedimento, conforme determinam os artigos 132.º, n.º 1, alínea n), parte final, e 139.º, n.ºs 2 a 3, do Código dos Contratos Públicos, cuja violação conduz à anulabilidade da adjudicação e do contrato em análise, por força do preceituado no artigo 283.º, n.º 2, do mesmo diploma.

2. A segunda questão remete para a imposição formulada pela Câmara Municipal do Funchal no ponto 9. do programa do concurso que, para a execução da obra em análise, fosse necessária a posse de “*Alvará de classificação de empreiteiro de obras públicas*” com autorizações de Empreiteiro geral ou Construtor geral de Obras de Urbanização e outras infraestruturas na classe que cobrisse o valor global da sua proposta, e na 1.ª Subcategoria da 4.ª categoria na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitasse, e nas 1.ª, 2.ª, 6.ª, 9.ª e 10.ª subcategorias da 5.ª categoria na classe correspondente à parte dos trabalhos a que respeitasse, o qual foi identificado como um dos documentos de habilitação de entrega obrigatória pelo adjudicatário, conforme consignado no ponto 19., n.º 1, alínea c), do mesmo programa.

Ora, os n.ºs 1 e 2 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de janeiro, sob a epígrafe “*Exigibilidade e verificação das habilitações*”, dispõem que:

*“1- Nos concursos de obras públicas e no licenciamento municipal, deve ser exigida uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da eventual exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes.*

*2- A habilitação de empreiteiro geral ou construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global, dispensa a exigência a que se refere o número anterior”.*

No caso concreto, temos que a Autarquia do Funchal exigiu mais do que a lei permite, uma vez que dos normativos citados resulta que o legislador basta-se com a exigência da posse de “*uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, a qual deve respeitar ao tipo de trabalhos mais expressivo, sem prejuízo da exigência de outras subcategorias relativas aos restantes trabalhos a executar e nas classes correspondentes*”, dispensando este requisito quando existe “*habilitação de empreiteiro geral ou de construtor geral, desde que adequada à obra em causa e em classe que cubra o seu valor global*” (destaque nosso).

Ou seja, a Edilidade encontrava-se obrigada, por força do n.º 1 do referido artigo 31.º, a definir e a publicitar a subcategoria, em classe que cobrisse o valor global da proposta, que os potenciais concorrentes deveriam possuir para poderem ser admitidos ao concurso. É este, aliás, o entendimento perfilhado pela jurisprudência do Tribunal de Contas, nos Acórdãos da 1.ª Secção n.ºs 72/2008, de 27 de maio, 77/2008, de 6 de junho, 163/2009, de 2 de novembro, e 28/2010, de 13 de julho, entre outros.

A mencionada jurisprudência, seguida de perto pela Secção Regional, preconiza que a forma pela qual devem ser descritos os requisitos de habilitação técnica dos concorrentes

nos documentos que disciplinam os concursos deve refletir, de forma clara, as possibilidades a que se referem as citadas disposições do artigo 31.º, devendo fazer-se constar do programa de concurso a exigência constante do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004 ou as duas hipóteses, em alternativa, resultantes dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo. Sublinhe-se que o n.º 1 prevê a exigência de uma única subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, sem prejuízo de se indicarem outras subcategorias.

No concurso público que precedeu o contrato em apreciação, ao exigir-se que os concorrentes detivessem as habilitações referidas no n.º 2 do citado artigo 31.º (Empreiteiro geral ou Construtor geral de Obras de Urbanização e outras infraestruturas na classe que cubra o valor global da sua proposta), afirmou-se que a solução preconizada no n.º 1 do mesmo artigo não era adequada e impediu-se que aqueles que a detinham pudessem candidatar-se ao concurso.

Face ao tipo de obra que constitui o objeto do contrato, não se encontram razões para aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 31.º já referido, com exclusão da possibilidade dada no n.º 1 do mesmo preceito legal.

Por no procedimento em análise ter sido exigida a habilitação constante do n.º 2 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 12/2004, tem-se por inobservada a determinação ínsita ao n.º 1 do mesmo artigo 31.º, o que poderá ter conduzido a que potenciais concorrentes se tenham absterido de se apresentarem a concurso por não serem detentoras do requisito habilitacional exigido, sendo certo que, tal como anota Mário Esteves de Oliveira<sup>2</sup>, os requisitos habilitacionais “- *embora nos art. 81.º e ss. do Código venham sempre referidos «ao adjudicatário» -, reportam-se (...) ao direito de acesso ao procedimento, constituindo condicionantes deste e obstando portanto a que participe aí quem não possua as habilitações exigidas para o efeito*”. E tal ilegalidade é suscetível de ter alterado o resultado financeiro do contrato, na decorrência da provável redução do universo de potenciais concorrentes àqueles possuidores das autorizações exigidas no concurso, e pela diminuição do número de propostas recebidas, limitando, conseqüentemente, a escolha da Administração.

Em termos de consequências jurídicas, a ilegalidade que acabou de se assinalar, consubstanciada num vício de violação de lei, inquinou o concurso público que antecedeu a outorga do contrato *sub judice*, e determina a anulabilidade do ato final de adjudicação, a qual se transmite ao contrato em análise, em harmonia com o consagrado no artigo 283.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

3. As ilegalidades evidenciadas nos pontos 1. e 2., traduzidas na escolha de um modelo de avaliação das propostas que não observa a disciplina normativa plasmada no Código dos Contratos Públicos e na fixação de habilitações técnicas que vão para além das legalmente exigidas, mostram-se suscetíveis de terem alterado o resultado financeiro do procedimento desencadeado, constituindo, por isso, fundamento para a recusa do visto ao contrato de empreitada em apreciação, por força do estatuído na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, a configurar-se a hipótese de terem afastado do procedimento outros potenciais interessados em contratar, e impedido a Câmara Municipal do Funchal de receber outras propostas porventura mais vantajosas do que a escolhida.

Não obstante, à luz da faculdade que lhe é conferida pelo n.º 4 do artigo 44.º da mesma Lei n.º 98/97, o Tribunal de Contas poderia optar pela concessão do visto ao contrato,

---

<sup>2</sup> E Outro, in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pág. 490.



# Tribunal de Contas

*Secção Regional da Madeira*

---

com a recomendação de que, no futuro, a Câmara Municipal do Funchal evite tais ilegalidades, promovendo o lançamento de procedimentos de formação de contratos de empreitadas de obras públicas abertos ao mercado, que garantam e salvaguardem condições de efetiva concorrência e melhor assegurem a defesa e prossecução do interesse público, designadamente numa ótica financeira.

Note-se, todavia, que embora no que tanje à questão do modelo de avaliação das propostas o Município do Funchal nunca tenha sido alvo de nenhuma recomendação, já o mesmo não sucede no que toca à ilegalidade assente na violação do n.º 1 do artigo 31.º do DL n.º 12/2004, de 9 de janeiro, uma vez que aquela Autarquia foi já notificada de diversas Decisões que abordaram esta matéria, todas elas proferidas em momento anterior ao da data da autorização da abertura do procedimento que conduziu à outorga do presente contrato, ou seja, em 5 de maio de 2011. A saber, cfr. a Decisão n.º 1/FP/2007, de 23 de janeiro, proferida no processo com o n.º 72/2006, e a Decisão n.º 10/FP/2008, de 21 de abril, tirada do processo com o n.º 23/2008, onde foram formuladas recomendações no sentido de a Edilidade cumprir com o disposto no referido normativo, e a Decisão n.º 18/FP/2008, de 24 de novembro, relativa ao processo n.º 84/2008, que recusou o visto ao contrato sobre o qual versava, por se ter apurado, de forma reiterada, esta mesma ilegalidade.

Deste modo, e porque também aqui se discute o não acatamento das supra mencionadas recomendações por aquela Autarquia, sobre a qual impendia esse dever, através, designadamente, da adoção de medidas corretivas que levassem ao abandono da prática da ilegalidade de que se cuida, e que teriam reflexo no seu acolhimento no procedimento aqui tratado, a opção de recusar o visto bem se compreende, dado que só a improdutividade do contrato posteriormente celebrado garante a proteção adequada do concurso público e dos fins visados pelas normas agora desrespeitadas.

### III – DECISÃO

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **recusar o visto** ao contrato em apreço.

Prazo para a interposição do recurso: 15 dias contados da notificação da presente decisão, nos termos do n.º 1 do artigo 97.º, conjugado com o artigo 109.º, ambos da Lei n.º 97/98, de 26 de agosto.

São devidos emolumentos, no montante de 21,00€.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 31 de janeiro 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)*