

ACÓRDÃO N.º 06/2012 - 21.mar.2012 - 1ª S/PL

Recurso Ordinário n.º 35/2011

(Processo n.º 1968/2009)

DESCRITORES: Concurso Público / Empreitada de Conceção Construção / Avaliação das Propostas / Princípio da Estabilidade das Regras Concursais / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Visto com Recomendações

SUMÁRIO:

1. De acordo com o disposto no n.º 1 do art.º 11 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, quando se trate de obras cuja complexidade técnica ou especialização o justifiquem, o dono da obra posta a concurso poderá solicitar aos concorrentes a apresentação de projeto base.
2. Estando em causa a construção de um edifício escolar, com diversas valências, mas sem exigências específicas, a adoção no concurso público da modalidade de conceção-construção, viola o disposto no citado artigo.
3. A introdução de novos mecanismos de avaliação das propostas, no decurso do procedimento, num momento em que a estabilidade das regras concursais é um valor essencial, viola o disposto nos arts. 66.º, n.º 1, al. e), 100.º, n.º 2, ambos do Decreto-Lei n.º 59/99, e os princípios da transparência, da boa-fé e da estabilidade consagrados no n.º 1 do art.º 8.º, no n.º 2 do art.º 13.º e no n.º 1 do art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.
4. A densificação do parâmetro “Valor da Empreitada” embora tenha sido efectuada após a abertura das propostas não integrou quaisquer ingredientes que pudessem prejudicar alguma proposta em concreto, pelo que não se vislumbra que tenha ocorrido a violação dos princípios da transparência, da boa-fé e da estabilidade, nem tão-pouco do disposto na al. e) do n.º 1 do art.º 66.º e do n.º 2 do art.º 100.º do Decreto-Lei n.º 59/99.
5. A violação do n.º 1 do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 59/99, configura uma ilegalidade susceptível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que

constitui fundamento de recusa de visto nos termos da al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

6. Não se demonstrando que a não ter ocorrido a ilegalidade em causa seria outro o resultado financeiro do concurso, considera-se adequado visar o contrato, recomendando-se que, de futuro, se dê escrupuloso cumprimento ao disposto no n.º 1 do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 59/99 (actual n.º 3 do art.º 43.º do Código dos Contratos Públicos).

Conselheiro Relator: Manuel Mota Botelho



Acórdão Nº. 6 /2012, de 21 de março – 1ª Secção-PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 35/2011

(Processo n.º 1968/2009)

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas em Plenário da 1ª Secção

I – RELATÓRIO

1. Em 22 de julho de 2011 foi proferido o Acórdão n.º 60/2011, da 1.ª Secção deste Tribunal, em Subsecção, que recusou o visto ao contrato de empreitada, no valor de € 2.443.626,56, acrescido de IVA, celebrado em 8 de outubro de 2009 entre o Município de Évora e o Consórcio “Ecociaf – Construção Civil e Obras Públicas, Lda. e Certar – Sociedade de Construções, S.A.”, relativo à “Conceção/Construção da Escola EB 1/JI dos Canaviais”.

2. Não se conformando com a decisão, a Câmara Municipal de Évora (doravante designada por CME) interpôs recurso para o plenário da 1ª Secção (requerimento de fls. 20 a 23 que aqui se dá por reproduzido).



Tribunal de Contas

3. Tendo formulado as seguintes conclusões:

3.1. *Face ao referido nos artigos 2º a 5º do presente recurso, se encontra justificado o recurso à modalidade de conceção-construção;*

3.2. *Face ao referido nos artigos 7º a 9º e 11º a 17º do presente recurso, não ocorreu a violação da alínea e) do n.º 1 do artigo 66º e do n.º 2 do artigo 100º do Regime Jurídico de Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP) e nem dos princípios da transparência, da boa-fé e da estabilidade consagrados no n.º 1 do artigo 8º, no n.º 2 do artigo 13º e no n.º 1 do artigo 14º do DL. n.º 197/99, de 08/06;*

3.3. *Pelo que o presente recurso deve ser considerado procedente, revogando-se o Acórdão recorrido e concedendo-se o visto ao contrato de empreitada, o que se requer.*

Termina requerendo que, caso assim não se entenda, o que por mera hipótese académica se admite, seja usada a faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44º da Lei n.º 98/97 e que seja, assim, concedido visto com recomendações, nomeadamente por não estar adquirida a ocorrência efetiva de uma alteração do resultado financeiro.

Juntou a Recorrente com a sua alegação os documentos de fls. 24 a 29 que aqui se dão por reproduzidos.



4. Por despacho de 7 de setembro de 2011 foi o recurso admitido, por se verificar a legitimidade da Recorrente bem como a tempestividade na apresentação do mesmo, nos termos dos artigos 96º, n.º1, e 97º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

5. O Ex.º Magistrado do Ministério Público, notificado para responder ao recurso interposto nos termos do art.º 99º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, emitiu parecer, tendo concluído que o recurso não merece provimento.

6. Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

II - OS FACTOS

A- No Acórdão recorrido deu-se como assente a seguinte factualidade com relevo para a decisão:

1. A Câmara Municipal de Évora (doravante designada por Câmara Municipal ou por CME) remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de empreitada relativo à “Conceção/Construção da Escola EB1 /JI dos Canaviais”, celebrado entre o Município de Évora e o “Consórcio “Ecociaf – Construção Civil e Obras Públicas, Lda., e Certar – Sociedade de Construções, S.A.”, em 8 de outubro de 2009, pelo valor de 2 443 626,56 €, acrescido de IVA à taxa legal aplicável.



2. O contrato acima referido foi precedido de concurso público de âmbito nacional, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, com aviso publicado no Diário da República, II Série, n.º 128, de 4 de julho de 2008, e nas restantes publicações a que obriga o n.º 1 do artigo 52.º do referido diploma legal¹;
3. A abertura do procedimento foi objeto de deliberação da CME em 25 de junho de 2008²;
4. A modalidade adotada para a empreitada foi a de conceção e construção, como resulta da designação que lhe foi dada, do anúncio publicado (vide secção II 1.5) e do caderno de encargos (vide 1.5);
5. A empreitada é remunerada pelo regime de preço global;
6. Eram admitidas propostas variantes às recomendações técnicas de arquitetura e das especialidades no que respeita aos processos construtivos e materiais de construção, desde que tecnicamente mais evoluídos. Contudo, a apresentação das propostas variantes não dispensava o concorrente da apresentação de proposta para a execução do projeto e da obra, nos exatos termos em que foi posto a concurso (proposta base);

¹ Vide fls. 15 do processo.

² Vide fls. 5 do processo.



Tribunal de Contas

7. O critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, estabelecido no programa do concurso e publicitado no anúncio, foi usado seguindo os seguintes fatores: qualidade técnica (40%), planeamento da obra (20%) e valor da empreitada (40%). Estes fatores e ponderações foram desenvolvidos nos seguintes termos³:

Parâmetro	Ponderação
Qualidade e Valia Técnica	40%
Cumprimento das especificações definidas pelos elementos fornecidos pelo dono de obra	10
<i>Cumprimento dos preceitos legais conducentes ao conforto dos utentes:</i>	
Temperatura	2
Ruído	2
Iluminação	2
<i>Cumprimento dos preceitos legais conducentes à segurança dos utentes:</i>	
Em caso de calamidade	2
Em uso corrente	2
Integração de Técnicas Construtivas e de Materiais de Construção que resultem em poupança de energia	4
<i>Materiais e Processos Construtivos adequados e resistentes:</i>	
Facilidade de uso e manutenção	3
Economia de uso e manutenção	3
Criatividade e Inovação das soluções propostas	10
Planeamento da Obra	20%
Plano da Mão-de-obra	5
Plano de Equipamentos	5
Plano de trabalhos	5
Prazo da obra – a partir da aprovação do Projeto de Execução	5
Valor da Empreitada	40%

³ Vide ponto IV.2) alínea B) do aviso do concurso e pág. 6 das “Recomendações Técnicas para a elaboração do projeto de conceção” por remissão do Programa de Concurso.



8. Em ato público realizado em 3 de setembro de 2008⁴, foram admitidas as quatro propostas apresentadas, com os seguintes valores:

- i. “San Jose Construtora” – 2 729 372,78 €;
- ii. “Novopca” – 2 675 000,00 €;
- iii. “Ecociaf/Certar” – 2 443 626,56 € (proposta base);
- iv. “Ecociaf/Certar” – 2 597 016,95 € (proposta variante);

9. Em 26 de setembro de 2008⁵, a comissão de abertura procedeu à avaliação da capacidade financeira, económica e técnica dos concorrentes;

10. Em 20 de outubro de 2008⁶ reuniu-se a comissão de análise das propostas. No relatório elaborado nessa data, para aplicação do subfactor “valor da empreitada”, a comissão estabeleceu a seguinte fórmula⁷:

$Cv = 5 \text{ valores, se } Vp \leq 2.200.000$

$Cv = 8,6667 - 1,6667 \times 10^{-6} \times Vp$, se $2.200.000 \text{ €} \leq Vp \leq 2.800.000 \text{ €}$

$Cv = 0 \text{ valores, se } Vp > 2.800.000 \text{ €}$

⁴ Vide fls. 95 do processo.

⁵ Vide fls. 114 do processo.

⁶ Vide fls. 131 do processo.

⁷ Vide fls. 142 do processo.



11. No relatório referido na alínea anterior, foi proposta a adjudicação ao concorrente “NOVOPCA, S.A.”;
12. O consórcio “Ecociaf/Certar” apresentou reclamação⁸ no que se refere à aplicação da fórmula ao fator “valor da empreitada” do critério de adjudicação, por se tratar de *“uma fórmula tendenciosa, nada linear e muito menos proporcional”*;
13. Em 23 de dezembro de 2008, a comissão de avaliação das propostas, no seu relatório final, pronunciou-se no sentido de dar provimento parcial à reclamação do consórcio “Ecociaf/Certar”, nos seguintes termos:

“Relativamente ao fator “Valor da empreitada”, a Comissão de Avaliação de Propostas decide atender à reclamação apresentada pelo concorrente ECOCIAF/CERTAR, relativamente à valorização das propostas neste fator, uma vez que a expressão valorativa, para além de linear, deverá atribuir classificações em todo o contradomínio considerado.

Deste modo, deverá permitir classificações que podem variar, consoante o valor da proposta (Vp) de cada concorrente, entre 0 e 5 valores, uma vez que foi este o intervalo de classificações considerado pela Comissão de Avaliação das propostas para o concurso.

⁸ Entre outros aspetos. Vide fls. 168 e ss. do processo.



Com efeito, apesar da expressão utilizada traduzir de forma linear e proporcional as classificações atribuídas a cada concorrente neste fator, restringe o contradomínio das classificações entre 4 e 5 valores, representando assim uma densificação das classificações atribuídas.

Assim, entende a Comissão de Avaliação de Propostas, aceitar a reclamação apresentada para este fator pelo concorrente CERTAR/ECOCIAF, considerando válida a expressão da reta que, no domínio considerado, utiliza toda a escala de classificações, e que matematicamente traduz o que foi considerado na apreciação das propostas, nomeadamente, os limites superior e inferior de validade da expressão respetiva, entre 2 200 000,00 € e 2 800 000,00 €, e variando as classificações calculadas linearmente entre 5 e 0 valores, respetivamente de acordo com a seguinte expressão:

Pontuação= 5 valores, se $V_p < 2.200.000,00 \text{ €}$

*Pontuação= $5 \times (2.800.000 - V_p) / 600.000$ valores, se
 $2.200.000 \leq V_p \leq 2.800.000$*

Pontuação =0 valores, se $V_p > 2.800.000 \text{ €}$ “

- 14.** No relatório referido na alínea anterior, foi proposta a adjudicação ao concorrente “Ecociaf/Certar” (proposta base);



15. Em 25 de março de 2009⁹, por deliberação de Câmara foi adjudicada a empreitada nos termos propostos pela comissão de análise;
16. Em 2 de outubro de 2009, a minuta do contrato foi aprovada por despacho do presidente da CME, decisão posteriormente ratificada por deliberação da Câmara, em 11 de novembro de 2009¹⁰;
17. Tendo a entidade adjudicante optado pela modalidade de conceção/construção, solicitou-se que a mesma fundamentasse tal opção, especificando a complexidade técnica ou a especialização da obra. Em resposta ao solicitado, a CME informou¹¹:

“Foi relevante para a decisão de se optar por um concurso de conceção/construção o facto de a câmara não dispor de técnicos que elaborassem as condições técnicas exigíveis para as diversas especialidades da obra designadamente, eletricidade, gás, comportamento técnico e respetivos projetos. Dos elementos fornecidos aos concorrentes era apenas da autoria dos Técnicos da Câmara o anteprojecto de arquitetura. As recomendações técnicas das várias especialidades foram elaboradas por gabinete externo à Câmara no decurso de prestação de serviços contratada para o efeito (em anexo cópia

⁹ Vide fls. 238 do processo.

¹⁰ Vide fls. 286 do processo.

¹¹ Vide ofício nº 7411, de 20 de maio de 2011.



do ante-projeto de arquitetura e das Recomendações Técnicas para a Elaboração do Projeto de Conceção) O Ante-Projecto de Arquitetura que serviu de referência ao presente concurso foi o da escola EB 1 JI do Bacelo”;

18. No caderno de encargos¹² estabeleceu-se um prazo máximo de execução de 495 dias (incluindo, no máximo, 135 dias para elaboração e aprovação do projeto). A proposta adjudicatária apresentou um prazo de execução de 336 dias¹³, após aprovação do projeto;

19. A consignação ocorreu em 2 de novembro de 2009;

20. Recebido o contrato para efeitos de fiscalização prévia em 14 de outubro de 2009, foi o mesmo devolvido à CME em 3 de novembro de 2009¹⁴, ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 82º da LOPTC¹⁵. Nos termos do nº 2 dessa disposição legal *“nos casos em que os respetivos atos ou contratos produzam efeitos antes do visto, os processos devolvidos são de novo remetidos ao Tribunal no prazo de 20 dias a contar da data de receção”*.

Assim, o processo deveria ter reentrado nos Serviços de Apoio a este Tribunal até ao dia 2.12.2009;

¹² Vide ponto 5.1.

¹³ Vide fls. 131 do processo.

¹⁴ Vide fls. 255 do processo.

¹⁵ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, e 3-B/2010, de 28 de abril.



21. Contudo, o processo só reentrou nos serviços em 25.05.2011¹⁶, verificando-se incumprimento do prazo em mais de 370 dias;
22. Perante tal incumprimento e para que se pudesse sobre ele pronunciar, apresentando justificações, por duas vezes foi notificado o presidente da CME¹⁷, nunca se tendo obtido qualquer resposta;
23. Em fax enviado pela Câmara Municipal de Évora em 31.05.2011¹⁸, refere-se ter-se procedido já a pagamentos em execução do contrato no montante total de 499.616,36€ assim discriminado:

i. 349.718,85€ em 30.09.2010;

ii. 149.616,36€ em 19.10.2010.

- B-** Nos termos do artigo 712º, n.º 1, do Código de Processo Civil, e com referência à documentação referida no acórdão recorrido e à que foi junta aos autos a fls. 57 a 105 e de fls. 113 a 173, que aqui se dá por reproduzida, adita-se à matéria de facto os seguintes artigos:

24. Na reunião a que se refere o **facto 10**, imediatamente antes da apresentação da fórmula, ficou expresso que “*O fator Valor da*

¹⁶ Vide fls. 258 do processo.

¹⁷ Decisões de 6 de junho e 5 de julho de 2011.

¹⁸ Vide fls. 312 do processo. Vide igualmente ofício nº 9122 de 17 de junho de 2011, na folha 322.



empreitada (Cv) é considerado linear e proporcional com a seguinte formulação”.

25. Na mesma reunião, a comissão de análise das propostas no fator valor da empreitada atribuiu a seguinte pontuação: San José Construtora 4.12 valores, Novopca 4.21 valores, Ecociaf/Certar (proposta base) 4.59 valores e Ecociaf/Certar (proposta variante) 4.34 valores.

26. Na reunião de 23 de dezembro de 2008, a comissão de avaliação das propostas, no seu relatório final, fixou a seguinte pontuação no fator valor da empreitada: San José Construtora 0.590 valores, Novopca 1.042 valores, Ecociaf/Certar (proposta base) 2.970 valores, Ecociaf/Certar (proposta variante) 1.692 valores.

27. Na sequência da adjudicação da empreitada ao Consórcio Ecociaf/Certar, a Novopca-Construtores, na qualidade de concorrente, intentou no Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja processo de Contencioso Pré-Contratual contra o Município de Évora e contra-interessados identificados nos autos, a que coube o número 168/09.0BEBJA, pedindo a declaração de nulidade do ato de adjudicação, ou a anulação da deliberação de adjudicação e, em qualquer caso, a condenação da Entidade Demandada a adjudicar a empreitada à Autora;



- 28.** Por acórdão de 2 de julho de 2010, junto a fls. 88 a 105, que aqui se dá por reproduzido, se decidiu que a deliberação que adjudicou a empreitada é legal, porque conforme com o disposto no DL n.º 59/99, de 2 de março e bem assim com os princípios concursais, nomeadamente, o princípio da transparência, igualdade, justiça e imparcialidade, mas também o da confiança, julgando improcedente a ação;
- 29.** Inconformada com o decidido, a Novopca recorreu para o Tribunal Central Administrativo (TCA) do Sul;
- 30.** Por acórdão de 4 de novembro de 2010, junto a fls. 69 a 87, que aqui se dá por reproduzido, o TCA decidiu anular o acórdão proferido na 1.ª instância e ordenar a baixa dos autos para se proceder à ampliação da matéria de facto;
- 31.** Por acórdão de 7 de outubro de 2011 o Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja decidiu nos mesmos termos do referido no **facto 28**;
- 32.** Acórdão que transitou em julgado em 28 de outubro de 2011.

III - O DIREITO

Foram duas as questões tratadas no Acórdão recorrido que fundamentaram a decisão de recusa do visto, uma relacionada com a



adoção no concurso público da modalidade de conceção-construção e a outra respeita à avaliação das propostas.

No que concerne à primeira questão, considerou o Acórdão que foi violado o disposto no n.º 1 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (*“Quando se trate de obras cuja complexidade técnica ou especialização o justifiquem, o dono da obra posta a concurso poderá solicitar aos concorrentes a apresentação de projeto base...”*), uma vez que se tratava basicamente da construção de um edifício escolar, com diversas valências, mas sem exigências específicas, implicando trabalhos de tipo corrente.

A Recorrente justifica a sua conduta no facto de não dispor de técnicos que elaborassem as condições técnicas exigíveis para as diversas especialidades da obra, designadamente, eletricidade, gás, comportamento térmico e respetivos projetos.

Ora, conforme se diz no Acórdão recorrido, não possuindo a CME técnicos para a elaboração daqueles instrumentos, deveria ter sido solicitado a sua elaboração a uma entidade externa, não envolvida depois na construção.

Mas, assim não procedeu a CME, sendo certo que a modalidade conceção/construção é suscetível de limitar a concorrência na medida em que muitos empreiteiros não se encontram em condições de concorrer a tais concursos pela sua maior exigência do ponto de vista técnico e dos meios a utilizar.



Tribunal de Contas

Assim, improcede, nesta parte, a pretensão da Recorrente.

No que toca à avaliação das propostas, considera o Acórdão recorrido que foram violados o artigo 66º, n.º 1, alínea e), o artigo 100º, n.º 2, ambos do Decreto-Lei n.º 59/99 e os princípios da transparência, da boa-fé e da estabilidade consagrados no n.º 1 do artigo 8º, no n.º 2 do artigo 13º e no n.º 1 do artigo 14º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

Para chegar a tal conclusão, considera o Acórdão que, no decurso do procedimento, em momento em que a estabilidade das regras concursais é um valor essencial, foram introduzido novos mecanismos de avaliação, da maior importância para o estabelecimento de resultados, afirmando-se, a certo ponto, que *“o que aconteceu no presente concurso é que a comissão, em momento avançado do concurso – o da própria análise das propostas – estabeleceu critérios de desenvolvimento de um dos fatores de avaliação e depois procedeu à sua alteração”*.

Por seu lado, a Recorrente alega que não violou o artigo 66º, n.º 1, alínea e) e o artigo 100º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, nem os princípios da transparência, da boa-fé e da estabilidade consagrados no Decreto-Lei n.º 197/99.

Vejamos:

Antes de mais há que referir que não obstante se encontrar atualmente



Tribunal de Contas

em vigor o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo n.º 1 do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, à empreitada em análise aplica-se o regime do revogado Decreto-Lei n.º 59/99 (cfr. artigos 14º, n.º 1, alínea d), e 16º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008).

Verificou-se que, no programa do concurso, no âmbito do critério de adjudicação da proposta mais vantajosa, o fator “valor da empreitada” surge com a ponderação de 40% sem maior desenvolvimento (cfr. **facto 7**).

Mais tarde, já após a abertura das propostas, é que a comissão de análise das propostas (CAP) estabeleceu que o fator “valor da empreitada” é linear e proporcional com a seguinte formulação: 5 valores se o valor da proposta for inferior a € 2.200.000,00 (correspondente ao valor base do concurso) e 0 valores se o valor da proposta for superior a € 2.800.000,00 (sensivelmente o valor base do concurso acrescido de 25%) e simultaneamente criou uma expressão matemática (cfr. **factos 10 e 24**) supostamente como traduzindo o critério densificado.

Sobre esta questão o Acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja referido no **facto 28** diz o seguinte: “O art. 100º, nº 1 do DL nº 59/99, de 02 de Março, inserido no capítulo III Concurso Público, secção VIII Análise das propostas, sob a epígrafe relatório, estatui o seguinte: «...As propostas dos concorrentes qualificados devem ser analisadas em função do critério de adjudicação estabelecido...».



Tribunal de Contas

Assim, cabe à CAB proceder à análise material das propostas e preparar o ato de adjudicação, e essa análise destina-se a fazer um juízo sobre o mérito das propostas à luz dos critérios de adjudicação que foram anunciados e dos fatores e sub fatores de apreciação que constem do Programa do Concurso e do Anúncio.

Isto é, trata-se de analisar cada proposta de per si e valorizá-la de harmonia com os fatores e sub fatores publicitados e respetiva ponderação.

O critério no qual se baseia a adjudicação implica a ponderação de fatores variáveis que o Programa de Concurso deve especificar, em respeito pelos princípios da concorrência, da transparência, da imparcialidade, da igualdade, da justiça, da boa fé e do primado do interesse público que devem caracterizar os concursos: cfr. art.º 66º, nº 1, al e) do citado DL nº 59/99, de 02 de Março.

Nas normas concursais, contidas nas peças concursais, foram definidos os critérios de apreciação das propostas, tendentes a selecionar, entre as que se apresentassem a concurso, a que fosse considerada mais vantajosa, não tendo sido, como se viu, incluída qualquer fórmula para atribuição da pontuação às diversas propostas.

A que acresce que, na fase de avaliação, a CAP pode densificar os critérios ou fatores fixados nas Peças Concurrais, porquanto a avaliação das propostas envolve uma margem de livre apreciação por parte da Administração na valoração daqueles critérios ou fatores, por



Tribunal de Contas

se tratar de aspetos não vinculados do ato: cfr. art.º 60º, nº 1 e o art.º 59º, al. d) e al. e) do acima citado DL nº 59/99, de 02 de Março.

Sendo seguro que tal densificação não pode, no entanto, subverter a letra e o espírito da norma genérica e abstrata do regulamento concursal, sob pena de a Administração violar o que estatuiu, bem como o princípio da confiança, pois o contrário é suscetível de gerar séria desconfiança de que se visa subverter, de forma encapotada, a ordem de classificação dos candidatos desequilibrando o concurso e falseando as razões da sua decisão final: vide Ac. do Pleno do STA, 6.10.2005, processo nº 227/04.

Ora, como decorre dos autos e o probatório elege, a CAP, em sede de relatório, o que fez foi densificar/majorar critérios previamente definidos em tempo e sede própria, o que não traduz uma ponderação nova dos fatores acima identificados ou mesmo dos seus sub fatores, mas sim o desenvolvimento de uma atividade avaliativa próprio sensu.

Isto significa, ainda, que nada na sua atuação consubstancia a introdução de novos elementos de avaliação, nem prefigura uma alteração do critério de adjudicação estabelecido no Programa do Concurso antes se traduz na retificação do que se verificou não estar correto matematicamente.

Ponto é que a atividade da CAP, ao estabelecer de forma detalhada os elementos que devem ser tidos em conta em cada um dos itens de avaliação para ponderar o valor técnico das propostas –



Tribunal de Contas

nomeadamente, ao atribuir percentagens e criar um quadro, e uma fórmula que melhor permita a sua análise e graduação – não constitui a introdução de elementos de avaliação autónomos, separados e estanques, mas antes a utilização de instrumentos de cálculo e de trabalho.

Tanto mais que com tal atuação a CAP apenas cumpriu a sua função avaliativa, criando instrumentos de auxílio na transposição da avaliação qualitativa e quantitativa, alcançando ainda manter inalteráveis, desde a abertura do concurso, os fatores acima referenciados, os quais, apenas, e como resultado dos autos, foram quantificados e justificados com valores, sem que tal traduzisse a introdução de novos fatores ou sub fatores.

Deste modo, os fatores acima referenciados, e em particular o VE, foram apreciados com base nos elementos fornecidos em cada uma das propostas avaliadas, os quais tinham sido indicados, nomeadamente, no Programa de Concurso e no Caderno de Encargos.

Em decorrência de tudo o que vimos de expor, os fatores e sub fatores de avaliação e ponderação para alcançar a proposta vencedora no concurso em apreço foram efetivamente os fixados pela Entidade Demandada nas competentes peças concursais, sem que a CAP tivesse adicionado novos micro critérios”.

Por sua vez, diz-se no Acórdão do TCA do Sul a que se refere o **facto 30** que “*Nas conclusões 13. e 14. da sua alegação defende a*



Tribunal de Contas

recorrente que o acórdão recorrido deve ser reformulado no sentido de se julgar a existência de violação de lei no ato de adjudicação por alteração da fórmula em causa por violação dos princípios da imparcialidade, igualdade, transparência, concorrência e boa-fé, por se ter consumado a criação de uma grelha avaliativa em função do conhecimento das propostas dos concorrentes com um efeito que desvirtua e maximiza certos subfactores de avaliação, e também devido à violação do princípio da proporcionalidade na vertente da adequação, dado que tal alteração subverte as ponderações ampliando de forma desproporcionada os intervalos entre as mesmas em função de ligeiríssimas alterações de preços.

Vejamos o que dizer.

De acordo com o ponto 21. do Programa de Concurso, os critérios de avaliação das Propostas eram: A Qualidade e Valia Técnica (QVT), com um fator de ponderação de 40%; o Planeamento da Obra (PO), com um fator de ponderação de 20% e o Valor da Empreitada (VE), com um fator de ponderação de 40%.

Destes, apenas os fatores QVT e PO, se subdividiam em diversos subfactores.

E, por outro lado, como o Programa de Concurso não incluía qualquer fórmula para atribuição de pontuação às diversas propostas, a Comissão de Análise das Propostas, no seu Relatório de 20-10-2008, procedeu à densificação do parâmetro “Valor da Empreitada”, nos



Tribunal de Contas

seguintes termos:

“O factor Valor da Empreitada (Cv) é considerado linear e proporcional com a seguinte formulação:

Cv = 5 valores, se Vp ≤ 2.200.000 €;

Cv = 8,6667-1,6667 10 v(-6)* VP, se 2.200.000 € ≤ 2.800.000 €*

Cv = 0 valores, se Vp > 2.800.000 €”.

Ora, tal densificação, como a CAP veio mais tarde a reconhecer, na sequência de reclamação da contra-interessada “Ecociaf/Certar”, apesar da expressão utilizada traduzir de forma linear e proporcional as classificações atribuídas a cada concorrente no aludido fator, restringia o contradomínio das classificações entre 4 e 5 valores, representando assim uma densificação das classificações atribuídas que não espelhava as diferenças entre os valores propostos pelos vários concorrentes, aproximando demasiado as propostas de mais baixo valor das de mais alto valor.

Do exposto, decorre que a CAP não procedeu à alteração de qualquer fórmula, aliás inexistente, mas apenas procurou fazer uma correta aplicação dos critérios de avaliação das propostas, tal como resultava do ponto 21. do Programa do Concurso, através do escalonamento proporcional das mesmas, não as restringindo apenas ao contradomínio das classificações entre 4 e 5 valores.

Deste modo, ao levar a cabo tal correção a CAP não violou os princípios da imparcialidade, igualdade, transparência, concorrência e



Tribunal de Contas

boa-fé, e muito menos permitiu a criação de uma grelha avaliativa em função do conhecimento das propostas dos concorrentes com um efeito que desvirtua e maximiza certos fatores de avaliação, como sustenta o recorrente. Não o fazer é que levaria a minimizar o critério do “Valor da Empreitada”, reduzindo desse modo um fator de ponderação de 40% a apenas 8%.

E, por outro lado, caso a CAP não tivesse corrigido a aplicação dos critérios de avaliação das propostas, teria incorrido na violação do princípio da proporcionalidade na vertente da adequação, posto que, como se viu, tal erro era idóneo a subverter as ponderações, comprimindo de forma desproporcionada os intervalos entre as propostas não obstante as significativas alterações de preços das mesmas.

Improcedem, desta forma, as conclusões 13. e 14. da alegação da recorrente”.

Concordamos inteiramente com a argumentação explanada, quer pelo TCA do Sul, quer pelo Tribunal Administrativo de Beja.

Na verdade, a CAP limitou-se a densificar o parâmetro “Valor da Empreitada”, que se apresentava apenas com um fator de ponderação de 40%, e fê-lo no exercício do poder discricionário que assiste às comissões de avaliação de estabelecer os subfactores de avaliação adequados a pontuar as concretas propostas dos concorrentes.



Tribunal de Contas

A fórmula utilizada mostra-se de uma proporcionalidade perfeita (e que, no dizer da CAP, é “linear e proporcional”), fazendo oscilar a pontuação entre um mínimo de 0 valores para propostas superiores a € 2.800.000,00 e um máximo de 5 valores para propostas inferiores a € 2.200.000,00, fórmula esta que teve a virtualidade de abarcar, nos limites da escala fixada, os montantes de todas as propostas, que oscilaram entre os € 2.443.626,56 e os € 2.729.372,78 (cfr. **facto 8**).

Porém, ao criar uma fórmula matemática para facilitar os respetivos cálculos, a CAP incorreu num erro, pois tal fórmula só permitiu a pontuação no intervalo entre os valores 4 e 5, ou seja, reduziu o universo densificado (0 a 5) para um quinto apenas, sendo certo que em função das propostas apresentadas nenhuma delas poderia ter tal classificação, o que só seria possível, face à escala definida, para propostas de valor igual ou inferior € 2.320.000,00.

Daí que no Acórdão do TCA do Sul a que se refere o **facto 30** se diga que a avaliação feita na escala entre 4 e 5 “reduziria o fator de ponderação a apenas 8%” ($40\% \times \frac{1}{5}$), desvirtuando aqui sim o que estava definido.

Aliás, no próprio Acórdão recorrido, ao referir-se às duas fórmulas utilizadas pela CAP, se diz que na primeira “*são utilizados coeficientes que se desconhece por que foram estabelecidos...*”.

Convém, porém, salientar que a densificação feita pela CAP no sentido de classificar as propostas entre 0 e 5, de forma linear e proporcional,



Tribunal de Contas

nunca se alterou, o que mudou fundamentadamente foi, na sequência da reclamação do consórcio “Ecociaf/Certar”, o abandono da expressão matemática criada inicialmente por manifestamente não traduzir a pretendida densificação.

E ao abandonar a expressão matemática, a CAP sanou a situação que afetava inicialmente a graduação dos concorrentes, atribuindo, e bem, o primeiro lugar ao concorrente que apresentou a proposta mais baixa (o consórcio “Ecociaf/Certar”).

Embora a densificação tenha sido efetuada após a abertura das propostas é seguro que não integrou quaisquer ingredientes que pudessem beneficiar ou prejudicar alguma proposta em concreto, limitando-se a estabelecer uma escala de pontuação eivada de uma proporcionalidade perfeita, e fiel ao parâmetro “valor da empreitada” com a ponderação de 40% constante do Programa do Concurso, sendo certo que, quanto à expressão matemática, esta surge tão-somente como instrumento de cálculo célere da classificação de cada proposta, expressão matemática que não se mostrando obrigatória no âmbito do Decreto-Lei nº 59/99 é actualmente referida na alínea n) do nº 1 do artigo 132º do CCP como devendo constar do programa do concurso quando for adotado o critério da proposta economicamente mais vantajosa.

Assim sendo, não se vislumbra que tenha ocorrido, neste particular, a violação dos princípios da transparência, da boa-fé e da estabilidade, nem tão-pouco do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 66º e do n.º 2



Tribunal de Contas

do artigo 100º do Decreto-Lei n.º 59/99.

Pelo exposto, procede, nesta parte, a alegação da Recorrente.

Temos, assim, que a única ilegalidade verificada reporta-se à violação do n.º 1 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 59/99.

Vejamos, por último, se há que atender à alegação da Recorrente sobre a possibilidade de concessão do visto ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 44º da Lei n.º 98/97.

Ora, dispõe a alínea c) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97 que constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos ou contratos com a lei em vigor que configure ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro, sendo que a situação dos autos se subsume a essa previsão.

O n.º 4 do mesmo artigo permite que, nestes casos, o Tribunal, em decisão fundamentada, conceda o visto e faça recomendações aos serviços no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.

Verificando-se que se apresentaram ao concurso quatro concorrentes e não se demonstrando que a não ter ocorrido a ilegalidade em causa seria outro o resultado financeiro do concurso, considera-se adequado visar o contrato, recomendando-se à CME que, de futuro, dê cumprimento escrupuloso, já não ao n.º 1 do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 59/99, que foi revogado, mas sim reportando-se ao regime



correspondente agora em vigor constante do n.º 3 do artigo 43º do CCP.

IV - DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, os Juízes da 1ª Secção, em Plenário acordam em:

- a) Dar provimento ao recurso, revogando a decisão recorrida, salvo na parte que decidiu o prosseguimento do processo para efectivação de responsabilidades (cfr. ponto 20 alíneas a), b) e c) do Acórdão recorrido), e concedendo o visto ao contrato;**

- b) Recomendar à Câmara Municipal de Évora que, em futuros procedimentos, cumpra rigorosamente o que se encontra estabelecido no n.º 3 do artigo 43º do Código dos Contratos Públicos.**

São devidos emolumentos nos termos dos artigos 17º, n.º 3, e 5º, n.º 1, alínea b) do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.



Tribunal de Contas

Lisboa, 21 de março de 2012

Manuel Mota Botelho (Relator)

Alberto Fernandes Brás

Helena Abreu Lopes

Fui presente

(O Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)