



## ACÓRDÃO N.º 4 /2013 – 15.MAIO-1ªS/PL

### RECURSO ORDINÁRIO Nº 01/2013-R (Processo de fiscalização prévia nº 1481/2012)

#### SUMÁRIO

1. Do disposto nos artigos 42.º, n.ºs 3 e 4, 74.º, 75.º, 132.º, n.º 1, alínea n) (aplicável por força do n.º 1 do artigo 162.º), e 139.º do Código dos Contratos Públicos resulta que o modelo de avaliação das propostas definido pelas entidades adjudicantes para a escolha da proposta que lhes seja economicamente mais vantajosa num procedimento de contratação deve assegurar condições para um efectivo *funcionamento da concorrência* nos factores escolhidos e deve permitir a avaliação das *vantagens económicas* que resultem para a entidade adjudicante do funcionamento dessa concorrência. Deste modo, os termos em que são definidos os modelos de avaliação das propostas estão, além do mais, balizados pela necessidade de estimularem (em vez de inibirem) o funcionamento da concorrência e de assegurarem o mais possível escolhas fundadas em critérios de economicidade.
2. Um modelo de avaliação das propostas que fixa um limiar de preço abaixo do qual a classificação das propostas é idêntica e, assim, desconsidera diferenças de preços, não é compatível com o objectivo legal do critério de adjudicação, tal como definido no artigo 74.º, n.º 1, alínea a), do CCP (escolher a proposta *economicamente mais vantajosa* para a entidade adjudicante), obstando à sua realização.
3. A lei prevê um mecanismo próprio para prevenir o risco de incumprimento contratual associado aos preços excessivamente baixos, o qual prevalece sobre o disposto no artigo 42.º, n.º 4, do Código dos Contratos Públicos, atenta a parte final deste preceito. O artigo 71.º, conjugado com o artigo 189.º, n.º 3, do mesmo Código permite que a entidade adjudicante fixe um valor abaixo do qual o preço de uma proposta deva ser considerado como anormalmente baixo. Se a proposta estiver nessas condições, devem solicitar-se esclarecimentos ao concorrente sobre a justificação do preço proposto, devem analisar-se essas justificações e, com base nessa análise, deve decidir-se sobre a admissão ou exclusão da proposta.



## Tribunal de Contas

---

4. Se, apesar do limiar estabelecido pela entidade adjudicante para aquele efeito, as justificações forem consideradas aceitáveis e a proposta admitida, a sua valoração não poderá deixar de atender, de modo irrestrito, à vantagem económica do preço.
5. Integrar no modelo de avaliação desvalorizações ou desconsiderações de preços baixos viola também o regime legal estabelecido no artigo 71.º do CCP, na medida em que a análise da aceitabilidade desses preços deve ser feita numa fase anterior à da avaliação, de acordo com procedimentos claramente estabelecidos na lei, nada consentindo que, depois de considerados como aceites, esses preços sejam desvalorizados.
6. O modelo de avaliação fixado foi inadequado à escolha da proposta economicamente mais vantajosa, por o factor VAL, com a maior ponderação (70%), ter sido definido de forma que desincentivou o funcionamento da concorrência na apresentação de melhores preços, ignoraria os melhores preços eventualmente apresentados e, em suma, desvalorizava a economia de custos como objectivo a atingir.
7. Os empates favorecidos pelo modelo utilizado e a inoperacionalidade dos critérios de desempate fixados levariam, e levaram na prática, a que o “*critério pragmático e de última ratio*” ligado ao momento da apresentação das propostas, que nada tem a ver com os atributos das propostas e a sua vantagem económica, se transformasse com facilidade no critério determinante da adjudicação.
8. Como parecia que poderia suceder, a adjudicação de um contrato público de significativa importância financeira foi efectuada com base num critério puramente formal e aleatório, em nada ligado aos atributos da proposta nem à respectiva vantagem económica.
9. A norma legal relativa à determinação do critério de adjudicação, com base em factores que visam a realização de economias financeiras, é uma norma financeira, já que lhe estão claramente subjacentes preocupações de protecção dos interesses financeiros públicos. A sua violação constitui fundamento de recusa do visto nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, não lhe sendo aplicável a possibilidade, prevista no n.º 4 do artigo 44.º, de se substituir essa decisão pela concessão de visto com recomendações.
10. Por outro lado, se o modelo de avaliação das propostas fosse mais ajustado, fosse legal e não limitasse a valorização de preços mais baixos, é provável que os concorrentes os tivessem proposto e isso poderia produzir poupanças significativas num contrato financeiramente tão relevante. Assim, mesmo que



# Tribunal de Contas

---

a recusa se tivesse fundado na alínea c) do n.º 3 do referido artigo 44.º, a substituição da decisão de recusa pela de concessão do visto com recomendações não se afiguraria adequada ao caso.

Lisboa, 15 de Maio de 2013

Relatora: Helena Abreu Lopes



## ACÓRDÃO N.º 4 /2013 – 14.MAIO-1ªS/PL

### RECURSO ORDINÁRIO N.º 01/2013-R (Processo de fiscalização prévia n.º 1481/2012)

#### I. RELATÓRIO

- I.1.** Pelo Acórdão n.º 1/2013-08.Jan-1.ªSecção/SS, o Tribunal de Contas recusou o visto ao **contrato de prestação de serviços** para a “*Exploração do Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde*” celebrado, em 19 de Outubro de 2012, entre a **Direcção Geral de Saúde** e o consórcio formado pela **PT Comunicações, S.A.** e a **PT Contact- Telemarketing e Serviços de Informações, S.A.**, no montante máximo previsto de €20.770.259,00, acrescido de IVA.
- I.2.** A recusa do visto foi proferida ao abrigo do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)<sup>1</sup> e teve por fundamento a ilegalidade do modelo de avaliação das propostas, por violação do disposto no artigo 74.º do Código dos Contratos Públicos<sup>2</sup> bem como a ilegalidade do n.º 2 do artigo 9.º e do artigo 25.º do programa do procedimento, respectivamente relativos aos documentos a apresentar para efeitos de qualificação técnica e financeira dos concorrentes e à possibilidade de realizar futuros ajustes directos para adjudicação de serviços similares.

---

<sup>1</sup> **Lei n.º 98/97**, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 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, 3-B/2010, de 28 de Abril, 61/2011, de 7 de Dezembro, e 2/2012, de 6 de Janeiro, e as Rectificações n.ºs 1/99, de 16 de Janeiro, 5/2005, de 14 de Fevereiro, e 72/2006, de 6 de Outubro.

<sup>2</sup> Anexo ao **Decreto-Lei n.º 18/2008**, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de Setembro, e 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, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.



**I.3.** Inconformado com o Acórdão, o Director-Geral da Saúde veio dele interpor recurso, pedindo a concessão de visto ao contrato com eventuais recomendações.

Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 2 a 26 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, e que culminam nas seguintes conclusões:

*“ 1.ª O resultado material do concurso é um resultado positivo para o Estado, quer porque existe uma poupança de 47% em relação ao atual adjudicatário quer porque a proposta do adjudicatário é consistentemente (mensal e anualmente) a mais vantajosa do ponto de vista financeiro para o Estado, como demonstrado.*

*2.ª A apreciação sobre a legalidade do modelo de avaliação (e, em consequência, dos critérios de desempate) deve ser efectuada independentemente do resultado concreto do procedimento.*

*3.ª O modelo de avaliação utilizado é matemática e juridicamente admissível, tendo integralmente respeitado o previsto nos artigos 42.º, n.ºs 3 e 4, 74.º, 75.º, 132.º, n.º 1, alínea n) (aplicável por força do n.º 1 do artigo 162.º) e 139.º, todos do Código dos Contratos Públicos, bem como os princípios que regem a atividade administrativa.*

*4.ª O último critério de desempate previsto (a saber, a proposta entregue em primeiro lugar) constitui um critério pragmático e de última ratio (ou seja, quando todos os restantes critérios de desempate com conexão aos atributos da proposta não funcionem em concreto, como sucedeu no caso em apreço), à luz do princípio utile per inutile non vitiatur ou do aproveitamento do procedimento concursal, de modo a conferir outro fim ao procedimento que não seja o da sua inutilização (com os custos que isso acarreta, em especial para o interesse público que visa ser suprido, que terá de ficar “em suspenso” até à normalmente morosa conclusão de outro procedimento).*

*5.º De resto, este último critério de desempate foi aplicado em totais condições de igualdade: tratando-se de um concurso limitado por prévia qualificação, em que o modelo de avaliação (onde se incluía o critério de desempate em causa) estava previsto no programa de procedimento desde o seu início (cfr. alínea n) do n.º 1 do artigo 132.º, aplicável por força do n.º 1 do artigo 162.º, ambos do CCP), o mesmo era conhecido por todos os interessados.*



6.<sup>a</sup> Nenhuma das candidaturas cujas propostas foram admitidas para efeitos de avaliação foram qualificadas com base em qualquer documento dos previstos no n.º 2 do artigo 9.º do programa de procedimento, pelo que essa norma não teve qualquer efeito prático, não tendo nem podendo, por isso, alterar o resultado financeiro do contrato fiscalizado.

7.<sup>a</sup> O artigo 25.º do programa de procedimento não atribuiu qualquer direito ao adjudicatário, não violando o princípio da concorrência, porquanto não determinou que será lançado um procedimento de ajuste direto no futuro com base naquela norma do CCP, mas sim que poderá vir a ocorrer (a verificação cumulativa de todos os requisitos das subalíneas da alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP a tanto obriga, claro), previsão esta que não vincula minimamente a Entidade Adjudicante porquanto o n.º 1 do artigo 27.º do CCP prevê uma faculdade e não uma obrigação.

8.<sup>a</sup> A alínea a) do n.º 1 do artigo 27.º do CCP não é nem será violada se nunca se adotar tal ajuste direto ou se, adotando-se, estiverem nesse momento concreto preenchidos todos os respetivos requisitos cumulativos, o que só pode ser atestado nesse momento, designadamente através da fiscalização prévia pelo douto Tribunal de Contas do contrato que seja celebrado na sua sequência.

9.<sup>a</sup> Os aspetos de legalidade assacados ao Contrato de Prestação de Serviços para “Exploração do Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde” não devem motivar uma recusa de Visto, quando alternativamente seria possível conceder Visto com recomendações, tendente a evitar situações futuras, nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, desde logo porque não há indicação de à Entidade Adjudicante já ter sido efetuada alguma recomendação sobre aqueles aspetos, manifestando-se desde já o compromisso de futuramente observar, em termos rigorosos, quaisquer recomendações que o douto Tribunal entenda determinar.

Nestes termos e nos demais de Direito que o Tribunal doutamente suprirá, requer-se a revogação do Acórdão n.º 1/2013 e a sua substituição por outro que conceda Visto com recomendações ao contrato de Prestação de Serviços para “Exploração do Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde”, com vista a evitar situações futuras.”



# Tribunal de Contas

---

**I.4.O** Procurador Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido de que o recurso não merece provimento, defendendo as conclusões do Acórdão recorrido e considerando que as mesmas não estão ultrapassadas.

**I.5.** Corridos os demais vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

## **II. FUNDAMENTAÇÃO**

### **II.1. Dos factos**

A factualidade fixada no Acórdão recorrido não foi objecto de impugnação, pelo que se dá aqui por confirmada e reproduzida. Os aspectos mais relevantes para a decisão retomam-se no ponto seguinte.

### **II.2. Do modelo de avaliação das propostas**

Os procedimentos de contratação pública visam atingir determinados objectivos e salvaguardar determinados princípios, a maior parte dos quais foram bem enunciados e analisados quer na decisão recorrida quer nas alegações de recurso. E em ambas foi também correctamente percepcionado que a legalidade dos actos praticados nesses procedimentos está condicionada não apenas à letra das normas aplicáveis mas também à realização desses objectivos e princípios.

Importa, nesta matéria, sublinhar que alguns dos objectivos e princípios em causa têm leituras duplas, já que se destinam, por um lado, a garantir os interesses dos potenciais concorrentes, e, por outro, também a realizar objectivos de satisfação do interesse público, na sua também dupla vertente de satisfação das necessidades e do interesse financeiro.

Ora, quando o artigo 74.º do Código dos Contratos Públicos estabelece os critérios possíveis de adjudicação ele afirma um dos grandes objectivos dos processos de contratação pública *para a parte pública*: o de seleccionar uma proposta que garanta uma vantagem económica *para a entidade adjudicante*. De facto, dele resulta de forma clara que, sem prejuízo de dever assegurar o direito de todos os operadores económicos ao mercado dos contratos públicos em condições de igualdade, o procedimento de contratação pública visa



escolher um co-contratante e uma proposta que satisfaçam as necessidades públicas em condições financeiras adequadas para a entidade adjudicante.

No caso, o critério de adjudicação escolhido foi o da proposta *economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante*. Significa isto que a entidade adjudicante deveria definir um modelo de avaliação das propostas descrevendo de que forma seriam avaliados os vários aspectos de execução do contrato *submetidos à concorrência*, com o objectivo de escolher a proposta que lhe seria *economicamente mais vantajosa*. É o que resulta do disposto nos artigos 42.º, n.ºs 3 e 4, 74.º, 75.º, 132.º, n.º 1, alínea n) (aplicável por força do n.º 1 do artigo 162.º), e 139.º, todos do Código dos Contratos Públicos, como bem citou o recorrente.

Entre outros aspectos, este critério implica, por um lado, que se criem condições para um efectivo *funcionamento da concorrência* nos factores escolhidos e, por outro, que o modelo de avaliação permita a avaliação das *vantagens económicas* que resultem do funcionamento dessa concorrência.

Lembre-se que o princípio da *economia* determina que se satisfaça a necessidade pública ao menor custo possível e que a própria lei impõe, também noutros preceitos, que qualquer escolha de realização de despesa obedeça a esse princípio<sup>3</sup>.

Deste modo, os termos em que são definidos os modelos de avaliação das propostas estão, além do mais, balizados pela necessidade de estimularem (em vez de inibirem) o funcionamento da concorrência e de assegurarem o mais possível escolhas fundadas em critérios de economicidade.

Vejamus como foi definido o critério de adjudicação no caso concreto.

Conforme resulta da factualidade assente no Acórdão recorrido:

- O critério de adjudicação assentava na avaliação de dois factores:
  - O valor actual líquido (VAL) esperado dos pagamentos a realizar pelo Estado ao abrigo do contrato durante os 3 anos de execução, *com uma ponderação de 70%*;
  - A eficácia no atendimento, *com uma ponderação de 30%*;
- Quanto ao factor “VAL” (forma escolhida para avaliar o factor preço), o montante de €23.740.000 foi definido como o máximo, ao qual corresponderia a pontuação 0 e o montante de €17.800.000 foi

---

<sup>3</sup> Vide, designadamente, o artigo 42.º, n.º 6, da Lei de Enquadramento Orçamental.



## Tribunal de Contas

---

estabelecido como o limite superior da escala de avaliação, ao qual correspondia a pontuação de 100.

- Quaisquer montantes de VAL inferiores a €17.800.000 continuariam a ser pontuados com 100.
- Quanto ao factor “eficácia no atendimento” a classificação variava em função da taxa de contactos telefónicos abandonados, sendo atribuída a classificação de 100 a uma taxa de 0% de contactos telefónicos abandonados.

O recorrente alega que o estabelecimento de um limiar a partir do qual as propostas não são mais valorizadas é uma opção perfeitamente legítima, desde que esse limiar não tenha sido arbitrariamente fixado, tanto mais que a entidade adjudicante poderia ter previsto, à luz do n.º 4 do artigo 42.º do CCP, o VAL de €17.800.000 com a natureza de parâmetro base, abaixo do qual todas as propostas seriam excluídas e, alega, podendo o mais também poderia o menos.

Mais refere que tal opção se ficou a dever ao facto de “*se pretender conciliar o interesse em adjudicar ao mais baixo preço possível (dentro da ponderação que cabia a esse fator de avaliação) com a necessidade de afastar o perigo de uma adjudicação feita a um **preço demasiado baixo** que pudesse expor a Entidade Adjudicante ao sério risco de uma execução do contrato imperfeita ou mesmo incompleta, com o conseqüente aumento de custos resultantes dessa situação. Por essa razão, calculou-se o valor abaixo do qual as propostas não seriam diferenciadas, apesar de, em concreto, a própria proposta adjudicada ter proposto um VAL inferior àquele valor.*”

Como o próprio recorrente diz, “*a utilização de modelos de avaliação de propostas visa a tomada de decisões racionais e o mais possível objetivamente justificáveis*”. Embora as mais das vezes sob forma matemática, são uma expressão daquilo que a entidade adjudicante valoriza numa proposta. Como candidatos a um contrato que naturalmente desejam ganhar, os concorrentes procurarão que, dentro das suas possibilidades e interesses, a sua proposta se aproxime o mais possível daquilo que a entidade adjudicante mais valoriza, desinteressando-se dos aspectos que ela ignora. Desse modo, para além de um modelo de escolha e fundamentação, os modelos de avaliação são também um veículo de comunicação das prioridades a observar e, conseqüentemente, um elemento que influencia decisivamente a forma como o jogo da concorrência vai funcionar num concurso.



## Tribunal de Contas

---

É óbvio que, sendo conhecidas desde o início, como a lei impõe, estas regras colocam os concorrentes em pé de igualdade entre si. Não terão havido, pois, vantagens ou desvantagens visíveis entre eles.

Mas, como referimos, os princípios de contratação têm duplos significados. Os prejuízos à concorrência, no caso, não se colocam em termos da posição relativa dos concorrentes entre si. O que se questiona são os efeitos das regras fixadas no *funcionamento* da concorrência, face aos objectivos económicos pretendidos para a entidade adjudicante.

Para melhor analisar a questão, há que traduzir a mensagem do modelo de avaliação das propostas.

No caso, e ao contrário do que o recorrente pretende, o modelo não disse que um VAL inferior a €17.800.000 era “*demasiado baixo*” e expunha a entidade adjudicante a uma execução imperfeita. O que ele disse foi que um VAL inferior a €17.800.000 era *tão bom* como um VAL de €17.800.000. O que ele disse foi que era *indiferente* para a entidade adjudicante que o VAL fosse de €17.800.000 ou menos, atribuindo-se-lhe, em qualquer caso, a pontuação máxima no factor VAL.

O funcionamento da concorrência no factor preço faz-se, normalmente, fixando um valor máximo e deixando que os concorrentes compitam entre si para oferecer o preço mais baixo possível. A avaliação mais compatível com o princípio da economia é a que valoriza *quaisquer* diferenças de preços para menos. As avaliações por intervalos de preços ou com escalas fechadas nos limites inferiores incentivam que as propostas se fixem nos limites desses intervalos, pois sendo indiferente, para efeitos de valorização, que o concorrente se proponha vender por 10 ou por 20, ele vai naturalmente oferecer por 20 o que poderia vender por 10. Sendo, para o recorrente, matematicamente e juridicamente possível adoptar tal sistema, parece-nos a nós claro que ele influencia negativamente o funcionamento da concorrência, desfavorecendo a obtenção de propostas economicamente vantajosas para a entidade adjudicante.

Desconsiderar, no modelo de avaliação das propostas, diferenças de preços não é compatível com o objectivo legal do critério de adjudicação, tal como definido no artigo 74.º, n.º 1, alínea a), do CCP (escolher a proposta *economicamente mais vantajosa* para a entidade adjudicante), obstando à sua realização.

Mas, como o próprio recorrente também refere, há limites e riscos associados aos preços baixos. E, como ele também alega, remetendo para o n.º 7 do



# Tribunal de Contas

---

probatório constante do acórdão recorrido, no caso terá sido feita uma análise cuidadosa<sup>4</sup> que permitiu à entidade adjudicante fixar o montante de €17.800.000 como o limite abaixo do qual ela ficaria exposta ao sério risco de uma execução imperfeita ou incompleta.

Ora, se era esse o risco que a entidade adjudicante queria prevenir, há que concluir que o modelo adoptado não foi o instrumento adequado a fazê-lo. Como se referiu acima, não se disse que um VAL inferior a €17.800.000 era “*demasiado baixo*” e expunha a entidade adjudicante a uma execução imperfeita. O que se disse foi que um VAL inferior a €17.800.000 era *tão bom* como um VAL de €17.800.000.

O que sucederia, então, se um concorrente propusesse um VAL inferior àquele montante? A entidade adjudicante, apesar de considerar que esse montante a expunha a um sério risco de uma execução imperfeita ou incompleta, não poderia deixar de valorizar a proposta com a pontuação máxima nem de, eventualmente, proceder à adjudicação se essa proposta ficasse em primeiro lugar.

O modelo adoptado não prevenia, pois, qualquer risco.

E é importante frisar que, para lidar com o risco em causa, a lei prevê um mecanismo próprio.

O recorrente invoca várias vezes a possibilidade não accionada de fixar um limite mínimo de preço, a título de parâmetro base, nos termos do artigo 42.º, n.º 4, do CCP, o que, no seu entender, justifica que possa também fixar outras formas menos extremadas de desvalorizar preços baixos (“*quem pode o mais, pode o menos*”). Só que este Tribunal tem entendido que isso não é possível, por estar prejudicado pelo regime legal dos preços anormalmente baixos.

De facto, a possibilidade prevista naquele preceito está condicionada, nos termos da parte final da norma, aos limites resultantes de vinculações legais, vindo este Tribunal a entender que o regime dos preços anormalmente baixos é uma das vinculações legais aplicáveis e se sobrepõe à possibilidade de fixar limites mínimos de preço. Assim, não é o disposto no n.º 4 do artigo 42.º que prevalece sobre o regime estabelecido no artigo 189.º, n.º 3, e no artigo 71.º do Código, como pretende o recorrente nas suas alegações, mas o inverso.

Estes preceitos estabelecem que se pode fixar um valor a partir do qual o preço de uma proposta deva ser considerado como anormalmente baixo. Se a proposta estiver nessas condições, devem solicitar-se esclarecimentos ao

---

<sup>4</sup> Tendo, nomeadamente, em conta a qualificação das pessoas que devem fazer o atendimento telefónico.



## Tribunal de Contas

---

concorrente sobre a justificação do preço proposto, devem analisar-se essas justificações e, com base nessa análise, deve decidir-se sobre a admissão ou exclusão da proposta.

Se, apesar do limiar estabelecido pela entidade adjudicante, as justificações forem consideradas aceitáveis e a proposta admitida, a sua valoração não poderá deixar de atender, de modo irrestrito, à vantagem económica do preço apresentado.

Se, tendo em conta o limiar estabelecido pela entidade adjudicante e as justificações apresentadas, a proposta não for considerada aceitável, por envolver violação legal ou risco sério de incumprimento, a proposta deve ser excluída.

É esse o regime legalmente estabelecido para prevenir os riscos invocados pelo recorrente.

Integrar no modelo de avaliação desvalorizações ou desconsiderações de preços baixos viola o regime legal estabelecido no artigo 71.º do CCP, na medida em que a análise da aceitabilidade desses preços deve ser feita numa fase anterior à da avaliação, de acordo com procedimentos claramente estabelecidos na lei, nada consentindo que, depois de considerados como aceites, esses preços sejam desvalorizados.

Levar ao modelo de avaliação das propostas preocupações que devem ser resolvidas numa fase anterior, e de acordo com um regime legal imperativo, é violar esse regime e desviar a avaliação do seu objectivo: obter *economia*.

Na hipótese de o limiar legal do preço anormalmente baixo, no caso e em face das estimativas da entidade adjudicante, não ser considerado adequado, deveria a mesma ter fixado esse limiar no valor concretamente justo, nos termos do estabelecido no artigo 189.º, n.º 3, do CCP.

O modelo de avaliação fixado era, assim, *em abstracto*, inadequado à escolha da proposta economicamente mais vantajosa, por o factor VAL, com a maior ponderação (70%), ser definido de forma que desincentivava o funcionamento da concorrência na apresentação de melhores preços, ignorava os melhores preços eventualmente apresentados e, em suma, desvalorizava a economia de custos como objectivo a atingir.

Por outro lado, a utilização deste tipo de modelos propicia a existência de empates, pois cria uma tendência natural dos proponentes para apresentarem preços coincidentes com o limiar da melhor pontuação. Nessas circunstâncias, os critérios de desempate assumem uma importância primordial, constituindo frequentemente o factor decisivo de adjudicação.



## Tribunal de Contas

---

Acompanhamos o recorrente quando fundamenta a vantagem e a necessidade do estabelecimento de critérios de desempate. Sublinhamos, tão só, que, por isso, e em especial nas circunstâncias apontadas, deve ser posto um cuidado especial na sua formulação.

Como consta do ponto II.5 do Acórdão de 1.<sup>a</sup> instância, no caso estabeleceu-se que *“em caso de empate, é adjudicada a proposta que obtiver a melhor pontuação parcial no factor com maior coeficiente de ponderação. Caso o empate subsista, será adjudicada a proposta que obtiver a melhor pontuação no factor com o segundo maior coeficiente de ponderação. Em último caso, será adjudicada a proposta entregue em primeiro lugar.”*

Fácil é perceber que, sobretudo num modelo como o descrito e com apenas dois factores de realização clara, um empate pode, com elevado grau de probabilidade, resultar de se obterem pontuações parciais idênticas, pelo que ao tomarem-se apenas essas pontuações parciais como critério de desempate<sup>5</sup> também com elevada probabilidade as mesmas não irão funcionar, conduzindo a que o *“critério pragmático e de última ratio”* ligado ao momento da apresentação das propostas, que nada tem a ver com os atributos das propostas e a sua vantagem económica, se transforme com facilidade no critério determinante da adjudicação.

O recorrente alega que *“a apreciação sobre a legalidade do modelo de avaliação (e, em consequência, dos critérios de desempate) deve ser efectuada independentemente do resultado concreto do procedimento, pois só dessa forma se pode objetivamente apreciar a questão. É dizer (...) que essa aferição deverá em princípio abstrair-se do resultado final, por definição desconhecido pela Entidade Adjudicante aquando da fixação apriorística do modelo de avaliação e da previsão do critério de desempate.”*, considerando que a avaliação feita pelo Tribunal em 1.<sup>a</sup> instância *“só é legítima porque se pondera o resultado final que se afastou do prognóstico da Entidade Adjudicante”*.

Demonstrámos já que, *em abstracto*, o modelo de avaliação era desajustado ao objectivo que legalmente se lhe impunha, violando o estabelecido nos artigos 74.º e 71.º do CCP.

Mas, como fez o acórdão recorrido, vejamos agora o que realmente se passou.

E o que se passou foi que os riscos de o modelo de avaliação não conduzir à realização do objectivo legal se concretizaram na prática.

---

<sup>5</sup> Ao invés de se combinarem com concretos atributos, como, por exemplo, o preço apresentado.



## Tribunal de Contas

---

Duas das quatro propostas admitidas apresentaram um VAL coincidente com o limiar da maior pontuação (€17.800.000).

Uma outra apresentou um VAL de €17.390.000, mas, apesar de o seu preço ser mais favorável, obteve a mesma pontuação. E, apesar de o seu preço ser inferior àquele que a entidade adjudicante considerava aceitável, representando, assim, um risco sério de execução imperfeita, mesmo assim, e sem necessidade de justificações, teve de ser valorada com a classificação máxima nesse factor.

Todas as propostas obtiveram a mesma pontuação máxima no factor “Eficácia no atendimento”, pois todas se propuseram garantir uma taxa de 0% de contactos telefónicos abandonados.

O empate no 1.º lugar verificado entre 3 das 4 empresas admitidas não pôde ser resolvido através das pontuações nos dois factores, pois eram todas idênticas.

Teve de ser aplicado o factor de desempate, supostamente de “última ratio”, ligado ao momento de entrega da proposta.

Como parecia que poderia suceder, a adjudicação de um contrato público de significativa importância financeira foi efectuada com base num critério puramente formal e aleatório, em nada ligado aos atributos da proposta nem à respectiva vantagem económica.

A adjudicação foi feita à proposta apresentada em primeiro lugar, poucos minutos depois de colocados os convites para apresentação das propostas na plataforma electrónica.

E, por acaso, a proposta apresentada em primeiro lugar até tinha um VAL inferior àquele que a entidade adjudicante considerava aceitável.

Em sede de recurso veio agora referir-se:

*“(...) a proposta do adjudicatário é a melhor em termos financeiros - **não se coloca qualquer problema quanto à capacidade da entidade vencedora**<sup>6</sup> – como se demonstra pela aplicação ao ano de 2012 da atividade faturada efetivamente realizada pelo atual Centro de Atendimento do SNS (num total de 613.746 contatos) pelo atual operador (LCS), tendo sido efetuada uma comparação com as propostas apresentadas pelos concorrentes (tabela de preços e tabela de fatores de equivalência, constantes do Anexo I ao programa de procedimento) no presente procedimento. Verifica-se que a proposta apresentada pela PT (adjudicatária do concurso) é consistentemente*

---

<sup>6</sup> Destaque nosso.



## Tribunal de Contas

---

*(mensal e anualmente) a mais vantajosa do ponto de vista financeiro para o Estado (cfr. Anexo I)*

*Assim sendo, e apesar do resultado do procedimento (escolha decidida pelo terceiro critério de desempate, consubstanciado na selecção da proposta que foi entregue em primeiro lugar), o resultado financeiro é o mais vantajoso para o Estado, garantindo-se, assim, “a escolha da melhor proposta que o mercado poderia oferecer”, para utilizar a expressão a que o douto Tribunal faz apelo no Acórdão recorrido a fls. 14.”*

Neste trecho do recurso vem defender-se que a proposta adjudicatária é, afinal, a proposta *economicamente* mais vantajosa, não apresentando quaisquer riscos de execução, quando, de acordo com o modelo fixado, que o recorrente considera adequado e legítimo e elaborado para evitar propostas tão baixas, ela era tão vantajosa como as restantes e bastava que tivesse sido apresentada mais tarde para que tivesse sido postergada e substituída por outra de valor mais elevado. O que basta para evidenciar o erro do modelo.

A este respeito, atente-se ao referido pelo Ministério Público no seu parecer:

*“ (...) tendo sido estabelecido como critério de adjudicação o critério da proposta economicamente mais vantajosa, a fixação da mesma pontuação para propostas de valor diferente teve como efeito direto uma igualdade formal fictícia, na medida em que todas as propostas que tivessem apresentado um valor atual líquido (VAL) inferior, recolheriam a mesma pontuação, facto que, em si mesmo, é causa direta e suficiente para, como se realça no douto acórdão recorrido, desincentivar os proponentes a apresentar propostas de valor inferior. A criação de uma zona de não valorização das propostas visava, no entender da entidade recorrente, conciliar o interesse em adjudicar ao mais baixo preço possível com a necessidade de afastar o perigo de uma adjudicação feita a um preço demasiado baixo que pudesse expor a Entidade adjudicante ao sério risco de uma execução do contrato imperfeita ou mesmo incompleta. Ora, não podemos ignorar que o procedimento concursal que esteve na base da celebração do contrato foi um concurso limitado por prévia qualificação em que apenas os seleccionados podem apresentar propostas. Logo, o perigo invocado era remoto e altamente improvável.(...)”*

É provavelmente porque a adjudicatária pertence ao leque de concorrentes considerados como qualificados para apresentar proposta, que o recorrente vem afirmar que não se coloca qualquer problema quanto à sua capacidade para executar o contrato.



Mas, se é assim, porque não se deixou que o preço se formasse livremente através de uma concorrência completa entre os concorrentes qualificados?

É verdade que a proposta adjudicatária apresentou o melhor preço e, considerando que estava em igualdade com as restantes propostas no outro factor a considerar, deve ser objectivamente tida, em termos económicos, como a mais vantajosa de entre elas.

No entanto, também é verdade que o modelo de avaliação das propostas desincentivava os concorrentes de apresentarem valores actualizados líquidos inferiores a €17.800.000 e, desfavorecendo, desse modo, o total funcionamento da concorrência na fixação do preço, é possível conceber que, se o modelo fosse outro, outros preços mais vantajosos pudessem ter sido propostos.

Em conclusão, o modelo fixado para a avaliação das propostas, *tanto em abstracto como em concreto*, obstou ao correcto funcionamento da concorrência no factor com o peso relativo mais relevante, não sendo compatível com o estabelecido nos artigos 74.º e 71.º do CCP, não sendo conforme com o interesse público e a obrigação legal de escolher propostas com base no princípio da economia, e como se referiu no acórdão recorrido, a fls. 15, não permitindo ponderar e reflectir as reais diferenças entre as propostas, o que consubstancia uma forma de violar o princípio da concorrência.

Nestes termos, confirma-se o juízo feito nesta matéria em 1.ª instância quanto à ilegalidade praticada e à sua qualificação como fundamento de recusa do visto.

### **II.3. Da possibilidade de concessão de visto com recomendações**

O recorrente concluiu as suas alegações quanto aos vícios verificados na densificação do critério de adjudicação nos seguintes termos: “(...) *entendemos não ser censurável quer modelo de avaliação utilizado quer o último critério de desempate em apreço, solicitando ao douto Tribunal que reaprecie estes dois aspetos em ordem a ponderar a concessão de um Visto com recomendações*”.

Nesta matéria, os n.ºs 3 e 4 do artigo 44.º da LOPTC prescrevem o seguinte:

“(...

*3 – Constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos actos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique:*



# Tribunal de Contas

---

- a) *Nulidade,*
- b) *Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras;*
- c) *Ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro.*

*4 – Nos casos previstos na alínea c) do número anterior, o Tribunal, em decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.”*

As normas transcritas não podem deixar de ser interpretadas tendo em conta que a decisão do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia é um acto jurisdicional de verificação da *legalidade financeira*<sup>7</sup>.

Nesse contexto, importa notar o seguinte:

- Está claramente estabelecido que a verificação de *qualquer* das ilegalidades identificadas no n.º 3 do artigo 44.º acima transcrito conduz à recusa do visto do Tribunal. Assim, a *regra geral* é a de que, nos casos identificados, o Tribunal deve recusar o visto;
- A substituição de uma decisão de recusa de visto por um visto com recomendações, nos termos do n.º 4, é uma *possibilidade* atribuída ao Tribunal para tomar uma decisão *contrária* a essa regra geral;
- Essa *possibilidade* deve ser exercida pelo Tribunal em função dos casos e dos factos concretos e em *decisão fundamentada*, ou seja, o Tribunal deverá ponderar e especificar se existem, em concreto, *razões que justifiquem o afastamento da regra geral*;
- Não existe qualquer lacuna por não estar previsto que o Tribunal possa substituir a recusa de visto por um visto com recomendações nos casos identificados nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º, pois a solução legal está definida pela aplicação da regra geral;
- Também não se deve considerar que o legislador disse menos do que queria quando restringiu a possibilidade de substituir a decisão de recusa por um visto com recomendações aos casos identificados na alínea c) do n.º 3 (ilegalidades que alterem ou possam alterar o resultado financeiro dos instrumentos submetidos a controlo). Ao contrário, esta restrição faz todo o sentido.

---

<sup>7</sup> Vide, designadamente, artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, da LOPTC.



## Tribunal de Contas

---

De facto, nos casos de nulidade o vício jurídico é grave e impeditivo da produção de quaisquer efeitos e no caso das violações de regras financeiras estamos perante o núcleo essencial da *jurisdição financeira* do Tribunal de Contas. Nestes casos qualquer ilegalidade deve ser sancionada com a recusa do visto.

Apenas na situação referida na alínea c) se verifica estarmos perante ilegalidades de natureza administrativa que o Tribunal de Contas só aprecia *se e na medida em que* possam ter consequências ao nível dos resultados financeiros dos actos. Só neste caso se justifica uma apreciação casuística das consequências e um juízo de adequação da decisão.

Em suma, deve considerar-se que a norma constante do n.º 4 do referido artigo 44.º é uma *norma excepcional*, que a doutrina define como aquela que regula, por modo contrário ao estabelecido na lei geral, certos factos ou relações jurídicas que, por sua natureza, estariam compreendidos nela.

Ora, a possibilidade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC não é de todo aplicável às hipóteses reguladas pela alínea b) do n.º 3 do mesmo artigo, pois essa aplicabilidade não está expressa na lei e dela resulta mesmo excluída. De facto, não existe lacuna nem regulação imperfeita e, sendo o referido n.º 4 do artigo 44.º, como já apontámos, uma norma excepcional, ela não comporta qualquer aplicação analógica. Isso está estabelecido, de forma clara, no artigo 11.º do Código Civil.

Ao solicitar a este Tribunal a substituição da recusa do visto por um visto com recomendações, o recorrente não teve em consideração que o acórdão recorrido qualificou a violação do disposto no artigo 74.º do CCP como a violação de uma norma financeira, ou seja, como uma ilegalidade determinante da recusa de visto nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC. Daí resulta que, como vimos, não é aplicável à situação a faculdade prevista no n.º 4 do referido artigo 44.º, não podendo o Tribunal equacionar esse visto com recomendações.

Consideramos que uma norma financeira é aquela que visa proteger os interesses financeiros públicos, qualquer que seja o diploma legal em que se insere. Concordamos, pois, com a 1.ª instância, quando define a norma relativa à determinação do critério de adjudicação, com base em factores que visam a realização de economias financeiras, como uma norma financeira, já que lhe estão claramente subjacentes preocupações de protecção dos interesses financeiros públicos.



Mas, mesmo na hipótese de assim não se entender e de se considerar que a recusa de visto se abrigaria apenas no disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º em referência, sempre se diria que, nos termos desse preceito, basta que duma ilegalidade praticada resulte o risco de que possa ocorrer uma alteração do resultado financeiro para que haja fundamento para a recusa do visto. E, no caso, esse risco é sério.

De facto, como referimos, se o modelo de avaliação das propostas fosse mais ajustado, fosse legal e não limitasse a valorização de preços mais baixos, é provável que os concorrentes os tivessem proposto e isso poderia produzir poupanças significativas num contrato financeiramente tão relevante.

A substituição da decisão de recusa pela de concessão do visto com recomendações não se afiguraria, pois, como adequada ao caso.

## **II.4. Dos outros fundamentos de recusa do visto**

O visto ao contrato em apreciação foi ainda recusado com fundamento na violação do regime que consta dos artigos 164.º, n.º 1, alínea j), e 165.º do CCP, por referência ao estabelecido na Directiva n.º 2004/18/CE, quanto aos documentos estabelecidos no programa de concurso para comprovação da capacidade técnica e financeira dos concorrentes, e na violação dos artigos 27.º e 440.º, n.º1, aplicável ex vi do artigo 451.º, ambos do CCP, quanto à possibilidade de futuros ajustes directos consagrada no artigo 25.º do programa do procedimento.

Em relação a ambas as matérias, o recorrente vem alegar não concordância com a qualificação legal feita no acórdão de 1.ª instância e não aplicação em concreto das normas regulamentares em causa e vem solicitar também a concessão de visto com recomendações.

Considerando o que se concluiu atrás quanto à manutenção do primeiro fundamento de recusa do visto, a apreciação destes outros fundamentos não é necessária à decisão, ficando prejudicada, pelo que não se abordará.



**III. DECISÃO**

**Assim, pelos fundamentos expostos, acorda-se em Plenário da 1ª Secção em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa de visto ao contrato.**

**São devidos emolumentos nos termos da al. b) do n.º 1 do artº 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de Maio.**

Lisboa, 14 de Maio de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Carlos Morais Antunes)

(Pinto Almeida)

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente)