



ACÓRDÃO N.º 13 /2013 – 5.NOV -1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 07/2013-R (Processo de fiscalização prévia nº 34/2013)

SUMÁRIO

1. Nos termos dos artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), os programas de concurso devem eles próprios indicar a escala de pontuação a aplicar em cada factor ou subfactor elementar do critério de adjudicação bem como a expressão matemática que permita a atribuição das pontuações parciais.
2. O artigo 71.º do CCP estabelece 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 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 for admitida, a sua valoração não poderá deixar de atender, de modo irrestrito, à vantagem económica do preço apresentado. Não deve, assim, ser classificada com a mesma pontuação de outras de valor mais elevado, mas deve, antes, ser valorizada face a elas com uma pontuação mais alta. 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. Desse modo, não deverá ser avaliada e, muito menos, ser pontuada com a classificação mais alta. Só este procedimento previne os riscos de incumprimento eventualmente associados a propostas de valor muito baixo.
3. Devem distinguir-se conceptual e logicamente as operações de análise das propostas e as operações de avaliação das propostas. As primeiras dirigem-se a aferir do cumprimento dos requisitos obrigatórios do caderno de encargos, as segundas a avaliar os aspectos submetidos à concorrência. Juízos de conformidade com os requisitos do caderno de encargos ou juízos sobre a qualidade formal das propostas em si não podem ser



Tribunal de Contas

parâmetros desta avaliação, pois, tal como decorre do estipulado no artigo 75.º do CCP, os factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação só podem abranger os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.

4. A escala de avaliação implica a hierarquização e a definição de graus de adequação das soluções propostas ao idealizado. Uma escala binária de classificação, baseada na conformidade das propostas com o caderno de encargos ou na sua estrutura enquanto documento é incompatível com as normas e princípios aplicáveis. No caso, o factor Qualidade Técnica foi definido de forma ilegal, por, em violação do disposto no artigo 139.º, n.º 3, e dos princípios estabelecidos no artigo 1.º, n.º 4, do CCP, não ter contemplado a indicação dos atributos a avaliar de forma clara, inequívoca e ordenada.
5. A substituição da decisão de recusa pela de concessão do visto com recomendações, prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, não é adequada ao caso, uma vez que, por um lado, uma correcta definição do modelo de avaliação poderia ter originado a elaboração e apresentação de propostas mais vantajosas e, por outro, se a avaliação do factor Qualidade Técnica tivesse sido definida e ocorrido de forma mais compatível com a lei aplicável, designadamente se se tivesse atido aos atributos submetidos à concorrência devidamente identificados e tivesse sido feita com base numa escala de pontuação hierarquizada e não extremada, a combinação da pontuação desse factor ponderada com a pontuação do factor mais relevante (*Preço*, com 75%) poderia ter conduzido à adjudicação a uma proposta financeiramente mais favorável.

Lisboa, 5 de Novembro de 2013

Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 13 /2013 - 5.NOV- 1ªS/PL

RECURSO ORDINÁRIO N.º 07/2013-R

(Processo de fiscalização prévia n.º 34/2013)

I. RELATÓRIO

- I.1.** Pelo Acórdão n.º 9/2013-16/04/2013-1.ªS/SS, o Tribunal de Contas recusou o visto ao contrato para *“Implementação do Sistema Integrado de Mobilidade da Cova da Iria, em Fátima”* celebrado, em 28 de Dezembro de 2012, entre o **Município de Ourém** e a sociedade **Fernando L. Gaspar-Sinalização e Equipamentos Rodoviários, S.A.**, no montante de €877.260,54, acrescido de IVA.
- I.2.** A recusa do visto foi proferida ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹ e teve por fundamento a ilegalidade do modelo de avaliação das propostas que foi adoptado bem como a violação do dever de boa fundamentação na respectiva aplicação e a correspondente susceptibilidade de alteração do resultado financeiro do procedimento.
- I.3.** Inconformado com o Acórdão, o Município de Ourém veio dele interpor recurso, pedindo a reanálise do processo.
- Em defesa do pretendido apresentou as alegações processadas de fls. 2 a 4 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, e que sustentam, no essencial, a legalidade do modelo de avaliação e respectiva aplicação, nos termos mais à frente referidos.
- I.4.** O Procurador Geral Adjunto junto do Tribunal de Contas pronunciou-se no sentido de que se mantêm os pressupostos que determinaram a recusa do visto, admitindo, no entanto, que, atenta a finalidade do contrato e a

¹Lei 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.



natureza do financiamento da despesa pública em causa, o Tribunal possa, em seu critério, emitir novo juízo sobre a admissibilidade “*in casu*” do visto com recomendações.

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 nos pontos seguintes.

II.2. Do modelo de avaliação das propostas

A questão determinante que importa resolver para decisão do presente recurso é a de saber se o modelo adoptado para avaliação das propostas se conformou com o regime jurídico aplicável.

Conforme estabelecido nos pontos 4 e 6 do n.º II do acórdão recorrido, e conforme consta do n.º 19 do programa do concurso que precedeu o contrato celebrado, o critério de adjudicação foi definido nos seguintes termos:

“19.1. O critério de adjudicação do fornecimento/prestação de serviços é o da proposta economicamente mais vantajosa, consubstanciada do com os seguintes factores:

$$CF = 0.75FP + 0.25 FQT$$

Com a classificação parcial a ser atribuída de acordo com a seguinte metodologia:

- Serão atribuídos 0 pontos às propostas de valor igual ao preço base do procedimento;*
- Serão atribuídos 10 pontos às propostas de valor igual ou inferior ao limite do valor definido como anormalmente baixo;*
- As restantes classificações serão atribuídas de forma proporcional.*



Tribunal de Contas

E o factor qualidade técnica da proposta é dado por:

<i>Pontuação</i>	<i>Adjectivo</i>	<i>Significado</i>
<i>10</i>	<i>Plenamente adequado e explicado</i>	<i>Demonstra completamente e com detalhe como se propõe cumprir os requisitos e atingir os objectivos previstos no CE, nomeadamente como se aplicam, funcionam e comunicam entre si.</i>
<i>0</i>	<i>Nada adequado</i>	<i>O concorrente não demonstra completamente e com detalhe como se propõe cumprir os requisitos e atingir os objectivos previstos no CE, nomeadamente como se aplicam, funcionam e comunicam entre si.</i>

Notas:

- A apresentação de informação técnica de equipamentos e plataformas de desenvolvimento não é considerada, em si, uma solução, terá de ser explicado como se aplicam, funcionam e comunicam entre si.

- Durante a fase de análise de propostas o júri do procedimento reserva-se no direito de solicitar os esclarecimentos que considere adequados para atribuição desta classificação.”

A decisão recorrida considerou que o modelo de avaliação transcrito padecia das seguintes ilegalidades:

- No que concerne ao factor *Preço*, falta de explicitação da fórmula ou expressão matemática que permitisse, com rigor, a atribuição das pontuações parciais, em violação do disposto no artigo 132.º, n.º 1, alínea n), do Código dos Contratos Públicos (CCP)² e dos princípios da concorrência e transparência previstos no artigo 1.º, n.º 4, do mesmo Código.
- No que respeita ao factor *Qualidade Técnica*, e contrariando o estabelecido nos artigos 75.º, n.º 1, 132.º, n.º 1, alínea n) e 139.º do CCP e os princípios estabelecidos no referido artigo 1.º, n.º 4:

² 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 223/2009, 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.



- Definição de uma escala de pontuação polarizada em patamares extremos (zero ou dez) que, não evoluindo de modo proporcional e progressivo, obstou à desejável diferenciação das propostas;
- Não indicação dos subfactores ou elementos que permitissem, em concreto, concluir pela plena ou nula adequação da proposta e admissão da ponderação de elementos não concretizados, pela utilização da expressão “*nomeadamente*”.

Vejamos cada um dos aspectos.

II.2.1. Falta de explicitação da fórmula ou expressão matemática para pontuação no factor *Preço*

O recorrente veio, a este respeito, alegar que o factor preço foi definido com base na seguinte fórmula: “*Classificação atribuída = 10 – ((proposta em análise – valor anormalmente baixo) / ((preço base – valor anormalmente baixo) / 10))*”. Mais referiu que esta fórmula pretendia classificar as propostas de forma clara, o que, na sua opinião, pode ter sido menos evidente por todas as propostas apresentarem preços muito próximos do preço base e terem sido classificadas com pontuação entre 0,02 e 0,28, mas seria bem mais evidente se alguma das propostas tivesse apresentado um preço próximo do valor anormalmente baixo, o que lhe permitiria ter uma pontuação próxima de 10.

Os artigos 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º do CCP são claros ao estabelecer que os programas de concurso *devem eles próprios indicar* a escala de pontuação a aplicar em cada factor ou subfactor elementar do critério de adjudicação bem como a expressão matemática que permita a atribuição das pontuações parciais.

Como resulta evidente, a fórmula indicada pelo recorrente, sendo ou não adequada, não constava do programa de concurso. Terá sido escolhida e usada pelo próprio júri, sendo de referir que não consta sequer do seu relatório de análise mas foi tão só indicada pelo município na pendência do processo de fiscalização prévia.



Teve, pois, razão a 1.^a instância quando declarou que o programa de concurso em causa e o modelo de avaliação nele estabelecido foi insuficiente face ao determinado nos referidos artigos.

Não deve, no entanto, escamotear-se que, no caso concreto, o programa de concurso estabelecia as condições em que se atribuíam as pontuações zero e dez e dizia ainda que as restantes classificações seriam atribuídas de forma proporcional.

Se é certo que esta formulação não foi rigorosa, parece poder razoavelmente entender-se que se ao patamar mais baixo de preço correspondia a pontuação mais alta e ao maior preço correspondia a pontuação mais baixa, a proporcionalidade das pontuações intermédias teria de respeitar o princípio de que entre zero e dez as classificações seriam atribuídas de forma crescentemente proporcional à medida que os preços diminuam. A fórmula a aplicar só poderia, pois, ser uma que permitisse calcular proporções inversas, diferenciando e valorizando mais os preços mais baixos.

Neste particular, a insuficiência na definição do modelo, ainda que existindo e devendo ser suprida em futuros casos, não nos parece particularmente grave, já que estavam definidos os parâmetros e qualquer forma matemática que os realizasse seria fácil de definir e legítima.

II.2.2. Outras ilegalidades do modelo no que respeita ao factor *Preço*

Há um outro aspecto ilegal no modelo de avaliação do factor *Preço* que, não tendo tido relevância no caso concreto por não apresentação de propostas com valores anormalmente baixos, deve, ainda assim, ser objecto de reparo.

Como vimos acima, o modelo estabeleceu que seriam atribuídos 10 pontos às propostas de valor igual ou inferior ao limite do valor definido como anormalmente baixo. Significa isto que todas as propostas de valor igual ou inferior ao definido como anormalmente baixo teriam a pontuação máxima, qualquer que fosse o preço proposto.

Ora, este Tribunal tem entendido que o regime legal dos preços anormalmente baixos, do critério de adjudicação e dos modelos de avaliação das propostas não consentem que se deixem de diferenciar as propostas de preço quaisquer que sejam.



O artigo 71.º do CCP estabelece 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 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 for admitida, a sua valoração não poderá deixar de atender, de modo irrestrito, à vantagem económica do preço apresentado. Não deve, assim, ser classificada com a mesma pontuação de outras de valor mais elevado, mas deve, antes, ser valorizada face a elas com uma pontuação mais alta.

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. Desse modo, não deverá ser avaliada e, muito menos, ser pontuada com a classificação mais alta.

Só este procedimento previne os riscos de incumprimento eventualmente associados a propostas de valor muito baixo.

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*.

II.2.3. Pontuação do factor *Qualidade Técnica*

Como se referiu acima, a pontuação no factor *Qualidade Técnica* poderia ser tão só uma de duas: dez para completamente adequado e zero para nada adequado.

Considerou a 1.ª instância que esta formulação impediu a diferenciação das propostas neste factor.



Deve, aliás, referir-se que, como resulta dos elementos do processo e se estabeleceu no probatório do acórdão contestado (ponto II.6.1), o facto de terem sido atribuídos zero pontos neste factor a todas as propostas concorrentes, à excepção da adjudicatária, levou a que este factor se tornasse como determinante da adjudicação, eliminando o peso maioritário que o preço deveria ter tido (75%).

A este respeito o recorrente invoca que:

- “ *O modelo de avaliação das propostas foi, em nosso entendimento, conducente a uma igualdade de apreciação de propostas, tanto mais que além do fator preço, se acrescentou um outro fator “Qualidade Técnica”, fator este que pretendia que o concorrente demonstrasse que sua proposta “Demonstra completamente e com detalhe como se propõe cumprir os requisitos e atingir os objetivos previstos no CE, nomeadamente como se aplicam, funcionam e comunicam entre si.” Esta necessidade advinha de ao, em respeito pelos princípios gerais de negociação, permitir propostas tão diversas a concurso, que fosse possível aquilatar de que para além de respeitar o caderno de encargos, a proposta em si fosse característica de boa execução e de credibilidade (...)*”
- “ *(...) o pretendido era que a própria proposta a concurso contivesse em si formalmente explicação de “...como se propõe cumprir os requisitos e atingir os objetivos previstos no CE, nomeadamente, como se aplicam, funcionam e comunicam entre si”, tanto mais que todo o sistema de sinalização, máquinas de pagamento, cancelas e outros equipamentos, para além de comunicarem entre si, têm de comunicar com um sistema central, onde será gerido automaticamente todo o sistema, não é possível definir escalas de pontuação, não há neste caso como graduar uma classificação no nosso entendimento, não como dizer que a solução presente na proposta responde a 20%, 50% ou 90% do cumprimento dos requisitos e do atingir dos objetivos previstos no CE, nomeadamente como se aplicam, funcionam e comunicam entre si. Só há a possibilidade de objetivamente considerar se cumpre ou não cumpre (...)*”
- “ *(...) existe um equívoco no julgamento desta questão, visto que se parte do pressuposto errado de que uma escala de pontuação não pode ser binária (aprovado, com pontuação total, vs. não aprovado,*



sem pontuação), e que é necessário densificar a avaliação das propostas “ao pormenor”, reduzindo qualquer margem de discricionariedade técnica administrativa. (...)

Os argumentos aduzidos nesta matéria são sintomáticos da confusão gerada com a fórmula adoptada. Por um lado, diz-se que se pretendia mais do que o mero respeito pelo Caderno de Encargos, por outro afirma-se que a avaliação não poderia mais do que reflectir o objectivo cumprimento ou não cumprimento do Caderno de Encargos.

Esta questão prende-se com o essencial dum processo de escolha em contratação pública: *é preciso identificar o que é submetido à concorrência e o que não é.*

O que não é submetido à concorrência tem de ser cumprido tal como definido no caderno de encargos e é sujeito a uma análise de tudo ou nada.

O que é submetido à concorrência varia com as propostas e, por isso, tem de ser comparado e avaliado. Para isso servem os factores e subfactores de adjudicação. Para comparar e avaliar os aspectos variáveis das propostas.

Nessa linha, e como bem explicitam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, na sua obra *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*³, devem distinguir-se conceptual e logicamente as operações de *análise* das propostas e as operações de *avaliação* das propostas. As primeiras dirigem-se a aferir do cumprimento dos requisitos obrigatórios do caderno de encargos, as segundas a avaliar os aspectos submetidos à concorrência.

Nos termos do artigo 70.º, n.º 2, alínea b), do CCP, as propostas cujos atributos violem os parâmetros base do caderno de encargos ou cujos termos e condições violem aspectos por ele subtraídos à concorrência devem ser *excluídas*. Assim, é evidente que a verificação de que os termos duma proposta se conformam com os requisitos obrigatórios do caderno de encargos é uma operação de *análise* da proposta, que se dirige a aferir da sua admissibilidade. Se for constatada a não conformidade da proposta com o caderno de encargos, isso deve conduzir à sua *exclusão*.

No caso, e por exemplo, sobre a comunicação entre os diversos subsistemas propostos e o sistema central, a cláusula 9.ª da Parte II do Caderno de Encargos do procedimento que precedeu o contrato em

³ Almedina, 2011, páginas 916 e seguintes.



apreciação estabelecia claramente que essa comunicação era crítica e necessária de forma permanente.

A comunicação entre os sistemas era, pois, um requisito obrigatório, ou seja, um *aspecto não submetido à concorrência*. As propostas não poderiam incluir subsistemas que não comunicassem. Deste modo, e nesta matéria, só havia efectivamente que verificar objectivamente se a proposta cumpria ou não com este requisito. E a consequência legal para o caso de a proposta não cumprir com esse requisito não seria a de a penalizar em termos de valoração no factor *Qualidade Técnica*. Seria, outrossim, a de a excluir por desconformidade com os requisitos do Caderno de Encargos.

Por outro lado, a mesma cláusula 9.^a referia que “*dada a sazonalidade dos visitantes de Fátima com picos de procura muito fortes, pretende-se reduzir ao máximo a dependência do sistema face a sistemas de comunicações móveis ou GPRS, pelo que serão privilegiados sistemas de comunicações por cabo ou por redes wireless privadas.*”

Sendo a comunicação dos sistemas um requisito, já a forma dessa comunicação parece ser um aspecto que a entidade adjudicante sujeitou à concorrência. As propostas podiam, assim, conter várias soluções possíveis para essa comunicação e o município deveria ter avaliado as várias soluções. E deveria tê-lo feito não em termos de completa ou nenhuma adequação, mas em termos de maior ou menor adequação. É que, de facto, o caderno de encargos não excluiu as comunicações móveis, apenas afirmou privilegiar outros sistemas, sendo, por exemplo, possível uma configuração em que coexistissem várias modalidades.

O caderno de encargos em causa contempla várias situações deste tipo, em que numas cláusulas são definidos requisitos obrigatórios e noutras são admitidas alternativas, referentes, por exemplo, a controlos de acesso ou sistemas de cobrança.

Ora é precisamente e apenas nos *aspectos submetidos à concorrência*, ou seja naqueles em que as propostas se podem diferenciar (e não naqueles que sejam obrigatórios) que se pode e impõe *avaliar* e ordenar as propostas. Como referem os autores citados⁴, “*só faz sentido falar em factores e subfactores de avaliação quando estejam em causa aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos – de outro modo, não há avaliação de propostas, mas apenas*

⁴ Vide página 962 da obra referida.



uma sua análise, para determinar (sob cominação da sua exclusão) se elas são inteiramente conformes com o caderno de encargos (...).”

Isto mesmo estabelece o n.º 1 do artigo 75.º do CCP, onde se afirma inequivocamente que “*os factores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas⁵, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos*”.

No caso de entender que a análise das propostas em termos técnicos se deveria cingir à verificação da conformidade com os requisitos definidos no caderno de encargos, então a entidade adjudicante deveria proceder a essa *análise* com vista à aceitação ou exclusão das propostas, mas não deveria proceder à *avaliação* da qualidade técnica das propostas. As propostas conformes com o caderno de encargos, uma vez aceites, seriam ordenadas de acordo com o seu preço. As desconformes seriam excluídas e não seriam sequer avaliadas.

No caso, a entidade adjudicante entendeu dever valorizar a *Qualidade Técnica* das propostas com um coeficiente de ponderação de 25% e já vimos que o caderno de encargos incluía aspectos técnicos submetidos à concorrência, pelo que, efectivamente, essa avaliação devia ser feita.

Só que, pelas razões apontadas, o parâmetro de avaliação não poderia ter sido um juízo de conformidade com os requisitos do caderno de encargos.

Também não poderia ter sido um juízo sobre a qualidade formal da proposta em si, como documento. Como já assinalámos, o artigo 75.º do CCP é claro: *os factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação só podem abranger os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos*, ou seja, devem incidir sobre o conteúdo das soluções propostas e não sobre a estrutura do documento que as veicula. As situações em que uma proposta não esteja suficientemente explicada quanto a algum dos seus atributos e isso impeça a compreensão da prestação proposta ou a verificação da realização do objectivo pretendido são definidas, de acordo com o disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea c), do CCP, como causas de exclusão de propostas. Ou seja, são igualmente um elemento de *análise* das propostas com vista à sua admissibilidade ou não, não podendo corresponder a um factor de *avaliação*.

⁵ Sublinhado nosso.



Um juízo de adequação das soluções admitidas e propostas a objectivos definidos no caderno de encargos poderia, eventualmente, ser um parâmetro de avaliação. Só que, então, impunha-se a definição de quais eram esses objectivos e impunha-se também a hierarquização e definição de graus de adequação aos mesmos, de forma a dar sentido à concorrência e à comparação e valoração das soluções propostas.

Como referem os autores que vimos citando, os métodos de classificação parcial das propostas podem ser quantitativos ou qualitativos, *“mas a preocupação que, em qualquer caso, deve nortear a organização de uma escala de pontuação dos factores e subfactores do critério de adjudicação é exactamente essa, de a apertar tanto quanto possível, de maneira a não deixar grandes “buracos” ou intervalos classificativos entre propostas de valia próxima, em prol dos princípios da concorrência e da proporcionalidade. Consideram-se, assim, ilegais os casos em que as escalas estão organizadas grosseiramente com intervalos visivelmente desproporcionados na sequência das diversas pontuações, como o caso acima referido de se atribuir à melhor proposta em determinado (sub)factor uma cotação valiosa e a todas as outras zero.”*

Além do mais, escalas desse tipo que originam diferenças grandes de pontuação propiciam que factores com um coeficiente de ponderação diminuto possam ter um peso determinante na classificação final, como veio a suceder no caso.

Por tudo o que se refere, conclui-se que não houve qualquer equívoco de julgamento nesta matéria e que uma escala binária de classificação, baseada na conformidade das propostas com o caderno de encargos ou na sua estrutura enquanto documento, não é compatível com as normas e princípios aplicáveis.

II.2.4. Subfactores de avaliação do factor *Qualidade Técnica*

Recorde-se que o parâmetro de avaliação das propostas neste factor foi definido em termos de elas demonstrarem ou não *“completamente e com detalhe como se propõe cumprir os requisitos e atingir os objectivos previstos no CE, nomeadamente como se aplicam, funcionam e comunicam entre si”*, existindo uma nota esclarecendo que *“a apresentação de informação técnica de equipamentos e plataformas de desenvolvimento não é considerada, em si, uma solução, terá de ser explicado como se aplicam, funcionam e comunicam entre si.”*



A decisão recorrida considerou que esta caracterização do factor *Qualidade Técnica* não incluiu a indicação dos subfactores que, em concreto, permitissem concluir que a proposta se revelava plenamente ou nada adequada, e considerou ainda que, ao estabelecer a significação das expressões “*plenamente adequado e explicado*” e “*nada adequado*” com recurso à expressão “*nomeadamente*”, se admitiu que a avaliação de tal factor fosse efectuada com apelo a outros elementos que não os indicados.

Sobre esta matéria refere o recorrente:

- “(...) os critérios foram sempre os mesmos: o cumprimento das obrigações previstas no caderno, a qualidade da proposta nessa medida, e a explicação demonstrativa do cumprimento, dada nas propostas, e complementada nos esclarecimentos prestados pelos concorrentes.”
- “(...) levando à letra o entendimento que é perfilhado na sentença, se coloca a delicada questão de saber até que ponto é necessário densificar os fatores e subfactores de avaliação das propostas, ficando o contraente público sempre numa espécie de “limbo” de indefinição do que é ou não é necessário incluir como fatores e subfactores.”
- “Situação que se agrava de sobremaneira em casos como este, onde há uma enorme assimetria de informação entre o Município que lança o concurso e que não tem pleno conhecimento sobre o tema em questão (só o podendo ter mediante assunção de custos adicionais de consultoria técnica, quer contratando técnico especializado, quer recorrendo aos serviços de um, com o inerente e inevitável aumento de custos com as grandes limitações que hoje se conhecem) e os concorrentes privados que, sendo especializados na atividade em causa, apresentam as suas propostas. Ora, é exatamente em reação contra esse entendimento que colide com os princípios da prossecução do interesse público (art. 4.º do CPA) e da eficácia e eficiência do agir administrativo (art. 10.º do CPA) que o Município reclama.”

Há que reconhecer que, nos termos da lei (artigos 75.º, 132.º, n.º 1, alínea n), e 139.º do CCP) o modelo de avaliação das propostas não tem de conter obrigatoriamente subfactores em que os factores que densificam o critério de adjudicação se desdobrem. A lei refere-se sempre aos subfactores como



Tribunal de Contas

eventuais, o que significa que o grau de detalhe da avaliação é determinado pela entidade adjudicante.

O que importa é que a escala de avaliação do factor elementar (neste caso a *Qualidade Técnica* da proposta) seja definida através de uma expressão matemática ou de um “*conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse factor ou subfactor*” (vide artigo 139.º, n.º 3, do CCP).

Os atributos a avaliar são aquilo que é proposto relativamente aos aspectos submetidos à concorrência (vide artigo 56.º, n.º 2, do CCP).

Haveria, então, que elencar os aspectos a valorar. Neste particular há que sublinhar o seguinte:

- *Cumprir requisitos do caderno de encargos* não é um atributo, pois não está submetido à concorrência. Não pode, pois, fazer parte da escala de pontuação;
- *Atingir objectivos previstos no caderno de encargos* poderia ser um atributo avaliável, se esses objectivos fossem perceptíveis e claramente indicados;
- *O modo como os sistemas se aplicam, funcionam e comunicam entre si* poderia ser um atributo avaliável face a um padrão, ou seja, a uma definição de como os sistemas deveriam idealmente aplicar-se, funcionar e comunicar entre si;
- Os atributos a avaliar devem ser indicados de forma completa, ou seja, deve saber-se exactamente quais são esses atributos. A utilização da expressão “*nomeadamente*” não é, de facto, aceitável, pois, como se disse em 1.ª instância, introduz incerteza e insegurança numa definição que deve ser clara e completa.

Por outro lado, os atributos a avaliar devem ser descritos de *forma ordenada*, de modo a que se perceba quais os que devem estar presentes, e de que modo, para atribuir cada uma das pontuações. O que se prende, mais uma vez, com a inadmissibilidade da expressão “*nomeadamente*” e de uma escala binária de classificação.

Sublinhe-se que os factores, eventuais subfactores e atributos a avaliar têm de ser definidos, ordenados e divulgados previamente, no programa de concurso, não podendo ser densificados na fase de avaliação.



Esta regra tem em vista assegurar uma avaliação objectiva e transparente, mas tem ainda uma outra função muito importante de promoção de uma sã concorrência: a de indicar aos concorrentes quais os aspectos que a entidade adjudicante mais valoriza na avaliação, de modo a que todos eles tenham a oportunidade de, nas suas propostas, se aproximar o mais possível do pretendido.

Termos em que se conclui que o factor *Qualidade Técnica* foi definido de forma ilegal, não por ausência da indicação de subfactores, mas sim por, em violação do disposto no artigo 139.º, n.º 3, e dos princípios estabelecidos no artigo 1.º, n.º 4, do CCP, não ter contemplado a indicação dos atributos a avaliar de forma clara, inequívoca e ordenada.

II.3. Da concreta avaliação das propostas

O acórdão recorrido identificou também ilegalidades no concreto processo de avaliação das propostas no factor *Qualidade Técnica*, tendo considerado que essa avaliação:

- Se apoiou em subfactores não incluídos na definição constante do programa de concurso;
- Se baseou em elementos obtidos na sequência de pedidos de esclarecimentos;
- Assentou em parâmetros diferentes consoante as propostas;
- Não foi suficientemente fundamentada.

Nos termos do artigo 72.º do CCP, o júri do procedimento pode pedir aos concorrentes quaisquer esclarecimentos sobre as propostas apresentadas que considere necessários para efeito da análise e da avaliação das mesmas, sendo os mesmos relevantes desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos da proposta, não alterem ou completem os respectivos atributos nem visem suprir omissões que determinam a sua exclusão.

Neste âmbito, o recorrente referiu o seguinte:

- “(...) não foram introduzidas alterações (ou inovações) ao programa do concurso, designadamente através da consagração de novos fatores ou subfactores da avaliação das propostas.

O que sucedeu foi que, de forma racional e económica, tendo o caderno de encargos a dimensão e exigência técnica que têm, se excluíram as propostas que manifestamente não cumpriam o que aí se exigia, e em



Tribunal de Contas

relação às remanescentes, havendo dúvidas sobre a qualidade das propostas e a explicação das mesmas o Município pediu, conforme o Código dos Contratos Públicos permite que se faça (art. 72.º), esclarecimentos sobre as mesmas.

E, uma vez que se tratavam dos aspetos em relação aos quais estava em causa a qualidade das propostas em relação ao que dispunha o Caderno de Encargos, foram esses mesmos esclarecimentos que acabaram por ser apreciados no âmbito da avaliação das propostas nos relatórios do júri, exatamente por serem esses mesmos aqueles que foram determinantes na avaliação da qualidade das propostas.

Pelo que não só se pode concluir que não houve nenhuma violação do princípio da estabilidade concursal, pois não houve um qualquer complemento à posteriori das propostas, mas apenas a prestação dos devidos esclarecimentos- os quais, refira-se, também os concorrentes puderam prestar! – como também não foram adotados diferentes critérios para avaliar as propostas apresentadas – os critérios foram sempre os mesmos: o cumprimento das obrigações previstas no caderno, a qualidade da proposta nessa medida, e a explicação demonstrativa do cumprimento, dada nas propostas, e complementadas nos esclarecimentos prestados pelos concorrentes.”

- *“(…) Por tão díspar que foi a proposta de concorrente para concorrente, entendeu o júri encetar um pedido de esclarecimentos a cada proposta (via os seus proponentes), no sentido de homogeneizar as análises sobre as mesmas. Daí o fundamento de o júri do procedimento ter perguntado sobre itens diferentes às diferentes propostas, sendo que seria impossível perguntar o mesmo, considerando lá está, a diversidade que elas apresentavam.”*

Parece-nos pacífico que, ao abrigo do mecanismo previsto no artigo 72.º do CCP, podiam ter sido pedidos aos vários candidatos esclarecimentos diferentes, por serem diferentes as dúvidas que ao júri se suscitavam sobre cada uma das propostas.

O que as alegações do recorrente não permitem demonstrar e aquilatar é se todos os esclarecimentos pedidos poderiam ter sido aceites, face às limitações impostas pelo mesmo artigo e à confusão feita quanto a requisitos do caderno de encargos, objetivos pretendidos pelo mesmo e atributos propostos.

Compulsadas as explicações fornecidas nesta matéria e o conteúdo dos relatórios de análise das propostas juntos ao processo de 1.ª instância, percebe-



se que o entendimento do júri foi o de que só deveria abordar na fundamentação da avaliação os aspectos em que solicitou esclarecimentos, por considerar que, em todos os outros, existia conformidade com o caderno de encargos (requisitos e objectivos). Ao atribuir dez valores a uma empresa, considerou que *todos* os requisitos e objectivos do caderno de encargos estavam realizados e ao atribuir zero às restantes considerou que havia *um qualquer* requisito ou objectivo não realizado, tendo-o identificado de entre aqueles sobre os quais pediu esclarecimentos e que eram os únicos sobre que tinha dúvidas.

Afigura-se-nos, de facto, que o problema não se situa ao nível da fundamentação concreta da decisão de escolha, mas sim da amplitude e falta de precisão dos parâmetros de avaliação e da escala binária utilizada, a que já nos referimos anteriormente.

II.4. Da possibilidade de concessão de visto com recomendações

O Ministério Público, reconhecendo embora que se verificou a violação das normas acima indicadas, veio sugerir que o Tribunal reponderasse a concessão de um visto com recomendações.

A 1.^a instância considerou, e na nossa opinião, bem, que a prática das ilegalidades evidenciadas encerrou uma susceptibilidade de alteração do resultado financeiro, entendendo, na senda da jurisprudência deste Tribunal, que essa susceptibilidade se basta com o simples risco de que das ilegalidades cometidas pudesse advir essa alteração.

No caso, é de considerar que uma correcta definição do modelo de avaliação poderia ter originado a elaboração e apresentação de propostas mais vantajosas.

Mas deve sobretudo atentar-se em que a proposta adjudicatária se encontrava em 3.^o lugar no factor *Preço* e que se a avaliação do factor *Qualidade Técnica* tivesse sido definida e ocorrido de forma mais compatível com a lei aplicável, designadamente se se tivesse atido aos atributos submetidos à concorrência devidamente identificados e tivesse sido feita com base numa escala de pontuação hierarquizada e não extremada, a combinação da pontuação desse factor ponderada com a pontuação do factor mais relevante (*Preço*, com 75%) poderia ter conduzido à adjudicação a uma proposta financeiramente mais favorável.

Face a esse risco, parece-nos que a substituição da decisão de recusa pela de concessão do visto com recomendações, prevista no n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC, não é adequada ao caso.



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, 05 de Novembro de 2013

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Carlos Morais Antunes)

(José Luís Pinto Almeida)

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente)



Tribunal de Contas
